

BUREAU DE COORDINATION DES ÉTUDES
Fiche d'identification de la mise à jour

COMMISSION : Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté.

ÉTUDE ORIGINALE

Référence : Volume 1, pages 581 à 595

Auteur : Nicole Duplé

Titre : Une constitution pour fonder l'État du Québec

MISE À JOUR

Auteurs : Pierre Trudel et Jacques Frémont

Titre : Une constitution pour fonder l'État du Québec

Commentaires : L'auteure originale ayant décliné l'invitation du Bureau de coordination, la mise à jour de son étude a été confiée à Pierre Trudel et Jacques Frémont par suite de l'appel d'offres de service et de la recommandation du comité d'évaluation.

Annexe “ A ”

Mise à jour de l'étude intitulée

“ Une constitution pour fonder l'État du Québec ”

**Produite dans le cadre des travaux de la
Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du
Québec à la souveraineté**

**Par :
Pierre Trudel et Jacques Frémont**

En date du 22 janvier 2002

Centre de recherche en droit public

Faculté de droit

Université de Montréal

**Une constitution pour fonder
l'État du Québec :**

Mise à jour de l'étude de Nicole Duplé

Pierre Trudel et Jacques Frémont

Professeurs titulaires

Centre de recherche en droit public

Janvier 2002

Table des matières

Sommaire	iv
Partie I - Éléments essentiels et conclusions de l'étude originale	1
Partie II - Analyses complémentaires et changements juridiques et constitutionnels survenus depuis dix ans	4
Introduction	4
2.1 La démarche sécessionniste	6
2.1.1 La voie légale	6
a) L'effet d'un référendum	7
b) L'applicabilité de la procédure de modification de la Constitution canadienne	8
c) La clarté de la question.....	8
d) La clarté de la majorité	9
e) L'obligation constitutionnelle de négocier.....	9
f) La sanction de la négociation au plan interne canadien et québécois	11
g) La sanction de la négociation au plan international.....	12
2.1.2 La voie révolutionnaire.....	13
2.1.3 L'articulation des démarches constituante et sécessionniste	16
a) La voie légale et la démarche constituante	17
b) La voie révolutionnaire et la démarche constituante.....	18
c) La voie hybride et la démarche constituante.....	19
2.2 La démarche constituante	19
2.2.1 Le contexte et les finalités de la démarche constituante.....	21
a) Le Québec, une société à l'heure de la mondialisation.....	22
b) Le rôle changeant du droit et des normes	24
c) Le paradigme délibératif et la démocratie	26
d) Les paradigmes délibératifs et l'oeuvre constituante québécoise	28
2.2.2 Le processus de la démarche constituante originaire.....	36
2.3 Certains éléments du projet de constitution	38
2.3.1 Considérations préliminaires.....	39
2.3.2 Le titre préliminaire et le préambule	42
2.3.3 La Charte des droits et libertés de la personne.....	43
2.3.4 Les institutions ainsi que leurs relations.....	50
a) Le pouvoir législatif.....	52

b) Le pouvoir exécutif.....	52
c) Le pouvoir judiciaire.....	55
2.3.5 Les droits des collectivités.....	57
2.3.6 La communauté internationale et l'Union canadienne	58
2.3.7 L'entrée en vigueur de la Constitution.....	59
2.3.8 Les mécanismes de révision de la constitution.....	59
Partie III - Conclusion.....	61

Sommaire

Dans son étude, Nicole Duplé examinait les tenants et aboutissants d'une démarche constituante et d'un texte constitutionnel québécois. Cette mise à jour fait état des principales évolutions du droit de même que des avancés de la pensée constitutionnelle contemporaine.

Dans la première partie, l'on identifie les conditions de la mise en place d'une démarche constituante québécoise. Ces conditions sont différentes selon que la démarche s'inscrit dans la logique constitutionnelle canadienne ou qu'elle s'inscrit en rupture avec celle-ci. L'examen attentif de la démarche mise de l'avant par la Cour suprême du Canada afin de baliser le processus d'accession du Québec à la souveraineté politique, constitutionnelle et internationale démontre la difficulté inhérente pour le système constitutionnel canadien d'accommoder une démarche québécoise en ce sens. Les balises sont telles (question claire, réponse qualitativement claire, existence ou non d'une obligation constitutionnelle corrélative de négocier et, le cas échéant respect en toute bonne foi de ces obligations) qu'on peut sérieusement mettre en doute, dans un contexte émotivement chargé, que leur respect soit vraisemblable; s'il est possible, il demeure, pour l'essentiel, improbable. Par contre, l'alternative, la voie dite révolutionnaire, si elle n'est pas facile, ne pose pas de difficultés insurmontables. Il s'agira pour le nouvel État d'être en mesure d'imposer sa logique et ses nouvelles règles sur toutes les institutions sur son territoire, remplaçant par là la *Grundnorm* canadienne par une autre norme fondamentale. Le Québec qui voudra devenir pleinement souverain devra à un moment ou à un autre choisir entre les voies qui s'offrent à lui. Il pourra aussi choisir l'une, quitte à changer d'avis en cours de route si elle ne convenait pas; il y a fort à parier que cela représentera l'approche privilégiée. Dans tous les cas, il paraît manifeste que le pouvoir constituant devra tenir compte de ces choix relatifs à la démarche sécessionniste dans l'exercice de sa fonction d'élaboration d'un nouvel ordre constitutionnel pour le Québec souverain.

La seconde partie revoit les questions touchant à la finalité et au contexte de la démarche constituante. Les finalités d'une démarche constituante québécoise demeurent fondamentalement les mêmes : fonder, organiser, légitimer le pouvoir politique québécois, décrire l'essence et la substance de la société québécoise. Le contexte au sein duquel s'inscrira une constitution québécoise est fonction du tissu culturel et social de la société. Le droit, la pensée juridique et les conceptions dominantes à l'égard du rôle du droit font partie du tissu culturel de chaque société. Le contexte de la démarche constituante doit ainsi être abordé en tenant compte du fait que les Québec est entré, au cours de la dernière décennie du vingtième siècle dans une période postmoderne. L'un des enjeux majeurs de la démarche constituante est de pourvoir à l'organisation des processus délibératifs. Cela appelle une démarche constituante qui saura renforcer les potentiels délibératifs de la société québécoise. Il faut dans le même esprit prendre acte du rôle changeant du droit découlant de l'internationalisation des rapports et des enjeux de même que le passage d'un droit en hiérarchie vers un droit plutôt conçu en réseaux.

S'agissant de la rédaction d'un texte constitutionnel, le défi consiste à procurer une explicitation de l'État qui rende compte de la complexité. Dès lors que l'on prend acte de la complexité

caractéristique du droit post-moderne et de la flexibilité que requiert le besoin accru d'adaptabilité, il est impossible de postuler que tout peut s'exprimer dans des "règles claires et précises". Il importe plutôt de rechercher l'énonciation de principes auxquels il sera possible de donner un sens pertinent lorsque, dans le cadre des débats démocratiques, viendra le temps de les appliquer. Il faut envisager le travail d'explicitation de l'État comme la désignation de plusieurs espaces agissant simultanément sur des échelles différentes : nationale, locale, continentale ou mondiale. Désignation aussi d'espaces formulant les principes, d'autres qui sont davantage consacrés à la mise en œuvre et d'autres qui interviennent pour départager les torts et les droits lors de conflits. La normativité constitutionnelle de l'État contemporain navigue entre les ordres normatifs qui vont du général au particulier, des principes abstraits aux normes détaillées.

Une constitution comporte trois grandes catégories d'énoncés : les principes généraux, abstraits se confondant avec les valeurs éthiques et les ensembles de croyances morales, les principes intermédiaires et enfin, des règles précises, permettant ou prohibant certains gestes ou comportements. Il revient au constituant d'énoncer le texte constitutionnel en s'assurant de formuler les principes généraux qui font réellement consensus ou qui paraissent incontournables dans le cadre international contemporain. Il pourra se révéler opportun de formuler des principes incomplètement définis dans le texte afin de préserver les espaces de délibération.

Le texte rend compte des éléments primordiaux d'un projet de constitution en examinant les questions et enjeux auxquels le constituant québécois devra apporter réponse. Lors de la rédaction d'un texte constitutionnel, des décisions auront à être prises par le constituant au sujet des dispositions préliminaires, de la teneur d'une charte constitutionnelle des droits et libertés, qui paraît incontournable dans l'état actuel du droit international. Il faudra faire des choix à l'égard des institutions législatives, gouvernementales et judiciaires ainsi que les relations entre celles-ci. Si une forme républicaine de gouvernement devait être retenue, plusieurs décisions devraient être prises à l'égard du modèle constitutionnel à retenir. Le projet de constitution devra comporter des dispositions à l'égard des droits des collectivités comme celles des peuples autochtones et la minorité anglophone. Des dispositions devront énoncer les principes assurant le raccordement de l'ordre juridique québécois avec la communauté internationale et avec les partenaires canadiens. Enfin, les mécanismes de révision de la constitution devront être précisés.

Il existe un large consensus dans la littérature pour reconduire l'essentiel des structures de gouvernement dont le Québec est doté depuis deux siècles. Nous avons identifié la tendance contemporaine à considérer que les constitutions dans une société démocratique doivent assurer les équilibres entre les pouvoirs. Cependant, les constitutions doivent surtout assurer le déroulement des processus délibératifs essentiels à la vie démocratique. La société québécoise est résolument pluraliste : son évolution sera favorisée par des institutions de même que la garantie des droits fondamentaux qui soient de nature à garantir la circulation et l'échange des points de vues.

La mise à jour de cette étude sur une constitution québécoise prend acte du fait que dans les sociétés démocratiques contemporaines les populations divergent sur un grand nombre de questions. Les désaccords sont à la fois sources de dangers et de sécurité; les démocraties

encouragent, la coexistence d'une pluralité de points de vues, d'éthiques et de conceptions du monde. Le défi du constituant est de mettre en place un cadre qui organise les délibérations de manière à accroître les chances d'arriver à des décisions collectives éclairées et ayant un fort potentiel de rallier de larges consensus.

Partie I

Éléments essentiels et conclusions de l'étude originale

Dans son étude intitulée “ Une constitution pour fonder l'État du Québec¹ ” (l'étude Duplé) Nicole Duplé concluait, à l'égard de l'adoption d'une constitution pour le Québec, qu'il serait pratiquement nécessaire d'écrire les règles du nouveau jeu politique en considérant la possibilité de référer à des normes légales déjà existantes en les adaptant à la nouvelle situation. Ces règles légales seraient ainsi constitutionnalisées. Elles seraient en quelque sorte “ réadoptées ” par l'entité souveraine, le peuple québécois, qui se prononcerait lors d'un référendum. L'étude passait en revue les buts et les paramètres de la démarche constituante pour ensuite identifier les modalités du processus d'établissement d'une constitution. Le but de la présente étude est de mettre à jour le contenu et les conclusions de l'étude Duplé à la lumière des développements de la dernière décennie.

Dans un premier temps, l'étude Duplé cernait les arguments que le reste du Canada pourrait opposer à la sécession du Québec. Rappelant la distinction entre les questions relatives à la légalité et celles relatives à la politique, elle expliquait qu'au Québec, “ la réponse positive à la question référendaire opérerait automatiquement une rupture —qui peut cependant être différée dans le temps avec l'ordre juridique canadien”. L'étude postulait que “ l'argumentation “ légaliste ” ne pourrait longtemps masquer la réalité politique : c'est bien du peuple que provient tout pouvoir et par conséquent, toute légitimité ”. On rappelait que “ La Cour suprême, dans un contexte qui n'était certes pas favorable au Québec, a eu l'occasion de traiter de la distinction entre les règles juridiques et les règles politiques de la constitution pour rappeler l'importance de ces dernières ”.

S'agissant du droit de sécession, on constatait que l'ordre constitutionnel canadien n'en prévoyait pas l'existence mais on constatait qu'il serait “ difficile de nier la légitimité de la décision du Québec de quitter la fédération ”. Tout en convenant qu'il serait préférable que “ les Canadiens acceptent de reconnaître la légitimité de la décision des Québécois et Québécoises ” l'étude énonçait “ cette évidence que pour appuyer sur l'idée que la proportion du vote populaire en faveur de la souveraineté sera sans doute capitale ”.

Pour ce qui est de la Constitution du Québec en tant que telle, l'étude Duplé postulait que :

l'accession du Québec à la souveraineté impliquerait nécessairement la création d'une constitution dont le contenu serait entièrement décidé par le peuple

¹ Nicole DUPLÉ, *Une constitution pour fonder l'État du Québec*, dans ASSEMBLÉE NATIONALE, Commission d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté, Exposés et études, vol 1, Les attributs d'un Québec souverain, Québec, 1991, pp. 581-596 ci-après citée “étude Duplé”.

québécois; elle n'impliquerait pas cependant que la rupture avec l'ordre juridique antérieur se traduise automatiquement par le rejet de tous les principes et valeurs constitutionnels qui prévalent à l'heure actuelle dans la constitution interne de la province.²

Par la suite, l'étude précisait les buts et les paramètres de la démarche constituante. En sa qualité d'acte fondateur de l'État québécois, la constitution" devra en décrire l'essence et la substance. Elle devra également refléter le plus fidèlement possible le peuple qui l'adoptera. Enfin, elle devra fournir aux États étrangers une image favorable du nouvel État qu'elle crée ". Les buts principaux de la démarche constituante étaient d'établir le fondement du pouvoir des gouvernants. L'étude reconnaissait ainsi un double rôle à la constitution : " d'une part elle légitime le pouvoir de ceux qui en sont régulièrement investis et d'autre part, elle légalise leurs actes lorsque ceux-ci s'inscrivent dans les limites qui leur sont assignées par les articles de la constitution ". En somme, la constitution assure la coïncidence du concept de légitimité avec celui de légalité.

En tant que texte fondamental explicitant l'État, la constitution établit les règles du jeu qui prévaudront entre gouvernants et gouvernés. À cet égard, Duplé soutient que " les règles doivent, par le fait même, être claires, précises, accessibles aux esprits qui ne sont pas formés à la logique juridique ". Une constitution est empreinte, implicitement ou explicitement, d'une certaine conception du droit et par conséquent des rapports sociaux. À moins d'être totalement mythique, la constitution est révélatrice de la société qu'elle régit.

La constitution devait également opérer le lien entre le passé et l'avenir. " Rédigée et implantée par un peuple dont les mœurs politiques sont déjà porteuses des valeurs les plus élevées, la Constitution du Québec devra s'inscrire aussi dans la continuité. L'affirmation de la pérennité des valeurs dans le contexte d'une mutation pourtant radicale —celle qu'implique l'accession à la souveraineté—, sera pour les États étrangers la meilleure garantie de la stabilité du nouvel État et favorisera indéniablement sa reconnaissance par ses pairs ".

En ce qui a trait aux paramètres de la démarche constituante, l'étude Duplé concluait que le constituant québécois devait mettre en place " une constitution écrite, rigide en ce qui concerne ses éléments fondamentaux, plus souples pour le reste; une constitution synthétique, concrète, rédigée en termes clairs et enfin, une constitution à la fois novatrice et conservatrice ".

Au plan du contenu, il fallait assurer le caractère fondamental du texte constitutionnel et éviter de le transformer en un catalogue de volontés. " Les règles constitutionnelles doivent avoir une effectivité réelle, perceptible par les citoyens et citoyennes; c'est-à-dire, une signification concrète. Il faudrait donc éviter de constitutionnaliser des programmes politiques ou des projets de société qui ne confèrent aucun droit subjectif aux personnes ou groupes ". Par contre, on reconnaissait certaines " normes et valeurs qui font partie de la culture politique et juridique du Québec qu'il serait souhaitable d'élever au rang de normes premières dans le contexte de l'État québécois ".

² Étude Duplé, p. 584.

En ce qui a trait aux conditions d'établissement de la constitution, l'étude Duplé faisait le constat que dans un système démocratique, le pouvoir constituant ne peut appartenir qu'au peuple ou à la Nation. Mais le pouvoir constituant ne pouvait être exercé par l'Assemblée nationale tant que celle-ci s'inscrit dans le cadre constitutionnel canadien. Récusant le processus constituant fondé uniquement sur le suffrage populaire direct, l'étude conclut qu'il serait préférable de "confier l'élaboration de la constitution à une commission composée de personnes bénéficiant de la confiance populaire, c'est-à-dire, de personnes élues. Tous les partis représentés à l'Assemblée nationale devraient avoir, proportionnellement à l'importance de leur représentation, la possibilité de participer à l'élaboration du projet de constitution, lequel devrait faire l'objet d'un consensus avant d'être soumis au référendum".

La structure du projet de constitution est esquissée par l'étude Duplé qui y rapporte les conclusions portant sur les autres aspects. Ainsi, on examine la teneur éventuelle d'un titre préliminaire, d'une charte constitutionnelle des droits de la personne, les organes législatifs et exécutifs ainsi que leurs relations, le pouvoir judiciaire, les autres titres de la constitution et l'organe de révision de la constitution.

En conclusion, l'étude Duplé rappelle la nécessité pratique d'écrire les règles du nouveau jeu politique tout en rappelant la possibilité de référer à des normes légales déjà existantes en les adaptant à la nouvelle situation. Il s'agit ainsi de constitutionnaliser plusieurs des règles actuelles qui font consensus. Ces règles seraient en quelque sorte "réadoptées" par l'organe souverain, le peuple québécois, se prononçant lors d'un référendum.

Partie II

Analyses complémentaires et changements juridiques et constitutionnels survenus depuis dix ans

Introduction

La question de la mise en place d'une Constitution pour le Québec a en effet connu des évolutions importantes au cours de la dernière décennie. Bien que les principales conclusions de l'étude Duplé demeurent aujourd'hui encore vraies, des transformations ont eu lieu dans l'environnement politique canadien : échec de l'accord de Charlottetown, tenue du référendum de 1995, émergence de l'union sociale canadienne, renvoi de la Cour suprême en 1998, adoption de la loi C-20, etc. Un certain nombre d'ouvrages de réflexion ont contribué à enrichir la pensée constitutionnelle québécoise³. En 1995, le professeur Daniel Turp a rédigé un projet de Constitution du Québec; ce texte, désigné dans cette étude sous le vocable de "projet Turp" offre une proposition très achevée à l'égard de ce qui pourrait devenir la Constitution du Québec⁴. Cette démarche présente le mérite d'exprimer concrètement la teneur d'un texte constitutionnel d'un État québécois. Finalement, outre ces contributions, la recherche fondamentale en théorie constitutionnelle et en théorie du droit a, au cours de la dernière décennie, apporté certains éclairages et mis en lumière les logiques et enjeux afférents aux corpus constitutionnels dans les sociétés contemporaines.

L'étude Duplé postulait en quelque sorte que la question de la création et de la mise en place d'une Constitution ne se pose qu'une fois accompli le processus par lequel le Québec sera devenu un État souverain. C'est pourquoi elle ne traite pas des questions relatives au remplacement de l'ordre juridique constitutionnel canadien par l'ordre juridique québécois. Dans le contexte

³ Notamment : Michel SARRA-BOURNET, *Le pays de tous les québécois, diversité culturelle et souveraineté*, Montréal, VLB, 1998; Daniel Latouche, *Plaidoyer pour le Québec*, Montréal, Boréal, 1995; Martin MASSE, *Identités collectives et civilisation, pour une vision non nationaliste d'un Québec indépendant*, Montréal, VLB, 1994; Jean-Louis BOURQUE, *Demain la république le projet du Québec profond*, Ste-Foy, Éditions la liberté, 1992; Jacques DUFRESNE, *Le courage et la lucidité, essai sur la constitution du Québec souverain*, Montréal, Septentrion, 1990; Gilles BOURQUE et Jules DUCHASTEL, *L'identité fragmentée Nation et citoyenneté dans les débats constitutionnels canadiens*, Montréal, Fides, 1996; Michel COUTU, "Citoyenneté et légitimité. Le patriotisme constitutionnel comme fondement de la référence identitaire", (1998) 40 *Droit et Société*, 631-646; Robert A. YOUNG, *La sécession du Québec et l'avenir du Canada*, Québec, PUL, 1995; Bernard H. Siegan, *Drafting a Constitution for a Nation or Republic Emerging Into Freedom*, Fairfax, Va, Georges Mason U. Press, 1994.

⁴ Daniel TURP, "Un projet de constitution pour un Québec souverain", *L'Action nationale*, vol. LXXXV, n° 8, octobre 1995, pp. 39-78, aussi disponible en ligne à <<http://www.rocler.qc.ca/turp/eng/Future/Publications5.htm>>. Voir aussi : PARLEMENT ETUDIANT DU QUÉBEC, Comité constitutionnel, Avant-projet de loi - Loi constitutionnelle de 1991, annexe Constitution du Québec, 1991, 43 p.; S. ÉTHIER, *La Constitution d'un Québec souverain : contenu, constituante, référendum*, document préparé à l'intention du Conseil général du Forum Jeunesse du Bloc Québécois, 20 mars 1994, 15 p.

contemporain et notamment à la lumière du Renvoi de 1998 de la Cour suprême sur la Sécession du Québec, il faut traiter de la question de la mise en place d'une Constitution québécoise en considérant le contexte dans lequel se déroulerait la démarche constituante.

Pour mettre à jour de l'étude Duplé, nous avons postulé que la question de la mise en place d'une Constitution québécoise s'analyse comme l'établissement d'un nouvel ordre juridique qui se substitue à l'ancien. Cela requiert d'examiner les scénarios susceptibles de se présenter concrètement lors du changement d'un ordre juridique à l'autre. L'appréciation de ce contexte a connu des variations au cours de la dernière décennie. On possède maintenant plus d'informations sur les conditions au sein desquelles se déroulerait vraisemblablement la démarche constituante de même que les facteurs qui devraient faire l'objet d'une attention particulière dans le cadre des processus d'élaboration de la Constitution québécoise.

Nous avons dressé un bilan de l'évolution des idées sur ces questions. Nous avons également procédé à l'analyse des changements intervenus dans le droit relatif au processus de passage de l'ordre constitutionnel canadien à un ordre constitutionnel uniquement québécois. Une telle démarche paraît aujourd'hui inhérente à une mise à jour de l'étude Duplé puisque ce passage et les conditions concrètes dans lesquelles il se déroule ont un impact significatif sur ce qu'il est possible de proclamer dans une constitution et surtout sur les conditions de son effectivité. Enfin, nous avons cherché à identifier les principales hypothèses relatives aux conditions dans lesquelles s'effectuerait la proclamation de la nouvelle constitution de même que sur les processus de changement dans l'ordre constitutionnel.

La recherche relatée ici procède de l'analyse juridique. C'est aux méthodes ayant cours dans cette discipline qu'il a été fait appel. Mais dans le champ du droit relatif au pouvoir constituant, il est souvent nécessaire de conclure que la question n'est pas entièrement tranchée. Les conditions historiques particulières qui prévalent paraissent en ce domaine devoir jouer un rôle significatif. C'est pourquoi la recherche de solutions offertes par le droit comparé et la théorie du droit permet d'identifier comment se posent les questions qui auront à être résolues si le Québec décidait de se doter d'une constitution d'État souverain.

Cette mise à jour de l'étude Duplé se présente en trois temps. Avant d'être à même d'étudier le contenu d'une éventuelle Constitution québécoise, (2.3), nous devons préalablement nous attacher à examiner successivement la démarche sécessionniste (2.1) et la démarche constituante elle-même (2.1).

2.1 La démarche sécessionniste

En l'absence de véritable contrôle juridictionnel, il n'est d'autre juge que celui de l'effectivité, tempérée, le cas échéant par une remise en cause a posteriori. Le jugement de l'Histoire devient souvent celui des constitutionnalistes (et non pas l'inverse).⁵

Au plan juridique, la sécession du Québec du reste du Canada ne va pas de soi; il s'agit d'un exercice délicat à réaliser alors que des choix existent quant à la démarche à suivre pour mettre sur pied le nouvel État au plan juridique. En résumant, deux principales voies s'offrent : la voie légale, qui se situe dans le prolongement de la légalité constitutionnelle canadienne antérieure (2.1.1) ou la voie révolutionnaire qui rompt complètement avec l'ordre juridique existant (2.1.2). La démarche choisie influencera à son tour le pouvoir constituant et son exercice (2.1.3).

2.1.1 La voie légale

Introduction. Le 20 août 1998, la Cour suprême du Canada, à la suite d'une demande du gouvernement fédéral à cet effet, rendait public un avis sur le droit du Québec, tant en vertu de la Constitution du Canada qu'en vertu du droit international, de procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada. Il ne s'agit pas ici d'analyser en détail les tenants et aboutissants de cet avis de la Cour mais plutôt d'en rappeler les principaux éléments dans un contexte où il est certain que l'avis de la Cour influencera directement le cours de l'évolution du dossier et où il est aussi manifeste que cette évolution, à son tour, influencera la démarche constituante.

Le poids de l'avis de la Cour suprême. La décision de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁶ constitue un "avis" de la Cour. À strictement parler, il ne s'agit pas d'un cas concret où la Cour a eu à déterminer les droits de parties en présence. Il s'agit plutôt d'une décision rendue, comme la Cour le précise elle-même, dans un rôle purement consultatif⁷, on peut estimer que, techniquement, cet avis ne lierait pas la Cour dans une décision subséquente, pas plus qu'il ne lierait les tribunaux inférieurs au sens de la traditionnelle règle du *Stare decisis*. Dans les faits, cependant, l'influence d'un tel avis de la Cour est considérable et il doit être assimilé, en pratique, à une décision en bonne et due forme du plus haut tribunal du Canada.

L'effet de l'avis de la Cour suprême. On doit estimer que, dans ce contexte, l'avis de la Cour aura un impact réel et immédiat sur le processus sécessionniste, *surtout s'il se situe dans une logique de légalité et de continuité constitutionnelle*. Par le contenu de son avis, la Cour suprême se trouve en quelque sorte à baliser les paramètres de l'accession du Québec à la pleine

⁵ Claude KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, Les voies du droit, 1996, p. 87.

⁶ (1998) 2 R.C.S. 217; <http://www.lexum.umontreal.ca/cscscc/fr/pub/1998/vol2/html/1998rcs2_0217.html>

⁷ Par. 25.

souveraineté politique et juridique, à indiquer ce qui doit être accompli pour que le processus aboutisse dans la logique du droit constitutionnel canadien. Cela ne veut pas dire que ces paramètres doivent être suivis ni qu'ils seront nécessairement suivis, le cas échéant. Tout indique cependant que ces paramètres feront partie du débat public précédant et suivant un éventuel processus sécessionniste et, à cet égard, ils méritent d'être rappelés. Dans tous les cas, on doit considérer que les prises de position de la Cour au sujet des différentes questions de droit qu'elle aborde dans son avis représentent l'état du droit positif canadien sur ces sujets; autrement dit, ces balises représentent des guides fiables sur l'état du droit constitutionnel canadien applicable.

Afin d'examiner systématiquement les éléments pertinents de cet avis de la Cour suprême, il convient de discuter successivement (a) de la question de l'effet d'un référendum, (b) de l'applicabilité de la procédure de modification de la Constitution canadienne, (c) de la clarté de la question ainsi que (d) de la majorité obtenue, (e) de l'obligation constitutionnelle de négocier et, finalement, (f) de la sanction de la négociation tant au plan interne canadien et québécois qu'au plan international (g).

a) *L'effet d'un référendum*

Le référendum comme technique légitimante. Le recours à la technique du référendum afin de solliciter le consentement de la population à la souveraineté du Québec fait partie du paysage politique et constitutionnel québécois depuis la fin des années 1960. Il s'agit assurément d'une des approches les plus démocratiques et légitimantes qui soit. Cette réalité est reconnue comme telle par la Cour suprême qui, dans son avis, écrit qu' : “ un référendum peut certainement fournir un moyen démocratique de connaître l'opinion de l'électorat sur des questions politiques importantes dans un cas précis. Le principe démocratique défini plus haut exigerait d'accorder un poids considérable à l'expression claire par la population du Québec de sa volonté de faire sécession du Canada ”⁸.

L'absence d'effets juridiques du référendum. Cependant, conformément à la tradition constitutionnelle britannique, la Cour suprême a confirmé dans son avis la position jurisprudentielle anglo-saxonne orthodoxe qui veut que les résultats d'un référendum n'aient aucun effet direct ou juridique: “ un référendum, de lui-même et sans plus, n'aurait aucun effet juridique direct et ne pourrait à lui seul réaliser une sécession unilatérale ”⁹. Accepter la position contraire, selon la Cour, aurait pour effet de violer ce qu'elle appelle le principe de démocratie constitutionnelle¹⁰.

⁸ Par. 87. La Cour ajouta au même paragraphe : “ Nos institutions politiques sont basées sur le principe démocratique et, par conséquent, l'expression de la volonté démocratique de la population d'une province aurait du poids, en ce sens qu'elle conférerait légitimité aux efforts que ferait le gouvernement du Québec pour engager un processus de modification de la Constitution en vue de faire sécession par des voies constitutionnelles ”.

⁹ Par. 87.

¹⁰ Par. 75 et 76.

C'est donc dire, toujours selon la logique constitutionnelle canadienne, que le référendum représente un exercice important afin de mesurer et de légitimer des demandes constitutionnelles, même radicales, sans toutefois être suffisant pour, en soi, entraîner de conséquences juridiques quelconques. Dans une optique constitutionnelle canadienne, la sécession, au plan juridique, devra être accomplie par d'autres techniques, notamment celle du recours à la procédure de modification de la Constitution canadienne.

b) *L'applicabilité de la procédure de modification de la Constitution canadienne*

L'application de la formule d'amendement. Quoiqu'il en soit, cette question n'ait pas véritablement suscité de débat véritable avant la décision de la Cour suprême, celle-ci a confirmé sans équivoque que la procédure de modification de la Constitution du Canada serait éventuellement applicable afin de réaliser, en vertu d'une logique constitutionnelle canadienne, la sécession du Québec¹¹. C'est donc dire, comme le souligne la Cour, que les partenaires du Canada devront nécessairement consentir à un amendement de la Constitution du Canada qui viserait à accomplir l'indépendance du Québec; c'est donc aussi dire que des négociations précéderont l'accomplissement d'éventuels amendements constitutionnels. Selon la Cour, ces négociations devront se tenir selon les paramètres définis dans sa décision (voir *infra*, section (e)).

Le degré de consentement requis pour un amendement constitutionnel. La Cour, dans son avis, a cependant refusé de se prononcer sur le degré de consentement requis afin qu'un tel amendement puisse prendre effet¹². Le débat sur cette question n'est donc pas clos, certains affirmant qu'une majorité des deux tiers des provinces représentant 50% de la population suffit¹³, alors que d'autres soutiennent plutôt que la règle de l'unanimité doit s'appliquer¹⁴. On peut par contre vraisemblablement écarter la règle de l'article 42 qui n'exigerait que le consentement du Fédéral et du Québec.

c) *La clarté de la question*

Une question claire. Un des aspects les plus spectaculaires – et controversés – de l'avis de la Cour suprême est lorsque qu'elle affirme l'exigence que la consultation populaire ait porté sur une “question claire”¹⁵. Cette exigence découlerait, selon la Cour, de la nécessité d'obtenir une “expression claire par la population d'une province du désir de réaliser la sécession”¹⁶.

¹¹ Par. 84 et 97 *in fine*; Procédure de modification, Partie IV, de la *Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada*, (1982, R.-U., c. 11).

¹² Par 105. “ Selon la règle de prudence requise en matière constitutionnelle, nous nous abstenons de toute conclusion quant à l'application possible d'une procédure précise pour faire sécession tant qu'il n'existe pas suffisamment de faits clairs soulevant une question justiciable ”.

¹³ Art. 38, *Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada*, (1982, R.-U., c. 11).

¹⁴ Art. 41, *Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada*, (1982, R.-U., c. 11).

¹⁵ Par. 87 *in fine*, 93 et 100.

¹⁶ Par. 88.

Qu'est-ce qu'une question claire, au juste? La difficulté au sujet de cet aspect de la décision de la Cour est double. Tout d'abord, cette exigence que la Cour dit asseoir sur le principe démocratique, est complètement inédite et ne se fonde sur aucun précédent de quelque nature que ce soit en droit constitutionnel canadien; il devient difficile dans ce contexte de l'interpréter afin d'en appréhender les tenants et aboutissants. Ensuite, il est clair que rien n'est moins clair, en soi, que la clarté d'une question. À cet égard, toutes les spéculations et discussions sont permises et on peut penser qu'un consensus sera difficilement possible à établir sur la clarté suffisante d'une question donnée. Au surplus, la Cour suprême a pris la peine d'indiquer que les tribunaux ne peuvent être les arbitres ultimes de la clarté d'une question; autrement dit, les acteurs politiques devront débattre entre eux – et de façon concluante - de la clarté ou non d'une question référendaire.

d) *La clarté de la majorité*

Une majorité claire? Dans le prolongement de logique à l'égard de l'exigence de la clarté exigée d'une question, la Cour suprême, dans son avis, a par ailleurs exigé l'obtention d'une expression claire de consentement de la population à la sécession. Elle s'est cependant gardée de définir quel devait être de façon précise ce degré de consentement, sinon qu'il devait "être dénué de toute ambiguïté" et que la majorité devait être claire "au sens qualitatif"¹⁷. Toutes les spéculations sont ici permises sur le sens précis à donner à cette expression qui n'a pas fini de donner lieu à de vifs débats¹⁸. Tout comme ce fut le cas pour la clarté de la question référendaire, la Cour a indiqué que la question du degré de consentement qualitativement juste, constituait une question politique qui doit rester dans l'arène politique et qui ne peut faire l'objet d'arbitrage judiciaire quelconque.

Les conséquences de l'expression d'une majorité claire de la population. Le but de l'exigence de la majorité claire est, selon la Cour, de conférer une légitimité suffisante pour enclencher le processus de modification de la Constitution¹⁹, tout en donnant naissance à une "obligation de prendre en considération et de respecter cette expression de la volonté démocratique en engageant des négociations et en les poursuivant en conformité avec les principes constitutionnels (applicables)"²⁰.

e) *L'obligation constitutionnelle de négocier*

L'obligation de négocier. Il appert donc, selon la Cour suprême, que l'expression claire d'une volonté donnée à la suite d'une question claire suffira afin de déclencher une obligation corrélative de négocier. Il s'agira alors, toujours selon la Cour suprême, de négocier une modification

¹⁷ Par. 87.

¹⁸ Voir la *Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec*, L.C. 1999-2000, c. 26.

¹⁹ Par. 87.

²⁰ Par. 88.

constitutionnelle “ en vue de répondre au désir exprimé ”²¹. Toutes les parties doivent alors, en vertu du principe constitutionnel applicable, venir à la table des négociations²² et, selon la Cour, personne ne peut tout simplement refuser de participer à des négociations²³. On négociera alors non pas à onze chefs de gouvernement, mais plutôt, selon la Cour suprême, à travers les représentants des “ deux majorités légitimes ”²⁴. L’obligation de négocier serait alors régie par “ les mêmes principes constitutionnels que ceux qui ont donné naissance à l’obligation de négocier ”, à savoir, le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté de droit ainsi que la protection des minorités²⁵. Dans ce contexte, la conduite des parties serait d’une grande importance constitutionnelle²⁶.

La négociation elle-même. On peut croire, ainsi que le mentionne la Cour suprême, que les négociations qui suivraient porteraient sur des questions diverses, souvent marquées par la complexité et les difficultés²⁷. La possibilité qu’elles aboutissent dans une impasse serait alors bien réelle²⁸. La conduite des parties à la négociation serait alors évidemment de la première importance afin de juger si elles ont respecté les obligations constitutionnelles qui étaient les leurs. Se poserait alors aussi la question de la sanction de cette négociation, particulièrement si elle avorte. Les sanctions seraient de deux ordres, l’un canadien et québécois, l’autre international.

²¹ Par. 88.

²² Par. 88 et 92.

²³ Par. 95.

²⁴ Par. 93.

²⁵ Par. 90.

²⁶ Par. 94.

²⁷ Par. 96 : “ Personne ne peut prédire le cours que pourraient prendre de telles négociations. Il faut reconnaître la possibilité qu’elles n’aboutissent pas à un accord entre les parties. Des négociations engagées à la suite d’un vote référendaire en faveur d’un projet de sécession toucheraient inévitablement des questions très diverses et souvent d’une grande portée. Il existe inévitablement, après 131 ans de Confédération, un haut niveau d’intégration des institutions économiques, politiques et sociales au Canada. La vision des fondateurs de la Confédération était de créer un pays unifié et non pas une vague alliance de provinces autonomes. Par conséquent, s’il existe des intérêts économiques régionaux qui coïncident parfois avec les frontières provinciales, il existe également des entreprises et intérêts (publics et privés) nationaux qui seraient exposés au démantèlement. Il y a une économie nationale et une dette nationale. La question des frontières territoriales a été invoquée devant nous. Des minorités linguistiques et culturelles, dont les peuples autochtones, réparties de façon inégale dans l’ensemble du pays, comptent sur la Constitution du Canada pour protéger leurs droits. Bien sûr, la sécession donnerait naissance à une multitude de questions très difficiles et très complexes, qu’il faudrait résoudre dans le cadre général de la primauté du droit de façon à assurer aux Canadiens résidant au Québec et ailleurs une certaine stabilité pendant ce qui serait probablement une période d’incertitude et de bouleversement profonds. Nul ne peut sérieusement soutenir que notre existence nationale, si étroitement tissée sous tant d’aspects, pourrait être déchirée sans efforts selon les frontières provinciales actuelles du Québec ”.

²⁸ Par. 97.

f) *La sanction de la négociation au plan interne canadien et québécois*

Des sanctions qui ne sont pas d'ordre juridique. Un des paradoxes les plus importants de la décision de la Cour suprême dans son avis sur la sécession du Québec est certes celui associé à la sanction de l'obligation, constitutionnelle, de négocier à la suite d'une expression claire fournie à une question claire. D'une part, selon la Cour, la Constitution canadienne accepterait qu'on puisse en toute légalité et légitimité forcer une négociation en bonne et due forme des paramètres de la sécession du Québec de l'ordre juridique canadien. Cependant, en dépit de la nature constitutionnelle et obligatoire de la négociation, la Cour refuse de considérer que le défaut soit de négocier ou d'en arriver à une solution satisfaisante, puisse faire l'objet d'une appréciation judiciaire subséquente. On a recours, afin d'appuyer cette façon de voir les choses, à la distinction classique entre les normes du droit constitutionnel (applicables et sanctionnables par les tribunaux) et les autres normes constitutionnelles, telles les conventions constitutionnelles, qui ne sont que susceptibles de sanctions politiques et sont, de ce fait, non justiciables²⁹. Cela ne veut cependant pas dire que, dans certains cas, la violation des obligations constitutionnelles ne se trouvera pas à entraîner des conséquences juridiques³⁰, toutefois, pour l'essentiel, cela signifie que les conséquences de la violation seront essentiellement —sinon exclusivement— d'ordre politique.

Des sanctions politiques. C'est donc dire que le jugement portant sur les différentes balises du processus légal d'accession à la souveraineté du Québec seront soustraites à l'appréciation des tribunaux, les acteurs politiques étant, selon la Cour, seuls détenteurs de l'information et de l'expertise pour apprécier le respect ou non des obligations constitutionnelles en présence³¹. Toute une série de questions se trouverait ainsi soustraite à une appréciation éventuelle des tribunaux, qu'il s'agisse de la clarté de la question posée, du caractère clair du degré de soutien populaire au projet sécessionniste, de l'existence d'une obligation constitutionnelle de négocier dans les circonstances et, le cas échéant, du respect ou non de cette obligation. La seule appréciation de ces éléments se retrouverait exclusivement entre les mains des acteurs politiques³². Dans son avis,

²⁹ Par. 98 et 99; sur la non-justiciabilité, par. 101.

³⁰ Par. 102.

³¹ Par. 100 : “ Le rôle de notre Cour dans ce renvoi se limite à identifier les aspects pertinents de la Constitution, dans leur sens le plus large. Nous avons interprété les questions comme se rapportant au cadre constitutionnel dans lequel des décisions politiques peuvent, en dernière analyse, être prises. À l'intérieur de ce cadre, les rouages du processus politique sont complexes et ne peuvent être déterminés que par le moyen de jugements et d'évaluations d'ordre politique. La Cour n'a aucun rôle de surveillance à jouer sur les aspects politiques des négociations constitutionnelles. De même, l'incitation initiale à la négociation, à savoir une majorité claire en faveur de la sécession en réponse à une question claire, n'est assujettie qu'à une évaluation d'ordre politique, et ce à juste titre. Le droit et l'obligation correspondante de négocier ne peuvent reposer sur une présumée expression de volonté démocratique si cette expression est elle-même chargée d'ambiguïtés. Seuls les acteurs politiques auraient l'information et l'expertise pour juger du moment où ces ambiguïtés seraient résolues dans un sens ou dans l'autre, ainsi que des circonstances dans lesquelles elles le seraient ”.

³² Il reste que malgré les affirmations claires de la Cour suprême à cet effet dans son avis, elle a à quelques reprises par le passé non seulement déclaré l'existence de conventions constitutionnelles, mais aussi

la Cour se contente d'indiquer et de répéter que la sécession exige la négociation d'une modification à la Constitution du Canada³³.

La sanction, dans cette *perspective constitutionnelle canadienne interne*, serait par conséquent uniquement politique en cas de non-aboutissement des négociations ou de non-réalisation des exigences de la procédure de modification de la Constitution du Canada; la sanction se réaliserait dans la crise politique majeure qui s'en suivrait, dans l'empêchement des institutions démocratiques de fonctionner et dans la crise que cela susciterait dans l'opinion publique. Cette situation mènerait sans doute, comme l'indique la Cour suprême dans son avis, à un jugement de la *communauté internationale*; elle mènerait alors probablement à une légitimation du processus *révolutionnaire* afin de compléter la démarche sécessionniste.

g) La sanction de la négociation au plan international

Il est certain que tout processus devant mener à l'accession du Québec à sa pleine souveraineté politique et constitutionnelle ferait l'objet de l'attention de la communauté internationale. Comme l'indique la Cour suprême dans son avis, le caractère légal et constitutionnel du processus devant mener à la sécession demeure éminemment pertinent pour la communauté internationale : “La légalité des actes des parties au processus de négociation selon le droit canadien ainsi que la légitimité qu'on leur reconnaît seraient l'une et l'autre des considérations importantes dans le processus de reconnaissance. De cette manière, l'adhésion des parties à l'obligation de négocier serait indirectement évaluée au plan international ” (soulignés ajoutés)³⁴. C'est donc dire qu'une des sanctions du non-respect par les acteurs politiques de leurs obligations constitutionnelles serait le jugement porté éventuellement par la communauté internationale et, ce qui en découlerait le cas échéant, à savoir la reconnaissance du nouvel État. Dans cet ordre de choses, il est certain que la *légitimité* du comportement des acteurs devient très importante et supplante, comme élément déterminant, celui de la légalité constitutionnelle canadienne stricte.

constaté leur violation : *Renvoi relatif à la modification de la constitution du Canada*, [1981] 1 R.C.S. 793 et *Renvoi concernant le droit de véto du Québec*, [1982] 2 R.C.S. 793. En principe, rien ne l'empêcherait donc de se prononcer à nouveau sur le respect ou non d'obligations constitutionnelles non juridiques.

³³ Par. 97.

³⁴ Par. 103 : “ Dans la mesure où la violation de l'obligation constitutionnelle de négocier conformément aux principes décrits ci-dessus mine la légitimité des actions d'une partie, elle peut avoir des répercussions importantes au plan international. Ainsi, le manquement à l'obligation d'engager et de poursuivre des négociations en conformité avec les principes constitutionnels peut affaiblir la légitimité du gouvernement qui s'en réclame, alors que celle-ci est en règle générale une condition préalable à la reconnaissance par la communauté internationale. Inversement, la violation de ces principes par le gouvernement fédéral ou le gouvernement d'autres provinces dans leur réponse à une demande de sécession peut entacher leur légitimité. Ainsi, un Québec qui aurait négocié dans le respect des principes et valeurs constitutionnels face à l'intransigeance injustifiée d'autres participants au niveau fédéral ou provincial aurait probablement plus de chances d'être reconnu qu'un Québec qui n'aurait pas lui-même agi conformément aux principes constitutionnels au cours du processus de négociation ”.

2.1.2 La voie révolutionnaire

Introduction. La vaste majorité des quelque cent quatre-vingt-dix États qui existent aujourd'hui ont acquis leur souveraineté et leur constitution par voie révolutionnaire, c'est-à-dire en rompant, à un point quelconque de leur histoire, la chaîne de la légalité et en la remplaçant par un ordre juridique nouveau. Seuls quelques pays —dont le Royaume-Uni, le Canada et l'Australie— n'ont pas eu recours à la technique révolutionnaire et ont su faire évoluer leurs instruments constitutionnels au fil des siècles sans bris de légalité. Il n'y a certes pas de vertu intrinsèque à avoir une constitution fondée sur une démarche révolutionnaire, pas plus qu'il n'y ait de vertu particulière à avoir une constitution qui se situe dans la droite légalité antérieure : il n'y a que des États dont le statut et les instruments constitutionnels résultent des soubresauts de l'histoire, souvent des choix imposés par leurs dirigeants et, plus rarement, de structures découlant des choix démocratiques des peuples. Dans ce contexte, la voie révolutionnaire, loin de constituer un choix extrême, paraît au contraire découler de la normalité de l'évolution de la vie des États. Si cela fut vrai pour la France ou les États-Unis au XVIII^e siècle, c'est aussi certainement vrai pour un Québec qui, démocratiquement, voudrait acquérir sa pleine souveraineté.

Les lignes qui suivent ne visent pas à cerner tous les tenants et aboutissants des questions complexes qui caractérisent l'approche révolutionnaire en la matière, mais à exposer sommairement les problématiques en présence afin d'être à même d'en expliquer l'impact sur le pouvoir constituant et sa démarche.

La Cour suprême et la révolution. Dans un passage de son avis qui n'a que peu attiré l'attention, la Cour suprême du Canada prend la peine de rappeler que la possibilité d'une sécession unilatérale du Québec existe toujours et ce, en marge de la Constitution canadienne. Rappelant qu'il existe une différence entre le *droit* d'un peuple d'agir (il doit le faire en vertu des termes de la Constitution du Canada) et son *pouvoir* d'agir (qui peut alors être exercé sans fondement juridique), la Cour a précisé : " Quoiqu'il n'existe aucun droit à la sécession unilatérale dans la Constitution, c'est-à-dire sans négociation conforme aux principes, cela n'exclut pas la possibilité d'une déclaration inconstitutionnelle de sécession aboutissant à une sécession de fait " ³⁵. À la base de cette opinion qui n'a absolument rien de surprenant pour tout étudiant de droit constitutionnel comparé, se situe le *principe de l'effectivité*. Pour la Cour suprême, le principe de l'effectivité ne peut certes pas autoriser, *en droit*, la sécession; à défaut du recours par la voie légale à la Constitution du Canada, seule la voie révolutionnaire et le contrôle effectif du territoire par la nouvelle entité peut forcer le système juridique canadien à absorber - quoique involontairement, certes - la sécession du Québec :

En tant que cour de justice, nous ne connaissons ultimement que des demandes fondées sur le droit. Si le principe de l' " effectivité " repose sur la seule affirmation selon laquelle une [TRADUCTION] " révolution réussie engendre sa propre légalité " (S. A. de Smith, " Constitutional Lawyers in Revolutionary Situations " (1968), 7

³⁵ Par. 106; voir aussi le par. 142.

West. Ont. L. Rev. 93, p. 96), cela signifie nécessairement que la légalité ne précède pas mais qu'elle suit une révolution réussie. Par hypothèse, la révolution réussie s'est produite en dehors du cadre constitutionnel de l'État précédent, car autrement elle ne pourrait être qualifiée de "révolution". Il se peut qu'un acte de sécession unilatérale par le Québec se voie éventuellement accorder un statut juridique par le Canada et par d'autres États, et qu'il entraîne, de ce fait, des conséquences juridiques.³⁶

La Cour suprême du Canada a donc explicitement reconnu dans son avis qu'il est tout à fait vraisemblable que le Québec effectue sa sécession par une voie autre que la voie légale canadienne et que, au surplus, il est possible que, le cas échéant, cette révolution impose au Canada comme aux autres membres de la communauté internationale la décision de conférer des conséquences juridiques à une situation de fait.

Les conditions de succès de la rupture de la légalité. Tout État qui vise à remplacer un ordre juridique existant par un autre vit, à l'occasion de la transition entre les ordres juridiques, des moments marqués au pas de l'incertitude. Ainsi que le rappelait la Cour suprême dans son avis, le succès ultime de la démarche dépendrait du contrôle effectif d'un territoire et de la reconnaissance par la communauté internationale³⁷. Nous ajouterions, pour plus de certitude, que le contrôle effectif du territoire passe notamment par l'étape déterminante de la réception du nouvel ordre juridique par les institutions juridiques, et surtout judiciaires, du nouvel État. C'est donc dire que non seulement les institutions étatiques du nouveau pays (police, forces de l'ordre, ministères et autres organes des pouvoirs exécutif et législatif) contrôlent effectivement son territoire et appliquent les normes du nouvel ordre juridique, mais que les institutions judiciaires reconnaissent aussi que ces nouvelles normes les lient : les tribunaux doivent impérativement accepter de les appliquer, à défaut de quoi la révolution juridique sera incomplète³⁸.

Rompre la légalité pour la remplacer par une autre. Le but de ce texte n'est pas de répertorier les différentes techniques aptes à réaliser la révolution, au sens juridique du terme, qui permettra à un nouvel ordre juridique à se substituer à l'ordre juridique antérieur. On se contentera d'explicitier les grands traits afin de comprendre leur impact sur l'exercice du pouvoir constituant. Dans les termes traditionnels de la théorie du droit, il s'agira de remplacer une *Grundnorm* (norme fondamentale) par une autre. Les techniques pour ce faire sont variées et aucune n'offre de garantie intégrale de succès. Il s'agit notamment, en théorie du moins, pour les tenants du nouvel ordre juridique et constitutionnel de poser un acte carrément illégal et inconstitutionnel (exemple : omettre de faire sanctionner une loi par le Roi ou son représentant, destituer tous les juges, faire voter une constitution par une assemblée constituante) afin de se situer dans l'illégalité; il faudra alors que l'ordre juridique absorbe cette illégalité. On comprendra

³⁶ Par. 144.

³⁷ Par. 106 *in fine*.

³⁸ *Madzimabuto c. Lardmer-Burke*, [1969] 1 A.C. 645.

que cette condition est plus facile à réaliser en contexte non-démocratique. En effet, le dictateur qui, grâce à l'appui de l'armée prend le pouvoir et s'y maintient au fil des mois et des ans et qui, ce faisant, impose une nouvelle constitution réussit sa révolution au plan juridique puisque les institutions à l'interne, y compris le système judiciaire, reconnaissent le caractère effectif du nouvel arrangement constitutionnel; *ex post-facto*, il est alors facile pour tous de constater que l'ancienne *Grundnorm* a été remplacée par une nouvelle.

De la difficulté de réaliser des révolutions juridiques dans un contexte démocratique. La situation est certes moins évidente lorsque l'on tente par une voie démocratique, c'est-à-dire en respectant tant la volonté populaire que les exigences de l'État de droit, de substituer un ordre juridique à un autre sans le faire par la seule force des institutions répressives de l'État; on risque dans ces cas de se buter à la résistance de certaines institutions et, en particulier, du pouvoir judiciaire dont le rôle fondamental consiste précisément à assurer le respect intégral de la légalité des gestes de l'État et de ses composantes. Tout le défi consiste, dans un contexte de "rupture démocratique" de la légalité, non pas d'affirmer qu'un nouvel ordre juridique est désormais en vigueur (ce qui est relativement simple à faire), mais que, *ex post facto*, les institutions de l'État, y compris son pouvoir judiciaire, prennent acte du changement d'ordre juridique et constitutionnel et acceptent de faire respecter le nouveau système juridique.

Des choix contemporains balisés par le caractère légitime de l'exercice. Il est manifeste que, dans un contexte où l'on tient à ce que le changement d'ordre juridique se réalise en douceur, la *légitimité* de l'exercice est appelée à jouer un rôle considérable à cet égard. En effet, il deviendra beaucoup plus facile aux institutions de l'État en quelque sorte de "recevoir" le nouvel ordre juridique s'il survient dans un contexte de vaste appui populaire et de contrôle sans équivoque des activités par le nouvel État sur son territoire. On ne peut, à cet égard, ignorer certains des éléments précédemment discutés de l'avis de la Cour suprême. La pratique récente des États en la matière n'est pas particulièrement éloquente et ne révèle pas beaucoup de modèles dont le Québec pourrait s'inspirer avec une assurance relative quant aux résultats.

Conclusion. Le choix d'une démarche sécessionniste et le pouvoir constituant. L'examen attentif de la démarche mise de l'avant par la Cour suprême du Canada afin de baliser le processus d'accession du Québec à la souveraineté politique, constitutionnelle et internationale démontre la difficulté inhérente pour le système constitutionnel canadien d'accommoder une démarche québécoise en ce sens. Les balises sont telles (question claire, réponse qualitativement claire, existence ou non d'une obligation constitutionnelle corrélative de négocier et, le cas échéant respect en toute bonne foi de ces obligations) qu'on peut sérieusement mettre en doute, dans un contexte émotivement chargé, que leur respect soit vraisemblable; s'il est possible, il demeure, pour l'essentiel, improbable.

Par contre, l'alternative, la voie illégale et révolutionnaire, si elle n'est pas facile, ne pose pas de difficultés insurmontables. Il s'agira pour le nouvel État d'être en mesure d'imposer sa logique et ses nouvelles règles sur toutes les institutions sur son territoire, remplaçant par là la *Grundnorm* canadienne par une autre norme fondamentale. À cet égard, Brun et Tremblay constatent que "le droit britannique [...] reconnaît [...] une valeur juridique aux actes que peuvent poser des

autorités ayant rompu avec l'ordre juridique existant, si celles-ci réussissent vraiment à s'imposer"³⁹.

On aura compris que le Québec qui voudra devenir pleinement souverain devra à un moment ou à un autre choisir entre les voies qui s'offrent à lui. Il pourra aussi choisir l'une, quitte à changer d'avis en cours de route si elle ne convenait pas. Dans tous les cas, il paraît manifeste que le pouvoir constituant devra tenir compte de ces choix relatifs à la démarche sécessionniste dans l'exercice de sa fonction d'élaboration d'un nouvel ordre constitutionnel pour le Québec souverain.

2.1.3 L'articulation des démarches constituante et sécessionniste

Introduction. On aura compris à la lumière des lignes qui précèdent que se pose la question des rapports entre d'une part la démarche qui vise à réaliser, dans les faits et au plan juridique, la sécession du Québec de l'ordre constitutionnel canadien (la démarche sécessionniste) et, d'autre part, de celle de doter le nouvel État du Québec d'une constitution en bonne et due forme (la démarche constituante). Les deux démarches sont souvent confondues dans l'imaginaire politique; elles sont pourtant fondamentalement distinctes et doivent être traitées comme tel si l'on veut en arriver à encadrer avec réalisme la démarche constituante. Autrement dit, le processus d'élaboration de la nouvelle Constitution québécoise sera forcément influencé par la façon avec laquelle la sécession sera réalisée politiquement et techniquement (légalement); cette influence se fera particulièrement sentir au plan de l'articulation dans le temps des deux démarches.

L'articulation des démarches constituante et sécessionniste dans le temps. À partir du moment où il importe de distinguer entre les démarches constituante et sécessionniste dans le temps, il ressort soit que celles-ci se suivront, soit qu'elles auront lieu de façon contemporaine. Cela revient à dire qu'on pourra vouloir que la nouvelle Constitution du Québec ne soit élaborée qu'une fois acquise la pleine souveraineté politique et juridique : il s'agira alors d'une *approche séquentielle*. À l'inverse, rien n'empêcherait d'adopter une *approche parallèle* qui consisterait à élaborer la future Constitution d'un Québec indépendant alors que le processus sécessionniste qui vise à mettre fin à l'ordre juridique canadien n'est pas complété. Il y a là un choix à effectuer, choix qui sera sans doute influencé par l'approche sécessionniste privilégiée qui, on l'a vu, peut emprunter soit la voie légale, soit la voie révolutionnaire, soit encore ce que nous appellerons la voie hybride qui consiste en une combinaison des éléments de chaque approche. Il convient d'examiner succinctement l'impact des choix en présence quant à des approches séquentielles ou parallèles par rapport à l'approche sécessionniste privilégiée.

³⁹ Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 3^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 71.

a) *La voie légale et la démarche constituante*

La démarche sécessionniste légale, on l'a vu, a été relativement bien balisée par l'avis de la Cour suprême; elle implique le respect d'un certain nombre d'étapes et de conditions, dont le recours, ultimement, à la procédure de modification de la Constitution du Canada afin de conférer au Québec, dans la pleine légalité et dans le respect intégral des normes constitutionnelles canadiennes, sa souveraineté politique et juridique.

La démarche constituante séquentielle. Dans l'hypothèse légale, le choix d'une approche constituante séquentielle est d'une simplicité exemplaire : elle consiste dans les faits à compléter intégralement le processus sécessionniste avant d'enclencher la démarche constituante. Cette voie ne pose donc pas de difficultés particulières notamment au plan de la réception par le nouvel ordre juridique du fruit de la démarche constituante, c'est-à-dire de la nouvelle constitution. Par contre, cette approche implique sans doute la mise en place, au moment de la réalisation de la pleine souveraineté, de mécanismes constitutionnels transitoires visant au maintien de l'ordre juridique interne ainsi que la définition de mécanismes visant à faciliter la mise en place de la future constitution. Un des avantages évidents de cette approche est celui de permettre au système juridique interne d'effectuer la transition d'un régime constitutionnel à l'autre avec un minimum de difficultés, notamment à l'égard de la réception du nouvel ordre juridique par les tribunaux et par les autres institutions de l'État.

La démarche constituante parallèle. Toujours dans le contexte de l'hypothèse légale, le recours à une démarche constituante qui aurait cours en même temps que la réalisation de la sécession est éminemment possible, quoiqu'elle puisse causer certaines difficultés. Celles-ci pourraient se manifester entre autres à l'occasion des recours qui pourraient être intentés devant les tribunaux par les opposants si les institutions de l'État québécois et notamment l'Assemblée nationale, agissaient à titre d'assemblée constituante. On pourrait alors arguer, comme le firent les opposants au référendum de 1995, que ces institutions se trouveraient alors à poser des actes pour lesquels elles ne possèdent pas l'autorité constitutionnelle nécessaire. Le plus simple consisterait alors probablement à confier le pouvoir constituant à une convention *ad hoc* dont les recommandations pourraient éventuellement être constitutionnellement mises en place soit au moment même de la réalisation de la sécession (par le truchement de la procédure de modification de la Constitution du Canada), soit par la suite (au moyen d'une procédure transitoire définie au préalable).

L'approche la plus sûre au plan juridique demeurerait sans doute dans ce contexte celle qui ferait adopter le texte de la nouvelle Constitution du Québec en vertu de la Constitution canadienne actuelle avant que celle-ci ne réalise la sécession du Québec : il s'agit de l'approche choisie par le Canada en 1982 qui, avant de faire rapatrier la constitution a demandé au Parlement du Royaume-Uni d'adopter une série de dispositions dont celles de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'avantage de cette approche est d'assurer une sécurité juridique complète en permettant au nouvel État de disposer dès le début de son existence d'une constitution fonctionnelle, dont personne ne mettrait en question la légalité ou l'effectivité. Le désavantage est par contre symboliquement lourd en faisant découler la légalité —et la légitimité, du moins jusqu'à

un certain point— de la nouvelle Constitution québécoise non pas de l'autochtonie québécoise mais de la logique constitutionnelle canadienne antérieure.

b) La voie révolutionnaire et la démarche constituante

La voie révolutionnaire en vue de réaliser la pleine souveraineté du Québec est une voie, on l'a vu, moins bien balisée que la voie légale. Elle nécessite notamment un bris de la chaîne de la légalité, le contrôle effectif du territoire par les nouvelles instances, la reconnaissance, par l'ordre juridique interne et ses institutions, notamment judiciaires, du nouvel ordre constitutionnel et la reconnaissance du nouvel État par la communauté internationale. Encore une fois, la démarche constituante peut se situer à la suite de la démarche sécessionniste ou en même temps.

La démarche constituante parallèle. Il n'y a aucun doute que le fait pour l'État québécois d'adopter des normes constitutionnelles, telle la Constitution d'un Québec indépendant, qu'il n'a manifestement pas le droit d'adopter en vertu de la Constitution canadienne actuelle, constituerait un acte suffisant pour constituer un bris de la chaîne de la légalité. Ce serait donc dire, dans ce contexte, que l'on pourrait choisir d'utiliser la démarche constituante afin, en quelque sorte, de déclencher le processus révolutionnaire destiné à mener à la pleine indépendance, à l'extérieur de la légalité constitutionnelle canadienne.

L'avantage de cette approche serait d'asseoir au plan symbolique le nouvel État sur, en quelque sorte, son propre projet de société, c'est-à-dire sur sa nouvelle constitution. Un autre avantage serait de permettre à la population québécoise de comprendre clairement le contrat de société qu'on lui offrirait une fois la souveraineté acquise, tout en permettant aux personnes et aux États (canadiens et autres) à l'extérieur de juger de la qualité de ce projet de société, notamment sur la question de la protection des droits des minorités qui fera sans doute l'objet d'une attention particulière de la part de la communauté internationale. *Le désavantage* évident serait par contre de créer une situation où les débats sur la rupture de l'ordre juridique canadien seraient dédoublés —et sans doute confondus dans l'esprit populaire— par un débat qui porterait tant sur la légalité que la légitimité et le contenu de la nouvelle Constitution québécoise. En bref, dans un moment de discussion politique intense et émotionnel, toutes les dimensions du dossier, c'est-à-dire la rupture avec l'ordre juridique canadien et celle du contenu de la future Constitution québécoise, seraient sur la table en même temps, diluant d'autant l'importance de l'exercice constituant.

La démarche constituante séquentielle. Dans un contexte de rupture révolutionnaire avec l'ordre constitutionnel canadien, une démarche qui consisterait à retarder la démarche constituante jusqu'à ce que le nouvel ordre constitutionnel québécois soit bien établi et que la démarche sécessionniste soit complétée serait sans doute plus facile à réaliser en permettant aux débats de se suivre et, par là, d'être sans doute mieux articulés par rapport aux logiques (sécessionniste c. constituante) en présence. Par ailleurs, le recours à une approche séquentielle, dans ce contexte, nécessiterait sans doute au préalable l'établissement d'une sorte de régime révolutionnaire transitoire qui permettrait au nouvel ordre juridique de fonctionner en attendant la mise en place de la future constitution.

c) *La voie hybride et la démarche constituante*

La possibilité réelle du caractère hybride de la réalisation de la sécession. Il n'est pas inconcevable, au contraire, que l'approche choisie initialement (légale/révolutionnaire) ne se matérialise pas dans les faits. Il peut en effet très bien arriver que l'approche légale avorte, ne laissant d'autre choix que de transformer le processus sécessionniste en processus révolutionnaire. À l'inverse, il est tout à fait possible que si l'on a choisi de procéder dans une logique révolutionnaire, on en arrive par la suite, notamment à cause des difficultés rencontrées au plan de la réception par l'ordre juridique interne ou de la reconnaissance par la communauté internationale, à une approche qui respecterait les exigences constitutionnelles canadiennes. Autrement dit, peu importe la voie choisie, il est envisageable que l'on doive transiter d'une logique à une autre en cours de réalisation de la sécession. Dans ce contexte, il est vraisemblable que ce changement de circonstances des conditions de réalisation du processus d'accession à la souveraineté influence la démarche constituante.

Des problèmes difficiles à prévoir. Dans cette éventualité, il est certain pour les raisons identifiées précédemment, que la démarche séquentielle permet d'éviter de confondre les logiques en présence en privilégiant en quelque sorte l'accomplissement de la démarche sécessionniste avant sinon l'amorce au moins l'aboutissement de la démarche constituante. Il se peut évidemment, notamment si une approche révolutionnaire est initialement mise en place avec, en parallèle, l'institution d'une démarche constituante, qu'il soit difficile de revenir en arrière afin de passer à une approche constituante séquentielle; il faudra alors vivre avec les choix préalablement effectués. Par ailleurs, que la démarche soit légale ou révolutionnaire, il semble bien que l'approche séquentielle exige idéalement, le recours à des mesures transitoires afin de dégager une marge de manœuvre temporelle pour élaborer et mettre en œuvre la nouvelle Constitution québécoise.

La discussion qui précède illustre la difficulté d'articuler les démarches sécessionnistes et constituantes. Chacune comporte des caractéristiques qui s'imposent et rendent parfois difficile leur conjugaison. Elles procèdent de logiques qui ne sont pas étrangères mais qui ne sont pas non plus parfaitement complémentaires dans un contexte sécessionniste (par opposition à un contexte de décolonisation ou encore à un contexte de passage, au sein d'un même État, d'un régime constitutionnel à un autre). Par contre, cette même discussion permet de tirer des conséquences préliminaires au sujet notamment de l'organe du pouvoir constituant (composition, mode de fonctionnement) et des modes de légitimation du fruit de son labeur (référendum, etc.) (Voir infra section 2.2.3).

2.2 La démarche constituante

La notion de constitution. La notion de constitution ne connaît pas de définition faisant l'unanimité. Certains sont tentés de définir la notion par son aspect formel; d'autres définissent la

constitution en mettant l'accent sur ce qui en fait la substance⁴⁰. Au sens formel, la constitution est un texte portant ce nom et résultant d'une procédure spéciale d'adoption et de révision. Au sens matériel, la constitution est l'ensemble des règles se rapportant à l'exercice du pouvoir. Ces règles peuvent être écrites, coutumières, résulter des usages et pratiques. Elles découlent aussi de la jurisprudence. Pour bien situer la portée d'un texte constitutionnel, il importe donc de cerner les grands paramètres de ce qu'est une constitution au sens matériel. Les règles que comporte une constitution sont descriptives et normatives. La constitution descriptive a pour objet de présenter les organes de l'État et leurs compétences tandis que la constitution normative est "un acte de volonté de la nation qui n'est autre que le peuple souverain". C'est également la loi fondamentale et suprême que se donne un peuple libre⁴¹. La constitution est à la source de l'État à au moins deux titres. Elle est, d'abord et avant tout source de l'ordonnement juridique. Elle se situe au sommet de la hiérarchie des règles de droit auxquelles elle confère la force juridique. La constitution est également source de légitimité du pouvoir en ce qu'elle se présente comme la détermination essentielle de la règle du jeu politique dans l'État.

La constitution politique et sociale. *A priori*, la constitution est politique —elle définit l'organisation des autorités gouvernantes d'un pays— elle est aussi le reflet d'un projet de société. C'est à cette dimension que renvoie l'expression de constitution sociale. On désigne par là les dimensions sociologiques et idéologiques sous-tendant nécessairement toute constitution politique. Le caractère symbolique de la constitution est aussi l'une de ses dimensions⁴². La révérence vouée aux États-Unis à la constitution témoigne du fait que la psychologie des peuples n'est pas étrangère à la notion même de constitution de même qu'aux vertus que l'on attache à son caractère de loi fondamentale⁴³.

La constituante, le pouvoir constituant et la démarche constituante.

La littérature identifie deux types de pouvoir constituant, à savoir le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant institué ou dérivé. La finalité du premier est d'édicter la norme constitutionnelle originaire alors que celle du second est de modifier celle-ci subséquentement⁴⁴. On aura compris que dans le cadre de cet essai, seul le pouvoir constituant et la démarche

⁴⁰ André.-Jean ARNAUD.(dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J, 1993, p. 103.

⁴¹ Élisabeth ZOLLER, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, coll Droit fondamental, 1998, p. 12; Constance CHEVALLIER-GOVERS, "Actes constitutifs des organisations internationales et constitutions nationales", (2001) *R.G.D.I.P.*, 373, p. 379.

⁴² Elisabeth S. ANDERSON et Richard H. PILDES, "Expressive Theories of law : A General Restatement", [2000] 148 *University of Pennsylvania L. Rev.* 1503, p. 1531.

⁴³ Charles CADOUX, *Droit constitutionnel et institutions politiques, Théorie générale des institutions politiques*, 4e édition, Paris, Cujas, 1995, p. 207.

⁴⁴ Claude KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris PUF, Les voies du droit, 1996, p. 5.

constituante originaires nous concernent⁴⁵. Afin de cerner les différentes dimensions associées à la démarche constituante, seront examinés successivement son contexte et ses finalités (2.2.1) et son processus (2.2.2).

2.2.1 Le contexte et les finalités de la démarche constituante

Le contexte social. La rédaction d'une constitution s'envisage en gardant à l'esprit que la tâche s'inscrit dans un contexte plus large. Le contexte au sein duquel s'inscrira une Constitution québécoise est fonction du tissu culturel et social de la société. Le droit, la pensée juridique et les conceptions dominantes à l'égard du rôle du droit font partie du tissu culturel de chaque société. Le texte constitutionnel est une dimension importante de la mise en place d'un État mais il ne sera jamais plus qu'un élément de l'ensemble de normativités formant effectivement la constitution. Les travaux d'auteurs tels que Lajoie⁴⁶ ou Ost et de Kerchove⁴⁷ ont mis en évidence le fait que la détermination des règles constitutionnelles et de leur portée n'est pas entièrement sous la maîtrise du constituant. Les juges de même que d'autres acteurs peuvent prendre des décisions qui ajoutent ou retranchent au corpus de règles constitutionnelles ou en affectent le sens.

Le contexte politique et juridique. Le contexte fait aussi référence à la démarche ayant conduit à l'établissement du nouveau pouvoir constituant par le biais, on l'a vu, d'un processus conforme à la légalité constitutionnelle canadienne ou qu'il résulte d'une situation révolutionnaire. Le pouvoir constituant s'exercera à l'intérieur des balises imposées par l'obligation d'être légitime et effectif.

Un contexte marqué par la question de la légitimité de la démarche constituante. La légitimité des actions du pouvoir constituant s'apprécie à la lumière du comportement des parties. Comme il est expliqué dans la section 2.1, le comportement des protagonistes lors des négociations qui suivraient un référendum constituera un facteur dans l'appréciation de la légitimité des gestes posés. Par ailleurs, la légitimité d'une démarche constituante paraît imposer une teneur minimale à la constitution qui sera proclamée. Les garanties relatives aux droits fondamentaux, au caractère démocratique du régime gouvernemental à mettre en place, le respect des droits des autochtones, les garanties des droits des minorités et particulièrement de la minorité anglophone devraient impérativement figurer au texte constitutionnel. Enfin, l'exercice du pouvoir constituant lui-même devra posséder un caractère éminemment légitime : il ne saurait notamment être question, on le verra, d'imposer un texte constitutionnel qui n'aurait pas fait au préalable l'objet de vastes consultations et qui n'aurait pas rallié un non moins vaste consensus parmi la population du Québec.

⁴⁵ Le lecteur intéressé au développement du concept de constituant et de pouvoir constituant lira avec intérêt le livre de Claude KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris PUF, Les voies du droit, 1996, particulièrement le chapitre introductif, p. 7.

⁴⁶ Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs*, Paris, PUF, Les voies du droit, 1997.

⁴⁷ François OST et Michel de KERCHOVE, "De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ?", (2000) 44 *R.I.E.J.*, 1- 82.

Dans son étude, Duplé identifie les buts de la démarche constituante. Elle écrit que :

Véritable acte fondateur de l'État, la constitution du Québec devra en décrire l'essence et la substance. Elle devra également refléter le plus fidèlement possible le peuple qui l'adoptera. Enfin, elle devra fournir aux États étrangers une image favorable du nouvel État qu'elle crée. (p.585)

Et elle ajoute :

La constitution du Québec serait avant tout une oeuvre d'organisation, de légitimation interne du pouvoir politique et de législation des actes des gouvernants. Mais elle serait aussi en quelque sorte la fiche d'identité du peuple québécois ainsi qu'un certificat de bonnes mœurs que l'État naissant pourrait produire devant ses pairs. (p.586)

Ces finalités demeurent assurément valables. Cependant, l'évolution des pratiques ainsi que les développements et les débats survenus au cours de la dernière décennie dans la recherche en théorie constitutionnelle ont quelque peu modifié la façon dont se pose la question des finalités de la démarche constituante. Pour les fins de la discussion, nous avons regroupé les paradigmes dominants de cette fin de siècle qui peuvent influencer un éventuel exercice constituant sous trois rubriques, à savoir (a), l'émergence d'une société post-moderne, (b), le rôle changeant du droit et de la normativité juridique et, (c), l'émergence du paradigme délibératif. Ces paradigmes entraîneront à leur tour certains changements sur la lecture du rôle d'une constitution et, par conséquent, influenceront sans doute l'approche de l'exercice du pouvoir constituant (d).

a) *Le Québec, une société à l'heure de la mondialisation*

Le Québec et la modernité. Il est toujours difficile de prendre assez de recul pour juger avec finesse de l'évolution récente d'une société. Dans le cas du Québec, on conviendra que les choses se sont accélérées au cours de la dernière décennie du XX^e siècle, alors qu'il entrait résolument dans la mouvance d'un univers globalisé marqué notamment par l'avènement de la société technologique. Ce virage, dont témoignent plusieurs phénomènes parmi lesquels celui de l'ouverture massive des marchés, a aussi été accompagné par des mutations importantes, dont la montée de l'individualisme, d'une nouvelle recherche des valeurs et de l'aliénation de plusieurs. Pour certains, comme Charles Taylor, la modernité produit trois malaises. L'individualisme qui a conduit à la "perte de sens" ce qui se traduit par la disparition des idéaux et le repli sur soi. Le bien commun devient, en pratique, une valeur de moins en moins légitime. Deuxième malaise selon Taylor, la primauté de la raison instrumentale qui a mené à l'éclipse des fins, le seul étalon qui compte vraiment étant l'efficacité maximale. Enfin, selon Taylor, la crise de la modernité se manifeste par la "perte de liberté" résultant du sentiment d'impuissance que ressent l'individu-citoyen pris entre le marché et l'État⁴⁸.

⁴⁸ Charles TAYLOR, *Grandeur et misère de la modernité*, Montréal, Bellarmin, 1991,

Le Québec comme société post-moderne Devant ce genre de malaise, l'on décèle deux attitudes. D'une part, une tendance à rechercher la correction de ces dérives en conciliant recherche d'authenticité et ouverture à des horizons de signification collective, en restaurant le sentiment de responsabilité et en desserrant la pression du marché et de l'État⁴⁹. Une autre tendance conçoit la post-modernité comme une véritable rupture avec la modernité. Une rupture qui se traduirait par les désillusions générées par l'idée de progrès, la fin de l'idée selon laquelle l'Histoire aurait un sens et la fin de la prétention à l'Universalité, notamment en ce qui concerne les modèles d'organisation politique. Les figures du labyrinthe, du rhizome ou du réseau sont avancées afin de rendre compte d'une organisation sociale qui aurait délaissé les chemins balisés de l'ordre et de la simplicité. L'individualisme prendrait de nouvelles directions se traduisant par une absolutisation du moi, une culture du narcissisme faisant de l'épanouissement de soi la principale valeur de la vie. L'exaltation des différences et des singularités conduirait au tribalisme et au multiculturalisme, voire au différentialisme; le repli vers le privé, le désinvestissement du collectif, l'érosion des identités collectives poseraient le défi de reconstruire le lien social.

Une post-modernité faite notamment de revendications ponctuelles. Plusieurs observateurs relèvent que les débats politiques contemporains se déroulent très souvent autour de revendications ponctuelles, mises de l'avant par des groupes d'intérêts aux perspectives souvent étroites. Le Document de réflexion préparé à l'occasion du colloque sur le parlementarisme au XXI^e siècle fait état de :

*La "particratie" —l'emprise des partis et de leurs suppôts sur les élus du peuple— a tué dans l'œuf l'initiative, la surveillance et le contrôle, censés être l'apanage des parlementaires. Mais cette lourde mainmise n'est-elle pas soumise à son tour aux pouvoirs des entrepreneurs, des bailleurs de fonds, des prêteurs ayant le droit de regard suprême sur les faits et gestes des gouvernements? N'est-ce pas l'"adhocratie" (Alvin Tofler a ainsi nommé, naguère, l'action ponctuelle, ad hoc, d'individus ou de groupes pour un sujet et un temps déterminés, sans s'occuper des autres questions et sans se soucier des conséquences et du bien commun) qui a revêtu, par défaut, les oripeaux de la démocratie exsangue?*⁵⁰

L'on observe aussi une tendance à substituer une conception des droits en les posant comme un absolu et les processus revendicatif à se poser comme des atteintes à des droits. Jean-François Gaudreault-Desbiens décrit ainsi comment se forment les revendications :

Il suffit tout simplement qu'un événement isolé se produise et qu'un sous-groupe de la société s'en trouve contrarié, pour que ce dernier recoure aussitôt au droit,

⁴⁹ Jacques CHEVALLIER, "Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique", (1998) 114 *R.D.P.*, 659, p. 662.

⁵⁰ Gilles LESAGE, *Le parlement de demain, pour quoi faire?*, Document de réflexion préparé à l'occasion du Colloque sur le parlementarisme au XXI^e siècle à la demande de l'Amicale des anciens parlementaires du Québec, octobre 2000.

auprès des tribunaux ou du législateur, en exigeant que soit réparé ce qu'il présente comme constituant une violation de ses droits les plus fondamentaux. Ledit événement enclenche donc l'application d'une logique réparatrice ce qui, dans une logique légaliste, signifie que le problème doit être solutionné ou endigué par le canal du droit étatique.⁵¹

Le processus revendicatif dans lequel s'inscrit souvent le débat mettant en cause des intérêts conflictuels paraît procéder d'une culture des droits tendant à poser ces derniers comme des absolus. Gaudreault-Desbiens explique que:

Cette culture —son nom l'indique— véhicule une mentalité légaliste qui crée une dynamique politico-juridique fondée sur la revendication de droits. Or, [...] les droits ne sont pas cette porte ouverte qui nous permet d'arriver à nos fins, ce qui définit la liberté négative [...]. Mais ils nous permettent de réaliser nos fins contre les autres. Vue ainsi, la résolution des conflits sociaux passe dès le départ par une déclaration publique d'antagonisme de l'un envers l'autre : La revendication de droits incite à établir des distinctions claires entre soi et les autres. Il ne relève pas du hasard qu'une culture politique ensevelie sous les revendications de droits éprouve quelque difficulté à envisager des idées telles que celle de bien commun, d'intérêt commun ou de destinées imbriquées et interdépendantes.⁵²

Ce phénomène pose la question, pertinente pour le constituant, de la gouvernabilité de groupes formés d'individus atomisés et sérialisés. Cette crise de la modernité va à son tour forcer une certaine relecture du redoutable défi de garantir la possibilité de débattre du bien commun d'une manière qui ne soit pas limitée à seulement compiler les pressions des groupes d'intérêt ou de réagir aux revendications victimaires. Se pose aussi la question du rôle et des fonctions du droit et des normativités dans la société post-moderne.

b) Le rôle changeant du droit et des normes

Changement dans le rôle du droit. Dans la perspective tracée par la modernité, le droit est tout naturellement le mode privilégié d'encadrement et de régulation des rapports sociaux. La normativité juridique et, au-dessus d'elle, la normativité constitutionnelle constituent des vecteurs de la rationalité sociale. Par contraste, le droit postmoderne ne situe plus les valeurs de raison, de justice, d'ordre et de progrès dans l'ordre de l'absolu mais plutôt dans l'ordre du relatif. L'on s'efforce de rendre compte de la complexité du réel avec pragmatisme. Le droit post-moderne cherche à prendre en compte la complexité : complexité des mécanismes de production du droit et des modalités d'articulation des normes. En partie afin de répondre à la complexité, il se

⁵¹ Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, "L'impact du discours des droits sur la culture juridique québécoise : vers un recul de l'hégémonie positiviste?", (2000) 44 *RIEJ*, 213, p. 245.

⁵² Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, "L'impact du discours des droits sur la culture juridique québécoise : vers un recul de l'hégémonie positiviste?", (2000) 44 *RIEJ*, 213, p. 243.

caractérise par une recherche de flexibilité. On relève la tendance à la flexibilité tant dans le contenu des normes que des flexibilités des processus d'adaptation. Jacques Chevallier en déduit que : “ Le droit post-moderne s'oppose au droit moderne : à l'unité, il oppose en effet le pluralisme; à la hiérarchie, la diversité; à la contrainte, la régulation; à la stabilité, l'adaptabilité ”⁵³.

De la conception hiérarchique à la conception en réseau. Les systèmes juridiques sont traditionnellement conçus suivant une conception hiérarchique, linéaire et arborescente. La structure du système serait ainsi hiérarchique puisque ses organes sont placés en situation de supériorité et de subordination les uns par rapport aux autres; il en va de même de la normativité qui respecte le principe classique de la hiérarchie des normes. Les relations sont traditionnellement linéaires et à sens unique entre les différents niveaux normatifs ou institutionnels. Le système moderne est conçu en arborescence car ses différents éléments s'engendrent à partir d'un foyer de création unique, habituellement la constitution. Or, dans la pensée juridique contemporaine, le réseau se substitue de plus en plus aux institutions hiérarchisées comme lieu de conception et d'énonciation de la normativité⁵⁴. Entre les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, il n'y a plus tant une répartition limpide du pouvoir mais un dialogue qu'il faut reconnaître et organiser.

Un droit relayé ou supplanté. Au sein des réseaux s'élaborent des principes repères qui doivent habituellement être relayés par d'autres pôles de normativité. D'où l'idée d'un droit relayé dans plusieurs vecteurs. Le droit est en effet tantôt supplanté, tantôt relayé des principes internationaux vers les droits nationaux alors qu'à leur tour ces derniers sont relayés par les normativités régulatrices et les normes mises en place par les acteurs⁵⁵. Les réseaux, notamment les réseaux d'influence, se superposent aux lieux institutionnels que sont les États et les instances internationales⁵⁶. Gordon Smith et Daniel Wolfish en déduisent que ce monde polycentrique “ signifie que l'interconnectivité et l'ambiguïté sont omniprésents. La réalité du monde polycentrique est que de moins en moins de relations se prêtent à une codification officielle dans les lois ou à un enchâssement dans des contrats. Traditionnellement, les gouvernements sont très mal à l'aise pour composer avec ce genre d'ambiguïté ”⁵⁷.

⁵³ Jacques CHEVALLIER, “ Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique ”, (1998) 114 *R.D.P.*, 659, p. 662.

⁵⁴ François OST et Michel de KERCHOVE, “ De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? ”, (2000) 44 *R.I.E.J.*, 1- 82; Ari HIRVONEN, *Polycentricity The Multiple Scenes of Law*, Stylus Publishing, 1999, 256 p.

⁵⁵ Pierre TRUDEL, “ Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace ? ”, *Sociologie et sociétés*, vol. 22, n° 2, automne 2000, pp. 189-209, <<http://www.erudit.org/erudit/socsoc/v32n02/trudel/trudel.pdf>>

⁵⁶ Mary L. CHEEK, “ The Limits of Informal Regulatory Cooperation in international Affairs : A Review of the Global Intellectual Property regime ”, (2001) 33 *Georges Washington Int. L.R.*, 277.

⁵⁷ Gordon SMITH et Daniel WOLFISH, *Qui a peur de l'État?*, Montréal, PUM, coll. Tendances, 2001, p. 338.

Rechercher l'organisation optimale du dialogue social. Il convient donc d'inscrire les fondements de l'État dans un processus de dialogue et d'échange par lequel se structurent les stratégies qui sauront répondre aux contextes. Cette façon d'aborder les choses, caractéristique des sociétés contemporaines, appelle des approches constitutionnelles qui sauront assurer l'organisation de l'État de façon à non seulement renforcer la capacité de la société québécoise de vivre les processus délibératifs inhérents à la démocratie, mais surtout à lui fournir un édifice juridique, constitutionnel et normatif propre à en assurer le plein épanouissement démocratique. Comment dans cette perspective, envisager l'organisation, la description et l'explicitation de l'État et de son fonctionnement? Répartir les fonctions de l'État et les attribuer, ce ne serait pas tant décréter dans le texte constitutionnel où s'arrêtent les prérogatives de l'un ou l'autre des trois pouvoirs mais plutôt prendre acte de ce brouillage entre les fonctions législatives, exécutives et judiciaires et rechercher une organisation optimale du dialogue nécessaire au maintien des équilibres et de la légitimité de l'État.

c) *Le paradigme délibératif et la démocratie*

Promouvoir la démocratie délibérative. Dans une tentative d'inscrire le rôle des constitutions dans une recherche d'une meilleure intercompréhension démocratique, Cass R. Sunstein, s'inspirant en partie de la pensée de Jürgen Habermas⁵⁸, considère qu'une constitution doit être structurée de façon à promouvoir la démocratie délibérative⁵⁹. Il faut en arriver à une organisation de l'État reposant sur l'obligation de rendre compte, à un haut degré de réflexivité et un engagement de principe à ce que soient données et discutées les raisons justifiant les décisions. Dans une telle perspective, il faut préciser les limites respectives du pouvoir législatif, judiciaire et exécutif de façon à assurer le meilleur fonctionnement possible des processus délibératifs. Dans une société pluraliste, la démocratie délibérative paraît constituer le meilleur rempart contre les dérives totalitaires, les extrémismes, l'exclusion et le fanatisme. Au plan juridique, le paradigme délibératif appelle la mise en place d'institutions ouvertes et fonctionnant de manière à encourager et améliorer les processus délibératifs plutôt qu'à y mettre fin prématurément. À bien des égards, la démocratie délibérative est la version post-moderne de la doctrine classique de la séparation des pouvoirs et de la démocratie représentative.

Le dialogue entre les grands pouvoirs de l'État. Entre les grands pouvoirs institués de l'État, le législatif, l'exécutif et le judiciaire, il y a un dialogue fonctionnant suivant un processus d'action et de réponses. Le tout se déroule dans un milieu éclairé par l'opinion publique, elle-même éclairée par la circulation maximale de l'information. Pour qu'il y ait véritablement dialogue entre les trois grands pouvoirs de l'État, il faut que ceux-ci disposent de la marge d'autonomie leur permettant des initiatives propres. Ils doivent également chacun être assujettis à l'obligation de rendre compte. L'autonomie est assurée en garantissant que chacun des organes agisse seul dans son propre domaine. Si l'on convient que le pouvoir judiciaire doit être absolument indépendant

⁵⁸ Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie entre faits et normes*, Paris Gallimard, 1997.

⁵⁹ Cass R. SUNSTEIN, *Designing Democracy What Constitutions Do*, Oxford University Press, 2001, p. 6.

des deux autres, on admet une certaine coopération entre l'exécutif et le législatif. Mais l'exécutif répond de l'opportunité de ses gestes devant le corps législatif et de leur légalité devant le pouvoir judiciaire. Quant à ceux qui sont investis du pouvoir législatif, c'est au peuple qu'ils rendent compte lors d'élections qui doivent nécessairement se tenir périodiquement. Le pouvoir judiciaire n'échappe pas lui aussi à l'obligation de rendre compte. Mais c'est dans la construction même des conditions de légitimité de ses décisions que s'apprécie ce devoir. Comme l'a démontré Marc Gold⁶⁰ et plus tard Andrée Lajoie⁶¹, les juges ne sont pas entièrement libres de décider comme bon leur semble. Il leur incombe de formuler leurs décisions de manière à préserver la légitimité de leur intervention. Cela vaut évidemment pour les juges déjà en fonction; se posera, par ailleurs la question de savoir s'il y a lieu de constitutionnaliser des balises au processus de nomination des juges des juridictions de haut niveau par le pouvoir exécutif. De telles balises pourraient découler d'une forme d'examen parlementaire des nominations à la magistrature.

La libre circulation de l'information. À l'égard des trois pouvoirs, l'obligation de rendre compte est assurée dans une société où les réseaux prennent tant d'importance, par la circulation sans entraves de l'information. C'est d'ailleurs l'un des fondements de la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression et de la presse dans les sociétés démocratiques. Au cœur de cette liberté, il y a le droit de critiquer sans crainte de représailles ceux qui sont investis du pouvoir. Ce phénomène met en lumière l'importance que prennent les médias dans une société postmoderne. Andrée Lajoie en a fait le constat dans son étude intitulée "Quand les minorités font la loi" (à paraître en 2002 à Paris) sur les modes de production du droit à l'égard des minorités. Elle constate en effet que :

*[...] les médias, à travers le choix qu'ils font de ce qu'ils acceptent de transmettre ou décident d'amplifier dans le discours que leur offrent les minorités, exercent eux-mêmes une influence sur les débats portant sur les enjeux normatifs et politiques qui engagent les minorités. Par leur participation à la construction du rapport de forces, ils influent de leur propre chef sur la réception par les autorités étatiques, des revendications minoritaires. Or dans un contexte où les minorités sociales et politiques ne peuvent pas se passer de l'intervention de l'état, cette influence s'inscrit dans la dynamique des flux multiples inscrits dans la gouvernance spécifique des minorités.*⁶²

Il y a ici une autre illustration de l'importance de la circulation de l'information dans le fonctionnement des processus politiques démocratiques.

60 Marc GOLD, "La rhétorique des droits constitutionnels", (1988) vol. 22, *R.J.T.*, 1; Marc GOLD, "The mask of objectivity: politics and rhetoric in the Supreme Court of Canada", (1985) 7 *S.C. Law Rev.* 455.

61 Andrée LAJOIE, *Jugements de valeurs*, Paris, PUF, Les voies du droit, 1997.

62 Andrée LAJOIE, *Quand les minorités font la loi*, Paris, PUF, Les voies du droit, à paraître en 2002, p. 140; l'ouvrage de Lajoie porte sur les revendications des minorités et les stratégies de celles-ci..

Les principes directeurs. Sunstein met à cet égard de l'avant des principes visant à guider la mise en place d'une constitution qui soit respectueuse des principes de la démocratie délibérative. Il écrit que :

A democracy's constitution can be extremely helpful here. It can increase the likelihood that government power will be unavailable to those who have not spoken with those having competing views. It can ensure that government will not act unless and until diverse people have had an opportunity to consult with one another and to listen to one another's concern. The system of checks and balance is central here. Part of this point is to make sure that government does not act simply because one or another segment wants it to do so. And a democratic constitution can increase the likelihood that whatever their disagreements about largest or more abstract issues, people can agree on particular practices and on the low-level reasons that justify them.⁶³

Dans une logique de délibération, les institutions sont encouragées, voire obligées d'expliquer leurs décisions, de faire valoir le bien fondé. C'est pourquoi la transparence apparaît comme une vertu si importante. Le paradigme délibératif fournit par conséquent au constituant un défi considérable, celui d'articuler la nouvelle constitution en fonction d'impératifs visant à assurer la qualité des décisions prises et, par là même, leur garantissant une nécessaire légitimité; ce paradigme a le potentiel de teinter toute la démarche constituante et ce qui en résultera.

d) *Les paradigmes délibératifs et l'oeuvre constituante québécoise*

Une constitution post-moderne pour le Québec. Le défi associé à l'exercice du pouvoir constituant dans une société post-moderne consiste donc à en arriver à reconstruire la notion de constitution en prenant acte du type de société que constitue le Québec ainsi que des mutations que connaît le droit et le système juridique. Il faut aussi tenir compte des changements qui interviennent dans les rôles de même que l'émergence d'une lecture délibérative de la société et de ses institutions. C'est à ces conditions que l'on accroît l'indispensable légitimité d'une démarche constituante et de ce qui en résulte. On discutera, à cette fin, les questions relatives à la normativité constitutionnelle post-moderne, aux composantes traditionnelles de l'État, à la lecture qu'il convient de donner du traditionnel principe de la séparation des pouvoirs ainsi que de l'inscription de la nouvelle constitution dans la mouvance normative internationale.

La normativité constitutionnelle postmoderne. On conviendra qu'il n'existe pas ou peu de modèles de constitutions post-modernes; en effet, la majorité des constitutions récentes ont émergé dans des contextes post-socialistes ou post-coloniaux, habituellement dans des contextes économiques de transition ou de pays du Sud. Cette absence de modèle ne veut pas dire que l'exercice soit impossible, au contraire; elle impose plutôt que le Constituant québécois fasse preuve d'imagination et d'audace afin de proposer un régime de normativité constitutionnelle

⁶³ Cass R. SUNSTEIN, *Designing Democracy What Constitutions Do*, Oxford University Press, 2001, p. 240.

marqué au pas de la post-modernité. Il s'agit de permettre à la société québécoise de se doter d'un outil de développement authentiquement adapté à ses besoins et à ses aspirations.

Assurer le caractère démocratique des délibérations. Selon les contextes sociétaux prévalant tant au moment de l'élaboration du texte constitutionnel que lors de son application, le défi des sociétés post-modernes est d'assurer le caractère démocratique des délibérations. Concrètement, cela pourra signifier que des énoncés de la constitution se présenteront soit sous la forme de principes abstraits, soit sous la forme de principes partiellement organisés ou encore sous la forme d'énoncés décrivant des pratiques qui paraissent acceptables. Du fait même des caractéristiques souvent présentes dans les sociétés post-modernes, il peut être difficile de convenir d'un projet de constitution qui rallie une portion majoritaire de la population. Sunstein relève à cet égard que :

*Deliberative trouble is an obvious risk here. People might find themselves unable to bridge intractable disagreements; if so, the Project of constitution-making could well break down. [...] As in democratic discussion in general, group polarization can play an important part in debates over constitution-making and constitutional interpretation.*⁶⁴

Afin d'esquisser les termes du débat, il convient d'identifier quelques pistes de réflexion qui s'inscrivent dans la lignée de ce que pourrait constituer une approche intégrant les paradigmes identifiés précédemment. Sunstein observe que "people can often agree on constitutional practices, and even on constitutional rights, when they cannot agree on constitutional theories"⁶⁵. Les systèmes constitutionnels doivent alors rechercher la solution à ce type de désaccords en préconisant des d'accords partiellement organisés. Sunstein explique que :

*Sometimes, these agreements involve abstractions, accepted amid severe disagreements on particular cases. Thus people who disagree on incitement to violence and hate speech can accept a general free speech principle, and those who argue about homosexuality and sex equality can accept an abstract antidiscrimination principle. This is an important phenomenon in constitutional law and politics; it makes constitution-making possible.*⁶⁶

Comment tenir compte de la pluralité des conceptions? Dans la perspective délibérative, la réflexion constituante met en présence une pluralité de conceptions et de prétentions. Tous pourraient vouloir un texte constitutionnel qui confirme leurs idéaux. C'est pourquoi il peut être opportun d'envisager la démarche constituante comme s'articulant autour de trois sortes d'énoncés normatifs. Une constitution comporte en effet des théories ou encore de principes fondamentaux exprimés à un haut niveau d'abstraction, on y trouve aussi des principes qui

⁶⁴ Cass R. SUNSTEIN, *Designing Democracy What Constitutions Do*, Oxford University Press, 2001, p. 50.

⁶⁵ Cass R. SUNSTEIN, *Designing Democracy What Constitutions Do*, Oxford University Press, 2001, p. 50.

⁶⁶ Cass R. SUNSTEIN, *Designing Democracy What Constitutions Do*, Oxford University Press, 2001, p. 50.

témoignent d'accords partiellement organisés en théories et enfin, on y rencontre parfois des énoncés très détaillés décrivant des pratiques devant être nécessairement suivies.

Des théories et principes fondamentaux abstraits. Il y dans les constitutions un premier ensemble d'énoncés qui est constitué des théories ou encore de principes fondamentaux exprimés à un haut niveau d'abstraction : par exemple, proclamer que "chacun a droit à la vie" c'est exprimer un principe abstrait; mais cela ne dit rien en soi de concluant sur la question de savoir si la peine de mort peut être instituée ou si le droit à l'avortement doit exister. Dans les constitutions, plusieurs principes abstraits de ce type sont proclamés. Dans une perspective délibérative, cela présente des avantages en ce que l'on marque par là un attachement au principe moral sans pour autant décider a priori quel sens il devrait recevoir à l'égard de matières qui font davantage l'objet de controverses.

Des principes témoignant d'accords partiellement organisés. Dans les constitutions, on trouve aussi des principes qui témoignent d'accords partiellement organisés en théories. Par exemple, l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* énonce que :

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Dans cet exemple, le principe est posé mais demeure incomplètement formulé. L'on précise certains motifs interdits de discrimination mais il peut y en avoir d'autres. Ces accords incomplètement théorisés jouent un rôle important dans les processus délibératifs. Ils reflètent un accord sur certaines dimensions et laissent ouvertes les possibilités de débats sur certains aspects. Par exemple, devrait-on, au nom du principe de non-discrimination autoriser le mariage entre les personnes de même sexe? Sunstein relève que ces principes incomplets :

allow people to show each other a high degree of mutual respect, or civility, or reciprocity. Frequently ordinary people disagree in some deep way on an issue [...] and sometimes they agree not to discuss that issue much, as a way of deferring to each other's strong convictions and showing a measure of reciprocity and respect. [...] If reciprocity and mutual respect are desirable, it follows that public officials or judges, [...] should not challenge their fellow citizens' deepest and most defining commitments, at least if those commitments are reasonable and if there is no need for them to do so.⁶⁷

Enfin, les constitutions comportent des énoncés très détaillés décrivant des pratiques devant être nécessairement suivies. Par exemple, l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*

⁶⁷ Cass R. SUNSTEIN, *Designing Democracy What Constitutions Do*, Oxford University Press, 2001, p. 59.

détaille avec précision le droit des parents à faire éduquer leurs enfants dans les écoles de la minorité linguistique. En optant pour un énoncé aussi détaillé, le constituant a certainement voulu éviter de se prononcer sur le fondement théorique des droits linguistiques. Il a choisi d'éviter de laisser aux tribunaux la tâche de délimiter les droits à partir d'un énoncé général. Il a préféré décrire impérativement les pratiques devant être suivies sans laisser beaucoup de place aux débats sur les fondements et valeurs sous-jacentes.

Les différents types d'énoncés retenus dans le texte constitutionnel doivent être envisagés dans le contexte d'un environnement normatif de l'État post-moderne caractérisé par un va-et-vient entre les principes et les normativités, la pluralité des pôles de normativité de même que l'absence d'univocité des principes et règles.

Le va-et-vient entre les principes constitutionnels et les autres règles. Il y a un va-et-vient entre les principes constitutionnels et les normativités qui sont adoptées en leur nom. Énoncés, dans un texte constitutionnel, les principes deviennent autant d'arguments, de justifications, de légitimations pour préconiser des lois ou appuyer des décisions. Mais en retour, ces mesures mises en place dans le déroulement de la vie sociale influent sur le sens des principes constitutionnels et sur les dialogues entre les différents pôles qui prennent part à l'application et à l'interprétation des règles.

La pluralité des pôles de normativité. Dans une société de réseaux, les normes sont pensées, élaborées et appliquées au sein de plusieurs pôles interagissants. Les problèmes et enjeux auxquels répondent les mesures étatiques, de même que les autres normativités, sont débattus et mis au jour dans plusieurs lieux. Ces lieux sont en dialogue : chacun peut, à un moment où l'autre, se trouver en situation de proposer une signification à un principe ou une mesure. Il peut arriver que les principes constitutionnels soient invoqués au soutien ou à l'encontre d'une mesure débattue. L'application du droit se déroulant de plus en plus dans un univers à pôles multiples et inter reliés, il en résulte une plus grande richesse dans les échanges et possiblement des règles mieux adaptées aux besoins de la société.

L'absence d'univocité des principes et règles. Dans les sociétés contemporaines, les principes et les droits n'ont pas un sens univoque. Le sens des droits est déterminé, dans un contexte donné et dans le cadre de processus délibératifs. Les principes constitutionnels, les droits et libertés ont beau connaître leur sens immédiatement obligatoire dans le système juridique, d'autres systèmes contribuent à dégager le sens des règles et des droits. Philippe Jestaz constate que "le droit avec son réseau serré de règles et d'institutions, est un système compact, de surcroît imbriqué avec d'autres systèmes sociaux"⁶⁸. Parmi ces systèmes sociaux qui participent à la construction du sens des règles et principes, il y a le système politique, les institutions politiques et juridiques, les mœurs, les usages... le juge. Dans ce cadre, il existe une communauté d'interprétation au sein de laquelle se dégage le sens des principes constitutionnels, des droits et libertés, qui génère les repères permettant de résoudre les contradictions. Le sens des règles se

⁶⁸ Philippe JESTAZ, *Le droit*, 4^e édition, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, p. 25.

discute et se définit aussi dans les systèmes plus diffus, la morale, l'idéologie, les croyances communes ou communément admises. Aucune source du droit, et la législation pas plus que les autres, ne saurait agir de façon définitive sur l'émergence des conceptions et des façons de voir qui se combinent et se recombinent au fil du déroulement des processus délibératifs. Ainsi, le raffinement des raisonnements et des concepts passe par le maintien d'un milieu vivace au sein duquel peuvent se confronter les diverses conceptions et systèmes de valeur. Atias écrit à cet égard que :

La seule voie qui puisse être empruntée pour améliorer le savoir juridique est celle de la confiance dans la controverse juridique et dans la relative incertitude qu'elle maintient; il faut renoncer au mythe de la certitude juridique, du droit fournisseur de sécurité. Seule une argumentation pro et contra systématique peut révéler les différentes significations des mots et éviter aux juristes d'être les jouets d'un vocabulaire particulièrement complexe.⁶⁹

C'est à tort que l'on postule que la clarté des notions et des textes de loi est de nature à prévenir la multiplication des controverses et des litiges. Le volume du contentieux est parfois très élevé dans les domaines caractérisés par des textes clairs et précis (comme en droit fiscal) ou inexistant malgré l'imprécision des textes comme dans certaines matières régies par des lois très générales et archi-imprécises. Il n'y a donc pas de garantie qu'un texte clair, à supposer qu'on parvienne à en formuler un, constitue une garantie à l'encontre de la multiplication des litiges.

Les arbitrages et les articulations entre les droits et les conceptions qui prévalent dans les sociétés pluralistes se manifestent dans les déontologies et se cristallisent dans le droit notamment par le truchement des décisions des législateurs, des administrateurs ou des juges. Tous contribuent, à leur façon, à la détermination du sens des droits et des libertés. Pour assurer que le sens donné aux notions énoncées à titre de principes constitutionnels, à titre de théories non achevées ou à titre de descriptions précises reflète bien les valeurs sous jacentes à l'un et l'autre des droits et libertés en cause, il importe d'assurer un équilibre entre les différents lieux de recherche et de détermination du sens des règles et principes.

Une constitution doit ainsi assurer le déroulement efficace des délibérations au sein de la société. À cette fin, elle crée et organise les institutions chargées de faire, appliquer et d'interpréter les lois. Mais au plan qualitatif, elle doit être conçue de manière à favoriser l'inclusion de toutes les composantes de la société au sein d'un processus délibératif continu permettant d'arriver aux décisions les plus acceptables tout en maintenant vivace la discussion sociale sur les enjeux, les éthiques et les valeurs. Dans un contexte démocratique, rien n'est réglé une fois pour toutes; mais une constitution pourvoit aux arrangements nécessaires afin que les décisions soient prises via des processus délibératifs qui sont de l'essence d'une société démocratique.

⁶⁹ Christian ATIAS, *Savoir des juges et savoir des juristes. Mes premiers regards sur la culture juridique québécoise*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1990, p. 110.

Asseoir les composantes traditionnelles de l'État

Les éléments constitutifs de l'État selon la théorie classique sont le territoire, la population et le pouvoir souverain. C'est compte tenu de ces trois pôles fondamentaux que se conçoit une constitution.

Le territoire. Hormis certains cas exceptionnels dans l'histoire, il n'y a pas d'État sans territoire. Le territoire est un élément premier de l'État. Dès lors que l'on prend pour acquis que le nouvel État succède à l'ancien avec en plus l'ensemble des pouvoirs détenus et exercés par le Parlement canadien, son territoire est nécessairement celui que le Québec occupe au moment de l'entrée en vigueur de la constitution. Cependant, on le sait, cette vision des choses a été fortement contestée au milieu des années 1990 par les opposants de la souveraineté qui ont revendiqué la divisibilité du territoire d'un Québec souverain. Il conviendra sans doute que, dans ce contexte, le nouveau texte constitutionnel prenne soin d'énoncer le principe de l'indivisibilité du territoire québécois.

La population. En tant qu'incarnation d'une société organisée, l'État suppose une population. Au sein de la population d'un État, on retrouve deux grandes catégories d'habitants : les nationaux et les étrangers. De façon générale, la collectivité constituant la population d'un État est un regroupement au sein desquels se forment des rapports spécifiques. Ce sont les familles, les villes, villages, cercles religieux, professionnels, tribus, ethnies etc. Une Constitution québécoise devra assurément affirmer et préciser que l'État québécois est celui de toute la nation québécoise. La nation s'appuie sur une réalité sociologique à la fois complexe et sensible. C'est un vouloir vivre collectif. Les personnes font partie d'une nation lorsqu'elles éprouvent le sentiment d'avoir un passé commun et d'être engagés pour le présent et l'avenir dans un même destin. À cet égard, plusieurs réflexions autour de la citoyenneté québécoise ont contribué, au cours de la décennie 1990-2000 à cerner les grandes caractéristiques de ce qui serait constitutif de la nation québécoise et partant d'une citoyenneté qui lui soit spécifique⁷⁰.

Le pouvoir souverain. Le pouvoir souverain est le troisième élément nécessaire de l'État. À l'égard de sa population et sur le territoire qui est le sien, l'État doit exercer un pouvoir capable de maintenir l'ordre et de le faire respecter au plan interne comme au plan externe. La constitution fonde et explicite le pouvoir souverain en définissant les principaux organes de même que les limites de leurs prérogatives. Organiser le pouvoir souverain, c'est évidemment identifier où réside la souveraineté et comment elle est exercée au nom du peuple. Mais les évolutions de la dernière décennie mettent en relief le fait que la constitution doit essentiellement prévoir les équilibres qui doivent prévaloir entre les pouvoirs de l'État. C'est au regard de cet équilibre, jamais acquis une fois pour toutes, que s'apprécie et se fonde le pouvoir des gouvernants.

⁷⁰ Gilles BOURQUE et Jules DUCHASTEL, *L'identité fragmentée Nation et citoyenneté dans les débats constitutionnels canadiens*, Montréal, Fides, 1996; Michel COUTU, "Citoyenneté et légitimité. Le patriotisme constitutionnel comme fondement de la référence identitaire", (1998) 40 *Droit et Société*, 631-646.

La recherche de l'équilibre entre les pouvoirs de l'État

Expliciter l'État. Duplé rappelle que l'un des rôles majeurs d'un texte constitutionnel est d'expliciter l'État. Elle écrit que :

Les vertus pédagogiques de la constitution trouvent leur raison d'être dans le fait qu'elle établit en quelque sorte les règles du jeu qui prévaudront entre gouvernants et gouvernés. Les règles doivent, par le fait même, être claires, précises, accessibles aux esprits qui ne sont pas formés à la logique juridique. Il ne faut pas oublier que si le principe démocratique est indissociable de l'État de droit, le principe de la légalité reste une construction intellectuelle, sans signification concrète si les citoyens ne lui confèrent pas son effectivité par la vigilance qu'ils exercent. Il faut donc que le langage de la constitution puisse permettre de comprendre l'État et ses mécanismes. D'ailleurs, le principe démocratique s'accommode mal des constitutions obscures et réclame au contraire la transparence de l'État. (p. 587).

Les grandes fonctions de l'État et la distinction classique entre les trois pouvoirs. Dans la plupart des constitutions, on dégage trois grandes fonctions de l'État. Il s'agit de la fonction législative, de la fonction exécutive ou gouvernementale et la fonction juridictionnelle. Le pouvoir de gouverner est réparti entre les corps qui exercent ces fonctions. La fonction législative est celle qui consiste à édicter des règles obligatoires pour l'ensemble des personnes vivant sur le territoire. Cette fonction s'incarne habituellement par l'adoption de lois. La fonction exécutive ou gouvernementale consiste à assurer l'exécution des lois et aussi à prendre les mesures nécessaires pour administrer l'État. La fonction juridictionnelle consiste à dire le droit, à trancher les différends opposant les sujets de droit. Elle consiste également à interpréter le sens d'une règle de droit et, éventuellement à combler les lacunes du droit. En théorie, les fonctions ne se confondent pas entre elles : elles sont supposées être de nature différente. Par conséquent, tous les actes accomplis par les organes constituant l'État seraient nécessairement rattachés à l'une ou l'autre de ces trois fonctions. Cette distinction a donné lieu à la doctrine de la séparation des pouvoirs systématisée par Montesquieu (1689-1755). Il s'agit à bien des égards d'une systématisation après coup car certains systèmes constitutionnels ne connaissent cette séparation des pouvoirs que par l'effet de la tradition, parfois de conventions constitutionnelles. Ainsi, dans la tradition britannique, la Reine est formellement investie de chacun de ces trois pouvoirs. C'est elle qui est supposée légiférer administrer et juger. Certains signes tangibles témoignent de cela dans le droit actuel : devant les tribunaux, les actes introductifs d'instance sont formellement émis au nom du souverain. Les lois sont décrétées par sa majesté sur l'avis des chambres du Parlement. Mais on sait qu'en pratique, ces trois fonctions sont exercées par des corps décisionnels distincts les uns des autres.

Des malaises par rapport à l'approche traditionnelle de l'équilibre entre les pouvoirs. Montesquieu le soulignait, il reste vrai que dans nos sociétés, "tout homme qui a du pouvoir est

porté à en abuser [...] il faut que par la disposition des choses le pouvoir arrête le pouvoir ”⁷¹. Lors de l'élaboration d'une constitution, il faudra donc décider des questions qui ont un impact sur l'équilibre entre les pouvoirs. Comme l'observe le document de réflexion préparé à l'occasion du Colloque sur le parlementarisme au XXI^e siècle⁷² : “ En fait, au cours des ans et des décennies, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire ont pris beaucoup d'ampleur et de vigueur, en bonne partie au détriment du législatif ”. Dans plusieurs États démocratiques, on observe en effet la mainmise du pouvoir exécutif sur le législatif : le gouvernement contrôle effectivement l'agenda parlementaire et, comme il y dispose de l'appui de la majorité, les décisions du corps chargé d'adopter les lois sont habituellement celles qu'il souhaite. Le pouvoir législatif a en quelque sorte capitulé devant le pouvoir exécutif. Le facteur d'équilibre est souvent fourni par le pouvoir judiciaire qui exerce le contrôle de constitutionnalité, interprète les lois et produit les principes et standards en vertu desquels sont appréciées la raisonnable des actes des pouvoirs législatifs et exécutif de même que leur conformité au droit et à la constitution. Dans ce contexte, se posent nécessairement des questions telles que : selon quelles conditions s'exerce le contrôle du pouvoir législatif (parlementaire) sur le pouvoir exécutif? Les détenteurs du pouvoir exécutif doivent-ils être nécessairement membres du corps législatif? Le pouvoir législatif doit-il être exercé par une ou deux chambres? Le pouvoir exécutif doit-il être unique ou réparti? Quel statut doit être conféré au pouvoir judiciaire?

Une nouvelle lecture permettant de débrouiller la question de la séparation des pouvoirs. En fait, la discussion qui précède enseigne toute la richesse d'une approche marquée par le paradigme délibératif. Au lieu de privilégier le recours à l'approche traditionnelle de la séparation des pouvoirs au sein de l'État qui veut isoler chaque pouvoir dans ses sphères respectives de compétence, on chercherait plutôt, en vertu de cette approche, à insister sur les liens et les interactions qui doivent exister entre les composantes de l'État ainsi que sur les façons avec lesquelles, processuellement, celles-ci doivent s'acquitter de leurs responsabilités respectives.

Inscrire l'État québécois dans la mouvance normative internationale

Préciser les rapports entre l'ordre international et l'ordre juridique interne. Plusieurs dimensions de la vie courante sont désormais en tout ou en partie régies par une normativité supranationale, internationale ou autre⁷³. Le droit des États, tout en y jouant un rôle majeur, paraît supplanté par d'autres pôles de normativité⁷⁴. Une constitution doit comporter les principes

⁷¹ Charles CADOUX, *Droit constitutionnel et institutions politiques, Théorie générale des institutions politiques*, 4^e édition, Paris, Cujas, 1995, p. 100.

⁷² Gilles LESAGE, *Le parlement de demain, pour quoi faire?* Document de réflexion préparé à l'occasion du Colloque sur le parlementarisme au XXI^e siècle à la demande de l'Amicale des anciens parlementaires du Québec, octobre 2000, p. 12.

⁷³ Mireille DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil coll. Essais, 1998.

⁷⁴ André-Jean ARNAUD, “ De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques ”, (1997) 35 *Droit et société*, 11-35.

permettant de préciser les rapports entre les normes adoptées au plan international et les conditions d'applicabilité de ces principes dans l'ordre juridique national. Dans les ordres étatiques, s'expriment des craintes, frayeurs, anticipations et valeurs au nom desquels on réclame des règles. Les règles de droit que les États mettent en place ne sont pas le résultat du hasard. Elles sont le reflet des traits culturels de la société. Ces règles doivent être discutées et leur légitimité défendue dans les forums internationaux.

Une composante d'une régulation globale. À l'égard de plusieurs matières (environnement, circulation de l'information, criminalité internationale) prenant des dimensions planétaires, le droit d'un État s'inscrit fréquemment dans une démarche de régulation dont il ne constitue que l'une des composantes; il énonce des principes, formule des objectifs, prescrit des critères, mais laisse de plus en plus de place à d'autres ensembles de normes afin d'assurer son actualisation⁷⁵. La constitution, voire la loi, prend ainsi l'allure d'un volet d'un processus de co-régulation au sein duquel les autres sources de normativité joueront un rôle plus ou moins intense. Il faut assurer la participation effective des Québécois à ce dialogue en vertu duquel sont débattus et décidés les principes devant régir les matières ayant une portée dépassant les frontières des pays. Lorsqu'il s'applique à l'égard d'une interaction comportant un élément externe au territoire, le droit étatique peut se heurter à des difficultés pratiques qui minent son effectivité. Afin de parer aux insuffisances et au manque d'effectivité du droit étatique, il importe d'assurer les relais avec les lieux de détermination internationale de plusieurs grands principes du droit. Cela appelle l'inclusion dans la constitution des principes fondamentaux reconnus dans les grands textes du droit international dans des matières comme la protection des droits des personnes, de l'environnement, de la santé etc. À cet égard, plus sans doute que dans d'autres, la définition d'un état démocratique ne saurait s'envisager en marge des principes reconnus du droit international.

2.2.2 Le processus de la démarche constituante originaire

L'absence de modèles pré-établis. La diversité des sociétés, des États et des contextes au sein desquels émergent les constitutions font qu'il n'existe pas de façon typique ou traditionnelle d'élaborer une loi constitutionnelle, surtout dans un contexte constitutionnel d'origine britannique et canadien, alors que les constitutions ont traditionnellement été élaborées par le pouvoir exécutif et approuvées par l'autorité coloniale⁷⁶. Il n'existe donc pas de véritable démarche constituante qui puisse servir de modèle à celle du Québec; il faut donc plus ou moins l'inventer.

Une constitution intérimaire? Une des questions à régler au préalable sera celle de déterminer s'il sera possible de procéder directement à l'élaboration d'une nouvelle constitution ou si,

⁷⁵ M. CHEMILLIER-GENDREAU, "Le droit international et la régulation", dans M. Miaille (éd.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, 57-70.

⁷⁶ Il est intéressant de noter que la Cour suprême du Canada dans son avis sur la sécession du Québec a laissé entendre que l'actuelle constitution du Canada résulterait elle-même d'une démarche constituante. Par. 35 à 38 et 40. Voir aussi le par. 88.

alternativement, il ne conviendra pas plutôt de transiter par une constitution intérimaire au moment de la sécession en attendant que l'exercice constituant ne soit complété. C'est cette dernière approche qui semble avoir été favorisée lors du référendum de 1995.

L'organe constituant ou le pouvoir constituant originel. Il conviendra ensuite de déterminer la composition de l'organe constituant, c'est-à-dire du corps ou de l'institution (*ad hoc* ou non) qui aura la mission d'élaborer la Constitution originaire du Québec. Dans une logique de continuité constitutionnelle et de succession des institutions de l'État, on peut évidemment songer à confier cette tâche à l'Assemblée nationale qui, symboliquement, représente le Québec puisque sa population en a élu les membres. Se pose cependant, dans cette éventualité, le risque de confondre —symboliquement et juridiquement— à la fois l'organe législatif ordinaire avec le constituant confusion qui peut s'étendre au fruit de ses délibérations, la Constitution du Québec, avec une loi ordinaire. L'expérience d'Israël où existe une telle confusion entre les organes législatifs ordinaires et les organes constitutionnels illustre les difficultés à prévoir si cette approche est retenue⁷⁷. L'alternative consiste, dans une logique révolutionnaire, à confier le pouvoir constituant soit à une convention *ad hoc* (c'est l'approche des grandes révolutions de l'histoire, en France ou aux États-Unis), soit à un organe élargi ou modifié de l'Assemblée nationale ou d'une autre institution existante; c'est le début de modèle qui avait été mis de l'avant par le Québec lors de la mise sur pied de la Commission Bélanger-Campeau au cours des années 1990. Idéalement, il y aurait donc probablement lieu, afin de contrer d'inévitables confusions, que le constituant ne soit pas l'organe par ailleurs chargé de faire les lois⁷⁸.

Un processus avant tout légitime. La question qui se pose alors est celle d'asseoir de façon optimale la légitimité tant de l'organe constituant que celle du fruit de ses travaux. De ces légitimités dépendront notamment la valeur symbolique de la nouvelle constitution et son acceptation tant par la population en général que par les composantes de l'État, dont le pouvoir judiciaire dans un contexte révolutionnaire.

La légitimité et la représentativité de la composition de l'organe constituant. Dans l'hypothèse où l'on choisirait de recourir soit à une convention soit à un organe existant, mais élargi, la légitimité de l'organe constituant dépendra sans doute du nombre et de la qualité des participants immédiats à l'exercice. Ces personnes devraient être aussi représentatives que possibles certes de la population en général, mais aussi de certains groupes qui peuvent avoir des revendications légitimes à s'associer à l'exercice et à l'égard du contenu de son résultat. Par exemple, la présence de représentants de groupes autochtones ou anglophones paraît incontournable, tout comme celle des mondes patronaux, syndicaux et municipaux : tous doivent être en mesure de faire partie de l'organe constituant si on veut assurer tant d'intégrer les vues de groupes cruciaux au sein de la société québécoise que de favoriser l'adhésion subséquente des groupes que ces personnes représentent.

⁷⁷ Claude KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, 1996, p. 49.

⁷⁸ Claude KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, 1996, p. 13.

La légitimité du processus délibératif. Il est par ailleurs clair qu'au-delà de la légitimité de la représentation au sein de l'organe constituant, se pose la question de déterminer les modalités du processus délibératif. Les travaux de la constituante doivent en effet se dérouler en toute ouverture et transparence : il en va de sa crédibilité et par là, de sa légitimité. Cela implique sans doute la mise sur pied d'un processus où tous sont appelés à participer à l'occasion d'auditions un peu partout sur le territoire du Québec. Cela implique aussi, le cas échéant, la participation d'experts nationaux ou internationaux ainsi que, évidemment, l'habituelle participation des groupes de pression. On pourrait par ailleurs songer à la mise sur pied de tables sectorielles de discussion. Enfin, cela implique aussi, tel que le suggérait Duplé, l'approbation, par la population du Québec, lors d'un référendum ou d'une élection générale, du texte de la nouvelle constitution. Cette participation de la population à un processus constituant délibératif est absolument cruciale pour asseoir la crédibilité de la nouvelle constitution et, par là, celle du nouvel ordre constitutionnel. L'aval populaire est aussi très important afin, le cas échéant, de couvrir les irrégularités qui, à un moment ou à un autre, auraient pu survenir au cours du processus⁷⁹.

2.3 Certains éléments du projet de constitution

Identifier les principales questions à résoudre. À la lumière des développements précédents au sujet de la démarche constituante, il est utile d'identifier les éléments principaux d'un projet de constitution québécoise. Une telle démarche permet d'identifier certaines questions et se présenter les enjeux sur lesquels l'autorité constituante aura à prendre des décisions.

Le projet Turp. En 1995, Daniel Turp présentait une esquisse d'un projet de Constitution québécoise. Comme ce projet demeure à ce jour la tentative la plus complète de spécifier ce que pourrait comporter un texte constitutionnel établissant l'État du Québec, il a paru opportun d'y référer et d'y apporter les remarques que pourraient susciter certains des choix qui y sont consignés. Le projet Turp comporte soixante articles répartis en sept titres⁸⁰. Un préambule coiffe le texte en exprimant un ensemble de considérants qui affirment les principes directeurs du document constitutionnel. L'analyse qui suit fait état des choix retenus dans ce projet de manière à identifier les questions devant être débattues ou semblant faire consensus.

⁷⁹ Claude KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, Les voies du droit, 1996, p. 85 et 87.

⁸⁰ Ces titres sont :
Titre premier - De l'État et de la souveraineté
Titre 2 - Des droits, libertés et responsabilités des personnes
Titre 3 - Des droits, libertés et responsabilités des collectivités
Titre 4 - Des institutions du Québec
Titre 5 - De la communauté internationale
Et de l'union canadienne
Titre 6 - De la révision de la constitution

2.3.1 Considérations préliminaires

Il y a nécessairement une constitution. Dans un État de droit, il y a nécessairement une constitution car les gouvernants n'exercent le pouvoir qu'en vertu de la volonté du peuple et non en raison d'une qualité qui leur est propre. Que la constitution soit écrite ou non, qu'elle soit détaillée ou qu'elle ne comporte que quelques énoncés généraux, ce qui fait exister un texte constitutionnel, c'est le sentiment de vouloir vivre collectif qu'elle inspire et nourrit de même que le milieu social et juridique au sein duquel elle est reçue, interprétée et appliquée.

Il y a toujours du droit. Dans un contexte où prévaut l'État de droit, il y a toujours du droit, il subsiste constamment des principes écrits ou implicites balisant l'action des gouvernants. Ainsi, dès lors que la Constitution québécoise s'inscrit dans le tissu normatif procuré par la tradition juridique du droit public tel que reçu et adapté depuis 1763, elle sera interprétée et comprise dans le contexte des coutumes et des conventions constitutionnelles qui existaient au moment de sa promulgation.

Un contenu intangible? Les évolutions de la dernière décennie posent la question de savoir s'il n'y a pas un contenu intangible à une Constitution québécoise. Un tel contenu découlerait des consensus internationaux de même que des grandes conventions internationales auxquelles il est difficile pour un État démocratique de ne pas adhérer. Il peut aussi résulter de la place occupée par le pouvoir judiciaire dans les systèmes démocratiques contemporains. Des principes tels que l'État de droit, la reconnaissance des droits fondamentaux, des droits des minorités de même que des droits des peuples autochtones sont parmi les groupes de questions candidates à l'inclusion dans ce bloc intangible de constitutionnalité. Certains principes, même absents du texte constitutionnel peuvent intervenir dans l'analyse constitutionnelle. Aussi, il y aurait lieu de décider des principes qui seront mentionnés dans le texte de la constitution et ceux qui seront laissés hors du texte.

Importance du contexte juridique pré-existant. On ne peut ignorer que la rédaction d'un texte constitutionnel s'inscrit nécessairement dans un contexte juridique pré-existant. Soit que la nouvelle constitution visera à écarter certaines règles préexistantes soit que le constituant prendra ses décisions en sachant que celles-ci seront appréciées dans un cadre contextuel et juridique procédant de l'histoire et des rapports de pouvoirs. Dans un préambule ou ailleurs, il devra être fait référence aux principes auxquels il faut se référer pour l'interpréter.

Les principes généraux. Lors de l'établissement d'une constitution, la question se posera de savoir s'il faut proclamer des principes généraux et lesquels. Les principes énoncés dans des textes constitutionnels ou tout bonnement déduits de ceux-ci par l'interprétation judiciaire le sont nécessairement en des termes généraux. Ce serait en effet miner l'autorité de la constitution de la transformer en un catalogue rempli de règles de droit et d'explicitations détaillées qui, de toute façon, risqueraient fort de se révéler dépassées lorsque viendrait le temps de les appliquer.

Lorsque les tribunaux invoquent un principe général, ils le présentent comme une sorte d'évidence, une valeur allant de soi qui n'a ni besoin d'être définie ni délimitée⁸¹.

Les principes ne sont pas explicités ou délimités a priori. Par exemple, les droits fondamentaux figurant dans les constitutions sont rarement l'objet d'une explication ou une délimitation a priori. Il est rare que ceux qui proclament des droits ou attribuent des prérogatives s'attachent du même coup à en énoncer toutes les limites. Le plus souvent, les délimitations à ces droits ou prérogatives résulteront de processus d'explicitation menés dans le cadre de l'application concrète de l'un ou de l'autre des droits, notamment lorsque surviendront des conflits. La dimension délibérative de la constitution transparaît dans ce processus. Même dans les cas où la constitution a tenté de dégager les limites aux droits, il est fréquent qu'elle finisse par renvoyer l'interprète à une appréciation dans le concret des limites qui doivent être reconnues à un droit ou à un principe.

Rôle des principes généraux. Une constitution ne peut fonctionner sans des principes et notions venant aider au départage, au fil des situations et des prétentions invoquées par les protagonistes lors d'une situation de conflit. C'est principalement à ce titre qu'interviennent les principes généraux ou les principes fondamentaux du droit. Ces principes fournissent et cristallisent les motifs qui rendent légitimes les limites qui doivent être posées aux droits et aux attributs des organes exerçant des pouvoirs au sein de l'État. Cette démarche permet de concilier les principes et règles énoncés dans la constitution avec d'autres droits et valeurs. Le rôle joué par les principes généraux du droit paraît double : ceux-ci se présentent tantôt comme des principes assurant la cohérence du droit et tantôt comme des standards juridiques. Comme principes assurant la cohérence, les principes généraux du droit permettent d'en référer aux valeurs, éthiques et qui sont dans un contexte donné perçus comme devant nécessairement inspirer l'action de l'État. Ils se présentent comme un ensemble de postulats expliquant la raison d'être et la finalité des règles constitutionnelles. Cela facilite l'interprétation et l'application dans le concret du texte constitutionnel.

Des standards. Dans d'autres situations, les principes généraux du droit se révèlent aussi comme des standards juridiques, c'est-à-dire des locutions insérées dans une règle de droit — en référence à un état de fait ou une qualité dont l'identification requiert une évaluation ou une appréciation⁸². À ce titre, les principes généraux du droit deviennent un enjeu. Ils contribuent à la détermination du sens des règles constitutionnelles, de la teneur effective des droits et des

⁸¹ Sur les principes généraux en droit voir : Paul ORIANNE, *Introduction au système juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 75; Marielle DE BÉCHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998.

⁸² On aura compris que ce mot n'a pas ici le même sens que lorsqu'on l'utilise en anglais afin de désigner une norme de qualité ou des caractéristiques minimales que certains produits doivent posséder. Voir Stéphane RIALS, "Les standards, notions critiques du droit", in *Les notions à contenu variables en droit*, études publiées par Chaim Perelman et Raymond Vander Elst, Bruxelles, Travaux du Centre national de recherches en logique, 1984, p. 44; Danièle BOURCIER, *La décision artificielle, le droit, la machine et l'humain*, Paris, PUF, les voies du droit, 1995, pp. 47 et ss.

obligations des citoyens de même que des instances de l'État. La signification de ces principes peut devenir un enjeu car les différents groupes d'intérêts, constitués ou non, chercheront à en préconiser un sens conforme à leurs intérêts. Mais dans l'un et l'autre de ces rôles, les principes généraux renvoient au contexte au sein duquel la règle s'applique ou a vocation à s'appliquer. Ils commandent nécessairement de s'éclairer de la situation concrète dans laquelle la mesure doit être appliquée ou de ce qui est reconnu dans la pratique d'une activité. Il y a là une autre facette du fonctionnement de la démocratie délibérative. Le sens des principes constitutionnels n'est pas seulement déduit de la lecture abstraite du texte constitutionnel ni des énoncés judiciaires. Il découle aussi des débats, controverses et consensus qui se manifestent constamment dans une société démocratique.

Les principes supra-constitutionnels. Dans le contexte délimitant les tenants et aboutissants de la constitution les principes supra-constitutionnels ont été mis en évidence dans plusieurs situations au cours de la dernière décennie⁸³. La théorie de la supra constitutionnalité fait partie de plusieurs systèmes constitutionnels contemporains. Ces principes peuvent être inscrits de façon explicite dans le texte constitutionnel même. Par exemple, des textes constitutionnels proclament que certaines dispositions ne sont pas susceptibles de révision. Depuis la seconde moitié du 20^{ème} siècle, il est aussi devenu clair que les tribunaux peuvent aussi positiviser des principes supra-constitutionnels. Les instances judiciaires dégagent, d'une lecture du texte constitutionnel des principes qui lui seraient supérieurs, s'imposant aussi bien au constituant qu'aux autres acteurs constitutionnels. Par exemple, en France, le Conseil constitutionnel a déduit notamment du préambule du texte, l'existence d'un "bloc de constitutionnalité"⁸⁴. Plus près de nous, même en l'absence d'une mention dans les textes constitutionnels, les tribunaux canadiens ont déduit l'existence d'un principe d'indépendance judiciaire s'imposant au législateur et sans doute au constituant.⁸⁵ Le projet Turp prévoit que certaines questions ne peuvent faire l'objet de révision constitutionnelle⁸⁶.

⁸³ Jacques FRÉMONT et François BOUDREAULT, "Supraconstitutionnalité et sécession du Québec", (1997) 8 *Revue nationale de droit constitutionnel*, 163-206.

⁸⁴ Charles DEBBASCH, Jean-Marie PONTIER, Jacques BOURDON et Jean-Claude RICCI, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4^e édition, Paris, Économica, p. 494 et ss.

⁸⁵ Voir : *Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*, [1998] 2 R.C.S. 443, <http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/fr/pub/1998/vol2/html/1998rcs2_0443.html>.

⁸⁶ Selon l'article 55, l'article premier et le premier paragraphe de l'article 2 se lisant comme suit ne peuvent être révisés :

1. Le Québec se constitue en un État de droit constitutionnel, souverain et démocratique. Ses valeurs essentielles sont la liberté individuelle, la justice sociale et le pluralisme politique

2. Le Québec est l'État de tous ses citoyens. À défaut d'autres recours, les Québécoises et les Québécois ont le droit de résister à quiconque renverserait le régime démocratique.

1- La souveraineté nationale réside en la communauté de destin formée par l'ensemble des Québécoises et des Québécois; elle est exercée par le moyen d'élections et de référendums. Le suffrage populaire est toujours universel, direct, égalitaire et secret.

La rédaction d'une constitution doit ainsi tenir compte des principes supra-constitutionnels. Étant donné que certains de ces principes ont déjà été déduits par les juges, il faudrait également voir s'il y a lieu de les constitutionnaliser afin d'en délimiter la portée. Cela pourrait permettre, dans une certaine mesure, de leur retirer leur caractère supra-constitutionnel et en procurer une délimitation sur laquelle le constituant aurait au moins une certaine prise. Il reste que même si le texte constitutionnel opérerait une délimitation explicite et soignée des principes supra-constitutionnels, rien n'empêcherait, du moins en théorie, le juge de faire prévaloir une interprétation de ces principes qui aurait pour effet de s'imposer au-delà du libellé de l'acte constitutionnel.

L'imaginaire judiciaire. Ce phénomène met en lumière la difficulté d'écarter certains principes fortement ancrés dans l'imaginaire judiciaire. Il laisse voir que le constituant n'est pas toujours aussi libre qu'on pourrait le penser selon une conception étroitement formaliste du droit. Dès lors qu'une constitution s'inscrit dans le cadre de l'état de droit, elle ne peut être envisagée seulement comme un texte situé au sommet de la hiérarchie des normes au sein d'un État. Elle fait également partie intégrante du réseau normatif interne et externe auquel participe l'État et dans lequel les interprètes jouent un rôle central lorsque vient le temps d'appliquer et d'interpréter le texte.

2.3.2 Le titre préliminaire et le préambule

Fonction du titre préliminaire. Le titre préliminaire d'un texte constitutionnel énonce habituellement certains considérants et proclame des principes. Ainsi, le projet Turp énonce les considérants suivants :

Considérant que les Québécoises et les Québécois sont libres d'assumer leur propre destin, de déterminer leur statut politique et d'assurer leur développement économique social et culturel;

Considérant qu'il y a un besoin de donner au Québec une Constitution dans laquelle tous les Québécoises et les Québécois érigeront un État de droit constitutionnel, souverain et démocratique et dans laquelle l'égalité entre l'homme et la femme sera reconnue;

Considérant l'attachement du Québec à la liberté individuelle, à la justice sociale et au pluralisme politique;

Considérant l'importance de l'objectif d'assurer la qualité et le rayonnement de la langue française et d'en faire la langue commune des Québécoises et des Québécois;

Considérant que le Québec entend poursuivre cet objectif dans un esprit de justice et d'ouverture, dans le respect des droits et des institutions de la communauté anglophone du Québec;

Considérant que le Québec reconnaît aux nations autochtones du Québec le droit de se gouverner et de développer leur identité et leur culture propre et d'assurer le progrès de leurs nations;

Considérant que le Québec juge primordial l'apport des communautés ethnoculturelles au développement du Québec;

Considérant l'importance de collaborer au renforcement de relations amicales et de la coopération entre les États et peuples de la terre;

Considérant le devoir solennel du Québec de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures;

En conséquence les dispositions ci-après sont acceptées comme étant la Constitution du Québec :

Le titre préliminaire dans un texte constitutionnel tient habituellement une fonction symbolique, une fonction informative et une fonction interprétative. En proclamant les principes fondamentaux de la constitution, le constituant recherche souvent un effet d'affichage de l'attachement à des valeurs déterminées ou de la finalité du texte. On décèle alors la fonction symbolique de ce genre de dispositions. On vise un effet d'annonce afin de guider le lecteur du texte. On est ici dans la symbolique et le solennel qui participe à la construction de la légitimité du texte constitutionnel. C'est ici le lieu de la proclamation des valeurs qui fondent la société québécoise. La formulation de principes dans le préambule représente une sorte de "pédagogie de l'explication". En les énonçant, la constitution tend à éduquer le citoyen en certains domaines⁸⁷. Enfin, la formulation de principes dans un préambule a une valeur interprétative. C'est une source disponible, mais non impérative, pour fonder des argumentations en faveur d'une interprétation du texte constitutionnel. Dans un préambule, le constituant pourra aussi vouloir préciser les sources supplétives à partir desquelles il conviendra d'interpréter le texte.

2.3.3 La Charte des droits et libertés de la personne

Un acquis sujet à réflexion. Il s'agit d'inclure dans la constitution les garanties de certains droits et libertés considérés comme fondamentaux. L'étude Duplé prend pour acquis que la constitution québécoise comporterait une charte des droits et libertés. Elle constate que cela oblige à réfléchir sur la nature des droits qui devront être élevés au rang de normes premières dans l'État. Elle ajoute cependant que : "L'idée de constitutionnaliser les droits et libertés oblige à réfléchir sur la nature des droits qui devront être élevés au rang de normes premières dans l'État. La constitution est en effet, et avant tout, un document destiné à régir les relations entre gouvernants et gouvernés et non des relations entre individus" (p. 589).

Champ d'application de la Charte des droits. Avant de faire le point sur l'évolution des idées au sujet de la garantie constitutionnelle des droits et des libertés, il faut observer que l'idée selon laquelle il y aurait une différence entre les règles de droit régissant les relations entre gouvernants et gouvernés et les relations entre les individus peut engendrer des conséquences adverses pour la protection effective des droits dans la pratique. Cela peut aussi affecter les processus délibératifs.

⁸⁷ Jean-Louis BERGEL, *Essai de synthèse sur la formulation d'objectifs dans les textes législatifs*, Cahiers de méthodologie juridique n° 4, (1989) R.R.J. 975-983.

Ce qui paraît déterminant pour décider si une garantie constitutionnelle s'impose à une entité, qu'elle soit publique ou privée est la question de savoir si celle-ci exerce une fonction étatique ou gouvernementale. Dans une telle logique, les décisions des tribunaux qui viennent limiter les droits garantis, qu'elles fassent suite à une demande d'un particulier ou de l'État, sont des décisions étatiques. Ce n'est toutefois pas ce raisonnement qui prévaut dans le cadre constitutionnel actuel⁸⁸. Ainsi, un constituant québécois aura à se demander s'il est acceptable que les ordonnances des tribunaux soient susceptibles d'échapper aux garanties constitutionnelles lorsqu'elles sont demandées par des personnes privées.

La garantie des droits est désormais une obligation internationale. Rares sont les États qui de nos jours n'ont pas de déclaration de droits ou qui n'incluent pas d'une manière ou d'une autre des garanties des droits de la personne au plus haut niveau de la hiérarchie des normes. Dans plusieurs pays, les droits fondamentaux sont proclamés dans le préambule de la constitution. Dès lors que les droits proclamés ne figurent pas dans le texte même de la constitution, des doutes s'élèvent sur leur force juridique. Mais au Québec il paraît exister un large consensus pour énoncer les droits dans le corps du texte constitutionnel. L'idée d'inscrire les droits de la personne dans l'ordre constitutionnel s'inspire de la pratique anglaise des Bill of Rights (1628 et 1689) consacrant solennellement les droits et libertés considérés comme fondamentaux. Aux États-Unis, les déclarations modernes des droits furent placées en tête des textes constitutionnels des États apparaissant au cours de la période 1776-1780. En France, la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 a connu un grand rayonnement. À compter de 1920 et s'accéléralant lors de la période de décolonisation des années 1960, la pratique se généralise. Le procédé s'étend au plan international avec la Déclaration universelle des droits de l'Homme adoptée en 1948 puis le Pacte relatif aux droits civils et politiques et le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1950) puis de l'Acte d'Helsinki (1975). Aussi, en raison du caractère quasi universel de la pratique de même qu'en raison des obligations internationales découlant des textes solennels proclamant les droits de la personne, il est difficile d'imaginer une constitution québécoise ne comportant pas une Déclaration des droits ayant valeur constitutionnelle. Les droits de la personne⁸⁹ ont reçu une consécration internationale au cours du dernier demi-siècle. La participation des anciennes colonies à l'instauration d'un ordre public international, notamment par la voie de l'Assemblée générale des Nations Unies, a mis en évidence l'importance de la protection des droits de la personne et des libertés fondamentales, dans tous les pays du monde, laquelle est même devenue une prémisses essentielle au développement démocratique. La protection des droits de la personne est une responsabilité qui incombe d'abord aux États, comme l'énonce d'ailleurs la Charte des Nations Unies. Les réformes constitutionnelles entreprises depuis le début des années 80 dans nombre de pays incluent la garantie de plusieurs droits de la personne. La mention des droits dans la constitution

⁸⁸ Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 3^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 893.

⁸⁹ Au Québec, l'expression les droits de l'homme, largement utilisée dans la littérature internationale, a été abandonnée au motif qu'elle pouvait insinuer une discrimination à l'endroit des femmes.

d'un État n'est pas, en soi, un gage de leur protection; elle fournit au minimum une base et un appui aux revendications populaires.

Les principaux axes de décision à être considérés par le constituant concernent les droits qui devront être inscrits dans la Déclaration ainsi que les enjeux rattachés aux critères et standards de limitation.

Le contenu de la Charte des droits. La déclaration constitutionnelle des droits énumère de façons plus ou moins détaillée les droits reconnus à l'individu, aux citoyens et aux collectivités et considérés comme fondamentaux. Elle délimite le domaine réservé à la personne face à l'État. On constate une similitude dans le vocabulaire utilisé. Mais dans la pratique, le sens et la portée des droits fondamentaux garantis par la constitution diffère d'un ordre juridique à l'autre. Cela témoigne du rôle capital des processus d'interprétation et de mise en œuvre des droits. Ceux-ci constituent des relais majeurs dans la détermination du sens et de la teneur effective des droits.

Comme le relève Jacques-Yvan Morin :

L'expression “ droits fondamentaux ” est d'usage courant, mais son sens précis ne fait pas l'objet d'une définition univoque. Tantôt, on l'utilise pour désigner les libertés et droits auxquels le législateur lui-même ne saurait déroger, soit en vertu de conventions internationales, soit en présence d'une protection constitutionnelle propre à un État donné. Tantôt, le mot “ fondamental ” désigne de façon très générale l'ensemble des droits et libertés qui jouissent de la protection renforcée que confère la constitutionnellement.⁹⁰

Il rappelle que les droits ne sont pas tous équivalents :

Les droits et libertés garantis dans les constitutions n'ont pas tous la même importance éthique, ni un égal caractère contraignant. On y voit voisiner le droit à la vie, la liberté d'association, les droits économiques et sociaux, les droits de la personne et ceux des collectivités. Tous sont “ fondamentaux ” mais à des degrés divers, dès lors qu'ils sont placés hors de pair par la Constitution, ce qui a mené certains auteurs à distinguer un “ noyau dur ” de libertés et droits, dont l'importance paraît plus cruciale pour la dignité des personnes.⁹¹

Le projet Turp consacre le titre second à la proclamation des garanties constitutionnelles “des droits, libertés et responsabilités des personnes”. Il inclut dans le texte constitutionnel des droits relevant des trois générations des droits de la personne.

⁹⁰ Jacques-Yvan MORIN, “ Les droits fondamentaux ne sont pas des absolus ”, *Le Devoir*, 29.6.01, <<http://www.vigile.net/dossier-101/1-6/29-morin.html>>.

⁹¹ Jacques-Yvan MORIN, “ Les droits fondamentaux ne sont pas des absolus ”, *Le Devoir*, 29.6.01, <<http://www.vigile.net/dossier-101/1-6/29-morin.html>>.

Les trois générations de droits. On distingue généralement les droits de la personne en trois générations de droits (ou les “ trois âges ” des droits⁹²) selon l'époque de leur apparition dans les textes qui en assurent la proclamation et la garantie.

Première génération. La première génération de droits, dite des droits fondamentaux et des libertés individuelles, a ses origines au XVIII^e siècle, notamment dans la *Déclaration des droits du citoyen* de 1789 et le *Bill of Rights* américain. Elle vise essentiellement à proclamer la liberté de l'individu face au pouvoir de l'État⁹³. L'État assume, à l'égard de ces droits un devoir d'abstention. Ce premier âge des droits a vu se consacrer la liberté de conscience et de religion, la liberté de pensée, d'opinion et d'expression, le droit à l'égalité, à la sécurité de sa personne (protection contre les traitements cruels, la torture et les traitements inhumains et dégradants), le droit à la dignité. Ces droits sont dits fondamentaux car ils participent à la définition même de la dignité et de la vie humaine. Mais ces droits sont aussi regroupés sous la terminologie des droits civils et politiques on y compte les droits judiciaires. Ces droits sont intimement attachés à l'État libéral et procèdent d'une conception où l'État doit s'abstenir d'intervenir dans la sphère d'action et de liberté protégée. Ils sont notamment énoncés dans la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* de 1948. Cette Déclaration exprime un consensus au sein de la communauté internationale et elle représente un “ code de bonne conduite ” pour les États⁹⁴.

L'affirmation des droits. Le projet Turp reprend aussi les garanties existant dans les textes actuels de la charte canadienne des droits et libertés de même que la Charte québécoise relativement à la liberté de circulation, du droit à l'égalité, les droits politiques de même que les droits judiciaires. On ajoute à cette liste le droit de propriété et constitutionnalise même le droit au secret professionnel dans des termes semblables à ceux retenus dans l'actuelle charte québécoise. En matière d'égalité, on a vu apparaître ces dernières années des revendications croissantes pour la protection spécifique des droits des femmes, des enfants, des minorités et des autochtones. Pour ce qui est de l'affirmation des droits proprement dits, le projet Turp consacre le droit à la vie, le droit à la vie privée, incluant le droit à la sauvegarde de la dignité et de la réputation tandis qu'il est muet à l'égard de la liberté de presse et des autres médias, se limitant à affirmer que chacun est titulaire des libertés de religion, d'opinion et d'expression. On peut observer qu'à cet égard, le projet Turp paraît s'éloigner de la promotion d'une démocratie délibérative. En élevant au rang de droits constitutionnels des droits comme le droit à la réputation et le droit à la vie privée, sans renforcer la liberté d'expression et en passant sous silence la liberté de presse, le

⁹² Daniel COLARD, “ Le principe de l'indivisibilité des droits et des devoirs de l'homme ”, dans Patrice Meyer-Bisch (éd.), *Les devoirs de l'homme - De la réciprocité dans les droits de l'homme* (Actes du V^e Colloque interdisciplinaire de Fribourg, 1987), Fribourg/Paris, Éditions universitaires/Éditions du Cerf, 1989, 17-34, 20.

⁹³ Voir Étienne LE ROY, “ Droits humains et développement: Des visions du monde à concilier ”, (1994) 25 *R.G.D.* 445-454, 448.

⁹⁴ Étienne LE ROY, “ Droits humains et développement: Des visions du monde à concilier ”, (1994) 25 *R.G.D.* 445-454, 453, qui cite l'Association québécoise des organismes de coopération internationale (AQOCI) qui a adopté en 1992 une “ Charte de principes sur les droits humains et le développement ”.

risque est grand d'accentuer la tendance déjà présente dans la culture juridique québécoise de censurer les débats plutôt que de les encourager. Or, la valeur centrale de la démocratie délibérative est la circulation des idées. Dès lors que le cadre constitutionnel place au-dessus de la liberté d'expression des droits des personnes à faire supprimer de l'information, on peut se demander si les conditions d'une véritable démocratie délibérative ne seraient pas alors mises en péril.

Seconde génération. Ces droits fondamentaux incluent-ils le droit de se nourrir adéquatement, de s'abreuver et de se loger? Certes, la satisfaction des besoins fondamentaux de la personne humaine, le droit à la vie, est un préalable à l'exercice des autres droits. C'est ici qu'apparaît l'intérêt des droits de seconde génération. En Occident, l'État démocratique s'est d'abord défini comme "libéral", appliquant ainsi les principes de la protection des droits fondamentaux de la personne. Toutefois, lui a succédé l'État "social", puis l'État-providence, cherchant ainsi à asseoir les assises de la citoyenneté sur un ensemble de droits économiques et sociaux, par le truchement de lois et de politiques, s'engageant de plus en plus dans les activités de la société civile, dans un dessein de réduire les inégalités sociales.

Les droit économiques et sociaux. Les pressions en faveur de la reconnaissance de droits économiques, sociaux et culturels sont venues du constat de l'insuffisance de seule la proclamation d'une liberté (ou d'un droit), pour en assurer l'exercice effectif par le plus grand nombre. Cette seconde génération de droits est marquée d'une conception d'égalité entre les personnes et cherche à assurer le libre exercice des droits et libertés individuelles en tenant compte des circonstances particulières dans lesquelles peuvent se retrouver certaines personnes, notamment celles qui sont marginalisées. Les droits économiques, sociaux et culturels comme le droit à des conditions de travail justes et raisonnables, le droit à l'éducation, le droit à la culture, le droit à l'égalité des chances, etc. supposent, sinon exigent une intervention des autorités pour la mise en œuvre de politiques visant à mettre en place des mécanismes facilitant l'exercice de ces droits. On parle en ce sens de "droits-créances" ou d'exigences que les individus peuvent faire valoir à l'encontre de leurs gouvernants. Le projet Turp affirme le droit à l'éducation, le droit à l'information, le droit au travail et le droit à un niveau de vie décent, reprenant en bonne partie le libellé de l'actuelle Charte québécoise. Il proclame également les droits relatifs à la famille.

Troisième génération. Les droits de troisième génération sont des droits collectifs ou de solidarité. Leur naissance récente est intimement associée au processus de décolonisation. Ce troisième âge des droits inclut au premier chef le droit à la paix, le droit à l'autodétermination des peuples, le droit à la protection de l'environnement, le droit au développement, et plus récemment, le droit au respect du patrimoine commun de l'humanité⁹⁵. Ces derniers droits apparaissent donc,

⁹⁵ Daniel Colard associe ces différentes générations de droits à trois conceptions dominantes, respectivement les conceptions chrétienne, marxiste et tiers-mondiste; Daniel COLARD, "Le principe de l'indivisibilité des droits et des devoirs de l'homme", dans Patrice Meyer-Bisch (éd.), *Les devoirs de l'homme - De la réciprocité dans les droits de l'homme* (Actes du V^e Colloque interdisciplinaire de Fribourg, 1987), Fribourg/Paris, Éditions universitaires/Éditions du Cerf, 1989, 17-34, 21.

a priori, comme des revendications collectives devant être mises en oeuvre par les autorités publiques⁹⁶.

C'est dans le préambule que le projet Turp fait référence à certains de ces droits de troisième génération lorsqu'il proclame "l'importance de collaborer au renforcement de relations amicales et de la coopération entre les États et peuples de la terre" de même que "le devoir solennel du Québec de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures".

Les standards de limitation des droits. Dans un texte constitutionnel, les droits de la personne sont affirmés d'une façon déclamatoire comme s'il n'y avait jamais de situations où il devient nécessaire d'en délimiter la portée. Comme ces principes ont valeur de règles constitutionnelles, ils ont forcément un caractère général renforcé par la solennité des proclamations dont ils sont généralement l'objet. Certes, l'on sait qu'il faut délimiter le champ et la portée des droits garantis et des libertés fondamentales. Comme ces droits et libertés sont posés à titre de règle générale, l'intervention étatique faisant figure d'exception à la liberté proclamée, le constituant répugne à opérer les délimitations du champ et de la portée de la liberté au niveau de la formulation. L'on préfère énoncer un standard afin de juger du caractère "raisonnable" comme dans la Charte canadienne des droits et libertés ou "nécessaire" des limitations, comme dans la Convention européenne des droits. Dans le projet Turp, c'est après avoir posé le principe du droit de s'adresser à un tribunal pour obtenir la réparation à la suite de violation des droits, que le projet reprend la clause de limitation des droits de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés de même qu'il affirme le droit de l'Assemblée nationale de déroger aux droits fondamentaux moyennant des conditions ressemblant à celles prévues à la Charte canadienne.

Caractère interrelié des droits. La pratique judiciaire des vingt dernières années tend à indiquer que droits et libertés ont un caractère interrelié. Lorsqu'il faut résoudre une ou plusieurs contradictions entre les droits fondamentaux, il est d'entrée de jeu nécessaire d'identifier la nature et les limites de chacun des droits et des libertés en cause. Ensuite, il faut souvent se livrer à une démarche de structuration des limites respectives des droits en cause afin de les harmoniser. Certes, lors de la rédaction d'une constitution il faut identifier les standards sur lesquels il faudra se fonder afin de décider des limitations des droits et libertés. Mais la plupart du temps, le champ d'un droit ou d'une liberté est défini par les limites découlant des impératifs d'un autre droit ou d'une liberté invoquée à son encontre. Les tribunaux vont généralement, à partir des conceptions qu'ils privilégient des droits et libertés garantis, identifier la nature des droits en cause, postuler un rapport hiérarchique entre eux et interpréter en conséquence les facteurs devant être pris en considération pour délimiter les limites respectives des droits. Le domaine de l'un ou l'autre de ces droits et libertés est en quelque sorte le fruit des délimitations des autres.

⁹⁶ Selon Hector Gros ESPIELL, ces droits peuvent être exercés par des "peuples" et "prennent une place déterminante dans la protection et la défense d'intérêts communautaires envisagés globalement" et sont indissociables de l'existence d'une "communauté internationale". Voir Hector Gros ESPIELL, "Introduction" au titre III sur les droits à vocation communautaire, M. Bedjaoui, *Droit international - Bilan et perspectives*, Paris, A. Pedone, UNESCO, 1991, vol. 1, 1237, 1238-1239.

Les droits ne peuvent être posés comme des absolus. Au cours de la dernière décennie, des voix se sont élevées contre le “chartisme” et certaines des dérives qu’on lui attribue. Habituellement, il s’agit de critiquer ou de rejeter le rôle des tribunaux. On accuse ces derniers de se substituer au législateur et même d’usurper les pouvoirs du peuple. Le postulat qui paraît sous-tendre ces prises de position est double : d’une part, le législateur serait mieux placé pour délimiter les droits et d’autre part, il est possible de délimiter les droits *a priori*. Or, la recherche fondamentale sur le fonctionnement du droit et des raisonnements juridiques tend à démontrer la naïveté de ces postulats. Il devient de plus en plus apparent que les droits connaissent un sens qui varie en fonction des contextes, des époques et des mœurs. Il faut prendre garde à la tentation de formuler les droits d’une manière qui prétendrait couper court à l’apport des réflexions éthiques et surtout aux bénéfiques des évolutions qui vont inévitablement survenir dans la pratique. En décrétant de façon péremptoire, dans un souci de sécurité juridique, une nomenclature de ce qui serait réputé correspondre à l’un ou l’autre des droits et libertés, on encourt le risque de les vider de leur substance ou de favoriser le développement de règles fondées sur des catégories qui éclateront de toute part. Certes, dans une société où les groupes se constituent afin de promouvoir un droit, souvent à l’exclusion des autres, il arrive souvent que les droits soient présentés comme des absolus. Mais la plupart du temps, le champ d’un droit ou d’une liberté est défini par les limites découlant des impératifs d’un autre droit ou d’une liberté invoquée à son encontre. Afin de délimiter l’étendue d’un droit ou d’une liberté, les tribunaux vont identifier la nature des droits en cause, le rapport hiérarchique existant entre eux et les facteurs devant être pris en considération pour délimiter les limites respectives des droits. Dans une société ayant à cœur d’assurer le déroulement des processus délibératifs, les débats qui doivent de temps à autre être tranchés par les juges sont constamment nourris par des échanges de vues sur le sens des droits.

Le juge participe à la structuration des limites aux droits. Ce faisant, il faut tenir en compte que le juge participe à la structuration des limites respectives des droits garantis. Pour y arriver, il devra faire appel à des standards ou à des notions floues comme l’intérêt public. Ces notions jouent un rôle capital dans la portée concrète des droits puisqu’elles contribuent à en structurer les limites. Ces facteurs de structuration tiennent une place importante dans les processus d’équilibrage des droits⁹⁷.

Proclamer les responsabilités? Certains ont mis de l’avant l’idée de proclamer non seulement les droits mais également les responsabilités des personnes⁹⁸. Le titre 2 du projet Turp comporte une disposition (article 23) qui déclare que : “Toute personne a des responsabilités envers la famille, la communauté et l’humanité dans laquelle seule son libre et plein développement est possible”. Depuis une décennie, plusieurs réflexions ont été proposées sur la responsabilité, ses limites et ses conditions. Mais il n’y a pas de pratique constitutionnelle connue qui consisterait à

⁹⁷ Karim BENYekhlef, “Liberté d’information et droits concurrents : la difficile recherche d’un critère d’équilibrage”, (1995) 26 *Revue générale de droit*, 265-306.

⁹⁸ Jacques DUFRESNE, *Le courage et la lucidité, essai sur la constitution du Québec souverain*, Montréal, Septentrion, 1990.

faire figurer l'énoncé de responsabilités des personnes dans un texte supra-légal. On peut considérer que la détermination des seuils et des principes de responsabilité des personnes relève de la législation et non de la constitution. De fait, le Code civil et les lois pénales ont précisément pour objet d'organiser la responsabilité des personnes. L'Occident n'a pas été une terre fertile à la réflexion sur les devoirs de la personne, où les énergies ont essentiellement été consacrées à l'opposition de l'individu contre l'État et où la liberté semble soutenir l'ensemble du système politique. Les constitutions comportent rarement (sinon aucunement) de références à des devoirs réciproques ou accessoires aux droits. La *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec mérite d'être soulignée puisqu'elle vise à garantir le respect des droits et libertés tant à l'encontre des activités de l'État qu'à l'encontre d'autres acteurs de la société civile, soit entre des parties privées. Parler des devoirs de la personne, alors que la liberté, l'individualisme et le marché sont les vecteurs des sociétés occidentales, va certainement à "contre-courant de l'idéologie dominante"⁹⁹, c'est en quelque sorte un appel à la réduction de l'"hyper-individualisme"¹⁰⁰. L'indivisibilité et l'interdépendance des droits de la personne (ou la réciprocité des droits et des obligations) ont par ailleurs été reconnues dans les deux Pactes internationaux de 1966, malgré la distinction qu'elle opère entre les droits de première et de seconde générations¹⁰¹. Ce principe a par la suite été rappelé à maintes reprises dans les textes internationaux. Cependant, l'indivisibilité des droits et des devoirs n'a pas donné lieu à une littérature aussi considérable. Ce principe découle donc essentiellement de fondements philosophiques et moraux, au nombre desquels on retrouve le concept de solidarité humaine, ou le principe en vertu duquel "la liberté des uns s'arrête là où commence celle des autres". En somme, il demeure difficile de voir en quoi il y aurait avantage à constitutionnaliser les responsabilités des personnes autrement qu'en des termes généraux, sous la forme de principes directeurs.

2.3.4 Les institutions ainsi que leurs relations

Au cœur d'une constitution, il y a les principes régissant les trois pouvoirs qui obligent les citoyens. Il semble exister un large consensus pour retenir les institutions de type britannique. Le professeur Jacques-Yvan Morin écrit à ce sujet que :

Au chapitre des institutions, il ne paraît ni nécessaire ni prudent de s'éloigner des normes du parlementarisme, que nous connaissons bien. Le débat entre les tenants de ce régime et ceux du gouvernement de type présidentiel s'est apaisé, du moins

⁹⁹ Daniel COLARD, "Le principe de l'indivisibilité des droits et des devoirs de l'homme", dans Patrice Meyer-Bisch (éd.), *Les devoirs de l'homme - De la réciprocité dans les droits de l'homme* (Actes du V^e Colloque interdisciplinaire de Fribourg, 1987), Fribourg/Paris, Éditions universitaires/Éditions du Cerf, 1989, 17-34, 17. Plus loin, p. 24, Colard reprend une formule de Raymond POLIN, tirée de *L'obligation politique*, coll. Sup, Paris, PUF, 1971.

¹⁰⁰ Étienne LE ROY, "Droits humains et développement: Des visions du monde à concilier", (1994) 25 *R.G.D.* 445-454, 454.

¹⁰¹ Cette scission a pu retarder une approche intégrée des droits de la personne; voir Nations Unies, *Séminaire africain sur les normes internationales en matière de droits de l'homme et l'administration de la justice*, Le Caire (Égypte), 8-12 juillet 1991, New York, Nations Unies, 1993, p. 44.

*faut-il l'espérer; le contraire multiplierait inutilement les changements au moment où le peuple québécois aura grand besoin de points de repère connus.*¹⁰²

Il paraît également exister un consensus pour formaliser par écrit ce qui est actuellement réglé par des coutumes ou des conventions constitutionnelles. Ainsi, il pourrait être opportun d'apporter :

*quelques retouches, dont on parle depuis des années, dans les rapports entre l'exécutif et le pouvoir législatif. Par exemple, le choix du premier ministre, qui repose actuellement sur des conventions ou coutumes constitutionnelles, pourrait dépendre explicitement de la majorité de sièges détenus par son parti à l'Assemblée nationale. De même, on préciserait dans quelles conditions la mise en minorité en Chambre entraîne la chute du gouvernement, ce qui permettrait de favoriser le nombre d'occasions où les députés seraient libres de voter selon leur conscience ou leur opinion individuelle.*¹⁰³

Ainsi, partant de l'hypothèse selon laquelle le système politique hérité de l'histoire des deux derniers siècles serait, au moins retenu dans un premier temps, le constituant québécois devra apporter des réponses à certaines questions relatives à l'organisation du pouvoir législatif du pouvoir exécutif et du pouvoir judiciaire.

La forme de l'État. Au nombre des questions fondamentales qui devront faire l'objet de décisions, il y a la forme de l'État. Il semble exister un large consensus pour retenir les formes actuelles du régime parlementaire d'ascendance britannique. Mais ce consensus est moins net lorsque se pose la question du chef de l'État. Dans la logique du parlementarisme britannique, la Reine est le Chef de l'État. Certains préconisent la mise en place d'une forme républicaine de gouvernement en créant la fonction de président de la république. Le projet Turp opte pour la voie mitoyenne. Le président est nommé sans débat par l'Assemblée nationale et pour l'essentiel, joue le rôle à ce jour dévolu au représentant de la reine. Toutefois, si le président de la république devait être élu au suffrage universel, il y aurait partage de la légitimité entre le Parlement élu et le Président. L'un et l'autre pourraient prétendre avoir la main haute sur la désignation du gouvernement. La logique de fonctionnement du système parlementaire britannique est tributaire de la convention constitutionnelle suivant laquelle le souverain ne gouverne pas, sauf de façon formelle. Sa légitimité découle des bases symboliques fondées sur la tradition. Par contre, un président élu appartiendrait présumément à un parti politique et s'il est désigné via un processus électoral, il s'inscrirait dans une dynamique dans laquelle il serait tenté d'interpréter son rôle de manière plus large que ce qui prévaut dans le système actuel de monarchie parlementaire.

¹⁰² Jacques-Yvan MORIN, “ Une constitution dans un Québec souverain et autonome ”, *Le Devoir*, 25-4-2000, <<http://www.vigile.net/00-4/morin/jy.html>>.

¹⁰³ Jacques-Yvan MORIN, “ Une constitution dans un Québec souverain et autonome ”, *Le Devoir*, 25-4-2000, <<http://www.vigile.net/00-4/morin/jy.html>>.

a) *Le pouvoir législatif*

Le projet Turp. À l'égard du pouvoir législatif, le projet Turp comporte un ensemble de dispositions (articles 28 à 35) organisant la fonction parlementaire selon le modèle qui prévaut dans le cadre constitutionnel actuel. Le texte codifie les règles et principes relatifs au fonctionnement de l'Assemblée.

Combien de chambres? Dans la tradition parlementaire britannique, le pouvoir législatif est exercé par une ou deux chambres. Jusqu'à l'abolition, en 1965 du Conseil législatif, le pouvoir législatif au Québec était bicaméral. Depuis cette abolition, le parlement est monocaméral, ne comprenant que l'Assemblée nationale. Dans un état unitaire, le système monocaméral est souvent retenu : il paraît logique : l'Assemblée exerçant la fonction législative est constituée des représentants du peuple. La volonté du peuple étant par définition univoque, elle ne doit pas être morcelée. On reproche cependant aux systèmes monocaméristes de favoriser l'omnipotence de l'assemblée unique. Combinée avec la montée en puissance d'un pouvoir exécutif exerçant une forte influence sur l'Assemblée, cela pourrait miner l'équilibre des pouvoirs. On évoque aussi parfois le risque d'un travail législatif hâtif et insuffisamment réfléchi. La seconde chambre peut être conçue comme une "chambre de réflexion". Dans une perspective délibérative, une seconde chambre peut contribuer à enrichir les débats publics.

La représentation de certains courants. Dans un système de représentation fondé sur le scrutin uninominal à un tour, des distorsions peuvent empêcher la représentation de certains courants ou intérêts. Une seconde chambre peut être constituée selon d'autres critères de représentation et assurer la représentation d'intérêts qui pourraient avoir du mal à accéder à la chambre des députés. Par exemple, le constituant pourrait avoir à cœur d'assurer l'équilibre dans la représentation des régions et des villes-centres.

Recherche de l'efficacité et de la légitimité. Souvent, la seconde chambre est instituée afin de contribuer à la stabilité et à la permanence dans l'État. En renforçant les équilibres au sein de l'état, le bicaméralisme peut contribuer à renforcer la légitimité de l'État. Dans le système constitutionnel canadien, l'équilibre est en partie assuré par la co-existence de deux ordres de gouvernement qui se trouvent plus ou moins en concurrence. Dans un état unitaire, l'organisation du pouvoir législatif devrait sans doute procéder d'une réflexion approfondie sur les meilleurs moyens de garantir que le pouvoir de faire des lois sera assorti des contre-pouvoirs adéquats afin de renforcer à la fois l'efficacité et la légitimité du pouvoir législatif. Au surplus, la présence de deux chambres aurait sans doute la vertu de favoriser la qualité du processus de délibération qui est au cœur de l'activité législative.

b) *Le pouvoir exécutif*

Le pouvoir exécutif en droit britannique. Les textes constitutionnels actuels donnent une image tronquée du pouvoir exécutif au sein de l'État. Il y a dans le droit public d'ascendance britannique, tel que repris dans la *Loi constitutionnelle de 1867* une dissociation importante entre le libellé des textes constitutionnels et la réalité telle que modelée par un ensemble de conventions

constitutionnelles. Si une constitution québécoise devait organiser le pouvoir exécutif au sein du nouvel état en reconduisant le modèle hérité de notre histoire, il faudrait expliciter plusieurs conventions constitutionnelles.

Le projet Turp. Le projet Turp codifie les principes actuels relatifs au pouvoir exécutif. Il dispose que :

Le Gouvernement est l'organe qui détermine et conduit la politique intérieure et extérieure. Il assure l'exécution des lois, dispose du pouvoir réglementaire et nomme aux emplois de l'État conformément à la Constitution et aux lois.

La fonction gouvernementale est exercée par un Conseil exécutif composé des ministres, ministres délégués et secrétaires d'État sous l'autorité du premier ministre.

Le Gouvernement doit conserver la confiance de l'Assemblée nationale et peut engager devant l'Assemblée nationale sa responsabilité sur un projet de loi ou l'ensemble de son programme. La responsabilité du Gouvernement peut également être mise en cause par le vote d'une motion de censure, déposée avec le soutien d'au moins un cinquième des députés, et adoptée si elle recueille les voix de la majorité absolue du nombre légal des députés.

Le gouvernement. Dans le système actuel, le gouvernement est une entité largement structurée en vertu, non pas de textes, mais de conventions constitutionnelles. Le gouvernement est constitué des ministres qui sont les chefs politiques des ministères. En principe, leurs fonctions s'exercent dans un cadre collégial. Les membres du gouvernement sont désignés par le premier ministre. Le projet Turp propose une codification des principes fondamentaux portant sur ces questions. Hormis les règles relatives à la désignation des ministres, il ne semble pas exister d'avantages à prévoir, dans le texte constitutionnel, l'organisation, la structure et le mode de fonctionnement du gouvernement. Des lois, telles que la *Loi sur l'Exécutif* peuvent de temps à autre pourvoir à cet aspect de l'organisation gouvernementale.

Le premier ministre. Le projet Turp propose de codifier la convention selon laquelle " Le premier ministre est nommé par le président du Québec en fonction des résultats électoraux " (article 36). Il " dirige l'action du Gouvernement dont il assure l'unité. Il est responsable de la politique générale et de la défense nationale de l'État " (article 37). Dans la logique du système actuel, le premier ministre est, au plan formel, un ministre comme les autres. Il est désigné, comme ses collègues par le représentant de la reine. Par convention constitutionnelle, le représentant de la reine demande à la personne qui dirige le groupe majoritaire à l'Assemblée nationale d'agir comme premier ministre et de former le gouvernement. L'essentiel de ses prérogatives découle non de textes, mais de conventions. Dans le cadre de la rédaction d'une nouvelle Constitution québécoise, il faudrait choisir entre deux grandes approches. Une première approche serait de poser que le premier ministre soit désigné et exerce les pouvoirs et prérogatives qu'il exerçait dans le système parlementaire britannique tel que transplanté au Québec. Il s'agirait alors de

reconduire le régime actuel, largement constitué de conventions constitutionnelles. Nombreux sont ceux qui considèrent que système fonctionne adéquatement. Mais des critiques ont mis en lumière l'allure de "monarque électif" que prend le premier ministre dans un tel système¹⁰⁴. Une seconde approche serait de rédiger un ensemble de règles codifiant le statut du premier ministre, ses pouvoirs, attributions et autres prérogatives. Le statut actuel du premier ministre en fait le véritable chef du gouvernement, voire même de l'État bien qu'au plan de la préséance protocolaire, le représentant de la reine passe en premier. Dans l'hypothèse d'une constitution dans laquelle le chef de l'État jouerait un rôle plus actif, il faudrait pourvoir à la délimitation de ses attributions de même que celles du premier ministre.

Le Chef de l'État. Le chef de l'État en garantit la continuité et l'indépendance. Selon le projet Turp, il "veille au respect de l'ordre constitutionnel, préside aux solennités et assume la plus haute représentation de l'État québécois dans les relations internationales" (article 40). Une Constitution québécoise devrait déterminer qui est le chef de l'État. À cet égard, plusieurs possibilités existent. La reine pourrait continuer à être le chef de l'État selon les conditions qui prévalent dans l'ordre constitutionnel actuel. Resterait alors à organiser le transfert du pouvoir de nomination de son représentant. Le gouvernement pourrait exercer un tel pouvoir de la même manière que l'exécutif fédéral l'exerce depuis le début du vingtième siècle. Si l'on devait abandonner la couronne britannique, il faudrait alors décider du statut du chef de l'État. Une première hypothèse serait de remplacer la Reine par un chef d'État qui ne serait pas monarque. Le gouverneur devenant en quelque sorte le chef de l'État. On pourrait procéder à sa nomination du chef de l'État de la même manière que celle qui prévaut pour le gouverneur général sauf que cette nomination serait entièrement décidée par le gouvernement. Une autre possibilité serait de confier à l'assemblée législative le pouvoir de nomination du chef de l'État. C'est celle retenue dans le projet Turp (article 42) où il est prévu que "Le président du Québec est élu sans débat par les membres de l'Assemblée nationale". Une autre hypothèse serait de remettre au corps électoral le choix de la personne assumant cette charge et la désigner au suffrage universel. Mais l'élection du chef de l'État au suffrage universel s'accorde mal avec la logique du parlementaire de type britannique. Si la volonté du constituant devait être de retenir ce modèle que nous a légué l'histoire, il faudra se demander si l'élection du chef de l'État au suffrage universel est compatible avec la logique du système retenu. Une telle hypothèse reviendrait à une migration vers une constitution républicaine.

Hypothèse d'une constitution républicaine. Dans l'hypothèse d'une constitution républicaine, il faudra déterminer le statut, le rôle et le mode de désignation du chef de l'État. Celui-ci devrait-il diriger effectivement le gouvernement ou être plutôt un arbitre intervenant seulement à des moments spécifiques du déroulement de la vie politique? Faudrait-il retenir le modèle républicain tel que pratiqué aux États-Unis ou le modèle incarné par la Constitution française de la cinquième république? L'un et l'autre de ces modèles présentent des avantages indéniables mais aussi des écueils. Ce type de décision a des impacts sur le fonctionnement du pouvoir exécutif. Ainsi, aux

¹⁰⁴ Manon TREMBLAY, Réjean PELLETIER et Marcel R. PELLETIER, *Le parlementarisme canadien*, Québec, PUL, 2000, p. 281.

États-Unis, le président est investi de la plénitude du pouvoir exécutif tandis que dans le régime parlementaire de type britannique, le gouvernement doit avoir la confiance de la chambre.

c) Le pouvoir judiciaire

Un pouvoir incontournable. Dans la culture juridique québécoise, issue de la fréquentation du Common Law, il est difficile d'exclure l'autorité du pouvoir judiciaire comme arbitre constitutionnel ultime¹⁰⁵. D'une part, la reconnaissance de la nouvelle légalité constitutionnelle est grandement tributaire de l'attitude du pouvoir judiciaire. D'autre part, il paraît à bien des égards inhérent à l'état de droit que soit maintenu un contrôle judiciaire de légalité. Dans l'hypothèse d'une rupture révolutionnaire, se poserait la question de déterminer quels mécanismes doivent accompagner les mécanismes de nomination des juges ? Comment aborder le statut des cours supérieures ?

Le projet Turp. Le projet Turp propose une organisation judiciaire semblable à celle qui prévaut actuellement mais en instituant une Cour suprême du Québec composée de neuf membres, nommés pour un mandat unique de neuf ans, dont trois sont nommés par le président du Québec, trois par le premier ministre et trois par le président de l'Assemblée nationale. Le juge en chef de la Cour suprême serait nommé par le président du Québec et aurait voix prépondérante en cas de partage. Cette cour suprême du Québec comprendrait une chambre constitutionnelle chargée de se prononcer sur la conformité des lois et traités à la constitution.

Le judiciaire est maître du sens des principes généraux. Le pouvoir judiciaire est maître du sens donné aux principes généraux. Depuis une décennie, plusieurs travaux ont été réalisés qui permettent de mieux comprendre le fonctionnement du pouvoir judiciaire et du raisonnement inhérent à l'activité du juge. Ces travaux démontrent que les juges construisent les principes nécessaires afin d'assurer la légitimité de leurs décisions. Que les principes ou les règles soient ou non formulés par écrit dans un texte constitutionnel, les tribunaux sont en mesure de dégager les principes nécessaires afin d'appuyer leurs raisonnements. Ces principes peuvent même être supraconstitutionnels. Le phénomène de la normativité constitutionnelle est en constante mutation. Cette normativité est en partie construite par le juge constitutionnel. C'est pourquoi, au-delà de la lettre des textes constitutionnels, des principes constitutionnels ni écrits ni arrêtés pourront pénétrer l'ordre juridique dès lors qu'ils seront reconnus par les tribunaux. Certes, la production par les tribunaux de normes constitutionnelles n'aura généralement lieu que lorsque les règles d'interprétation ne suffiront pas à les mener aux conclusions recherchées. Il faut reconnaître que dans un environnement juridique marqué par l'État de droit et le contrôle judiciaire, les tribunaux sont à la fois des acteurs majeurs et des arbitres ultimes de la normativité constitutionnelle.

La nécessité d'une instance afin de donner un sens aux principes. Dans les sociétés démocratiques, il existe des conflits entre les valeurs et les droits qui sont énoncés dans les textes

¹⁰⁵ Jacques-Yvan MORIN, "Le pouvoir des juges et la démocratie: *Sed quis custodiet ipsos custodes?*", [1994] 28 *R.J.T.*, <<http://www.lexum.umontreal.ca/themis/94vol28n2-3/MORIN1.html>>

de lois. Ces conflits peuvent difficilement être écartés *a priori* car ils résultent le plus souvent de l'application conjuguée de droits ou d'obligations qui ne sont pas toujours en contradiction les uns avec les autres. Le juge est donc l'interprète ultime et obligé des diverses conceptions qui existent en concurrence dans la société civile. Il n'a pas la liberté d'ignorer ce qui apparaît légitime, acceptable ou inacceptable dans la société à une époque donnée. Ainsi, il exerce une responsabilité capitale dans l'application du droit constitutionnel de même que des autres règles de droit. Le pouvoir judiciaire évalue les situations soumises à son attention et module les solutions esquissées par le constituant. Une approche superficielle mène certains à voir de l'arbitraire dans ce processus. C'est ignorer que dans un environnement démocratique, les principes constitutionnels se construisent et s'appliquent dans un environnement ouvert à la controverse. Ce qui serait anti-démocratique n'est pas tant que le juge soit appelé à décider mais que le contexte juridique soit fermé à la controverse, que le "milieu juridique" ne fonctionne pas adéquatement en ce qu'il reste imperméable à certaines conceptions ayant cours dans la société civile. Comme l'écrit Christian Atias, la communauté juridique contribue à déterminer ce qui est du droit et ce qui est pertinent au regard du droit. Il explique que :

Parmi les influences qui s'exercent sur l'ordre social spontané, il en est une qui joue, dans certaines sociétés du moins, un rôle considérable. C'est un sous-ordre; c'est l'ordre savant traditionnel que constitue l'action coordinatrice de la communauté des juristes, appuyée par une tradition intellectuelle sélective et à évolution lente. Cette communauté à ses postulats de méthode et de fond. Ses phobies et ses engouements. [...] D'une part, les titulaires des différents pouvoirs subissent l'influence de cette communauté sans même être toujours en mesure d'en critiquer les conceptions, ni de chercher l'équilibre entre elles; d'autre part, ils ne peuvent empêcher que leurs décisions soient reprises dans un ensemble qui leur donne sens et portée.¹⁰⁶

Dans les sociétés démocratiques, il existe généralement une pluralité de conceptions et de théories. "Tous sont fondés sur des raisons qui peuvent, en certaines espèces, permettre d'aboutir à la solution la moins injuste; aucun ne peut à lui seul, l'indiquer. Il importe par conséquent, de maintenir la concurrence de ces points de vues. Il n'y a aucune source de droit ni aucune autorité habilitée qui pourrait se substituer à l'activité constante de la communauté juridique"¹⁰⁷. Le défi d'une constitution délibérative est d'assurer la vivacité du milieu et de la communauté de ceux qui, à divers titre, font du droit ou s'y intéressent de manière à ce qu'il persiste toujours un pluralisme des conceptions et une concurrence entre celles-ci.

¹⁰⁶ Christian ATIAS, *Théorie contre arbitraire, éléments pour une théorie des théories juridiques*, Paris, PUF, Les voies du droit, 1987, pp. 115-116. Voir aussi, du même auteur : *Savoir des juges et savoir des juristes, mes premiers regards sur la culture juridique québécoise*, Montréal, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1990.

¹⁰⁷ Christian ATIAS, *Théorie contre arbitraire, éléments pour une théorie des théories juridiques*, Paris, PUF, Les voies du droit, 1987, p. 116.

Le juge doit préserver sa légitimité. Le juge, au risque de laisser place à l'arbitraire, doit, afin d'assurer l'autorité de sa décision, préserver un certain capital de légitimité : l'autorité et la valeur de sa décision aux yeux des justiciables, et pas seulement aux yeux de la loi est à cette condition. Pour cela, il doit écouter, prendre les moyens de s'instruire des enjeux et des différents intérêts en cause. Il doit s'informer des tenants et aboutissants des conceptions concurrentes qui s'affrontent à l'égard d'un enjeu spécifique. Il lui faut prendre garde aux *a-priori* se tenir loin des conformismes et des idées reçues. Au cœur de la controverse, le juge doit écouter, prendre les moyens de s'instruire des enjeux et des différentes conceptions de l'intérêt public qui existent à un moment donné dans l'univers social. Il doit, dans le respect des valeurs d'un processus délibératif, s'ouvrir aux conceptions concurrentes qui s'affrontent à l'égard d'un enjeu spécifique et se tenir éloigné du conformisme et des *a priori*. En même temps, il ne possède pas la liberté d'ignorer ce qui apparaît légitime ou acceptable dans la société. Il est en quelque sorte condamné à préserver un certain capital de légitimité. La valeur de sa décision aux yeux des justiciables et pas seulement aux yeux de la constitution repose sur cette condition.

2.3.5 Les droits des collectivités

Pierre Carignan écrivait que “Lorsqu'un rapport de droit est établi en faveur d'une collectivité, il en résulte un droit collectif”¹⁰⁸. La notion de droits collectifs ne renvoie pas à un concept monolithique. Certains droits collectifs le sont en raison de leur attribution à une collectivité tandis que d'autres sont considérés collectifs en raison de la nécessité d'en concevoir la mise en œuvre collective. Une Constitution québécoise devra sans doute établir certains droits collectifs.

Des droits devant être impérativement reconnus. Il paraît clair que des dispositions du texte constitutionnel devront proclamer l'obligation de respecter les droits des peuples autochtones. C'est là un devoir incombant au nouvel État selon les règles du droit international. Les droits de la minorité anglophone devront également faire l'objet de garanties constitutionnelles. C'est assurément l'une des conditions de la reconnaissance internationale du nouvel État. Le projet Turp consacre le titre troisième aux droits, libertés et responsabilités des collectivités.

Les droits des nations autochtones. L'article 23 du projet Turp consacré aux nations autochtones garantit les droits existants, ancestraux ou issus des traités. Est aussi garanti et défini le droit de ces peuples à l'autonomie gouvernementale de même qu'est affirmé leur droit “d'utiliser, de développer, de revitaliser et de transmettre aux générations futures leurs traditions orales, religieuses et culturelles”.

Les droits de la communauté anglophone. La minorité anglophone du Québec est partie prenante au vouloir vivre collectif constitutif de la nation. À cet égard, la protection des droits de

¹⁰⁸ Pierre CARIGNAN, “De la notion de droit collectif et son application en matière scolaire au Québec”, dans *La Charte canadienne des droits et libertés : concepts et impacts*, Montréal, Éditions Thémis, 1985, p. 9.

la minorité paraît à la fois une dimension essentielle de la définition de la nation québécoise et une obligation internationale devenue fondamentale¹⁰⁹. Cela fait manifestement l'objet d'un large consensus au sein de la population québécoise. Le projet Turp affirme le droit de la communauté anglophone “à la préservation et au libre développement de son identité historique, linguistique et culturelle et de ses institutions”. On ajoute (article 24.2) que “Les personnes appartenant à la communauté anglophone doivent être en mesure d'utiliser la langue anglaise dans l'exercice de tous leurs droits civils et politiques”. Quant aux droits scolaires, les garanties de l'actuelle Charte canadienne des droits et libertés seraient reprises.

Le projet Turp inclut des garanties pour les communautés ethnoculturelles. Ainsi :

Les personnes appartenant à des communautés ethnoculturelles ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun, avec les autres membres de leurs communautés leur propre vie culturelle, de professer et pratiquer leur propre religion et d'employer leur propre langue. (article 25.2)

Quant aux collectivités locales et régionales, le projet Turp affirme que : “Le Québec est un État décentralisé qui garantit aux collectivités régionales et locales le droit d'organiser une gestion autonome dans leurs domaines de compétence et grâce à des sources de financement” (article 26.2). Toutefois, il est spécifié que “La décentralisation des pouvoirs de gestion et de taxation ne doit pas faire obstacle à la politique gouvernementale d'atténuation des disparités régionales et locales” (article 26.3).

Le statut des entités décentralisées. La question pourra se poser de la meilleure façon d'assurer l'équilibre des différents pouvoirs décentralisés. Duplé évoque la question du statut des gouvernements locaux de même que des autres lieux territoriaux d'exercice du pouvoir. Les avantages et les inconvénients de constitutionnaliser le statut de ces entités auront assurément à être soupesés par le constituant.

2.3.6 La communauté internationale et l'Union canadienne

Dès lors que l'on reconnaît que certaines questions dépassent les frontières d'un seul État et doivent être appréhendées par des actions concertées de l'ensemble de la communauté internationale, il se pose la question de savoir comment articuler l'exercice des compétences de l'État avec la nécessité d'une pleine participation à la communauté internationale. Les États contemporains s'inscrivent dans des réseaux au sein desquels ils sont à la fois la source et le relais essentiel de la normativité souvent définie au niveau international ou dans des entités plurinationales. C'est sans doute dans cet esprit que le projet Turp inclut un titre consacré à la communauté internationale et à l'union canadienne. L'article 52 du projet Turp affirme que :

¹⁰⁹ Robert DUNBAR, “Minority Language Right in International law”, (2001) 50 *Intl. and Comp. Law Q.*, 90.

Le Québec participe à la communauté internationale et conduit ses relations internationales selon les principes de la souveraineté nationale, du respect des règles de droit international, de l'égalité souveraine des États, de la coopération avec les institutions internationales et du règlement pacifique des différends internationaux.

L'approche retenue par le projet Turp est celle de l'effet direct et immédiat des décisions des institutions internationales auxquelles l'État a adhéré (articles 52.3, 53.3 et 54.4). Par conséquent, ces décisions priment les lois et font naître directement des droits et obligations pour les personnes. Il en est de même pour les règles coutumières et les principes généraux du droit.

2.3.7 L'entrée en vigueur de la Constitution

Le projet Turp met de l'avant des règles relatives à l'entrée en vigueur du texte constitutionnel¹¹⁰. Les conditions de l'entrée en vigueur d'une constitution sont évidemment fonction de la situation et du contexte concret qui prévaut au moment de son élaboration.

2.3.8 Les mécanismes de révision de la constitution

Un élément essentiel. Les règles relatives à la révision d'une constitution en sont un élément essentiel. Elles participent au renforcement de la légalité et de la légitimité constitutionnelle. Duplé rappelle que le pouvoir de modification de même que le processus menant à son exercice est généralement prévu dans la constitution. Une constitution dans laquelle on aurait inséré des verrous rendant pratiquement impossible sa modification pourra être perçue comme illégitime. Un texte constitutionnel susceptible de modifications au moindre émoi paraîtra par contre manquer de ce caractère solennel et supra-légal inhérent à l'ordre constitutionnel. Ainsi en est-il des constitutions longues et détaillées qui sont forcément appelées à des révisions plus fréquentes que celles qui se limitent à poser les grands principes. C'est que les règles nombreuses qui s'y trouvent deviennent inadaptées avec le temps.

Quel constituant dérivé? Se posera aussi la question du pouvoir constituant dérivé. Il s'agit ici de déterminer si le pouvoir de modifier la constitution est uniquement entre les mains des organes législatifs de l'État ou si un processus de consultation populaire ou de consultation de corps intermédiaires doit être prévu. Évidemment, les constitutions qui sont adoptées et révisées uniquement par l'organe législatif avec ou sans procédure spéciale ou majorité qualifiée sont plus faciles à modifier. Cette approche cause souvent une confusion au niveau des couches de normativité produites par un tel organe; souvent on se pose la question : s'agit-il de lois constitutionnelles ou de lois ordinaires?

¹¹⁰ Article 58 et suivants.

Le moment de la révision. Le moment de la révision est une autre dimension du régime de révision constitutionnelle à envisager. Faut-il préciser des périodes spécifiques au cours desquelles les modifications peuvent être introduites, débattues et adoptées?

Les modifications implicites. Enfin, s'il faut convenir qu'une constitution écrite détermine le droit positif et que sa révision ne peut logiquement être faite qu'en accord avec les processus prévus, il arrive que les constitutions connaissent des modifications implicites. Cadoux¹¹¹ observe que "la Constitution écrite enregistre une modification implicite dès que l'on admet le jeu de la coutume constitutionnelle. De même le contrôle de constitutionnalité des lois lorsqu'il est fait au nom de l'esprit de la Constitution permet —comme aux États-Unis— une interprétation variable de la règle constitutionnelle ". Il peut s'agir là de véritables modifications implicites.

¹¹¹ Charles CADOUX, *Droit constitutionnel et institutions politiques, Théorie générale des institutions politiques*, 4^e édition, Paris, Cujas, 1995, p. 191.

Partie III

Conclusion

À la faveur de débats, études ou initiatives, les balises dans le cadre desquelles s'élaborerait une constitution pour le Québec ont été précisées depuis la publication de l'étude Duplé. D'une part, les conditions dans lesquelles se dérouleraient vraisemblablement la démarche devant mener le Québec à son indépendance ont été explicitées. D'autre part, la teneur d'une constitution québécoise a fait l'objet de précisions et de réflexions.

Nicole Duplé rappelait que la rédaction d'une constitution est une tâche immense. Les réflexions en vue d'établir ce qui constitue l'acte constitutif d'un État imposent une tâche considérable. Cette mise à jour a permis de mettre en évidence les questions qui devront, d'une façon ou d'une autre faire l'objet de décisions dès lors que le peuple québécois aura choisi d'instituer un État indépendant.

Au nombre des données qui sont désormais disponibles du fait des évolutions de la dernière décennie, il y a celles qui concernent le cadre dans lequel se déroulerait vraisemblablement la démarche d'accession à la pleine souveraineté.

Les scénarios d'accession du Québec à la pleine souveraineté politique et juridique sont désormais plus clairs. Nous avons vu que la démarche constituante peut se dérouler dans le cadre de la légalité constitutionnelle canadienne. Dans le Renvoi sur la sécession du Québec, la Cour suprême du Canada a précisé les paramètres dans lesquels une telle transition pourrait se réaliser. Par contre, comme la Cour suprême le mentionne elle-même, on ne peut écarter la possibilité que la démarche constituante du nouvel État s'inscrive en rupture par rapport à la légalité constitutionnelle canadienne. Une troisième possibilité est que la démarche s'amorce dans le cadre de la légalité constitutionnelle canadienne pour se dérouler ensuite en rupture par rapport à celui-ci. L'inverse est aussi possible : que la démarche commence en rupture de l'ordre constitutionnel canadien pour ensuite s'inscrire dans le cadre défini par celle-ci.

Des données plus précises existent désormais sur le déroulement prévisible de la démarche constituante de même que sur la teneur d'un éventuel projet de constitution. Les travaux et réflexions réalisés au cours des dernières années ont permis d'identifier les consensus et les points sur lesquels des discussions sont à prévoir.

Outre l'existence d'un assez large consensus dans la littérature pour reconduire l'essentiel des structures de gouvernement dont le Québec est doté depuis deux siècles, nous avons identifié la tendance contemporaine à considérer que les constitutions dans une société démocratique doivent assurer les équilibres entre les pouvoirs. Cependant, les constitutions doivent surtout assurer le déroulement des processus délibératifs essentiels à la vie démocratique. La société québécoise est résolument pluraliste : son évolution sera favorisée par des institutions de même que la garantie

des droits fondamentaux qui soient de nature à garantir la circulation et l'échange des points de vues.

La démarche constituante doit aussi être envisagée dans le cadre d'une société postmoderne. La démocratie s'inscrit davantage dans des logiques délibératives caractérisées par un va et vient entre les normativités et les sources qui les énoncent. Le sens des règles n'y est jamais déterminé une fois pour toutes; il connaît plutôt des évolutions et des reconstructions du fait des dialogues constants entre une pluralité de pôles prenant part à la détermination du sens des règles.

Dans les nations modernes, les désaccords sont à la fois sources de dangers graves et de sécurité. Les populations sont en désaccord sur un grand nombre de questions car les démocraties admettent, voire encouragent, la coexistence d'une pluralité de points de vues, d'éthiques et de conceptions du monde. Le désaccord, dans une société démocratique est un atout : il renforce la capacité à arriver aux meilleures décisions collectives. Tenter de mettre fin prématurément aux débats ne fait pas disparaître les désaccords, mais appauvrit la qualité de la vie démocratique. Une constitution doit assurer le fonctionnement adéquat des délibérations inhérentes au pluralisme de la société québécoise. Cela doit être réalisé en prenant acte des mutations que connaît la place du droit, le rôle du droit constitutionnel et l'importance des normativités internationales dans la société post-moderne

Dans un tel cadre, il revient à la population du Québec d'élaborer, selon son génie propre, et en construisant sur les acquis, une constitution reflétant ses valeurs et ses aspirations.