

Une province peut-elle subordonner l'approbation d'une modification constitutionnelle à la tenue d'un référendum ?

Sébastien Grammond

Volume 38, Number 3, 1997

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043455ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043455ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Grammond, S. (1997). Une province peut-elle subordonner l'approbation d'une modification constitutionnelle à la tenue d'un référendum ? *Les Cahiers de droit*, 38(3), 569–605. <https://doi.org/10.7202/043455ar>

Article abstract

Can a provincial statute validly provide — as is the case in Alberta and British Columbia — that the legislature shall not approve an amendment to the Constitution of Canada if the population of the province has not previously expressed its views on the subject ? The answer to this question may first be sought in arguments of a technical nature. On the one hand, the validity of these statutes may flow from the doctrine of « limits as to manner and form », which permits a legislature to determine the procedure by which future statutes shall be enacted. On the other hand, drawing upon American case law, it could also be argued that these statutes contravene the Constitution since they in fact seek to modify the amendment formula set forth in sections 38 et seq. of the *Constitutional Act, 1982*.

Beyond these technical arguments, underlying political values will undoubtedly be a significant factor in any judicial decision regarding the validity of referendum statutes. Hence, the validity of these statutes is bolstered by the principle of popular sovereignty, under which the people constitute the ultimate source of political legitimacy. However, the fact remains that the Constitution of Canada was established by politicians and not directly by the people. Furthermore, courts have always confirmed that the constitutional amendment process falls within the sphere of the power of elected officials. Hence, a court could very well fall back on these traditions to strike down these referendum statutes.

Une province peut-elle subordonner l'approbation d'une modification constitutionnelle à la tenue d'un référendum ?*

Sébastien GRAMMOND**

Une loi provinciale peut-elle valablement prévoir, comme c'est le cas en Alberta et en Colombie-Britannique, que l'Assemblée législative n'autorisera pas de modification à la Constitution du Canada sans que la population de la province ne se soit préalablement prononcée sur le sujet ? On peut rechercher tout d'abord la réponse à cette question dans des arguments de nature technique. Ainsi, la validité de ces lois pourrait découler de la doctrine des « limites de forme », qui permet à une législature de prévoir les conditions procédurales de l'adoption des lois. Par contre, en prenant exemple sur la jurisprudence américaine, on peut également soutenir que ces lois sont contraires à la Constitution, puisqu'elles cherchent en réalité à changer la procédure de modification prévue par les articles 38 et suivants de la Loi constitutionnelle de 1982.

Au-delà de ces arguments techniques, ce sont sans doute les valeurs politiques sous-jacentes qui emporteront la décision dans un litige relatif à la validité des lois référendaires. Ainsi, leur validité est étayée par le principe de la souveraineté du peuple, qui fait de la population le détenteur ultime de la légitimité politique. Mais il n'en reste pas moins que la Constitution du Canada a été façonnée par les politiciens, non par le peuple directement, et que les tribunaux se sont toujours empressés de confirmer cette mainmise des élus sur le processus de modification constitutionnelle. Un juge pourrait donc se fonder sur ces traditions pour constater l'invalidité des lois référendaires.

* L'auteur désire remercier les professeurs Andrée Lajoie et Jeremy Webber, qui ont accepté de commenter des versions antérieures du présent texte. Il va de soi que l'auteur demeure responsable de toute erreur ou omission qui aurait pu s'y glisser.

** LL.M., avocat, Byers Casgrain, Montréal.

Can a provincial statute validly provide — as is the case in Alberta and British Columbia — that the legislature shall not approve an amendment to the Constitution of Canada if the population of the province has not previously expressed its views on the subject? The answer to this question may first be sought in arguments of a technical nature. On the one hand, the validity of these statutes may flow from the doctrine of « limits as to manner and form », which permits a legislature to determine the procedure by which future statutes shall be enacted. On the other hand, drawing upon American case law, it could also be argued that these statutes contravene the Constitution since they in fact seek to modify the amendment formula set forth in sections 38 et seq. of the Constitutional Act, 1982.

Beyond these technical arguments, underlying political values will undoubtedly be a significant factor in any judicial decision regarding the validity of referendum statutes. Hence, the validity of these statutes is bolstered by the principle of popular sovereignty, under which the people constitute the ultimate source of political legitimacy. However, the fact remains that the Constitution of Canada was established by politicians and not directly by the people. Furthermore, courts have always confirmed that the constitutional amendment process falls within the sphere of the power of elected officials. Hence, a court could very well fall back on these traditions to strike down these referendums statutes.

	<i>Pages</i>
1. Les lois référendaires de la Colombie-Britannique et de l'Alberta	574
2. Les arguments technico-juridiques.....	575
2.1 En faveur de la validité des lois référendaires	575
2.2 Contre la validité des lois référendaires	580
3. Les arguments fondés sur des valeurs politiques	584
3.1 La souveraineté populaire et la démocratie directe	588
3.2 Le parlementarisme, l'élitisme et la démocratie représentative.....	598
3.2.1 L'élitisme constitutionnel au Canada	600
3.2.2 Des illustrations jurisprudentielles	602
Conclusion	604

Un des thèmes principaux des critiques de l'Accord du lac Meech¹ fut son caractère antidémocratique². Il fut conclu, disait-on, derrière des portes closes, et les politiciens ne laissèrent pas la population prendre part à son élaboration. L'électorat ne fut appelé à jouer aucun rôle dans son processus de ratification. Deux ans plus tard, agissant sans doute sous la pression de ceux qui avaient critiqué le processus d'adoption de cet accord, le gouvernement fédéral décida de soumettre le projet subséquent de modification constitutionnelle à la consultation populaire. On connaît la suite : l'Accord de Charlottetown³ fut rejeté par une majorité de la population canadienne et par une majorité de la population de six des dix provinces.

Un des facteurs qui entraînèrent le gouvernement fédéral à tenir un référendum pancanadien fut l'adoption, par deux provinces, de lois qui prévoyaient qu'un référendum devait obligatoirement être tenu avant que leur assemblée législative ne puisse ratifier une modification constitutionnelle⁴.

Une lecture superficielle de telles lois référendaires suscite immédiatement des doutes quant à leur validité⁵. Le Conseil privé n'a-t-il pas déjà invalidé des dispositions prévoyant l'adoption de lois par référendum⁶ ? Au surplus, ces lois pourraient équivaloir à des modifications déguisées à la formule de modification de la Constitution contenue dans la partie V de la

-
1. *Modification constitutionnelle de 1987*, reproduite dans « Documents du lac Meech », (1992) 37 *R.D. McGill* 144, 166 [ci-après cité : « Accord du lac Meech »].
 2. A.C. CAIRNS, « The Limited Constitutional Vision of Meech Lake », dans K. E. SWINTON et C.J. ROGERSON, *Competing Constitutional Visions: The Meech Lake Accord*, Toronto, Carswell, 1988 ; J. BAKAN et D. PINARD, « Getting to the Bottom of Meech Lake: A Discussion of some Recent Writings on the 1987 Constitutional Accord », (1989) 21 *R.D. Ottawa* 247 ; B. SCHWARTZ, *Fathoming Meech Lake*, Winnipeg, Law Research Institute of the University of Manitoba, 1987 ; K. SWINTON, « Amending the Canadian Constitution: Lessons from Meech Lake », (1992) 42 *U.T.L.J.* 139.
 3. *Rapport du consensus sur la Constitution*, Charlottetown, 28 août 1992 [ci-après cité : « Accord de Charlottetown »].
 4. *Constitutional Amendment Approval Act*, S.B.C. 1991, c. 2 ; *Constitutional Referendum Act*, R.S.A., c. C-22.25. De plus, au Québec, la *Loi sur le processus de détermination de l'avenir politique et constitutionnel du Québec*, L.Q. 1991, c. 34, obligeait le gouvernement à tenir un référendum, mais elle n'empêchait pas l'Assemblée nationale d'adopter une modification constitutionnelle avant l'échéance prévue.
 5. La possibilité qu'une législature provinciale prescrive une procédure spéciale pour l'adoption d'une modification constitutionnelle a été envisagée par S.A. SCOTT, « Constituent Authority and the Canadian Provinces », (1966-67) 12 *R.D. McGill* 528, 571. L'auteur semble croire que de telles restrictions seraient valides. Il écrivait toutefois longtemps avant l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11) [ci-après citée : « *Loi constitutionnelle de 1982* »].
 6. *In re The Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935, 48 D.L.R. 18 (C.P.).

Loi constitutionnelle de 1982, qui ne peut être modifiée qu'à l'unanimité du Parlement fédéral et des assemblées provinciales⁷. Ces soupçons justifient une enquête plus poussée.

La question de la validité des lois référendaires n'est pas purement théorique. Elle pourrait se poser dans l'hypothèse où les premiers ministres fédéral et provinciaux se seraient entendus pour adopter rapidement une modification constitutionnelle sur un sujet important. La population de l'Alberta, pour prendre un exemple hypothétique, pourrait être plus ou moins hostile au changement proposé, rendant ainsi incertaine l'issue d'un éventuel référendum. Supposons par ailleurs qu'une nette majorité de la population des autres provinces soit en accord avec le projet. Dans de telles circonstances, le gouvernement de l'Alberta pourrait décider de passer outre à sa loi et de faire quand même adopter la résolution d'agrément par son assemblée législative, justifiant le procédé par l'« intérêt de l'ensemble des Canadiens ».

Le but du présent article est de mettre en évidence les facteurs qui pourraient influencer sur une décision judiciaire relative à la validité des lois référendaires dans un contexte semblable. Dans cette optique, l'analyse des textes pertinents et l'exégèse de la Constitution représentent un point de départ, auquel on ne saurait toutefois se limiter. En effet, les textes constitutionnels sont rédigés dans un style très général. La tenue d'un référendum par une province n'y est ni expressément autorisée ni expressément défendue. La question qui nous occupe s'inscrit donc dans une zone grise, où l'interprète de la Constitution se laissera guider par d'autres facteurs. C'est pourquoi les valeurs politiques de la société prennent ici toute leur pertinence. En effet, les théories récentes de la décision judiciaire admettent que les valeurs de l'interprète et celles de la communauté dont il fait partie servent de cadre de référence à toute décision⁸. On ne voit pas pourquoi il en serait autrement en matière constitutionnelle⁹. En fait, le droit constitutionnel opère en quelque sorte la jonction entre le droit et la politique. On peut s'attendre que des valeurs comme la démocratie l'imprègnent profondément.

7. *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 41 e).

8. P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, pp. 15, 20; G. TMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991, p. 161; A. LAJOIE, *Jugements de valeurs*, Paris, PUF, 1997.

9. L'influence des valeurs constitutionnelles sur les décisions judiciaires au Canada a été étudiée par R. ELLIOT, « Rethinking Manner and Form : From Parliamentary Sovereignty to Constitutional Values », (1991) 29 *Osgoode Hall L.J.* 215, et par A. LAJOIE, P. MULAZZI et M. GAMACHE, « Les idées politiques au Québec et le droit constitutionnel canadien », dans A. LAJOIE et I. BERNIER (dir.), *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1986, pp. 1-110.

Évidemment, l'ensemble du raisonnement présenté ici présume que les tribunaux accepteront d'être saisis d'un litige relatif à la validité des lois référendaires ou d'une modification constitutionnelle adoptée sans respecter les prescriptions de ces lois. On peut toutefois envisager l'hypothèse que les tribunaux refusent de trancher une telle question, invoquant une variante de la théorie américaine des « questions politiques¹⁰ ». Cependant, il ne semble pas que la Cour suprême du Canada ait accueilli favorablement cette théorie¹¹. De plus, le Conseil privé a invalidé, au moins à deux reprises, des tentatives de modifier une constitution sans respecter les formalités applicables¹². Il n'entre pas dans le cadre du présent article d'étudier cette question en profondeur. Quoi qu'il en soit, un refus de statuer sur la validité d'une modification constitutionnelle adoptée contrairement à une loi référendaire équivaldrait, en pratique, à priver une telle loi de tout effet.

Après en avoir rappelé les dispositions principales (section 1), je chercherai donc à préciser les arguments de texte (section 2) puis les valeurs politiques (section 3) qui peuvent jouer soit en faveur, soit à l'encontre de la validité des lois référendaires¹³.

-
10. *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433 (1939). La portée de cette théorie en matière de modification constitutionnelle demeure controversée. Voir *Uhler v. American Federation of Labor-Congress of Industrial Organizations*, 468 U.S. 1310 (1984).
 11. *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, 467-474. Voir cependant *Vérificateur général du Canada c. Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources naturelles du Canada*, [1989] 2 R.C.S. 49.
 12. *Attorney General for New South Wales v. Trethowan*, [1932] A.C. 526 (C.P.); *Bribery Commissioner v. Ranasinghe*, [1965] A.C. 172 (C.P.).
 13. Signalons que certains de ces arguments pourraient s'appliquer à des lois qui tentent d'apporter d'autres types de restrictions au processus de modification constitutionnelle. Signalons la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, L.C. 1996, c. 1, qui cherche à accorder un « droit de veto » à certaines provinces en interdisant à un membre du gouvernement fédéral de présenter une résolution d'agrément au Parlement si ces « provinces » n'y ont pas consenti (la loi ne définit pas qui parle au nom de ces « provinces ») et la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, c. 21, qui interdit au gouvernement du Québec de consentir à une proclamation en vertu de l'article 59 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* sans l'autorisation de l'Assemblée nationale. La constitutionnalité de la *Loi concernant les modifications constitutionnelles* a été mise en doute par N. FINKELSTEIN et R. COHEN, « Suggestions for the Decentralization of Canada », (1996) 75 *R. du B. can.* 251, 252, note 4. Par contre, B. PELLETIER, *La modification constitutionnelle au Canada*, Toronto, Carswell, 1996, pp. 327-328, soutient qu'elle est valide, puisque le Parlement n'a fait qu'indiquer de quelle manière il entendait exercer sa discrétion d'approuver ou non une modification constitutionnelle et que la loi ne lie formellement que le gouvernement et non le Parlement. Il considère cependant que les tribunaux n'interviendraient sans doute pas si le Parlement s'avisait de ne pas respecter cette loi.

1. Les lois référendaires de la Colombie-Britannique et de l'Alberta

L'article premier de la *Constitutional Amendment Approval Act*¹⁴ de la Colombie-Britannique, adoptée en 1991, se lit ainsi :

1. The government shall not introduce a motion for a resolution of the Legislative Assembly authorizing an amendment to the Constitution of Canada unless a referendum has first been conducted under the *Referendum Act* with respect to the subject matter of that resolution.

La tenue d'un référendum avant la présentation d'une résolution est donc obligatoire, pour autant que le gouvernement soit l'auteur de cette résolution. Rien ne semble empêcher un membre de l'opposition de présenter une telle résolution sans qu'un référendum n'ait été tenu. Par ailleurs, le référendum est purement consultatif ; son résultat ne lie juridiquement ni le gouvernement ni l'assemblée elle-même.

Un an plus tard, l'Alberta emboîtait le pas et adoptait la *Constitutional Referendum Act*¹⁵, dont voici les dispositions pertinentes :

- 2(1) The Lieutenant Governor in Council shall order the holding of a referendum before a resolution authorizing an amendment to the Constitution of Canada is voted upon by the Legislative Assembly.

- (2) The motion for the resolution may be introduced in the Legislative Assembly before the referendum is held.

[...]

- 4(1) If a majority of the ballots validly cast at a referendum vote the same way on a question stated, the result is binding, within the meaning of subsection (2), on the government that initiated the referendum.

- (2) If the results of a referendum are binding, the government that initiated the referendum shall, as soon as practicable, take any steps within the competence of the Government of Alberta that it considers necessary or advisable to implement the results of the referendum.

Cette loi rend la tenue d'un référendum obligatoire avant tout vote sur une résolution d'agrément, qu'elle ait été introduite par le gouvernement ou par l'opposition. Par ailleurs, l'article 4, dont la formulation est particulièrement tortueuse, cherche à obliger le gouvernement à respecter le résultat du référendum. Les termes employés ne semblent toutefois pas viser l'assemblée elle-même¹⁶.

14. *Constitutional Amendment Approval Act*, précitée, note 4.

15. *Constitutional Referendum Act*, précitée, note 4. Cette loi a été par la suite modifiée pour permettre la tenue d'un référendum organisé par le gouvernement fédéral : *Constitutional Referendum Amendment Act*, S.A. 1992, c. 36.

16. Notons cependant que la Cour suprême a jugé, dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, 559-560, qu'une restriction des pouvoirs du gouvernement de présenter un projet de loi équivaut, en fait, à une restriction des pouvoirs du Parlement.

On peut également imaginer d'autres types de lois référendaires¹⁷. L'exemple qui vient immédiatement à l'esprit est celui d'une loi qui rendrait le résultat du référendum obligatoire pour la législature. Cela peut se concevoir de deux manières différentes. La loi pourrait premièrement interdire d'adopter une résolution si une majorité de la population exprime son désaccord. Le résultat positif du référendum serait alors une condition *nécessaire* de l'adoption d'une telle résolution. Deuxièmement, la loi pourrait obliger l'assemblée à adopter une résolution qui a fait l'objet d'un vote positif. Le succès d'un référendum deviendrait alors une condition *suffisante* d'adoption. La loi référendaire pourrait enfin être enchâssée, c'est-à-dire qu'elle ne pourrait elle-même être abrogée sans que la population donne son accord lors d'un référendum. De cette manière, on empêcherait une assemblée désireuse d'adopter une modification constitutionnelle à l'encontre de la volonté du peuple d'abroger la loi référendaire pour ensuite adopter la résolution d'agrément¹⁸.

Dans le présent article, j'étudierai non seulement les lois de l'Alberta et de la Colombie-Britannique dans leur état actuel, mais j'envisagerai aussi la possibilité qu'une province adopte une loi qui rendrait contraignant pour son assemblée législative le résultat d'un référendum. Entre ces types de lois, il n'y a que des différences de degré. Même si ces différences peuvent jouer un rôle décisif dans le cadre d'une décision judiciaire, la nature des arguments que l'on peut invoquer au soutien ou à l'encontre de la validité de ces deux types de lois est identique. De plus, la différence formelle entre ces deux types de lois risque de s'estomper dans la réalité, puisqu'une assemblée législative se sentira sans doute politiquement liée par le résultat d'un référendum, même si elle n'a aucune obligation juridique de le faire. J'analyserai donc ces lois en prenant comme exemple le cas plus caractérisé de celle qui serait contraignante. Cette méthode a l'avantage de faire ressortir plus clairement l'essence de ces arguments.

2. Les arguments technico-juridiques

2.1 En faveur de la validité des lois référendaires

On peut formuler divers arguments pour soutenir la validité des lois référendaires : ces lois ne font que préciser ce que la Constitution n'a pas

17. J'emploierai l'expression « loi référendaire » pour désigner des lois qui obligent un gouvernement à tenir un référendum avant de faire entériner une modification constitutionnelle par son assemblée législative. Le terme ne vise pas ici des lois comme la *Loi sur la consultation populaire*, L.R.Q., c. C-64.1, qui régissent les modalités d'un référendum sans en imposer la tenue.

18. Un tel procédé d'enchâssement a été jugé valide par le Conseil privé dans *Attorney General for New South Wales v. Trethowan*, précité, note 12.

expressément prévu ; elles ne changent rien au fait que c'est l'assemblée législative qui adopte les résolutions d'agrément, conformément à l'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ; elles ne font qu'ajouter à la Constitution, sans toutefois la modifier ; une assemblée législative peut fort bien prévoir les conditions auxquelles elle donnera son approbation à une modification constitutionnelle ; et une assemblée législative peut certainement s'enquérir de l'opinion de la population avant de prendre une telle décision¹⁹. En réalité, tous ces arguments s'articulent autour de la même idée maîtresse : une assemblée législative peut édicter des règles qui encadrent son propre processus décisionnel.

L'expression traditionnelle de cette idée dans le droit constitutionnel d'inspiration anglaise est la doctrine des limites de forme (*limits as to manner and form*)²⁰. Cette doctrine, qui s'est développée dans la première moitié du xx^e siècle, cherche à contrebalancer la portée illimitée du principe de la suprématie du Parlement²¹. Les tenants de cette doctrine soutiennent que même si le Parlement peut toujours adopter quelque loi qu'il désire et qu'il ne peut pas se lier pour le futur quant au fond, il doit néanmoins respecter les exigences que le droit prévoit relativement à la procédure d'adoption des lois. Par exemple, même si le Parlement ne peut pas adopter une loi qui interdirait à jamais le retour de la peine de mort, il pourrait tout de même assujettir le rétablissement de la peine de mort à l'obtention d'une majorité des deux tiers des députés.

La doctrine des limites de forme est généralement justifiée par l'argument suivant : puisque le Parlement peut modifier le droit, il peut modifier la procédure d'adoption des lois et, en définitive, s'imposer des limites de procédure quant à l'adoption de lois portant sur certains sujets précis. L'adoption d'une loi relativement à ces sujets n'est alors pas rendue impossible, elle devient seulement plus difficile. Il n'y a donc pas d'atteinte au principe de la suprématie du Parlement. Ce dernier peut toujours tout faire, pourvu qu'il y mette les formes.

19. Voir B. PELLETIER, *op. cit.*, note, pp. 327-328.

20. Voir, en général, H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, pp. 607-621 ; P. FOUCHER, *Droit constitutionnel*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, pp. 31-33 ; W.I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, 5^e éd., Londres, University of London Press, 1959, pp. 144-153 ; C. KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, 1996, pp. 35-48.

21. L'exposé le plus célèbre du principe de la suprématie du Parlement se trouve dans A.V. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10^e éd., Londres, Macmillan Press, 1959. Au Canada, le principe de la suprématie du Parlement est bien exprimé dans l'article 42 (1) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), c. 1-21 : « Il est entendu que le Parlement peut toujours abroger ou modifier toute loi et annuler ou modifier tous pouvoirs, droits ou avantages attribués par cette loi. »

On retrouve plusieurs types de limites de forme : le bilinguisme législatif²², l'exigence d'une majorité renforcée²³, l'exigence d'un référendum²⁴ ou de l'approbation de la loi par un organisme externe²⁵ et la clause de dérogation expresse²⁶.

La doctrine des limites de forme fut d'abord appliquée à des législatures coloniales subordonnées à des constitutions formelles qui prévoyaient expressément la compétence des législatures en question pour modifier le processus d'adoption des lois²⁷. Au Royaume-Uni, cependant, l'application

-
22. *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 133 ; *Loi sur le Manitoba*, art. 23 ; *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 18.
 23. *Bribery Commissioner v. Ranasinghe*, précité, note 12. On peut mentionner qu'une telle exigence existait autrefois au Québec. L'article 80 de la *Loi constitutionnelle de 1867* interdisait de modifier les limites de certains districts électoraux sans obtenir l'appui d'une majorité de députés de ces circonscriptions. Cette exigence a été abrogée par une loi adoptée conformément à cette procédure : *Loi concernant les districts électoraux*, L.Q. 1970, c. 7.
 24. *Attorney General for New South Wales v. Trethowan*, précité, note 12.
 25. Par exemple, l'article 114 (4) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), c. C-8, prévoit que nulle modification à certains textes législatifs fédéraux n'entrera en vigueur sans le consentement des gouvernements des deux tiers des provinces participant au régime représentant les deux tiers de la population desdites provinces.
 26. Ce mécanisme consiste à énoncer qu'une loi postérieure ne peut déroger à une loi à moins de l'énoncer expressément. On empêche ainsi ce qu'on appelle l'« abrogation implicite » de la loi antérieure par la loi postérieure incompatible. Au Québec, voir l'article 52 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, les articles 168 et 169 de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., c. A-2.1, l'article 49.5 de la *Loi sur l'administration financière*, L.R.Q., c. A-6, l'article 231 du *Code de procédure pénale*, L.R.Q., c. C-25.1, et l'article 94 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.R.Q., c. P-39.1. L'efficacité de l'article 52 de la Charte québécoise a été reconnue par la Cour suprême dans *Ford c. Procureur général du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712. D'autres clauses semblables ont été appliquées par la Cour suprême dans *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282, dans *R. c. Melford Developments Inc.*, [1982] 2 R.C.S. 504, et dans *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 (j. Beetz).
 27. Cette compétence découlait de l'article 5 de la *Colonial Laws Validity Act (An Act to remove Doubts as to the Validity of Colonial Laws)* (1865), 28-29 Vict., c. 63) : « every representative Legislature shall, in respect to the colony under its jurisdiction, have, and be deemed at all times to have had, full power to make laws respecting the constitution, powers, and procedure of such Legislature ; provided that such laws shall have been passed in such manner and form as may from time to time be required, by any Act of Parliament, letters patent, Order in Council, or colonial law for the time being in force in the colony. » C'est maintenant l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui remplit cette fonction pour les provinces canadiennes. On peut sans doute soutenir que l'article 44 remplit la même fonction à l'égard du Parlement fédéral, malgré sa rédaction quelque peu différente.

de cette doctrine demeure controversée²⁸. En effet, il est difficile de préciser la source formelle de la règle de droit qui permet au Parlement britannique de légiférer. On conçoit donc moins aisément que le Parlement puisse modifier cette règle pour s'imposer des limites de forme. Néanmoins, dans une décision récente²⁹, la Chambre des lords a admis que la loi qui consacrait l'adhésion du Royaume-Uni à la Communauté économique européenne et qui incorporait le Traité de Rome au droit anglais pouvait primer les lois postérieures. Même si la Chambre des lords ne s'est pas fondée expressément sur la doctrine des limites de forme pour parvenir à ce résultat, on peut déduire qu'elle l'a implicitement acceptée, car, dans le cas contraire, on se serait attendu que le tribunal applique le principe bien connu de la priorité des lois postérieures.

La Cour suprême du Canada a appliqué à plusieurs reprises la doctrine des limites de forme à des cas impliquant une exigence de bilinguisme ou une clause de dérogation expresse, au niveau tant fédéral que provincial³⁰. Cela s'explique sans doute par le fait que tant le Parlement fédéral que les assemblées législatives provinciales sont subordonnés à la Constitution canadienne et que celle-ci leur accorde le pouvoir de modifier leur fonctionnement interne³¹. Toutefois, dans une décision récente³², la Cour souligne que la doctrine des limites de forme n'a été appliquée qu'à des lois quasi constitutionnelles, comme les diverses chartes ou déclarations des droits ou des lois constituant une législature. Elle affirme également que cette doctrine ne saurait permettre à une assemblée législative d'exiger le consentement d'un organisme qui lui est extérieur, car il s'agirait alors d'une limite relative au contenu de la loi et non à sa forme³³. En cela, elle se fonde sur une décision australienne qui refuse de donner effet à une disposition d'une

28. Voir O. HOOD PHILLIPS et P. JACKSON, *O. Hood Phillips' Constitutional and Administrative Law*, 7^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1987, pp. 83-92; C.R. MUNRO, *Studies in Constitutional Law*, Londres, Butterworths, 1987; C. KLEIN, *op. cit.*, note 20. L'application de la doctrine a été rejetée par les tribunaux dans les affaires *Ellen Street Estates Ltd. v. Minister of Health*, [1934] 1 K.B. 590 (C.A.); *Vauxhall Estates Ltd. v. Liverpool Corp.*, [1932] 1 K.B. 733.

29. *Factortame Ltd. v. Secretary of State for Transport*, [1989] 2 All E.R. 692 et [1991] 1 All E.R. 70 (C.L.), particulièrement les motifs de lord Bridge of Harwich, aux pages 107-108; voir aussi *Macarthy's Ltd. v. Smith*, [1981] 1 All E.R. 111 (C.A.).

30. Voir *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234, et les arrêts cités à la note 26.

31. *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 44 et 45. Ces articles, en fait, jouent le même rôle que l'article 5 de la *Colonial Laws Validity Act* dans l'arrêt *Trethowan*, précité, note 12. Voir *supra*, note 27.

32. *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, précité, note 16.

33. *Id.*, 563-564.

loi qui énonce qu'elle ne pourra être modifiée sans l'accord d'une société privée³⁴. Il n'est pas clair qu'une loi exigeant l'approbation de lois futures par référendum subirait le même sort. En effet, il y a une différence considérable, pour une assemblée législative, entre se soumettre au bon vouloir d'une société privée, voire d'une autre législature, et se soumettre à la volonté de son propre électorat. De plus, on peut présumer que la *ratio decidendi* de l'arrêt *Trethowan* tient toujours et qu'en présence d'un texte explicite les tribunaux reconnaîtront la validité d'une exigence d'approbation des lois par référendum. On peut donc penser que les commentaires de la Cour suprême dans cette décision récente ne visaient que la situation particulière dont il était alors question, c'est-à-dire la possibilité que l'adoption d'une loi fédérale qui n'avait pas un caractère quasi constitutionnel soit implicitement (et non expressément) soumise à l'approbation des gouvernements provinciaux.

Il est vrai que le Conseil privé, dans l'affaire *In re the Initiative and Referendum Act*³⁵, a déclaré invalide une loi référendaire. La situation était cependant différente. La principale cause de l'invalidation de la loi en question était le fait qu'elle prévoyait l'adoption d'une loi sans que le lieutenant-gouverneur ne soit appelé à la sanctionner. Cela outrepassait le pouvoir de la province de modifier sa propre constitution. Selon l'article 92 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, alors en vigueur, la province ne pouvait modifier par une loi ordinaire les fonctions du lieutenant-gouverneur. Dans le contexte de l'adoption d'une résolution d'agrément à une modification constitutionnelle, le lieutenant-gouverneur n'a aucun rôle à jouer, puisque ces résolutions sont adoptées uniquement par l'assemblée législative, sans le concours du représentant de la reine. Cet arrêt du Conseil privé ne saurait donc s'appliquer aux lois référendaires examinées ici.

Malgré certaines hésitations de la jurisprudence, on peut donc sérieusement soutenir que la *Constitutional Amendment Approval Act* de la Colombie-Britannique et la *Constitutional Referendum Act* de l'Alberta, ou d'autres lois semblables, n'imposent que des limites de forme à l'action de leurs assemblées législatives respectives. Ces limites seraient valides, puisqu'elles n'interdisent pas totalement l'adoption d'une résolution

34. *West Lakes Ltd. v. South Australia*, (1980) 25 S.A.S.R. 289. Voir aussi *Commonwealth Aluminium Corp. Ltd. v. Attorney General (Queensland)*, [1976] Qd.R. 231. Dans ces affaires, il s'agissait de lois qui approuvaient des accords entre l'État et une société privée. Les dispositions dont il est question ici visaient à empêcher l'État d'utiliser son pouvoir législatif pour modifier la loi et le contrat sous-jacent.

35. *In re The Initiative and Referendum Act*, précitée, note 6.

d'agrément. Elles ne feraient qu'imposer une formalité qui, bien qu'elle soit onéreuse, demeure dans le domaine de la procédure³⁶.

2.2 Contre la validité des lois référendaires

Le principal argument juridique que l'on peut faire valoir à l'encontre de la validité des lois référendaires est celui de la primauté de la Constitution. On peut le résumer ainsi. La procédure de modification constitutionnelle est prévue dans la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les lois référendaires étudiées ici, en ajoutant une exigence supplémentaire à la ratification d'une modification, cherchent en quelque sorte à modifier la partie V, ce qu'une loi provinciale ordinaire ne peut évidemment pas faire³⁷. On devrait donc les déclarer invalides, puisqu'elles constituent une tentative déguisée de modifier la Constitution.

En effet, la primauté sur les lois ordinaires est l'une des deux caractéristiques essentielles de toute constitution dite « formelle » ou « rigide », l'autre étant, bien sûr, qu'une telle constitution ne peut être modifiée par le processus législatif habituel. Cette règle entraîne plusieurs conséquences. Par exemple, une loi ordinaire ne saurait restreindre la portée de concepts définis dans la Constitution³⁸. Elle ne peut rendre plus difficile l'exercice d'un droit constitutionnel³⁹. Elle ne peut non plus ajouter une condition à

36. Sur les référendums dans le contexte constitutionnel canadien, voir J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec*, Montréal, Thémis, 1992, pp. 502-505; H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 20, pp. 222-223, 616-621; K. DELWAIDE, « La législature québécoise peut-elle implanter un système complet d'initiative et de référendum », (1981) 22 C. de D. 695; B. PELLETIER, *op. cit.*, note 13, pp. 159-167, 195-198.

37. Voir l'article 52 (3) de la *Loi constitutionnelle de 1982* : « La Constitution du Canada ne peut être modifiée que conformément aux pouvoirs conférés par elle », ainsi que l'article 41 e), qui prévoit que la formule de modification ne peut être changée qu'avec le consentement du Parlement et de toutes les assemblées législatives provinciales.

38. R. c. *Sutherland*, [1980] 2 R.C.S. 451, où la Cour suprême a invalidé une loi provinciale qui tentait de restreindre la portée territoriale d'un droit de chasse accordé aux Indiens par une loi constitutionnelle.

39. En ce sens, les tribunaux ont statué que des lois ordinaires ne pouvaient pas poser des conditions procédurales exorbitantes à l'exercice d'un recours en réparation d'une violation d'un droit constitutionnel, et encore moins nier un tel recours : B.L. STRAYER, *The Canadian Constitution and the Courts*, 3^e éd., Toronto, Butterworths, 1988, pp. 92-107, 114-115 et 126-136; *British Columbia Power Corporation c. British Columbia Electric Company*, [1962] R.C.S. 642; *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576, 590-592; *Prete c. Procureur général de l'Ontario*, (1993) 110 D.L.R. (4th) 94, 86 C.C.C. (3d) 442 (C.A. Ont.). Voir aussi les *obiter dicta* de la Cour suprême dans *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, 196, et dans R. c. *Mills*, [1986] 1 R.C.S. 863, 893 (J. Lamer), ainsi que les décisions suivantes : *Perley c. Sypher*, (1989) 96 N.B.R. (2^e) 354 (B.R.); *Oag c. Canada*, [1986] 1 C.F. 472 (1^{re} inst.), renversé pour d'autres motifs dans [1987] 2 C.F. 511 (C.A.); *Lévesque c. Canada*, [1986] 2 C.F. 287 (1^{re} inst.).

l'exercice d'un tel droit⁴⁰. Enfin, une loi ordinaire ne saurait attribuer une faculté prévue par la Constitution à une personne différente de celle que la Constitution indique⁴¹.

Ainsi, les lois référendaires seraient contraires aux articles 38 et suivants de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en ce que : 1) elles ajoutent une condition ou une étape au processus de modification constitutionnelle, condition qui n'est pas prévue par la Constitution ; 2) elles rendent plus difficile, pour une assemblée législative, l'exercice de la faculté, attribuée par la Constitution, de choisir d'adopter ou non une résolution d'agrément ; 3) en réalité, elles opèrent un transfert partiel (voire, dans certains cas, complet) de cette faculté à un bénéficiaire que la Constitution n'avait pas prévu, soit la population de la province. Le principe de la suprématie de la Constitution devrait donc conduire à l'invalidation des lois référendaires.

Une question à peu près identique à celle qui nous intéresse a déjà été étudiée par la Cour suprême des États-Unis. En 1918, l'État de l'Ohio inclut dans sa constitution⁴² une disposition qui cherchait à réserver à l'électorat le pouvoir d'approuver, au nom de l'État, une modification à la constitution fédérale. L'année suivante, la législature de l'Ohio donna son approbation au célèbre XVIII^e amendement constitutionnel prohibant la vente d'alcool. Le secrétaire d'État des États-Unis proclama ensuite l'amendement en vigueur sans que la population de l'Ohio ne se soit prononcée à son sujet lors d'un référendum. Appelée à trancher la question, la Cour suprême jugea qu'une loi d'un État ne pouvait exiger qu'une modification de la constitution fédérale soit soumise à un référendum⁴³.

40. *Air Canada c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1986] 2 R.C.S. 539, 543 ; *U.S. Term Limits Inc. v. Thornton*, 115 S.Ct. 1842 (1995).

41. Voir, par exemple, la règle interdisant l'interdélégation des pouvoirs législatifs : *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. Procureur général du Canada*, [1951] R.C.S. 31. La Cour suprême a déjà jugé que cette règle empêchait le Parlement fédéral de modifier sa composition en abolissant le Sénat : *Renvoi relatif à la compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54, 72.

42. Le concept de constitution étatique est plus développé aux États-Unis que ne l'est celui de constitution provinciale au Canada. La principale différence est que la constitution d'un État prime les lois de cet État, alors qu'au Canada les constitutions provinciales se trouvent dans des lois ordinaires des législatures et ne sont pas enchâssées, à l'exception notable de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, précitée, note 26. De plus, ces constitutions étatiques sont dans une position d'infériorité face à la Constitution et aux lois fédérales.

43. *Hawke v. Smith (No. 1)*, 253 U.S. 221 (1919). Il convient toutefois de signaler que la même cour a jugé qu'un référendum simplement consultatif était constitutionnel : *Kimble v. Swackhamer*, 439 U.S. 1385 (1978). Voir aussi, pour des décisions semblables à *Hawke v. Smith*, *American Federation of Labour-Congress of Industrial Organizations v. March Fong Eu*, 686 P. 2d 609 (Cal. 1984) ; *Opinion of the Justices*, 673 A.2d 693 (Me. 1996).

La Cour s'est fondée principalement sur un argument de texte : le mot « législature », dans l'article V de la constitution fédérale, n'est pas ambigu et désigne évidemment une assemblée de représentants du peuple, et non le peuple lui-même. Si le constituant de 1787 avait voulu donner un rôle direct au peuple, il aurait pu le faire en s'exprimant clairement. La Cour a ajouté que l'adoption d'une modification constitutionnelle ne constituait pas un acte législatif au sens habituel du terme. Ainsi, la mention, dans la constitution de l'Ohio, voulant que le peuple se réserve le droit d'adopter des lois par référendum n'était pas directement pertinente. C'était la *constitution* fédérale, et non une simple loi, que l'on voulait modifier. En réalité, dit la Cour, le pouvoir d'adopter des modifications constitutionnelles découle de la constitution fédérale et non pas du peuple ou de la constitution de chaque État. Les constitutions des États membres sont donc impuissantes à déterminer les modalités de modification de la constitution fédérale. La Cour affirme ainsi la primauté de la constitution fédérale sur les constitutions ou les lois étatiques. Si l'on transpose ce raisonnement à la situation canadienne, on doit nécessairement conclure que les lois référendaires de la Colombie-Britannique et de l'Alberta sont invalides, puisque seule la Constitution du Canada peut prévoir sa propre procédure de modification.

En matière de modification constitutionnelle, les tribunaux de plusieurs États américains ont adopté une position semblable. Ils ont jugé que lorsque la constitution de l'État prévoit la possibilité pour le peuple d'adopter une modification par référendum, une loi ne peut pas apporter de restrictions importantes au droit de proposer une telle modification. Par exemple, la constitution du Colorado permettait de présenter des pétitions en vue de la tenue d'un référendum pour adopter une modification constitutionnelle au plus tard quatre mois avant une élection générale. Dans *Yenter c. Baker*⁴⁴, une loi qui portait ce délai à huit mois fut jugée invalide, puisqu'elle rendait plus difficile la présentation d'un projet de modification constitutionnelle. Ainsi, bien qu'une législature puisse adopter des lois pour assurer la mise en œuvre de la constitution, elle ne peut limiter les droits que celle-ci prévoit.

Puisque la Constitution canadienne accorde aux assemblées législatives provinciales — et non au peuple — la faculté d'approuver ou de rejeter une modification constitutionnelle, il serait donc hors de la compétence d'une assemblée d'adopter une mesure, comme une loi référendaire, qui rendrait l'exercice de cette faculté plus difficile. Il est vrai qu'une telle loi pourrait être considérée comme une *renonciation* de ladite assemblée à

44. *Yenter v. Baker*, 248 P.2d 311 (Colo. S.C. 1952). Voir aussi *Wolverine Golf Club v. Hare*, 185 N.W.2d 392 (Mich. S.C. 1971), et *Turley v. Bolin*, 554 P.2d 1288 (Ariz. C.A. 1976).

cette faculté garantie par la Constitution. Cependant, il n'est pas évident qu'une province puisse « renoncer » unilatéralement à une faculté qui lui est attribuée par une disposition de la Constitution⁴⁵. La Cour suprême a déjà jugé que le Parlement fédéral et une province ne pouvaient pas « renoncer », au moyen d'un accord, au partage des compétences législatives prévu dans les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁴⁶. Il se peut que les autres provinces aient intérêt à ce qu'on ne procède pas par voie de référendum, faisant ainsi de la formule de modification un chapitre d'« ordre public » auquel une province ne pourrait se soustraire par sa propre volonté.

Les tenants de l'invalidité des lois référendaires pourraient aussi faire valoir que la doctrine des « limites de forme » connaît elle-même des limites et qu'elle ne saurait justifier l'exigence de la tenue d'un référendum avant l'adoption d'une résolution d'agrément. En effet, même si la Constitution permettait aux législatures provinciales de modifier leur propre constitution, celles-ci ne sauraient attribuer la faculté de légiférer à une entité qui ne serait plus une « législature ». Cet argument se fonde sur un *obiter dictum* du Conseil privé dans *In re the Initiative and Referendum Act*⁴⁷ voulant que le peuple, agissant au moyen d'un référendum, ne constitue peut-être pas une « législature » au sens du paragraphe introductif de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans deux décisions plus récentes, la Cour suprême a fait écho à cet argument, suggérant que la compétence des provinces pour modifier leur propre constitution n'allait pas jusqu'à leur permettre d'adopter des institutions radicalement différentes de celles du système parlementaire d'inspiration britannique⁴⁸. En matière de modification constitutionnelle, cet argument pourrait trouver un fondement textuel dans la rédaction de l'article 38 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui présume qu'une résolution d'agrément doit être adoptée par une assemblée législative conventionnelle, composée de députés, et non par la population elle-même. Cet argument jouirait d'une force particulière dans le cas où une loi référendaire prétendrait faire du référendum une condition *suffisante* d'adoption d'une résolution d'agrément et ainsi retirer tout rôle à une assemblée législative — même celui d'en bloquer l'adoption.

45. Sur la validité des renonciations à des droits constitutionnels, voir les opinions divergentes des membres de la Cour suprême dans *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, 1130, 1167.

46. *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. Procureur général du Canada*, précité, note 41.

47. *In re The Initiative and Referendum Act*, précitée, note 6, 945.

48. *SEFPO c. Procureur général de l'Ontario*, [1987] 2 R.C.S. 2, 46-47; *Renvoi relatif à la compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, précité, note 41, 72-73.

L'examen de l'historique législatif de la *Loi constitutionnelle de 1982* peut également mener à la conclusion que le référendum est incompatible avec la procédure de modification constitutionnelle. En effet, le projet de résolution déposé en octobre 1980 par le premier ministre Trudeau prévoyait que le Parlement fédéral pouvait en tout temps prescrire l'utilisation du référendum comme solution de rechange au consentement des provinces à une modification constitutionnelle⁴⁹. Dans le rapport du Comité mixte spécial sur la Constitution déposé en février 1981, le référendum était devenu un outil de déblocage, qui ne pouvait être utilisé que si une modification constitutionnelle n'obtenait pas le degré de consentement provincial requis dans l'année de son adoption par le Parlement fédéral⁵⁰. Enfin, dans l'accord du 5 novembre 1981, la possibilité de tenir un référendum avait totalement disparu. C'est donc dire que l'insertion du référendum dans la procédure de modification constitutionnelle fut envisagée, puis clairement rejetée, par les politiciens qui ont façonné la *Loi constitutionnelle de 1982*. Une loi provinciale ne saurait donc aujourd'hui l'imposer sans dénaturer leur intention.

Il est donc possible d'affirmer que les lois référendaires de la Colombie-Britannique et de l'Alberta constituent une tentative déguisée de modifier les articles 38 et suivants de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou d'en restreindre la portée. Il est évident qu'une province agissant seule ne peut parvenir à ce résultat. On devrait alors considérer ces lois comme invalides.

3. Les arguments fondés sur des valeurs politiques

Que fera le juge face à de tels arguments de texte contradictoires ? L'hypothèse du présent article est qu'il tiendra compte, peut-être de manière décisive, mais pas nécessairement explicite, de ses propres valeurs politiques et de celles de la société en général.

Qu'est-ce qu'une valeur politique ? On peut définir ce concept comme une croyance d'un acteur politique (un législateur, un juge, un fonctionnaire ou même, dans certains cas, un simple citoyen) qui oriente son action, qui entre en ligne de compte lorsque cet acteur porte un jugement de valeur sur la légitimité d'une action ou sur son caractère souhaitable ou nuisible⁵¹.

49. *Projet de résolution portant adresse commune à Sa majesté la Reine concernant la Constitution du Canada*, art. 42, reproduit dans « Textes législatifs relatifs à la Constitution », (1985) 30 *R.D. McGill* 753, 755.

50. Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, *Rapport au Parlement*, reproduit, *loc. cit.*, note 49, 773, art. 46.

51. Voir, en général, C. GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit*, Paris, L.G.D.J., 1982.

Il ne faut cependant pas oublier que l'interprète d'une norme juridique n'est pas isolé : il fait partie d'une communauté face à laquelle il doit légitimer ses décisions⁵². Il est donc naturel pour lui de faire appel aux valeurs de cette communauté et de rendre une décision compatible avec ces valeurs, voire qui s'en réclame expressément. Perelman disait d'ailleurs du juge :

[qu'il] est inévitable que ses choix soient fonction de jugements de valeur ; c'est pourquoi, d'ailleurs, pour éviter trop de subjectivité en la matière, on prévoit, pour les affaires les plus importantes, la collégialité des tribunaux, qui contribue à éliminer des façons de voir s'écartant par trop de l'opinion commune. Notons, à ce propos, que l'on a tendance à qualifier de politique tout jugement qui s'écarte par trop de l'opinion moyenne, mais n'oublions pas que celle-ci exprime également des jugements de valeur, qui ne choquent pas dans la mesure où ils sont largement partagés⁵³.

Timsit a nommé « surdétermination » cette influence sur l'interprétation du droit que possèdent les « valeurs implicites, [les] croyances non expressément formulées, [l']idéologie sous-jacente auxquelles adhèrent plus ou moins confusément le destinataire et le destinataire de la norme⁵⁴ ». Ces éléments de surdétermination posent donc des balises au travail d'interprétation du juge.

La notion de valeur politique utilisée ici n'est pas juridique au sens strict. Agir contrairement à une telle valeur n'entraîne pas *ipso facto* l'illégalité d'un acte. Elle n'en possède pas moins un sens normatif, puisqu'elle exprime un idéal à atteindre et non pas la réalité observée. On peut, à certains égards, comparer cette notion à celle de convention constitutionnelle, que la Cour suprême estime être en dehors du droit applicable par les tribunaux⁵⁵. Là aussi, nous sommes en présence d'une norme de comportement politique dont la sanction n'est pas assurée par les tribunaux mais plutôt par la désapprobation de la population ou des politiciens. Cependant, il y a une différence importante entre la notion de convention constitutionnelle élaborée par la Cour suprême et celle de valeur politique. En effet, selon la Cour, la portée d'une convention est susceptible d'être déterminée par un tribunal. Cela s'explique par le fait qu'une convention se reconnaît par l'acquiescement général des acteurs politiques. En fait, on peut dire qu'une convention est une forme d'accord tacite au sein de la

52. Voir P.-A. CÔTÉ, *op. cit.*, note 8, p. 20.

53. C. PERELMAN, « Essai de synthèse », dans C. PERELMAN et P. FORIERS, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1978, p. 415, 422.

54. G. TIMSIT, *op. cit.*, note 8, p. 161.

55. Renvoi relatif à la résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 R.C.S. 753 ; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, 87.

classe politique voulant que telle règle doive être suivie malgré son absence de force juridique⁵⁶. Au contraire, une valeur politique n'atteint pas un tel degré de définition qui permette d'affirmer qu'elle forme une règle de conduite précise. Deux valeurs contradictoires peuvent même coexister au sein de la société, sans qu'un accord ou un consensus ne fasse triompher l'une aux dépens de l'autre. Il peut alors arriver qu'un juge rende une décision basée sur des valeurs que ne partage pas l'auteur du texte qu'il interprète. Timsit a donné à cette situation le nom de « dialogisme », puisqu'il y a alors deux logiques en conflit⁵⁷.

Cela n'empêche pas les tribunaux de fonder leurs décisions, de manière expresse ou implicite, sur des valeurs politiques. Ces dernières font partie de l'univers culturel du juge et celui-ci ne saurait en faire abstraction. Elles constituent des points d'ancrage qui permettent de porter des jugements sur la cohérence d'un texte de loi, sur l'absurdité ou la logique d'une interprétation proposée, sur l'intention présumée du législateur, etc.⁵⁸. D'ailleurs, la Cour suprême a reconnu l'importance des « valeurs de la Charte » dans l'interprétation des lois ou de la *common law*, même en l'absence d'allégation qu'une loi viole directement la Charte⁵⁹. Même si elles ne possèdent pas une force juridique au sens strict, ces valeurs ont donc une influence parfois déterminante sur les décisions que rendent les juges.

En matière constitutionnelle, les tribunaux canadiens font largement appel aux valeurs politiques. Par exemple, la Cour suprême a généralement donné une interprétation large aux garanties linguistiques contenues dans la Constitution, s'inspirant d'une certaine vision des modalités de la coexistence des francophones et des anglophones au Canada⁶⁰. Dans certaines

56. Voir J. WOEHLING, « La Cour suprême et les conventions constitutionnelles : les renvois relatifs au « rapatriement » de la constitution canadienne », (1984) 14 *R.D.U.S.* 391.

57. G. TIMSIT, *op. cit.*, note 8, pp. 177-178.

58. Voir L. TREMBLAY, « L'interprétation téléologique des droits constitutionnels », (1995) 29 *R.J.T.* 459.

59. *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, 675; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130.

60. *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016 et [1981] 1 R.C.S. 312; *Procureur général du Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 et [1992] 1 R.C.S. 212; *R. c. Mercure*, précité, note 30; *Ford c. Procureur général du Québec*, précité, note 26; *Devine c. Procureur général du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 790; *Brunet c. Procureur général du Québec*, [1990] 1 R.C.S. 260; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Sinclair c. Procureur général du Québec*, [1992] 1 R.C.S. 579; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839. Pour une tentative d'explication des déterminants politiques de ces décisions, voir M. MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, Boréal, 1996, pp. 191-263.

autres décisions, on perçoit aussi une préoccupation très nette pour le maintien de l'ordre social, fût-ce au détriment d'une garantie constitutionnelle. Ainsi, ce n'est que lorsqu'une solution rapide permettait à la législation de remédier au défaut que la Cour a osé déclarer inconstitutionnelle l'ensemble de la législation viciée d'une province⁶¹. L'équilibre du système fédéral est une autre valeur dont la Cour a tenu compte, notamment en matière de modification constitutionnelle. Dans le *Renvoi relatif à la compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*⁶², elle a jugé que le Sénat constituait un élément de l'équilibre fédéral destiné à protéger les intérêts régionaux et qu'en conséquence il n'était pas visé par le pouvoir de modification alors conféré au Parlement fédéral par l'article 91 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Deux ans plus tard, elle a jugé qu'une convention constitutionnelle interdisait au Parlement fédéral de demander à Londres d'adopter une modification constitutionnelle majeure sans un degré de consentement substantiel des provinces⁶³. Ces deux décisions ont eu pour effet pratique de forcer le gouvernement fédéral à négocier avec les provinces le contenu de la réforme qu'il se proposait de faire adopter. Cependant, l'équilibre fédéral n'est pas une valeur qui a la même signification pour tous, comme nous le démontrent plusieurs arrêts récents de la Cour suprême relatifs au partage des compétences et favorables à l'extension de la compétence fédérale⁶⁴.

Comment peut-on alors reconnaître ces valeurs politiques, si elles ne sont généralement pas susceptibles d'être précisément circonscrites ? Il arrive parfois que la Constitution les énonce expressément, que ce soit dans un préambule, dans une disposition interprétative ou dans un article énonçant des finalités. Aux États-Unis, la constitution commence par les mots « *We the people* », laissant ainsi entendre que c'est le peuple qui a

61. Comparer *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, précité, note 60, avec *Procureur général du Québec c. Blaikie*, précité, note 60, et *R. c. Mercure*, précité, note 30.

62. *Renvoi relatif à la compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, précité, note 41.

63. *Renvoi relatif à la résolution pour modifier la Constitution*, précité, note 55.

64. *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401 ; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641 ; *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*, [1989] 2 R.C.S. 225 ; *Friends of the Oldman River Society c. Ministre des Transports du Canada*, [1992] 1 R.C.S. 3 ; *Finlay c. Ministre des Finances du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 1080 ; *Ontario Hydro c. Commission des relations de travail de l'Ontario*, [1993] 3 R.C.S. 327, 370 ; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289 ; *Téléphone Guèvremont Inc. c. Régie des télécommunications du Québec*, [1994] 1 R.C.S. 878 ; *RJR-MacDonald Inc. c. Procureur général du Canada*, [1995] 3 R.C.S. 199. Voir M. PATENAUDE, « L'interprétation du partage des compétences à l'heure du libre-échange », (1990) 21 *R.D.U.S.* 1 ; A. LAJOIE, P. MULAZZI et M. GAMACHE, *loc. cit.*, note 9.

établi la constitution et qui est l'autorité politique suprême. Suit l'énoncé général des buts visés par l'établissement de cette constitution : la justice, la paix intérieure, la défense commune, le bien-être général et la liberté. On ne retrouve pas de déclaration aussi percutante dans la Constitution canadienne, bien que les récents projets de modification constitutionnelle aient comporté une clause de société distincte ou une « clause Canada » dont la fonction était précisément d'énoncer de telles valeurs⁶⁵. Il faut tout de même signaler la présence de l'article 27 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui fait du multiculturalisme une valeur qui doit guider l'interprétation judiciaire de la Constitution. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que la déclaration solennelle d'une valeur politique dans un texte législatif ou constitutionnel n'entraîne pas son acceptation unanime ni même majoritaire par les différents acteurs politiques. Il se peut que différentes couches de la population ne la partagent pas, que les juges rendent des décisions incompatibles avec elle ou que des politiciens choisissent de l'ignorer.

Par contre, il arrive au moins aussi fréquemment que ces valeurs ne fassent pas l'objet d'une déclaration officielle, auquel cas leur mise en évidence devient plus ardue. Dans le cas des juges, il est possible d'analyser les motifs de leurs décisions pour en extraire les valeurs sous-jacentes, qu'elles soient formellement exprimées ou simplement implicites. Dans le cas des politiciens, on peut analyser tant leurs discours (au Parlement ou à l'Assemblée législative, en conférence de presse, dans des publications gouvernementales, etc.) que leurs actions. Enfin, les sondages et les enquêtes d'opinion peuvent donner une idée des valeurs de la population.

Examinons donc quelles sont les valeurs politiques qui pourraient guider les juges appelés à se prononcer sur la validité d'une loi qui impose l'approbation référendaire d'une modification constitutionnelle avant son adoption par l'assemblée législative d'une province.

3.1 La souveraineté populaire et la démocratie directe

Un des traits, sinon le trait majeur des régimes politiques occidentaux, est que les gouvernants prétendent tirer leur légitimité du consentement de la population qu'ils gouvernent. Gouvernement du peuple, par le peuple, pour le peuple, tel est donc le slogan qui anime la démocratie occidentale et qui remonte à Locke⁶⁶, à Rousseau⁶⁷ et, plus loin, à la démocratie athénienne. Puisque le droit constitue l'une des manifestations caractéristiques de l'État, il n'est pas surprenant que plusieurs philosophes aient cherché à

65. Accord du lac Meech, précité, note 1, art. 1 ; Accord de Charlottetown, précité, note 3.

66. J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, Paris, Garnier-Flammarion, 1984.

67. J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Garnier-Flammarion, 1966.

fonder la validité du droit et, en tout premier lieu, de la constitution sur la volonté du peuple, pour ensuite affirmer le droit inaliénable du peuple de défaire son gouvernement et de s'en constituer un nouveau⁶⁸. C'est ce qu'on appelle la souveraineté du peuple.

L'article 21, alinéa 3 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* constitue sans doute l'énoncé le plus clair de ce principe : « la volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics⁶⁹ ». Son application à un système politique donné se traduit par diverses manifestations concrètes, que l'on peut résumer ainsi :

pouvoir constituant, suffrage universel, ratification de la Constitution, participation à la révision de celle-ci, référendum d'acceptation ou de refus des lois votées par le corps législatif au nom du peuple, initiative de celui-ci pour en faire adopter de nouvelles, contrôle des élus assorti, le cas échéant, de leur révocation, droit de recours et droit de résistance à l'encontre d'un gouvernement qui viole ses obligations envers le peuple⁷⁰.

Il n'est toutefois pas nécessaire d'aller aussi loin sur le plan théorique. La question de savoir si, juridiquement, une décision du peuple est supérieure à la Constitution et si une modification constitutionnelle peut être adoptée par le seul effet d'un référendum n'est pas pertinente dans le cadre restreint du présent article⁷¹. Il suffira d'évaluer si la souveraineté du peuple constitue une valeur politique importante dans la société canadienne.

On peut immédiatement constater que la souveraineté du peuple constitue une valeur primordiale chez nos voisins américains. La constitution de ce pays se présente en effet comme un document édicté par le peuple (« *We the People* »). Plus encore, la constitution de plusieurs États américains reconnaît explicitement que le peuple est le détenteur ultime de la souveraineté. Par exemple, la constitution du Connecticut énonce ceci :

All political power is inherent in the people, and all free government are founded on their authority, and instituted for their benefit; and they have at all times an undeniable and undefeasible right to alter their form of government in such manner as they may think expedient⁷².

En est-il de même au Canada ? Pour répondre à cette question, il faut examiner une histoire politique qui diffère radicalement de celle des

68. J. LOCKE, *op. cit.*, note 66, ch. XIX, § 221-242.

69. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Doc. NU A/RES/217(III).

70. M. DAVID, *La souveraineté du peuple*, Paris, PUF, 1996, p. 324.

71. La question pourrait se poser si, par exemple, le gouvernement fédéral cherchait à faire adopter une nouvelle constitution par référendum sans obtenir l'assentiment des provinces. Voir, à ce sujet, J. GRAY POPE, « Some Possible Lessons for Canada of the United States' Experience with Major Constitutional Change », (1992) 37 *R.D. McGill* 1.

72. *Connecticut General Statutes Annotated, Constitution*, art. 1 § 2.

États-Unis. Le Canada, en effet, ne doit pas son existence à une révolution. Son accession à l'indépendance fut si graduelle qu'il est impossible d'en déterminer la date avec précision. La population ne fut jamais impliquée, sauf récemment, dans les principaux événements qui ont façonné la Constitution du pays. Il faut donc examiner l'évolution historique du concept de souveraineté populaire au Canada et voir si les événements récents ne l'ont pas hissé au rang de valeur politique primordiale.

Les premières manifestations de la souveraineté du peuple sont la tenue d'élections démocratiques et la responsabilité du gouvernement face à l'assemblée ainsi élue. Absentes du temps de la Nouvelle-France, ces caractéristiques apparurent peu à peu sous le Régime anglais. Les premières élections furent tenues en 1792, et le gouvernement responsable fut attribué en 1848. Le cens électoral permettait à environ 14 p. 100 de la population de voter tout au long de la période 1792-1867. Peu après la Confédération, le droit de vote fut élargi à tout homme majeur. Ce sera au tour des femmes de voter à partir de 1918⁷³. Le tour des autochtones ne viendra cependant qu'en 1960⁷⁴. Ces éléments, qui pourraient permettre de qualifier le régime politique canadien de démocratique, ne démontrent toutefois pas que la souveraineté du peuple constituait un principe directeur de l'action des gouvernants.

Ainsi, même si le gouvernement démocratique fut acquis dès le milieu du siècle dernier, il n'en découlait pas que le peuple devait nécessairement consentir à une modification constitutionnelle. Les seules suggestions en ce sens émanèrent de participants aux rébellions de 1837-1838⁷⁵. Par la suite, le peuple fut tenu à distance du processus qui a mené à la Confédération en 1867. Ce n'est qu'au Nouveau-Brunswick et à Terre-Neuve que des élections générales furent tenues pendant que le débat public sur le projet

73. C'est en effet à ce moment que le Parlement fédéral accorda le droit de vote aux femmes. Les provinces l'imitèrent dans les deux décennies suivantes. J.-Y. MORIN et J. WOEHRLING, *op. cit.*, note 36, pp. 89-92; M. MORIN, « L'élection des membres de la Chambre haute du Canada-Uni, 1856-1867 », (1994) 35 C. de D. 23, 47-50; A. BERNIER et D. LAFORTE, *La législation électorale au Québec, 1790-1967*, Montréal, Éditions Sainte-Marie, 1969.

74. *Loi modifiant la Loi électorale du Canada*, S.C. 1960, c. 7.

75. Voir les Quatre-vingt-douze Résolutions du 21 février 1834, reproduites dans J.-Y. MORIN et J. WOEHRLING, *op. cit.*, note 36, p. 667, spécialement la résolution n° 39 où l'Assemblée affirme que la Constitution du Bas-Canada ne saurait être modifiée sans l'assentiment du peuple; l'« Adresse des Fils de la liberté de Montréal aux jeunes gens des colonies de l'Amérique du Nord » du 4 octobre 1837, reproduite dans J.-P. BERNARD, *Assemblées publiques, résolutions et déclarations de 1837-1838*, Montréal, VLB éditeur, 1988, p. 214, qui reprend essentiellement les principes de la Déclaration d'indépendance américaine; et la « Déclaration de l'Indépendance de la République du Bas-Canada » du 28 février 1838 (*id.*, p. 301).

d'union fédérale avait cours. Il semble par ailleurs que les dirigeants politiques du Canada-Uni rejetèrent la suggestion, véhiculée par certains journaux, de tenir une élection générale sur le sujet⁷⁶. Quant à exiger le consentement du peuple pour toute modification subséquente de la Constitution, il n'en était tout simplement pas question, puisqu'on envisageait que de telles modifications seraient apportées par Londres.

Le statut colonial du Canada devait par la suite se dissiper lentement. À mesure que les politiciens canadiens prenaient la mesure de leur indépendance face à la mère patrie, l'absence de procédure permettant de modifier la Constitution au Canada devenait de plus en plus gênante. C'est pourquoi, dans les années 20, le gouvernement fédéral se mit à négocier avec les provinces pour définir une formule de modification acceptable à tous. Bien que l'idée d'utiliser le référendum comme solution de rechange au consentement des provinces ait été lancée, elle ne reçut que peu d'appui et demeura marginale⁷⁷.

Au cours de la période qui sépare l'accession du Canada à l'indépendance dans les années 20 des modifications majeures apportées à la Constitution en 1982, deux provinces soumirent à leur population des projets de changement majeur de statut politique, reconnaissant ainsi le rôle prépondérant du peuple comme source de légitimité.

D'abord, à Terre-Neuve, en 1948, le gouvernement britannique fit tenir deux référendums pour déterminer quel serait l'avenir politique de l'île, dont le gouvernement avait été mis sous tutelle en 1934. Le rattachement au Canada finit par l'emporter avec 52 p. 100 des voix. Il convient cependant de signaler que les conditions de l'union avec le Canada furent négociées derrière des portes closes et ne reçurent pas la sanction du peuple. D'autre part, la population canadienne ne fut consultée ni sur le principe de l'entrée de Terre-Neuve dans la fédération ni sur ses modalités. Malgré ses lacunes, cet exercice référendaire fut néanmoins la première manifestation concrète de la souveraineté populaire au Canada⁷⁸.

Le Québec fut la seconde province à laisser à sa population le soin de prendre une décision majeure quant à son avenir constitutionnel. Le 20 mai 1980, le peuple se prononça sur le projet de souveraineté-association du gouvernement du Parti québécois. Même si, en bout de ligne, elle ne donna

76. P.H. RUSSELL, *Constitutional Odyssey: Can Canadians Become a Sovereign People?*, 2^e éd., Toronto, University of Toronto Press, 1993, pp. 27-29.

77. P. GÉRIN-LAJOIE, *Constitutional Amendment in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1950, pp. 232-240.

78. P.H. RUSSELL, *op. cit.*, note 76, p. 60; P. BOYER, *Direct Democracy in Canada: The History and Future of Referendums*, Toronto, Dundrum Press, 1992, pp. 119-123.

pas lieu au résultat souhaité par ses promoteurs, la démarche référendaire québécoise constitua quand même un précédent important quant à la nécessité de faire approuver par la population toute proposition majeure de réforme constitutionnelle.

Cette période allait aussi connaître plusieurs tentatives avortées de « rapatrier » la Constitution canadienne et d'y greffer une formule de modification. Il n'était toutefois pas question de les faire adopter directement par le peuple. Ces projets ne laissaient non plus aucune place aux référendums quant aux modifications futures⁷⁹.

Si, jusqu'en 1980, la participation populaire directe à la modification de la Constitution fut essentiellement inexistante, à l'exception des expériences terre-neuvienne et québécoise, la situation allait graduellement changer au cours des douze années suivantes. On peut diviser cette période en deux : les discussions qui ont mené à l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* et les efforts entrepris par le gouvernement conservateur après 1984 pour négocier un accord constitutionnel qui convienne au Québec.

Le « rapatriement » de la Constitution canadienne, en 1981-1982, fut principalement l'affaire des gouvernements. Certains politiciens, dont le premier ministre Trudeau, ont néanmoins jonglé tant avec l'idée de faire adopter la nouvelle Constitution par le peuple qu'avec celle d'inclure le référendum comme solution de rechange au consentement des provinces à une modification constitutionnelle subséquente.

En effet, le projet du gouvernement Trudeau de faire enchâsser une charte des droits se heurtait alors à l'opposition farouche de la plupart des gouvernements provinciaux, qui, entre autres, craignaient de voir leurs pouvoirs réduits et considéraient un tel texte comme une atteinte au principe de la démocratie parlementaire. La stratégie de Trudeau fut alors de s'allier l'opinion populaire, favorable à une charte, pour tenter de faire fléchir les premiers ministres provinciaux. La tenue d'un référendum pan-canadien fut envisagée afin de débloquer l'impasse dans les négociations intergouvernementales⁸⁰. La conclusion d'un accord entre le gouvernement fédéral et neuf provinces eut tôt fait, cependant, de reléguer cette idée aux oubliettes.

79. Voir le projet de formule « Fulton-Favreau », reproduit dans (1966-67) 12 *R.D. McGill* 579, et celui de « Charte de Victoria », reproduit dans J.R. HURLEY, *La modification de la Constitution du Canada*, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1996, p. 205.

80. R. ROMANOW, J. WHYTE et H. LEESON, *Canada... Notwithstanding*, Toronto, Carswell/Methuen, 1984, pp. 199 et suiv.; R. SHEPPARD et M. VALPY, *National Deal*, Toronto, Fleet Books, 1982, pp. 273-284.

Par ailleurs, le projet de résolution présenté par le gouvernement Trudeau en octobre 1980 comportait des dispositions qui permettaient au Parlement fédéral de faire tenir un référendum pancanadien afin de se dispenser du consentement du nombre de provinces requis pour toute modification ultérieure⁸¹. Quelques mois plus tard, le Comité mixte spécial sur la Constitution recommanda une procédure similaire, à la différence que le gouvernement fédéral devait chercher à obtenir le consentement des provinces pendant un an avant de pouvoir enclencher le processus référendaire⁸².

Les audiences du Comité mixte ont pu être considérées comme une occasion pour la population d'influencer directement le contenu de la Constitution. En effet, de nombreuses suggestions faites par des organismes non gouvernementaux lors de ces audiences furent reprises par le gouvernement et incorporées dans ce qui allait devenir la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il ne faut cependant pas sous-estimer l'utilité du processus pour le gouvernement fédéral d'alors, qui pouvait ainsi mousser l'appui à son projet de charte des droits. Par ailleurs, on ne peut assimiler la population en général et les groupes de pression qui témoignèrent devant le Comité mixte. Plutôt que l'opinion non médiatisée de la population, ce sont les préoccupations de certains groupes sociaux particuliers qui y furent exprimées⁸³. Cela allait marquer le début d'un corporatisme des groupes de pression, où chaque groupe se fait le promoteur de ses intérêts constitutionnels particuliers et s'oppose vigoureusement à tout projet de changement qui les ignore⁸⁴. Bien que l'opération suscitât l'intérêt de parties importantes de la population pour la chose constitutionnelle, on ne peut en conclure simplement que les politiciens reconnurent par là leur obligation de consulter le peuple par voie de référendum ou autrement sur tout projet constitutionnel majeur.

Ainsi, bien que la mise en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982* se fût faite sans l'intervention formelle du peuple, on s'aperçoit que celui-ci joua tout de même un rôle non négligeable dans l'élaboration du contenu de la Charte et servit de facteur de légitimation aux politiciens fédéraux.

81. *Projet de résolution portant adresse commune à Sa majesté la Reine concernant la Constitution du Canada*, précité, note 49.

82. Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, *loc. cit.*, note 50.

83. P.H. RUSSELL, *op. cit.*, note 76, p. 114.

84. A.C. CAIRNS, *loc. cit.*, note 2. Cairns soutient que l'entrée en vigueur de la Charte, et la protection qu'elle conférerait à ces groupes, constitua le facteur déterminant de l'émergence de ce «constitutionnalisme des minorités».

La période qui suivit vit naître et mourir deux accords constitutionnels. La participation populaire à leur formation et à leur ratification fut cependant fort différente.

L'Accord du lac Meech faisait suite au désir du gouvernement du Québec de réintégrer la Constitution canadienne « dans l'honneur et l'enthousiasme », afin de mettre un terme à l'exclusion symbolique dont il avait été victime en 1982. La négociation de l'Accord se fit sans débat public préalable, sauf au Québec où un comité parlementaire examina les principes de l'Accord avant sa conclusion. Par la suite, les premiers ministres annoncèrent que l'Accord devait être ratifié tel quel et qu'il ne serait pas tenu compte des modifications suggérées par des individus ou des organismes qui n'avaient pas participé aux négociations.

Dès ce moment, une vague de critiques toujours grandissante déferla sur l'Accord et réussit, au terme du délai fatidique de trois ans, à le submerger. Il n'est pas nécessaire d'étudier ici chaque détail des nombreux arguments qu'on a fait valoir à l'encontre de cette entente constitutionnelle ni d'en évaluer le mérite. En simplifiant, on peut dire que ces critiques avaient trait, au Canada anglais, à l'effet décentralisateur de l'Accord et à l'affaiblissement du pouvoir fédéral qui en résulterait ainsi qu'à la protection déficiente des minorités linguistiques, des peuples autochtones et des femmes, alors qu'au Québec certains déploraient l'absence de nouveaux pouvoirs pour la province. À ces critiques substantives s'ajouta une dénonciation du processus de négociation et de ratification, notamment chez les groupes qu'Alan Cairns appelle les « Charter Canadiens », c'est-à-dire les groupes qui, en 1982, avaient acquis une protection constitutionnelle spécifique. Ces groupes, ainsi que, dans une moindre mesure, la population en général, se sont plus ou moins identifiés à la Constitution et à la Charte et en ont fait leur rempart contre les gouvernements et les politiciens en qui ils avaient de moins en moins confiance. Le processus d'adoption de l'Accord du lac Meech leur parut élitiste et exclusif. Cela allait fournir un terrain favorable à la progression de l'idée de souveraineté populaire et de son corollaire, la nécessaire approbation par le peuple de toute modification constitutionnelle majeure.

Il est difficile d'évaluer l'importance relative de la contribution des critiques substantielles et des critiques procédurales à l'échec de l'Accord du lac Meech. Il est néanmoins certain que durant les trois années où l'on a vainement tenté de faire ratifier l'Accord, l'idée de souveraineté populaire a acquis une force qu'elle n'avait jamais eue auparavant. À cet égard, il est intéressant de noter qu'en 1991, lors d'un référendum tenu en même temps que l'élection provinciale, 79 p. 100 des électeurs de la Saskatchewan ayant voté répondirent « oui » à la question : « Le peuple de la Saskatchewan

devrait-il approuver tout projet de modification à la Constitution canadienne⁸⁵ ? » (Il est ironique d'ajouter que ce résultat ne fut jamais mis en œuvre par une loi de cette province.)

L'échec de l'Accord du lac Meech et l'adoption, quelques mois plus tard, d'une loi québécoise prévoyant la tenue d'un référendum sur la souveraineté du Québec relancèrent les négociations constitutionnelles qui allaient donner lieu à l'Accord de Charlottetown. Faisant suite aux critiques qui s'acharnèrent sur le processus ayant mené à l'Accord du lac Meech, les politiciens fédéraux décidèrent de procéder d'une manière diamétralement opposée.

En effet, le gouvernement fédéral mit sur pied divers comités dont le mandat était de consulter la population et de tenter de soumettre les propositions fédérales à la critique la plus large possible avant de chercher un accord avec les provinces⁸⁶. On assista même à la tenue de cinq « conférences constitutionnelles », genre d'assemblées constituanes, réunissant à la fois des experts et de simples citoyens⁸⁷.

De plus, un comité mixte de la Chambre des Communes et du Sénat, mieux connu sous le nom de « comité Beaudoin-Edwards », se pencha sur les améliorations à apporter au processus de modification de la Constitution. Bien que plusieurs témoins aient affirmé au Comité que la Constitution appartenait au peuple et que celui-ci devait donc approuver par référendum toute modification importante, le Comité choisit de ne pas recommander d'enchâsser l'exigence d'un référendum pancanadien dans la Constitution. En fait, sa seule recommandation à ce sujet fut d'adopter une loi qui permettrait la consultation populaire sans toutefois la rendre obligatoire⁸⁸.

Une fois ces consultations terminées, cependant, les politiciens reprirent le contrôle exclusif du processus au moyen du mécanisme classique des conférences fédérales-provinciales, auxquelles s'étaient joints des organismes représentatifs des peuples autochtones ainsi que les gouvernements

85. P. BOYER, *op. cit.*, note 78, pp. 174-179.

86. FORUM DES CITOYENS SUR L'AVENIR DU CANADA, *Rapport à la population et au gouvernement du Canada*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services, 1991 (Forum Spicer) ; COMITÉ MIXTE SPÉCIAL SUR LE RENOUVELLEMENT DU CANADA, *Rapport*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services, 1992 (Commission Beaudoin-Dobbie).

87. Le compte rendu de ces conférences est publié dans SECRÉTARIAT DES CONFÉRENCES CONSTITUTIONNELLES, *Conférences sur le renouvellement du Canada : Recueil de rapports*, 1992. Il est significatif de constater que la possibilité de tenir un référendum sur la Constitution y est à peine mentionnée.

88. COMITÉ MIXTE SPÉCIAL DU SÉNAT ET DE LA CHAMBRE DES COMMUNES, *Rapport sur le processus de modification de la Constitution du Canada*, pp. 38-43 (20 juin 1991).

territoriaux. Au départ, le gouvernement fédéral mettait peu d'espoir dans ces négociations. Néanmoins, au cours de l'été 1992, elles réussirent à produire un accord auquel les gouvernements provinciaux et territoriaux ainsi que les organisations autochtones purent souscrire.

Face à ces négociations, la stratégie du gouvernement fédéral demeura hésitante. Une loi permettant la tenue d'un référendum fut adoptée au printemps 1992⁸⁹, mais le gouvernement considérait alors la tenue d'un référendum comme une bouée de sauvetage dont l'utilisation pourrait s'avérer nécessaire seulement en cas d'échec des négociations avec les provinces⁹⁰. Il est donc difficile d'inférer de l'adoption de cette loi que le gouvernement se sentait lié par le principe de la souveraineté populaire. Au contraire, il estimait sans doute qu'un accord avec les provinces le dispenserait de l'opération périlleuse que constituait un référendum pancanadien, sauf, bien entendu, dans les trois provinces où une loi exigeait la tenue d'un référendum. Malgré cela, c'est sans doute l'incongruité d'une situation où seuls les citoyens de trois des dix provinces auraient été appelés à se prononcer sur l'Accord de Charlottetown qui poussa le gouvernement fédéral à consulter la population de l'ensemble du pays.

La suite est connue. Le 26 octobre 1992, l'Accord de Charlottetown fut rejeté par une majorité de la population dans une majorité de provinces. Évidemment, malgré leur accord initial unanime, les premiers ministres ne donnèrent pas suite à l'Accord, acceptant ainsi le verdict populaire.

Quel est donc le statut de l'idée de souveraineté populaire à la suite de cet exercice référendaire ? La tentation est forte de voir en cette série d'événements la reconnaissance grandissante du fait que le fondement de l'ordre constitutionnel canadien est la volonté du peuple lui-même. N'a-t-on pas vu les politiciens soumettre volontairement le fruit de leur travail à leurs commettants puis accepter le verdict négatif de ceux-ci ? Ne peut-on pas dire que le référendum de 1992 constitue un précédent incontournable et qu'il est dorénavant impensable de ne pas soumettre une modification constitutionnelle à l'approbation du peuple ?

De telles affirmations méritent d'être tempérées. En réalité, la meilleure preuve du fait que les politiciens n'acceptent pas le caractère obligatoire de la souveraineté du peuple est l'omission, dans l'Accord de Charlottetown, d'imposer la tenue d'un référendum pour approuver toute modification

89. *Loi référendaire*, L.C. 1992, c. 30.

90. Voir par exemple la déclaration du premier ministre Mulroney, *Débats de la Chambre des communes*, à la page 12664, (23 juin 1992).

ultérieure⁹¹. On peut aussi mentionner l'adoption de quatre modifications constitutionnelles, en 1983⁹², en 1987⁹³, en 1993⁹⁴ et en 1994⁹⁵, sans qu'aucune d'entre elles n'ait formellement fait l'objet d'un référendum. De plus, il n'a jamais été sérieusement envisagé de tenir un référendum relativement à la modification proposée par le Québec à l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Il est possible de rétorquer que seules des modifications majeures, qui transforment l'essence de la fédération canadienne, doivent être soumises au peuple. En effet, on peut difficilement nier que l'Accord de Charlottetown ait eu une ampleur bien plus considérable que les modifications qui viennent d'être mentionnées.

Un symptôme plus sérieux du caractère relatif du principe de la souveraineté populaire est le comportement du Sénat face à la modification constitutionnelle relative au statut des écoles confessionnelles à Terre-Neuve. En effet, même si la population de Terre-Neuve a approuvé par référendum la résolution adoptée par son assemblée législative, le Sénat a refusé d'emboîter le pas, obligeant ainsi la Chambre des communes à recourir à la procédure prévue dans l'article 47 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, soit l'adoption de deux résolutions identiques à six mois d'intervalle⁹⁶.

91. Cette abstention fait suite aux recommandations du comité Beaudoin-Edwards, précité, note 88.

92. *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, TR/84-102, (1984) 118 Gaz. Can. II 2989, 11 juillet 1984. Cette modification a ajouté les articles 35 (3), 35 (4), 35.1 et 37.1, relatifs aux peuples autochtones, à la *Loi constitutionnelle de 1982*.

93. *Proclamation de 1987 modifiant la Constitution (Loi sur Terre-Neuve)*, TR/88-11, (1988) 122 Gaz. Can. II 887, 20 janvier 1988. Cette modification étendait aux écoles pentecôtistes les droits reconnus aux écoles confessionnelles.

94. *Proclamation de 1993 modifiant la Constitution (Loi sur le Nouveau-Brunswick)*, TR/93-54, (1993) 127 Gaz. Can. II 1588, 7 avril 1993. Il s'agit de l'ajout de l'article 16.1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui reconnaît l'égalité de statut des communautés linguistiques au Nouveau-Brunswick. On doit cependant noter que la population du Nouveau-Brunswick s'était prononcée en faveur de l'Accord de Charlottetown lors du référendum de 1992 et que l'Accord comprenait une disposition semblable.

95. *Proclamation de 1993 modifiant la Constitution (Île-du-Prince-Édouard)*, TR/94-50, (1994) 128 Gaz. Can. II 2021, 4 mai 1994. Cette modification visait à permettre au gouvernement fédéral de remplacer le service de traversier entre l'île et le continent, qu'il avait l'obligation constitutionnelle de fournir, par un pont. Elle fait suite à la décision de la Cour fédérale dans *Friends of the Island Inc. c. Ministre des Travaux Publics du Canada*, [1993] 2 C.F. 229 (1^{re} inst.). Il y avait cependant eu un référendum provincial positif sur le principe de la construction d'un pont en 1988 : voir P. BOYER, *op. cit.*, note 78, pp. 169-171.

96. *Proclamation de 1997 modifiant la Constitution (Loi sur Terre-Neuve)*, (1997) 131 Gaz. Can., édition spéciale n° 4, 2 mai 1997.

Le Sénat ne s'est donc pas senti lié par l'expression de la volonté de la population de Terre-Neuve.

On peut aussi avancer que pour bien des politiciens, surtout fédéraux, le référendum n'est qu'un outil qui pourrait permettre de débloquer une impasse entre les divers gouvernements qui, en vertu de la formule actuelle, doivent participer à un accord constitutionnel. Il ne serait donc pas nécessaire de consulter la population, même dans le cas d'une modification constitutionnelle majeure. Cependant, si un référendum peut constituer un « outil de déblocage » efficace, c'est précisément parce que les politiciens reconnaissent la légitimité d'une décision prise par la population elle-même. Les assemblées législatives, en effet, n'oseraient probablement pas adopter une résolution qui a été rejetée par l'électorat et, à l'inverse, seraient sans doute facilement convaincues d'entériner un verdict populaire positif.

Il est d'ailleurs amusant de constater que le Parlement a imposé aux Premières Nations du Yukon l'obligation d'adopter une constitution qui puisse être modifiée par leurs citoyens⁹⁷, une exigence à laquelle le Parlement lui-même ne s'est pourtant pas encore astreint...

On peut donc, malgré ces quelques réserves, sérieusement soutenir que la souveraineté populaire est aujourd'hui devenue la valeur centrale de notre régime politique⁹⁸. En conséquence, un juge appelé à examiner des lois référendaires comme celles de l'Alberta et de la Colombie-Britannique pourrait sans doute se fonder sur cette valeur politique pour trancher en faveur de leur validité.

3.2 Le parlementarisme, l'élitisme et la démocratie représentative

La souveraineté du peuple n'est cependant pas l'unique valeur qui fonde notre régime politique. Même si, dans leur discours, les gouvernements cherchent à asseoir leur légitimité sur le fait qu'ils émanent de la volonté du peuple, il n'en reste pas moins que d'autres principes guident l'organisation du système politique canadien ou des autres démocraties occidentales. La plupart du temps, ces principes contredisent la valeur prétendument suprême qu'est la souveraineté populaire. Ainsi, on peut dire que, dans tous les pays qui se targuent d'être démocratiques, cette démocratie est en réalité *médiatisée*. Nulle part le peuple ne participe-t-il à la gestion quotidienne de l'État. Il est vrai que, dans quelques pays, certaines décisions politiques d'importance sont soumises à l'approbation de la population par référendum. Lorsque ce n'est pas le cas, on peut néanmoins affir-

97. *Loi sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon*, L.C. 1994, c. 35, art. 8 (1) f).

98. C'est d'ailleurs l'opinion de P.H. RUSSELL, *op. cit.*, note 76, p. 234.

mer qu'un gouvernement qui adopte des politiques auxquelles le peuple s'oppose violemment a des chances bien minces d'être réélu. Il n'en reste pas moins que, dans toutes ces situations, ce sont les représentants élus du peuple qui, en réalité, prennent la plupart des décisions importantes relatives à la conduite des affaires de l'État. Ainsi, la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, après avoir fait de la volonté du peuple le fondement de l'autorité publique, s'empresse de préciser que cette volonté s'exprime par des élections honnêtes⁹⁹...

Il n'entre pas dans le cadre du présent texte d'étudier les causes historiques de l'apparition de la démocratie représentative ni d'évaluer la justesse morale de ce type de régime politique. Disons simplement qu'il s'agit là d'une caractéristique commune à tous les pays qui se disent démocratiques¹⁰⁰.

La démocratie représentative n'est pas seulement une réalité politique, mais aussi un principe juridique. Concrètement, elle se traduit par des dispositions constitutionnelles qui accordent l'essentiel des pouvoirs politiques à des représentants élus. En conséquence, sauf lors des élections, le peuple ne dispose pas du pouvoir de réviser les décisions de ses élus ou de forcer ceux-ci à lui rendre des comptes¹⁰¹.

Dans les pays de tradition britannique, le principe de base du droit constitutionnel est la suprématie du Parlement, qui signifie que c'est ce dernier, et non le peuple qui l'a élu, qui est le détenteur juridique de la souveraineté. Il en découle que les pouvoirs du Parlement sont juridiquement illimités et que les juges ne sauraient remettre en question la validité des lois adoptées par le Parlement¹⁰². Il s'ensuit que, comme le disait Dicey,

[...] in a legal point of view Parliament is neither the agent of the electors nor in any sense a trustee for its constituents. It is legally the sovereign legislative power in the state¹⁰³.

The sole legal right of electors under the English constitution is to elect members of Parliament. Electors have no legal means of initiating, of sanctioning, or of repealing the legislation of Parliament. No court will consider for a moment the argument that a law is invalid as being opposed to the opinion of the electorate; their opinion can be legally expressed through Parliament, and through Parliament alone¹⁰⁴.

99. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, précitée, note 69, art. 21, al. 3.

100. Sur toutes ces questions, voir R.A. DAHL, *Democracy and its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1989.

101. Il peut tout de même arriver, comme dans certains États américains, que le peuple ait le pouvoir d'annuler une loi de la législature de l'État au moyen d'un référendum convoqué à la suite d'une pétition signée par un pourcentage donné de l'électorat.

102. P. FOUCHER, *op. cit.*, note 20, p. 19.

103. A.V. DICEY, *op. cit.*, note 21, p. 48.

104. *Id.*, p. 59.

3.2.1 L'élitisme constitutionnel au Canada

Au Canada, le principe de la suprématie du Parlement a dû être adapté pour tenir compte du fédéralisme et de l'existence d'une charte constitutionnelle des droits qui limite les pouvoirs des législatures et du Parlement. Cependant, ces adaptations ne remettent pas en question la nature essentiellement représentative de la démocratie canadienne.

On peut même ajouter qu'au Canada la démocratie représentative vise non seulement les décisions politiques courantes ou la législation ordinaire, mais aussi les changements constitutionnels. Ainsi, ce sont traditionnellement les élites politiques élues qui ont conçu et approuvé les modifications apportées à la Constitution. Cette tradition constitutionnelle élitiste peut s'expliquer par plusieurs facteurs.

Premièrement, le Canada n'est pas issu d'une révolution. Comme le dit avec élégance la Déclaration d'indépendance américaine, lorsque l'élite politique d'un pays lance une révolution et brise formellement tout lien avec le régime politique antérieur, elle doit nécessairement se justifier auprès de la population et du monde extérieur. Au contraire, la création d'un régime du type fédéral en 1867 fut marquée par la continuité, celle du lien colonial tout d'abord, que personne à l'époque n'envisageait de rompre, et ensuite celle du système juridique de chaque colonie qui entraînait dans l'union, maintenu en vigueur par l'article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le principe de la responsabilité du gouvernement face à l'assemblée élue, par opposition au gouvernement impérial, régnait déjà depuis une vingtaine d'années et ne fut pas modifié. La continuité a également marqué l'accès du Canada à l'indépendance sur le plan international durant les années 20. Même si un théoricien a pu qualifier ce changement de « révolution¹⁰⁵ », force nous est d'admettre que, sur le plan politique, ce statut n'était que la consécration d'une évolution depuis longtemps amorcée et dont le résultat était déjà largement accepté par les esprits de l'époque. Point ne fut donc besoin de légitimer ces deux changements par un appel à l'autorité supérieure du peuple.

Le deuxième facteur est sans doute l'attachement canadien à la tradition britannique. Le système parlementaire actuel est généralement considéré comme satisfaisant et peu de gens cherchent à le réformer en vue d'assurer une place plus importante à l'expression directe de la volonté du

105. B. SLATTERY, « The Independence of Canada », (1985) 8 *Sup. Ct. L. Rev.* 369.

peuple¹⁰⁶. De plus, l'attachement à la monarchie est encore bien réel pour une certaine partie de la population, à tel point que le seul rapport relativement récent qui ait recommandé l'abolition de la monarchie fut reçu par un tollé considérable¹⁰⁷. Ces valeurs ne sont pas de nature à consolider le principe de la souveraineté populaire.

En troisième lieu, les clivages linguistiques et régionaux qui divisent le Canada ont également favorisé l'émergence de l'élitisme constitutionnel.

D'une part, la création du régime fédéral actuel en 1867 a souvent été considérée comme le résultat d'un pacte entre le Québec et le Canada anglais. Ces deux parties du Canada ont toujours eu des aspirations et des intérêts constitutionnels divergents : de façon générale, le Canada anglais désire un État fédéral fort et centralisé, alors que le Québec cherche à préserver le plus grand degré possible d'autonomie politique. D'autre part, un autre clivage est apparu depuis quelques décennies entre le « Canada central » (le Québec et l'Ontario) et les régions périphériques (l'Ouest, les Maritimes et les Territoires).

Traditionnellement, la résolution de ces conflits s'est opérée par la voie de négociations entre des représentants politiques élus de chaque province et du gouvernement fédéral. En réalité, tous les accords constitutionnels qui ont jalonné l'histoire du Canada furent, en totalité ou en partie, le fruit de telles négociations. Les politiciens considèrent souvent que ce processus, appelé « accommodation entre élites », est le seul qui permette d'en arriver à des compromis qui tiennent compte des intérêts de chaque partie du pays¹⁰⁸. En effet, on présume que la population a des attitudes trop radicales pour qu'un accord constitutionnel puisse recevoir l'assentiment de la population de chaque province. C'est pourquoi l'intervention des politiciens serait nécessaire afin d'aplanir ces désaccords et de faire accepter à leurs commettants le compromis qui résulte de leurs discussions¹⁰⁹. C'est incontestablement cet esprit qui animait les négociations qui ont mené à l'Accord

106. Certains, comme P. BOYER, *op. cit.*, note 78, se font les avocats de l'utilisation des référendums et du rappel des députés à titre de mécanismes de démocratie directe. En Colombie-Britannique, de telles aspirations se sont traduites par l'adoption de la *Recall and Initiative Act*, S.B.C. 1994, c. 56, bien que les conditions procédurales posées par ce texte de loi semblent rendre illusoire l'utilisation réelle des mécanismes qu'il prévoit.

107. Voir G.V. LA FOREST, « Towards a New Canada: The Canadian Bar Association's Report on the Constitution », (1979) 57 *R. du B. can.* 493.

108. Voir, par exemple, A. LIJPHART, *Democracy in Plural Societies: A Comparative Exploration*, New Haven, Yale University Press, 1977. Voir aussi K. SWINTON, *loc. cit.*, note 2, 157-164.

109. On peut songer au fait que la construction de l'Union européenne s'est principalement opérée au moyen d'accords entre gouvernements et que la participation de la population à ce processus a été plus un obstacle qu'un catalyseur...

du lac Meech et la phase finale de la négociation de l'Accord de Charlottetown. On peut même lancer l'hypothèse que l'échec du référendum de 1992 a provoqué un regain d'élitisme chez les politiciens. L'accent mis depuis ce moment sur les « ententes administratives » comme substitut aux changements constitutionnels formels représente peut-être une manière détournée de retirer la Constitution des mains du peuple.

Enfin, le fait que l'on a toujours présumé, depuis les années 20, que les provinces devaient nécessairement consentir à toute modification constitutionnelle majeure et la domination des assemblées législatives par les exécutifs conjugués ont également contribué au développement de l'élitisme constitutionnel. En effet, lorsque la Cour suprême fut appelée à préciser le contenu de la convention constitutionnelle qui régissait la modification de la Constitution avant 1982, elle ne mentionna jamais d'autre exigence que celle du consentement d'un nombre substantiel de gouvernements provinciaux, sans ménager la moindre place à la population¹¹⁰.

3.2.2 Des illustrations jurisprudentielles

L'élitisme et la démocratie représentative sont des valeurs solidement ancrées dans l'univers conceptuel des juges canadiens. Bien que la Cour suprême ait déjà affirmé que la Constitution est « l'expression de la volonté du peuple d'être gouverné conformément à certains principes considérés comme fondamentaux¹¹¹ », la souveraineté du Parlement demeure un principe constitutionnel fondamental maintes fois répété. Bien sûr, il a fallu l'adapter pour tenir compte de la nature fédérale du Canada et, plus récemment, de l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il n'en reste pas moins que le peuple trouve difficilement son créneau dans notre droit constitutionnel. D'ailleurs, dans une autre décision, la Cour suprême note avec justesse que la Charte a été enchâssée par « les représentants élus de la population canadienne¹¹² », et non par la population elle-même.

Le principe de la démocratie représentative est également reconnu par les tribunaux canadiens comme l'une des règles de base du processus de modification constitutionnelle. La Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest l'a bien énoncé dans l'arrêt *Sibbeston c. Canada (Attorney-General)* :

[...] principles of Canadian constitutional practice [...] include the political reality that it is the people of Canada, expressing their political will *through the joint constitutional authority of the Parliament of Canada and the elected legislative*

110. Renvoi relatif à la résolution pour modifier la Constitution, précité, note 55.

111. Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, précité, note 60, 745.

112. Renvoi sur la *Motor Vehicle Act* (C.-B.), [1985] 2 R.C.S. 486, 497.

*assemblies of the provinces, who are sovereign in the delimitation of federal-provincial power-sharing under the Constitution of Canada*¹¹³.

De même, les deux décisions de la Cour suprême relatives au référendum de 1992 reconnaissent implicitement la prééminence du parlementarisme et de l'élitisme sur la souveraineté populaire.

L'affaire *Haig c. Canada (Directeur général des élections)*¹¹⁴ avait trait à la situation singulière des citoyens canadiens qui avaient déménagé au Québec dans les mois qui ont précédé le référendum de 1992. Comme ils ne résidaient pas au Québec depuis au moins six mois, la loi électorale québécoise leur interdisait de voter au référendum québécois, et comme ils ne résidaient plus dans une autre province, ils ne pouvaient pas voter au référendum fédéral tenu dans les provinces autres que le Québec. La majorité de la Cour a jugé qu'une personne placée dans cette situation malencontreuse ne jouissait d'aucun droit constitutionnel de voter, que ce soit au référendum fédéral ou au référendum québécois, puisque le droit de voter lors d'un référendum n'est pas expressément garanti par l'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹¹⁵. Ainsi, pour la majorité de la Cour, la participation populaire à la ratification de l'Accord de Charlottetown était simplement souhaitable, sans pour autant constituer un droit strict, et le principe de la souveraineté du peuple ne pouvait justifier une interprétation large des critères de résidence de la loi référendaire fédérale ou des pouvoirs reméiateurs du Directeur général des élections. Sur le plan du droit constitutionnel, on ne saurait reprocher à la loi référendaire fédérale d'avoir pour objet la consultation de moins que la totalité de la population canadienne¹¹⁶.

L'autre décision de la Cour portant sur ce référendum reconnaît le rôle central du gouvernement fédéral dans la direction des négociations constitutionnelles¹¹⁷. L'Association des femmes autochtones du Canada contestait le financement accordé par le gouvernement fédéral à quatre organismes représentant les peuples autochtones en vue de préparer les négociations constitutionnelles. L'Association prétendait que ces quatre organismes ne représentaient que le point de vue des hommes à l'exclusion de celui des femmes. La Cour rejeta la demande de l'Association. Selon la Cour, il

113. *Sibbeston c. Attorney General of Canada*, (1988) 48 D.L.R. (4th) 691, 696, [1988] 2 W.W.R. 501 (C.A.T.N.-O.); l'italique est de nous. Voir aussi *Penikett c. Canada*, (1987) 45 D.L.R. (4th) 108, 114 et [1988] 2 W.W.R. 481 (C.A.Y.).

114. *Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995, 105 D.L.R. (4th) 577.

115. *Id.*, 1033.

116. *Id.*, 1023.

117. *Association des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627, 119 D.L.R. (4th) 224.

appartient au gouvernement fédéral de décider à qui il attribue des subventions, y compris lorsque ces subventions ont pour but la participation à des négociations constitutionnelles. La Cour refusa de reconnaître que le principe de la participation populaire aux décisions relatives à la Constitution était enchâssé dans la Charte. Elle préféra consacrer le rôle prépondérant des élites politiques.

Le processus de négociation de l'Accord du lac Meech fut également l'objet de contestations judiciaires¹¹⁸. Le premier ministre du Yukon ainsi qu'un citoyen des Territoires du Nord-Ouest contestèrent la validité de l'Accord pour plusieurs motifs liés à la non-représentation des territoires lors des négociations. Bien que les motifs formels des décisions des cours d'appel saisies de cette question aient été l'inapplicabilité de la Charte au processus de modification constitutionnelle et la non-justiciabilité du processus d'adoption d'une loi, la démocratie représentative constitue une prémisses implicite de leur raisonnement.

Les tribunaux ont donc, en pratique, reconnu que les gouvernements fédéral et provinciaux demeurent maîtres du processus constitutionnel et que l'éventuelle présence à la table de négociation de représentants de groupes minoritaires ne serait due qu'à la bienveillance des gouvernements. Affirmer, dans ces circonstances, que la Constitution appartient au peuple constitue un souhait plutôt qu'un constat réaliste.

Conclusion

Quelle sera donc l'attitude des tribunaux face à la contestation de la validité d'une loi qui impose à une assemblée législative provinciale de consulter sa population avant d'entériner une modification constitutionnelle ? L'examen des arguments contradictoires entrepris dans les pages qui précèdent convaincra le lecteur qu'on ne peut que parier sur le résultat.

En effet, il existe des arguments sérieux de nature technique dans les deux sens. Même si le principe de la suprématie de la Constitution semble devoir mener à l'invalidité des lois référendaires, il n'est pas impossible qu'un tribunal conclue plutôt que ces lois ne constituent que des limites de forme à l'action des assemblées législatives.

Ce sont sans doute les valeurs politiques des juges appelés à trancher la question qui seront décisives. Selon que ces juges favoriseront la participation accrue du peuple aux décisions politiques ou la stabilité et le maintien du système politique existant, ils seront plus enclins à conclure à la validité

118. *Penikett c. Canada*, précité, note 113 ; *Sibbeston c. Attorney General of Canada*, précité, note 113.

ou à l'invalidité de telles lois. Étant donné que, dans le contexte politique actuel, aucune de ces deux classes de valeurs ne semble l'emporter nettement sur l'autre, on ne peut prédire l'issue d'un litige portant sur le sujet.

S'il m'était néanmoins permis de parier, je miserais sur l'invalidation des lois référendaires. Sur le plan technique, l'argument de la suprématie de la Constitution semble logiquement supérieur et plus convaincant que celui des limites de forme. Il serait en effet étonnant que l'on permette aux provinces de modifier unilatéralement le système mis en place en 1982, et le poids de la jurisprudence américaine sur le sujet n'est pas à négliger. Sur le plan des valeurs, on peut croire que les juges préféreront, surtout dans un contexte de crise, une solution qui consoliderait un éventuel accord au sein de la classe politique plutôt que de le soumettre aux aléas du vote populaire. Les tribunaux s'érigeraient-ils en défenseurs des droits du peuple face au gouvernement ? À la lumière de l'interprétation donnée à la Charte depuis une quinzaine d'années, on peut en douter.