

Les Cahiers de droit

Une voie inexplorée de renouvellement du fédéralisme canadien : l'obligation constitutionnelle de négocier des changements constitutionnels

Patrick Taillon et Alexis Deschênes



Volume 53, numéro 3, septembre 2012

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1011937ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1011937ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Taillon, P. & Deschênes, A. (2012). Une voie inexplorée de renouvellement du fédéralisme canadien : l'obligation constitutionnelle de négocier des changements constitutionnels. *Les Cahiers de droit*, 53(3), 461–522. <https://doi.org/10.7202/1011937ar>

Résumé de l'article

La présente étude a pour objet l'obligation de négocier des changements constitutionnels voulus par une majorité claire de la population d'une province. Il s'agit en fait d'examiner l'applicabilité de l'obligation de négocier, formulée par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, à des projets de modification constitutionnelle autres que l'accession du Québec à l'indépendance politique. En s'appuyant sur l'analyse des sources, des fondements, du rang, du caractère directement exécutoire et de la « justiciabilité » de l'obligation de négocier, les auteurs arrivent à préciser le sens et la portée de cette obligation qui pèse sur les autorités fédérales et provinciales. Or, la place de l'obligation de négocier dans la hiérarchie des normes et les termes généraux employés par la Cour suprême pour définir cette obligation militent manifestement en faveur d'un large domaine d'application de l'obligation à tout projet de modification constitutionnelle voulue par une majorité claire de la population d'une province. Bien que le contrôle judiciaire de cette obligation demeure, en tout état de cause, limité par le contenu somme toute modeste de l'obligation de négocier, de même que par les dimensions proprement politiques des négociations, l'obligation de négocier reste susceptible de donner lieu à des litiges concrets dont la justiciabilité pourrait amener la Cour suprême à sanctionner le non-respect de cette obligation.

Une voie inexplorée de renouvellement du fédéralisme canadien : l'obligation constitutionnelle de négocier des changements constitutionnels*

Patrick TAILLON** et Alexis DESCHÊNES***

La présente étude a pour objet l'obligation de négocier des changements constitutionnels voulus par une majorité claire de la population d'une province. Il s'agit en fait d'examiner l'applicabilité de l'obligation de négocier, formulée par la Cour suprême du Canada dans le Renvoi relatif à la sécession du Québec, à des projets de modification constitutionnelle autres que l'accession du Québec à l'indépendance politique. En s'appuyant sur l'analyse des sources, des fondements, du rang, du caractère directement exécutoire et de la « justiciabilité » de l'obligation de négocier, les auteurs arrivent à préciser le sens et la portée de cette obligation qui pèse sur les autorités fédérales et provinciales. Or, la place de l'obligation de négocier dans la hiérarchie des normes et les termes généraux employés par la Cour suprême pour définir cette obligation militent manifestement en faveur d'un large domaine d'application de l'obligation à tout projet de modification constitutionnelle voulue par une majorité claire de la population d'une province. Bien que le contrôle judiciaire de cette obligation demeure, en tout état de cause, limité par le contenu somme toute modeste de l'obligation de négocier, de même que par les dimensions proprement politiques des négociations, l'obligation de négocier reste susceptible de donner lieu à des litiges concrets dont la justiciabilité pourrait amener la Cour suprême à sanctionner le non-respect de cette obligation.

* Les auteurs tiennent à remercier M^{me} Catherine Mathieu, étudiante de deuxième cycle à la Faculté de droit de l'Université Laval, pour la relecture attentive de leur article et pour ses précieux commentaires.

** Professeur, Faculté de droit, Université Laval.

*** Diplômé à la Faculté de droit de l'Université Laval et étudiant à l'école du Barreau.

The purpose of this enquiry is the obligation to negotiate constitutional changes sought by a clear cut majority of a province's population. As such, it involves examining the applicability of the obligation to negotiate as formulated by the Supreme Court in the Reference re Secession of Quebec relating to projected constitutional amendments other than Québec's accession to political independence. Based upon an analysis of the sources, grounds, order, immediate enforceability and justiciability of the obligation to negotiate, this enquiry makes it possible to understand the meaning and scope of this obligation that weighs upon federal and provincial authorities. As such, the place occupied in the hierarchy of norms and general terms used by the Supreme Court to define this obligation obviously militates in favour of a wide berth of application in the obligation concerning any constitutional amendment project sought by a distinctly clear majority of a province's population. While the judicial review of this obligation remains in any case limited by and large to the modest content of the obligation to negotiate as well as by the clearly political dimensions of any negotiation, the obligation to negotiate remains likely to raise tangible discords whose justiciability could lead the Supreme Court to sanction the non-respect of this obligation.

	Pages
1 Le domaine d'application de l'obligation de négocier: une obligation applicable à d'autres objets que la sécession	468
1.1 Les sources et les fondements de l'obligation de négocier.....	469
1.1.1 Le Renvoi relatif à la sécession du Québec.....	469
1.1.2 Les principes sous-jacents à la Constitution.....	471
1.1.3 Les lois constitutionnelles de 1867 et de 1982	474
1.2 Le caractère « transférable » de l'obligation de négocier	475
1.2.1 L'argument logique et son interprétation doctrinale.....	476
1.2.2 L'argument téléologique et la prise en considération du contexte	480
1.2.2.1 L'impératif de conciliation des principes sous-jacents.....	480
1.2.2.2 La conception délibérative de la légitimité défendue par la Cour suprême du Canada.....	482
1.2.2.3 L'assouplissement de l'exercice du pouvoir constituant.....	485
1.2.3 L'utilisation politique de l'obligation de négocier.....	488
2 La portée juridique de l'obligation de négocier: une obligation supralégislative susceptible de sanction judiciaire	493
2.1 La force légale et le contenu de l'obligation de négocier	494

2.1.1	Le contenu indéterminé de l'obligation de négocier : une obligation de moyen à rapprocher d'autres obligations d'origine jurisprudentielle ...	495
2.1.1.1	La nécessaire distinction entre le fond et la forme des négociations intergouvernementales	496
2.1.1.2	L'analogie avec l'obligation constitutionnelle de consulter les peuples autochtones	498
2.1.1.3	L'analogie avec l'obligation de négocier déduite de la liberté d'association	502
2.1.2	Le caractère supralégislatif de l'obligation de négocier et sa place dans la hiérarchie des normes	504
2.2	La justiciabilité de l'obligation constitutionnelle de négocier	508
2.2.1	La retenue judiciaire dans le contexte particulier d'une hypothétique sécession	509
2.2.2	L'interventionnisme préconisé par la Cour suprême du Canada en matière de négociation constitutionnelle	514
2.2.2.1	L'effet directement exécutoire reconnu aux principes sous-jacents	514
2.2.2.2	L'interventionnisme dans le processus de négociation constitutionnelle	517
Conclusion		521

À l'heure actuelle, le Québec est dans l'impasse sur le plan constitutionnel. Depuis le rapatriement unilatéral de la Constitution de 1982 et l'adoption par le reste du Canada d'une nouvelle constitution encore à ce jour dénoncée par l'ensemble des formations politiques représentées à l'Assemblée nationale¹, les principales tentatives de renouvellement substantiel du fédéralisme ont échoué. Outre la réforme en profondeur du fédéralisme canadien, le projet de faire du Québec un pays peine lui aussi à se réaliser. Depuis 1980, deux référendums sur la souveraineté ont été rejetés démocratiquement et aujourd'hui encore, selon les sondages d'opinion, l'option ne rallie pas une majorité de Québécois.

1. SECRÉTARIAT AUX AFFAIRES INTERGOUVERNEMENTALES CANADIENNES (SAIC), *Résolution unanime rappelant qu'il y a 30 ans cette année, était promulguée la Loi constitutionnelle de 1982 sans l'accord du Québec*, 16 novembre 2011 ; SAIC, *Résolution unanime réaffirmant que l'Assemblée nationale n'a jamais adhéré à la Loi constitutionnelle de 1982*, 14 juin 2007 ; SAIC, *Résolution unanime sur la non-adhésion à la Loi constitutionnelle de 1982*, 17 avril 2002 ; SAIC, *Résolution sur les conditions sans lesquelles le Québec ne peut accepter le rapatriement de la Constitution canadienne*, 1^{er} décembre 1981, [En ligne], [www.saic.gouv.qc.ca/institutionnelles_constitutionnelles/resolutions_assemblee_nationale.htm] (23 novembre 2011).

Faute de réunir les appuis politiques nécessaires, les partisans du fédéralisme renouvelé, tout comme ceux de la souveraineté du Québec, se sont résignés à une forme d'immobilisme². Prenant acte des obstacles rencontrés par le passé, les élites nationalistes du Québec semblent désormais condamnées à l'attente de circonstances plus favorables au changement. Les fédéralistes considèrent, au mieux, que le « fruit n'est pas mûr³ » ou que la « terre n'est pas fertile⁴ » pour des modifications constitutionnelles, alors que les souverainistes demeurent à la recherche des « conditions gagnantes⁵ », de l'« assurance morale⁶ » d'une victoire ou du « moment jugé approprié⁷ » leur permettant de se prémunir contre les risques d'un

2. Comme le soulignent à juste titre Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, cette situation est d'autant plus « absurde » que le « Québec n'a aucun intérêt à ce que le coup de force de 1982 devienne inaltérable. Ce qu'il désire, c'est qu'on apporte des modifications à la Constitution qu'il a refusée. À l'inverse, le fédéral et le Canada anglais, qui s'accommodent fort bien de l'ordonnancement constitutionnel qu'ils ont imposé au Québec, ont beau jeu de le couler dans le ciment » : Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 247.
3. Les propos du premier ministre Jean Charest sont clairs : « Je ne vois pas ce débat sur mon écran radar. » Voir Francis A. TRUDEL, « Oui à la nation québécoise dans la Constitution, dit Charest », *La Tribune*, 15 août 2011, p. 2. Voir aussi : Vincent MARISSAL, « Le fruit est mort », *La Presse*, 16 août 2011, p. A10; Jocelyne RICHER, « Vingt ans après Meech. Québec ne veut pas rouvrir le débat constitutionnel », *La Tribune*, 29 mai 2010, p. 19.
4. Le premier ministre Stephen Harper ne souhaite pas une réouverture des négociations constitutionnelles : « Franchement, je n'ai pas l'intention de rouvrir la Constitution à moins que la terre ne soit fertile. Et présentement, je ne ressens pas une volonté de la population de débattre de la Constitution. » Voir Alec CASTONGUAY, « Harper refuse d'ouvrir la Constitution », *Le Devoir*, 12 septembre 2008, p. A1. Voir aussi : Malorie BEAUCHEMIN, « Harper ferme la porte au débat constitutionnel », *LaPresse.ca*, 14 avril 2011, [En ligne], [www.lapresse.ca/actualites/elections-federales/201104/14/01-4389902-harper-ferme-la-porte-au-debat-constitutionnel.php] (14 mai 2012).
5. Cette formule était préconisée à son époque par le premier ministre Lucien Bouchard : « le premier ministre Bouchard ne cesse d'affirmer qu'un prochain référendum ne pourra être déclenché que lorsque des conditions gagnantes seront réunies ». Voir PRESSE CANADIENNE, « Conseil national. Les militants péquistes vont préparer les élections », *Le Quotidien*, 18 septembre 1998, p. 24.
6. L'expression « assurance morale », bien proche des termes « conditions gagnantes », a surtout été employée par le premier ministre Bernard Landry, comme en témoignent ses déclarations faites à la presse : « Bernard Landry a aussi déclaré qu'un référendum aurait bel et bien lieu, mais seulement "quand nous aurons l'assurance morale de le gagner". » Voir Mathieu BOIVIN, « Prochaines élections. Landry promet de parler de souveraineté », *Cyberpresse*, 6 mai 2002, p. 2.
7. PARTI QUÉBÉCOIS, « Agir en toute liberté. Programme du Parti québécois. Adopté lors du XVI^e congrès national les 15, 16 et 17 avril 2011 (version adoptée par le conseil exécutif national) », p. 3, [En ligne], [pq.org/parti/programme] (24 octobre 2011).

troisième échec référendaire. Résultat : une forme de « tabou constitutionnel » s'est créée au Québec et au Canada depuis le référendum de 1995 et les échecs des accords du Lac Meech et de Charlottetown. Certes, tous demeurent persuadés du caractère opportun des solutions qu'ils proposent, mais en même temps ni les fédéralistes ni les souverainistes québécois ne veulent assumer les risques d'un autre échec qui aurait inévitablement pour effet de démobiliser leurs partisans et de consolider la position du camp adverse.

Les partis politiques québécois représentés à l'Assemblée nationale partagent malgré tout une aspiration commune au changement. Qu'ils soient fédéralistes, autonomistes, souverainistes ou indépendantistes, les nationalistes québécois s'entendent de façon générale sur le caractère inacceptable du *statu quo* constitutionnel issu du rapatriement unilatéral de la Constitution de 1982⁸. Bien que ce refus du *statu quo* conduise à des visions divergentes de ce que devrait être l'avenir politique et constitutionnel du Québec, il reste en tout état de cause le point de départ obligé d'un nationalisme « transpartisan » qui trouve à s'exprimer régulièrement dans l'enceinte de l'Assemblée nationale.

Si l'idée d'apporter des changements constitutionnels significatifs plaît à une vaste majorité de Québécois⁹, le Québec demeure néanmoins coincé dans une impasse politique et constitutionnelle. D'abord, le rapport de force politique du Québec dans le Canada décline, et il est difficile de voir comment, en l'état actuel des choses, le gouvernement du Québec pourrait arriver à convaincre les autres provinces de négocier et de consentir des changements constitutionnels majeurs.

Sur le plan juridique, selon la nature et l'objet de la modification poursuivie, l'essentiel des demandes traditionnelles du Québec exige soit le consentement unanime des provinces, soit le respect de la procédure dite « 7/50 » (sept provinces représentant au moins 50 p. 100 de la population)¹⁰.

8. Voir, par exemple, les résolutions unanimes de l'Assemblée nationale sur ce point, *supra*, note 1.

9. Voir, à titre d'exemple, le sondage de Pierre DROUILLY et Pierre-Alain COTNOIR, « Opinion publique Québec-Canada. 20 ans après Meech », Montréal, 2010, [En ligne], [www.bloc-quebecois.org/dossiers/colloque-20-ans-apres-Meech/sondage.aspx] (10 mars 2011).

10. Cela dit, sur le plan de la modification de la Constitution formelle, certains proposent de conduire des réformes moins complexes entrant dans le domaine d'application de l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), qui autorise, dans certaines circonstances, le recours à des réformes bilatérales. Guy TREMBLAY, « La portée élargie de la procédure bilatérale de modification de la Constitution du Canada », (2011) 41 *R.G.D.* 417; José WOEHLING, « Le recours à la procédure de modification de l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour

Outre ces exigences formelles prévues par la *Loi constitutionnelle de 1982*, les acteurs politiques ont ajouté, au cours des dernières années, des contraintes supplémentaires qui, sous prétexte de « compléter » les textes constitutionnels, réduisent encore davantage les chances de succès d'une éventuelle réforme¹¹. La mise en place de *veto* régionaux¹² de même que l'adoption dans plusieurs provinces de lois rendant obligatoire l'organisation de référendums¹³ sont des manifestations emblématiques de cette tendance. Or, ces nouveaux obstacles juridiques à un renouvellement du fédéralisme rendent encore plus difficile et improbable la relance des négociations entre le Québec et le reste du Canada.

Dans un tel contexte, le Québec n'a pas vraiment le luxe d'écarter les rares instruments politiques et juridiques dont il dispose pour favoriser la tenue de négociations et pour rendre possible la reprise du dialogue constitutionnel avec le reste du Canada. Or, parmi les rares moyens à la disposition de l'Assemblée nationale lui permettant d'accroître son rapport de force et de provoquer des changements constitutionnels, l'idée de tenir un référendum « sectoriel », c'est-à-dire un référendum portant sur des modifications constitutionnelles autres que la souveraineté du Québec, mérite d'être sérieusement considérée, et ce, pour essentiellement deux raisons, l'une politique et l'autre plus juridique.

satisfaire certaines revendications constitutionnelles du Québec », dans Pierre THIBAUT, Benoît PELLETIER et Louis PERRET (dir.), *Les mélanges Gérard-A. Beaudoin. Les défis du constitutionnalisme*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 449 ; Louis BERNARD, « Renforçons la loi 101 », *La Presse*, 9 février 2011, p. A23.

11. Patrick TAILLON, *Les obstacles juridiques à une réforme du fédéralisme*, Montréal, Institut de recherche sur le Québec, 2007.
12. La *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, L.C. 1996, c. 1, prévoit que le gouvernement du Canada ne peut plus déposer de résolution autorisant une modification de la Constitution devant la Chambre des communes, à moins que cette résolution n'ait préalablement reçu le consentement de l'Ontario, du Québec, de la Colombie-Britannique, d'au moins deux provinces représentant au moins 50 p. 100 de la population des Prairies et, enfin, d'au moins deux provinces de l'Atlantique représentant 50 p. 100 de la population de cette région.
13. Plusieurs provinces, notamment la Colombie-Britannique (*Referendum Act*, R.S.B.C. 1996, c. 400 ; *Constitutional Amendment Approval Act*, R.S.B.C. 1996, c. 67) et l'Alberta (*Constitutional Referendum Act*, R.S.A. 2000, c. C-25), ont adopté des lois afin d'obliger leur gouvernement à tenir un référendum sur ces questions avant toute modification constitutionnelle. En Saskatchewan, les électeurs se sont déjà prononcés par référendum à 79,3 p. 100 en faveur de la tenue d'un tel scrutin. Du reste, à Terre-Neuve-et-Labrador, des référendums ont été organisés en 1995 et en 1997 afin d'obtenir une approbation populaire des modifications constitutionnelles relatives au régime des écoles confessionnelles. Patrick TAILLON, *Le référendum expression directe de la souveraineté du peuple ? Essai critique sur la rationalisation de l'expression référendaire en droit comparé*, Paris, Dalloz, 2012, p. 50 et 387.

Un tel référendum permettrait, premièrement, de confronter explicitement la légitimité des demandes du Québec au *statu quo* constitutionnel canadien, qui perdure et qui découle d'une constitution ayant été adoptée sans le consentement de l'Assemblée nationale, ce qui donnerait ainsi plus de force et plus de « solennité » aux revendications constitutionnelles du Québec. Deuxièmement, un référendum sectoriel aurait surtout l'avantage de forcer les autorités fédérales et provinciales à respecter l'obligation constitutionnelle de négocier de bonne foi les changements demandés par une majorité de Québécois, une obligation dont la Cour suprême du Canada a exposé les tenants et les aboutissants dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*¹⁴.

Or, si l'obligation de négocier de bonne foi une modification constitutionnelle conduisant à la sécession du Québec est aujourd'hui clairement admise, la question de savoir si cette obligation peut s'appliquer à la suite d'un référendum portant sur autre chose que la souveraineté du Québec n'a jusqu'ici fait l'objet que de très peu d'analyses. Quelques auteurs, tels José Woehrling¹⁵, Gérald-A. Beaudoin¹⁶ et Jean-François Gaudreault-Desbiens¹⁷, ont néanmoins pris position en faveur d'un large domaine d'application de l'obligation de négocier¹⁸. Toutefois, ces études et ces commentaires se sont surtout concentrés sur l'objet premier de cet avis de la Cour suprême, soit l'éventualité d'une troisième tentative de faire du Québec un pays souverain¹⁹. Ont été peu analysées jusqu'ici les questions

14. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 89-103.

15. José WOEHRLING, « Document complémentaire à l'étude intitulée "Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec", réalisée en 1991 à la demande du Secrétariat de la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec », vol. 2, Québec, Ministère du Conseil exécutif, 2002, p. 27, [En ligne], [www.saic.gouv.qc.ca/institutionnelles_constitutionnelles/mises_a_jour_etudes.htm] (1^{er} novembre 2011).

16. Gérald-A. BEAUDOIN avec la collab. de Pierre THIBAUT, *La constitution du Canada. Institutions. Partage des pouvoirs. Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 324.

17. Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « The Quebec Secession Reference and the Judicial Arbitration of Conflicting Narratives About Law, Democracy, and Identity », (1999) 23 *Vt. L. Rev.* 793, 834.

18. À l'opposé, des tenants de l'opinion inverse, tels Yves-Marie Morissette et Stéphane Dion, ont plutôt tenu pour acquis une définition très restrictive de son domaine d'application; nous y reviendrons, *infra*, section 1.2.1.

19. Pour d'autres travaux portant précisément sur l'hypothèse d'une sécession, voir notamment: Alan C. CAIRNS, « The Quebec Secession Reference: The Constitutional Obligation to Negotiate », (1998) 10 *Forum Const.* 26; Patrick J. MONAHAN, « The Legal Framework Governing Secession in Light of the Quebec *Secession Reference* », dans LAW SOCIETY OF UPPER CANADA, *Special Lectures 2001. Constitutional and Administrative Law*, Toronto, Irwin Law, 2002, p. 205; Benoit PELLETIER, « Le renvoi relatif à

relatives au domaine d'application à d'autres objets que la sécession de l'obligation constitutionnelle de négocier de bonne foi.

La question se pose donc de savoir si le gouvernement du Québec, ou tout autre gouvernement de la fédération, peut s'appuyer sur l'expression d'une majorité claire en réponse à une question claire portant sur un projet de réforme du fédéralisme pour contraindre les autres gouvernements de la fédération à entreprendre de bonne foi des négociations constitutionnelles. En d'autres termes, cette obligation constitutionnelle de négocier est-elle susceptible de s'appliquer à d'autres objets que la sécession? C'est la question à laquelle nous tenterons de répondre en nous efforçant d'analyser la nature et la portée de cette obligation, et plus particulièrement ses sources, ses fondements et son domaine d'application (1) de même que ses difficultés d'interprétation, son caractère directement exécutoire et sa «justiciabilité» (2).

1 Le domaine d'application de l'obligation de négocier : une obligation applicable à d'autres objets que la sécession

De l'ensemble des analyses consacrées au *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, trois thèses se dégagent implicitement des auteurs ayant de près ou de loin abordé la question qui nous occupe ici. Il y a d'abord ceux qui, dans l'esprit de la *Loi fédérale sur la clarté référendaire*²⁰, considèrent que l'obligation de négocier a une portée extrêmement limitée. Elle ne s'appliquerait qu'à l'hypothèse de la sécession et que dans la mesure où l'exigence de clarté du libellé de la question référendaire et celle de clarté de l'expression majoritaire auraient été au préalable satisfaites²¹. À l'opposé,

la sécession du Québec : conséquences juridiques et législatives», dans P. THIBAUT, B. PELLETIER et L. PERRET (dir.), préc., note 10, p. 369; Nicolas AUCLAIR, *La démocratie et la Loi sur la clarté : réflexions sur la règle de la majorité dans le cadre d'un référendum*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2002, [En ligne], [papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/bitstream/1866/2538/1/11449382.PDF] (1^{er} novembre 2011); Alexandre CLOUTIER, *Pour une constitutionnalisation du droit à la sécession au Canada*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2003, [En ligne], [papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/bitstream/1866/2379/1/11488911.PDF] (1^{er} novembre 2011); Daniel TURP, *La nation bâillonnée. Le plan B ou l'offensive d'Ottawa contre le Québec*, Montréal, VLB éditeur, 2000.

20. *Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec*, L.C. 2000, c. 26 (ci-après «*Loi fédérale sur la clarté référendaire*»).

21. Yves-Marie MORISSETTE, *Le Renvoi sur la sécession du Québec. Bilan provisoire et perspectives*, Montréal, Éditions Varia, 2001 p. 101; Stéphane DION, «Les citoyens ne veulent pas la sécession», *Le Figaro*, 1^{er} et 2 avril 2000, [En ligne], [archives.vigile.net/ds-souv/docs/00-4-1-dion.html] (1^{er} novembre 2011).

il y a ceux qui, à l'instar de José Woerhling, suggèrent que l'obligation de négocier soit non seulement applicable à des projets de modification constitutionnelle autres que la sécession, mais aussi qu'il ne soit nullement nécessaire de tenir au préalable un scrutin référendaire sur ces questions puisque le pouvoir constituant est formellement et en définitive exercé par les assemblées législatives²². Enfin, il y a ceux qui, comme Marc Chevrier²³, considèrent que l'obligation de négocier peut s'appliquer à d'autres projets de modification constitutionnelle adoptés par référendum.

Toujours est-il que l'obligation constitutionnelle de négocier de bonne foi une proposition de modification constitutionnelle voulue par une majorité claire de la population d'une province est, de notre point de vue, une obligation qui, en raison de sa nature, de ses sources et de ses fondements (1.1), s'applique non seulement à la sécession d'une province, mais aussi à d'autres projets de réforme du fédéralisme canadien (1.2).

1.1 Les sources et les fondements de l'obligation de négocier

L'obligation constitutionnelle de négocier trouve ses fondements dans divers aspects de la Constitution. En effet, même s'il s'agit à première vue d'une « création » jurisprudentielle formulée par la Cour suprême (1.1.1), l'obligation constitutionnelle de négocier est aussi la conséquence logique à la fois de principes sous-jacents à la Constitution (1.1.2) et de dispositions écrites tirées des lois constitutionnelles de 1982 et de 1867 (1.1.3).

1.1.1 Le Renvoi relatif à la sécession du Québec

L'obligation constitutionnelle de négocier a été explicitement énoncée par la Cour suprême lors du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. À l'origine de cet avis consultatif, se trouve l'initiative du gouvernement fédéral de saisir, un an après le référendum de 1995²⁴, la Cour suprême de

22. J. WOERHLING, préc., note 15, p. 27.

23. Marc CHEVRIER, « La République du Québec et sa constitution », *Argument*, vol. 10, n° 1, automne 2007, p. 159.

24. Rappelons que, lors du référendum québécois du 30 octobre 1995 (*souveraineté-partenariat*), 49,4 p. 100 des votes exprimés l'ont été en faveur du projet de souveraineté-partenariat contre 50,5 p. 100. Secouées par les résultats, les autorités fédérales vont mettre en œuvre au lendemain du référendum une vaste stratégie pour l'unité canadienne dont l'un des aspects consiste en la remise en cause du cadre juridique régissant le processus référendaire. Ce cadre juridique (essentiellement constitué de la *Loi sur la consultation populaire*, L.R.Q., c. C-64.1) avait pourtant été tacitement reconnu par le gouvernement fédéral lors des référendums de 1980 et de 1995 sur le projet de souveraineté et lors du référendum québécois de 1992 portant sur un projet de réforme du fédéralisme canadien (*Entente de Charlottetown*).

la conformité au droit canadien et au droit international d'une déclaration unilatérale d'indépendance qui aurait pu émaner du Québec. À la question de savoir si la sécession unilatérale d'une province était permise par la Constitution du Canada, la Cour suprême a considéré à l'unanimité que, en vertu du droit canadien, la sécession unilatérale d'une province ne pourrait être réalisée *unilatéralement*, c'est-à-dire *sans négociations préalables*²⁵. Dans les motifs de son avis, la Cour suprême reconnaît du même souffle que le droit constitutionnel canadien n'interdit cependant pas la sécession d'une province²⁶. Qui plus est, elle impose même aux représentants de l'État fédéral et des provinces une « obligation constitutionnelle de négocier de bonne foi » avec le Québec les changements constitutionnels nécessaires à la mise en œuvre de la volonté démocratiquement exprimée par une majorité de Québécois de faire sécession.

Cette obligation, loin d'être sans conséquence, a été qualifiée par plusieurs experts de « stunning new element²⁷ », « the nub²⁸ », « the centre-

25. Au paragraphe 86 du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 14 (l'italique est de nous), la Cour suprême définit en effet ce qu'elle entend par l'expression « sécession unilatérale » :

Le caractère « unilatéral » de l'acte est de première importance, et il faut bien comprendre le sens donné à ce mot. Dans un sens, toute démarche faite par un acteur unique sur le plan constitutionnel en vue de parvenir à une modification de la Constitution est « unilatérale ». Nous ne pensons pas que tel soit le sens visé dans la question 1, ni le sens donné dans les arguments présentés devant nous. Ce qui est revendiqué comme droit de faire « unilatéralement » sécession est plutôt le *droit de procéder à la sécession sans négociations préalables* avec les autres provinces et le gouvernement fédéral.

Comme le souligne José Woehrling, cette définition du concept de *sécession unilatérale* « constitue un point tournant du jugement, car la Cour prête au mot “unilatéralement” un sens manifestement différent de celui que lui donnait le gouvernement fédéral qui a formulé la question ». Du point de vue de la Cour suprême, une sécession unilatérale serait donc une sécession « sans négociations préalables avec les autres provinces et le gouvernement fédéral » : J. WOEHRLING, préc., note 15, p. 67 et 68 ; Daniel TURP et Gibran VAN ERT, « International Recognition in the Supreme Court of Canada's *Québec Reference* », (1998) 36 A.C.D.I. 335.

26. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 14, par. 92.

27. Peter W. HOGG, « The Duty to Negotiate », (1999) 7 *Canada Watch* 1, 34.

28. Mary DAWSON, « Reflections on the Opinion of the Supreme Court of Canada in the *Quebec Secession Reference* », (1999-2000) 11 *R.N.D.C.* 5, 31.

piece²⁹ » et d'« innovation cruciale³⁰ » de ce jugement³¹. Elle a surpris, car la Cour suprême formulait ainsi une nouvelle règle de droit sans même que cette dernière lui ait été proposée lors des plaidoiries³².

Depuis, le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* est considéré par plusieurs comme « un des renvois les plus significatifs de notre histoire³³ ». Il en est ainsi non seulement en raison des enjeux politiques et juridiques en cause et de l'importance que peut représenter pour un État l'éventuelle sécession d'un État membre de la fédération, mais aussi et surtout en raison des principes « implicites » ou « sous-jacents » à la Constitution énoncés et reconnus par la Cour suprême dans cet avis et qui s'imposent comme une source de normes non écrites à valeur supralégislative.

1.1.2 Les principes sous-jacents à la Constitution

Pour légitimer et justifier cette nouvelle obligation de négocier, la Cour suprême a fait appel à des règles constitutionnelles non écrites : les principes « sous-jacents » à la Constitution. Ces principes, selon les termes de la Cour suprême, « inspirent et nourrissent le texte de la Constitution : ils en sont les prémisses inexprimées³⁴ ». Ils témoignent d'une « architecture interne³⁵ » ou d'une « structure constitutionnelle fondamentale³⁶ ». Pour résoudre les questions en litige dans le *Renvoi relatif à la sécession*, la Cour suprême met en évidence cinq principes sur lesquels elle construit l'essentiel de son raisonnement et de ses motifs, soit le fédéralisme, la démocratie, le respect des droits des minorités, le constitutionnalisme et la primauté du droit.

29. Patrick J. MONAHAN, « The Public Policy Role of the Supreme Court of Canada in the *Secession Reference* », (1999-2000) 11 *R.N.D.C.* 65, 66.

30. Guy TREMBLAY, « La procédure implicite de modification de la Constitution du Canada pour le cas de la sécession du Québec », (1998) 58 *R. du B.* 423, 427.

31. Rare analyse discordante : le professeur émérite Jacques-Yvan Morin, qui a été notamment vice-premier ministre et ministre des Affaires intergouvernementales du Québec, juge que cette obligation existait déjà « selon la Constitution existante ». Voir Jacques-Yvan MORIN, « Le rôle politique de la Cour suprême dans le débat sur le droit de sécession du Québec », dans Mary Jane MOSSMAN et Ghislain OTIS (dir.), *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 161, à la page 163 ; Peter W. Hogg, pour sa part, a conclu que la décision de la Cour suprême « simply converts political reality into a legal rule » : P.W. HOGG, préc., note 27, 35.

32. P.J. MONAHAN, préc., note 29, 103.

33. G.-A. BEAUDOIN, préc., note 16, p. 154.

34. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 14, par. 49.

35. *Id.*, par. 50.

36. *Le procureur général de l'Ontario c. SEFPO*, [1987] 2 R.C.S. 2, par. 151.

Le rôle et la portée juridique des principes « sous-jacents » ont été définis très largement par la Cour suprême³⁷. Il s'agit clairement de principes de rang supralégislatif³⁸ qui ont pour objet non seulement de guider l'interprétation faite par les tribunaux des textes constitutionnels³⁹, mais aussi de combler les « vides » et les « lacunes » desdits textes⁴⁰, les tribunaux allant même jusqu'à en dériver des obligations constitutionnelles qui, bien qu'elles ne soient pas écrites, n'en sont pas moins contraignantes. Sur ce point, les motifs de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* ne laissent subsister aucun doute :

Des principes constitutionnels sous-jacents peuvent, dans certaines circonstances, donner lieu à des *obligations juridiques substantielles* (ils ont « *plein effet juridique* » selon les termes du *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, 845) qui posent des *limites substantielles à l'action gouvernementale*. Ces principes peuvent donner naissance à des *obligations très abstraites et générales*, ou à des *obligations plus spécifiques et précises*. Les principes ne sont pas simplement descriptifs; ils sont aussi *investis d'une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements*⁴¹.

Cet extrait apporte des précisions importantes relatives à la nature des obligations qui découlent des principes sous-jacents. Ces derniers sont susceptibles de donner naissance tant à « des obligations très abstraites et générales » (comme les principes de la démocratie, du fédéralisme ou de la primauté du droit) qu'à des « obligations plus spécifiques et précises » (telle que l'obligation de négocier). Cela dit, peu importe le degré d'abstraction ou de précision des obligations juridiques qui découlent des principes sous-jacents, il s'agit dans tous les cas d'obligations de rang supralégislatif et aux effets directement exécutoires. De plus, l'emploi par la Cour suprême de termes tels que « obligations juridiques substantielles » dotées d'une « force normative puissante », ayant un « plein effet juridique » et imposant des « limites substantielles à l'action gouvernementale » témoigne de toute

37. H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 2, p. 240 et 794; Olivier COURTEMANCHE, *Les principes constitutionnels implicites. Étude jurisprudentielle de leur nature, de leur rôle et de leur autorité*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2008, p. 103 et 104, [En ligne], [ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=a1808007] (1^{er} novembre 2011); Patrick J. MONAHAN, *Constitutional Law*, 3^e éd., Toronto, Irwin Law, 2006, p. 7-9 et 490.

38. H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 2, p. 213.

39. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 14, par. 52: « Ces principes guident l'interprétation du texte et la définition des sphères de compétence, la portée des droits et obligations ainsi que le rôle de nos institutions politiques. »

40. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 104.

41. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 14, par. 54 (l'italique est de nous).

évidence de la portée juridique fondamentale des principes sous-jacents et de leur caractère supralégislatif.

Dans le cas de l'obligation constitutionnelle de négocier, ce sont précisément les principes du fédéralisme et de la démocratie qui en constituent les premiers fondements⁴². Sur ce point, la Cour suprême énonce ceci :

Le principe du fédéralisme, joint au principe démocratique, exige que la répudiation claire de l'ordre constitutionnel existant et l'expression claire par la population d'une province du désir de réaliser la sécession donnent naissance à une obligation réciproque pour toutes les parties formant la Confédération de négocier des modifications constitutionnelles en vue de répondre au désir exprimé⁴³.

Or, même si la Cour suprême insiste dans cet extrait sur le contexte particulier de la sécession d'une province, elle admet du même souffle qu'il s'agit là, non pas d'une exception propre au contexte particulier de la sécession, mais bien d'une obligation « inhérente au principe démocratique » et d'un « précepte fondamental de notre système de gouvernement⁴⁴ ». Vue ainsi, l'obligation constitutionnelle de négocier apparaît comme la conséquence logique et directe de principes formulés en des termes généraux et d'un souci de la Cour suprême de concilier ces principes les uns par rapport aux autres⁴⁵.

Loin de proposer une solution exceptionnelle applicable à un cas isolé, le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* s'appuie donc sur des principes et un raisonnement formulés en termes généraux susceptibles d'être tout aussi valables et tout aussi applicables à d'autres éventualités que celle de la sécession d'une province. Les principes de la *démocratie*, du *fédéralisme*, de la *protection des minorités*, de la *primauté du droit* et du *constitutionnalisme* ont d'ailleurs été utilisés par les tribunaux dans d'autres contextes afin de résoudre des litiges d'ordre constitutionnel⁴⁶. À ces principes s'en

42. J. WOEHRING, préc., note 15.

43. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 14, par. 88.

44. *Id.*, par. 69.

45. O. COURTEMANCHE, préc., note 37, p. 133.

46. À propos du principe de la primauté du droit : *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121 ; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212 ; À propos du principe du fédéralisme : *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, [2005] 2 R.C.S. 669, par. 10 ; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3 ; Eugénie BROUILLET, « Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada : quelques réflexions sur le principe d'exclusivité des pouvoirs », (2010) 3 R.Q.D.C. 1, 3-7 ; O. COURTEMANCHE, préc., note 37, p. 97.

sont aussi ajouté d'autres, comme l'*indépendance judiciaire*⁴⁷ ou l'*honneur de la Couronne*⁴⁸, qui ont été employés pour sanctionner diverses mesures législatives ou gouvernementales relatives à la sécurité financière des juges des cours provinciales ou encore pour promouvoir l'autonomie des peuples autochtones⁴⁹.

Tout compte fait, le recours aux principes sous-jacents et aux obligations juridiques qui en découlent pour justifier l'existence de l'obligation constitutionnelle de négocier n'a rien d'exceptionnel dans la mesure où il s'agit d'une source de droit à valeur supralégislative qui doit s'appliquer—bien au-delà de la situation limite que peut représenter la sécession d'une province—à toutes les situations où cela est nécessaire et pertinent en vue de la résolution d'un litige.

1.1.3 Les lois constitutionnelles de 1867 et de 1982

Outre les principes sous-jacents, l'obligation constitutionnelle de négocier apparaît aussi comme le complément logique et nécessaire de dispositions de la Constitution écrite. C'est du moins l'argument avancé par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. Celle-ci établit d'abord un lien entre l'existence de normes constitutionnelles non écrites ayant pour objet de compléter le dispositif mis en place par les textes constitutionnels et le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* où il est fait mention du «désir de contracter une Union fédérale [...] avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni⁵⁰». Bien entendu, cette formule a depuis longtemps été interprétée

47. *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, [2002] 1 R.C.S. 405, par. 69; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, préc., note 40; *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*, [2005] 2 R.C.S. 286.

48. *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 104 (motifs de la juge Deschamps et non contredits sur ce point par les juges de la majorité). Voir aussi : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

49. Cela dit, ce n'est pas parce que les principes sous-jacents conduisent parfois à l'annulation d'un acte infraconstitutionnel que les tribunaux vont procéder ainsi chaque fois que cet argument leur est soumis, comme en témoignent les arrêts suivants : *Baie D'Urfé (Ville) c. Québec (Procureur général)*, [2001] R.J.Q. 2520 (C.A.); *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, [2007] 1 R.C.S. 873, par. 17; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3, par. 55 et 56; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473, par. 44-56.

50. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), préambule.

comme fondement des normes constitutionnelles non écrites dont les tribunaux sont chargés de l'interprétation⁵¹.

La Cour suprême s'appuie ensuite sur le contenu de l'article 46 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, article qui accorde à toutes les provinces un droit d'entamer une procédure de modification constitutionnelle. Et, la Cour suprême n'hésite pas à établir un lien logique entre l'obligation de négocier et le contenu de l'article 46 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui traite du droit d'initiative :

La *Loi constitutionnelle de 1982* exprime ce principe en conférant à chaque participant de la Confédération le droit de prendre l'initiative d'une proposition de modification constitutionnelle. À notre avis, l'existence de ce droit impose aux autres participants de la Confédération l'obligation réciproque d'engager des discussions constitutionnelles pour tenir compte de l'expression démocratique d'un désir de changement dans d'autres provinces et d'y répondre⁵².

Autrement dit, pour que le droit d'initiative constitutionnelle puisse produire tous ses effets et avoir une quelconque portée, ce droit doit nécessairement s'accompagner d'une obligation corrélatrice des autres États membres de la fédération de considérer l'initiative constitutionnelle et d'entreprendre, de bonne foi, des pourparlers en vue de négocier un accord. L'obligation de négocier apparaît donc comme le complément logique du droit d'initiative prévu par le texte de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

1.2 Le caractère «transférable» de l'obligation de négocier

Il ressort de la jurisprudence de la Cour suprême, des principes sous-jacents à la Constitution et de l'article 46 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* que chaque gouvernement dispose d'un droit d'entamer une procédure de modification constitutionnelle et que ce droit entraîne comme corollaire, pour l'ensemble des gouvernements de la fédération, une obligation à négocier de bonne foi le contenu et les modalités de différentes réformes constitutionnelles. Il reste maintenant à préciser le domaine d'application

51. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 14, par. 51; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, préc., note 40, par. 95; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, par. 113; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, préc., note 46, par. 63; H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 2, p. 210 et 240; Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec. Du régime français à nos jours*, t. 1 «Études», Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 165-168; O. COURTEMANCHE, préc., note 37, p. 48-51, 60-63 et 77-82; S.M. CORBETT, «Reading the Preamble to the *British North America Act, 1867*», (1998) 9 *Forum Const.* 42.

52. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 14, par. 69.

de cette obligation et les contours de ses faits générateurs. Il s'agit en quelque sorte de démontrer que l'obligation constitutionnelle de négocier est une obligation qui s'impose en toutes circonstances, et ce, peu importe l'objet du référendum par lequel s'exprime la volonté de changement. Nous comptons donc défendre ici l'idée selon laquelle l'obligation constitutionnelle de négocier doit s'appliquer à toutes les propositions de réforme constitutionnelle voulues par une majorité claire de la population d'une province. C'est, de notre point de vue, ce qui se dégage de la majeure partie de la doctrine (1.2.1), du comportement des acteurs politiques (1.2.3) et aussi de la logique juridique qui caractérise le raisonnement de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* (1.2.2).

1.2.1 L'argument logique et son interprétation doctrinale

Parce qu'elle s'appuie sur des principes généraux ayant une portée et un rang supralégislatif, l'obligation constitutionnelle de négocier a vocation à s'appliquer à l'ensemble des initiatives constitutionnelles approuvées par une majorité claire de la population d'une province à l'occasion d'un référendum. «Une voie ouverte» par le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, mais qui est à ce jour «demeurée inexploitée» soulignait en 2008 André Binette, avocat, qui a été conseiller du Conseil exécutif du gouvernement du Québec, notamment lors de la période référendaire de 1995⁵³. Sur ce point, l'analyse du professeur José Woehrling est catégorique:

Si l'obligation de négocier s'applique à une demande de modification pour la sécession d'une province, dont l'effet serait de remettre en cause le fonctionnement du système constitutionnel en vigueur, voire son existence, elle vaut également, à plus forte raison, pour les propositions s'inscrivant dans le fonctionnement normal et continu du système, comme celles par exemple qui portent sur le renouvellement du fédéralisme ou la reconnaissance du caractère distinct du Québec⁵⁴.

Patrick Monahan semble d'ailleurs partager cet avis lorsqu'il s'interroge sommairement sur le domaine d'application de l'obligation de négocier:

If a referendum on sovereignty can create constitutional duties on the basis that it ascertains «the views of the electorate on important political questions, the same can surely be said of referendums on other subjects», whether it be the election of senators, the creation of a unified «mega-city» in the Toronto area, or

53. «[L]e Renvoi admet pour la première fois en droit canadien que la souveraineté populaire peut être la source d'une légalité nouvelle et peut s'imposer aux divers gouvernements et législateurs. Le Renvoi s'applique à toute modification de la Constitution canadienne qui est appuyée par la majorité des Québécois»: André BINETTE, «Quelle constitution pour le Québec?», *L'aut'journal*, 19 mars 2008, [En ligne], [lautjournal.info/default.aspx?page=3&NewsId=705] (14 mai 2012).

54. J. WOEHRLING, préc., note 15, p. 27.

the abolition of the monarchy [...] If, on the other hand, such is not the case and only referendums on certain subjects can create constitutional obligations, then we are left to wonder how there could any principled distinction between those referendums that can create legal duties and those that cannot⁵⁵.

L'analyse de Patrick Monahan témoigne effectivement de la difficulté de définir, si ce n'est qu'à l'ensemble des projets de modification constitutionnelle voulus par une majorité claire de la population d'une province, le domaine d'application de l'obligation de négocier. Après tout, il revient au peuple, s'exprimant directement par référendum ou indirectement par l'entremise de ses représentants, de légitimement « dire ce qu'il convient de mettre dans la Constitution⁵⁶ ». Nous voyons mal comment la Cour pourrait concrètement tracer une ligne entre, d'un côté, les sujets suffisamment « sérieux », « importants » ou « fondamentaux » pour entraîner la mise en œuvre de l'obligation constitutionnelle de négocier et, de l'autre, les sujets jugés trop « secondaires » pour lesquels l'obligation de négocier ne s'appliquerait pas⁵⁷. Y procéder reviendrait en définitive à porter un jugement de nature politique sur l'opportunité de tel ou tel projet de modification. Il est très certainement plus logique et plus cohérent de considérer l'obligation de négocier comme une obligation applicable à des projets de modification autres que la sécession d'une province.

C'est d'ailleurs le point de vue qui semble se dégager de l'essentiel de la doctrine juridique. En effet, à l'occasion de leurs analyses des motifs de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la plupart des observateurs ont conclu que le plus haut tribunal du pays venait créer une obligation de négocier applicable dans d'autres circonstances que celles de la sécession d'une province. « The Court's very broad comments seem to indicate that this duty could apply to contexts other than the secession of a province⁵⁸ », reconnaissait par exemple en 1999 Jean-François Gaudreault-Desbiens, alors professeur à l'Université McGill. Même point de vue chez Dwight Newman pour qui l'obligation de négocier englobe plus que le seul

55. P.J. MONAHAN, préc., note 29, 90.

56. En définitive, la seule méthode légitime permettant de distinguer ce qui est fondamental de ce qui ne l'est pas demeure encore celle qui repose sur l'arbitrage direct du peuple souverain. De cette façon, toute confiance est faite au peuple titulaire de la souveraineté dans l'État. Jean-Marie DENQUIN, *Référendum et plébiscite. Essai de théorie générale*, Paris, L.G.D.J., 1976, p. 292 ; Jean-François AUBERT, « La Constitution, son contenu, son usage », (1991) 110 *Revue de droit suisse* 9, 46.

57. Sur le plan pratique, il n'est guère simple de s'entendre sur l'identification de ce qui est fondamental. Une telle entreprise se heurte rapidement à la grande variété des conceptions de chacun. Michèle GUILLAUME-HOFNUNG, *Le référendum*, coll. « Que sais-je ? », Paris, Presses universitaires de France, 1987, p. 35 ; J.-F. AUBERT, préc., note 56, 36.

58. J.-F. GAUDREULT-DESBIEWS, préc., note 17, 833 et 834.

enjeu de l'indépendance: «The Court's holding is arguably broader [...] This arguably opens the door to all manner of duties to negotiate⁵⁹.» Ce que confirme du reste Gérard-A. Beaudoin: «La Cour étend même cette obligation à toute demande légitime de modification de la Constitution du Canada⁶⁰.»

Les rares auteurs laissant entendre le contraire ont par ailleurs pour caractéristique d'inscrire leur argument dans le contexte de réflexions entourant l'adoption du projet de loi n° C-20 sur la «clarté» référendaire, projet de loi qui, pour des raisons politiques, tente incidemment de limiter le plus possible le domaine d'application de l'obligation. Pour ce faire, la *Loi fédérale sur la clarté référendaire* établit de façon restrictive les conditions dans lesquelles le Parlement fédéral pourrait s'engager à donner suite à la volonté exprimée à l'occasion d'un référendum ayant pour objet de faire du Québec un pays souverain⁶¹.

Afin de soutenir cette thèse, Yves-Marie Morissette cite le paragraphe 88 du *Renvoi relatif à la sécession du Québec* de 1998 où la Cour suprême affirme que l'obligation de négocier ne peut être déclenchée que par «l'expression claire [...] du désir de réaliser la sécession⁶²». L'auteur en conclut du même souffle que l'obligation de négocier est «étroitement circonscrite par la décision de la Cour⁶³». Dans la même optique, Stéphane Dion, alors ministre des Affaires intergouvernementales du Canada, semblait lui aussi accorder une portée étroite à l'obligation de négocier, comme en témoigne cet extrait: «Selon la Cour, l'obligation de négocier une telle sécession n'existe *que si* une majorité claire de la population d'une province a exprimé sa volonté, de cesser de faire partie du Canada, en réponse à une question claire *sur la sécession*⁶⁴.»

L'obligation constitutionnelle de négocier serait, à en croire cet extrait, limitée aux circonstances exceptionnelles que peut représenter la sécession

59. DWIGHT NEWMAN, «Reconstituting Promises to Negotiate in Canadian Constitution-Making», (1999) 10 *R.N.D.C.* 1, 17.

60. G.-A. BEAUDOIN, préc., note 16, p. 324.

61. Rappelons que, à la suite du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, le Parlement fédéral a adopté la *Loi fédérale sur la clarté référendaire* par laquelle le Parlement fédéral s'attribue unilatéralement le pouvoir de statuer sur la clarté d'une question référendaire rédigée par une province dès lors que le référendum a pour objet la sécession de la province. Selon les termes de cette loi (article 1), le Parlement fédéral doit, par résolution, déterminer si la question permet à la population de la province «de déclarer clairement si elle veut ou non que celle-ci cesse de faire partie du Canada et devienne un État indépendant».

62. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 14, par. 88.

63. Y.-M. MORISSETTE, préc., note 21, p. 101.

64. S. DION, préc., note 21 (l'italique est de nous).

d'une province, d'une part, et strictement conditionnée par les exigences de clarté de la question et de clarté des résultats, d'autre part.

Ce serait, en ce qui nous concerne, une erreur que de définir le champ d'application de l'obligation de négocier à la lumière de la *Loi fédérale sur la clarté référendaire*. D'une part, parce que, cette loi n'a — ni de près ni de loin — vocation à s'appliquer aux référendums portant sur des modifications constitutionnelles autres que la sécession du Québec⁶⁵. D'autre part, parce que le contrôle mis en place par le Parlement fédéral dans cette loi veut en fait réduire indûment la portée de l'obligation constitutionnelle de négocier en posant des conditions préalables à cette négociation qui, à certains égards, contredisent l'esprit, sinon la lettre, des motifs de la Cour suprême où est valorisée au contraire la négociation⁶⁶.

Tout compte fait, la Cour suprême a défini de manière large et libérale le domaine d'application de l'obligation de négocier. Une lecture globale du *Renvoi relatif à la sécession du Québec* le prouve : les institutions démocratiques du Canada permettent un « processus continu de discussion et d'évolution⁶⁷ » écrivent d'abord les juges du plus haut tribunal. Mentionnant ensuite le droit d'initiative prévu dans l'article 46 (1) de la

65. En effet, tant dans le préambule que dans les trois articles de la *Loi fédérale sur la clarté référendaire*, il est toujours fait référence uniquement à l'hypothèse d'un référendum qui aurait pour objet d'approuver la sécession d'une province.

66. La *Loi fédérale sur la clarté référendaire* a, dans cet esprit, été rédigée de manière à écarter à l'avance certains types de questions référendaires. En effet, cette loi précise qu'une question portant sur un « mandat de négocier » ou comprenant une « offre de négocier » un accord politique ou économique ne peut d'aucune façon être considérée par les autorités fédérales comme une question claire. Suivant les termes de cette loi, des projets nuancés, des projets comportant la recherche d'un compromis entre l'indépendance et le *statu quo* ou des projets proposant une conception plus souple et plus contemporaine de la souveraineté (par exemple, une souveraineté « partagée » dans une structure supraétatique) sont donc tout simplement considérés comme nuls et sans effet par le Parlement fédéral. Or, cet aspect de la *Loi fédérale sur la clarté référendaire* est évidemment critiquable. Il est possible de se demander si le Parlement fédéral ne confond pas tout simplement la *clarté* avec la *radicalité* des termes du débat. Alors que la jurisprudence de la Cour suprême insiste constamment sur l'obligation de négocier les changements constitutionnels voulus par une majorité claire, les autorités fédérales s'empressent par l'adoption de cette loi d'écarter l'obligation de négocier dès lors que les termes d'une question ne sont pas jugés suffisamment radicaux. Dénonçant cela, José Woehrling écrit, à juste titre, que « le rejet d'une question comportant un mandat de négocier paraît heurter l'esprit de la décision de la Cour suprême », car après tout s'il y a un élément sur lequel la Cour suprême insiste dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, c'est bien la « nécessité que la sécession fasse l'objet d'une négociation » : J. WOEHRLING, préc., note 15, p. 78 et 127 ; Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 246.

67. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 14, par. 150.

Loi constitutionnelle de 1982, ils poursuivent en soulignant que ce droit emporte l'« obligation réciproque » des autres participants d'engager des discussions sur tout projet légitime de modification de l'ordre constitutionnel⁶⁸. Enfin, les magistrats reprennent cette formule : « La tentative légitime, par un participant de la Confédération, de modifier la Constitution a pour corollaire l'obligation faite à toutes les parties de venir à la table des négociations⁶⁹. » Or, l'emploi de termes aussi généraux et englobants témoigne de la volonté de la Cour suprême de définir une obligation ayant vocation à s'appliquer dans d'autres circonstances que celles de la sécession d'une province.

1.2.2 L'argument téléologique et la prise en considération du contexte

Le contexte dans lequel la Cour suprême a rendu son avis apporte aussi un éclairage utile quant à l'« intention » qui a pu l'inspirer et la guider dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. Cette intention transparaît à maintes reprises dans les motifs de la Cour suprême. Il s'agit de faire de l'obligation de négocier l'élément central du dispositif. Il en est ainsi essentiellement pour des motifs contextuels : premièrement, sur le plan pratique, parce que seule l'obligation de négocier permet de concilier les différents principes sous-jacents ; deuxièmement, sur le plan philosophique, parce que celle-ci traduit concrètement la conception délibérative de la légitimité qu'épouse à bien des égards la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* ; et, troisièmement, sur le plan des pratiques politiques, parce que l'obligation de négocier introduit une dose de flexibilité dans un processus de modification constitutionnelle qui, étant extrêmement rigide, en a forcément besoin.

1.2.2.1 L'impératif de conciliation des principes sous-jacents

Sur le plan pratique, l'intention de la Cour suprême est la suivante : concilier des principes sous-jacents considérés comme fondamentaux et, à certains égards, « menacés » par l'hypothèse d'une sécession menée sans négociation préalable. Il s'agit en quelque sorte d'éviter le « pire », et le « pire », aux yeux de la Cour suprême, serait — non pas tant que le Québec devienne un pays —, mais plutôt qu'un tel changement entraîne la négation pure et simple de l'un des principes sous-jacents.

Ce risque ne découle pas, selon nous, du caractère exceptionnel de la sécession, mais bien plus généralement du recours au référendum, qui a

68. *Id.*, par. 69.

69. *Id.*, par. 88.

pour effet de rendre plus explicite et plus problématique la tension entre l'idéal démocratique de souveraineté du peuple et les autres principes juridiques fondamentaux qualifiés de principes sous-jacents par la Cour suprême. Ainsi, lorsqu'une forte volonté de changement s'exprime par référendum, le respect des principes sous-jacents est d'autant plus difficile à assurer que la négation de l'un ou l'autre des principes (par exemple, la primauté du droit) se trouve en quelque sorte justifiée au regard d'un autre principe sous-jacent (soit la démocratie entendue au sens de la volonté majoritaire du peuple)⁷⁰.

Il devient donc indispensable, aux yeux des juges de la Cour suprême, de déterminer les conditions procédurales assurant la prise en considération et le respect de l'ensemble des principes sous-jacents dont ils sont les gardiens. C'est pourquoi la Cour suprême insiste tant sur l'obligation de négocier. Les paragraphes 91 à 93 de l'avis illustrent d'ailleurs parfaitement cette préoccupation qui anime la Cour suprême. Après avoir rejeté soigneusement les prétentions de chaque partie, la Cour suprême traite de l'obligation de négocier comme s'il s'agissait en dernière analyse du seul instrument permettant de réconcilier et de pondérer l'ensemble des principes :

Comme nous l'avons souligné, on ne peut invoquer le principe de la démocratie pour écarter les principes du fédéralisme et de la primauté du droit, les droits de la personne et des minorités, non plus que le fonctionnement de la démocratie dans les autres provinces ou dans l'ensemble du Canada [...].

Toutefois, il nous est tout aussi impossible d'accepter la proposition inverse, selon laquelle une expression claire de la part de la population du Québec d'une volonté d'autodétermination n'imposerait aucune obligation aux autres provinces ou au gouvernement fédéral [...].

Peut-on concilier le rejet de ces deux propositions ? Oui, si l'on comprend bien qu'aucun des droits ou principes en question ici n'est absolu et qu'aucun ne peut exclure les autres [...] Le processus de négociation qui découlerait d'une décision d'une majorité claire de la population du Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire, exigerait la conciliation de divers droits et obligations par les représentants de deux majorités légitimes⁷¹.

70. P. TAILLON, préc., note 13 ; Marthe FATIN-ROUGE STÉFANINI, *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, Paris, Economica, 2004 ; Marthe FATIN-ROUGE STÉFANINI, « Le référendum et la protection des droits fondamentaux », (2003) 53 *Rev. fr. dr. constl.* 73 ; Francis HAMON, « *Vox imperatoris, vox populi ?* (réflexion sur la place du référendum dans un État de droit) », dans *L'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 389 ; COMMISSION EUROPÉENNE POUR LA DÉMOCRATIE PAR LE DROIT, *Justice constitutionnelle et démocratie référendaire. Actes du Séminaire UniDem organisé à Strasbourg les 23 et 24 juin 1995*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1996.

71. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 14, par. 91-93 (l'italique est de nous).

L'intention ferme de la Cour suprême est d'assurer—par la négociation—un processus favorisant, en toutes circonstances, le respect de l'ensemble des principes sous-jacents. C'est donc une réflexion qui dépasse largement le cas isolé de la sécession d'une province et qui a vocation à s'appliquer à l'ensemble des propositions de modification constitutionnelle susceptibles—comme c'est particulièrement le cas des projets préalablement approuvés par référendum—d'opposer des principes sous-jacents les uns aux autres.

1.2.2.2 La conception délibérative de la légitimité défendue par la Cour suprême du Canada

Sur le plan philosophique, l'importance considérable accordée par la Cour suprême à l'obligation de négocier correspond, à bien des égards, à la traduction institutionnelle d'une conception délibérative de la légitimité. Cette conception délibérative, qui domine dans le raisonnement de la Cour, se traduit notamment par le souci constant de jeter les bases, par la négociation, d'un dialogue permanent.

L'approche délibérative est en fait fondée sur une conception communicationnelle du politique et sur un principe procédural, soit la discussion et le dialogue⁷². Suivant ce modèle, la communication, la négociation et la délibération tous azimuts deviennent source de légitimité et de rationalité tant pour la formulation des règles de droit que pour le fonctionnement des institutions politiques⁷³. L'objectif poursuivi est donc le suivant : organiser les processus décisionnels de manière que ce soit le poids rationnel du meilleur argument qui l'emporte plutôt que le rapport de force, la séduction rhétorique ou le simple affrontement d'intérêts divergents⁷⁴.

Est alors légitime, non pas la volonté unilatérale d'une institution, mais bien ce qui résulte des processus de discussion, de négociation et d'argu-

72. En pratique, écrit Jürgen Habermas, «seuls comptent les effets perlocutoires susceptibles d'être obtenus par l'emploi de raisons : elles sont des moyens permettant au système juridique de se convaincre du bien-fondé de ses décisions» : Jürgen HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 65.

73. Axée sur la manière dont sont prises les décisions politiques, cette approche mise sur un processus continu de discussion et de délibération à travers lequel est censée émerger une raison commune.

74. L'approche délibérative cherche ainsi à générer des compromis résultant de la discussion et de la délibération plutôt que de la confrontation des intérêts et des rapports de force. André DUHAMEL et Daniel WEINSTOCK, «Pourquoi la démocratie délibérative», dans A. DUHAMEL, D. WEINSTOCK et Luc B. TREMBLAY (dir.), *La démocratie délibérative en philosophie et en droit : enjeux et perspectives*, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. XIII, aux pages XVII-XIX ;

mentation⁷⁵. En d'autres termes, l'intensité et la qualité des débats font la légitimité de la décision politique et des actes juridiques qui en découlent. Les compromis et les accommodements réciproques représentent alors des instruments privilégiés pour résoudre, par le dialogue et la négociation, les désaccords qui caractérisent la vie politique⁷⁶.

C'est donc une approche qui, mettant l'accent sur « une éthique de la discussion⁷⁷ » et sur la création d'un espace de délibération et de négociation rationnelle, s'inscrit en harmonie avec le raisonnement proposé par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁷⁸. En effet, le souci de privilégier (par la négociation) un dialogue d'égal à égal où les parties seraient contraintes de concilier un ensemble d'arguments fondés sur des principes rationnels (c'est-à-dire les principes sous-jacents) ressort notamment de l'extrait suivant :

Le processus de négociation qui découlerait d'une décision d'une majorité claire de la population du Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire, exigerait la *conciliation de divers droits et obligations* par les représentants de *deux majorités légitimes*, à savoir une claire majorité de la population du Québec et une claire majorité de l'ensemble du Canada quelle qu'elle soit. On ne peut admettre que l'une ou l'autre de ces majorités l'emporte sur l'autre⁷⁹.

Vue ainsi, l'obligation constitutionnelle de négocier apparaît comme une invitation, faite à chaque gouvernement, à regarder au-delà de ses intérêts. Or, si cette intention de favoriser le dialogue est utile, pertinente et nécessaire advenant l'expression par référendum d'une volonté favorable

75. Il s'agit d'une méthode qui, s'appuyant sur une délibération qui se veut la plus efficiente et systématique possible, tend à accroître la légitimité et l'acceptabilité sociale d'une norme.

76. Pierre-Yves BONIN, « La démocratie délibérative de Gutmann et Thompson », dans A. DUHAMEL, D. WEINSTOCK et L.B. TREMBLAY (dir.), préc., note 74, p. 33, à la page 45.

77. *Id.*, à la page 35.

78. Ce préjugé de la Cour suprême en faveur du dialogue et de la négociation s'explique en partie par une volonté d'apaisement. Le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* ayant été écrit peu de temps après le référendum de 1995, il est possible que l'un des objectifs politiques implicites poursuivis par le plus haut tribunal ait été de rétablir les ponts et d'offrir une issue à l'impasse politique et constitutionnelle qui caractérise les rapports entre le Québec et le Canada. Ainsi, pour le procureur fédéral qui a plaidé la cause, la Cour suprême a en effet voulu créer pour le Québec un espace de dialogue à l'intérieur du droit. Il écrit ceci : « Le jugement de la Cour suprême les invite à rentrer au bercail. » Voir Warren J. NEWMAN, « Le *Renvoi relatif à la Sécession du Québec*, la primauté du droit et la position du procureur général du Canada », (1999) 7 *Canada Watch* 81, 108. Dans la même optique, Nathalie Des Rosiers ajoute que l'arrêt « allows for the debate to continue without shutting up one participant » : Nathalie DES ROSIERS, « From Québec Veto to Québec Secession : The Evolution of the Supreme Court of Canada on Québec-Canada Disputes », (2000) 13 *Can. J.L. Juris.* 171, 182.

79. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 14, par. 93 (l'italique est de nous).

à l'idée de faire du Québec un pays souverain, elle l'est tout autant sinon encore davantage, du moins dans la perspective qui est celle de la Cour suprême, advenant un référendum sectoriel portant sur des propositions de modification constitutionnelle susceptibles d'entraîner l'adhésion du Québec à la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Après tout, le point déterminant quant à l'obligation de négocier n'est pas tant l'objet du scrutin (sécession ou réforme du fédéralisme), mais l'idée que ces résultats doivent produire un dialogue constructif permettant de concilier la volonté de changement issue du scrutin avec le respect des principes sous-jacents. Vu ainsi, le raisonnement de la Cour suprême s'inspire en quelque sorte du constat suivant : plus les résultats d'un scrutin référendaire génèrent des tensions entre les principes sous-jacents et plus le devoir de négocier de bonne foi est intense et considérable⁸⁰.

L'obligation constitutionnelle de négocier et l'approche délibérative qui lui sert de fondement philosophique reposent donc sur le postulat que naissent du dialogue des décisions justes et légitimes. C'est sur ce point que l'optimisme, pour ne pas dire la naïveté, de la Cour suprême et des auteurs favorables à l'approche délibérative se dévoile avec acuité. En effet, ceux-ci exagèrent indûment les possibilités de conciliation entre des principes qui, bien qu'ils soient qualifiés de « sous-jacents », n'en demeurent pas moins toujours en tension, en concurrence, voire potentiellement en conflit, les uns par rapport aux autres. Tôt ou tard, dans une situation limite, l'un des principes finit par l'emporter.

Les partisans de l'approche délibérative mésestiment aussi la place et le rôle inhérent du conflit et des rapports de force comme composante de la vie politique. Loin d'être le fruit d'une discussion rationnelle et d'un travail de persuasion réciproque, les accords politiques sont en vérité le plus souvent conclus sur une base intéressée, dans l'espoir de tirer un profit ou un avantage de ce marchandage. Les personnalités en présence, les rapports

80. En misant sur l'obligation de négocier, la Cour suprême se donne une « super » ou une « supra » légitimité issue des théories délibératives et susceptible de concilier les tensions entre les principes sous-jacents et d'atténuer ce « conflit des légitimités » qui résulte de l'expression référendaire. Une mutation s'opère ainsi : alors que la Cour suprême considère comme normalement légitimes les actes qui sont conformes à la Constitution, elle va, à l'occasion du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, moduler implicitement cette définition. Devient légitime le comportement des acteurs politiques qui, s'appuyant sur les principes sous-jacents à la Constitution, s'engagent de bonne foi dans un processus de négociation et de dialogue en vue, par la délibération et la conciliation des intérêts de chacun, de la conclusion d'une entente respectueuse des « deux majorités légitimes, à savoir une claire majorité de la population du Québec et une claire majorité de l'ensemble du Canada » : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 14, par. 93.

de force, les intérêts financiers de chacun sont, peu importe les circonstances, tous des éléments qui, en pratique, influent sur les négociations et nous éloignent du modèle idéalisé d'une discussion fondée uniquement sur une argumentation rationnelle⁸¹. Vues ainsi, les théories délibératives relèvent en définitive d'une conception idéalisée de la communication⁸². Cela dit, même s'il est possible de trouver cette idéalisation par anticipation des fruits de la négociation et du dialogue des plus naïves, il n'empêche que personne ne peut contester le fait que les motifs de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* soient, de toute évidence, imbibés de cette conception délibérative de la légitimité.

1.2.2.3 L'assouplissement de l'exercice du pouvoir constituant

Outre le souci de concilier les principes sous-jacents et celui de promouvoir une conception délibérative de la légitimité, l'obligation de négocier formulée par la Cour suprême traduit aussi une autre de ses intentions, cette fois directement liée au contexte politique et constitutionnel dans lequel s'inscrit son avis consultatif. Il s'agit en fait d'atténuer, sur le plan de l'exercice politique du pouvoir constituant, l'extrême rigidité des procédures de modification. Comme l'écrit Guy Tremblay, «[en] dernière analyse, la perspective adoptée par la Cour suprême est vouée à corriger l'inflexibilité du mécanisme formel d'amendement constitutionnel, dans le cadre d'un projet sécessionniste légitime⁸³».

Ce modeste assouplissement des contraintes liées à l'exercice du pouvoir constituant apparaît nécessaire à bien des égards. D'abord, parce que l'expérience acquise depuis 1982 montre qu'il est très difficile, même

81. Bernard Manin souligne cette différence de nature entre, d'un côté, le discours du marchandage qui se « compose de propositions personnelles portant nommément sur l'interlocuteur » et, d'un autre côté, la discussion délibérative qui « au contraire utilise des propositions impersonnelles et générales portant sur des classes d'individus ou des propositions portant sur le long terme ». Bref, ces différentes catégories montrent bien que tout accord de volonté ou tout consensus n'est pas nécessairement valable ou légitime : Bernard MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 1996, p. 255.

82. Jürgen Habermas en convient parfaitement lorsqu'il affirme que, « [m]ême dans les conditions les plus favorables, aucune société complexe ne correspondra jamais au modèle d'une socialisation communicationnelle pure ». Il s'agit d'une « fiction méthodologique appelée à mettre en lumière les inévitables éléments d'inertie qui sont inhérents à la complexité sociale, et donc le revers de la socialisation communicationnelle ». De ce point de vue, la démocratie délibérative apparaît comme un projet perfectible et nécessairement inachevé : J. HABERMAS, préc., note 72, p. 352.

83. G. TREMBLAY, préc., note 30, 434 et 435.

impossible⁸⁴, de mettre en œuvre les procédures multilatérales de modification de la Constitution. Faire de la négociation de bonne foi une obligation constitutionnelle qui s'impose et qui lie l'ensemble des gouvernements apparaît dans ces circonstances, comme une manière de préserver l'avenir en ajoutant un peu de souplesse et de flexibilité dans l'exercice du pouvoir constituant.

De plus, en imposant une obligation constitutionnelle de négocier de bonne foi, la Cour suprême vient indirectement encadrer l'exercice des différents droits de *veto* qui existent dans le contexte des procédures formelles de modification en les subordonnant à des exigences minimales relatives au respect des principes sous-jacents et à la nécessaire bonne foi qui doit caractériser les négociations constitutionnelles. Le rejet pur et simple d'une proposition de réforme constitutionnelle n'est dès lors plus permis : la participation aux négociations et la justification rationnelle de ses positions au regard de l'ensemble des principes sous-jacents s'imposent désormais à travers l'obligation constitutionnelle de négocier. Consciente de l'extrême rigidité des procédures de modification constitutionnelle et sachant que de telles modifications seront tôt ou tard nécessaires au Canada, que ce soit pour donner suite aux revendications du Québec ou d'une autre partie du pays, la Cour suprême a donc cherché, par l'obligation de négocier, à « déverrouiller » le fonctionnement des procédures de modification constitutionnelle de manière à en favoriser un usage conforme aux principes sous-jacents.

Il reste maintenant à déterminer si cette intention d'assouplir le degré de rigidité associé à l'exercice du pouvoir constituant est, dans l'esprit de la Cour suprême, applicable uniquement à une modification constitu-

84. P. TAILLON, préc., note 11 ; Christopher P. MANFREDI, « Institutional Design and the Politics of Constitutional Modification : Understanding Amendment Failure in the United States and Canada », (1997) 31 *Law & Soc'y Rev.* 111 ; Benoît PELLETIER, *La modification constitutionnelle au Canada*, Scarborough, Carswell, 1996 ; Michael LUSZTIG, « Constitutional Paralysis : Why Canadian Constitutional Initiatives Are Doomed to Fail », *Revue canadienne de science politique*, vol. 27, n° 3, 1994, p. 747 ; Christopher P. MANFREDI et Michael LUSZTIG, « Why Do Formal Amendments Fail ? An Institutional Design Analysis », *World Politics*, vol. 50, n° 3, 1998, p. 377 ; Jamie CAMERON, « To Amend the Process of Amendment », dans Gérard-A. BEAUDOIN et autres (dir.), *Le fédéralisme de demain : réformes essentielles*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, p. 315 ; Peter W. HOGG, « The Difficulty of Amending the Constitution of Canada », (1993) 31 *Osgoode Hall L.J.* 41 ; James ROSS HURLEY, *La modification de la Constitution du Canada. Historique, processus, problèmes et perspectives d'avenir*, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1996 ; Benoît PELLETIER, « Les modalités de la modification de la Constitution du Canada », dans G.-A. BEAUDOIN et autres (dir.), préc., note 84, p. 271 ; José WOEHRING, « Fonctionnement et dysfonctionnement de la procédure de modification constitutionnelle au Canada », dans G.-A. BEAUDOIN et autres (dir.), préc., note 84, p. 325.

tionnelle comme la sécession d'une province ou si elle peut être élargie à toute modification en profondeur du fédéralisme canadien voulue par une majorité claire de la population d'une ou de plusieurs provinces. Il faut dire que l'interaction entre le droit international et le droit constitutionnel canadien dans l'encadrement juridique de l'exercice du droit à l'autodétermination explique en partie le raisonnement de la Cour suprême. Le fait que l'extrême rigidité des procédures canadiennes de modification constitutionnelle pourrait éventuellement justifier le recours au droit international pour opérer une sécession *de facto* sans l'accord des autorités canadiennes a certes pu inciter la Cour suprême à formuler une obligation de négocier, dont l'une des finalités est de rendre plus facile l'exercice du pouvoir constituant⁸⁵.

Il n'en demeure pas moins que l'extrême rigidité des procédures de modification n'est pas le propre que de la sécession : elle touche l'ensemble des réformes constitutionnelles nécessitant le recours à une procédure multilatérale. En formulant son obligation constitutionnelle de négocier en des termes généraux, la Cour suprême visait non seulement à éviter l'impasse que peut représenter d'un point de vue canadien la sécession unilatérale d'une province, c'est-à-dire une sécession qui n'aurait pas été au préalable négociée, mais aussi à rendre éventuellement moins périlleuse la mise en œuvre de l'ensemble des projets de modification constitutionnelle, notamment ceux qui porteraient sur des objets autres que la sécession d'une province.

En somme, le souci d'assurer le respect des principes sous-jacents, la promotion d'une conception délibérative de la légitimité et, enfin, le besoin de plus de flexibilité dans l'exercice du pouvoir constituant sont des considérations qui ont, de près ou de loin, influé sur les intentions de la Cour suprême lorsqu'elle a énoncé l'existence d'une obligation constitutionnelle de négocier. Si ces considérations, bien qu'elles soient implicites dans les motifs de la Cour suprême, ont été, selon nous, déterminantes au moment d'examiner la question de la sécession d'une province, il y a toutes les raisons de croire qu'elles le seraient tout autant s'il était question des suites à donner à l'expression, par référendum sectoriel, d'une volonté claire de changement au fédéralisme canadien.

85. Cela est d'autant plus plausible que la Cour suprême laisse implicitement paraître sa préférence pour une sécession faite dans le respect du droit canadien plutôt que pour une sécession opérée suivant les usages et les pratiques du droit international : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 14, par. 84.

1.2.3 L'utilisation politique de l'obligation de négocier

Outre l'intention poursuivie par les juges de la Cour suprême comme facteur pouvant justifier l'application de l'obligation de négocier à toutes les propositions de réforme ayant fait l'objet d'une approbation référendaire, la réception de cette obligation dans les « mœurs » politiques est aussi une considération importante. Or, dans un contexte marqué par l'absence de tentative de modification constitutionnelle, plusieurs acteurs politiques ont malgré tout manifesté un intérêt pour cette obligation. L'obligation constitutionnelle de négocier et l'idée de tenir un référendum sectoriel trouvent effectivement un écho positif dans une partie significative de la classe politique qui y voit un moyen de justifier de nouvelles initiatives constitutionnelles.

Au Québec, l'obligation constitutionnelle de négocier tout comme l'idée de tenir un ou des référendums « sectoriels » sont souvent présentées dans une perspective identitaire comme des moyens d'accroître le rapport de force et les chances de succès du Québec dans d'éventuelles négociations.

En ce qui concerne d'abord la tenue de référendums sectoriels, même si elle reste marginale et qu'elle n'a pas encore eu l'occasion d'être mise en œuvre, l'idée n'en demeure pas moins séduisante pour les différentes formations politiques désireuses de donner une plus grande légitimité à leurs propositions de réforme. Divers acteurs ont envisagé cette hypothèse. C'est le cas, par exemple, du Parti québécois pour lequel la tenue de référendums sectoriels constitue depuis la fin des années 80 une position de repli formulée épisodiquement. Le père du concept serait en fait Jacques Parizeau. En 1987, le chef du Parti québécois énonce l'idée de tenir plusieurs référendums sectoriels afin de rapatrier des pouvoirs à la pièce, mais l'idée est davantage soulevée dans un but tactique que par conviction⁸⁶ et il optera plutôt en 1995 pour un référendum sur la « souveraineté-partenariat ».

La tenue d'un référendum sur le rapatriement de pouvoirs a ensuite été proposée et soutenue dans deux ouvrages importants, l'un rédigé par le journaliste et ancien conseiller politique Jean-François Lisée⁸⁷ et l'autre

86. « Si on ne peut pas l'avoir en gros, nous l'aurons au détail », illustrera-t-il au biographe Pierre Duchesne. « Dans l'esprit de Jacques Parizeau, et cela est très clair pour lui, cette proposition est toutefois transitoire. "Il est trop tôt pour prendre le virage complet, précise-t-il. Je vais donc essayer d'avoir le moins de démissions possible" » : Pierre DUCHESNE, *Jacques Parizeau. Biographie non autorisée*, t. 3 « Le Régent, 1985-1995 », Montréal, Québec Amérique, 2004, p. 83 et 109.

87. Jean-François LISÉE, *Sortie de secours. Comment échapper au déclin du Québec*, Montréal, Boréal, 2000, p. 397-411.

par Claude Morin⁸⁸, ancien ministre des Affaires intergouvernementales du Québec. Ces deux propositions, formulées après l'échec du référendum de 1995, n'ont pas manqué de provoquer d'importants débats sur le sujet, même si en définitive elles n'ont pas été retenues à l'époque⁸⁹. Il faudra du reste voir dans un proche avenir quel sort le Parti québécois réservera à cette idée de référendum sectoriel qui a été récemment reprise par des porte-paroles du Parti comme un instrument utile et nécessaire à la stratégie de rapatriement de pouvoirs proposée par Pauline Marois⁹⁰. Cela dit, l'idée ne figure toujours pas officiellement dans le programme du Parti adopté en 2011, bien que celui-ci propose l'adoption de modifications constitutionnelles⁹¹.

Sur la scène politique fédérale, l'idée de tenir un référendum pancanadien sur le Sénat a été récemment soulevée par le premier ministre, Stephen Harper⁹², et par l'ancien chef de l'opposition officielle, Jack Layton⁹³,

88. Claude MORIN, *Les Prophètes désarmés ? Que faire si un référendum gagnant sur la souveraineté n'était pas possible ?*, Montréal, Boréal, 2001, p. 146-190.

89. À la suite de ces deux propositions, l'ancien premier ministre Bernard Landry a admis avoir sérieusement songé lui aussi à l'idée de tenir un référendum sectoriel. Le projet avait, selon lui, fait l'objet de « discussions internes abondantes ». À l'époque, l'idée consistait à tenir un référendum pour demander aux Québécois s'ils considéraient le Québec comme une nation. Certains s'attendaient à un fort résultat et le gouvernement du Québec aurait ensuite réclamé au fédéral d'être traité non pas comme représentant d'une province mais d'une nation. Entrevue téléphonique de Bernard Landry par Alexis Deschênes, 26 juillet 2011.

90. En effet, le Parti québécois, dirigé par Pauline Marois, jongle depuis plusieurs mois avec l'idée de tenir, le moment venu, un référendum « sectoriel » portant cette fois sur le rapatriement de nouveaux pouvoirs en matière de langue et de télécommunications. Jean-Marc SALVET, « Référendums sectoriels en vue », *Le Soleil*, 7 novembre 2009, p. 10 ; Denis LESSARD, « Place à la "gouvernance souverainiste". Le Parti québécois entend jouer la carte du rapatriement des compétences », *La Presse*, 30 mai 2009, p. A8.

91. PARTI QUÉBÉCOIS, préc., note 7. Dans une lettre ouverte, le député indépendant de la circonscription Borduas, Pierre Curzi, explore lui aussi la perspective de l'obligation constitutionnelle de négocier à la suite d'un référendum sectoriel : Pierre CURZI, « Suspendre ses convictions », *Le Devoir*, 6 février 2012, p. A7.

92. Joël-Denis BELLAVANCE, « Harper prêt à abolir le Sénat », *La Presse*, 22 juin 2011, p. A9 ; Antonella ARTUSO, « Selon Dalton McGuinty. Réformer le Sénat ? Plutôt l'abolir », *Canoe.ca*, 1^{er} juin 2011, [En ligne], [fr.canoe.ca/infos/quebeccanada/archives/2011/06/20110601-044041.html] (14 mai 2012).

93. LA PRESSE CANADIENNE, « Les conservateurs déposent un nouveau projet de loi pour réformer le Sénat », *Le Devoir*, 21 juin 2011 ; LA PRESSE CANADIENNE, « Le NPD rejette toujours le Sénat », *La Presse*, 17 mai 2011, p. A12 ; Chantal HÉBERT, « Le NPD fait fausse route dans la réforme du Sénat. Une réforme du Sénat compte parmi les dix principales mesures nécessaires pour régler le déficit démocratique », *L'Acadie nouvelle*, 3 mars 2011, p. 15 ; LA PRESSE CANADIENNE, « Le NPD veut un référendum sur l'abolition du Sénat », *Le Droit*, 2 mars 2011, p. 21.

comme une manière de conduire soit une réforme, soit l'abolition de la Chambre haute. Le procédé est le suivant : le recours au référendum par les autorités fédérales cherche à s'appuyer sur la volonté des électeurs clairement exprimée pour faire pression sur les provinces récalcitrantes et les inciter à consentir aux modifications constitutionnelles si leur consentement s'avérait nécessaire⁹⁴. Il s'agit donc de mettre en scène un « conflit de légitimité » entre, d'un côté, une majorité claire de la population en faveur d'une réforme ou de l'abolition du Sénat et, d'un autre côté, le refus de certaines provinces d'y consentir ou, du moins, de négocier de bonne foi.

Ces projets de référendum sectoriel montrent bien que, pour une partie significative de la classe politique, le raisonnement développé par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* est applicable *mutatis mutandis* à d'autres projets de réforme. Prenant acte du caractère manifestement trop rigide et inutilisable de la procédure prévue par la *Loi constitutionnelle de 1982*, des acteurs politiques de la scène provinciale ou fédérale commencent donc eux aussi à jongler avec l'hypothèse de tenir un ou des référendums portant sur des propositions de modification constitutionnelle afin de sortir de l'impasse constitutionnelle. Cet usage rhétorique du référendum sectoriel comme instrument de pression politique n'est certes pas un argument déterminant sur le plan juridique. Il n'en demeure pas moins une illustration empirique de la manière dont le raisonnement de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* est reçu et utilisé par les acteurs politiques.

Outre l'hypothèse de tenir des référendums sectoriels, d'autres acteurs politiques ont aussi utilisé l'argument selon lequel l'obligation de négocier pouvait être employée en vue de « contraindre » les autres provinces à négocier des changements voulus par une assemblée législative provinciale. C'est le cas d'abord de l'Action démocratique du Québec qui, en 1999, déposait à l'Assemblée nationale un projet de loi dit « de paix constitutionnelle », où il était explicitement fait référence à l'obligation de négocier formulée par la Cour suprême⁹⁵. Applicable à toute proposition de modifi-

94. Sébastien GRAMMOND, « Une province peut-elle subordonner l'approbation d'une modification constitutionnelle à la tenue d'un référendum ? », (1997) 38 C. de D. 569, 596; Patrick BOYER, *Direct Democracy in Canada. The History and Future of Referendums*, Toronto, Dundurn Press, 1992, p. 56 et 63; J. ROSS HURLEY, préc., note 85, p. 170; P. TAILLON, préc., note 13, p. 50.

95. *Loi sur la proposition québécoise de paix constitutionnelle*, projet de loi n° 191 (présentation – 1^{er} décembre 1999), 1^{re} sess., 36^e légis. (Qc). Les notes explicatives, les trois derniers considérants de même que les articles 2 et 14 de ce projet de loi faisaient d'ailleurs explicitement référence à l'obligation de négocier formulée par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. Les notes explicatives du projet de loi comprennent l'affirmation suivante : « Ce projet de loi a pour objet d'obliger le

cation constitutionnelle voulue par une province, l'obligation de négocier avait, suivant l'interprétation véhiculée par ce projet de loi, un champ d'application considérablement large, à tel point qu'elle s'appliquait même si la population ne s'était pas préalablement exprimée par référendum.

En continuité avec le projet de loi n° 191 déposé par l'Action démocratique du Québec en 1999, Alexandre Cloutier (député du Parti québécois pour la circonscription de Lac-Saint-Jean et alors critique de l'opposition officielle aux affaires intergouvernementales canadiennes) a, en 2008, activement milité en faveur d'une motion par laquelle les deux partis d'opposition à l'Assemblée nationale du Québec (soit l'Action démocratique du Québec et le Parti québécois) auraient contraint le gouvernement libéral minoritaire à formuler une demande officielle de modification constitutionnelle au reste du Canada. Ce projet de motion devait explicitement activer l'obligation de négocier énoncée dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁹⁶.

Interrogé à l'époque sur cette éventualité, Benoît Pelletier, alors ministre des Affaires intergouvernementales canadiennes, avait néanmoins contesté partiellement l'interprétation du *Renvoi relatif à la sécession du Québec* faite par le député Alexandre Cloutier en considérant, en définitive, que l'obligation de négocier ne pouvait être déclenchée qu'à la suite d'un

gouvernement à formuler une proposition de paix constitutionnelle en conformité avec le principe constitutionnel reconnu par les paragraphes 69 et 88 de l'avis de la Cour suprême du Canada concernant le Renvoi par le Gouverneur en conseil au sujet de certaines questions ayant trait à la sécession du Québec du reste du Canada. » Puis, les trois derniers considérants du projet de loi mentionnent ce qui suit :

CONSIDÉRANT que l'avis de la Cour suprême du Canada du 20 août 1998 sur certaines questions ayant trait à la sécession du Québec du reste du Canada ouvre une nouvelle voie de règlement en conférant à chaque participant de la Confédération le droit de prendre l'initiative d'une proposition de modification constitutionnelle ;
CONSIDÉRANT que l'existence de ce droit impose aux autres participants de la Confédération l'obligation réciproque d'engager des discussions constitutionnelles pour tenir compte de l'expression démocratique d'un désir de changement ;

CONSIDÉRANT, dès lors, qu'il y a lieu de prendre l'initiative en soumettant une proposition de paix constitutionnelle et ce, dans un climat propice à la bonne entente. Du reste, les articles 2 et 14 du projet de loi faisaient aussi explicitement référence à l'obligation de négocier formulée par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*.

96. « Selon le député péquiste Alexandre Cloutier, l'adoption d'une telle motion déclencherait une procédure de modification constitutionnelle et Ottawa, Québec et les autres provinces seraient soumis à l'"obligation de négocier" définie par la Cour suprême en 1998 » : Antoine ROBITAILLE, « Guerre de mots entre Harper et Charest. Le déséquilibre fiscal est réglé pour l'un, pas du tout pour l'autre », *Le Devoir*, 19 septembre 2008, p. A10 ; Antoine ROBITAILLE, « Jean Charest discutera compétences culturelles avec Pauline Marois », *Le Devoir*, 2 octobre 2008, p. A3.

référendum au cours duquel les Québécois auraient donné une réponse claire à une question claire⁹⁷. Du coup, la question se pose de savoir si ce qui est vrai pour les projets de modification voulus par le peuple s'exprimant par référendum l'est également pour les projets dont l'origine est strictement parlementaire. Sur ce point, le paragraphe 88 du *Renvoi relatif à la sécession du Québec* est somme toute assez clair :

Au Canada, l'initiative en matière de modification constitutionnelle relève de la responsabilité des représentants démocratiquement élus des participants à la Confédération. Pour ces représentants, le signal peut être donné par un référendum mais, en termes juridiques, le pouvoir constituant au Canada, comme dans bien d'autres pays, appartient aux représentants du peuple élus démocratiquement. La tentative légitime, par un participant de la Confédération, de modifier la Constitution a pour corollaire l'obligation faite à toutes les parties de venir à la table des négociations⁹⁸.

La Cour suprême montre bien que, d'un point de vue strictement formel, l'origine référendaire ou strictement parlementaire ne change rien⁹⁹ à la nécessité pour les autres gouvernements de la fédération de prendre en considération le changement ainsi proposé¹⁰⁰.

97. A. ROBITAILLE, « Jean Charest discutera compétences culturelles avec Pauline Marois », préc., note 96.

98. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 14, par. 88.

99. Selon José Woehrling, l'obligation s'appliquerait même en l'absence de référendum et apparaîtrait « dès qu'un gouvernement provincial fait adopter par son assemblée législative une proposition formelle de modification constitutionnelle ». J. WOEHRLING, préc., note 15, p. 30 et 31.

100. Toutefois, il y a tout lieu de croire que l'obligation est plus forte ou plus intense, du moins sur le plan politique, lorsqu'elle s'appuie sur le consentement des électeurs qui s'expriment directement par référendum, et ce, essentiellement pour deux motifs. Le premier réside dans le lien qu'établit la Cour suprême entre la mise en œuvre de l'obligation de négocier et l'exigence préalable d'une volonté « claire » de changement, lien qui milite en faveur du recours au référendum. En effet, dans la mesure où la Cour suprême fait dépendre l'obligation de négocier du degré de « clarté » avec lequel s'exprime la volonté de changement, force est d'admettre que le référendum demeure, en tout état de cause, une expression nettement plus claire de la volonté du peuple. Contrairement à un vote pris par une assemblée législative, l'expression référendaire est précédée d'un large débat public, portant sur un objet précis qui – contrairement aux résolutions des assemblées législatives – n'engage pas directement la confiance du gouvernement et dont les résultats ne sont pas strictement conditionnés par la discipline de parti. Le second motif, quant à lui, repose sur la question des rapports complexes, mais néanmoins déterminants, entre l'obligation de négocier et la résolution des tensions qui peuvent parfois exister entre les principes sous-jacents. Puisque l'obligation de négocier est intimement liée à la nécessité de résoudre les tensions entre les différents principes sous-jacents, il va de soi que plus ces tensions sont fortes et plus l'obligation de négocier a des chances de s'imposer et d'être interprétée avec vigueur. Or, le référendum a justement pour caractéristique de générer des tensions entre les principes de la démocratie et de la primauté du droit. La large participation des électeurs et le fait qu'il s'agisse d'une expression plus directe,

2 La portée juridique de l'obligation de négocier : une obligation supralégislative susceptible de sanction judiciaire

L'application de l'obligation de négocier à des réformes constitutionnelles autres que la sécession ressort à la fois des motifs de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, de son intention implicite déduite du contexte dans lequel elle rend son avis consultatif de même que de la manière dont cette obligation a jusqu'ici été reçue et interprétée par des acteurs politiques qui y voient généralement un moyen de sortir de l'impasse constitutionnelle dans laquelle le Québec et le Canada sont embourbés. Qu'un scrutin référendaire porte sur une réforme du fédéralisme canadien ou sur la souveraineté du Québec n'y changera rien : les principes de la démocratie et du fédéralisme commandent la tenue de négociations.

Si la question de l'applicabilité de l'obligation constitutionnelle de négocier peut paraître à bien des égards évidente, celle de la portée juridique de même que le rôle des tribunaux dans l'interprétation de cette obligation de négocier sont en revanche plus difficiles à définir. Sur ce point, la Cour suprême a effectivement fait preuve de beaucoup de retenue dans l'exposé de ses motifs. Cela doit d'autant plus être souligné que cette retenue détonne par rapport à l'attitude de la Cour suprême dans les autres décisions rendues à propos d'obligation constitutionnelle dérivée des principes sous-jacents¹⁰¹.

Consciente des difficultés pratiques liées à un contrôle du contenu des négociations, la Cour suprême énonce expressément son intention de ne pas se prononcer sur les aspects politiques de la négociation. Elle justifie ce choix de la façon suivante :

Le rôle de notre Cour dans ce renvoi se limite à identifier les aspects pertinents de la Constitution, dans leur sens le plus large [...] La Cour n'a aucun rôle de surveillance à jouer sur les *aspects politiques* des négociations constitutionnelles [...] Seuls les acteurs politiques auraient l'information et l'expertise pour juger du moment où ces ambiguïtés seraient résolues dans un sens ou dans l'autre, ainsi que des circonstances dans lesquelles elles le seraient¹⁰².

plus solennelle et plus authentique de la volonté du peuple en font donc une procédure susceptible de provoquer des tensions considérables entre le principe démocratique, dont le référendum se veut l'expression, et les autres principes sous-jacents, dont le contenu pourrait être limité par l'expression directe de la volonté majoritaire. Suivant le raisonnement soutenu par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, ces tensions ont pour effet d'accroître le devoir de négocier de bonne foi dans la mesure où seule la négociation permet de concilier les différents principes et d'atténuer ces tensions.

101. *Infra*, note 146 et suiv.

102. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 14, par. 100 (l'italique est de nous).

La Cour suprême cherche ainsi à responsabiliser la classe politique en indiquant, par avance, que l'interventionnisme des tribunaux en ces matières connaît aussi des limites. Cela dit, le choix des mots employés est important. En refusant de se prononcer sur ce qu'elle appelle les «*aspects politiques* des négociations constitutionnelles», la Cour suprême laisse implicitement entendre qu'il existe des *aspects juridiques* aux négociations constitutionnelles qui, eux, relèvent de son domaine de compétence. Une nuance qui n'a pas échappé au professeur Dwight Newman : «If there is a violation of a legal duty, this judgment does not say that the Court must sit on its hands¹⁰³.»

Cette distinction entre les aspects *politiques* et *juridiques* de la négociation témoigne des difficultés que soulèvent l'interprétation et la mise en œuvre d'une obligation de négocier dont le contenu et la justiciabilité sont à la fois peu définis et, à bien des égards, interreliés. En effet, c'est essentiellement en fonction de la nature politique ou juridique du problème soumis devant la Cour suprême que celle-ci arrivera à trancher, au cas par cas, de la justiciabilité d'un litige relatif à l'interprétation et à l'application de l'obligation constitutionnelle de négocier. Il est par conséquent essentiel de bien circonscrire le contenu proprement juridique de l'obligation constitutionnelle de négocier (2.1) avant d'envisager la question plus vaste de la justiciabilité de l'obligation et du potentiel rôle de la Cour suprême dans le déroulement de négociations constitutionnelles (2.2).

2.1 La force légale et le contenu de l'obligation de négocier

L'obligation de négocier de bonne foi des changements constitutionnels est une norme qui, tout en étant de rang supralégislatif, dispose d'un contenu relativement restreint. Parce que les dimensions proprement juridiques de l'obligation de négocier ne se limitent qu'à quelques aspects procéduraux des négociations qui sont difficiles à apprécier en l'absence de litige concret¹⁰⁴, l'obligation constitutionnelle de négocier apparaît comme une norme dont la force légale demeure limitée par la modestie de son contenu. Bien qu'elle dispose d'un rang privilégié dans la hiérarchie des normes juridiques (2.1.2), elle n'est en définitive qu'une obligation de moyen (2.1.1) dont la force légale ou la portée normative est significati-

103. D. NEWMAN, préc., note 59, 15.

104. Des auteurs ont d'ailleurs déjà plaidé pour une codification par les textes des notions de «question claire» et de «majorité claire» afin d'éviter de les laisser à l'appréciation souvent circonstancielle des acteurs politiques. Voir : N. AUCLAIR, préc., note 19 ; A. CLOUTIER, préc., note 19.

vement touchée par sa nature relativement indéterminée ou indéterminable en l'absence de litiges concrets et de circonstances précises.

2.1.1 Le contenu indéterminé de l'obligation de négocier : une obligation de moyen à rapprocher d'autres obligations d'origine jurisprudentielle

Une obligation de négocier est, par définition, une norme difficile à définir *in abstracto*, c'est-à-dire en l'absence de circonstances précises et d'un litige concret. Qu'exige l'obligation de négocier de la part des acteurs politiques et des États membres de la fédération ? À n'en pas douter, l'obligation de négocier n'est pas une obligation de s'entendre¹⁰⁵. Bref, l'obligation de négocier n'est pas une obligation de résultat¹⁰⁶.

À l'instar de bien d'autres normes juridiques, l'obligation constitutionnelle de négocier est en fait une *obligation de moyen* dont l'appréciation suppose la prise en considération *in concreto* d'un ensemble d'éléments factuels et contextuels. Elle requiert néanmoins que des négociations aient effectivement lieu et qu'au cours de celles-ci chacune des parties mette en œuvre les moyens appropriés afin, d'une part, de comprendre les positions adverses et, d'autre part, de défendre ses propres intérêts, notamment par la formulation de propositions, de contre-propositions ou de modifications susceptibles d'alimenter des discussions rationnelles et empreintes de bonne volonté.

Suivant les motifs exposés par la Cour suprême, l'obligation de négocier permet d'exclure deux attitudes susceptibles de nuire à une nouvelle série de négociations constitutionnelles. La première attitude est celle qui se résume à formuler ses demandes ou ses revendications comme s'il s'agissait d'une prétention à un droit absolu ne pouvant d'aucune manière être

105. Ce n'est donc pas parce qu'une négociation a lieu qu'il y aura nécessairement un accord. Sur ce point, Jean-François Gaudreault-Desbiens tient des propos teintés d'un pessimisme pragmatique : « Considering that the constitutional duty to negotiate identified by the Supreme Court in the *Quebec Secession Reference* does not impose any obligation of result, it is hard to see what difference it would really make should it be applied beyond the specific context of provincial secession. » Voir J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, préc., note 17, 834. M. DAWSON, préc., note 28, 31.

106. Dans une lettre ouverte publiée en 2001, Benoit Pelletier, alors porte-parole du Parti libéral du Québec en matière intergouvernementale, ne contestait pas que le fédéral et les provinces auraient une obligation de négocier dans le cas d'un référendum portant sur le renouvellement du fédéralisme, mais il précisait que cette obligation est une obligation de moyen et non de résultat : Benoit PELLETIER, « Réponse à André Burelle. Labourer le terrain avant de parler de Constitution », *Le Devoir*, 30 novembre 2001, p. A7.

négocié¹⁰⁷. À l'inverse, la seconde attitude, qui doit être écartée, consiste à tout simplement opposer une fin de non-recevoir aux demandes de changement ayant été approuvées par référendum¹⁰⁸. Il est, par conséquent, nécessaire de prendre les moyens qui s'imposent pour créer les conditions d'un véritable dialogue.

Advenant que la Cour suprême soit un jour saisie d'un litige concret relatif à l'interprétation et à l'application de cette obligation, il existe, de notre point de vue, trois sources qui pourraient l'inspirer quant à la manière de préciser encore davantage le contenu de cette obligation constitutionnelle de négocier : il y a d'abord une nécessaire distinction entre le *fond* et la *forme* des négociations intergouvernementales (2.1.1.1); ensuite, il faut établir l'analogie avec l'obligation constitutionnelle de consulter les peuples autochtones (2.1.1.2); et, enfin, il faut considérer l'analogie avec une obligation de négocier déduite de l'article 2 (d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁰⁹ (2.1.1.3). Ces trois pistes de réflexion quant à la manière de définir le contenu juridique de l'obligation de négocier sont d'autant plus pertinentes qu'elles se rattachent toutes, d'une manière ou d'une autre, à la conception délibérative de la légitimité dont nous avons traité précédemment.

2.1.1.1 La nécessaire distinction entre le fond et la forme des négociations intergouvernementales

Le premier indice devant permettre de distinguer, comme le suggère implicitement la Cour suprême¹¹⁰, les aspects juridiques des négociations de ses aspects purement politiques réside, selon nous, dans la distinction entre le *fond* et la *forme* des négociations qui regroupe, à cet égard, un

107. À propos du projet de faire sécession, la Cour suprême écrit ceci : « Il n'y a pas de véritables négociations si le résultat recherché, la sécession, est conçu comme un droit absolu résultant d'une obligation constitutionnelle de lui donner effet. Un tel *a priori* viendrait en réalité anéantir l'obligation de négocier et la vider de son sens. » Voir le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 14, par. 91.

108. Une telle attitude, même si elle s'appuie sur les textes de la Constitution (partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*), porte elle aussi atteinte à l'obligation de négocier, comme en témoigne cet extrait des motifs de la Cour suprême : « Cette remarque signifie que d'autres parties ne peuvent exercer leurs droits d'une manière qui reviendrait à nier de façon absolue les droits du Québec [...] Une majorité politique qui n'agit pas en accord avec les principes sous-jacents de la Constitution que nous avons décrits met en péril la légitimité de l'exercice de ses droits. » Voir le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 14, par. 91-93. Ainsi, une série de négociations constitutionnelles doit pouvoir s'amorcer sans qu'aucune partie y oppose au préalable son *veto*, car ce serait là un exercice des prérogatives constitutionnelles non conforme aux principes sous-jacents.

109. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)].

110. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 14, par. 100.

ensemble de questions purement politiques pour lesquelles « les méthodes établies pour la recherche de la vérité devant une cour de justice sont mal adaptées¹¹¹ ». Parce que « ce n'est pas le rôle du [pouvoir] judiciaire d'interposer ses propres opinions sur les positions divergentes adoptées par les parties aux négociations », c'est à juste titre que la Cour suprême se refuse à toute « analyse en *profondeur* de négociations constitutionnelles », confirmant ainsi l'idée selon laquelle elle « n'a aucun rôle de surveillance à jouer sur les aspects politiques des négociations¹¹² ».

Ce refus d'arbitrer le fond des négociations n'emporte cependant pas celui de se prononcer sur l'existence et la forme des négociations. La Cour suprême affirme elle-même que, une « fois établi le *cadre* juridique¹¹³ », il appartient aux élus de résoudre leurs différends pour toutes les questions politiques « dénuées de composante juridique ». Or, l'emploi des termes « une fois établi le cadre juridique » laisse implicitement entendre que les tribunaux ont un rôle à jouer quant à certains aspects juridiques de la négociation.

Il n'y a donc pas en soi d'obstacle ou de difficulté à ce que les tribunaux puissent se prononcer sur l'existence même des négociations dans la mesure où une obligation de négocier suppose au minimum que des négociations aient lieu. Quant à la forme des négociations, les tribunaux doivent faire preuve de retenue puisqu'il n'y a pas nécessairement une seule forme de négociation à privilégier. Le calendrier des négociations, leur caractère officiel ou officieux, de même que la manière de traiter les modifications ou contre-propositions soulèvent après tout des questions mixtes d'opportunité politique et de droit. Sur ces questions, les tribunaux peuvent se prononcer, mais ils ne doivent le faire que dans la mesure nécessaire à la résolution du litige et avec toute la retenue dont ils peuvent faire preuve. En tout état de cause, l'appréciation du tribunal devrait toujours s'exprimer — à l'instar de ce qui est souvent observé en ce qui concerne les obligations de moyen — en tenant compte du contexte et des circonstances particulières et propres à chaque litige.

En somme, même s'il n'est pas question d'arbitrer le fond des négociations, les tribunaux demeurent dans tous les cas un forum approprié pour vérifier si les aspects procéduraux — correspondant en quelque sorte aux exigences « minimales » associées à l'obligation de négocier — sont effectivement respectés, comme le montre par ailleurs la jurisprudence relative à l'obligation constitutionnelle de consulter les peuples autochtones.

111 *Id.*, par. 101.

112. *Id.*, par. 100 et 101 (l'italique est de nous).

113. *Id.*, par. 27, 101 et 102 (l'italique est de nous).

2.1.1.2 L'analogie avec l'obligation constitutionnelle de consulter les peuples autochtones

Outre la distinction entre le fond et la forme des négociations, l'attitude de la Cour suprême relativement à l'obligation constitutionnelle de *consulter* les peuples autochtones pourrait aussi fournir, par analogie, quelques indices quant à la manière de définir et d'appliquer l'obligation de négocier à des litiges concrets. Si cette analogie avec l'obligation de consulter les peuples autochtones nous apparaît utile et pertinente¹¹⁴, c'est essentiellement pour trois raisons : d'abord parce que cette obligation est, elle aussi, dérivée des principes sous-jacents, en particulier, du principe non écrit de l'honneur de la Couronne¹¹⁵; ensuite, parce que l'obligation de consulter tout comme celle de négocier veulent assurer le traitement harmonieux de différends entre des composantes historiques de la fédération¹¹⁶, soit les peuples autochtones dans un cas et les provinces dans l'autre; enfin, parce que l'examen du contenu de l'obligation de consulter les peuples autochtones témoigne de l'ampleur considérable des exigences procédurales pouvant être associées à ce genre d'obligation. Or, le terme « négociation » se veut, par définition, plus exigeant que le terme « consultation », notamment parce que la négociation, contrairement à la consultation, suppose des rapports d'égal à égal entre les parties intéressées. Il y a donc des raisons de croire que l'obligation constitutionnelle de négocier comprend des exigences encore plus considérables que celles qui découlent de l'obligation de consulter les peuples autochtones.

L'analogie entre ces deux obligations constitutionnelles tient pour beaucoup à leur fondement commun : les principes sous-jacents. L'obligation de consulter les peuples autochtones tire son origine d'un principe constitutionnel sous-jacent qui, à l'instar des principes de la démocratie, du fédéralisme ou de la primauté du droit affirmés dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, produit des obligations juridiques directement exécutoires¹¹⁷. L'obligation de consulter les peuples autochtones doit, par

114. Comme le suggère Nathalie Des Rosiers, l'obligation de négocier, serait-elle de moyen seulement, comprend quand même certaines balises procédurales intéressantes qu'il est possible de définir par analogie avec l'obligation de consulter les peuples autochtones et celle de négocier de bonne foi en matière de relations de travail : N. DES ROSIERS, préc., note 78, 183.

115. *Supra*, note 49.

116. Jean LECLAIR, « Federal Constitutionalism and Aboriginal Difference », (2006) 31 *Queen's L.J.* 521.

117. Dans l'arrêt *Nation haïda*, la juge en chef McLachlin définit plus particulièrement le principe de l'honneur de la Couronne comme le devoir d'agir « honorablement lorsqu'il s'agit de définir les droits garantis par celui-ci [c'est-à-dire le texte de la Constitution] et de les concilier avec d'autres droits et intérêts » : *Nation haïda c. Colombie-Britannique*

conséquent, être interprétée à la lumière et en fonction du principe sous-jacent de l'honneur de la Couronne auquel elle se rapporte¹¹⁸.

Dans l'affaire *Beckman*, la Cour suprême a par ailleurs établi que l'obligation de consulter doit s'appliquer indépendamment de l'intention expresse ou implicite des parties à un traité. Autrement dit, l'obligation de consulter est permanente et d'ordre public : elle ne peut faire l'objet d'une abrogation¹¹⁹. Parce qu'elle s'appuie sur le principe constitutionnel de l'honneur de la Couronne, elle ne peut être complètement abrogée par une loi ou un traité¹²⁰.

(*Ministre des Forêts*), [2004] 3 R.C.S. 511, par. 20. Comme l'écrit la juge Deschamps (dissidente) dans l'affaire *Beckman*, le principe constitutionnel de l'honneur de la Couronne « tend à se substituer à une notion qui possède à la fois une portée se limitant à certains types de rapports n'intéressant pas toujours les droits constitutionnels des Autochtones et des relents de paternalisme, à savoir l'obligation de fiduciaire » : *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, préc., note 48, par. 10 (j. Deschamps, motifs diss.).

118. Le principe de l'honneur de la Couronne, à l'instar des autres principes sous-jacents, est à la fois à l'origine de l'obligation de consulter et doit, dans le même souffle, en structurer l'interprétation. Cela d'autant plus que la Cour suprême a montré, à plusieurs reprises, qu'elle n'hésite pas à orienter son interprétation de l'obligation de consulter en fonction des objectifs poursuivis par le principe de l'honneur de la Couronne. Par exemple, la juge Deschamps (dissidente pour d'autres motifs) illustre parfaitement cette interprétation téléologique de l'obligation de consulter lorsqu'elle écrit ce qui suit au paragraphe 103 de l'affaire *Beckman* :

L'obligation constitutionnelle de consulter les Autochtones vise donc trois objectifs : à court terme, assurer la protection « provisoire » ou « interlocutoire » des droits constitutionnels des peuples autochtones ; à moyen terme, favoriser la négociation des modalités d'exercice de tels droits plutôt que leur définition par les tribunaux ; enfin, à plus long terme, permettre la réconciliation des intérêts respectifs des Autochtones et des autres parties concernées. Comme l'a d'ailleurs récemment souligné un auteur, l'obligation constitutionnelle de consultation des Autochtones a notamment, sinon principalement, pour raison d'être de contribuer à l'objectif ultime de réconciliation par la négociation de traités, en particulier d'accords de règlement de revendications territoriales globales (D. G. Newman, *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples* (2009), p. 18 et 41). Cet objectif de réconciliation suppose bien entendu l'exercice, par les Autochtones, d'un rôle actif de nature constituante lors de la négociation de traités plutôt qu'un rôle forcément plus passif et une attitude antagoniste en cas de contentieux constitutionnel.

Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks, préc., note 48, par. 103 et 104 ; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, préc., note 117, par. 41.

119. *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, préc., note 48.

120. *Id.*, par. 67-71 (j. Binnie, motifs maj.). Évidemment, une telle affirmation, transposée cette fois à l'obligation constitutionnelle de négocier, pourrait conduire à la nullité, en tout ou en partie, de la *Loi fédérale sur la clarté référendaire* si la preuve était faite que cette loi restreint indûment l'obligation de négocier de bonne foi la sécession d'une province.

Outre qu'elle est permanente, l'obligation de consulter les peuples autochtones a aussi pour caractéristique de varier en intensité selon le contexte et les circonstances propres à chaque litige. C'est pourquoi la Cour suprême évite de fournir une définition complète et systématique d'une obligation qui se veut de nature évolutive¹²¹. Afin de qualifier les variations dans l'intensité avec laquelle devait s'appliquer l'obligation de consulter les peuples autochtones, la Cour suprême a élaboré une sorte de « continuum¹²² » sur lequel l'intensité de la consultation est en fait proportionnelle à la nature et à l'ampleur des revendications autochtones et à l'effet préjudiciable sur ces droits et sur le principe sous-jacent de l'honneur de la Couronne¹²³.

Parmi les éléments de définition relatifs à l'obligation constitutionnelle de consulter les peuples autochtones, l'impératif de *bonne foi* dans la conduite des consultations est une exigence qui a été évidemment considérée¹²⁴. Or, cela n'est pas sans comporter une dimension intentionnelle qui, tôt ou tard, pèse dans l'évaluation de la Cour suprême : le gouver-

121. Ainsi, le contenu de l'obligation de consulter est susceptible de se préciser et d'évoluer à mesure que naissent des litiges et à mesure que les tribunaux sont amenés à se prononcer sur ces questions. De façon plus générale, nous pouvons dire de l'obligation constitutionnelle de consulter les peuples autochtones qu'elle s'est imposée dans la jurisprudence de la Cour suprême comme une manifestation du principe de l'honneur de la Couronne (*Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335) pour ensuite être utilisée comme un facteur de justification d'une restriction à un droit autochtone (*R. c. Sparrow*, préc., note 48) avant que la Cour suprême (*Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, préc., note 117; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, [2004] 3 R.C.S. 550; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388) vienne modifier en profondeur les conditions à réunir au préalable pour qu'il y ait obligation de négocier. *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, préc., note 48, par. 101 (J. Deschamps, motifs diss.).

122. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, préc., note 117, par. 41-43.

123. Cela dit, même au plus « bas » du « continuum », la Cour suprême a considéré que l'obligation de consulter les peuples autochtones comporte des éléments informationnels et des éléments de solution. La Couronne doit au minimum aviser – au préalable et dans un avis suffisamment détaillé – les peuples autochtones visés des renseignements sur le projet traitant de leurs intérêts, de même que de l'effet préjudiciable que le projet risque d'avoir sur ces intérêts, et ce, dans le but de « nouer un dialogue directement avec eux ». La Couronne est également tenue de demander aux Premières Nations visées d'exprimer leur point de vue et leurs préoccupations. Il s'agit alors de « s'efforcer de réduire au minimum les effets préjudiciables du projet ». En somme, la position soumise par les Premières Nations doit être entendue par la Couronne et faire l'objet d'un « examen complet et équitable ». *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, préc., note 48, par. 74 (J. Binnie, motifs maj.); *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, préc., note 121, par. 64.

124. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, préc., note 117, par. 41.

nement doit réellement avoir l'intention de prendre en considération les préoccupations des peuples autochtones. En contrepartie, les Premières Nations ne doivent pas systématiquement et intentionnellement nuire aux efforts déployés de bonne foi par la Couronne, notamment par des prises de position déraisonnables ou destinées à empêcher le gouvernement d'agir. Autrement dit, « [l]a consultation doit être un processus significatif, proactif et mené de bonne foi par toutes les parties touchées¹²⁵ ».

Enfin, les effets de la consultation dépendent là encore des circonstances de chaque dossier. Il n'empêche que l'obligation de consulter n'a pas pour conséquence, sauf dans certains cas¹²⁶, d'attribuer aux Premières Nations visées un droit de *veto* sur les décisions de la Couronne. Sans qu'il soit juridiquement nécessaire de conclure une entente avec les peuples autochtones, il doit néanmoins y avoir de véritables consultations¹²⁷. De plus, la consultation entraîne généralement une *obligation d'accommodement*, conformément à laquelle « les intérêts des deux parties doivent être soupesés et des concessions mutuelles doivent être faites¹²⁸ ». Du reste, l'obligation de consultation peut, comme l'écrit la juge Deschamps, « faire l'objet d'une forme ou une autre d'exécution forcée¹²⁹ ». Les parties ont donc l'obligation de rechercher des solutions d'accommodement, à défaut de quoi les tribunaux n'hésitent pas à intervenir et à sanctionner le non-respect des obligations découlant du principe de l'honneur de la Couronne.

125. AFFAIRES AUTOCHTONES ET DÉVELOPPEMENT DU NORD CANADA, *La consultation des Autochtones dans les Territoires du Nord-Ouest*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada, 2009, p. 2, [En ligne], [www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100023526/1100100023528] (28 avril 2012).

126. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 48, par. 168 ; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, préc., note 117, par. 48.

127. Du reste, sur le plan du déroulement des consultations, la Couronne doit accorder un délai raisonnable aux Premières Nations pour élaborer et présenter leur point de vue et composer avec les contraintes temporelles inhérentes à toute consultation : *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, préc., note 48, par. 74 (j. Binnie, motifs maj.).

128. « [C]haque partie doit s'efforcer de bonne foi de comprendre les préoccupations de l'autre et d'y répondre, le cas échéant » : GROUPE INTERMINISTÉRIEL DE SOUTIEN SUR LA CONSULTATION DES AUTOCHTONES, *Guide intérimaire en matière de consultation des communautés autochtones*, Québec, Secrétariat aux affaires autochtones, 2008, p. 7.

129. « Les tribunaux doivent toutefois veiller à ce que cette obligation de consultation ne soit pas dénaturée et invoquée d'une manière qui compromette la négociation au lieu de la favoriser » : *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, préc., note 48, par. 103 (j. Deschamps, motifs min.).

2.1.1.3 L'analogie avec l'obligation de négocier déduite de la liberté d'association

En plus des similitudes qu'elle présente avec l'obligation de consulter les peuples autochtones, l'obligation de négocier peut aussi être comparée avec les règles relatives à la négociation d'une convention collective et aux aspects constitutionnels de la protection de la liberté d'association des travailleurs. Cette dernière obligation tire sa source du droit d'association reconnu à l'article 2 (d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle a été reconnue par la Cour suprême en 2007 dans l'arrêt *Health Services*¹³⁰ et confirmée en 2011 par une faible majorité de juges dans l'arrêt *Fraser*¹³¹.

S'appuyant sur la liberté d'association, la Cour suprême énonce dans l'arrêt *Health Services* le droit procédural de négocier collectivement¹³². Il s'agit, selon elle, d'une obligation «à portée restreinte», une obligation de moyen «essentiellement procédurale» qui ne «dicte pas le contenu des ententes», mais qui «vise à réunir les parties autour de la table pour discuter»¹³³. Cela oblige, plus précisément, l'ensemble des parties à tenir des rencontres et à consacrer du temps au processus afin d'établir un véritable dialogue¹³⁴. Il faut en somme éviter les retards inutiles et «faire un effort raisonnable pour arriver à un contrat acceptable¹³⁵». Dans l'arrêt *Fraser*, la juge en chef McLachlin écrira ensuite, au nom de la majorité, qu'il s'agit en fait d'un «droit à un processus véritable¹³⁶». Certes, l'obligation n'impose pas en soi un processus particulier de négociation : les parties conservent la liberté de convenir ensemble de la forme et du contenu des négociations. L'obligation porte néanmoins sur les questions importantes liées à l'exécution des fonctions¹³⁷.

130. *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391.

131. «À notre sens, il faut interpréter les motifs majoritaires dans *Health Services* à partir de ce qu'ils affirment à maintes reprises : les travailleurs ont le droit constitutionnel de formuler des revendications collectives et de les voir prises en considération de bonne foi» : *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 51 (jj. McLachlin et LeBel, motifs maj.).

132. *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, préc., note 130, par. 22, 39-41, 66, 68, 70 et 86 (jj. McLachlin et LeBel, motifs maj.).

133. *Id.*, par. 91 et 99.

134. *Id.*, par. 100-102 : les parties ne sont pas tenues à «des efforts illimités», mais «elles doivent être disposées à échanger et expliquer leurs positions».

135. *Id.*, par. 101.

136. *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, préc., note 131, par. 42 (jj. McLachlin et LeBel, motifs maj.).

137. *Id.*, par. 40 et 41.

Quant au rôle des tribunaux dans le contrôle juridictionnel de l'obligation de négocier, la Cour suprême, dans l'arrêt de principe *Health Services*, ouvre non seulement la porte à des sanctions, mais elle établit aussi avec précision les critères à remplir pour autoriser un recours et pour justifier l'intervention des tribunaux dans le processus de négociation. L'application de ces critères a pour objet d'orienter la décision de sanctionner ou non une violation de l'obligation de négocier. Cela prend en fait la forme d'une analyse au cas par cas au cours de laquelle le tribunal tente de déceler une « atteinte substantielle¹³⁸ » au droit à la négociation¹³⁹. Dans l'arrêt *Fraser*, la juge McLachlin, au nom de la majorité, viendra par la suite donner une interprétation restrictive de la possibilité d'exercer des recours à la suite d'une violation de l'obligation de négocier. La négociation de bonne foi découlant de l'alinéa 2 (d) ne garantit pas nécessairement l'existence d'un « mécanisme légal de règlement des différends permettant de dénouer les impasses¹⁴⁰ ».

N'empêche, dans le cas de négociations relatives à un projet de modifications constitutionnelles, une obligation du même ordre — garantissant de la part de tous les partenaires de la fédération un « effort raisonnable pour arriver à un contrat acceptable¹⁴¹ » — assurerait à tout le moins un minimum de chances à une nouvelle série de négociations et permettrait d'assouplir quelque peu l'exercice du pouvoir constituant au Canada.

Une obligation de négocier suppose donc de prendre les moyens et l'attitude nécessaires pour que des négociations aient lieu. Que ce soit par analogie avec l'obligation de négocier une convention collective ou celle de consulter les peuples autochtones, l'obligation de négocier des modifications constitutionnelles commande un devoir de bonne foi et d'ouverture

138. *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, préc., note 130, par. 109 (jj. McLachlin et LeBel, motifs maj.).

139. « Un vocabulaire qui invite manifestement les employés à contenir tout accès d'enthousiasme », commentait alors le professeur. Christian BRUNELLE, « La liberté d'association se porte mieux : un commentaire de l'arrêt *Health Services* », dans *Conférence des juristes de l'État 2009. XVIII^e Conférence*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 237, à la page 263. Voir aussi sur le sujet : Pierre GRENIER et Annick DESJARDINS, « Les suites de l'arrêt *Health Services* : la constitutionnalisation du droit à la négociation par le biais de la liberté d'association emporte-t-elle entre autres celle de l'accréditation et du droit de grève ? », dans *SERVICE DE LA FORMATION CONTINUE DU BARREAU DU QUÉBEC*, vol. 293, *Développements récents en droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 295.

140. *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, préc., note 131, par. 41 (jj. McLachlin et LeBel, motifs maj.).

141. *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, préc., note 130, par. 101.

d'esprit dans la conduite des pourparlers, deux conditions essentielles à la tenue d'un véritable dialogue. Cela suppose, par conséquent, un effort de compréhension et de réceptivité à l'endroit des positions adverses. Le devoir de bonne foi requiert également d'accorder le temps nécessaire aux échanges et à la formulation de solutions de compromis. Cela implique du reste le devoir de motiver rationnellement ses positions¹⁴², notamment au regard des différents principes sous-jacents, et celui de formuler, selon le contexte, des contre-propositions. Or, ce sont des obligations qui, même si elles sont de nature à ne régir que le processus et non le fond des négociations, n'en demeurent pas moins très significatives et substantielles.

2.1.2 Le caractère supralégislatif de l'obligation de négocier et sa place dans la hiérarchie des normes

L'application par analogie des obligations constitutionnelles de négocier une convention collective ou de consulter les Premières Nations à l'obligation de négocier du *Renvoi relatif à la sécession du Québec* offre des avancées significatives susceptibles de faciliter l'exercice du pouvoir constituant au Canada. Certes, comparaison n'est pas toujours raison : ce qui est vrai de ces obligations particulières ne le sera pas automatiquement de l'obligation constitutionnelle de négocier une modification constitutionnelle à la suite d'un référendum. Cela s'ajoute sur le plan de la portée juridique de ces obligations à un autre point commun important avec l'obligation de négocier issue du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, soit le fait qu'elles occupent toutes une place privilégiée dans la hiérarchie des normes juridiques.

Le caractère supralégislatif de ces trois obligations constitutionnelles n'est pas sans conséquence. Les normes constitutionnelles, qu'elles soient formulées en des termes précis ou en des termes généraux, sont des normes suprêmes qui doivent, en raison de leur rang hiérarchiquement supérieur, être considérées comme au-dessus des actes législatifs et administratifs¹⁴³. C'est d'ailleurs pour bien marquer le caractère supralégislatif des principes sous-jacents—et des obligations qui en sont dérivées—que la Cour suprême les qualifie de normes dotées d'une « force normative puissante », ayant un « plein effet juridique » et imposant des « limites substantielles à l'action gouvernementale »¹⁴⁴.

142. *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*, préc., note 47, par. 19, 21, 38 et 165.

143. *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.

144. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 14, par. 54.

Cet ordonnancement des normes juridiques a pour conséquence une obligation de conformité aux normes hiérarchiquement supérieures valable pour l'ensemble des normes infraconstitutionnelles et opposable à tous les pouvoirs publics. Pour reprendre la formule de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Constitution «rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit». Par conséquent, il appartient aux tribunaux d'assurer le respect de ce principe de la primauté de la Constitution à l'occasion de litiges concrets, c'est-à-dire de litiges qui touchent directement les personnes ou les institutions publiques visées par des normes inconstitutionnelles.

Le caractère non écrit de certaines normes constitutionnelles n'a par ailleurs aucune incidence sur leur rang hiérarchiquement supérieur. Il a en effet été maintes fois reconnu que la Constitution du Canada comprend un ensemble de normes écrites et non écrites qui ont, en tout état de cause, la même portée supralégislative¹⁴⁵. Des principes non écrits et qualifiés de sous-jacents à la Constitution ont d'ailleurs entraîné la nullité de plusieurs actes juridiques¹⁴⁶. Que ce soit pour assurer la sécurité financière des juges (principe de l'indépendance judiciaire¹⁴⁷), le respect du principe de l'honneur de la Couronne¹⁴⁸, le principe de la primauté du droit¹⁴⁹ ou encore la reconnaissance de certains droits et libertés, qui est désignée par les

145. *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, préc., note 51 ; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, préc., note 40, par. 104 ; H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 2, p. 40 et 41.

146. O. COURTEMANCHE, préc., note 37, p. 95-133 ; Guy RÉGIMBALD, «L'exemption constitutionnelle comme remède pour préserver la validité constitutionnelle d'une loi violant les principes non écrits de la Constitution», (2005-2006) 18 *R.N.D.C.* 45, 46 et 47.

147. Par exemple, l'obligation d'assurer la «sécurité financière» des juges des cours provinciales, dérivée du principe sous-jacent de l'indépendance judiciaire, a conduit à l'annulation de plusieurs lois et décrets gouvernementaux qui avaient été adoptés par différentes provinces et qui avaient pour objet d'opérer soit un gel, soit une réduction de la rémunération des juges des cours provinciales. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, préc., note 40 ; *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*, préc., note 47 ; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, préc., note 47.

148. L'ensemble des droits et des obligations dérivés du principe constitutionnel de l'honneur de la Couronne, dont l'obligation de consulter les Premières Nations analysée ci-dessus, a conduit à de multiples déclarations d'inconstitutionnalité. *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, préc., note 121 ; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, préc., note 117.

149. *Roncarelli c. Duplessis*, préc., note 46 ; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, préc., note 46.

termes « déclaration implicite des droits¹⁵⁰ », les principes non écrits de la Constitution ont souvent été employés pour rendre inopérants des actes infraconstitutionnels¹⁵¹.

Par exception à ce qui précède, la seule catégorie de normes non écrites qui ne peuvent faire l'objet d'une exécution forcée par les tribunaux consiste en cette catégorie de normes constitutionnelles bien particulière que sont les *conventions constitutionnelles*. À la différence des principes sous-jacents qui complètent et structurent le texte de la Constitution, les conventions constitutionnelles sont en fait des pratiques institutionnelles¹⁵² qui contredisent plus ou moins directement des dispositions écrites de la Constitution et qui, pour cette raison, ne peuvent être sanctionnées par les tribunaux¹⁵³. Or, de deux choses l'une : soit les conventions constitutionnelles sont considérées comme ne faisant tout simplement pas partie de la Constitution au sens formel et sont alors qualifiées de normes purement politiques ou paraconstitutionnelles, soit elles figurent dans une catégorie particulière de normes juridiques qui, bien qu'elles soient supralégislatives, ne peuvent faire l'objet d'une sanction par les tribunaux¹⁵⁴. Dans les deux cas, le résultat est le même : il s'agit de règles matériellement constitutives de l'État, mais dont la violation ne peut être sanctionnée par les tribunaux. Ces derniers se retrouvent alors dans la situation délicate de devoir se prononcer sur l'existence ou non d'une convention sans toutefois pouvoir en ordonner l'application.

D'après Warren J. Newman, le refus explicite de la Cour suprême de s'engager dans le contrôle juridictionnel des négociations placerait potentiellement l'obligation de négocier dans la catégorie des conventions constitutionnelles, c'est-à-dire dans cette catégorie de normes matérielle-

150. *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, 328 ; *Avis sur la législation albertaine*, [1938] R.C.S. 100, 138 ; *La Reine c. Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56.

151. *Supra*, note 49.

152. Pour qu'il y ait convention constitutionnelle, il faut faire la preuve, premièrement, de l'existence de précédents, deuxièmement, de la raison d'être de ces précédents et, troisièmement, du fait que les acteurs politiques se sentent liés ou contraints de respecter ces précédents. *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, 876-880 ; *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, 807-818.

153. *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, préc., note 152, 880-882.

154. Comme l'affirment à juste titre H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 2, p. 47, « [que] les conventions constitutionnelles soient ou non du droit dépend simplement de l'extension que l'on donne au mot "droit" » ; J.-Y. MORIN et J. WOEHRLING, préc., note 51, p. 135-138 ; P.J. MONAHAN, préc., note 37, p. 7-9 et 490 ; Fabien GÉLINAS, « La Cour suprême du Canada et le droit politique », (2008) 24 C. du Cons. Const. 72.

ment constitutionnelles ne pouvant être sanctionnées par les tribunaux¹⁵⁵. Peter Hogg aussi se questionne. Constatant que la manière dont la Cour suprême insiste sur le caractère directement exécutoire et juridiquement contraignant des principes sous-jacents détonne par rapport à la réserve et à la retenue dont elle fait preuve lorsqu'il est question de sanctionner le non-respect de ces principes, il affirme ceci : « it is not entirely clear why it is a *legal* rule, since it appears to have no legal sanctions¹⁵⁶ ».

Refusant d'assimiler principes et conventions constitutionnelles, Patrick Monahan, quant à lui, affirme ce qui suit : « The Court makes it clear that this duty to negotiate is not merely political or a matter of constitutional convention but is a legal and constitutional duty imposed on the federal government and the other provinces¹⁵⁷. »

Il y aurait donc, suivant ce dernier raisonnement, une distinction claire et systématique à établir entre les principes constitutionnels et les obligations qui en découlent, d'une part, et les conventions constitutionnelles, d'autre part. C'est, en ce qui nous concerne, le point de vue que nous privilégions, et ce, pour plusieurs raisons.

D'abord, nous estimons qu'il ne faut pas confondre « principes sous-jacents » et « conventions constitutionnelles ». Si la Cour suprême a cru bon de distinguer par deux appellations différentes ces deux types de sources constitutionnelles non écrites, c'est évidemment pour bien marquer leurs particularités. Ces deux catégories diffèrent à la fois sur le plan de leur mode d'élaboration, de leur fonction et de leur interaction avec les autres sources de droit constitutionnel et, bien entendu, de leurs effets juridiques. Parmi les caractéristiques essentielles d'une convention constitutionnelle, il y a notamment le fait que les conventions « contredisent » les textes de la Constitution en encadrant plus strictement que ne le font les textes constitutionnels les pouvoirs de l'un ou l'autre des pouvoirs politiques¹⁵⁸. De plus, la reconnaissance d'une convention constitutionnelle est subordonnée à des exigences bien précises, soit l'existence de précédents tirés des pratiques institutionnelles reposant sur un principe susceptible d'en justifier la raison d'être et ayant un effet contraignant sur les acteurs politiques¹⁵⁹. Or, concernant plus particulièrement l'obligation de négocier,

155. Warren J. NEWMAN, « Réflexions sur la portée véritable des principes constitutionnels dans l'interprétation et l'application de la Constitution du Canada », (2001-2002) 13 *R.N.D.C.* 117, 124 et 144.

156. P.W. HOGG, préc., note 27, 35.

157. P.J. MONAHAN, préc., note 29, 84.

158. *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, préc., note 152, 880-882.

159. *Id.*, 876-880 ; *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, préc., note 152, 807-818.

rien n'indique dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* que cette obligation ait pu naître de précédents tirés des pratiques institutionnelles ou puisse contredire de quelque manière que ce soit une disposition écrite de la Constitution. Bref, il ne peut être question de convention constitutionnelle si aucune des conditions essentielles qui caractérisent ce type de norme n'est réunie.

Enfin, pour des raisons que nous expliquerons ci-dessous, l'attitude de la Cour suprême—qui consiste à « renvoyer la balle » aux acteurs politiques lorsqu'il est question de la conduite des négociations ou d'apprécier le degré de clarté de l'expression référendaire—s'explique, non pas tant par un quelconque lien entre l'obligation de négocier et les conventions constitutionnelles, mais bien plutôt par un devoir de réserve et par une attitude de retenue dans le contexte d'un avis consultatif, rendu *a priori* et *in abstracto*. Cela n'a donc rien à voir avec le rang et la catégorie de normes auxquelles appartient l'obligation constitutionnelle de négocier. C'est bien au contraire les circonstances du dossier qui amènent la Cour suprême à faire preuve de retenue à l'égard de questions qu'il n'était pas nécessaire de trancher au moment du *Renvoi relatif à la sécession du Québec* de 1998.

2.2 La justiciabilité de l'obligation constitutionnelle de négocier

Qu'elles soient écrites ou non écrites, les normes constitutionnelles ont, en tout état de cause, besoin de voir leur caractère supralégislatif garanti par un organe indépendant chargé d'en assurer le respect. Il revient normalement au pouvoir judiciaire d'agir comme gardien de la primauté des normes constitutionnelles. Toutefois, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême laisse clairement entendre que la bonne conduite des négociations relève davantage du domaine de l'appréciation politique que de celui des tribunaux. Selon les motifs de la Cour suprême, « [la] conciliation des divers intérêts constitutionnels légitimes décrits plus haut relève nécessairement du domaine politique plutôt que du domaine judiciaire, précisément parce que cette conciliation ne peut être réalisée que par le "donnant, donnant" du processus de négociation¹⁶⁰ ».

Bien évidemment cet extrait porte une fois encore sur la « conciliation des divers intérêts », c'est-à-dire sur le fond des négociations et non sur leur forme ou leur existence. Toujours est-il qu'à la question de savoir qui doit sanctionner le non-respect de l'obligation de négocier, la Cour suprême a préféré, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* répondre par un appel à la responsabilisation d'abord des acteurs politiques, ensuite des

160. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 14, par. 101.

électeurs qui leur accordent et leur retirent leur confiance et, enfin, même à la communauté internationale qui est appelée à reconnaître éventuellement la naissance d'un nouvel État¹⁶¹.

De ce passage des motifs de la Cour suprême, plusieurs ont conclu à la non-justiciabilité de l'obligation de négocier. C'est le cas notamment de José Woehrling pour qui cette absence de sanction judiciaire de l'obligation de négocier est l'un des plus gros écueils à son application effective en cas de modifications portant sur un autre objet que la sécession¹⁶².

Il reste donc à déterminer si les tribunaux ont la capacité de sanctionner, le cas échéant, le non-respect de cette obligation.

Dans le contexte particulier du *Renvoi relatif à la sécession du Québec* de 1998, la Cour suprême a exprimé sa préférence pour une solution politique. En agissant ainsi, elle a fait certes preuve de retenue et de déférence à l'endroit des acteurs politiques, tout en préservant son pouvoir d'intervenir si elle était un jour saisie d'un litige concret relatif à la conduite des négociations. En tenant compte du contexte et en conformité avec les règles relatives aux modalités d'exercice du contrôle de constitutionnalité (2.2.1), la Cour suprême a judicieusement voulu «préserver l'avenir» en privilégiant d'abord les solutions politiques. En agissant ainsi, elle n'a toutefois pas définitivement renoncé à intervenir sur ces questions si cela était dans l'avenir nécessaire pour résoudre un litige concret, comme elle l'a d'ailleurs fait à plusieurs reprises dans d'autres dossiers relativement semblables (2.2.2).

2.2.1 La retenue judiciaire dans le contexte particulier d'une hypothétique sécession

L'attitude de la Cour suprême, en 1998, dans le contexte d'un avis consultatif rendu sur la question particulière de la sécession et alors qu'il n'y avait pas encore eu d'expression par référendum de la volonté de négocier des changements, ne serait pas nécessairement la même dans une autre décision, prononcée cette fois plusieurs années plus tard, à la suite d'un référendum sectoriel et mettant en cause directement la question de l'obligation de négocier. En ces matières comme dans bien d'autres, tout est souvent affaire de contexte.

161. *Id.*, par. 103.

162. De façon éloquent, J. WOEHRLING, préc., note 15, p. 28, écrit que l'obligation de négocier ne produirait que des effets très marginaux et très peu décisifs dès lors que la communauté internationale ne pourrait, dans le cas d'un référendum portant sur la réforme du fédéralisme, exercer de la pression sur l'une ou l'autre des parties refusant de négocier des changements soutenus à l'occasion d'un référendum sectoriel.

C'est pourquoi nous sommes d'avis que la Cour suprême n'a en définitive pas complètement écarté l'idée qu'elle puisse un jour sanctionner le non-respect de l'obligation de négocier. Il faut, à cet égard, se garder de confondre la question de la *volonté* de la Cour suprême ou de l'opportunité de se saisir du contrôle des négociations avec la question, tout autre à notre avis, de la *capacité* juridique des tribunaux de le faire. Autrement dit, ce n'est pas parce que la Cour suprême juge qu'il n'est pas nécessaire ni opportun dans un cas bien précis de se prononcer sur une question qu'elle n'en a pas pour autant la capacité de le faire.

Lors du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême avait trois motifs fort valables de ne pas pousser son raisonnement au-delà du nécessaire sur des questions telles que le déroulement des négociations entre le Québec, le fédéral et les autres provinces. La première modalité du contrôle susceptible d'avoir favorisé la retenue de la Cour suprême est évidemment le type de procédure dont elle était saisie. En effet, la décision rendue en 1998 s'inscrivait dans le cadre d'une procédure de renvoi¹⁶³, c'est-à-dire d'un avis consultatif rendu par la Cour suprême sur des questions abstraites soumises par le gouvernement fédéral. Or, il s'agit là d'une procédure relativement exceptionnelle qui amène la Cour suprême à exercer un contrôle *a priori* et *in abstracto* dérogeant à la manière habituelle dont elle est saisie des problèmes de conformité à la Constitution¹⁶⁴. Il faut dire que, conformément au modèle anglo-américain du contrôle judiciaire (*judicial review*)¹⁶⁵, les tribunaux canadiens préférèrent se prononcer sur des litiges concrets, mettant en cause des parties directement touchées dans leurs droits constitutionnels, plutôt que sur des questions générales ou hypothétiques. La question se pose donc de savoir si la Cour suprême ferait preuve de la même retenue si elle était cette fois saisie d'un litige concret portant directement sur l'obligation de négocier plutôt que d'un renvoi ayant pour objet des questions plus générales et plus hypothétiques comme c'était le cas en 1998.

La deuxième modalité du contrôle susceptible d'avoir une influence sur l'attitude de la Cour suprême quant à la question du contrôle des négociations réside dans une autre application particulière du principe de la retenue, soit l'idée selon laquelle un juge ne se prononce sur une question de constitutionnalité que dans la stricte mesure où cela est nécessaire pour

163. *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 53.

164. Louis FAVOREU, «Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle», (1988) 4 *Ann. int. j. c.* 51; Gérard-A. BEAUDOIN, «Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois au Canada», dans *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet. L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Paris, Dalloz, 2003, p. 483.

165. *Supra*, note 164.

la solution du litige. Ce principe, qui a été maintes fois reconnu et appliqué par les tribunaux canadiens¹⁶⁶, a pour objet, sur le plan des principes, de préserver l'équilibre entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire et aussi, sur le plan pratique, d'économiser les ressources judiciaires¹⁶⁷.

Dans le cas de l'obligation constitutionnelle de négocier, ce principe permet de préserver la marge de manœuvre des élus en favorisant d'abord et avant tout les solutions de nature politique et en minimisant l'impact de l'intervention judiciaire qui, en 1998, ne servait qu'à énoncer le « cadre constitutionnel dans lequel des décisions politiques peuvent, en dernière analyse, être prises¹⁶⁸ ». Or, « à l'intérieur de ce cadre », lisons-nous dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* de 1998, « les rouages du processus politique sont complexes¹⁶⁹ » et pourrait, en prolongeant quelque peu le raisonnement de la Cour suprême, donner lieu dans l'avenir à un nouveau recours portant sur l'interprétation ou l'application de l'obligation de négocier.

La troisième modalité du contrôle qui découle du principe de la retenue judiciaire concerne cette fois l'interdiction faite aux tribunaux de « s'auto-saisir » d'une question de constitutionnalité¹⁷⁰. Cette absence d'initiative judiciaire est essentielle, comme l'explique, dans une dorénavant célèbre dissidence, le juge La Forest :

Selon moi, le judiciaire tire son acceptation publique et sa force du fait que les poursuites ne sont pas intentées à l'instigation des juges [...] À la différence des autres organes du gouvernement, le pouvoir judiciaire n'amorce pas les choses et

166. H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 2, p. 189.

167. Le juge La Forest affirme ceci : « De fait, les tribunaux sont généralement réticents à commenter des questions qu'il n'est pas nécessaire de trancher pour statuer sur un litige. Cette règle de conduite est particulièrement indiquée dans les affaires constitutionnelles, où les répercussions de conclusions de droit tirées dans l'abstrait sont souvent imprévisibles et peuvent, après coup, se révéler malheureuses. » Voir *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, préc., note 40, par. 301 (j. La Forest, motifs diss.); *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97, par. 9; Voir aussi : *Procureur général (Québec) et Glassco c. Cumming*, [1978] 2 R.C.S. 605; *La Reine (Man.) c. Air Canada*, [1980] 2 R.C.S. 303; *Winner c. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, [1951] R.C.S. 887; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357.

168. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 14, par. 100.

169. *Id.*

170. « Cette politique d'abstention à l'égard des questions de droit étrangères aux débats s'applique à plus forte raison dans un cas où les avocats n'ont fait que de très brèves allusions à une telle question » : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, préc., note 40, par. 301 (j. La Forest, motifs diss.).

ne poursuit pas de programme propre. Son seul devoir est d'entendre et de trancher des affaires qui lui sont soumises, conformément au droit et à la Constitution¹⁷¹.

La politique d'abstention et de retenue judiciaire doit donc s'appliquer à plus forte raison lorsqu'il s'agit d'une question sur laquelle les avocats n'ont fait que peu ou pas du tout de représentations¹⁷². Or, il faut bien l'admettre, la Cour suprême, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, n'était pas directement saisie de la question du déroulement et de la bonne conduite des négociations. Les parties ne s'étaient pas précisément exprimées sur ce point et l'avis de la Cour suprême n'avait pas besoin de détailler davantage ces questions afin de répondre aux questions plus générales dont elle était saisie. Dans ces circonstances précises, il était bien évidemment préférable de laisser le plus de marge de manœuvre possible aux élus afin de privilégier d'abord les solutions de nature politique¹⁷³.

171. *Id.*, par. 300.

172. *Id.*, par. 301.

173. Ce devoir des tribunaux de ne pas « s'autosaisir » de questions constitutionnelles est important, en particulier parce qu'il permet d'écarter l'un des arguments avancés par certains, notamment José Woehrling, en vue de minimiser les conséquences juridiques et politiques de l'obligation de négocier. Cet argument utilisé pour conclure au caractère non justiciable de l'obligation de négocier s'appuie, en fait, sur la façon inconvenante dont les élus se sont acquittés en 1996 de l'obligation de réexamen de la procédure de modification constitutionnelle prévue dans l'article 49 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et qui imposait la tenue d'une conférence constitutionnelle dans un délai de 15 ans suivant l'entrée en vigueur de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dressant un parallèle entre l'obligation de réexamen et l'obligation de négocier prévue dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*, et constatant le traitement réservé par les premiers ministres des provinces et du fédéral à cette obligation en 1996, J. WOEHRLING, préc., note 15, p. 29 et 30, conclut au caractère peu contraignant de l'obligation de négocier : « On peut imaginer sans peine des situations où l'obligation de négocier une proposition de modification constitutionnelle serait traitée avec à peine plus de conviction. » En effet, le 21 juin 1996, le premier ministre canadien Jean Chrétien a profité d'une rencontre avec ses homologues provinciaux pour inscrire ce sujet à l'ordre du jour, parmi d'autres. Seulement quelques minutes y ont été consacrées par les premiers ministres, et ce, en l'absence de Lucien Bouchard qui avait choisi de ne pas participer à cette discussion. À la sortie de la rencontre, le premier ministre Chrétien a déclaré qu'il considérait avoir satisfait les exigences de l'obligation constitutionnelle de réexamen. Comment expliquer qu'une disposition écrite de la Constitution soit aussi cavalièrement expédiée sans aucune sanction judiciaire ? Pour une raison bien simple, qui n'a rien à voir avec la force légale ou la justiciabilité de l'obligation, soit le fait qu'il n'y a tout simplement pas eu de litige. En pratique, l'ensemble des provinces et le gouvernement fédéral étaient tacitement d'accord à propos de l'idée de ne pas engager de négociations sur une révision possible de la formule de modification. Dans ces circonstances, il devenait impossible pour la Cour suprême de se saisir de la question alors qu'il n'y avait aucun litige. Or, dans l'hypothèse d'une obligation de négocier découlant d'un référendum sectoriel, les choses seraient bien différentes. Après avoir investi temps et argent, le gouvernement du Québec serait logiquement déterminé à faire respecter l'obligation de négocier et

Le contexte d'un dossier de même que les modalités par lesquelles les tribunaux sont saisis d'un problème comptent donc pour beaucoup dans la manière dont ces derniers vont exercer leur discrétion ou leur devoir de réserve. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême exprime clairement sa préférence pour un contrôle politique de l'obligation de négocier¹⁷⁴. Cela lui évite de se prononcer sur des questions qui, en l'absence de litige concret, ne demeurent qu'hypothétiques et facultatives par rapport à l'objet premier du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. Il n'empêche que, comme l'écrit John Whyte, le constat de non-justiciabilité de l'obligation de négocier dans ce renvoi de 1998 ne peut supprimer pour toujours la voie judiciaire. Si des litiges concrets se posent à l'avenir, la Cour suprême y fera face tôt ou tard¹⁷⁵. Celle-ci prend d'ailleurs elle-même la précaution d'ajouter la formule « dans certaines circonstances » lorsqu'elle affirme sa préférence pour des solutions politiques plutôt que juridictionnelles¹⁷⁶. Ainsi, dans de nouvelles circonstances, relevant uniquement du droit interne¹⁷⁷, rien n'empêcherait la Cour suprême de décider que le recours aux sanctions politiques est dans ce cas

éventuellement à saisir, s'il le fallait, les tribunaux de la question. John D. WHYTE, « "A Constitutional Conference ... Shall Be Convened..." : Living with Constitutional Promises », (1996) 8 *Forum Const.* 15, 16. Lire aussi : Gordon GIBSON, « The Incredible Shrinking Conference », *The Globe and Mail*, 15 avril 1997, p. A17 ; J. WOEHRLING, préc., note 15, p. 30.

174. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 14, par. 100.

175. John WHYTE, « Reflections on the Quebec Secession Reference », Saskatoon, Faculté de droit, Université de Saskatchewan, 14 septembre 1998 (document non publié), cité dans D. NEWMAN, préc., note 59, 33.

176. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 14, par. 102.

177. En dernière analyse, l'existence, dans le contexte particulier de la sécession, d'une pression politique exercée par la communauté internationale en faveur du bon déroulement des négociations compte aussi parmi les facteurs qui ont pu amener la Cour suprême à faire preuve d'une certaine réserve quant à la question du contrôle juridictionnel des négociations. En effet, la Cour suprême précise que, dans le cas de l'accession à l'indépendance du Québec, la violation de l'obligation de négocier de bonne foi par l'une ou l'autre des parties aurait assurément un impact non seulement auprès des électeurs, mais aussi sur la décision de la communauté internationale de reconnaître ou non le nouvel État. L'existence de cette sanction politique exercée à l'échelle internationale est évidemment une particularité du processus d'accession à l'indépendance. Du coup, si la Cour suprême se déchargeait de la responsabilité de sanctionner le défaut de négocier, ce serait seulement après s'être assurée qu'il y aurait tout de même des conséquences si l'une ou l'autre des parties s'aventurait à ne pas s'acquitter de ses obligations. Force est d'admettre que le contexte serait sur ce plan fort différent advenant un référendum sectoriel ayant pour objet d'introduire des changements à l'intérieur du fédéralisme canadien. Ainsi, une fois l'obligation de négocier sortie du contexte sécessionniste, il devient en quelque sorte logique de l'adapter *mutatis mutandis* en fonction des circonstances et en cohérence avec l'intention première de la Cour suprême qui demeure celle d'assurer

insuffisant ou inefficace et d'agir pour garantir le respect de l'obligation constitutionnelle de négocier¹⁷⁸.

2.2.2 L'interventionnisme préconisé par la Cour suprême du Canada en matière de négociation constitutionnelle

Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême a exprimé sa préférence pour un contrôle politique de la bonne foi des parties dans le déroulement des négociations, mais cette retenue de sa part pouvait alors s'expliquer à la fois par le contexte particulier de l'accession à l'indépendance—où la reconnaissance internationale peut être assimilée à une forme de sanction politique—et par le caractère général et consultatif du contrôle *in abstracto* effectué dans le contexte d'un renvoi. Or, à supposer que la Cour suprême soit un jour saisie d'un litige concret, survenant après qu'auront été explorées et expérimentées les solutions politiques, et portant sur le refus de négocier des changements à la fédération canadienne pour lesquels la communauté internationale n'a aucun rôle à jouer, nous sommes d'avis que la Cour suprême serait, dans de telles circonstances, disposée à préciser et à faire respecter l'obligation constitutionnelle de négocier. Elle l'a d'ailleurs fait à plusieurs reprises, d'une part, dans des dossiers mettant en cause des obligations dérivées de principes sous-jacents (2.2.2.1) et, d'autre part, dans des dossiers relatifs au processus de modification constitutionnelle et aux conditions d'exercice du pouvoir constituant (2.2.2.2).

2.2.2.1 L'effet directement exécutoire reconnu aux principes sous-jacents

Les tribunaux ont reconnu à plusieurs reprises l'effet juridique directement exécutoire des principes sous-jacents et des obligations qui en découlent¹⁷⁹. Parmi toutes ces décisions, ce sont, à notre avis, les décisions relatives au principe sous-jacent de l'indépendance judiciaire et à l'obligation constitutionnelle d'assurer la sécurité financière des juges qui témoignent le mieux de l'effet exécutoire des principes sous-jacents et du rôle des tribunaux dans la sanction du non-respect de ceux-ci. En effet, la Cour suprême a, en 1997 et en 2005, déclaré invalides plusieurs actes législatifs ou gouvernementaux établis par les provinces dans le but de réduire ou de geler la rémunération des juges des cours provinciales. S'appuyant

la prise en considération de l'ensemble des principes sous-jacents, principes que la Cour suprême est très soucieuse de protéger et qui justifient souvent, à ses yeux, une forme ou une autre d'interventionnisme.

178. Mark D. WALTERS, « The Common Law Constitution in Canada: Return of *Lex Non Scripta* as Fundamental Law », (2001) 51 *U.T.L.J.* 91, 95.

179. O. COURTEMANCHE, préc., note 37, p. 93-133 ; P.J. MONAHAN, préc., note 37, p. 7-9 et 490.

sur le principe sous-jacent de l'indépendance judiciaire¹⁸⁰, le juge Lamer a invalidé la plupart des décisions prises par les provinces afin de réduire leur déficit budgétaire. Il y a d'abord l'obligation générale d'assurer la sécurité financière de l'ensemble des juges des cours provinciales¹⁸¹. De cette obligation générale, les juges de la majorité en déduisent une obligation particulière, soit celle de mettre en place dans chaque province un processus relativement complexe¹⁸².

Puis, dans une décision rendue cette fois en 2005¹⁸³, la Cour suprême a accepté de préciser encore davantage les obligations découlant du principe de l'indépendance judiciaire et de sanctionner le traitement réservé par le pouvoir exécutif de certaines provinces aux recommandations issues des commissions indépendantes de rémunération. Épousant une fois encore une conception délibérative de la légitimité, la Cour suprême n'hésite pas à exercer un contrôle du « processus » menant à la décision gouvernementale. Suivant son raisonnement, les recommandations issues des commissions de rémunération, bien qu'elles ne soient pas obligatoires ni contraignantes, ne doivent pas être écartées à la légère. En tout état de cause, le pouvoir exécutif est tenu de produire une « réponse » qui soit « adaptée aux recommandations¹⁸⁴ ». Cette réponse doit contenir des motifs légitimes, être formulée de bonne foi et être fondée sur des faits et un raisonnement solide¹⁸⁵. Du reste, les tribunaux se réservent le droit, non pas de confirmer ni d'infirmer la décision du pouvoir exécutif de ne pas

180. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, préc., note 40, par. 107.

181. Il faut dire que l'article 11 (d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne protège l'indépendance judiciaire que dans les dossiers de droit pénal et criminel et que les articles 96 et suivants de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne protègent que les juges des cours supérieures. En affirmant l'existence d'un principe sous-jacent de l'indépendance judiciaire, la Cour suprême arrive ainsi à élargir à l'ensemble des juges des cours provinciales une protection qui, en vertu des textes, était réservée uniquement à certains d'entre eux.

182. C'est un processus où intervient, dans un premier temps, un organisme indépendant du pouvoir exécutif (une commission de rémunération), composé en grande partie de juges, dont le mandat est de produire au pouvoir exécutif un avis consultatif avec des recommandations détaillées et motivées sur la rémunération et les avantages accordés aux juges des cours provinciales. Ainsi, les traitements de ces derniers peuvent être réduits, haussés ou bloqués, pourvu que cela respecte le processus indépendant d'évaluation par une commission et qu'aucun changement à la rémunération ne soit établi sous le minimum requis pour la charge de juge : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, préc., note 40, par. 133-135.

183. *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*, préc., note 47.

184. *Id.*, par. 24.

185. *Id.*, par. 25.

suivre les recommandations, mais bien d'exercer un contrôle du sérieux des motivations et de la rationalité de la décision gouvernementale. Sur la nature du contrôle effectué par les tribunaux, la Cour suprême énonce de nombreuses précisions qui pourraient très bien l'inspirer *mutatis mutandis* dans l'interprétation de l'obligation de négocier :

Les motifs qui respectent la norme de la rationalité sont ceux qui sont complets et qui traitent les recommandations de la commission de façon concrète. Les motifs sont légitimes s'ils sont conciliables avec la common law et la Constitution. Le gouvernement doit aborder de bonne foi les questions en jeu. De simples déclarations rejetant ou désapprouvant les recommandations ne suffisent pas. Au contraire, les motifs doivent révéler que les recommandations ont été prises en compte et ils doivent être fondés sur des faits et un raisonnement solide. Ils doivent indiquer à quels égards et dans quelle mesure le gouvernement s'écarte des recommandations et indiquer les raisons du rejet ou de la modification. Ils doivent démontrer qu'on a procédé à un examen des fonctions judiciaires et qu'on a l'intention de prendre les mesures qui s'imposent [...].

Les motifs doivent également reposer sur des faits raisonnables. Si l'importance accordée aux facteurs pertinents varie, cette variation doit être justifiée [...].

Le gouvernement doit, dans sa réponse, énoncer clairement et complètement les motifs qui l'amènent à s'écarter des recommandations de la commission ainsi que le fondement factuel de ses motifs¹⁸⁶.

C'est là une fois encore une description bien détaillée des conséquences juridiques résultant de l'obligation de recourir à une commission indépendante et du traitement qui doit être donné par le pouvoir exécutif aux recommandations de chaque province.

En 1997, comme en 2005, l'interventionnisme et la « créativité » avec laquelle la Cour suprême va, d'une part, élaborer à partir de principes non écrits une procédure obligatoire et préalable à toute décision relative à la rémunération des juges des cours provinciales et, d'autre part, invalider toute décision gouvernementale ne respectant pas soit la lettre, soit l'esprit de cette procédure, témoignent bien de l'effet juridique directement exécutoire des obligations constitutionnelles découlant des principes sous-jacents. Cela est d'autant plus important que le contexte dans lequel la Cour suprême rendait sa décision était des plus délicats, soit celui des rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire auquel les membres de la Cour suprême appartiennent. La situation était même très proche du conflit d'intérêts dans la mesure où il s'agissait pour les juges de se prononcer non pas tant sur leur propre rémunération, mais du moins sur celle de leurs collègues des cours provinciales représentant une large partie de la

186. *Id.*, par. 25-27.

magistrature et dont l'augmentation ou la réduction est susceptible d'agir comme un indice dans la fixation de leur propre salaire¹⁸⁷.

Toujours est-il que le contexte de ces décisions judiciaires rendues relativement à la rémunération des juges des cours provinciales peut, à bien des égards, être comparé à celui de l'obligation de négocier les changements constitutionnels. Dans les deux cas, il s'agit d'obligations relativement précises, qui sont déduites de principes sous-jacents à la Constitution, qui ont pour objet d'encadrer des relations entre des pouvoirs constitués (exécutif et judiciaire, dans un cas ; provincial et fédéral, dans l'autre) et qui portent bien plus sur l'encadrement d'un processus et l'attitude des parties que sur le fond du problème soumis à la Cour suprême. Or, comme nous en formulons l'hypothèse dans le cas de l'obligation de négocier, la Cour suprême n'a pas exposé avec autant de détails et de précisions la nature et la portée juridique des recommandations issues des commissions indépendantes, ni même du contrôle de la décision gouvernementale pouvant être exercé par les tribunaux, dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (I.-P.-É.)* de 1997¹⁸⁸ que dans sa décision de 2005¹⁸⁹ alors qu'elle était cette fois saisie de litiges concrets portant précisément sur ces questions. Comme quoi, d'une décision à l'autre, le contexte évolue et amène souvent la Cour suprême à préciser ses exigences et les conditions dans lesquelles elle pourrait exercer son pouvoir de sanction.

2.2.2.2 L'interventionnisme dans le processus de négociation constitutionnelle

En plus de l'élaboration des exigences procédurales et de la sanction de leur non-respect dans le contexte des rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, la Cour suprême est également intervenue par le passé dans le contexte particulier du processus de négociation constitutionnelle. Une fois encore, elle aurait pu s'appuyer sur la théorie des

187. Le juge La Forest souligne ce point dans les motifs de sa dissidence au paragraphe 302 du *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (I.-P.-É.)*, préc., note 40 :

Je suis d'autant plus inquiet que la question met en jeu les rapports que doivent entretenir les organes politiques du gouvernement et la magistrature, point à l'égard duquel les juges peuvent difficilement être perçus comme indifférents, surtout lorsqu'il s'agit de leur propre rémunération. Dans de telles circonstances, il est absolument crucial que la Cour avance avec précaution et évite de tirer des conclusions d'une grande portée, qui ne sont pas nécessaires pour décider l'affaire dont elle est saisie.

188. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (I.-P.-É.)*, préc., note 40.

189. *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*, préc., note 47.

questions politiques afin de conclure à la non-justiciabilité d'un litige relatif au processus de négociations constitutionnelles et à l'exercice du pouvoir constituant, mais son historique interventionniste en ces matières témoigne au contraire de son souci de résoudre les conflits pouvant survenir entre les différents ordres de gouvernement dans l'exercice du pouvoir constituant¹⁹⁰.

Parmi les exemples d'interventionnisme de la Cour suprême sur des questions relatives au processus de négociation constitutionnelle et à l'exercice du pouvoir constituant, trois exemples particulièrement emblématiques de ce phénomène méritent d'être ici soulignés. Il y a premièrement celui des renvois de 1981¹⁹¹ et de 1982¹⁹² portant sur les conventions constitutionnelles régissant les négociations préalables au rapatriement de la Constitution. Résolu à rapatrier la Constitution, le gouvernement fédéral a, en 1981, menacé les provinces de procéder sans leur consentement¹⁹³. Saisie par certaines provinces de la question du rôle des provinces dans le processus de négociation préalable au rapatriement de la Constitution, la majorité de la Cour suprême n'a pas hésité à arbitrer le différend en confirmant l'existence d'une convention constitutionnelle aux termes de laquelle le Parlement fédéral ne pouvait, sans un degré appréciable de consentement provincial, demander aux autorités britanniques de procéder à une modi-

190. À cet égard, au paragraphe 27 du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 14, la Cour suprême affiche clairement ses couleurs :

Pour ce qui est du « rôle légitime » de la Cour, il est important de souligner que, contrairement à la prétention de l'*amicus curiae*, les questions posées dans le renvoi ne demandent pas à la Cour d'usurper un pouvoir de décision démocratique que la population du Québec peut être appelée à exercer. Suivant notre interprétation des questions posées par le gouverneur en conseil, celles-ci se limitent strictement à certains aspects du cadre juridique dans lequel cette décision démocratique doit être prise. L'analogie qu'on a tenté de faire avec la doctrine américaine des « questions politiques » ne s'applique donc pas.

191. *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, préc., note 152.

192. *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, préc., note 152.

193. Par convention constitutionnelle, les autorités britanniques avaient pris l'habitude de ne modifier la Constitution canadienne qu'à la demande expresse des autorités canadiennes. Le fédéral, ayant toujours cherché par la négociation à obtenir en cette matière l'appui des provinces, les demandes de modification constitutionnelle faisaient jusqu'alors toujours l'objet d'un consensus fédéral-provincial. Le fédéral menaçant de rompre avec cette pratique, des provinces ont décidé de saisir les tribunaux afin de faire respecter cette pratique non écrite consistant à s'entendre au préalable sur le contenu des demandes de modification constitutionnelle adressées aux autorités britanniques. Dès lors se posait la question de l'existence de règles non écrites susceptibles d'encadrer le comportement des acteurs politiques dans le contexte du processus de négociation préalable à l'exercice du pouvoir constituant.

fication de la Constitution canadienne touchant les relations fédérales-provinciales ou les droits, pouvoirs et immunités des provinces¹⁹⁴. Puis, en 1982, la Cour suprême s'est ensuite prononcée à nouveau sur une question qu'elle avait sciemment esquivée dans son avis de 1981, soit celle de savoir si — en vertu des conventions constitutionnelles — le consentement du Québec (seule province majoritairement francophone au Canada) était, « par convention, constitutionnellement nécessaire à l'adoption par le Sénat et la Chambre des Communes du Canada d'une résolution ayant pour objet de faire modifier la constitution canadienne¹⁹⁵ ».

À travers ces deux avis consultatifs, la Cour suprême a été en quelque sorte amenée à définir elle-même les règles du jeu relatives à l'exercice du pouvoir constituant. Elle s'est de cette façon imposée comme arbitre des différends entre le fédéral et les provinces, différends qui caractérisent souvent l'exercice du pouvoir constituant au Canada. Cet exemple est du reste d'autant plus probant que les motifs de la Cour suprême ne s'appuyaient en 1981 et en 1982 que sur des conventions constitutionnelles, c'est-à-dire sur des normes constitutionnelles non écrites, que celle-ci dégage de l'analyse des pratiques politiques et pour lesquelles le rôle des tribunaux est nettement moindre que dans le cas des principes sous-jacents¹⁹⁶.

La deuxième manifestation de cette tendance de la Cour suprême à régir les différents aspects du processus de négociation constitutionnelle réside cette fois dans la manière dont elle a, au cours des dernières années, exercé de la pression sur les autorités gouvernementales pour débloquer les négociations entourant le contenu des droits ancestraux. À l'origine reconnus par les tribunaux¹⁹⁷, les droits ancestraux des peuples autochtones sont des droits qui « résultent de coutumes précoloniales [et] qui sont caractéristiques des peuples autochtones¹⁹⁸ ». Or, même si le texte de la Constitution canadienne a été modifié à l'occasion du rapatriement de la Constitution de 1982 de manière à confirmer l'existence des droits ancestraux¹⁹⁹, ce texte ne définit en rien le contenu de ces droits, pas plus qu'il ne délimite les portions du territoire où ces derniers s'appliquent.

194. Renvoi : *Résolution pour modifier la Constitution*, préc., note 152, 904 et 905.

195. Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution, préc., note 152.

196. *Supra*, section 2.1.2, plus particulièrement aux notes 152 à 159.

197. *Calder et al. c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313.

198. H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 2, p. 133.

199. Le paragraphe 1 de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* énonce ceci : « Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. »

À noter que, dans certains cas, des traités ont été négociés pour définir et mettre en œuvre ces droits ancestraux. Toutefois, dans la plupart des cas, les nombreuses revendications des peuples autochtones concernant leurs droits ancestraux n'ont toujours pas fait l'objet d'ententes avec les autorités gouvernementales.

Alors que ces revendications devraient normalement se résoudre au moyen de négociations, les tribunaux n'ont pas hésité à sanctionner l'inaction des autorités gouvernementales en menaçant de se substituer à elles en définissant eux-mêmes, au cas par cas, les critères devant permettre de déterminer le sens et la portée territoriale des revendications autochtones relatives aux droits ancestraux²⁰⁰. De plus, en s'appuyant sur le principe sous-jacent de l'« honneur de la Couronne²⁰¹ », la Cour suprême s'est arrogé le droit d'évaluer et de superviser les processus de négociation entre les peuples autochtones et les autorités gouvernementales dans le but de garantir l'intégrité et la loyauté du processus²⁰².

Enfin, la troisième et dernière illustration de l'interventionnisme de la Cour suprême en ce qui concerne le processus de négociation constitutionnelle se trouve bien évidemment dans l'avis consultatif de 1998²⁰³ concernant l'hypothèse d'une sécession unilatérale du Québec, avis dont nous avons déjà traité abondamment. Pour éviter que les principes sous-jacents à la Constitution soient bafoués par une déclaration unilatérale d'indépendance ou que, à l'inverse, la primauté des règles relatives à la procédure de modification constitutionnelle s'impose au détriment de la volonté démocratique clairement exprimée, la Cour suprême énonce alors une nouvelle obligation constitutionnelle, soit celle de négocier dont nous avons ici examiné les tenants et les aboutissants. En raisonnant ainsi, la Cour suprême encadre le processus de négociation constitutionnelle en invitant le pouvoir constituant à respecter une série de principes sous-jacents dont elle est l'ultime interprète²⁰⁴.

200. *Calder et al. c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, préc., note 197 ; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 48.

201. *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, préc., note 48 (motifs de la juge Deschamps et non contredits sur ce point par les juges de la majorité).

202. *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, préc., note 117 ; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, préc., note 121 ; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, préc., note 121 ; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, préc., note 48.

203. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 14.

204. Jacques FRÉMONT et François BOUDREAULT, « Supraconstitutionnalité canadienne et sécession du Québec », (1997) 8 *R.N.D.C.* 163, 167.

Que ce soit dans le cas du rapatriement de la Constitution, des négociations sur les revendications autochtones relatives aux droits ancestraux ou encore du processus devant encadrer l'accession du Québec à la souveraineté, la Cour suprême n'a manifestement pas hésité à se prononcer sur des questions éminemment politiques. Un avis que semble partager le professeur Dwight Newman, lorsqu'il affirme ceci : « In taking on the *Secession Reference* despite urgings to the contrary, the Court decided that doctrines of judicial restraint must restrain the Court only on very narrow grounds²⁰⁵. »

Au-delà des pétitions de principe où la Cour suprême affirme n'avoir « aucun rôle de surveillance à jouer sur les aspects politiques des négociations constitutionnelles²⁰⁶ », l'historique interventionniste de cette dernière laisse en pratique clairement entendre qu'elle n'hésite pas à encadrer l'exercice du pouvoir constituant. Il y a en effet un nombre significatif de précédents où la Cour suprême a été amenée à se prononcer sur le comportement des acteurs politiques dans l'exercice de leur pouvoir souverain de modifier la Constitution. En précisant les règles du jeu devant guider le comportement des acteurs politiques et en rappelant à ces derniers leur devoir de coopérer et de négocier de bonne foi le contenu des modifications constitutionnelles, la Cour s'est en quelque sorte arrogé un rôle de pouvoir « supraconstituant » susceptible de fournir des balises procédurales et de régir, du moins en partie, le processus de négociation constitutionnelle.

Conclusion

L'application de l'obligation de négocier à des réformes constitutionnelles autres que la sécession ressort à la fois des motifs et des intentions implicites déduites du contexte dans lequel la Cour suprême rend son avis dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, de même que de la manière dont cette obligation a jusqu'ici été reçue et interprétée par des acteurs politiques qui y voient généralement un moyen de sortir de l'impasse constitutionnelle dans laquelle le Québec et le Canada sont embourbés. Parce que les mêmes causes entraînent souvent les mêmes effets, la mise en tension des principes sous-jacents qui résulte de l'expression claire par référendum de la volonté de changement de la population d'une province risque de conduire à la tenue de négociations en vue de concilier cette expression démocratique avec le respect des autres principes sous-jacents.

L'obligation de négocier ne garantit pas en soi la conclusion d'un accord. À l'instar de bien d'autres normes juridiques, elle demeure une

205. D. NEWMAN, préc., note 59, 15.

206. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 14, par. 100.

obligation de moyen dont l'appréciation suppose la prise en considération *in concreto* d'un ensemble d'éléments contextuels dont la Cour suprême ne disposait pas nécessairement en 1998 lors du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. Cela dit, bien que son contenu soit pour l'essentiel limité à des aspects procéduraux, l'obligation de négocier reste en tout état de cause une norme supralégislative qui s'impose à l'ensemble des gouvernements et des assemblées législatives de la fédération²⁰⁷. Elle n'est pas une obligation de s'entendre, mais son applicabilité à un référendum sectoriel et les arguments plaidant en faveur de sa justiciabilité en cas de violation sont de nature à donner une chance à un nouveau dialogue constitutionnel entre le Québec et le Canada, pour normaliser la situation constitutionnelle qui règne depuis 1982.

En définitive, il est probable que, une fois les négociations véritablement enclenchées, la pression politique pour obtenir un accord de même que les risques que ferait peser sur l'opinion publique, notamment au Québec, un échec empreint de mauvaise foi incitent les acteurs politiques à s'entendre. S'il advenait qu'une telle négociation aboutisse à une entente, nous pouvons penser que son enchâssement dans la Constitution demeurerait extrêmement compliqué²⁰⁸, car l'entente serait malgré tout soumise à la procédure de modification prévue dans la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il est toutefois permis d'espérer que de telles modifications obtiennent ainsi plus facilement l'assentiment des participants de la fédération à la négociation constitutionnelle et, par la suite, la ratification de l'entente par les assemblées législatives du fédéral et des provinces. Après tout, si le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux négocient une entente, ils devront logiquement être en mesure d'obtenir ensuite les résolutions d'agrément nécessaires.

207. À l'instar des autres normes constitutionnelles (à l'exception, bien évidemment, des normes constitutionnelles visées à l'article 33 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) écrites ou non écrites, la primauté d'une norme supralégislative sur l'ensemble des actes infra-constitutionnels ne souffre d'aucune dérogation.

208. Du reste, afin de tirer les leçons de l'échec de l'Accord du Lac Meech et d'éviter la révocation des consentements prévue dans l'article 46 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les autorités des provinces et du fédéral auraient tout avantage à ratifier rapidement l'entente, sans quoi l'éventuel consensus issu de la négociation risquerait de ne pas être mis en œuvre.