

La Cour suprême du Canada et la pluralité démotique de l'État canadien. Des traces de consociationalisme dans la jurisprudence constitutionnelle

Dave Guénette

Volume 46, numéro 1, 2016

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1036578ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1036578ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Guénette, D. (2016). La Cour suprême du Canada et la pluralité démotique de l'État canadien. Des traces de consociationalisme dans la jurisprudence constitutionnelle. *Revue générale de droit*, 46(1), 215–252.
<https://doi.org/10.7202/1036578ar>

Résumé de l'article

Le rôle d'arbitre constitutionnel ultime de la Cour suprême du Canada fait de cette institution un pilier de la fédération canadienne. Par ses décisions, la Cour modèle et précise les traits de l'architecture constitutionnelle du pays, faisant de sa jurisprudence un mode privilégié d'évolution du fédéralisme canadien. Or, dans sa jurisprudence récente, la Cour semble se montrer particulièrement ouverte aux questions démotiques qui transcendent l'ordre constitutionnel canadien. En effet, dans les décisions rendues dans le cadre du *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art 5 et 6*, du *Renvoi relatif à la réforme du Sénat* et dans celle relative au registre des armes à feu, la Cour élabore une jurisprudence où le caractère asymétrique et consociatif du fédéralisme canadien a une place singulière. Ainsi, faisant usage de la théorie du consociationalisme, nous proposons ici une analyse de ces trois jugements, avec comme objectif de faire ressortir en quoi ceux-ci contribuent à une jurisprudence constitutionnelle plus adaptée à la nature plurinationale du pays. Plus globalement, cette démonstration sera aussi l'occasion de constater les limites de la jurisprudence comme principal véhicule d'évolution de la Constitution canadienne.

La Cour suprême du Canada et la pluralité démocratique de l'État canadien. Des traces de consociationalisme dans la jurisprudence constitutionnelle

DAVE GUÉNETTE*

RÉSUMÉ

Le rôle d'arbitre constitutionnel ultime de la Cour suprême du Canada fait de cette institution un pilier de la fédération canadienne. Par ses décisions, la Cour modèle et précise les traits de l'architecture constitutionnelle du pays, faisant de sa jurisprudence un mode privilégié d'évolution du fédéralisme canadien. Or, dans sa jurisprudence récente, la Cour semble se montrer particulièrement ouverte aux questions démocratiques qui transcendent l'ordre constitutionnel canadien. En effet, dans les décisions rendues dans le cadre du Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art 5 et 6, du Renvoi relatif à la réforme du Sénat et dans celle relative au registre des armes à feu, la Cour élabore une jurisprudence où le caractère asymétrique et consociatif du fédéralisme canadien a une place singulière. Ainsi, faisant usage de la théorie du consociationalisme, nous proposons ici une analyse de ces trois jugements, avec comme objectif de faire ressortir en quoi ceux-ci contribuent à une jurisprudence constitutionnelle plus adaptée à la nature plurinationale du pays. Plus globalement, cette démonstration sera aussi l'occasion de constater les limites de la jurisprudence comme principal véhicule d'évolution de la Constitution canadienne.

MOTS-CLÉS :

Jurisprudence constitutionnelle, fédéralisme coopératif, fédéralisme asymétrique, consociationalisme, autonomie, cohésion, indépendance.

ABSTRACT

The role of the Supreme Court of Canada as final constitutional arbiter makes this institution a pillar of the Canadian federation. Through its decisions, the Court sets out the features of the constitutional architecture of the country, making its jurisprudence

* L'auteur est doctorant en droit à l'Université Laval et à l'Université catholique de Louvain. Il est notamment membre du Centre de recherche interdisciplinaire sur la diversité et la démocratie (CRIDAQ), du Centre de recherche sur l'État et la Constitution (CRECO) et de la Chaire de recherche sur la démocratie et les institutions parlementaires.

a privileged method of evolution of Canadian federalism. Though, in its recent jurisprudence, the Court appears to be particularly open to the demotic issues that transcend the Canadian constitutional order. Actually, in the decisions rendered in Reference re Supreme Court Act, ss 5 and 6, Reference re Senate Reform and its decision about the firearms registry, the Court develops a jurisprudence in which the asymmetrical and consociational nature of Canadian federalism has singular place. Therefore, making use of the theory of consociationalism, we propose here an analysis of these three cases, with the aim to highlight how they contribute to a constitutional jurisprudence that is better adapted to the multinational nature of the country. More generally, this demonstration will also be the occasion to observe the limits of the jurisprudence as the principal evolution mode of the Canadian Constitution.

KEY-WORDS:

Constitutional jurisprudence, cooperative federalism, asymmetrical federalism, consociationalism, autonomy, cohesion, independence.

SOMMAIRE

Introduction.....	217
I. Le consociationalisme comme mode de gouvernance étatique en contexte plurinational.....	219
A. Le consociationalisme : un concept à distinguer du fédéralisme.....	219
B. Les fondements du consociationalisme : une démocratie où le pouvoir est distribué en fonction des clivages nationaux.....	221
C. Le consociationalisme au Canada : une application partielle et imparfaite.....	224
II. La reconnaissance, l'autonomie et la cohésion dans la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada.....	229
A. La reconnaissance dans le <i>Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art 5 et 6</i> : une avancée marquée.....	229
1. La reconnaissance des traditions juridiques et des valeurs sociales distinctes du Québec.....	230
2. La nécessité de maintenir la confiance des Québécois envers la Cour.....	233
3. La légitimité de la Cour en tant qu'institution fédérale et bijuridique.....	234
B. L'indépendance dans le <i>Renvoi relatif à la réforme du Sénat</i> : une interprétation élargie du veto et de l'autonomie.....	236
1. L'attribution étendue du droit de veto.....	236
2. Les arrangements spéciaux comme voie d'autonomie ...	239

C.	La cohésion dans la décision sur le registre des armes à feu : des occasions ratées.	241
1.	Le fédéralisme coopératif et ses limites.	241
2.	Le partenariat fédéral-provincial écarté.	245
3.	La portée de l'obligation constitutionnelle de négocier.	248
Conclusion		250



INTRODUCTION

La Cour suprême du Canada joue un rôle absolument fondamental dans la fédération canadienne. Tribunal de dernière instance appelé à trancher l'ensemble des débats constitutionnels entre le fédéral et les provinces, mais également entre les nations qui cohabitent sur le territoire canadien, la Cour se voit attribuer des responsabilités d'une grande ampleur et ses décisions ont des conséquences durables sur le paysage constitutionnel canadien, ainsi que sur les relations entre les groupes qui le composent¹.

Or, ce rôle de premier plan s'accompagne d'un nombre important de critiques. Les reproches qui sont adressés à la Cour ne concernent pas forcément ses tendances jurisprudentielles ou encore sa politisation², mais principalement ses fondements comme institution et le mode de nomination de ses juges. En effet, la Cour suprême a été créée par une simple loi fédérale et ses membres sont nommés sur recommandation du premier ministre du Canada, sans consultation des provinces. Cela fait dire à la professeure Brouillet qu'« à bien des égards, la Cour suprême du Canada fait figure d'exception au sein des régimes fédératifs »³.

Malgré les critiques qui lui sont faites, il n'en demeure pas moins que la Cour voit son rôle prendre de plus en plus d'importance dans l'ordre constitutionnel canadien. En effet, devant l'immobilisme constitutionnel

1. Eugénie Brouillet, *La négation de la nation. L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Sillery, Septentrion, 2005 à la p 201 [Brouillet, *La négation*].

2. Comme ce peut être le cas par exemple aux États-Unis (voir notamment Éric Hamilton, « Politizing the Supreme Court » (2012) 65 *Stan L Rev Online* 35).

3. Eugénie Brouillet, « Le rôle de la Cour suprême dans l'évolution de la fédération canadienne : quel équilibre des pouvoirs? » (2011) 43 *Revista catalana de dret public* 187 à la p 216 [Brouillet, « Le rôle »].

qui caractérise l'ère actuelle au Canada⁴, « l'évolution de la Constitution passe maintenant surtout par la jurisprudence constitutionnelle »⁵, dont la Cour suprême est l'ultime maître d'œuvre.

La Cour, dans ce rôle d'arbitre des différends entre peuples fondateurs ainsi qu'entre paliers de gouvernement dans l'État canadien, semble toutefois faire preuve d'un réel désir de rendre son argumentaire acceptable pour l'ensemble des justiciables canadiens et pour les groupes nationaux dont ils font partie⁶. Si ce désir était particulièrement marquant à l'occasion du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁷, il semble que la jurisprudence récente de la Cour suprême fasse également montre, à certains égards, de cette ambition.

Dans cette étude, et gardant à l'esprit cet objectif qu'a la Cour suprême d'établir un argumentaire acceptable pour l'ensemble des composantes de l'État canadien, nous proposons de jeter un regard sur la jurisprudence récente de l'institution pour voir en quoi celle-ci donne l'impression de tenir compte de la pluralité démotique de l'État canadien. Pour ce faire, nous aborderons cette jurisprudence sous l'angle de la théorie consociative. Ainsi, en première partie (I), nous développerons notre conception du consociationalisme pour expliquer quels sont ses fondements théoriques et comment ils peuvent être applicables au cas canadien. Puis, en seconde partie (II), nous utiliserons ce cadre théorique pour analyser les décisions de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art 5 et 6*⁸,

4. Voir à cet effet Marco Bélair-Cirino, « Couillard refuse de prendre l'initiative de discussions », *Le Devoir* (20 septembre 2014), en ligne : <www.ledevoir.com/politique/quebec/419017/loi-constitutionnelle-de-1982-couillard-refuse-de-prendre-l-initiative-de-discussions>; Martin Ouellet, « Constitution : pour Wynne, le Québec ne figure pas sur l'écran radar », *La Presse* (21 août 2014), en ligne : <www.lapresse.ca/actualites/politique/201408/21/01-4793581-constitution-pour-wynne-le-quebec-ne-figure-pas-sur-lecran-radar.php>; La Presse canadienne, « La Constitution n'est pas dans les priorités de Québec », *Le Devoir* (28 mars 2012), en ligne : <www.ledevoir.com/politique/quebec/346102/la-constitution-n-est-pas-dans-les-priorites-de-quebec>.

5. Dave Guénette, « Le silence des textes constitutionnels canadiens : expression d'une Constitution encore inachevée » (2015) 56:3-4 C de D 411.

6. Voir par exemple Catherine Mathieu et Patrick Taillon, « Le fédéralisme comme principe matriciel dans l'interprétation de la procédure de modification constitutionnelle » (2015) 60:4 RD McGill 763; François Rocher et Elisenda Casanas Adam, « L'encadrement juridique du droit de décider : la politique du confinement judiciaire en Catalogne et au Québec » dans Patrick Taillon, Eugénie Brouillet et Amélie Binette, dir., *Un regard québécois sur le droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2016, 877.

7. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, 1998 CanLII 793 (CSC).

8. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 RCS 433.

dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*⁹ et dans le jugement sur le registre des armes à feu¹⁰.

I. LE CONSOCIATIONALISME COMME MODE DE GOUVERNANCE ÉTATIQUE EN CONTEXTE PLURINATIONAL

Le consociationalisme (ou démocratie consociative) est un mode d'attribution et de répartition du pouvoir à l'intérieur de l'État qui a pour objectif de permettre une meilleure expression de la diversité de celui-ci. Il s'agit d'une théorie du politologue néerlandais Arend Lijphart qui repose essentiellement sur le principe selon lequel les problèmes démotiques d'une société fragmentée sont plus efficacement réglés par des discussions modérées entre des élites politiques dites raisonnables¹¹. La démocratie consociative renvoie alors à un mode de gouvernance étatique ayant comme postulat qu'il est nécessaire de partager le pouvoir entre les différents groupes composant une société pour ainsi éviter une démocratie de type majoritaire se caractérisant par l'unilatéralisme. Lijphart utilise le terme *démocratie consociative* pour illustrer cette forme de gouvernance et les mécanismes ayant pour effet de partager le pouvoir entre les différents groupes composant une société. Afin de bien saisir cette théorie qu'est le consociationalisme, nous proposons d'abord de la distinguer du fédéralisme (I.A), puis de faire ressortir quels en sont les principaux fondements (I.B), pour enfin aborder son application au cas canadien (I.C).

A. Le consociationalisme : un concept à distinguer du fédéralisme

Le consociationalisme et le fédéralisme sont deux théories qu'il convient de bien distinguer l'une de l'autre. Le fédéralisme, plus ancien et mieux connu¹², occupe une place prépondérante dans l'ensemble de la littérature scientifique et de la doctrine juridique portant sur les États plurinationaux. Le consociationalisme, pour sa part, est une

9. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, [2014] 1 RCS 704.

10. *Québec (PG) c Canada (PG)*, 2015 CSC 14, [2015] 1 RCS 693.

11. Arend Lijphart, «Consociational Democracy» (1969) 21:2 World Politics 207 à la p 209.

12. Arend Lijphart, «Consociation and Federation: Conceptual and Empirical Links» (1979) 12:3 RCSP 499 à la p 499 [Lijphart, «Consociation»].

théorie plus récente dont l'utilisation demeure relativement limitée et surtout mise en pratique dans les sciences sociales. Bien qu'elles soient des théories différentes, le fédéralisme et le consociationalisme ont en commun leur objectif « *to provide political arrangements in which the tensions between the segments of a plural society can be accommodated within a single sovereign State* »¹³. Pour y parvenir, elles proposent toutes deux notamment la mise en place de dispositifs comme la délégation d'autonomie aux différents groupes nationaux de la société¹⁴, ainsi que la surreprésentation des groupes minoritaires au Parlement central¹⁵.

Néanmoins, malgré leurs similitudes et les recoupements qu'il est possible de tracer entre eux deux, le consociationalisme et le fédéralisme ne doivent pas être confondus ou utilisés comme synonymes. Un État consociatif n'est pas forcément une fédération, tout comme une fédération n'a pas nécessairement de fondement consociatif. En effet, notons qu'il existe des fédérations uninationales qui n'ont rien de consociatives¹⁶ et des États unitaires plurinationaux qui intègrent certains mécanismes du consociationalisme¹⁷. Ainsi, bien qu'il soit possible, « *under certain conditions, [that] a federation [could] be a consociation and vice versa* »¹⁸, la mise en application, dans un même État, des dispositifs de gouvernance étatique proposés par le fédéralisme et le consociationalisme ne résulte pas d'une simple convergence naturelle de ces deux théories, mais bien d'un désir politique de réunir dans ce même État les piliers de deux théories aux fondements conceptuels bien différents.

13. *Ibid.*

14. Arend Lijphart, *Democracy in Plural Societies. A Comparative Exploration*, New Haven, Yale University Press, 1977 à la p 42 [Lijphart, *Democracy*].

15. *Ibid.*

16. Comme l'Allemagne ou les États-Unis, par exemple; voir Ferran Requejo, « Groupes nationaux », Conférence internationale sur le fédéralisme, présentée à Mont-Tremblant, octobre 1999, en ligne : <www.forumfed.org/pubs/MtT-Requejo-bg-FR.pdf>.

17. Comme le Royaume-Uni et l'Espagne. En effet, bien que les différentes composantes nationales de ces deux États tendent à se voir accorder de plus en plus d'autonomie au moyen d'un processus de dévolution (au Royaume-Uni : Claire Charlot, « La dévolution en Grande-Bretagne » (2010) 13 *Atala* 207) et de régionalisation (en Espagne : Gérard Marcou, *La régionalisation en Europe*, Luxembourg, Parlement européen, 1999, en ligne : <www.univ-paris1.fr/fileadmin/GRALE/PERegional1.pdf>), le Royaume-Uni et l'Espagne demeurent des États unitaires, ou du moins des fédérations dont la construction est certainement inachevée. Néanmoins, ceux-ci adoptent parfois une posture consociative, notamment en ce qui concerne leur processus de décentralisation, de même que leur évolution asymétrique.

18. Lijphart, « Consociation », *supra* note 12 à la p 500.

Une distinction essentielle entre ces deux théories repose sur le fait que le fédéralisme peut être mis en application autant dans un État plurinational que dans un État uninational, alors que le consociationalisme a vocation à être implanté uniquement en contexte plurinational. En effet, l'objectif premier du consociationalisme étant d'apaiser les tensions entre groupes nationaux, cette théorie propose alors une division et une attribution du pouvoir en fonction des clivages nationaux, tâche impossible dans un État uninational où ce type de clivage est par nature inexistant. En ce sens, le consociationalisme a une portée d'application potentielle beaucoup plus restreinte que le fédéralisme puisqu'il a besoin d'un terreau plurinational pour prendre forme.

B. Les fondements du consociationalisme : une démocratie où le pouvoir est distribué en fonction des clivages nationaux

Le consociationalisme propose donc la mise en place, dans un État plurinational, d'une série de mécanismes et d'arrangements ayant comme finalité de favoriser le consensus entre groupes nationaux¹⁹. Ces principaux dispositifs, qu'il convient de qualifier de mécanismes de *power-sharing*, sont au nombre de quatre : (1) le gouvernement par une coalition des élites politiques, (2) la représentation proportionnelle, (3) le droit de veto et (4) l'autonomie segmentale²⁰. Ces quatre piliers

19. Dave Sinardet, « Le fédéralisme consociatif belge : vecteur d'instabilité? » (2011) 136 Pouvoirs 21 à la p 22; John Pinder, « Multinational Federations. Introduction » dans Michael Burgess et John Pinder, dir, *Multinational Federations*, New York, Routledge, 2007, 1 à la p 9. Voir aussi : Bruno De Witte, « Minorités nationales : reconnaissance et protection » (1991) 57 Pouvoirs 113 aux pp 126–27 : « un ensemble de mécanismes et d'arrangements institutionnels permettant d'établir un *modus vivendi* dans les sociétés divisées pas des clivages profonds ».

20. Voir par exemple Lijphart, « Consociation », *supra* note 12 à la p 500 : « *Consociational democracy may be defined in terms of four principles, all of which deviate from the Westminster model of majority rule: grand coalition, mutual veto, proportionality, and segmental autonomy* »; Arend Lijphart, « South African Democracy: Majoritarian or Consociational? » (1998) 5:4 Democratization 144 aux pp 145–46 :

Consociational democracy can be defined in terms of four basic principles: (1) government by "grand coalition", that is, by a broadly representative coalition of all significant groups; (2) group autonomy by means of territorial and/or non-territorial federalism and decentralization; (3) proportionality, especially with regard to political representation; and (4) minority veto power concerning issues of vital and fundamental importance to minorities.

Voir aussi Arend Lijphart, « Constitutional Design for Divided Societies » (2004) 15:2 Journal of Democracy 96 à la p 97 à la n 1 :

Power sharing denotes the participation of representatives of all significant communal groups in political decision making, especially at the executive level; group autonomy means that these groups have authority to run their own internal affairs, especially in the areas of education and

reviennent constamment dans la littérature scientifique qui aborde la théorie consociative²¹.

Il est possible d'organiser en système ces quatre piliers en fonction des principes fondamentaux auxquels ils se rattachent. En effet, comme le rappellent les professeurs Constantinesco et Pierré-Caps, la démocratie consociative prendra « la forme d'un partage de pouvoir [...] et s'ordonnera en fonction de la combinaison de *deux principes* : en premier lieu, la gestion commune des affaires communes, c'est-à-dire des affaires nationales; en second lieu, la gestion propre des affaires propres à la minorité nationale considérée » [nos italiques]²². Leurs propos à cet égard rejoignent alors directement ceux de Lijphart : « *On all matters of common interest, decisions should be made by all of*

culture. These two characteristics are the primary attributes of the kind of democratic system that is often referred to as power-sharing democracy or, to use a technical political-science term, "consociational" democracy. [...] The secondary characteristics are proportionality, especially in legislative elections (in order to ensure a broadly representative legislature—similar to the aim of effecting a broadly constituted executive) and a minority veto on the most vital issues that affect the rights and autonomy of minorities.

Lijphart, *Democracy*, *supra* note 14 à la p 25 :

The first and most important element is government by a grand coalition of the political leaders of all significant segments of the plural society. [...] The other three basic elements of consociational democracy are (1) the mutual veto or "concurrent majority" rule, which serves as an additional protection of vital minority interests, (2) proportionality as the principal standard of political representation, civil service appointments, and allocation of public funds, and (3) a high degree of autonomy for each segment to run its own internal affairs.

21. Dave Sinardet en parle dans son article sur le fédéralisme consociatif belge (Sinardet, *supra* note 19). Brenda M Seaver fait de même dans une étude sur l'échec du consociationalisme libanais (Brenda M Seaver, « The Regional Sources of Power-Sharing Failure: The Case of Lebanon » (2000) 115:2 *Political Science Quarterly* 247). René Lemarchand utilise le même cadre théorique dans ses recherches portant sur le Rwanda, le Burundi et la République démocratique du Congo (René Lemarchand, « Consociationalism and Power Sharing in Africa: Rwanda, Burundi, and the Democratic Republic of the Congo » (2006) 106:422 *African Affairs* 1). Laurence Cooley et Michelle Pace fondent aussi leur raisonnement sur ces quatre éléments dans leur analyse du territoire palestinien (Laurence Cooley et Michelle Pace, « Consociation in a Constant State of Contingency? The Case of the Palestinian Territory » (2012) 33:3 *Third World Quarterly* 541). Ian S Spears l'utilise pour étudier le *power-sharing* en Afrique (Ian S Spears, « Africa: The Limits of Power-Sharing » (2002) 13:3 *Journal of Democracy* 123). Stef Vandeginste et Luc Huyse s'en servent dans leur explication des mécanismes consociatifs au Rwanda (Stef Vandeginste et Luc Huyse, « Approches consociatives dans le contexte du Rwanda » dans Stefaan Marysse et Filip Reyntjens, dir, *L'Afrique des Grands Lacs. Annuaire 1998-1999*, Paris, L'Harmattan, 1999, 101). Florian Bieber et Sören Keil les reprennent pour étudier le cas des Balkans (Florian Bieber et Sören Keil, « Power-Sharing Revisited: Lessons Learned in the Balkans? » (2009) 34:4 *Rev Cent & East Eur L* 337). Et Daniel P Sullivan l'utilise pour expliquer le cas particulier du Burundi (Daniel P Sullivan, « The Missing Pillars: A Look at the Failure of Peace in Burundi Through the Lens of Arend Lijphart's Theory of Consociational Democracy » (2005) 43:1 *J of Modern African Studies* 75).

22. Vlad Constantinesco et Stéphane Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, 5^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 2011 à la p 325.

the segments together with roughly proportional degrees of influence. On all other matters, however, the decisions and their execution can be left to the separate segments »²³.

Ainsi, de cette systématisation des quatre piliers de la théorie consociative en deux objectifs de modèle de gouvernance étatique, on peut dégager autant de principes du consociationalisme : le principe de la cohésion et celui de l'indépendance. Le principe de la cohésion, c'est-à-dire de « la gestion commune des affaires communes », provient essentiellement des piliers que sont le gouvernement par un cartel d'élites et la représentation proportionnelle. Ces deux piliers sont des mécanismes de collaboration entre les élites politiques des différents groupes formant l'État plurinational. En effet, ils sont synonymes d'un gouvernement et d'un parlement centraux où tous les groupes sont représentés, minimalement en fonction de leur poids démographique²⁴, et où ceux-ci doivent collaborer pour établir des politiques nationales visant le bien-être de l'ensemble de l'État et des segments qui y habitent.

Quant au principe de l'indépendance, c'est-à-dire de la gestion par la minorité « des affaires propres à la minorité », on extirpe celui-ci des piliers du droit de veto et de l'autonomie segmentale. Ces deux piliers constituent alors une forme de garantie pour les différents groupes nationaux, garantie d'être en mesure de s'opposer formellement aux décisions prises par d'autres groupes et qui ne leur conviendraient pas, en plus d'être aptes à administrer eux-mêmes les matières qui sont d'intérêt local. Les principes de la cohésion et de l'indépendance sont donc l'essence même du consociationalisme, ils en constituent les prémisses essentielles qui sous-tendent la structure du système consociatif.

Toutefois, il nous apparaît opportun de traiter d'un principe supplémentaire du consociationalisme. En effet, en tenant compte de l'esprit qui sous-tend l'institutionnalisation de ces quatre mécanismes, on pourrait alors parler d'un troisième principe tout aussi fondamental, soit celui de la reconnaissance. Bien que Constantinesco et Pierré-Caps ne parlent pas eux-mêmes de troisième principe, il demeure que dans un ordre constitutionnel pluriel et se voulant consociatif, la reconnaissance occupe une place centrale et décisive : « [I]l on peut ainsi schématiser la position du droit constitutionnel vis-à-vis des minorités en

23. Lijphart, *Democracy*, *supra* note 14 à la p 41.

24. « *There are two variations of the principle of proportionality that entail even greater deviations from majority rule: the deliberate overrepresentation of small segments, and parity of representation* » : *ibid* aux pp 40–41.

fonction d'une échelle de valeurs allant du refus de reconnaissance du fait minoritaire à l'institutionnalisation du pluralisme»²⁵.

Il est relativement aisé de justifier l'ajout de ce troisième principe. La reconnaissance est intrinsèquement reliée à chacun des quatre piliers du consociationalisme. Pour qu'un gouvernement soit formé d'un cartel d'élites des groupes formant l'État plurinational, encore faut-il que ces groupes soient reconnus. Le raisonnement est le même pour la représentation proportionnelle, l'octroi d'un droit de veto et la division des compétences selon le principe de l'autonomie segmentale. Pour mettre en place ces mécanismes de gestion du pluralisme, on doit avant tout reconnaître les groupes qui en sont les bénéficiaires.

La reconnaissance peut être officielle ou encore officieuse, comme le rappellent Constantinesco et Pierré-Caps²⁶. Néanmoins, s'il est vrai que l'absence de reconnaissance officielle ne rime pas nécessairement avec l'échec ou l'effondrement du système consociatif, nous ne partageons pas complètement leur opinion selon laquelle il n'existe «pas de rapport équivoque entre la reconnaissance minoritaire et l'objectif pluraliste, d'un côté, [et] le refus ou l'absence de reconnaissance et l'assimilation, d'un autre côté»²⁷. Effectivement, la reconnaissance étant un principe fondamental du consociationalisme, nous croyons que sa valeur doit être formellement consacrée. Celle-ci doit avoir une portée constitutionnelle pour tangiblement protéger le caractère consociatif de l'État plurinational.

Pour mieux saisir cette théorie du consociationalisme et ses trois principaux fondements, nous proposons maintenant d'étudier succinctement son application actuelle au cas canadien et à ses institutions.

C. Le consociationalisme au Canada : une application partielle et imparfaite

Le Canada est un État plurinational qui comprend, à tout le moins, une nation canadienne-anglaise, une nation québécoise et de multiples nations autochtones²⁸. Malgré cet état de fait, les institutions

25. Constantinesco et Pierré-Caps, *supra* note 22 aux pp 325–26.

26. *Ibid* à la p 326.

27. *Ibid*.

28. Arend Lijphart, «Religious vs. Linguistic vs. Class Voting: The "Crucial Experiment" of Comparing Belgium, Canada, South Africa, and Switzerland» (1979) 73:2 Am Pol Sc Rev 442; Kenneth McRoberts, «Canada and the Multinational State» (2001) 34:4 RCSP 683.

canadiennes, souvent calquées sur le modèle britannique, reflètent généralement un mode de gouvernance de nature majoritaire et ainsi mal adapté à cette réalité plurinationale. Dans cette sous-partie, nous proposons une brève analyse des fondements consociatifs de l'État canadien en structurant notre propos autour des trois principes du consociationalisme énoncés précédemment. Démonstration pouvant à elle seule faire l'objet d'une recherche à part entière, l'étude ici proposée des mécanismes consociatifs de l'État canadien ne fait qu'esquisser les grandes lignes d'un tel travail, avec comme objectifs d'illustrer une application concrète de cette théorie et de faire ressortir que le Canada ne peut être considéré comme un État consociatif achevé²⁹. Il s'agit donc surtout de démontrer que sur le plan de la reconnaissance (1), de l'indépendance (2) et de la cohésion (3), l'État canadien adopte tantôt une posture de nature majoritaire, tantôt une attitude plus consensuelle.

D'abord, pour ce qui est de la reconnaissance, le Canada demeure pour le moins ambigu concernant la nature plurinationale de l'État. Du côté des nations autochtones, celles-ci ont officiellement vu leur statut particulier reconnu par l'effet des articles 25 et 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*³⁰. La *Modification constitutionnelle de 1983* a également participé à ce processus de reconnaissance. Ces deux événements ont donc consacré la spécificité des peuples autochtones au Canada.

Quant à la nation québécoise, la Constitution canadienne, à la suite des échecs de l'*Accord constitutionnel du lac Meech*³¹ et de l'*Accord constitutionnel de Charlottetown*³², ne fait toujours pas référence à la spécificité du Québec au sein du Canada. Il y a bien eu les résolutions de la Chambre des communes en 1995³³ et en 2006³⁴ qui reconnaissaient respectivement la *société distincte* et la *nation* québécoise, mais celles-ci ne peuvent s'apparenter formellement à une reconnaissance

29. Alain G Gagnon, *L'âge des incertitudes. Essais sur le fédéralisme et la diversité nationale*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2011 à la p 128.

30. *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [*Loi constitutionnelle de 1982*].

31. *Accord constitutionnel du lac Meech*, 1987 (jamais entré en vigueur).

32. *Accord constitutionnel de Charlottetown*, 1992 (jamais entré en vigueur).

33. *Débats de la Chambre des communes*, 35^e parl, 1^{re} sess, n^o 267 (29 novembre 1995) à la p 16971.

34. *Débats de la Chambre des communes*, 39^e parl, 1^{re} sess, vol 141, n^o 86 (24 novembre 2006) à la p 1000, en ligne : <www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Language=F&Mode=1&DocId=2539452>.

constitutionnelle, notamment en raison du fait qu'elles ne produisent pas d'effet juridique³⁵. Force est alors de constater que la situation canadienne actuelle demeure imparfaite et bien partielle en ce qui concerne ce premier principe consociatif.

Pour ce qui est du principe de la cohésion, ainsi que des piliers consociatifs du gouvernement par un cartel d'élites et de la représentation proportionnelle qui s'y rattachent, encore une fois, la situation institutionnelle canadienne nous semble bien mitigée, surtout en raison de notre système parlementaire hérité du Royaume-Uni. En effet, celui-ci a des répercussions importantes sur le mode de désignation des membres du gouvernement et sur la composition des chambres du Parlement central.

D'abord, en ce qui concerne le pilier du gouvernement par un cartel d'élites³⁶, la Constitution canadienne et les nombreuses conventions qui en font partie ont pour conséquence que la composition du Cabinet et le choix des ministres sont la prérogative du premier ministre fédéral³⁷, effet direct du parlementarisme de type Westminster. Ainsi, aucun mécanisme ne permet de garantir la représentation de l'ensemble des groupes nationaux du pays au sein du gouvernement canadien³⁸. Par conséquent, ce mécanisme de représentation nationale au sein de l'exécutif, que Lijphart qualifie de « *first and most important element* »³⁹, est défaillant au Canada.

Concernant le pilier de la représentation proportionnelle, la Constitution canadienne assure au Québec le droit d'avoir à la Chambre des communes un nombre de députés proportionnel à sa population⁴⁰, mais ne prévoit aucun mécanisme de représentation autochtone au

35. Par ailleurs, nous reviendrons sur le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art 5 et 6 à la section II.A, pour son apport à la reconnaissance de la spécificité québécoise.

36. Lijphart définit le pilier du « gouvernement par un cartel d'élites » comme se matérialisant par un gouvernement de coalition dans lequel chaque segment de la société est représenté, cette représentation devant être constitutionnellement garantie.

37. Hugo Cyr, « De la formation du gouvernement » (2013) 43:2 RGD 381.

38. Bien qu'il existe possiblement une convention constitutionnelle prévoyant une alternance entre anglophones et francophones au poste de gouverneur général (Frédéric Levesque, « L'alternance au poste de gouverneur général et la dualité canadienne : règle de politesse ou convention constitutionnelle? » (2007) 37:2 RGD 301), celle-ci n'aurait tout de même pas le statut de règle juridique formelle, ce qui réduirait alors sa portée.

39. Lijphart, *Democracy*, *supra* note 14 à la p 25.

40. *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 30, art 42 (1)(a) : « le principe de la représentation proportionnelle des provinces à la Chambre des communes prévu par la Constitution du Canada ».

Parlement central⁴¹. Il convient donc de noter le déficit des mécanismes de cohésion à l'intérieur des institutions fédérales, surtout en ce qui concerne la participation des peuples autochtones, celle-ci n'étant jamais assurée.

Enfin, pour ce qui est du principe de l'indépendance, malgré l'attribution d'un droit de veto définitif au Québec sur un certain nombre de matières⁴², ainsi que d'un veto *de facto* aux nations autochtones en ce qui a trait aux modifications de la Constitution les concernant⁴³, ce principe souffre également de certaines carences, principalement concernant l'autonomie segmentale. En effet, bien que la Constitution prévoit un partage des compétences bien délimité entre le pouvoir central et les provinces⁴⁴, différents mécanismes ont pour effet de miner ce partage, remettant ainsi en cause certains fondements fédératifs du Canada. Ces mécanismes, que sont les pouvoirs de désaveu, de réserve et de dépenser, permettent aux autorités fédérales soit d'empêcher une loi provinciale d'entrer en vigueur, soit de légiférer dans un champ de compétence provinciale, remettant ainsi en cause l'autonomie de la nation québécoise au sein de la fédération canadienne. En ce qui concerne l'autonomie des Premières Nations, celle-ci est encore plus restreinte, les autochtones étant même *assimilés* à une

41. Il existe bien une obligation de consultation des peuples autochtones en certaines circonstances (voir par exemple Maxime St-Hilaire, « *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique* : bonne décision, mauvaises raisons » (2014) 44:2 RGD 445), de même qu'une nouvelle pratique consistant à favoriser une gouvernance régionale consensuelle en ce qui concerne les autochtones (voir par exemple Geneviève Motard, « Le gouvernement régional d'Eeyou Istchee-Baie-James : une forme novatrice de gouvernance consensuelle au Canada » dans Loleen Berdahl, Carolyn Tuohy et André Juneau, dir, *Régions, ressources et résilience : état de la fédération*, Kingston (Ont), Queen's/McGill University Press, 2012, 145). Cependant, celles-ci n'ont tout de même pas pour effet de contribuer à la représentation des Premières Nations dans les institutions fédérales.

42. *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 30.

43. « Nous pouvons même affirmer qu'ils [les peuples autochtones] disposent d'un droit de veto *de facto*, qui leur permet de faire obstacle à toute modification constitutionnelle qui porterait sur une telle question [susceptible de les affecter] » : Benoît Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, Scarborough, Carswell, 1996 à la p 356, n 993. Voir aussi en ce sens Patrick Taillon, *Les obstacles juridiques à une réforme du fédéralisme : résumé*, Cahier de recherche, Montréal, Institut de recherche sur le Québec, 2007 à la p 5 :

Depuis le précédent créé par la participation des représentants des territoires et des autochtones à l'élaboration de l'*Accord [constitutionnel] de Charlottetown*, la plupart des spécialistes considèrent que cette pratique a fait naître une convention constitutionnelle en faveur des territoires et des peuples autochtones; à tout le moins, il semble que leur consentement soit désormais politiquement requis.

44. *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduit dans LRC 1985, annexe II, n° 5, arts 91–95 [*Loi constitutionnelle de 1867*].

compétence législative par la *Loi constitutionnelle de 1867*⁴⁵. Il est toutefois pertinent de prendre en compte « l'autonomie gouvernementale autochtone qui se met graduellement en place à la faveur des traités modernes »⁴⁶ signés avec les Premières Nations, celles-ci participant à un processus permettant de rendre aux nations autochtones une partie de leur autonomie.

Ainsi, concernant le principe de l'indépendance, le système canadien n'est pas adapté au modèle consociatif en ce qui a trait à l'autonomie des différents segments, les nations minoritaires étant soumises à une certaine forme de tutelle par les autorités fédérales à cet effet.

De cette manière, s'il semble aisé d'apposer l'étiquette d'État plurinational au Canada, il est autrement plus périlleux de le qualifier de démocratie consociative ou de « consociation »⁴⁷. Certes, l'État canadien a quelques fondements consociatifs⁴⁸, mais ceux-ci sont parfois incomplets ou simplement insuffisants pour attester la nature consociative du pays⁴⁹. Sans faire une étude détaillée ou exhaustive des fondements consociatifs du Canada, nous avons ici surtout cherché à démontrer l'ouverture du pays au consociationalisme, tout en mettant en lumière ses nombreuses limites. Il en ressort que le Canada est encore loin de pouvoir être qualifié d'État consociatif. Toutefois, rien n'exclut que l'évolution du pays et de ses institutions ne puisse éventuellement en faire un État s'éloignant de plus en plus du type de démocratie majoritaire de Westminster duquel il émerge⁵⁰, pour se rapprocher d'un système plus consensuel qui serait alors en meilleure harmonie avec sa nature plurinationale. Un des modes d'évolution que l'État canadien serait le plus susceptible d'emprunter à cet effet est assurément la jurisprudence constitutionnelle. En effet, le

45. *Ibid*, art 91(24).

46. Ghislain Otis, « L'autonomie gouvernementale autochtone et l'option de loi en matière de statut personnel » (2014) 55:3 C de D 583 à la p 583. Voir aussi Geneviève Motard, « Identité et gouvernance autochtones dans les ententes d'autonomie et de revendications territoriales globales au Canada » (2013) 43:2 RGD 501.

47. Le terme « consociation » est utilisé pour référer à un État consociatif, de la même manière que le terme fédération se rapporte à un État fédératif.

48. Comme nous l'avons vu précédemment, le droit de veto accordé aux nations autochtones et au Québec ainsi que le principe de la représentation proportionnelle à la Chambre des communes en sont des exemples.

49. L'absence de reconnaissance de la nation québécoise et la non-représentation des autochtones dans les institutions fédérales en témoignent notamment.

50. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 44, préambule. Voir notamment Cyr, *supra* note 37.

système fédéral canadien étant devenu presque immuable⁵¹, les tribunaux ont pris le relais pour devenir le mode privilégié d'évolution du droit constitutionnel canadien⁵². À ce titre, nous croyons justement que la jurisprudence constitutionnelle récente de la Cour suprême du Canada renferme des traces de consociationalisme relativement substantielles en ce qui concerne ces principes de la reconnaissance, de l'autonomie et de la cohésion. C'est ce que nous étudierons dans la seconde partie de cet article.

II. LA RECONNAISSANCE, L'AUTONOMIE ET LA COHÉSION DANS LA JURISPRUDENCE RÉCENTE DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

Dans quelques-unes de ses décisions récentes portant sur le fédéralisme, la Cour suprême semble élaborer une jurisprudence dans laquelle elle se montre de plus en plus ouverte au caractère asymétrique et consociatif du Canada. En ce sens, nous souscrivons aux propos de Catherine Mathieu et Patrick Taillon : « La Cour se montre ainsi favorable aux particularismes et aux préoccupations propres à chaque composante du pacte fédératif par une interprétation [...] qui tient compte des clivages démotiques et du caractère asymétrique du fédéralisme canadien »⁵³. Pour en faire la démonstration, nous étudierons trois décisions récentes de la Cour suprême avec l'objectif de faire ressortir leurs contributions respectives aux trois principes consociatifs de la reconnaissance (II.A), de l'autonomie (II.B) et de la cohésion (II.C).

A. La reconnaissance dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art 5 et 6 : une avancée marquée

Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art 5 et 6, la Cour précise les conditions de nomination des trois juges québécois sur son banc. Elle trace alors l'historique des conditions de nomination de ceux-ci au moyen de l'interprétation et de l'évolution de la *Loi sur la Cour suprême*⁵⁴. Mais la majorité va plus loin. Au paragraphe 49, elle écrit :

51. Taillon, *supra* note 43.

52. Voir Brouillet, « Le rôle », *supra* note 3 à la p 192 : « Ainsi, la grande difficulté éprouvée par le constituant canadien à modifier de façon formelle la Constitution a fait de la jurisprudence constitutionnelle le mode d'évolution privilégié du régime ».

53. Mathieu et Taillon, *supra* note 6 à la p 781.

54. *Loi sur la Cour suprême*, LRC 1985, c S-26.

« L'objectif de l'art 6 [de la *Loi sur la Cour suprême*] est de garantir que non seulement des juristes civilistes expérimentés siègent à la Cour, mais également que les traditions juridiques et les valeurs sociales distinctes du Québec y soient représentées, pour renforcer la confiance des Québécois envers la Cour en tant qu'arbitre ultime de leurs droits »⁵⁵. Elle aborde aussi un peu plus loin la question de la « légitimité de la Cour suprême en tant qu'institution fédérale et bijuridique »⁵⁶.

Une institution dans laquelle les traditions juridiques et les valeurs sociales distinctes du Québec doivent être représentées (II.A.1), qui doit susciter la confiance des Québécois (II.A.2) et qui doit être légitime comme institution fédérale et bijuridique (II.A.3), voilà la conception que la Cour se fait d'elle-même. Il s'agit là d'avancées marquées de la part de la Cour suprême en ce qui concerne la reconnaissance de la place particulière qu'occupe le Québec dans la fédération canadienne. Pour faire la démonstration de ces avancées, nous examinerons tour à tour ces trois éléments afin de mettre en lumière en quoi ceux-ci participent à la reconnaissance de la nation québécoise au Canada.

1. La reconnaissance des traditions juridiques et des valeurs sociales distinctes du Québec

Décision instituant un changement majeur dans la conception du fédéralisme canadien par la Cour suprême, ce renvoi ne manque pas de mettre en évidence la spécificité du Québec. Le premier élément sur lequel la majorité insiste dans ses motifs porte sur les traditions juridiques et les valeurs sociales de la province. Elle mentionne d'abord que l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême* a comme objectif de « garantir que la Cour possède une expertise en droit civil et que les traditions juridiques et les valeurs sociales du Québec y soient représentées »⁵⁷.

La majorité utilise une formulation similaire un peu plus tard, mais ajoute alors le terme « distinctes »⁵⁸ lorsqu'elle aborde les valeurs sociales du Québec. L'utilisation de ce terme, pour référer à la réalité québécoise, a une connotation forte de sens en droit constitutionnel

55. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art 5 et 6, supra* note 8 au para 49.

56. *Ibid* au para 55.

57. *Ibid* au para 18.

58. *Ibid* au para 49.

canadien⁵⁹. Au total, c'est à six reprises que la majorité aborde expressément les traditions juridiques et les valeurs sociales du Québec dans ses motifs⁶⁰. Elle se fait plus insistante à la fin de son exposé et affirme dans sa conclusion que « l'art 6 commande une interprétation plus restrictive des conditions d'admissibilité pour qu'il reflète le compromis historique destiné à protéger les traditions juridiques et les valeurs sociales du Québec »⁶¹.

La majorité, pour étoffer son raisonnement, cite les écrits du professeur Peter H Russell :

l'antipathie pour l'idée que des juges d'une tradition juridique étrangère interprètent le *Code civil du Bas-Canada* ne reposait pas simplement sur une préoccupation à l'égard de la pureté ou de la justesse du droit. Elle découlait plus souvent de la prémisse plus fondamentale que le système de droit civil du Québec constituait un ingrédient essentiel de sa culture distinctive et devait par conséquent, de droit, être protégé par des juges empreints des pratiques judiciaires et des valeurs sociales inhérentes à cette culture [italiques dans l'original] [traduction]⁶².

Elle s'appuie donc sur un raisonnement doctrinal selon lequel la réticence du Québec à l'endroit d'un tribunal d'appel commun pour le Canada était surtout fondée sur le fait que le droit civil québécois constitue « un ingrédient essentiel de sa culture distinctive »⁶³. Ainsi, il

59. Voir le libellé des accords constitutionnels de 1987 et de 1992 et celui de la motion de 1995. De plus, le texte de l'accord de 1992 et celui de la motion de 1995 précisent que les caractéristiques de la société distincte du Québec se fondent sur « une majorité d'expression française, une culture qui est unique et une tradition de droit civil ». Or, dans son renvoi, la Cour reconnaît la spécificité du Québec en fondant celle-ci sur « les traditions juridiques et les valeurs sociales » de la province. Non seulement la Cour utilise le terme « distinctes » pour aborder la culture juridique et les valeurs sociales du Québec, mais elle fonde cette spécificité sur des motifs analogues à ceux de l'*Accord constitutionnel de Charlottetown* de 1992.

60. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art 5 et 6, supra* note 8 aux para 18, 49, 56–57, 59 et 69.

61. *Ibid* au para 69. Cette notion d'intention et de compromis historique est un élément également relevé par la doctrine ayant voulu interpréter l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême, supra* note 54, notamment par Michael Plaxton et Carissima Mathen, « Purposive Interpretation, Quebec, and the Supreme Court Act » (2013) 22 *Forum constitutionnel* 15 à la p 23 : « *The analysis in the Binnie opinion is reasonable as applied to section 5, but, we think, too inattentive to of the purpose and history behind section 6* » [nos caractères romains].

62. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour Suprême, art 5 et 6, supra* note 8 au para 49 citant Peter H Russell, *The Supreme Court of Canada as a Bilingualism and Biculturalism Institution*, Ottawa, Information Canada, 1969 à la p 8.

63. *Ibid*.

était nécessaire que le droit civil du Québec soit protégé au sein de la Cour suprême grâce à l'interprétation faite par des juges empreints des « valeurs sociales inhérentes à cette culture »⁶⁴.

Cependant, selon Russell, les juges québécois ne siègent pas à la Cour suprême pour y représenter les valeurs sociales distinctes du Québec — ce qu'affirme pourtant la majorité —, mais bien pour veiller au respect du droit civil québécois, tâche qui requiert de ces derniers une connaissance des pratiques judiciaires et des valeurs sociales de la province. Cette distinction est importante puisque la Cour suprême, utilisant la thèse de Russell, va beaucoup plus loin que ce dernier. Elle s'appuie sur son raisonnement pour introduire la notion de « valeurs sociales québécoises », mais elle utilise cette dernière d'une manière encore plus substantielle. La majorité fait alors sciemment le choix de pousser davantage la thèse de Russell et d'insister sur les valeurs sociales distinctes du Québec⁶⁵.

La dissidence du juge Moldaver à ce sujet ne pourrait être plus éloquent. En effet, celui-ci fait connaître son désaccord avec l'interprétation majoritaire relative aux valeurs sociales du Québec. Sa conclusion est limpide : « [L]e législateur a délibérément choisi d'inclure uniquement des conditions de nomination objectives dans les art 5 et 6, et rien dans le libellé de la Loi ou dans son historique n'autorise à y importer les valeurs sociales — 140 ans plus tard »⁶⁶.

Ainsi, la dissidence du juge Moldaver a ceci de particulièrement intéressant : elle vient mettre en évidence le désir de la majorité d'aborder et de reconnaître la spécificité des valeurs sociales du Québec. Non seulement la Cour s'appuie abondamment sur cet aspect dans son raisonnement, mais elle le fait alors que le juge dissident est formellement en désaccord avec cette position.

Ainsi, lorsqu'on apprécie l'importance que la majorité accorde aux valeurs sociales distinctes du Québec à la lumière de l'assise en doctrine de celles-ci et de la dissidence du juge Moldaver, on constate mieux leur incidence dans les motifs majoritaires. Cette impression est

64. *Ibid.*

65. À cet effet, nous souscrivons aux écrits de Mathieu et Taillon, *supra* note 6 à la p 784 : « Plutôt que de construire [*sic*] leur décision sur des motifs qui esquivent la question de la spécificité nationale du Québec, les membres de la Cour vont, dans ce renvoi, non seulement reconnaître cette spécificité, mais également s'appuyer sur celle-ci dans leur interprétation relative à l'alinéa 41(d) de la *LC de 1982* ».

66. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art 5 et 6, supra* note 8 au para 145.

également consolidée par la nécessité que fait valoir la Cour suprême de maintenir la confiance des Québécois envers l'institution qu'elle est.

2. *La nécessité de maintenir la confiance des Québécois envers la Cour*

À l'objectif de « garantir que la Cour possède une expertise en droit civil et que les traditions juridiques et les valeurs sociales du Québec y soient représentées », la majorité ajoute celui de « préserver la confiance du Québec envers la Cour »⁶⁷. Ce deuxième élément est révélateur. Pourquoi est-il important de préserver spécifiquement la confiance du Québec envers l'institution? Cet objectif tient principalement au fait que la Cour suprême est une institution fédérale, dominée par la majorité anglophone du Canada. La confiance du Québec, foyer du peuple fondateur francophone et minoritaire de la fédération canadienne, doit donc être préservée à l'égard de cet arbitre constitutionnel ultime de l'État auquel il appartient, puisque celui-ci est créé et composé majoritairement de représentants de la nation anglophone du Canada, ce peuple ayant lui aussi son propre système juridique et ses valeurs sociales.

La Cour aborde à plusieurs reprises l'enjeu de la confiance du Québec envers le tribunal. Selon elle, la présence de trois juges québécois à la Cour suprême du Canada doit servir à « préserver »⁶⁸, « susciter »⁶⁹ et « renforcer »⁷⁰ cette confiance. Elle se décrit alors, par rapport aux Québécois, comme l'« arbitre ultime de leurs droits »⁷¹, un arbitre qui, malgré le contexte fédératif, est créé par une loi fédérale et dont les membres sont unilatéralement nommés par le gouvernement central. Même si la constitutionnalisation progressive et maintenant achevée de la Cour est graduellement venue régler le problème de sa création par une norme fédérale⁷², il n'en demeure pas moins que le

67. *Ibid* au para 18.

68. *Ibid*.

69. *Ibid* au para 145.

70. *Ibid* au para 49.

71. *Ibid*.

72. Mathieu et Taillon, *supra* note 6 à la p 777 : d'une simple loi ordinaire modifiable unilatéralement par le Parlement fédéral en vertu de l'article 101 de la *LC de 1867*, les caractéristiques essentielles de la *Loi sur la Cour suprême* ont acquis le statut de normes constitutionnelles rigides modifiables conformément aux procédures multilatérales de la *LC de 1982*.

processus de nomination de ses membres en fait une institution dans laquelle la confiance des Québécois n'est pas acquise⁷³.

Ainsi, par ce renvoi, la Cour prend acte de cette nécessité qui lui impose de susciter et de renforcer la confiance du Québec envers l'institution qu'elle est. Cet objectif de maintenir la confiance des Québécois est directement relié au troisième facteur de reconnaissance de ce renvoi : la nécessité d'assurer la légitimité de la Cour suprême en tant qu'institution fédérale et bijuridique.

3. La légitimité de la Cour en tant qu'institution fédérale et bijuridique

Au paragraphe 55, revenant sur le compromis historique ayant mené à la création de la Cour suprême, la majorité affirme : « [L]es députés du gouvernement comme ceux de l'opposition ont considéré que l'attribution de deux postes de juge (un tiers) au Québec était un moyen d'assurer non seulement le bon fonctionnement, mais aussi la légitimité de la Cour suprême en tant qu'institution fédérale et bijuridique »⁷⁴. Ce passage renforce aussi la position selon laquelle, par le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art 5 et 6*, la majorité reconnaît le caractère consociatif et asymétrique de la fédération canadienne fondé sur le pacte constitutionnel de deux peuples fondateurs⁷⁵.

73. Guy Tremblay, « Le pouvoir judiciaire et sa nécessaire indépendance » dans Réjean Pelletier et Manon Tremblay, dir, *Le parlementarisme canadien*, 5^e éd revue et mise à jour, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013, 449 aux pp 456–57; Eugénie Brouillet et Yves Tanguay, « The Legitimacy of the Constitutional Arbitration Process in a Multinational Federative Regime: The Case of the Supreme Court of Canada » (2012) 45 UBC L Rev 47; Eugénie Brouillet, « La légitimité fédérative du processus de nomination des juges à la Cour suprême du Canada » (2011) 41:1 RGD 279; Jacques-Yvan Morin et José Woehrling, *Les constitutions du Canada et du Québec: du régime français à nos jours*, t 1, Montréal, Thémis, 1994 aux pp 546–47; Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6^e éd, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2014 aux pp 411, 822–23.

74. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art 5 et 6*, *supra* note 8 au para 55; Brouillet et Tanguay, *supra* note 73 à la p 49: « *This ceaseless debate about the legitimacy of constitutional justice in a democratic regime is accompanied, in federations, by a second debate on federative legitimacy* ».

75. Voir par exemple Mathieu et Taillon, *supra* note 6 à la p 780:

Cette dernière se livre non seulement à la promotion de rapports d'égalité et d'absence de subordination entre le fédéral et les provinces, mais aussi — et c'est peut-être là l'innovation la plus importante — à la prise en compte de la dimension consociative de ce fédéralisme qui protège les caractéristiques essentielles aux yeux de chaque composante de l'État.

Ces auteurs ajoutent, *ibid* aux pp 766–67: « Ils lui donnent sens en intégrant une réflexion plus explicite et plus formelle sur la dimension consociative du fédéralisme canadien, où la spécificité

En effet, affirmer que la surreprésentation du Québec au sein de la Cour suprême, arbitre constitutionnel ultime de l'État canadien, a pour fonction d'assurer la *légitimité* de ce tribunal comme institution fédérale et bijuridique participe directement à la reconnaissance d'un Québec distinct du reste du Canada. Lorsque la Cour se définit comme une institution « fédérale », elle le fait dans le sens où elle doit être représentative de l'ensemble des membres de la fédération et non pas seulement des autorités centrales. La surreprésentation du Québec à la Cour suprême, avec pour objectif d'assurer sa légitimité dans cette province, confère donc un statut particulier à cette même province, foyer d'une nation minoritaire du Canada⁷⁶ : « [c]ette prise en compte de la légitimité de la Cour au Québec, par opposition à sa légitimité dans le reste du Canada, se veut conforme aux théories consociatives, où la légitimité s'apprécie ou se dédouble en fonction de chaque segment ou composante de l'ensemble plurinational »⁷⁷.

En ce sens, la présence de trois juges québécois à la Cour suprême, avec comme objectif de protéger la légitimité de celle-ci, constitue aussi une reconnaissance du caractère plurinational, consociatif et asymétrique du fédéralisme canadien. Promouvoir l'idée que le Québec doit être surreprésenté au sein de la Cour suprême, c'est aussi reconnaître le particularisme de cette province.

Ainsi, à la reconnaissance des valeurs sociales distinctes du Québec s'ajoute donc la mission que se donne la Cour de préserver et de susciter la confiance des Québécois à son égard et d'assurer sa légitimité comme arbitre ultime des débats constitutionnels de la fédération canadienne. Il s'agit là d'une franche évolution de la jurisprudence constitutionnelle concernant le caractère distinct du Québec. La majorité n'était pas tenue de traiter de valeurs sociales distinctes, de confiance et de légitimité. Pourtant, elle en a fait des éléments centraux de sa décision. Il s'en dégage qu'elle a construit son argumentaire délibérément et en étant consciente de l'impact et des effets qui en découleraient. Par les agissements de la Cour, sa jurisprudence est venue contribuer au premier principe du consociationalisme, celui de la reconnaissance.

nationale du Québec et les arrangements spéciaux négociés en conséquence sont protégés, du moins partiellement».

76. Voir à cet effet Lijphart, *Democracy*, *supra* note 14 aux pp 40–41 pour qui la surreprésentation est un mécanisme consociatif considérable : « *There are two variations of the principle of proportionality that entail even greater deviations from majority rule: the deliberate overrepresentation of small segments, and parity of representation* ».

77. Mathieu et Taillon, *supra* note 6 aux pp 785–86.

B. L'indépendance dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*: une interprétation élargie du veto et de l'autonomie

Dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, la Cour suprême est appelée à se prononcer sur la procédure de révision adaptée pour procéder à une réforme en profondeur du Sénat canadien, de même que sur la procédure qui permettrait son abolition. Dans son jugement, unanime, la Cour développe amplement sa position sur la procédure de révision de la Constitution et sur le contenu protégé par chacune de ses dispositions.

Avec ce renvoi, la jurisprudence constitutionnelle contribue au principe de l'indépendance, principalement à deux égards. En premier lieu, l'interprétation que la Cour suprême adopte du texte de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* fait état d'un processus selon lequel le droit de veto du Québec en matière de révision constitutionnelle a une portée qui se trouve étendue (II.B.1). En second lieu, l'interprétation que la Cour donne à la procédure des arrangements spéciaux de l'article 43 de la même Loi semble ouvrir la voie à une plus grande autonomie des provinces au moyen d'un fédéralisme asymétrique encore largement inexploité (II.B.2).

1. *L'attribution étendue du droit de veto*

En ce qui concerne le droit de veto, plusieurs des enseignements de la Cour dans ce renvoi sont de nature à favoriser une vision plus étendue de celui-ci. Nous en retiendrons ici trois, soit (1) la portée large de la procédure de l'article 38, (2) le contenu constitutionnellement protégé des articles 41 et 42, et (3) le droit de veto de l'article 43.

D'abord, en ce qui concerne la portée de l'article 38, la décision de la Cour suprême ne laisse aucun doute à cet effet : cette procédure est la règle *normale* à suivre, les autres procédures représentant des exceptions à cette règle⁷⁸. Ainsi, cette analyse est de nature à rendre aussi large que possible la portée de cet article. Or, comme la procédure de l'article 38 est la plus exigeante après celle de l'unanimité, une interprétation favorisant une large portée de celle-ci est de nature à protéger l'influence du Québec dans le cadre de la révision constitutionnelle. En

78. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, *supra* note 9 au para 36 : « L'article 38 décrit donc la procédure normalement appliquée pour modifier la Constitution canadienne. Les autres procédures énoncées à la partie V devraient alors être considérées comme des exceptions à cette règle générale ».

effet, la procédure de l'article 38 étant celle du « 7/50 », l'appui du Québec n'est pas nécessaire à sa mise en œuvre, mais facilite certainement un tel processus de révision.

Le corollaire de l'interprétation large de la portée de l'article 38 est une interprétation restrictive des autres procédures, incluant celle de la modification unilatérale par les autorités fédérales. Cette portée limitée de l'application de l'article 44, la Cour suprême y fait référence à plusieurs reprises dans son jugement⁷⁹. Or, une application restreinte de cette procédure est également à l'avantage du Québec puisque ce dernier n'a aucun rôle à jouer dans celle-ci.

Enfin, rappelons aussi que la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*⁸⁰, malgré le fait que celle-ci n'ait qu'un statut législatif et qu'il soit possible de remettre en cause sa constitutionnalité⁸¹, octroie un droit de veto au Québec dans le cadre de toutes modifications de la Constitution faites en vertu de l'article 38⁸². Ainsi, par l'importance qu'elle accorde à la procédure normale de l'article 38, de même que par la portée restreinte qu'elle attribue à l'article 44, la Cour suprême consolide d'une première façon les matières sur lesquelles le Québec détient un droit de veto dans la procédure de révision de la Constitution canadienne.

Ensuite, pour ce qui est du contenu constitutionnellement protégé des matières visées aux articles 41 et 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la Cour précise que les dispositions de la procédure de révision de la Constitution ne protègent pas seulement son texte écrit, mais également et surtout son contenu : « [l]es termes qui y sont utilisés [dans la partie V] servent de guides pour déterminer quels aspects de notre système de gouvernement font partie du *contenu constitutionnel protégé* » [nos italiques]⁸³. Cette interprétation, en évitant de vider de leur substance les matières inscrites dans la procédure de révision, a ainsi pour effet de consolider le droit de veto du Québec pour les sujets visés à l'article 41, ainsi que d'accentuer son influence pour ceux inscrits à l'article 42.

79. *Ibid* aux para 75 et 87 par exemple.

80. *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, LC 1996, c 1.

81. Pelletier, *supra* note 43 à la p 327. Bien que cet auteur croit cette Loi d'une « légalité et d'une constitutionnalité indiscutables », il admet que « [c]ertains pourraient être tentés de soutenir que [celle-ci] constitue une modification indirecte de la Constitution du pays et qu'elle est, de ce fait, inconstitutionnelle ».

82. *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, *supra* note 80, art 1(1)(b).

83. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, *supra* note 9 au para 64.

Dans son raisonnement, la Cour insiste sur l'architecture du texte constitutionnel : « la Constitution ne doit pas être considérée comme un simple ensemble de dispositions écrites isolées. Elle a une architecture, une structure fondamentale. Par extension, les modifications constitutionnelles ne se limitent pas aux modifications apportées au texte de la Constitution. Elles comprennent aussi les modifications à son architecture »⁸⁴. Ainsi, en cherchant à protéger le contenu et non pas seulement le texte de la procédure de révision, la Cour suprême a élargi la portée du veto québécois.

Enfin, comme dernière manifestation de l'élargissement du droit de veto accordé au Québec, la Cour suprême traite de l'article 43 comme d'une procédure octroyant un droit de veto à toute province qui serait touchée par la modification constitutionnelle d'un arrangement spécial : « [l']article 43 permet aussi d'éviter qu'une disposition qui prévoit un arrangement spécial puisse être modifiée sans le consentement des provinces visées par l'arrangement »⁸⁵.

Dans son renvoi, la Cour applique ce développement à l'abrogation d'un article ayant des implications directes et particulières uniquement pour le Québec :

L'abrogation complète du par 23 (3) requiert toutefois le consentement de l'assemblée législative du Québec, suivant la procédure sur les arrangements spéciaux. En effet, l'abrogation complète de la condition relative à l'avoir foncier (par 23 (3)) constituerait également une modification du par 23 (6), qui prévoit un arrangement spécial applicable uniquement à la province de Québec⁸⁶.

Selon ce raisonnement, le Québec aurait alors un droit de veto sur toute révision de la Constitution qui concernerait un arrangement spécial s'appliquant à cette province, ce qui « représente une innovation importante qui renforce le caractère consociatif de la procédure de modification »⁸⁷.

Ainsi, dans l'ensemble du *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, la Cour suprême procède à un renforcement du droit de veto du Québec dans le cadre de la procédure de révision de la Constitution canadienne et

84. *Ibid* au para 27.

85. *Ibid* au para 44.

86. *Ibid* au para 86. Voir aussi au para 93.

87. Mathieu et Taillon, *supra* note 6 à la p 790.

de toutes ses modalités d'application. Ce même renforcement contribue à accroître l'indépendance du Québec en ce qui a trait à la révision constitutionnelle et participe de cette manière à rendre plus consociative la fédération canadienne.

2. Les arrangements spéciaux comme voie d'autonomie

Pour ce qui est de la procédure des arrangements spéciaux, l'argumentaire de la Cour donne à penser que l'article 43 représente une voie vers l'asymétrie⁸⁸ et donc vers une plus grande autonomie segmentale dans l'État canadien. La Cour suprême traite d'abord ainsi de cette procédure : « [l']établissement de son champ d'application et des effets de son interaction avec les autres dispositions de la partie V présente de grandes difficultés conceptuelles »⁸⁹. La Cour précise ensuite que cet article « entre en jeu, à tout le moins, lorsqu'une modification constitutionnelle touche une disposition de la Constitution du Canada qui prévoit un "arrangement spécial", applicable uniquement à une ou à certaines des provinces »⁹⁰. Alors que l'utilisation des termes « à tout le moins » laisse entendre que l'interprétation qui en est faite par la Cour lui confère alors une portée minimale, l'expression « "arrangement spécial", applicable uniquement à une ou à certaines provinces » permet de croire qu'il s'agit d'une formule dont l'interprétation nouvelle s'ouvre sur un champ d'application plus substantif que celui qui existe actuellement⁹¹.

En effet, selon le raisonnement de la Cour, l'article 43 semble jouir d'une portée qui ne peut être restreinte par celle de l'article 38, ces dispositions n'ayant pas pour objet les mêmes matières : « [e]n pareil cas [révision applicable uniquement à une ou à certaines des provinces], le recours à la procédure 7/50 aurait une portée trop large, car

88. *Ibid* à la p 789 :

Or, parmi l'ensemble des compromis historiques protégés, la Cour suprême en identifie [sic] un type particulier : les arrangements spéciaux visés par l'article 43 de la *LC de 1982*. Ce sont des compromis historiques qui n'impliquent que certaines provinces et qui participent, de ce fait, à renforcer le caractère asymétrique du fédéralisme canadien.

89. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, *supra* note 9 au para 43.

90. *Ibid* au para 44.

91. Cette interprétation était déjà prônée par Guy Tremblay, « La portée élargie de la procédure bilatérale de modification de la Constitution du Canada » (2011) 41:2 RGD 417, ainsi que par José Woehrling, « Le recours à la procédure de modification de l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour satisfaire certaines revendications constitutionnelles du Québec » dans Pierre Thibault, Benoît Pelletier et Louis Perret, dir, *Les mélanges Gérald-A. Beaudoin : les défis du constitutionnalisme/Essays in honour of Gérald-A. Beaudoin: The Challenges of Constitutionalism*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002, 449 aux pp 489–90.

il subordonnerait l'adoption de la modification au consentement de provinces auxquelles ne s'applique pas la disposition »⁹². On peut donc en comprendre que cet article bénéficie d'un champ d'application qui lui est propre et qu'il a vocation à s'appliquer à un nombre important de matières visées par la procédure de révision, notamment toute demande d'accommodement de nature asymétrique.

Un autre facteur militant en faveur de ce raisonnement est l'interprétation plutôt restreinte que la Cour fait des procédures de révision unilatérale, notamment de celle du fédéral : « la procédure de modification unilatérale par le Parlement a une portée restreinte. [...] L'historique, les termes et la structure de la partie V indiquent que la procédure normale de modification de la Constitution est prévue à l'art 38 plutôt qu'à l'art 44 »⁹³. Ce faisant, la Cour non seulement restreint considérablement la portée des procédures de révision unilatérale, mais élargit tout autant celle de la procédure bilatérale, qu'elle qualifie maintenant de procédure des arrangements spéciaux⁹⁴. Elle semble ainsi subordonner les procédures unilatérales à celle des arrangements spéciaux⁹⁵. Ainsi, nous croyons que l'article 43 constitue une porte ouverte à une évolution asymétrique de la Constitution et de la fédération canadienne, car cette disposition est certainement en mesure d'octroyer, à un Québec qui en ferait la demande, une plus grande autonomie segmentale.

La décision de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat* a donc ajouté un deuxième pan de consociationalisme à la jurisprudence constitutionnelle récente, celui du principe de l'indépendance propre à cette théorie. Cet ajout, quelques semaines seulement après le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art 5 et 6*, constituait alors une seconde avancée considérable et semblait confirmer une tendance de la Cour suprême vers une jurisprudence constitutionnelle plus adaptée au caractère plurinational du Canada. Cependant, comme nous le verrons dans la section suivante, la Cour suprême a récemment raté d'importantes occasions de consolider cette nouvelle tendance dans sa décision sur le registre des armes à feu où le tribunal a laissé passer une occasion certaine du point de vue consociatif.

92. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, *supra* note 9 au para 44.

93. *Ibid* au para 75.

94. Sur ce changement de terme, voir Mathieu et Taillon, *supra* note 6 à la p 790 : « Cette nouvelle qualification a pour conséquence d'élargir considérablement le domaine d'application potentielle de l'article 43 de la LC de 1867 ».

95. *Ibid*.

C. La cohésion dans la décision sur le registre des armes à feu : des occasions ratées

Dans sa plus récente décision portant sur le fédéralisme et opposant directement le Québec aux institutions fédérales, la Cour suprême du Canada avait l'occasion d'ajouter de manière marquée à cette nouvelle tendance jurisprudentielle concernant le caractère consociatif de la fédération canadienne. Dans le cadre de sa décision concernant le registre des armes à feu, la Cour pouvait formuler solidement les ancrages du troisième principe du consociationalisme, soit la cohésion. Nous croyons toutefois que la Cour est passée à côté de cette occasion, soit en imposant des limites importantes au fédéralisme coopératif (II.C.1) et au régime des partenariats fédéral-provincial (II.C.2), soit en décidant de ne pas aborder l'obligation constitutionnelle de négocier (II.C.3).

Cette affaire se démarque des deux décisions précédemment abordées, et ce, pour une autre raison : la forte dissidence qu'elle a provoquée parmi les juges de la Cour. En effet, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art 5 et 6, il n'y a qu'un juge dissident, alors que dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, la Cour est unanime. Or, dans la décision concernant le registre des armes à feu, la Cour est divisée à cinq contre quatre. Qui plus est, les trois juges québécois à la Cour se trouvent du côté dissident, alimentant ainsi davantage l'impression d'une occasion ratée du point de vue consociatif.

Enfin, le grand écart entre l'ampleur du développement des motifs majoritaires et celle des motifs dissidents⁹⁶ participe aussi à cette impression d'occasion ratée, la dissidence étant considérablement plus détaillée que la position majoritaire.

1. Le fédéralisme coopératif et ses limites

Le fédéralisme coopératif est une tendance jurisprudentielle mise de l'avant par la Cour suprême pour « assouplir les doctrines touchant le partage des pouvoirs telles la prépondérance fédérale et l'exclusivité des compétences », afin de « faciliter l'intégration des régimes législatifs fédéraux et provinciaux et éviter l'imposition de contraintes inutiles aux interventions législatives provinciales »⁹⁷. Cette intégration est

96. Les motifs de la majorité tiennent en 46 paragraphes, alors que ceux de la dissidence, en 157 paragraphes.

97. *Québec (PG) c Canada (PG)*, *supra* note 10 au para 17.

largement abordée par la majorité et la dissidence dans le jugement concernant le registre des armes à feu.

Selon cette conception du fédéralisme, chaque ordre de gouvernement peut édicter des lois dans ses propres champs de compétences, qui chevaucheront des compétences de l'autre ordre de gouvernement. Qualifiant ces chevauchements d'inévitables⁹⁸, la Cour indique « que les doctrines constitutionnelles de mise en œuvre du partage des compétences doivent par conséquent favoriser la pratique d'un fédéralisme coopératif favorable aux chevauchements de pouvoirs »⁹⁹. Toutefois, dans cette récente décision, la majorité est venue ajouter de nouvelles balises au fédéralisme coopératif, réduisant ainsi le champ d'application de celui-ci.

D'abord, dans ses motifs, la majorité indique qu'elle doit « également reconnaître les limites du principe du fédéralisme coopératif »¹⁰⁰, notamment le fait qu'elle ne puisse « considérer que le principe du fédéralisme coopératif impose des limites à l'exercice par ailleurs valide d'une compétence législative »¹⁰¹. Rejetant les prétentions du Québec selon lequel ce principe « empêche le Canada et les provinces d'agir ou de légiférer de manière à nuire à la collaboration entre les deux ordres de gouvernement, surtout dans les domaines de compétence concurrente »¹⁰², la majorité vient préciser un peu plus les contours du fédéralisme coopératif, en lui imposant de nouvelles frontières. Ce faisant, elle œuvre cependant directement à l'encontre d'un fédéralisme coopératif suivant lequel la concertation et la cohésion doivent faire partie intégrante du comportement des acteurs fédéraux et provinciaux¹⁰³. La dissidence, pour sa part, met de l'avant une vision tout autre de ce fédéralisme, le terme *coopératif* prenant dès lors un sens différent.

Pour en faire état, il est intéressant de faire ressortir une opposition flagrante entre la majorité et la dissidence quant à l'importance et à l'utilisation des principes non écrits de la Constitution canadienne, alors

98. *Banque canadienne de l'Ouest c Alberta*, 2007 CSC 22 au para 24, [2007] 2 RCS 3.

99. Eugénie Brouillet, « Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada : quelques réflexions sur le principe d'exclusivité des pouvoirs » (2010) 3 RQDC 60 à la p 65.

100. *Québec (PG) c Canada (PG)*, *supra* note 10 au para 18.

101. *Ibid* au para 19.

102. *Ibid* au para 15.

103. *Ibid* au para 20 : « Ni la jurisprudence de notre Cour ni le texte de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne fondent l'emploi de ce principe pour restreindre la portée de la compétence législative ou imposer l'obligation positive de faciliter la coopération lorsque le partage constitutionnel des pouvoirs autorise une intervention unilatérale ».

que leurs raisonnements respectifs se fondent tous deux sur le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. La majorité, affirmant que « [l]a primauté de notre Constitution écrite demeure l'un des préceptes fondamentaux de notre régime constitutionnel »¹⁰⁴, réfère au paragraphe 53 du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. La dissidence, se fondant pour sa part sur le paragraphe précédent du même renvoi, met plutôt l'accent sur le fait que « notre Cour reconnaît l'importance des principes non écrits qui sous-tendent [la Constitution écrite]. Ces principes imprègnent l'analyse et l'interprétation du partage des compétences »¹⁰⁵.

Alors que la majorité insiste sur le texte écrit de la Constitution pour restreindre l'application du fédéralisme coopératif dans ses motifs, la dissidence propose une interprétation allant exactement dans le sens inverse pour donner au « principe du fédéralisme — et son expression moderne le fédéralisme coopératif »¹⁰⁶ — une interprétation qui œuvre « en faveur d'une conception plus souple du partage des compétences »¹⁰⁷.

C'est alors que le raisonnement de la dissidence devient particulièrement intéressant en ce qui a trait au principe de la cohésion. Expliquant brièvement ce qu'est le fédéralisme coopératif et citant plusieurs décisions rendues par la Cour suprême en la matière, la dissidence aborde ensuite l'important « chevauchement des compétences fédérales et provinciales [qui] permet aux deux ordres de gouvernement de légiférer relativement à des objectifs légitimes dans les matières où il y a chevauchement »¹⁰⁸. Poursuivant sur cette piste, elle ajoute : « [c]ette conception facilite ainsi la *coopération* intergouvernementale »¹⁰⁹ [nos italiques]. La dissidence fait alors un pas de plus que la majorité. Elle utilise le fédéralisme coopératif non pas seulement pour justifier un *empiètement raisonnable* d'un ordre de gouvernement dans les compétences législatives de l'autre, mais aussi pour en faire ressortir

104. *Ibid* au para 18.

105. *Ibid* au para 144. La dissidence réfère alors aussi au *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61 au para 196, [2010] 3 RCS 457 : « Que ce soit à l'occasion de la détermination du caractère véritable d'une loi ou d'une disposition ou au moment de l'examen des limites d'une compétence attribuée ou de l'exercice d'une compétence accessoire, les tribunaux doivent se rappeler l'importance des principes constitutionnels non écrits et veiller à les respecter ».

106. *Québec (PG) c Canada (PG)*, *supra* note 10 au para 151.

107. *Ibid* au para 147. Le tribunal ajoute qu'il s'agit d'une conception « qui domine dans la jurisprudence récente de notre Cour ».

108. *Ibid*.

109. *Ibid*.

un esprit de *coopération* entre les deux ordres de gouvernement. Elle ajoute ensuite que selon elle, la mise en place du registre des armes à feu au Canada « s'inscrit dans cet esprit de fédéralisme coopératif »¹¹⁰.

Cette partie du raisonnement de la dissidence représente une vision novatrice du fédéralisme coopératif. Ce dernier ne serait alors pas seulement utile pour justifier un empiètement législatif, mais aussi pour expliquer, encadrer et promouvoir la mise sur pied de partenariats fédéral-provincial¹¹¹. Si cette position avait été majoritaire, elle aurait ajouté un pan supplémentaire à cette doctrine du fédéralisme coopératif et aurait eu pour effet d'encourager la collaboration et la cohésion entre paliers de gouvernement dans le cadre du partage des compétences au Canada, contribuant ainsi à accentuer le caractère consociatif de la fédération.

Ainsi, du fédéralisme coopératif *unilatéral* auquel les gouvernements au Canada nous ont habitués, la mise en place du registre des armes à feu, son administration et éventuellement son abolition auraient pu faire évoluer le système vers un fédéralisme coopératif *multilatéral* où la collaboration entre les acteurs est non seulement souhaitable, mais également nécessaire jusqu'à un certain point. Le fédéralisme coopératif traditionnel, malgré sa dénomination, n'a rien d'essentiellement coopératif. Il n'est sous-tendu par aucune nécessité de collaboration ou objectif de cohésion entre les acteurs politiques fédéraux et provinciaux, mais plutôt par une logique d'*empiètement raisonnable* sur les champs de compétence de l'autre ordre de gouvernement¹¹², le tout dans un objectif d'efficacité, caractéristique de la jurisprudence constitutionnelle relative au fédéralisme¹¹³. C'est pourquoi nous le qualifions de fédéralisme coopératif *unilatéral*¹¹⁴.

110. *Ibid* au para 149.

111. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 au para 132, [2011] 3 RCS 837: Nous pouvons toutefois à bon droit noter l'existence d'une tendance de plus en plus marquée à envisager les problèmes complexes de gouvernance susceptibles de se présenter dans une fédération, non pas comme une simple alternative entre les deux ordres de gouvernement, mais comme une recherche coopérative de solutions qui satisfont les besoins tant de l'ensemble du pays que de ses composantes.

112. *Québec (PG) c Canada (PG)*, *supra* note 10 au para 154: « le principe du fédéralisme coopératif — qui permet à chaque ordre de gouvernement de légiférer d'une manière ayant une incidence sur les compétences de l'autre ».

113. Brouillet, *La négation*, *supra* note 1 à la p 319.

114. *Québec (PG) c Canada (PG)*, *supra* note 10 au para 154: « Conclure autrement reviendrait à cautionner un fédéralisme coopératif à sens unique ».

À cet égard, nous croyons que les motifs de la majorité représentent, du point de vue du principe de la cohésion, une première occasion ratée. Celle-ci, comme le propose la dissidence, aurait pu faire la promotion d'une vision du fédéralisme coopératif qui encourage la collaboration et l'implication conjointe des deux ordres de gouvernement, ouvrant ainsi la porte à un fédéralisme coopératif *multilatéral*. Il n'est pas ici question de faire de tout programme législatif un partenariat fédéral-provincial, mais simplement d'encourager la coopération et la collaboration lorsque des champs de compétence des deux ordres de gouvernement sont aussi étroitement mis en jeu que dans le cas du registre des armes à feu, plutôt que d'opter pour une vision du fédéralisme selon lequel l'un des acteurs doit nécessairement en venir à dominer l'autre et ainsi permettre au premier d'agir unilatéralement. À cet égard, le partenariat fédéral-provincial, rejeté par la majorité et adopté par la dissidence, nous semble être une avenue des plus intéressantes.

2. Le partenariat fédéral-provincial écarté

Alors que la majorité n'évoque que très rapidement le partenariat fédéral-provincial¹¹⁵, la dissidence en fait un élément central de son raisonnement. Revenant sur l'historique de l'élaboration du registre des armes à feu, elle établit en quelque sorte les balises en vertu desquelles un tel partenariat devrait émerger, évoluer et prendre fin. En effet, tout en précisant qu'un partenariat fédéral-provincial découle du fédéralisme coopératif¹¹⁶, la dissidence établit en quelque sorte les éléments constitutifs d'un tel partenariat, principalement (1) la mise en cause de compétences législatives de part et d'autre, (2) une collaboration constante lors de la mise en place du partenariat et pendant son existence, (3) la nécessité pour un palier de gouvernement de tenir compte des conséquences de ses agissements pour l'autre palier, et (4) une fin du partenariat qui ne peut être dictée unilatéralement, sous peine d'être inconstitutionnelle puisque contraire au principe sous-jacent du fédéralisme¹¹⁷. À la lumière de ces différentes balises, la dissidence en vient

115. *Ibid* aux para 9 et 22.

116. *Ibid* au para 149: «À notre avis, le partenariat fédéral-provincial en matière de contrôle des armes à feu s'inscrit dans cet esprit de fédéralisme coopératif».

117. *Ibid* au para 50:

Selon nous, et c'est là où nous sommes en désaccord avec nos collègues, tant la collecte des données concernant les armes d'épaule que les initiatives plus larges visant à réglementer l'usage de ces armes se sont effectuées en partenariat avec les provinces, dont le Québec. En présence d'un tel régime intégré, qui fait appel à l'exercice de compétences

à la conclusion que le travail visant à réglementer l'usage des armes à feu a été effectué « en partenariat avec les provinces, dont le Québec » et qu'il en résulterait donc un « régime intégré »¹¹⁸, un partenariat fédéral-provincial.

Pour la dissidence, il ne fait nul doute que le partenariat en matière d'armes à feu met en cause des compétences fédérales et des compétences provinciales, ce qui est le premier élément constitutif d'un tel partenariat. Elle affirme à cet effet que ce régime a « permis au gouvernement fédéral et aux provinces de mieux accomplir ensemble, plutôt qu'individuellement, tant des objectifs fédéraux (en droit criminel) que des objectifs provinciaux (en matière de sécurité publique et d'administration de la justice) »¹¹⁹. Ce passage permet de déborder du cadre habituel du fédéralisme coopératif d'empiètement raisonnable et fait ressortir les avantages d'un fédéralisme coopératif multilatéral selon lequel le fédéral et les provinces s'unissent pour mieux s'occuper de préoccupations communes. Ainsi, le partenariat fédéral-provincial doit naître d'un désir partagé des deux paliers de gouvernement d'agir de concert dans l'objectif d'être plus efficaces en ce qui a trait à leurs compétences législatives respectives¹²⁰.

Selon la dissidence, si la participation de compétences législatives fédérale et provinciales est nécessaire à l'initiative d'un partenariat fédéral-provincial, la collaboration avant sa mise en place et pendant son existence est aussi une condition fondamentale de sa réalisation¹²¹. La dissidence réaffirme ce principe en abordant « la conception, la mise sur pied et l'administration »¹²² partagée du régime des armes à feu. Ainsi, pour les juges dissidents, il est nécessaire au partenariat que les deux paliers de gouvernement y participent tout au long de l'existence de celui-ci.

législatives fédérale et provinciales, une application particulière du cadre d'analyse en matière de partage des compétences est requise. La constitutionnalité du moyen pris par le gouvernement fédéral pour mettre fin à ce partenariat se mesure notamment à l'aune des effets qu'il aura sur les compétences de ses partenaires.

118. *Ibid* au para 50.

119. *Ibid* au para 149; voir aussi au para 128.

120. *Ibid* au para 183 : « Sans doute pour des raisons d'efficacité, le gouvernement fédéral a plutôt conçu un régime législatif qui faisait appel à la collaboration active des provinces et a pris la forme d'un partenariat ».

121. *Ibid* aux para 118, 121, 126 et 172.

122. *Ibid* au para 134.

Toujours dans cette optique de coopération, la dissidence indique à quelques reprises qu'un partenaire dans un tel régime ne peut légiférer « sans tenir compte des conséquences raisonnablement prévisibles de cette décision pour l'autre partenaire »¹²³. Cette obligation, pour un palier gouvernemental, de tenir compte des conséquences de ses actes a pour corollaire de ne pas légiférer de manière à nuire à l'autre palier¹²⁴ : « il est difficile d'imaginer comment une disposition qui [...] est édictée dans l'intention de nuire à un partenaire peut être rationnelle »¹²⁵. Dans un tel régime, les partenaires sont donc tenus d'agir avec diligence à l'endroit les uns des autres.

Enfin, la dissidence traite de la fin d'un partenariat inspiré du fédéralisme coopératif. Estimant « que nos tribunaux doivent protéger de tels régimes, tant au moment de leur mise en place que lors de leur démantèlement »¹²⁶, elle est d'avis que la fin « d'un partenariat tel le contrôle des armes à feu doit se faire dans le respect du principe du fédéralisme qui sous-tend notre Constitution »¹²⁷.

Les conclusions des juges dissidents quant à « la manière dont [la] collaboration [fédérale-provinciale] doit prendre fin »¹²⁸ sont particulièrement intéressantes. Ils rejettent le droit du fédéral de « décider de détruire unilatéralement les données accumulées au cours du partenariat sans tenir compte des conséquences d'une telle mesure sur les compétences provinciales »¹²⁹, mais ajoutent que « le Québec ne peut dicter au gouvernement fédéral ce qu'il est "en droit" de recevoir [les données] au terme de leur relation »¹³⁰. La dissidence semble donc d'avis que la solution à cette impasse n'est pas uniquement juridique, mais qu'elle doit passer par la négociation entre les membres du partenariat.

123. *Ibid* au para 153; voir aussi les para 154, 200.

124. *Ibid* aux para 168, 188–89.

125. *Ibid* au para 189.

126. *Ibid* au para 152.

127. *Ibid* au para 153.

128. *Ibid* au para 200.

129. *Ibid*.

130. *Ibid*.

3. La portée de l'obligation constitutionnelle de négocier

À la toute fin de ses motifs, la dissidence aborde donc le transfert des données du registre des armes à feu, demandé par le Québec et refusé par le fédéral. Elle fait alors une distinction nette entre le politique et le juridique. D'abord, du côté juridique, elle constate que « la destruction des données sans offre de transfert préalable est inconstitutionnelle »¹³¹, puis ajoute que le Québec « n'a pas établi de fondement juridique à sa revendication des données »¹³². Devant cette situation où ni l'un ni l'autre des deux partenaires ne seraient légalement autorisés à agir de manière unilatérale, la dissidence est d'avis qu'il revient aux « membres du partenariat [...] de prévoir les modalités de cessation de leur aventure commune dans leurs ententes ou, à défaut, de s'entendre maintenant sur les conditions applicables à cet égard »¹³³. Elle ajoute : « la manière dont leur collaboration doit prendre fin relève au premier chef de leur volonté »¹³⁴. Elle en fait ainsi une question de nature politique.

Nous croyons qu'il existe ici un parallèle entre la position de la dissidence concernant la fin du partenariat fédéral-provincial dans l'affaire du registre des armes à feu et l'obligation constitutionnelle de négocier établie dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, puis reprise en doctrine¹³⁵. En effet, bien qu'il s'agisse là d'enjeux ayant des proportions fort différentes, les conclusions de la dissidence ne sont pas sans rappeler celles de la Cour dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, dans lequel elle ne donne pas de réponse définitive sur le droit du Québec de faire sécession, mais rejette l'idée que le cadre constitutionnel canadien puisse permettre à l'un des peuples fondateurs d'imposer unilatéralement sa volonté à l'autre. Elle est alors plutôt d'avis que « l'expression claire par la population d'une province du désir de réaliser la sécession donne naissance à une obligation réciproque pour toutes les parties formant la Confédération de *négocier* des modifications constitutionnelles en vue de répondre au désir exprimé » [nos italiques]¹³⁶. Sans imposer de conditions strictes menant à la sécession,

131. *Ibid* au para 191.

132. *Ibid* au para 198.

133. *Ibid* au para 200.

134. *Ibid*.

135. Patrick Taillon et Alexis Deschênes, « Une voie inexplorée de renouvellement du fédéralisme canadien : l'obligation constitutionnelle de négocier des changements constitutionnels » (2012) 53:3 C de D 461.

136. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 7 au para 88.

la Cour suggère alors que le fait de mettre fin au partenariat entre le Québec et le reste du Canada nécessiterait la négociation d'une telle entente.

On peut alors faire l'analogie selon laquelle le fait de mettre fin au partenariat fédéral-provincial dans le cadre du registre des armes à feu entraîne une obligation similaire. Ainsi, dans cette situation où nul n'est habilité à agir unilatéralement, la demande du Québec d'obtenir les données détenues par le fédéral dans le cadre d'un tel partenariat ferait naître, comme semble le suggérer la dissidence, l'obligation de négocier un tel transfert entre les autorités fédérale et québécoise. La dissidence ne va toutefois pas jusqu'à évoquer l'obligation constitutionnelle de négocier.

Or, nous croyons que cette affaire du registre des armes à feu représentait l'occasion idéale pour la Cour suprême de préciser la portée de cette obligation constitutionnelle de négocier. Découlant directement du principe constitutionnel du fédéralisme, cette obligation de négocier aurait certainement pu contribuer à la solution du présent litige. Il s'agit donc là d'une autre occasion ratée. En effet, la dissidence n'était qu'à une seule ligne de pousser son raisonnement jusqu'à enchâsser cette obligation de négocier dans les éléments constitutifs d'un partenariat fédéral-provincial et d'ainsi possiblement élargir l'application de ce concept. Mais plutôt que d'aborder l'obligation de négocier, la dissidence s'arrête à énoncer que les partenaires ne peuvent agir unilatéralement.

Plus globalement, nous croyons également que cette décision représente une occasion ratée parce que tous les arguments consociatifs dont elle traite font partie de la dissidence et ne font donc pas autorité. En effet, comme nous l'avons abordé au début de la présente section, ce jugement est marqué par une forte dissidence, soit quatre juges sur neuf, et dont font partie les trois juges québécois, ce qui revient donc à dire que la Cour suprême était à un juge près de faire de ses motifs consociatifs dissidents la position majoritaire et d'ainsi marquer d'un nouveau trait majeur l'architecture constitutionnelle canadienne et son fédéralisme. Plutôt que d'avoir eu pour conséquence d'ajouter une branche multilatérale au fédéralisme coopératif, de mettre en place les fondements d'un régime de partenariats fédéral-provincial et d'avoir possiblement élargi le champ d'application de l'obligation constitutionnelle de négocier, ce jugement de la Cour suprême aura plutôt eu pour effet de mettre en

exergue non seulement les visions parfois diamétralement opposées que se font les Québécois et les Canadiens anglais de leur pays, mais aussi le caractère inadapté de certaines institutions canadiennes ainsi que de leurs fondements.

En effet, alors que tous les juges québécois siégeant à la Cour sont en faveur d'un fédéralisme où les partenaires sont appelés à collaborer entre eux et ne peuvent unilatéralement agir de manière à nuire à l'autre, cinq des six juges canadiens-anglais ont plutôt privilégié une vision compartimentée du fédéralisme selon lequel la dominance du palier central se fera plus aisément sentir. En écartant ainsi les partenariats fédéral-provincial ou du moins en réduisant aussi considérablement leur possibilité d'application, la Cour cautionne une conception du fédéralisme selon lequel l'ensemble des programmes nationaux sera ultimement contrôlé par le fédéral, retirant ainsi au Québec la possibilité d'y défendre efficacement ses intérêts. Dans un fédéralisme comme celui-là, le troisième principe consociatif, soit celui de la cohésion, est plus rapidement sacrifié au profit d'une sacro-sainte efficacité, et ce, même quand cette même efficacité se manifeste à l'encontre des demandes et des intérêts de l'un des peuples fondateurs du pays.

CONCLUSION

Dans le cadre de cette démonstration, nous nous sommes attardés à la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada et aux traces de consociationalisme qu'elle pouvait contenir. Nous avons dans un premier temps expliqué en quoi consiste le consociationalisme et pourquoi son étude peut être pertinente dans une analyse du cas canadien. Nous avons ainsi défini les trois principes fondamentaux de cette théorie, soit la reconnaissance, l'indépendance et la cohésion. Cette démonstration nous a servi à structurer la suite de notre étude. Dans un second temps, nous avons consacré notre démonstration à l'analyse de trois décisions récentes de la Cour suprême du Canada où le fédéralisme coopératif, voire asymétrique, et le caractère consociatif de la fédération canadienne ont constitué le socle de l'analyse de la Cour. Nous avons ainsi tenté de démontrer que la Cour suprême est ouverte aux questions démotiques de l'État canadien, mais que cette ouverture s'avère parfois insuffisante, comme cela a notamment été le cas dans la décision sur le registre des armes à feu.

Le Canada est un État où cohabitent plusieurs nations. Or, la nature de sa Constitution, incomplète et désuète¹³⁷, ne reflète pas toujours avec justesse cette réalité, de même qu'elle omet parfois d'établir le fondement des relations entre les peuples fondateurs de l'État. C'est alors la Cour suprême qui peut être appelée à prendre le relais pour combler les vides des textes constitutionnels. Toutefois, contrairement à Constantinesco et Pierré-Caps¹³⁸, nous croyons qu'il est périlleux de laisser une telle marge de manœuvre et un tel pouvoir à la fonction judiciaire. Après tout, c'est celle-ci qui a nié au Québec un droit de veto sur les modifications constitutionnelles au moment du rapatriement de 1982¹³⁹, cautionnant ainsi la non-adhésion du peuple québécois à la nouvelle loi constitutionnelle. De plus, notre démonstration a servi à mettre en lumière les limites de ce que peut accomplir le pouvoir judiciaire en matière de mise en place de mécanismes consociatifs. Des enjeux d'une telle importance ne devraient pas être laissés à l'appréciation des tribunaux, cela pouvant notamment avoir pour effet de faire varier le contenu de la protection consociative de l'État en fonction des magistrats présents au sein d'une formation donnée et de leur propre conception d'une telle protection consociative. À cet effet, nous nous en remettons plutôt aux propos du professeur Christian Atias lorsqu'il mentionne qu'il faut « une belle naïveté pour croire que la personnalité des juges [peut] être neutralisée »¹⁴⁰.

Pour ces raisons, les fondements consociatifs d'un État plurinational doivent être enchâssés dans le texte même de sa Constitution. Il en va de l'équilibre constitutionnel qui doit transcender les rapports égalitaires entre les différents segments dans un État plurinational. Tout comme le partage des compétences dans un régime fédératif, un régime consociatif doit voir ses fondements être inscrits dans sa loi fondamentale pour la saine préservation du système.

Les textes de la Constitution canadienne ont donc cette lacune additionnelle : ils omettent parfois de traiter de la protection consociative accordée aux groupes qui composent l'État. Cette situation, rendue encore plus problématique par le carcan de la partie V de la

137. Guénette, *supra* note 5.

138. Constantinesco et Pierré-Caps, *supra* note 22 à la p 326.

139. Renvoi : *Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 RCS 753 et Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution, [1982] 2 RCS 793.

140. Christian Atias, *Philosophie du droit*, 3^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 2012 au n° 55 à la p 239.

Loi constitutionnelle de 1982, ne peut paradoxalement être résolue que par une révision formelle de la Constitution canadienne. La jurisprudence constitutionnelle a ses limites et ne peut être considérée comme un substitut approprié au pouvoir constituant. Seul ce dernier a le réel pouvoir d'ancrer fermement les principes consociatifs de l'ordre constitutionnel canadien dans le marbre de la Constitution.