

Jus Politicum

Revue de droit politique

Numéro 30 – 2023

Réforme des retraites : les enjeux constitutionnels



INSTITUT
VILLEY

Institut Villey

pour la culture juridique et la philosophie du droit

DIRECTEURS

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas)

DIRECTEUR DE LA PUBLICATION

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)

FONDATEURS

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas),
Armel Le Divellec (Université Panthéon-Assas),
Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines)

CONSEIL DE RÉDACTION

Manon Altwegg-Boussac (Université Paris-Est Créteil), Denis Baranger (Université Panthéon-Assas), Renaud Baumert (CY Cergy Paris Université), Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas), Samy Benzina (Université de Poitiers), Eleonora Bottini (Université de Caen), Jean-Félix de Bujadoux (Université Panthéon-Assas), Bruno Daugeron (Université Paris-Descartes), Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas), Quentin Epron (Université Panthéon-Assas), Cécile Guérin-Bargues (Université Panthéon-Assas), Thibault Guilluy (Université de Lorraine), Jacky Hummel (Université de Rennes I), Julien Jeanneney (Université de Strasbourg), Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas), Mathilde Laporte (Université de Pau), Philippe Lauvaux (Université Panthéon-Assas), Elina Lemaire (Université de Bourgogne), Emilien Quinart (Université Panthéon-Sorbonne), Carlos-Miguel Pimentel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines), Céline Roynier (CY Cergy Paris Université), Christoph Schönberger (Universität Konstanz), Adam Tomkins (University of Glasgow), Patrick Wachsmann (Université de Strasbourg)

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Klaus von Beyme (Universität Heidelberg), Dominique Chagnollaude (Université Panthéon-Assas), Jean-Claude Colliard † (Université Panthéon-Sorbonne), Vlad Constantinesco (Université Robert-Schuman, Strasbourg), Jean-Marie Denquin (Université Paris Nanterre), Christoph Gusy (Universität Bielefeld), Ran Halévi (CNRS), Josef Isensee (Universität Bonn), Lucien Jaume (CNRS), Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas), Claude Klein (University of Jerusalem), Franck Lessay (Université Sorbonne Nouvelle), Corinne Leveleux-Teixeira (Université d'Orléans), Martin Loughlin (London School of Economics), Ulrich K. Preuß (Freie Universität Berlin), Philippe Raynaud (Université Panthéon-Assas), Pierre Rosanvallon (Collège de France), François Saint-Bonnet (Université Panthéon-Assas), Cheryl Saunders (University of Melbourne), Michel Troper (Université Paris Nanterre), Neil Walker (University of Edinburgh).

SECRÉTAIRE DE RÉDACTION

Thibault Desmoulins (Université Panthéon-Assas)

ASSISTANTS D'ÉDITION

Romane Lerenard (Université de Rennes)

Le recours aux clauses de dérogation aux droits et libertés dans un contexte fédéral : l'exemple canadien

Toute communauté politique, quelle qu'elle soit, a besoin d'une pierre d'assise pour justifier juridiquement le pouvoir contraignant de gestion qu'elle entend se donner sur elle-même au moyen d'une constitution. Il faut en effet une volonté pour poser l'acte constituant initial. En termes juridiques, il faut un pouvoir constituant. Dans le cas d'un pouvoir constituant originaire¹, c'est-à-dire lors de l'adoption d'une constitution en rupture avec un ordre ancien, on postule l'existence d'une unité politique préconstitutionnelle déjà organisée capable, paradoxalement et de manière autoréférentielle, de donner corps à l'unité politique dans son ensemble au moyen d'un acte constituant.

Les auteurs présument généralement de l'unanimité et de l'homogénéité de l'unité politique préconstitutionnelle, car ils réfléchissent avec l'État-nation en tête. Dans ce contexte, le titulaire (généralement fictif) du pouvoir constituant originaire n'est jamais pensé comme pouvant être pluriel, ou comme pouvant être forgé à partir des formes politiques déjà existantes au moment de l'acte constituant. Le pouvoir constituant originaire a donc souvent une dimension anhistorique et décontextualisée. Admettre la pluralité inhérente du corps politique constituant risquerait, aux yeux de plusieurs, d'entraîner la fragilité de l'édifice constitutionnel.

Dans le cas du passage organisé d'un ordre constitutionnel à un autre — si l'on est encore autorisé à parler d'un pouvoir constituant originaire — les titulaires de ce pouvoir sont plus facilement identifiables. C'est encore plus vrai pour le pouvoir constituant d'un État fédéral, ce dernier étant toujours le fruit d'une décision rationnelle et non le produit d'un simple processus historique. Le fédéralisme pose toutefois problème, car il se marie mal à une vision moniste du pouvoir constituant, d'où le malaise de certains devant ce régime politique. Carl Schmitt, par exemple, s'il admet la possibilité d'un pacte fédéral entre États fédérés, n'en est pas moins d'avis que la survie de toute fédération est toujours précaire, et qu'elle repose sur une « condition préalable capitale », dit-il, soit

l'homogénéité de tous les membres de la fédération, c'est-à-dire sur une similitude substantielle qui fonde un accord (Übereinstimmung) concret, découlant de leur

¹ O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 314 : « [L]e pouvoir constituant originaire n'est régi par aucune constitution, tandis que le pouvoir constituant dérivé est subordonné à la constitution en vigueur. Le premier serait donc un pouvoir inconditionné et absolu, le second un pouvoir constitutionnel, c'est-à-dire habilité et donc limité ».

être, entre les désirs des États membres, et garantit qu'il ne se produit pas de cas de conflit extrême au sein de la fédération².

L'État fédéral canadien est marqué à la fois par l'hétérogénéité des entités fédérées, acteurs constitutants de la fédération, mais également par la diversité des citoyens qui les composent. Dans les pages qui suivent, j'aimerais montrer comment cette hétérogénéité et cette diversité se répercutent sur l'exercice des pouvoirs constitutants originaire et dérivé de la Fédération et des États fédérés en prenant exemple, en particulier, de l'usage fait par le Québec du pouvoir constituant dérivé qui lui est reconnu par la Constitution canadienne, et du mécanisme de déconstitutionnalisation des droits et libertés également prévu par cette même constitution.

De façon à mettre les choses en contexte, je montrerai, dans un premier temps, combien il est difficile de penser le pouvoir constituant dans un État fédéral comme le Canada, État né de surcroît d'un processus pacifique de décolonisation (I). Le titulaire du pouvoir constituant y est-il le Parlement du Royaume-Uni, celui de la Fédération, ou ce dernier en association avec les assemblées législatives de l'ensemble des entités fédérées ? Dans un deuxième temps, je décrirai les débats au sujet du pouvoir de déconstitutionnalisation reconnu aux membres de la fédération par les clauses de dérogation aux droits fondamentaux prévus par la constitution formelle canadienne et le droit quasi constitutionnel provincial (II). Enfin, je décrirai comment l'actuel gouvernement québécois a mobilisé une double conception du pouvoir constituant dérivé à l'occasion de la réforme constitutionnelle qu'il a entreprise en adoptant la *Loi sur la laïcité de l'État*³ et la *Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français*⁴ (III). La première conception, fondée sur la souveraineté parlementaire, attribue le pouvoir constituant à l'Assemblée nationale, et la deuxième — laquelle s'apparente d'ailleurs plus à l'invocation d'un pouvoir constituant originaire — fait de la nation le titulaire de ce pouvoir. La combinaison de ces deux représentations du pouvoir constituant a le grand mérite, du point de vue du parti au pouvoir, de faire de sa majorité parlementaire l'interprète de la volonté de la nation. Elle l'autorise également à présenter la dérogation aux droits individuels garantis par la *Charte canadienne* comme un moyen de protéger la nation québécoise dont il est le porte-parole contre les assauts du multiculturalisme canadien. Malheureusement, ce faisant, il se trouve à dépeindre toutes les revendications de droits et libertés individuels, y compris celles qui se fondent sur les garanties prévues par la *Charte québécoise des droits et libertés*⁵, comme attentatoires aux « droits collectifs » de la nation.

² C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, p. 522. En ce qui a trait à la conception schmittienne du fédéralisme, lire l'étude d'H. CYR, « Fédéralisme et le concept du politique chez Carl Schmitt : Le problème de l'homogénéité de l'unité politique et du pluralisme fédéral », in M. SEYMOUR et G. LAFOREST (dir.), *Le fédéralisme multinational : un modèle viable ?*, Bruxelles, Peter Lang, 2011, p. 37.

³ L.Q. 2019, ch. 12.

⁴ L.Q. 2022, ch. 14.

⁵ L.R.Q., c. C-12.

I. L'AMBIGUÏTÉ DU POUVOIR CONSTITUANT DE L'ÉTAT FEDERAL ET DES ENTITES FEDEREES EN DROIT CONSTITUTIONNEL CANADIEN

En raison de son héritage colonial, la question de savoir qui, au Canada, détient — pour employer la formule de Schmitt — « la volonté politique dont le pouvoir ou l'autorité sont en mesure de prendre la décision globale concrète sur le genre et la forme de l'existence politique propre, autrement dit de déterminer l'existence de l'unité politique dans son ensemble⁶ » a, jusqu'en 1982, appelé une réponse simple : il s'agissait du Parlement de Londres.

C'est cette institution qui, depuis 1774, a formellement exercé le pouvoir constituant au Canada. Bien que la fédération de 1867 soit née de tractations entre les représentants des colonies, ce sont les autorités impériales qui avaient la capacité d'adopter et, par la suite, de modifier l'Acte de l'Amérique du Nord britannique⁷ (aujourd'hui rebaptisé *Loi constitutionnelle de 1867*⁸). Pleinement investi de la souveraineté impériale, Londres gardait la main haute sur les réformes constitutionnelles de ses « dominions ».

Mais derrière cette façade impériale palpitait une volonté politique proprement canadienne dont la nature continue encore aujourd'hui à faire polémique. Je l'ai dit, en 1867, ce sont les colonies qui ont pris l'initiative de réclamer une réforme constitutionnelle de type fédéral. Au nombre des raisons invoquées, on pouvait compter le désir des colonies de s'associer à des fins défensives et dans le but de créer un espace économique commun, ainsi que la volonté de confier les questions d'intérêt national à un gouvernement central tout en garantissant aux provinces une sphère d'autonomie à l'égard des questions locales. L'ensemble visait à combiner les avantages de l'unité et de la diversité. Le souci du Québec de préserver sa différence politique, culturelle et juridique a joué un rôle capital dans le choix du modèle fédéral.

Cela dit, la nature du pacte intervenu entre les partenaires en 1867 est toujours demeurée controversée. Cette imprécision a déclenché une crise constitutionnelle lorsqu'en 1981, la question s'est posée de savoir qui était en mesure de solliciter de Londres une modification constitutionnelle visant l'adoption d'une Charte des droits et libertés ainsi qu'une formule de modification qui permettrait dorénavant au Canada de rompre le cordon ombilical constituant qui le liait jusqu'alors au Royaume-Uni. Était-ce le seul Parlement fédéral, représentant de l'« union fédérale⁹ » canadienne ? Celui-ci ne devait-il pas plutôt obtenir le consentement de l'ensemble des assemblées législatives provinciales, celles-ci partageant toutes une égalité de statut à l'intérieur de la fédération ? Le Québec soutenait, quant à lui, que l'entente fédérale de 1867 n'était pas simplement un pacte entre des colonies/provinces d'égal statut, mais également un pacte intervenu entre les nations canadienne-française et canadienne-anglaise. Il découlait de cette prémisse que le consentement du Québec était essentiel à toute demande de réforme constitutionnelle et que, en conséquence, il détenait un droit de veto à l'encontre de toute demande allant à l'encontre de ses intérêts.

⁶ C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, op. cit., p. 211-212.

⁷ 1867, 30-31 Victoria, c. 3 (R.-U.).

⁸ L.R.C. (1985), App. No 5.

⁹ Expression employée dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

En 1981 et 1982, la Cour suprême du Canada a tranché le débat juridique (mais non politique) en décidant qu'une convention constitutionnelle exigeait du gouvernement fédéral qu'il obtienne un « degré appréciable de consentement provincial » avant de procéder à une demande de modification ayant pour effet de diminuer les pouvoirs attribués aux provinces aux termes de la Loi constitutionnelle de 1867¹⁰. Fort de cette décision, le gouvernement fédéral de l'époque a obtenu l'accord de toutes les provinces, sauf le Québec, pour réclamer de Londres l'adoption de la Loi constitutionnelle de 1982¹¹ qui incluait une Charte des droits et libertés et une formule de modification. Dans une seconde décision tout aussi célèbre, la Cour suprême a déclaré que le Québec ne possédait aucun droit de veto conventionnel en matière de réforme constitutionnelle, rejetant ainsi la thèse du « pacte entre deux nations¹² ».

Les conséquences de l'exclusion du Québec se font encore sentir aujourd'hui, comme nous le verrons plus loin.

Il faut souligner ici le caractère élitiste du constitutionnalisme canadien. La population n'a jamais été appelée à se prononcer sur un projet constitutionnel, que ce soit celui de 1867 ou celui de 1982. C'est avec l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹³ que la constitution formelle du pays s'est adressée pour la première fois aux citoyens. Pour l'essentiel, jusqu'en 1982, la constitution canadienne était l'affaire des autorités fédérale et provinciales, tout comme, bien sûr, des autorités de Londres, mais pas du peuple canadien.

En 1982, le Parlement britannique — comme je viens de le rappeler — a modifié la constitution formelle du Canada à la demande de celui-ci pour y inscrire une charte des droits et libertés et une formule de modification. À partir de cette date, le Parlement britannique a perdu à tout jamais son statut de pouvoir constituant pour le Canada. Aux termes de la nouvelle Loi constitutionnelle de 1982, les acteurs constituants sont dorénavant les assemblées législatives provinciales et les deux chambres du Parlement fédéral. Si on résume sommairement les procédures de modifications¹⁴, on peut dire que : 1. Les modifications portant sur certaines matières jugées fondamentales appellent l'approbation des deux chambres du Parlement fédéral et de toutes les assemblées législatives provinciales (art. 41) ; 2. Celles visant des dispositions de la Constitution du Canada applicables à certaines provinces seulement requièrent le consentement des deux chambres du Parlement fédéral et de l'assemblée législative de chaque province concernée (art. 43) ; 3. Dans les cas non expressément prévus, une modification doit satisfaire à la formule générale s'appliquant par défaut, c'est-à-dire être approuvée par les deux chambres du Parlement fédéral et les assemblées législatives de sept provinces sur dix dont la population confondue représente au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces (art. 38). On notera que le Québec ne s'est pas vu reconnaître

¹⁰ Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 RCS 753, p. 905.

¹¹ Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11.

¹² Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution, [1982] 2 RCS 793. Pour une critique féroce du raisonnement adopté par la Cour suprême dans cette affaire, voir M. GOLD, « The Mask of Objectivity: Politics and Rhetoric in the Supreme Court of Canada », *Supreme Court Law Review*, vol. 7, 1985, 455.

¹³ Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982 [Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (1982), R.-U., c. 11] (ci-après appelée *Charte canadienne*).

¹⁴ Elles sont décrites dans la Partie V de la Loi constitutionnelle de 1982.

un droit de veto particulier. Au contraire, toutes les provinces sont considérées comme ayant un statut identique. Malgré qu'il n'en ait jamais approuvé l'adoption, il ne fait cependant aucun doute que le Québec est aujourd'hui lié par la Constitution de 1982. Dans le Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution, la Cour déclarait : « La Loi constitutionnelle de 1982 est maintenant en vigueur. Sa légalité n'est ni contestée ni contestable¹⁵. »

Les formules décrites jusqu'ici visent toutes des modifications aux dispositions de la constitution formelle du Canada qui touchent les intérêts de plus d'un partenaire de la fédération. Mais la Constitution reconnaît aussi au Parlement fédéral un pouvoir constituant dérivé, celui de modifier unilatéralement la « Constitution du Canada » (entendue ici comme désignant la constitution interne du gouvernement fédéral) (art. 44), et aux assemblées législatives provinciales un pouvoir analogue, celui de modifier unilatéralement la constitution de leur province (art. 45). C'est donc dire que, dans l'exercice de leur souveraineté parlementaire, et sous réserve des limites posées par la constitution formelle, le Parlement et les assemblées législatives provinciales peuvent modifier leur constitution interne aux moyens de lois ordinaires qui peuvent ou non bénéficier d'une prépondérance sur les autres lois, selon qu'elles comportent ou non un mécanisme de « rigidification » que je décrirai plus loin. En passant, lorsque de telles lois matériellement constitutionnelles sont adoptées, il est très rare que le Parlement ou les assemblées législatives affirment explicitement recourir à leur pouvoir constituant dérivé plutôt qu'à leur pouvoir législatif ordinaire.

Les particularités du pouvoir constituant de la Fédération et des entités fédérées ayant été brièvement exposées, il importe de rappeler le rôle central encore joué par le principe de souveraineté parlementaire en droit constitutionnel canadien.

Quoiqu'un État fédéral, le Canada n'en demeure pas moins coulé dans le moule de la conception britannique du pouvoir constituant. J'entends par là qu'au Royaume-Uni, les notions de souveraineté du peuple ou de souveraineté nationale n'ont aucune connotation juridique, toutes deux étant éclipsées par la notion de « souveraineté parlementaire¹⁶ ». Au Royaume-Uni, pays dépourvu de constitution formelle écrite, le Parlement est à la fois titulaire du pouvoir constituant et titulaire du pouvoir législatif ordinaire. Il n'existe donc pas de distinction formelle entre lois constitutionnelles et lois ordinaires. Ajoutons que la souveraineté, sous-théorisée dans la tradition britannique, n'a pas la dureté du même concept dans la tradition — bodinienne — française, au regard de laquelle l'idée banale de souveraineté partagée (entre la fédération et les entités fédérées) est souvent vue comme une hérésie.

Comme je l'ai mentionné, le Canada est assujéti à une constitution fédérale écrite depuis 1867, mais la souveraineté parlementaire y joue encore un rôle capital. Bien sûr, en raison de la suprématie de la constitution fédérale, il va de soi que la souveraineté du Parlement fédéral et celle des assemblées législatives provinciales ne peut s'exercer que dans les champs de compétence mutuellement exclusifs qui leur ont été attribués aux termes de la Loi constitutionnelle de 1867. Une loi provinciale qui porte sur une matière de compétence fédérale pourra ainsi être déclarée invalide — et vice versa — par un tribunal compétent. Le Canada est donc fami-

¹⁵ Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution, p. 806.

¹⁶ J. BELL, « Que représente la souveraineté pour un Britannique? », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 107.

lier depuis longtemps avec l'idée de contrôle judiciaire de la légalité constitutionnelle des lois. Même avant 1982, la souveraineté parlementaire n'y était plus totalement triomphante du fait du caractère fédéral de l'État consacré par la Constitution de 1867.

Cependant, dans les champs de compétence législative qui sont leurs, le Parlement et les assemblées législatives provinciales continuent à exercer leur souveraineté, sans crainte de se voir menacer d'un contrôle judiciaire¹⁷. Avant 1982, par exemple, en l'absence de charte des droits et libertés dans la constitution formelle du Canada, le Parlement fédéral et les provinces étaient en mesure d'adopter des instruments de protection des droits et libertés. Le champ d'application de ces derniers était toutefois limité à leurs sphères respectives de compétence. Et, à l'inverse, la souveraineté parlementaire leur permettait tout autant d'enfreindre les droits et libertés fondamentales. À cette époque, l'équilibre à établir entre protection des droits et libertés et poursuite du bien commun était réputé relever avant tout de la responsabilité des élus. La souveraineté parlementaire et la *rule of law* étaient alors considérées comme les principaux vecteurs de protection des droits et libertés.

Plusieurs assemblées législatives provinciales, tout comme le Parlement fédéral, ont adopté, avant 1982, des lois quasi constitutionnelles interdisant la discrimination et/ou protégeant les droits fondamentaux. La *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*¹⁸ dont l'adoption a précédé de cinq ans celle de la *Charte canadienne* en est l'exemple parfait¹⁹. Dans certains cas, ces lois permettaient l'invalidation des lois qui y contrevenaient, d'où le qualificatif « quasi constitutionnel ».

La difficulté posée par l'impossibilité, pour un parlement, d'édicter des lois liant ses successeurs a pu être tournée par un mécanisme de « rigidification » des lois respectueux de la souveraineté parlementaire. Ainsi, l'article 52 de la *Charte québécoise* déclare :

Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.

La possibilité de dérogation expresse préserve la souveraineté des futurs parlements. La *Charte québécoise* demeure toutefois une loi ordinaire adoptée à la majorité et pouvant être modifiée de la même façon. Elle n'a donc pas un statut hiérarchique supérieur aux lois dont elle autorise l'invalidation, mais le mécanisme de rigidification assure sa prépondérance. Seules les lois qui y dérogeront expressément pourront prévaloir sur les droits qu'elle garantit.

Avec l'adoption de la *Charte canadienne*, les droits et libertés ont été élevés au rang de normes fondamentales enchâssées dans la constitution formelle. Malgré tout, ils n'échappent pas complètement à l'emprise de la souveraineté parlementaire. En effet, à l'occasion des négociations qui se sont tenues entre les provinces et le gouvernement Trudeau en 1980 et 1981, les provinces se sont opposées à l'adoption d'une charte des droits et libertés dans la Constitution, invoquant une atteinte à leur souveraineté parlementaire. Afin d'obtenir le consentement de neuf

¹⁷ Voir, par exemple, Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.), [1991] 2 RCS 525.

¹⁸ RLRQ, chap. C-12 [ci-après la *Charte québécoise*].

¹⁹ La Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, ch. 44 est un bon exemple d'une loi quasi-constitutionnelle fédérale.

d'entre elles, le gouvernement Trudeau a accepté l'ajout, dans la *Charte canadienne*, d'un mécanisme de déconstitutionnalisation ou « déconstituant », mieux connu sous le nom de « clause de dérogation » (en anglais « *notwithstanding clause* »). L'article 33 de la *Charte canadienne* prévoit en effet que « le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte », c'est-à-dire les libertés fondamentales classiques, les garanties juridiques applicables au processus pénal et la disposition garantissant les droits à l'égalité. La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration, est-il précisé, a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte. Enfin, cette déclaration cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur.

Cette disposition a donc pour objet et effet de permettre au Parlement fédéral ou aux provinces, dans leur propre champ de compétence, de revenir au *statu quo ante* (pendant des périodes renouvelables de cinq ans²⁰), c'est-à-dire à l'époque où l'équilibre à établir entre protection des droits et libertés et poursuite du bien commun était réputé relever avant tout de la responsabilité des élus et du pouvoir législatif ordinaire.

Je décrirai maintenant les débats entourant le recours au mécanisme de déconstitutionnalisation reconnu aux membres de la fédération par l'article 33 de la *Charte canadienne*. On verra, entre autres choses, l'importance accordée à la souveraineté parlementaire dans l'argumentaire de ceux qui sont favorables à son utilisation par les provinces.

II. MECANISMES D'AUTOLIMITATION ET POUVOIR DE DECONSTITUTIONNALISATION

Le mécanisme de déconstitutionnalisation prévu à l'article 33 de la *Charte canadienne* se distingue du mécanisme d'autolimitation prévu par la *Charte québécoise*. Cette dernière, bien que produit du pouvoir constituant dérivé de la province, ne se distingue pas sur le plan de son statut normatif de toute autre loi ordinaire. Sa prépondérance sur les autres lois résulte d'un mécanisme d'autolimitation. Conformément à l'article 52, comme on l'a vu, le législateur, à moins de dérogation expresse, est présumé avoir eu l'intention de respecter les droits énoncés dans la Charte. Cette technique n'est qu'une traduction législative des présomptions contre l'abrogation implicite de certains droits fondamentaux historiquement reconnus par les juges de common law. Ainsi, ces derniers ont depuis longtemps coutume d'interpréter les lois pénales en présumant que le législateur n'entendait pas éliminer le devoir du ministère public de prouver l'intention coupable (*mens rea*) de l'accusé, à moins de le préciser expressément²¹. Le législateur québécois s'inscrit dans cette tradition afin d'assurer la protection des droits reconnus par la *Charte québécoise*.

²⁰ Les paragraphes 33 (3) et (4) de la *Charte canadienne* prévoient que « [l]a déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur » et que « [l]e Parlement ou une législature peut adopter de nouveau une déclaration visée au paragraphe (1) ».

²¹ Voir, par exemple, *Beaver v. The Queen*, [1957] R.C.S. 531.

L'article 33 de la *Charte canadienne* se distingue quant à lui de l'article 52 de la *Charte québécoise*, en ce qu'il permet une dérogation, non pas aux prescriptions d'une simple loi de même statut normatif, mais une dérogation aux droits et libertés garantis par la constitution formelle du pays, dispositions qui autrement, ne pourraient être modifiées qu'avec l'accord de sept provinces représentant au moins cinquante pour cent de la population canadienne. Le Parlement fédéral ou une assemblée législative provinciale peuvent donc adopter des lois dans leurs champs de compétence respectifs et les soustraire à des normes constitutionnelles d'un niveau supérieur. L'article 33 met donc en place un mécanisme de déconstitutionnalisation et non un simple dispositif d'autolimitation.

Ce qui est frappant dans les discussions autour de la légitimité du recours à l'article 33 de la *Charte canadienne* — ou de l'article 52 de la *Charte québécoise*, c'est l'accent mis sur la souveraineté parlementaire, sur les relations formelles entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire, plus spécifiquement sur l'impossibilité pour le deuxième de remettre en question la législation parlementaire. L'essentiel du débat porte sur le danger d'un éventuel gouvernement des juges et non sur la question de savoir comment un tel pouvoir de déconstitutionnalisation devrait être exercé par l'Assemblée nationale (par exemple : adoption par simple majorité ? ou avec une majorité renforcée ?). En raison de cette tangente, le débat autour de l'application de l'article 33 a donc pris des allures très techniques.

Ainsi, beaucoup d'encre a coulé sur la question de savoir si le déclenchement de l'article 33 était assujéti à de simples conditions de forme ou encore à des conditions de fond. La Cour suprême a tranché dans l'arrêt *Ford* en 1988 en concluant qu'il suffit, pour que la dérogation opère, que la loi affirme expressément déroger aux articles 2 et 7 à 15 de la *Charte canadienne*²². Nul besoin, dit-elle, de préciser quelle liberté en particulier est enfreinte par la loi. Les juges ont même conclu qu'une telle clause pouvait figurer dans une loi omnibus modifiant plusieurs lois en même temps.

Malgré la décision de la Cour suprême, le débat n'est pas clos au sujet des conditions de mise en œuvre de l'article 33. Certains soutiennent par exemple qu'il n'interdit pas aux tribunaux d'examiner la compatibilité d'une loi comportant une clause de dérogation avec les articles 2 et 7 à 15²³. Il leur retire simplement le pouvoir de déclarer la loi invalide. Un tribunal pourrait donc, à l'instar de ce qui se fait aux termes du *Human Rights Act* au Royaume-Uni, constater l'« incompatibilité » de la loi avec une disposition de la *Charte québécoise*. La disposition attentatoire demeurerait alors en vigueur, mais porterait dorénavant le stigmate d'une condamnation judiciaire. D'autres soutiennent que l'article 33 ne devrait pas être utilisé de manière préventive, mais uniquement après qu'un tribunal ait prononcé l'invalidité d'une loi²⁴. Dans les deux situations décrites ici, les motifs du tribunal, soutient-on, viendraient nourrir le débat démocratique qui devrait se tenir au bout de cinq ans,

²² *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 712 ; voir également la récente décision *Working Families Coalition (Canada) Inc. v. Ontario (Attorney General)*, 2023 ONCA 139, para. 50-58.

²³ Voir, par exemple, R. LECKEY et E. MENDELSON, « The Notwithstanding Clause: Legislatures, Courts, and the Electorate », *University of Toronto Law Journal*, vol. 72, n° 2, 2022, p. 189.

²⁴ P. C. WEILER, « Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version », *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 18, n° 51, p. 80-84 et T. KAHANA, « Understanding the Notwithstanding Mechanism », *University of Toronto Law Journal*, vol. 52, 2002, p. 221.

lorsque se poserait la question du renouvellement ou non de la clause de dérogation.

Cette focalisation sur le pouvoir des tribunaux de contrer la souveraineté parlementaire a non seulement occulté la question de savoir comment un tel pouvoir de déconstitutionnalisation devrait être exercé par l'Assemblée nationale, mais il a également contribué à alimenter l'idée que celle-ci n'avait aucun rôle à jouer dans la protection des droits et libertés.

En effet, en envisageant l'article 33 sous le seul angle des relations formelles entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire, on dépeint souvent la *Charte canadienne* comme un instrument dont la mise en œuvre relève avant tout, sinon exclusivement, des tribunaux²⁵. Elle est également pensée, dans cette perspective, comme imposant des limites au pouvoir législatif et non des responsabilités. Cette manière d'envisager les choses empêche de concevoir la *Charte canadienne* comme imposant aux *trois* pouvoirs le devoir d'en respecter la lettre et l'esprit. Elle déresponsabilise le pouvoir législatif et autorise ceux qui l'exercent à voir dans l'article 33 un moyen d'échapper au devoir qui leur incombe au premier chef d'établir un juste équilibre entre intérêt commun et respect des droits et libertés des citoyens.

Envisagée selon un modèle collaboratif plutôt que strictement judiciaire, la *Charte canadienne* impose au contraire une responsabilité au pouvoir législatif. Cette responsabilité obligerait les législateurs, s'ils entendent recourir à une clause dérogatoire, à déterminer de manière consciencieuse, à l'occasion d'un débat éclairé, si les mesures adoptées visent des objectifs impérieux et si elles constituent un moyen raisonnable pour les atteindre. Dans la perspective du modèle collaboratif, la présence d'un mécanisme de déconstitutionnalisation dans la *Charte canadienne* n'a donc rien d'une hérésie, dans la mesure bien sûr où le pouvoir législatif procède avec rigueur à la pondération des intérêts de la majorité avec les droits des minorités. Malheureusement, le pouvoir législatif qui l'invoque peut, comme nous le verrons plus loin, y voir simplement un moyen de se soustraire à tout examen de la proportionnalité de l'atteinte.

Embrasser un modèle collaboratif appellerait un examen des mécanismes parlementaires permettant de faire correspondre le plus possible la volonté parlementaire à la volonté non monolithique des publics qui composent le peuple souverain. On pourrait par exemple penser à assujettir l'adoption d'une clause de dérogation à l'approbation des deux tiers des députés ; à l'obligation pour l'Assemblée nationale de recevoir un rapport de la Commission québécoise sur les droits de la personne au sujet de la loi proposée avant de procéder ; à l'obligation de tenir une commission parlementaire en bonne et due forme, de ne pas recourir au bâillon²⁶, ou encore de solliciter l'opinion de la population au moyen d'un référendum.

Cette démarche est d'autant plus nécessaire dans le contexte canadien où la conjonction d'un régime parlementaire de type britannique et d'un régime électoral uninominal à un tour favorise l'avènement de gouvernements majoritaires s'appuyant bien souvent sur moins de 40 % des suffrages. Dans un tel contexte, il faut

²⁵ J'emprunte la distinction entre « modèle judiciaire » et « modèle collaboratif » examinée dans les deux prochains paragraphes à B. SLATTERY, « A Theory of the Charter », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 25, 1987, p. 701.

²⁶ Procédure parlementaire employée par le gouvernement afin de limiter le temps consacré au débat relatif à un projet de loi.

être bien naïf pour penser que majorité parlementaire et volonté du peuple c'est bonnet blanc, blanc bonnet. On comprendra que, dans une telle situation, les gouvernements enclins à recourir à l'article 33 ont peu d'intérêt à approfondir dans quelle mesure la souveraineté parlementaire qu'ils invoquent est l'équivalent de la souveraineté du peuple, et si oui, de quel peuple au juste il s'agit.

Je décrirai maintenant comment l'actuel gouvernement québécois a mobilisé une double conception du pouvoir constituant dérivé à l'occasion de la réforme constitutionnelle qu'il a entreprise en adoptant la *Loi sur la laïcité de l'État* et la *Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français*. Comme je le disais en introduction, la première de ces conceptions, fondée sur la souveraineté parlementaire, attribue le pouvoir constituant à l'Assemblée nationale, et la deuxième fait de la nation le titulaire du pouvoir constituant. Cette double représentation du pouvoir constituant a le grand mérite, du point de vue du parti au pouvoir, de faire de sa majorité parlementaire l'interprète de la volonté de la nation. Elle a cependant le triste résultat de transformer toute revendication fondée sur le respect des droits individuels en menace aux « droits collectifs » de la nation et donc en crime de lèse-nation. Nous verrons également comment l'illégitimité de la Constitution canadienne, du point de vue des Québécois, a permis de justifier la déconstitutionnalisation des droits individuels garantis par la *Charte canadienne*.

III. LE PARTI MAJORITAIRE AU POUVOIR : TITULAIRE DU POUVOIR CONSTITUANT AU QUÉBEC

L'exemple le plus fameux du recours par le Québec à l'article 33 est sans conteste l'adoption en 1982 par l'Assemblée nationale, quelques semaines après l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne*, d'une clause de dérogation à la *Charte canadienne* applicable à toutes les lois québécoises²⁷. Cet usage massif, dans une loi omnibus, de l'article 33 était un moyen de marquer le refus du Québec d'entériner la modification de la constitution formelle du Canada qui s'était faite, on s'en souviendra, sans son consentement. Cette clause de dérogation devait expirer cinq ans plus tard, le gouvernement alors en place n'ayant pas jugé bon de la renouveler. J'ai déjà mentionné que la Cour suprême dans l'arrêt *Ford* avait avalisé ce recours massif à l'article 33, au motif que celui-ci n'imposait que des conditions de forme qui, en l'espèce, avaient été respectées.

En 1988, la Cour suprême du Canada a invalidé des dispositions de la *Charte de la langue française* établissant que l'affichage commercial devait se faire uniquement en français, au motif qu'il s'agissait d'une atteinte injustifiée à la liberté d'expression. Devant le tollé soulevé au Québec par cette décision, le gouvernement québécois de l'époque a alors adopté à nouveau les dispositions imposant l'affichage unilingue français à l'extérieur des commerces, en leur adjoignant une déclaration qu'elles avaient effet indépendamment des dispositions de la *Charte canadienne* et de la *Charte québécoise* relatives à la liberté d'expression et à l'égalité. Cette fois, ce fut la colère du Canada anglais qui se déchaîna devant ce qui était considéré comme une deuxième attaque en règle contre la *Charte canadienne* et,

²⁷ *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, chap. 21. Toutefois, à cette époque, le gouvernement du Québec n'a pas recouru au mécanisme d'autolimitation prévu par la *Charte québécoise*, si bien que les lois québécoises pouvaient tout de même être attaquées devant un tribunal si elles contrevenaient aux articles 1 à 38 de cet instrument législatif.

plus spécifiquement cette fois, comme une attaque en règle, par le gouvernement québécois, à l'encontre des droits fondamentaux de la communauté anglophone du Québec.

Cette saga québécoise de la clause dérogatoire a cultivé l'idée, particulièrement au Canada anglais, que le recours à l'article 33 était illégitime, illibéral et politiquement suicidaire. Jusqu'à tout récemment, comme la clause est très peu utilisée à l'extérieur du Québec, plusieurs auteurs parlaient même de la désuétude de cette disposition²⁸. En réalité, la clause a été utilisée plus souvent qu'on ne le croyait, mais sans que le public en soit alerté, bien souvent parce que son usage portait sur des lois obscures régissant des questions complexes²⁹. Chose certaine, le Québec fait bande à part, un auteur dénombrant 61 invocations de la clause dérogatoire canadienne dans les lois québécoises adoptées entre 1982 et 2014 ; 45 références à son équivalent québécois, comparativement à trois recours à la clause dérogatoire dans le reste du pays³⁰.

Au cours des années, plusieurs auteurs (et pas simplement québécois) ont tenté d'insuffler une légitimité à l'article 33 et ont déploré l'hésitation des politiciens à y recourir. Outre la menace du gouvernement des juges et le principe de souveraineté parlementaire, certains, inspirés par le modèle collaboratif décrit plus haut, ont plaidé que l'article 33 permettait la mise en place d'un « dialogue » institutionnel entre pouvoirs législatif et judiciaire³¹. Selon cette école, le pouvoir législatif est tenu d'assurer un juste équilibre entre intérêt commun et respect des droits et libertés individuels à l'occasion de l'adoption des lois. Le pouvoir judiciaire, quant à lui, a pour tâche, si une partie le sollicite, de déterminer si ladite loi porte atteinte à ces droits et, aux termes de l'article 1 de la *Charte canadienne*, de décider si les limites imposées par la loi sont raisonnables et fondées sur une justification qui puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Cela fait, le dialogue institutionnel peut encore se poursuivre au moyen cette fois du recours par le législateur au mécanisme de déconstitutionnalisation. Les juges n'étant pas infaillibles et la question du caractère raisonnable des limites aux droits ouvrant la porte non pas à une, mais à un éventail de solutions possibles, le pouvoir législatif est autorisé, selon cette école, à substituer son propre point de vue à celui du tribunal.

D'autres encore ont soutenu que le recours à l'article 33 peut se justifier dans la mesure où la *Charte canadienne* ne dit rien des droits économiques et sociaux³². En

²⁸ R. ALBERT, « The Desuetude of the Notwithstanding Clause – And How to Revive it », in E. MACFARLANE (dir.), *Policy Change, Courts, and the Canadian Constitution*, University of Toronto Press, 2018, p. 146.

²⁹ T. KAHANA, « The notwithstanding mechanism and public discussion: Lessons from the ignored practice of section 33 of the Charter », *Administration publique du Canada*, vol. 44, 2001, p. 255.

³⁰ G. ROUSSEAU et F. CÔTÉ, « A Distinctive Quebec Theory and Practice of the Notwithstanding Clause: When Collective Interests Outweigh Individual Rights », *Revue générale de droit*, vol. 47, 2017, p. 343.

³¹ P. W. HOGG et A. A. BUSHILL, « The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All) », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, 1997, p. 75.

³² Voir, par exemple, A. E. BLAKENEY, « The Notwithstanding Clause, the Charter, and Canada's Patriated Constitution: What I Thought We Were Doing », *Constitutional Forum/Forum constitutionnel*, vol. 19, n° 1, 2010.

conséquence, pour assurer la mise en œuvre de certaines politiques publiques, il peut arriver qu'un gouvernement doive faire prévaloir les droits sociaux de tous sur les droits individuels des uns, d'où l'utilité de la clause dérogatoire.

L'argument le plus fréquemment invoqué pour justifier le recours à la clause dérogatoire de la *Charte canadienne* s'articule toutefois au principe fédéral. L'article 33, soutient-on, permet d'harmoniser les contraintes imposées par le constitutionnalisme avec le respect des identités locales³³. Dans une logique fédérale, rien ne s'oppose à ce que les lois adoptées par les provinces dans les champs de compétence qui leur sont exclusivement attribuées reflètent des valeurs propres aux communautés locales. Après tout, si l'article 1 de la *Charte canadienne* parle du Canada comme d'une « société libre et démocratique », il s'agit en fait et en droit d'une société « fédérale » libre et démocratique. Cette approche qui s'apparente à la notion de « marge nationale d'appréciation » en droit européen prend appui sur certains préceptes constitutionnels fondamentaux du fédéralisme canadien : l'idée de coordination des pouvoirs fédéraux et provinciaux, plutôt que de subordination des seconds aux premiers ; le principe de subsidiarité favorisant l'application des normes du palier de gouvernement le plus proche de la population et le principe du pluralisme politique et juridique qui justifie la diversité des points de vue, des politiques publiques et des lois³⁴.

Examinons maintenant comment tous ces arguments ont été mobilisés par le gouvernement québécois dans sa récente entreprise de constitutionnalisation des « droits collectifs » de la nation québécoise et de déconstitutionnalisation des droits et libertés individuels garantis aussi bien par la *Charte canadienne* que par la *Charte québécoise*.

Un mot de contexte s'impose pour comprendre la stratégie de l'actuel gouvernement québécois et son succès auprès de la majorité francophone de tradition ju-déo-chrétienne (aujourd'hui presque entièrement laïque³⁵). Le nationalisme, pour survivre, doit s'appuyer sur un sentiment d'injustice, de ressentiment. Et ce sentiment doit pouvoir s'exercer à l'encontre d'un Autrui, d'un adversaire, d'un ennemi.

³³ Voir, par exemple, J. L. HIEBERT, « Notwithstanding the Charter: Does Section 33 Accommodate Federalism? », in E. GOODYEAR-GRANT et K. HANNIMAN (dir.), *Canada: The State of the Federation 2017: Canada at 150: Federalism and Democratic Renewal*, McGill-Queen's University Press, 2019, p. 59 ; D. NEWMAN, « Canada's Notwithstanding Clause, Dialogue, and Constitutional Identities » in G. SIGALET, G. WEBBER et R. DIXON (dir.), *Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions* Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 209 ; N. KARAZIVAN et J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « Rights Trivialization, Constitutional Legitimacy Deficit, and Derogation Clauses : The Example of Quebec's *Laïcité Act* » in J. LECLAIR et N. KARAZIVAN (dir.), *The Political and Constitutional Legacy of Pierre Elliott Trudeau — L'héritage politique et constitutionnel de Pierre Elliott Trudeau*, Toronto, LexisNexis, 2020, 487, aux pages 498-500 et N. KARAZIVAN, « Le Québec peut-il exercer une souveraineté sur les droits fondamentaux ? » *Les grandes conférences du CAPCF* [En ligne : www.capcf.uqam.ca/wp-content/uploads/2022/12/Noura-Karazivan-Les-Grandes-Conferences-du-CAPCF-1er-decembre-2022-2.pdf].

³⁴ N. KARAZIVAN, « Le Québec peut-il exercer une souveraineté sur les droits fondamentaux ? », art. cité, p. 26.

³⁵ D. SALÉE, « The New Face of Quebec Nationalism: Reconsidering the Nationalism/Democracy Nexus », *American Review of Canadian Studies*, vol. 52, 2022, p. 119 ; F. ROCHER, « Transformations in contemporary Quebec nationalism, 1960–2020: A shift in the sources of collective animosities », *Nations and Nationalism*, vol. 1, 2022 et J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « Canadian Federalism and Quebec's Pathological Prism », in S. GERVAIS, C. KIRKEY et J. RUDY, *Quebec Questions. Quebec Studies for the Twenty-First Century*, Don Mills, Oxford University Press Canada, 2016, p. 316.

L'affrontement peut bien sûr prendre des formes pacifiques, mais l'existence d'un ennemi demeure la condition existentielle du nationalisme. Pendant longtemps, le « reste du Canada », c'est-à-dire le Canada anglais a été l'ennemi du nationalisme québécois. Émancipateur, ce nationalisme visait à sortir les Québécois de leur statut de « scieurs de bois et de porteurs d'eau » et à diminuer l'attraction de la langue anglaise pour les immigrants fraîchement arrivés au Québec. Cette forme de nationalisme a connu un grand succès à partir des années 1960 et a permis aux Québécois de langue française de se mobiliser efficacement. Si bien qu'aujourd'hui, ces derniers tiennent les rênes du pouvoir économique dans la province et les immigrants sont maintenant tenus par la *Charte de la langue française*³⁶, adoptée en 1977, d'envoyer leurs enfants à l'école publique française.

Sur le plan politique, ce nationalisme émancipateur n'a toutefois pas été en mesure de se traduire par l'accession à la pleine indépendance politique, les Québécois ayant par deux fois, en 1980 et 1995, refusé d'emprunter cette voie. Cela s'explique en grande partie par le fait que ce nationalisme émancipateur a été victime de son propre succès. Les Québécois ont pu, à l'intérieur du fédéralisme canadien, se donner les moyens constitutionnels (adoption de la *Charte de la langue française*) de se réaliser.

Devant les sondages de plus en plus défavorables à la pleine indépendance, le nationalisme québécois a dû se chercher un autre adversaire. Depuis le débat sur les « accommodements raisonnables » en matière religieuse déclenché par le dépôt, en 2008, du rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles³⁷, c'est à l'intérieur même de la population du Québec qu'il l'a trouvé.³⁸ Un nouveau discours nationaliste prêche maintenant la nécessité de se protéger contre les individus et les groupes qui ne partagent pas — ou plutôt qu'on représente comme ne partageant pas — l'héritage historique, culturel et linguistique de la majorité francophone.

Comme nous le verrons maintenant, l'entreprise de constitutionnalisation mise en branle récemment par le gouvernement québécois vise précisément à protéger la nation québécoise des périls qui menaceraient ses « droits collectifs ». Au nombre de ces périls, on doit compter les droits et libertés de la personne qui ne seraient qu'une manifestation du multiculturalisme canadien. L'entreprise de constitutionnalisation s'accompagne donc d'une entreprise de déconstitutionnalisation des droits individuels. La stratégie gouvernementale consiste, entre autres, on le verra, à fonder la légitimité de son intervention sur l'illégitimité de la constitution canadienne.

Deux lois constitutionnelles d'importance ont été adoptées par le gouvernement actuel. Toutes deux visent à définir la spécificité de la communauté politique québécoise (fonction constituante) et à écarter l'application de la *Charte canadienne* et même de la *Charte québécoise* (fonction déconstituante).

³⁶ RLRQ c C-11.

³⁷ G. BOUCHARD et C. TAYLOR, *Rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, Fonder l'avenir – Le temps de la conciliation*, Gouvernement du Québec, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2008.

³⁸ À propos de ce débat qui a déchiré le Québec, voir J. MACLURE et F. BOUCHER, « Quebec's Culture War: Two Conceptions of Quebec Identity », in S. GERVAIS, C. KIRKEY et J. RUDY, *Quebec Questions. Quebec Studies for the Twenty-First Century*, op. cit., p. 66.

La première, la *Loi sur la laïcité de l'État*, prohibe le port de signes religieux par certains employés de l'État et oblige toute personne désireuse d'être servie par un fonctionnaire à se découvrir le visage. Elle prévoit également que le gouvernement n'a pas à retirer « un bien meuble qui orne un immeuble » gouvernemental (art. 17) ; un crucifix par exemple. La loi modifie également la *Charte québécoise* en y intégrant le principe de laïcité de l'État. La deuxième loi, la *Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français*, vient, quant à elle, renforcer les dispositions de la *Charte de la langue française*, et modifier le texte de la constitution formelle de 1867 en y insérant l'article suivant : « Les Québécoises et les Québécois forment une nation. » Ces deux projets de loi comportent des clauses de dérogation aux droits garantis par les deux chartes. Leur insertion dans la *Loi sur la laïcité* a soulevé une importante vague d'indignation. Seule la controverse entourant cette loi retiendra notre attention.

Cette loi controversée, soulignons-le, a été adoptée par une Assemblée nationale très divisée (73 voix pour et 35 contre³⁹). En outre, elle l'a été sous le bâillon. Enfin, c'était la première fois qu'une modification à la *Charte québécoise* était adoptée sans qu'une quasi-unanimité des députés soit obtenue.

Le gouvernement majoritaire de la *Coalition Avenir Québec* a présenté plusieurs justifications au recours à la clause de dérogation prévue par l'article 33 de la *Charte canadienne*. Ainsi, on a allégué que cette loi était l'achèvement d'un parcours historique spécifique ayant mené le Québec à développer un attachement particulier pour la laïcité de l'État, ou encore qu'elle permettrait de mettre le droit québécois au diapason de la laïcité et d'enfin « passer à autre chose⁴⁰ ».

Trois arguments surnagent toutefois : l'invocation de la souveraineté du Parlement québécois ; l'affirmation du caractère distinct de la société québécoise et l'importance de protéger les « droits collectifs » d'une nation vulnérable.

Voici ce que prévoit le préambule de la loi sur la laïcité :

CONSIDÉRANT que la nation québécoise a des caractéristiques propres, dont sa tradition civiliste, des valeurs sociales distinctes et un parcours historique spécifique l'ayant amenée à développer un attachement particulier à la laïcité de l'État ; [...]

CONSIDÉRANT qu'en vertu du *principe de la souveraineté parlementaire*, il revient au Parlement du Québec de déterminer selon quels principes et de quelle manière les rapports entre l'État et les religions doivent être organisés au Québec ; [...]

CONSIDÉRANT qu'il y a lieu d'affirmer la laïcité de l'État en assurant un équilibre entre les *droits collectifs de la nation québécoise* et les droits et libertés de la personne⁴¹.

Mettant l'accent sur la souveraineté parlementaire, le ministre Simon Jolin-Barette, responsable du dossier de la laïcité, affirmait par exemple que « c'est au Parlement à déterminer de quelle façon vont s'organiser les rapports entre la religion et l'État, et ce n'est pas aux tribunaux [...]. Le Parlement du Québec souhaite ici réorganiser les rapports entre l'État et les religions. Il refuse de laisser ainsi les

³⁹ Seulement 108 des 125 députés étaient présents. Le gouvernement de la CAQ comptait pour 65 des 73 voix exprimées en faveur de la loi.

⁴⁰ S. JOLIN-BARRETTE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 42^e législature, 1^{re} session, le dimanche 16 juin 2019 – Séance extraordinaire.

⁴¹ Les italiques sont de notre fait.

tribunaux fixer seuls les termes du débat sur la laïcité de l'État. [...] [Ce projet] répond à la volonté de la nation québécoise⁴². »

À propos de la spécificité culturelle et politique du Québec, il déclarait :

la laïcité, c'est une des valeurs importantes de l'État québécois. Pourquoi ? Parce que la société québécoise, elle est distincte. Et, peu importent les opinions politiques ou les options politiques que nous avons ici, en cette Chambre, qu'on soit fédéraliste, souverainiste ou nationaliste, il y a des choses qui doivent se décider ici, à l'Assemblée nationale, par les élus du peuple québécois, comme la laïcité. Mais notamment l'avenir du Québec, ça doit être décidé par des lois à l'Assemblée nationale du Québec, par le peuple québécois⁴³.

Il reviendra toutefois au Premier ministre Legault de plaider la vulnérabilité de la nation québécoise :

Méfiez-vous de ceux qui disent qu'ils aiment le peuple mais qui ne veulent pas écouter ce que demande le peuple. Et je pense qu'on [en] a un bel exemple aujourd'hui. On a un peuple québécois qui est [composé de] huit millions d'habitants dans un univers de centaines de millions d'anglophones. La situation de ce peuple sera toujours vulnérable. Et il a été prévu, dans la charte [canadienne], d'avoir une clause dérogatoire. Il y a été prévu que, parfois, il faut invoquer les droits collectifs, et c'est ce qu'on fait aujourd'hui avec le projet de loi n° 21⁴⁴.

De cet amalgame entre souveraineté parlementaire et droits collectifs de la nation, le gouvernement tire la conclusion qu'en tant que porte-voix du peuple, il est en droit d'agir comme il le fait. Il est cocasse ou triste, selon le point de vue, de voir le gouvernement invoquer le peuple et la nation de manière ronflante, alors qu'il s'apprête à imposer ce projet de loi à grands coups de bâillon, lui dont la députation majoritaire (74 sièges sur 125) ne représentait pourtant à l'époque que 37 % des électeurs.

Tocqueville n'avait certainement pas tort lorsqu'il écrivait :

La volonté nationale est un des mots dont les intrigants de tous les temps et les despotes de tous les âges ont le plus largement abusé. Les uns en ont vu l'expression dans les suffrages achetés de quelques agents du pouvoir, d'autres dans les votes d'une minorité intéressée ou craintive ; il y en a même qui l'ont découverte toute formulée dans le silence des peuples, et qui ont pensé que du *fait* de l'obéissance naissait pour eux le *droit* du commandement⁴⁵.

Après avoir justifié ce processus constituant au nom de la nation québécoise et de la souveraineté parlementaire, le gouvernement s'est ensuite appuyé sur l'illégitimité de la Constitution de 1982, non approuvée par Québec, pour justifier son processus de déconstitutionnalisation. Voici comment le ministre Jolin-Barrette s'exprimait :

[L]'utilisation des dispositions de dérogation est légitime pour l'État québécois parce que ça fait partie du compromis de la Constitution de 1982, *qui d'ailleurs n'a pas été signée ni ratifiée par l'État québécois*. Cela étant dit, en termes de négociation avec les provinces, on a voulu prévoir un aspect où le Parlement conservait sa prérogative, et c'est justement ce que nous faisons dans le cadre du

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Gallimard, tome 1, 1961, p. 106.

présent projet de loi. C'est aux parlementaires de décider de quelle façon les rapports entre l'État et les religions vont s'organiser. C'est tout à fait légitime de le faire. Et la disposition de dérogation est là dans la loi pour être utilisée⁴⁶.

Cet argumentaire vaut peut-être pour la clause de dérogation figurant dans la *Charte canadienne*, mais qu'en est-il de l'adoption d'une clause dérogeant aux droits garantis par la *Charte québécoise*, un document pourtant unanimement adopté en 1975 par l'Assemblée nationale ? Le ministre répond en invoquant l'usage fréquent qu'on en a fait.

L'utilisation de la disposition de dérogation à la fois pour la Charte québécoise et la Charte canadienne, elle est autorisée, elle est légitime, elle n'est pas là uniquement pour être présente, elle est là pour être utilisée, et, de façon préventive comme nous le faisons [...] [elle a d'ailleurs été utilisée] à plus de 105 reprises par les gouvernements [québécois] successifs⁴⁷.

Bref, les droits et libertés de la personne ne pèsent pas lourd lorsque les intérêts collectifs de la nation sont en péril. Et la source juridique de leur protection, québécoise ou canadienne, ne change rien à l'affaire.

Contrairement aux autres provinces canadiennes où le pouvoir constituant se résume à la souveraineté parlementaire, car l'argument sieyèsien de la nation n'y a aucune prise, les gouvernements québécois peuvent prendre appui sur un discours nationaliste dont les principaux postulats sont les suivants⁴⁸ : 1. La nation est une autorité transcendante, antérieure et supérieure aux individus qui tire son existence d'un processus historique quasi naturel et indépendant des volontés individuelles ; 2. Il y aurait isomorphie entre nation, société et État ; or, en présumant de la consubstantialité de la nation, de la société et de l'État, cette posture met l'accent sur l'action des *gouvernements* et des *partis* politiques, au détriment de celle d'autres acteurs sociaux comme les citoyens ; 3. Ce discours postule un nationalisme moral selon lequel les Québécois (c'est-à-dire ceux qui satisfont à la représentation que le parti au pouvoir en donne) se sentiraient intuitivement liés à leurs compatriotes par des obligations et des devoirs plus nombreux et plus étroits que ceux qu'ils éprouvent pour les étrangers.

Dans un contexte où le régime parlementaire britannique et le système électoral favorisent une concentration des pouvoirs d'initiative législative entre les mains du parti au pouvoir, le nationalisme devient pour lui un outil idéal pour faire parler le « silence du peuple », pour reprendre l'expression de Tocqueville.

CONCLUSION

Mon objectif aujourd'hui était premièrement de mettre en lumière l'ambiguïté qui règne au Canada relativement au pouvoir constituant. L'exclusion du Québec

⁴⁶ S. JOLIN-BARRETTE, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 42^e législature, *op. cit.*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ J. LECLAIR, « Le fédéralisme comme refus des monismes nationalistes », in D. KARMIS et F. ROCHER (dir.), *La dynamique confiance-méfiance dans les démocraties multinationales : Le Canada sous l'angle comparatif*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2012, p. 209 et du même auteur, « Vers une pensée politique fédérale : la répudiation du mythe de la différence québécoise "radicale" », in A. PRATTE (dir.), *Reconquérir le Canada : un nouveau projet pour la nation québécoise*, Montréal, Éditions Voix parallèles, p. 39 ; voir également J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « Canadian Federalism and Quebec's Pathological Prism », art. cité.

en 1981 de l'entente qui a mené à l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* a jeté sur celle-ci un voile d'illégitimité, du moins du point de vue de plusieurs Québécois. Cette malheureuse omission a nourri la mentalité obsidionale à laquelle a toujours plus ou moins carburé le nationalisme québécois. La conséquence, particulièrement avec la chute de plus en plus prononcée des appuis au projet d'indépendance, c'est la tendance des gouvernements nationalistes conservateurs à exercer le pouvoir constituant de la province de manière défensive. Cela s'est traduit par une banalisation de l'importance historiquement accordée par la tradition constitutionnelle du Québec à la protection des droits fondamentaux et par une apologie des « droits collectifs » de la nation québécoise⁴⁹. Droits collectifs qu'auparavant on opposait légitimement au reste du Canada, mais qu'on retourne aujourd'hui à l'encontre des ressortissants du Québec eux-mêmes⁵⁰. Ce faisant, ces gouvernements se trouvent à renier l'héritage libéral porté par les ténors du nationalisme émancipateur des années 1970 et 80. Jacques-Yvan Morin, ancien vice-premier ministre sous le gouvernement de René Lévesque, recommandait encore en 2006 d'abroger le mécanisme de dérogation figurant dans la *Charte québécoise* :

En effet, disait-il, le statut d'autonomie actuel du Québec autorise déjà l'Assemblée nationale, pour peu qu'elle respecte les limites de sa sphère de compétence, qui est fort étendue en matière de libertés, à se départir du pouvoir de dérogation que lui confère l'article 52 de la Charte, reflet d'une conception étriquée du principe britannique de la souveraineté parlementaire, de sorte que la supériorité de cette loi fondamentale ne souffre plus d'ambiguïté et ne soit pas à la merci d'une majorité de députés agissant de façon intempestive⁵¹.

Cet appel n'a pas été entendu. Au contraire.

Sieyès disait : « De quelque manière qu'une nation veuille, il suffit qu'elle veuille ; toutes les formes sont bonnes, et sa volonté est toujours la loi suprême.⁵² » On pourrait dire au Québec : « De quelque manière que le parti majoritaire au pouvoir veuille, il suffit qu'il veuille ; toutes les formes sont bonnes, et sa volonté est toujours la loi suprême. »

⁴⁹ Pour une analyse qui va dans le même sens, voir N. KARAZIVAN et J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « Rights Trivialization, Constitutional Legitimacy Deficit, and Derogation Clauses : The Example of Quebec's *Laïcité Act*. », art. cité.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 511: « [I]t is as if there were inalienable, pre-political, collective rights vested in the cultural majority (let us call it a form of *volkrecht*), and reversible political rights, *i.e.*, privileges, granted to minorities depending on the majority's will. »

⁵¹ J.-Y. MORIN, « Propos liminaires » (2006) *R. du B.*, n° 19, p. 21.

⁵² E. J. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le tiers état ?*, Paris, Flammarion, 1988, p. 132 (chapitre v).

Jean Leclair

Professeur titulaire – Faculté de droit, Université de Montréal.

COLOPHON

Ce numéro de *Jus Politicum* a été composé à l'aide de deux polices de caractères, Linux Libertine et Alegreya Sans. La première est développée par le « *Libertine Open Fonts Projekt* » sous la direction de Philipp H. Poll, sous licence à sources ouvertes GNU GPL (*GNU General Public License*). La seconde a été développée par Juan Pablo del Peral pour le compte de Huerta Tipográfica, et est disponible sous licence OFL (*SIL Open Font Licence*).

ISSN : 2105-0937 (*en ligne*)