

All rights the Supreme Court of Canada / photographer Philippe Landreville

CONSTITUTION ET DÉMOCRATIE
au Canada depuis Charlottetown

PAR Stéphane Bernatchez

LORS DES CONSULTATIONS RÉFÉRENDAIRES DU 26 OCTOBRE 1992, L'ACCORD DE CHARLOTTETOWN A ÉTÉ REJETÉ DANS SIX PROVINCES ET N'EST, EN CONSÉQUENCE, JAMAIS ENTRÉ EN VIGUEUR. L'ON PEUT TOUT DE MÊME SE DEMANDER CE QUE L'EXPÉRIENCE CONSTITUTIONNELLE CANADIENNE A RETENU DE L'ÉPISODE DE CHARLOTTETOWN. ALORS QUE LES CONTENUS DE L'ENTENTE POLITIQUE DU 28 AOÛT 1992 ET DU PROJET DE TEXTE JURIDIQUE DU 9 OCTOBRE 1992 ONT ÉTÉ LARGEMENT MIS DE CÔTÉ, LE « CANADA ROUND » A SURTOUT LAISSÉ SA MARQUE AU PLAN DES PROCESSUS CONSTITUTIONNELS, AVEC SES EXERCICES DE DÉLIBÉRATION POLITIQUE ET DE CONSULTATION RÉFÉRENDAIRE. AU COURS DE LA DÉCENNIE 1992-2002, LA QUESTION DES PROCESSUS D'ÉLABORATION DE LA CONSTITUTION EST DEVENUE CENTRALE DANS L'ÉVOLUTION DE LA DÉMOCRATIE CONSTITUTIONNELLE CANADIENNE. DIX ANS APRÈS L'ÉCHEC DE L'ACCORD DE CHARLOTTETOWN, IL CONVIENT DE S'INTÉRESSER À L'ÉTAT DE CETTE DÉMOCRATIE CONSTITUTIONNELLE.

L'Accord du Lac Meech, dont l'échec résulte principalement du choc entre des visions opposées du Canada[1], a démontré les difficultés de la modification constitutionnelle tant au plan de son contenu que de son processus d'élaboration. D'un côté, les négociations entre les gouvernements ont pris la forme d'un marchandage entre les différentes revendications, ce qui est devenu encore plus complexe avec la multiplication des acteurs constitutionnels, comme l'ont révélé les tentatives de réouverture de l'accord du Lac Meech (suite notamment aux oppositions de certaines provinces et au rapport du comité Charest). Quant au processus, la démonstration de Meech a mis en évidence la très grande rigidité de la procédure de modification prévue dans la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Au surplus, plusieurs ont remis en question le caractère démocratique des négociations entre premiers ministres selon le modèle du « fédéralisme exécutif ». Comme l'a écrit Lise Bissonnette, « on hurlait littéralement contre le « processus ». Le peuple en avait été écarté, onze hommes blancs s'étaient ignominieusement entendus derrière des portes closes, la prochaine ronde devait être démocratique et populaire ou ne pas être. »[2]

D'un côté, les négociations entre les gouvernements ont pris la forme d'un marchandage entre les différentes revendications, ce qui est devenu encore plus complexe avec la multiplication des acteurs constitutionnels, comme l'ont révélé les tentatives de réouverture de l'accord du Lac Meech

C'est dans cet esprit qu'ont été entreprises les nombreuses consultations et commissions devant mener à l'entente de Charlottetown. Ainsi, au seul niveau fédéral, les commissions Spicer, Beaudoin-Edwards et Beaudoin-Dobbie ont étudié les différents aspects de la réforme constitutionnelle et ont proposé toute une série de recommandations. À l'approche de l'échéance fixée par le rapport de la commission Bélanger-Campeau au Québec et reprise dans la *Loi sur le processus de détermination de l'avenir politique et constitutionnel du Québec*[3], le gouvernement fédéral, suite au dépôt de ses propositions de septembre 1991 contenues dans le document *Bâtir ensemble l'avenir du Canada* et à la publication le 28 février 1992 du rapport Beaudoin-Dobbie, a convoqué le 12 mars les représentants des provinces, des territoires et des Autochtones à une reprise des discussions constitutionnelles. Celles-ci ont mené au rapport d'étape du 7 juillet 1992, lequel a servi de base de négociations à la conférence des premiers ministres qui a débuté le 4 août 1992, en présence du premier ministre du Québec, pour se conclure avec l'entente de Charlottetown du 28 août 1992. Cet accord politique n'allait toutefois être traduit en texte juridique que le 9 octobre 1992, soit quelques semaines à peine avant le référendum. En septembre, le Québec dut modifier la *Loi sur le processus de détermination de l'avenir politique et constitutionnel du Québec*, afin que le référendum qui y était prévu porte sur l'Accord de Charlottetown plutôt que sur la souveraineté du Québec.

Le texte de l'Accord de Charlottetown a soulevé de nombreuses critiques[4]. Principalement, la réforme constitutionnelle alors envisagée demeurait inachevée, la mise en œuvre de certaines questions, telle l'autonomie gouvernementale autochtone, devant faire l'objet de négociations ultérieures. De plus, l'Accord reconnaissait différentes visions du Canada, fondées sur autant de conceptions de la justice (égalité des citoyens, égalité des provinces, égalité des deux peuples fondateurs, égalité des peuples autochtones), sans parvenir à les réconcilier, ou à en atténuer les contradictions apparentes ou réelles[5].

Bien que cet Accord ne soit pas devenu une modification constitutionnelle, il est tout de même permis de penser qu'il a eu certaines conséquences importantes dans l'évolution constitutionnelle canadienne des dix dernières années. En effet, la phase préparatoire de l'accord avait largement insisté sur les exigences démocratiques du processus d'élaboration de la constitution - l'une de ces exigences ayant pris la forme d'une consultation référendaire pan-canadienne -, et il s'est avéré que cette question a été au cœur de l'évolution constitutionnelle durant la période 1992-2002. Cela ne signifie pas que les questions de fond soient réglées, bien au contraire, mais celles-ci ont été écartées au profit des aspects processualistes. Bien sûr, la présence de gouvernements péquistes à Québec et libéraux à Ottawa explique en partie la non-reprise des négociations. Si, d'une part, les gouvernements Parizeau, Bouchard et Landry ont évidemment montré très peu d'intérêt au renouvellement de la fédération canadienne, les gouvernements Chrétien ont voulu, de leur part, éviter toute modification significative du régime constitutionnel instauré en 1982 par le gouvernement libéral de Pierre-Elliot Trudeau.

Bien que cet Accord ne soit pas devenu une modification constitutionnelle, il est tout de même permis de penser qu'il a eu certaines conséquences importantes dans l'évolution constitutionnelle canadienne des dix dernières années.

Entre 1990 et 1992, les processus d'élaboration constitutionnelle ayant conduit à l'Accord de Charlottetown empruntaient à la fois à la délibération et à la négociation[6]. Des exercices de délibération démocratique sans précédent dans l'histoire constitutionnelle canadienne avaient été mis en place, invitant les citoyens, les groupes sociaux, les experts et les partis politiques à de nombreuses discussions sur l'avenir politique et constitutionnel. La politique canadienne se trouvait alors dans

ce que le constitutionnaliste Bruce Ackerman appelle un « moment constitutionnel », c'est-à-dire qu'elle avait atteint son niveau supérieur[7]. Par exemple, en plus des audiences tenues par les différentes commissions, les cinq conférences nationales organisées à partir de janvier 1992 par cinq grands instituts de recherche dans le but d'examiner les propositions fédérales se rapprochaient sensiblement du modèle de « *deliberative opinion poll* » suggéré par le politologue James Fishkin[8]. La politique délibérative avait alors remplacé le libéralisme comme justification des normes de justice dans le contexte canadien de pluralisme axiologique[9]. Ainsi, au libéralisme qui sous-tendait la réforme de 1982 avec sa tentative d'élaboration de principes préétablis (principalement ceux des droits et libertés dans la Charte et de l'égalité des chances selon la péréquation) qui seraient acceptables aux adhérents de toutes les conceptions raisonnables du bien, l'on substitua le débat démocratique, conformément aux théories, alors en ébullition, de la démocratie délibérative[10]. Même si le processus de la négociation entre premiers ministres devait reprendre par la suite, l'exercice public de délibération allait tout de même marquer la campagne référendaire. D'ailleurs, que l'on ait ainsi soumis au peuple l'Accord de Charlottetown constitue certes un précédent important et peut-être même une preuve de l'existence d'une nouvelle convention constitutionnelle. Dans certaines provinces (Colombie-Britannique et Alberta), l'obligation de consulter la population par référendum est même devenue une exigence prévue par la loi[11].

Après le rejet de l'accord de Charlottetown, le processus de délibération constitutionnelle s'est poursuivi au Québec jusqu'au référendum du 30 octobre 1995. Comme cela avait été le cas après le référendum de 1980, le gouvernement fédéral reprit l'initiative constitutionnelle aux lendemains de ce nouvel échec[12]. Malgré des résultats référendaires démontrant un taux élevé d'insatisfaction à l'égard du régime constitutionnel, le gouvernement fédéral renonça à rouvrir la réforme de la Constitution[13] (ce qui peut s'expliquer par la présence d'un gouvernement souverainiste au Québec) et engagea les questions constitutionnelles sur des voies législative et administrative, en se concentrant principalement sur les aspects relatifs aux processus constitutionnels (à l'exception de la résolution adoptée à la fin de 1995 par la Chambre des communes et par le Sénat reconnaissant « que le Québec forme, au sein du Canada, une société distincte »[14]).

Étonnamment, le gouvernement fédéral n'a toutefois pas consenti à réexaminer la procédure de modification constitutionnelle, révision pourtant requise par l'article 49 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon cet article, dans les quinze ans suivant l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le premier ministre du Canada devait convoquer une conférence constitutionnelle réunissant les premiers ministres provinciaux et lui-même, en vue du réexamen des dispositions relatives à la procédure de modification. Lors d'une réunion tenue en juin 1996, les premiers ministres fédéral et provinciaux ont brièvement abordé cette question, en l'absence du premier ministre Bouchard qui était délibérément sorti de la salle à ce moment. Le premier ministre fédéral, M. Jean Chrétien, a déclaré que cette brève discussion, combinée à celles de Meech et de Charlottetown, était suffisante pour satisfaire à l'obligation constitutionnelle prévue à l'article 49. Cette position paraît difficilement justifiable, considérant la raison d'être de cet article dont la pertinence a été clairement établie par les tentatives de renouvellement de Meech et de Charlottetown. Qu'il suffise de penser, par exemple, à la procédure trop longue et trop difficile de Meech, où des gouvernements et des parlements avaient été remplacés pendant les trois ans de ratification. Donc, l'article 49 exigeait au moins une réelle obligation de moyen, sinon une obligation de résultat. C'est ainsi qu'il aurait dû être compris par le premier ministre fédéral, à moins, bien sûr, de souhaiter préserver indéfiniment le *statu quo* et de voir dans l'actuelle procédure de modification la garantie que le régime constitutionnel de 1982 ne soit jamais plus modifiée, considérant les exigences de la procédure normale (formule 7/50) et de la procédure de l'unanimité.

Cette loi, qui peut être considérée comme un gain pour les provinces, aura par contre pour effet de rendre encore plus difficile la modification de la Constitution, ce qui devrait plaire davantage aux tenants du statu quo.

Au surplus, afin de donner suite à ses promesses référendaires, le premier ministre Chrétien a fait adopter une loi par le Parlement canadien dans laquelle le gouvernement fédéral reconnaît des droits de veto régionaux dans le cadre d'éventuelles modifications constitutionnelles[15]. Cette loi, qui peut être considérée comme un gain pour les provinces, aura par contre pour effet de rendre encore plus difficile la modification de la Constitution, ce qui devrait plaire davantage aux tenants du *statu quo*.

Quant aux autres partenaires canadiens (provinces et territoires), ils ont cherché à donner certaines suites au référendum québécois d'octobre 1995. Dans un énoncé de principes élaboré à l'automne 1997, la Déclaration de Calgary, ils tentaient notamment de concilier la reconnaissance de la différence québécoise avec le principe de l'égalité des provinces. La Déclaration prévoyait de plus des consultations publiques, qui ont eu lieu dans les neuf provinces et dans les deux territoires jusqu'en mai 1998. Toutes les parties ont finalement adopté formellement la Déclaration, par une résolution de leur assemblée législative respective. Par ailleurs, les provinces ont conclu, avec la participation du Québec, un accord sur la politique sociale, l'Entente de

Saskatoon, qui prévoyait un droit de retrait inconditionnel pour tout nouveau programme social financé par le gouvernement fédéral. Cependant, dans l'Entente-cadre sur l'union sociale du 4 février 1999 – à laquelle le Québec n'a pas adhéré[16] –, l'encadrement du pouvoir fédéral de dépenser réintroduisait la notion d'objectifs pan-canadiens que les provinces doivent respecter pour obtenir leur part de financement.

La réflexion sur les processus constitutionnels a repris de plus belle à l'occasion du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*[17]. La Cour suprême du Canada y a précisé le processus constitutionnel devant être suivi en cas de sécession d'une province. Selon la Cour, la Constitution du Canada n'accorde pas au Québec le droit de faire sécession de façon unilatérale, mais exige plutôt la négociation d'une modification de la Constitution : « la répudiation claire de l'ordre constitutionnel existant et l'expression claire par la population d'une province du désir de réaliser la sécession », au terme d'une procédure référendaire dont les résultats « doivent être dénués de toute ambiguïté en ce qui concerne tant la question posée que l'appui reçu », « donnent naissance à une obligation réciproque pour toutes les parties formant la Confédération de négocier des modifications constitutionnelles en vue de répondre au désir exprimé »[18].

Saisissant cette invitation à clarifier les conditions procédurales de la sécession, le gouvernement fédéral a fait adopter une loi sur la clarté de la démarche sécessionniste[19]. En balisant les notions de « question claire » et de « majorité claire », le gouvernement fédéral a posé certaines conditions à son obligation constitutionnelle de négocier. Par exemple, l'article premier de la loi rejette d'emblée toute question qui porterait sur un mandat de négocier. C'est pourtant l'essence même de l'avis émis par la Cour suprême que d'obliger les parties à de telles négociations. La loi vise également à rendre plus improbable l'accession à la souveraineté, ce qui se vérifie notamment par la reconnaissance, au paragraphe 3(2) de la loi, d'une possible partition du territoire québécois en cas de sécession. La loi, en énonçant certains critères devant guider la prise de décision, a néanmoins pour effet d'engager les autorités fédérales dans un débat public (parlementaire) quant à son obligation constitutionnelle de négocier.

Le gouvernement du Québec a répliqué en faisant adopter la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*[20], dans laquelle il est déclaré, à l'article 3, que « [l]e peuple québécois détermine seul, par l'entremise des institutions politiques qui lui appartiennent en propre, les modalités de l'exercice de son droit de choisir le régime politique et le statut juridique du Québec ». Une telle déclaration semble contredire l'avis consultatif émis par la Cour suprême selon lequel la sécession du Québec nécessiterait des négociations avec le gouvernement canadien et les autres provinces[21].

Même si l'évolution des processus constitutionnels a été importante depuis l'Accord de Charlottetown, ce serait cependant offrir une vision incomplète de l'état de la démocratie constitutionnelle canadienne que de laisser entendre qu'elle n'a progressé qu'au plan processuel. En effet, l'interprétation judiciaire de la Constitution a continué de faire évoluer celle-ci quant à son contenu. Sans entrer dans les développements juridiques, il est intéressant de noter que même sur ce plan, le débat a largement porté sur les processus d'élaboration constitutionnelle, plus précisément sur la légitimité démocratique du contrôle judiciaire de constitutionnalité sous le régime de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour répondre à de nombreuses critiques et justifier son action constitutionnelle, la Cour suprême du Canada a eu recours à la théorie du dialogue, selon laquelle les tribunaux et les législateurs collaborent dans la production continue du droit[22]. Bien qu'il soit impossible de montrer ici les mérites et les limites d'une telle approche, il est intéressant de noter que cette théorie s'inscrit dans les paramètres de la démocratie délibérative, modèle ayant servi au processus d'élaboration de l'Accord de Charlottetown.

Pendant la décennie 1992-2002, la Constitution du Canada a évolué, à la fois au plan des processus, comme l'ont voulu les différentes mesures gouvernementales et législatives, et au plan du droit constitutionnel élaboré par les tribunaux dans le cadre du contrôle de constitutionnalité[23]. Malgré qu'elle ait été en partie motivée par une volonté de rendre plus complexe la modification de la Constitution du Canada, la réflexion sur les processus constitutionnels – qui est demeurée insuffisante en ce qui concerne l'article 49 de la *Loi constitutionnelle de 1982* – n'a donc pas empêché complètement l'évolution du droit constitutionnel. Mais celle-ci a été largement confiée au pouvoir judiciaire. En ce sens, la démocratie constitutionnelle canadienne semble se caractériser par de nouvelles formes de démocratie, procédurale et continue[24], qui l'éloignent de la démocratie représentative chère au fédéralisme exécutif.

En effet, l'interprétation judiciaire de la Constitution a continué de faire évoluer celle-ci quant à son contenu.

Stéphane Bernatchez est chargé de cours
et doctorant en droit constitutionnel
à la Faculté de droit de l'Université de Montréal

Les références complètes sont disponibles au
http://www.acs-aec.ca/fr_magazine.html