

McGILL LAW JOURNAL REVUE DE DROIT DE MCGILL

Montréal

Volume 30

1985

No 2

Pour une nouvelle Constitution du Québec

McGill Law Journal Lecture
Conférence de la Revue de droit de McGill

Jacques-Yvan Morin*

Le Québec est dépourvu de constitution entendue au sens formel. Composée de lois, conventions, coutumes et arrêts judiciaires d'origine britannique, canadienne ou québécoise, la Constitution actuelle est éparse et informe. Les lois du Québec qui en font partie sont des lois ordinaires ne disposant d'aucune supériorité par rapport à l'ensemble de la législation. Or l'autonomie du Québec s'étend à la modification de sa Constitution. L'auteur étudie le cadre juridique dans lequel pourrait s'inscrire une nouvelle loi fondamentale, dotée des attributs habituels de semblables instruments (suprématie, mode d'amendement spécial) et discute de l'opportunité de l'adopter. Dans la première partie sont exposés la nature juridique et les objectifs fondamentaux des constitutions, en particulier chez les États membres de fédérations comme les États-Unis et la République fédérale d'Allemagne. À partir des sources du droit constitutionnel existant, lesquelles font l'objet de la deuxième partie, et à la lumière du droit public comparé ainsi que du droit international, l'auteur étudie la possibilité de « constitutionnaliser » le statut et les pouvoirs des institutions fondamentales de l'État québécois, les droits et libertés des personnes, les droits socio-économiques et les règles relatives à l'application de la coutume et des accords internationaux. La dernière partie est consacrée à la protection de la Constitution grâce au mode d'amendement qui y serait prévu. La question classique du pouvoir d'un parlement de se lier pour l'avenir est exposée, de même que les conditions du recours au référendum et au droit d'initiative des citoyens. L'importance du rôle de l'Assemblée nationale dans la démarche constituante est soulignée. Divers arguments favorables et défavorables à l'adoption d'une constitution formelle sont scrutés, de même que la question de savoir si la constitution « non écrite » n'est pas préférable. Ce ne sont point là, estime l'auteur, des choix de nature purement juridique.

Quebec lacks a comprehensive, formal constitution. The present Constitution, consisting of statutes, conventions, customary law and British, Canadian and Quebec case law, is scattered and shapeless. The Quebec statutes which make up, in part, this Constitution are ordinary laws and consequently do not enjoy supremacy over other legislation. The autonomy of Quebec extends to include the power to amend its own Constitution. The author examines the legal setting into which a new fundamental law could be introduced — a law endowed with traditional characteristics found in similar documents (supremacy, specific amending formula) — and considers the advisability of its adoption. The first part of the article deals with the legal nature and basic objectives of constitutions, with particular reference to member-states of federations, including the United States and the Federal Republic of Germany. From the perspective of comparative public law and international law, the author discusses the sources of existing constitutional law in the second part of the article. He goes on to consider the possibility of constitutionally entrenching the following: the status and power of Quebec's fundamental institutions; human rights and freedoms; socio-economic rights; and the rules regarding the application of customary international law and treaty law. The final section of the article is devoted to the protection of the Constitution by means of the amending formula which it would include. The classical problem concerning the power of a parliament to bind itself for the future is examined, as well as the conditions under which a referendum might be held and the initiative of citizens recognised in the legislative process. The importance of the role of the National Assembly in constitutional development is emphasised. The author canvasses the various arguments for and against the adoption of a constitution, and addresses the question as to whether an unwritten constitution might not be preferable. These choices are not, according to the author, solely legal in nature.

*Professeur de droit international public à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, ancien Vice-premier ministre du Québec et rédacteur en chef du volume 1 du *McGill Law Journal*. Première Conférence de la Revue de droit de McGill, prononcée le 29 octobre 1984.

Sommaire

Introduction

I. — Objectifs fondamentaux des constitutions

1. — *Le modèle britannique*
2. — *Constitution descriptive et constitution normative*
3. — *Objectifs des constitutions d'États fédérés*

II. — Sources de la Constitution actuelle du Québec

1. — *Les cadres colonial et fédéral, le parlementarisme et la monarchie*
2. — *Lois ordinaires à portée constitutionnelle*
3. — *Conventions constitutionnelles*
4. — *Règles coutumières*
5. — *Arrêts judiciaires*

III. — Opportunité et contenu possible d'une constitution formelle

1. — *Le principe de la suprématie*
2. — *Concision ou prolixité ?*
3. — *Contenu possible*
 - A. — *Institutions fondamentales*
 - B. — *Droits et libertés*
 - C. — *Droits socio-économiques*
 - D. — *Droits collectifs*
 - E. — *Application du droit international*

4. — *Règles d'interprétation*

IV. — Protection de la nouvelle Constitution

1. — *Flexibilité et rigidité*
2. — *Le Parlement peut-il se lier pour l'avenir ?*
3. — *Consultation par voie de référendum*
4. — *Droit d'initiative des citoyens*
5. — *Rôle de l'Assemblée nationale*

Conclusion

* * *

Bien que maintes fois dictée de l'extérieur et infléchie par les contre-coups de l'histoire coloniale française et anglaise, la Constitution du Québec est antérieure de plus de deux siècles à la Constitution canadienne.¹ Contrairement à celle-ci, cependant, le droit fondamental québécois, composé semblablement d'éléments très divers — lois britanniques, fédérales ou québécoises, conventions constitutionnelles, coutumes et arrêts des tribunaux — n'a jamais été établi formellement, ni codifié, et son existence passe pour ainsi dire inaperçue, à l'exception de la *Charte des droits et libertés de la personne* et de la *Charte de la langue française*,² qui pourtant sont toutes deux des lois « ordinaires », pouvant être modifiées à la majorité simple des voix de l'Assemblée nationale.

Parmi les idées issues de la mutation et des revendications politiques des années soixante — communément appelée la Révolution tranquille — se trouvaient celles d'une constitution, entendue au sens formel, et d'une *Charte des droits et libertés*, adoptées par les Québécois et protégées par un mode d'amendement spécial.³ Ces projets comptèrent parmi les rares qui purent rallier toutes les formations politiques de l'époque. Daniel Johnson, tant comme chef de l'Opposition qu'en tant que Premier ministre, y fit allusion à plusieurs reprises, soutenant que le Québec n'avait pas à attendre

¹Sous le régime français, l'*Acte pour l'établissement de la Compagnie des Cent Associés pour le commerce du Canada* (29 avril 1627), et l'*Édit de création du Conseil souverain de Québec* (Conseil supérieur) (avril 1663), peuvent être considérés comme les premières sources écrites de la Constitution du Québec. Voir *Édits, Ordonnances royaux, Déclarations et Arrêts du Conseil d'État du Roi concernant le Canada* (1854) aux pp. 5 et 37. Sous le régime britannique, la première Constitution écrite fut la Proclamation royale de 1763, S.R.C. 1970, app. II, reproduite dans Y. Renaud & J.-L. Baudouin, éd., *La Constitution canadienne : recueil de lois* (1977) à la p. 7 (version française non officielle) et à la p. 220 (version anglaise), et la deuxième fut l'Acte de Québec de 1774 : *An Act for Making More Effectual Provision for the Government of the Province of Quebec in North America* (R.-U.), 1774, 14 Geo. III, c. 83, S.R.C. 1970, app. II. Voir A. Morel, *Histoire du droit*, 7e éd. (1982) (polycopié) aux pp. 88 et 96. Sur le passage du droit français au droit britannique, voir A. Tremblay, *Précis de droit constitutionnel* (1982) à la p. 17 et s. ; R.A. Forest, « Les prérogatives de la Couronne au Québec : quelques problèmes de définition et de sources » dans *Cahier de la 5e Conférence des avocats et notaires de la fonction publique* (10 et 11 mars 1983) atelier no 3 aux pp. 10 et 13. Sur les constitutions anciennes des provinces canadiennes et du Québec, voir J.E. Read, « The Early Provincial Constitutions » (1948) 26 Can. Bar Rev. 621 aux pp. 630-2.

²*Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, c. 6, L.R.Q., c. C-12 telle que modifiée par L.Q. 1982, c. 61 [ci-après : *Charte des droits et libertés*] ; *Charte de la langue française*, L.Q. 1977, c. 5, L.R.Q., c. C-11.

³J.-C. Bonenfant, « La Constitution du Québec », *L'Action [de Québec]* (25 février 1965) 4 ; J.-Y. Morin « Une Charte des droits de l'homme pour le Québec » (1963) 9 McGill L. J. 273 à la p. 303.

la réforme de la Constitution canadienne pour « refaire sa propre Constitution et y intégrer une charte des droits de l'homme » ;⁴ il songeait même à la convocation éventuelle d'une assemblée constituante.⁵ Au Comité de la constitution, établi par le Premier ministre Jean Lesage en 1963, il en fut question à diverses reprises, notamment aux séances de novembre 1968 et d'août 1969, alors qu'il était devenu chef de l'Opposition.⁶ Avec une rare unanimité, les parlementaires se prononcèrent en faveur de l'adoption par le Québec de sa propre Constitution, allant jusqu'à discuter de l'expérience des Cantons suisses ou des États de l'Union américaine et à s'interroger sur le contenu possible d'une constitution autonome, ainsi que sur l'exercice du pouvoir constituant par voie de référendum.⁷ Le député Jérôme Choquette, qui fut plus tard le parrain de la *Charte des droits et libertés*, estimait pour sa part qu'il fallait rédiger la loi fondamentale en fonction de « ce que nous, nous pensons être l'idéal d'une constitution interne pour le Québec » et non en fonction de la Constitution fédérale ; on demanderait par la suite les modifications à l'Acte de l'Amérique du Nord britannique (*B.N.A. Act*) qui deviendraient nécessaires.⁸

La *Charte des droits et libertés de la personne*, adoptée en 1975 et à laquelle l'Assemblée nationale a conféré en 1982 une supériorité plus étendue par rapport aux lois ordinaires,⁹ compte parmi les effets indirects des travaux du Comité de la constitution, qui ne connurent guère d'autre suite après l'élection de 1970. Cette loi, l'une des plus avancées du genre, a eu de profondes répercussions au Québec, comme on a pu le constater au moment de la Commission parlementaire qui s'est penchée sur sa révision,

⁴« L'UN et les droits de l'homme au Québec », *Le Devoir [de Montréal]* (21 mars 1966) 3.

⁵J.-V. Dufresne, « L'Union nationale dévoile son programme électoral », *Le Devoir [de Montréal]* (2 mai 1966) 1.

⁶Québec, Comité de la constitution dans *Débats de l'Assemblée législative du Québec : Comité de la constitution* [ci-après : *Comité de la constitution*] (28 novembre 1968) à la p. 545 et (4 décembre 1968) à la p. 563 ; Québec, Commission de la Constitution dans *Débats de l'Assemblée nationale du Québec : Commission de la Constitution* (14 août 1969) à la p. 3021 [ci-après : *Commission de la Constitution*].

⁷*Comité de la constitution, ibid.*, (28 novembre 1968) à la p. 545 (J. Lesage), aux pp. 554-5 (J.-J. Bertrand), à la p. 555 (J. Choquette) ; *Comité de la constitution, ibid.*, (4 décembre 1968) à la p. 564 (J.-J. Bertrand, J. Lesage, J. Choquette), à la p. 567 (J. Lesage), à la p. 570 (J.-J. Bertrand), aux pp. 573-4 (P. Laporte), à la p. 574 (A. Maltais), aux pp. 575-6 (J. Lesage) ; *Commission de la Constitution, ibid.*, (14 août 1969) à la p. 3022 (J.-C. Bonenfant), à la p. 3038 (R. Lévesque), aux pp. 3048-9 (J. Lesage, J.-J. Bertrand).

⁸*Comité de la constitution, supra*, note 6 (28 novembre 1968) à la p. 556.

⁹*Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, c. 61, art. 16. Certains articles de la *Charte des droits et libertés* possédaient dès 1975 une certaine supériorité par rapport aux lois postérieures à son entrée en vigueur. En 1982, cette supériorité a été étendue à d'autres dispositions de la *Charte des droits et libertés* et s'applique désormais tant à l'égard des lois antérieures à la *Charte des droits et libertés* qu'à l'égard des lois postérieures (art. 52).

en octobre 1981.¹⁰ Aussi se trouve-t-il depuis quelque temps des parlementaires québécois qui souhaiteraient étendre cet effort législatif à la rédaction d'une constitution formelle et s'interrogent sur l'opportunité d'en soumettre le projet à l'Assemblée nationale.¹¹

Il convient, avant d'entreprendre l'étude des avantages et des inconvénients, ainsi que des aspects juridiques d'une aussi importante démarche, de proposer quelques observations préliminaires. Nous avons rappelé au seuil même de cet exposé que le Québec possède une constitution trois fois séculaire, dont les premières pièces maîtresses, sous le régime britannique, furent la Proclamation royale de 1763,¹² l'Acte de Québec de 1774,¹³ et l'Acte constitutionnel de 1791,¹⁴ par lesquels certains droits des « nouveaux sujets » britanniques furent reconnus, sans compter l'introduction des conventions et coutumes du droit public anglais dans l'ancienne colonie française.¹⁵ Les institutions et les droits ainsi établis, de même que les lois constitutionnelles adoptées par la suite par le Parlement de Westminster à l'intention de la colonie, n'ont pas tous été « naturalisés » par l'Assemblée législative du Québec. Lorsqu'ils l'ont été, comme dans le cas des lois successives sur les pouvoirs législatifs ou exécutifs et dans celui de la *Charte de la langue française*, il s'est agi de lois ordinaires entre lesquelles n'existe aucune hiérarchie — sauf le cas de la *Charte des droits et libertés* — et qui peuvent être modifiées de la manière ordinaire. Certaines institutions et certains droits échappent d'ailleurs aux compétences autonomes du Québec puisqu'aussi bien elles relèvent de la Constitution ou des compétences fédérales. Il résulte de tout cela que la Constitution existante du Québec, que Jean-Charles Bonenfant appelait « constitution au sens matériel » et qui

¹⁰Des représentants de tous les secteurs de la vie québécoise se présentèrent devant la Commission parlementaire à cette occasion. Voir, Québec, Assemblée nationale, Commission permanente de la Justice, « Présentation de mémoires en regard des modifications à apporter à la *Charte des droits et libertés de la personne* » dans *Journal des débats : Commissions parlementaires* (6, 7, 13, 14, 21, et 22 octobre 1981) aux pp. B-1283, B-1375, B-1613, B-1765, B-1915 et B-1995.

¹¹D. Payne, *Pour une constitution du Québec* (2^e projet) (janvier 1985) [non publié]; D. Payne, « Que le Québec se donne une constitution », *Le Devoir [de Montréal]* (28 février 1984) 7. Voir le commentaire de J.-L. Roy en éditorial, « Une constitution québécoise ? », *Le Devoir [de Montréal]* (28 février 1984) 6. Voir également J.-L. Roy, L. Bissonnette & G. Lesage « Pierre-Marc Johnson au Devoir », *Le Devoir [de Montréal]* (27 octobre 1984) 11.

¹²La Proclamation royale de 1763, *supra*, note 1.

¹³L'Acte de Québec de 1774, *supra*, note 1.

¹⁴*An Act to Repeal Certain Parts of an Act, Passed in the Fourteenth Year of His Majesty's Reign, Intituled, An Act for Making More Effectual Provision for the Government of the Province of Quebec, in North America; and to Make Further Provision for the Government of the Said Province* (R.-U.), 1791, 31 Geo. III, c. 31, S.R.C. 1970, app. II.

¹⁵Sur ce dernier point, voir F. Chevette & H. Marx, *Droit constitutionnel* (1982) à la p. 7; Tremblay, *supra*, note 1 à la p. 18.

comprend l'ensemble des dispositions portant sur l'organisation et le fonctionnement de l'État,¹⁶ est éparse et qu'il est malaisé d'en discerner les contours. C'est là, d'ailleurs, l'héritage du droit constitutionnel non écrit de la Grande-Bretagne, que le Québec partage avec les provinces anglophones du Canada ; même la Colombie-Britannique qui, à la manière des États australiens, a voulu se donner un *Constitution Act*, n'en a fait qu'une loi ordinaire.¹⁷

On s'est demandé si un tel système, fortement identifié à la société anglaise et inspiré de ses traditions, convenait au peuple québécois,¹⁸ fort différent et dont les origines sont de plus en plus diversifiées, et l'on pourrait également soulever la question de la conformité de ce « laisser-faire constitutionnel », qui a pour pendant la rigidité du cadre fédéral, avec les intérêts collectifs de la majorité francophone. L'adoption de la *Charte des droits et libertés* et de la *Charte de la langue française* tendrait à démontrer que ces interrogations ne sont pas vaines et que l'effort constituant est déjà amorcé au Québec. Il s'agit cependant de décider s'il est opportun de l'étendre à l'ensemble de la constitution informelle que nous avons décrite et d'y ajouter une dimension « programmatoire », comme le font de nombreuses constitutions modernes, sous la forme d'un projet de société portant sur les droits économiques et sociaux, lequel viendrait compléter les parties purement descriptives de la Loi fondamentale du Québec.

Deuxième considération préliminaire : dans le cadre constitutionnel défini par le *B.N.A. Act* et la *Loi constitutionnelle de 1982*, le Québec possède la compétence voulue pour modifier sa constitution et donc pour en adopter une nouvelle, sauf en ce qui concerne la « charge » (*the office*) de lieutenant-gouverneur. L'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dont les termes sont presque identiques à ceux de l'article 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, nous apprend en effet que, avec cette réserve, « une législature a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province ».¹⁹

¹⁶Bonenfant, *supra*, note 3.

¹⁷*Constitution Act*, R.S.B.C. 1979, c. 62, telle que modifiée par S.B.C. 1980, c. 35, art. 3. Les constitutions des provinces sont réunies dans C.L. Wiktor & G. Tanguay, *Les Constitutions du Canada : fédérale et provinciales*, depuis 1978.

¹⁸Voir les propos de J.-C. Bonenfant devant le Comité de la constitution dans *Commission de la Constitution*, *supra*, note 6 à la p. 3030.

¹⁹Art. 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, adoptée en tant qu'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, et art. 92 du *British North America Act, 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3 : le titre est devenu *Loi constitutionnelle de 1867* en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Qu'est-ce au juste, au regard de l'article 45, que la « constitution de la province » ? La question a été soulevée dans l'affaire *P.G. Québec c. Blaikie* (1979), [1979] 2 R.C.S. 1016, 101 D.L.R. (3d) 394 [ci-après : *Blaikie*, cité aux R.C.S.] mais la Cour suprême l'a expressément laissée de côté. L'interprétation restrictive la limiterait sans doute aux dispositions intitulées « *Provincial Constitutions* » formant la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1867*, i.e. celles portant sur les organes exécutif et législatif provinciaux. Toute autre disposition ne ferait pas partie de la Constitution du Québec au sens de la *Loi constitutionnelle*

L'autonomie du Québec s'étend donc, sous l'empire du régime actuel, à sa propre Constitution, mais ce pouvoir constituant est limité, comme bien on pouvait s'y attendre, par la disposition « intangible » qui, par le truchement du représentant de la Reine, laquelle est le chef d'État de la Fédération, nous rappelle la surimposition des normes constitutionnelles canadiennes au droit québécois.

D'où il suit, en troisième lieu, que toute Constitution québécoise, même protégée par un mode d'amendement spécial, ne saurait, du point de vue strictement juridique, aller à l'encontre de certaines dispositions de la Constitution fédérale, qui touchent notamment le partage des compétences entre les deux niveaux de gouvernement et les droits linguistiques définis dans la *Charte canadienne*.²⁰ Cette importante restriction, que rappelait récemment un arrêt de la Cour suprême du Canada,²¹ constitue à bien des égards une sorte de carcan politique, mais elle fait partie des règles fondamentales s'imposant au Québec tant qu'il conservera le même statut au sein de la Fédération canadienne. Cependant, l'adoption d'une nouvelle constitution québécoise pourrait donner l'occasion à l'Assemblée nationale, après consultation de la population, de réaffirmer les principes qui fondent la participation du Québec à la Fédération et ses positions traditionnelles à l'égard des changements constitutionnels proposés par son gouvernement.²² Les discussions qui ne manqueraient pas d'accompagner la rédaction d'un projet de constitution formelle pourraient de la sorte préparer de nouvelles négociations constitutionnelles avec le Canada anglais, dans l'esprit de la réforme revendiquée par le Québec aux Conférences intergouvernementales de 1968-1971 et de 1978-1979.

de 1982 ; pourrait-elle alors être modifiée par le Parlement provincial ? Dans le cas contraire, de qui relèverait le pouvoir de modification ? L'interprétation plus large de l'article 45 permettrait sans doute d'éviter les réponses absurdes que pourraient susciter ces questions, d'autant que cette interprétation paraît dictée par le contexte de la *Loi constitutionnelle de 1867* et particulièrement par les dispositions relatives à la répartition des compétences. Feraient partie de la Constitution du Québec toutes les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*, où qu'elles se trouvent, qui se rapportent à la structure ou au fonctionnement des organes de l'État provincial. En outre, au-delà de l'article 45 susmentionné, l'Assemblée nationale a le pouvoir de faire entrer dans la Constitution du Québec tout ce qui lui paraît indiqué et qui relève de sa compétence.

²⁰*Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, *ibid.* [ci-après : *Charte canadienne*].

²¹*P.G. Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards* (1984), [1984] 2 R.C.S. 66, 10 D.L.R. (4th) 321, conf. [1983] C.A. 77, (conf. [1982] C.S. 673).

²²Québec, Ministère des Affaires intergouvernementales, *Les positions traditionnelles du Québec sur le partage des pouvoirs 1900-1976* (document déposé à la Conférence fédérale-provinciale des premiers ministres) (30 octobre 1978).

Le cadre juridique général étant ainsi délimité, y a-t-il quelque avantage à l'adoption par le Québec d'une constitution plus formelle, dotée d'une certaine prépondérance ou supériorité par rapport aux lois ordinaires, et quels seraient les inconvénients d'une telle démarche ? On ne fait pas les constitutions pour le simple plaisir de les rédiger — encore qu'un tel exercice ne soit point sans séduction pour l'esprit — mais pour mieux ordonner l'exercice du pouvoir politique et répondre aux besoins et aspirations des citoyens, voire aux problèmes qui ne peuvent manquer de surgir dans une société en mutation, comme l'est la société québécoise. Ce ne sont pas là des questions qui relèvent à proprement parler du droit, mais plutôt d'un certain nombre de jugements de valeur sur cette société, de la conception qu'on peut se faire de son avenir et de ses problèmes actuels ainsi que de l'opportunité politique de régler ceux-ci par le moyen de normes dotées de la force qui s'attache aux dispositions constitutionnelles. Toutefois, les considérations d'ordre juridique que nous venons d'esquisser ne sauraient être écartées de la discussion car elles conditionnent à chaque instant l'élaboration, l'agencement et l'efficacité des règles constitutionnelles et de toutes celles qui en découlent dans la hiérarchie des lois.

Aussi convient-il, dans la réponse que nous tenterons d'apporter à ces questions, de nous tenir le plus près possible des catégories juridiques, du moins dans la marche générale de l'argumentation. C'est ainsi que nous traiterons en premier lieu des objectifs que les constitutions sont appelées à atteindre, particulièrement chez les États membres d'unions fédérales. Deuxièmement, nous ferons le point sur la Constitution actuelle du Québec et les éléments épars qui la composent. Nous passerons, en troisième lieu, à la question de l'opportunité d'une constitution formelle et écrite dans le cas du Québec et nous nous demanderons quel pourrait être le contenu d'un tel instrument. Enfin, nous étudierons le degré de protection qu'il conviendrait de donner à cette Constitution et le mode d'amendement qui en découlerait.

I. — Objectifs fondamentaux des constitutions

1. — *Le modèle britannique*

Presque tous les États, souverains ou autonomes, possèdent une constitution écrite, laquelle se voit attribuer une force impérative spéciale — prépondérance ou supériorité — par rapport aux lois et aux actes des organes de l'État.²³ L'exception majeure est la Grande-Bretagne, dont Albert V. Dicey disait que le dogme fondamental de son droit constitutionnel était

²³P. Bastid, « Introduction » dans *Corpus constitutionnel* (1968) t. 1, fasc. 1 à la p. 8.

la suprématie législative du Parlement.²⁴ De même, W. Ivor Jennings, qui pourtant s'éloigna de Dicey sur plus d'un point, affirmait que, strictement parlant, il n'y avait aucun droit constitutionnel au Royaume-Uni ; « il n'y a que le pouvoir arbitraire du Parlement ». Toutefois, il s'empressait d'ajouter que des règles n'en existaient pas moins, mais qu'elles ne présentaient pas l'aspect formel qui caractérisait les constitutions écrites.²⁵

Ce système a déteint sur les institutions de nombreux anciens *Dominions* ou possessions et notamment sur les colonies nord-américaines, dont le *B.N.A. Act* rappelait, dans son préambule, qu'elles avaient voulu établir une fédération gouvernée par une constitution semblable en principe à celle du Royaume-Uni.²⁶ Cependant, les exigences du principe fédéral, notamment la répartition des compétences législatives, ne pouvaient s'accommoder que d'une constitution écrite et cela restreint considérablement la portée de la souveraineté du Parlement ; elles ont eu plutôt pour effet de diviser cette compétence ou « souveraineté parlementaire » — qui est une notion distincte de la souveraineté entendue au sens du droit international — et d'en octroyer une partie aux provinces. Les deux niveaux de pouvoir se restreignent donc mutuellement et les États membres exercent, dans les domaines qui relèvent de leur compétence, la souveraineté parlementaire. Ce principe est l'un des fondements de leur droit constitutionnel et il signifie que toute loi, qui soit de leur compétence, peut être modifiée par une autre loi ordinaire.

Quand on s'interroge sur la possibilité et l'opportunité de doter le Québec d'une constitution formelle, la question à débattre est donc essentiellement de savoir s'il convient de s'éloigner, au moins partiellement, du modèle britannique, en vue d'assurer la supériorité de certaines normes sur les autres et de protéger les lois fondamentales par un mode d'amendement spécial, voire par le truchement d'un organe constituant distinct. Une fois cette question résolue, il reste à déterminer le contenu exact de la Constitution : quelles lois, normes ou quels principes se verront « enchâssés » de la sorte et assurés d'un rayonnement et d'une protection supérieure.

Le droit public comparé peut ici être de quelque utilité. Il nous permet tout d'abord de mieux comprendre les motifs pour lesquels la plupart des États souverains et des États membres de fédérations ont choisi de se donner une loi fondamentale écrite, de cerner les objectifs qu'ils s'y sont fixés, et d'en analyser les dispositions.

²⁴A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10e éd. par E.C.S. Wade (1965) à la p. 70 ; P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977) à la p. 197.

²⁵« [...] there is only the arbitrary power of Parliament. » W.I. Jennings, *The Law and the Constitution*, 5e éd. (1959) à la p. 65.

²⁶*Loi constitutionnelle de 1867, supra*, note 19.

2. — *Constitution descriptive et constitution normative*

Certaines constitutions se contentent d'être le reflet fidèle des institutions existantes de l'État et des rapports de pouvoir qui s'établissent entre celles-ci ; d'autres entendent proposer aux gouvernants et aux gouvernés des objectifs sociaux, culturels ou économiques, inspirés d'une philosophie politique qui sous-tend l'ensemble et oriente l'avenir du pays. Dans l'introduction qu'il a rédigée pour le *Corpus constitutionnel*, Paul Bastid distingue de la sorte la constitution descriptive de la normative et montre que la plupart des lois fondamentales sont à la fois l'une et l'autre, mais à des degrés divers.²⁷ Depuis la Constitution des États-Unis et la Révolution française, en particulier, on a vu dans l'adoption de règles fondamentales l'occasion de réformer la société, en pensant parfois faire table rase du passé. Pour l'esprit traditionaliste et notamment du point de vue britannique, la constitution, au contraire, n'est pas le fruit de l'imagination ou des idées, mais l'oeuvre du temps. Cette conception tire sa légitimité de la durée des institutions plutôt que des vertus de la raison. Si le Québec entreprend de se donner une loi fondamentale, doit-il tourner le dos à la tradition qui a nourri ses institutions depuis que la Grande-Bretagne lui a octroyé sa première assemblée, en 1791, et ce au profit d'une réforme en profondeur de son régime politique ? Ainsi, convient-il d'abandonner le régime parlementaire au profit du présidentiel ou du présidentiel-parlementaire ?

On voit que le projet d'une constitution québécoise peut théoriquement être gros de conséquences, encore qu'il faille tenir compte du cadre fédéral, et que la question entraîne des choix tout à fait fondamentaux, avant même qu'on en ait écrit la première ligne. Par ailleurs, la plupart des constitutions s'inspirent de l'un et l'autre modèle de constitution, la descriptive et la normative, et les choix à effectuer comportent des degrés. Même la Constitution non écrite du Royaume-Uni est empreinte d'une certaine philosophie et la Constitution française est fidèle à la réalité des faits. Le Québec ne se trouverait pas nécessairement acculé à choisir, s'il optait pour une constitution écrite, entre l'héritage britannique, d'une part, et les traditions américaine ou française, d'autre part. De toute façon, ce sont tous là des héritages auxquels il peut prétendre sans se renier ; entre l'évolution insensible et l'esprit réformateur, il doit bien exister quelque juste milieu. Cependant, il n'est pas vain de se rappeler que la rédaction d'une constitution peut déclencher à l'occasion des mouvements réformateurs dont on ne soupçonne pas l'aboutissement, parfois contraire à l'objectif recherché.

D'aucuns voient dans l'adoption d'une constitution la panacée aux maux sociaux ou politiques du moment, voire de l'avenir. On surestime de la sorte les vertus des règles constitutionnelles. Georges Burdeau dénonçait là,

²⁷Bastid, *supra*, note 23 à la p. 3.

d'ailleurs, une illusion, à une époque où l'unité du système juridique fondé sur la constitution était remise en question par la diversification des pouvoirs de fait ; en outre, était-il amené à observer, la prolifération des grandes déclarations de principes les faisait sombrer dans l'indifférence et le rôle accru de l'État entraînait l'assimilation des gouvernants et des gouvernés, ainsi que la décroissance du rôle des constitutions en tant que statut délimitation des pouvoirs, de sorte que celles-ci ne pouvaient plus jouer leur rôle traditionnel.²⁸ Pourquoi alors cet engouement des États, en particulier des nouveaux, pour l'établissement d'une constitution ? Sans doute est-il dû à ce que toute société politiquement jeune éprouve le besoin d'affermir sa démarche en définissant ses priorités et en mobilisant les énergies en conséquence. Bastid fait observer avec raison que ce mouvement est sain, puisqu'il correspond à une volonté de mise en ordre des rapports sociaux ; même dans les États où les constitutions se sont révélées fragiles, on continue de leur reconnaître une valeur propre. Il ajoute, cependant, que la constitution n'est pas toute la vie politique d'un pays, qu'elle n'est en réalité qu'une superstructure :

La constitution n'est pas la source du droit national. Elle n'en est que le cadre extérieur momentané. [...] Au-dessous des institutions coiffant le commerce juridique, les courants déjà établis pour les relations des citoyens continuent à jouer leur rôle. Celui des constituants demeure au contraire limité. C'est dire que les rédacteurs des textes fondamentaux ne doivent pas s'exagérer l'importance de leur mission et qu'ils sont tenus à la plus grande modestie.²⁹

3. — Objectifs des constitutions d'États fédérés

En Allemagne fédérale, aux États-Unis et en Suisse, ainsi d'ailleurs qu'en Union soviétique, au Mexique et en Argentine, les États membres se sont, pour la plupart, dotés de constitutions formelles. Celles-ci sont généralement bien connues des citoyens de chaque État membre, mais le sont peu à l'extérieur ; pourtant, il en existe plus de cent cinquante. Les grandes compilations constitutionnelles ne les comprennent pas, mais quelques ouvrages permettent d'avoir accès à la majorité des textes ;³⁰ aux États-Unis,

²⁸G. Burdeau, « Une survivance : la notion de constitution » dans *Mélanges A. Mestre* (1956) à la p. 53 et s.

²⁹Bastid, *supra*, note 23 à la p. 9.

³⁰Pour la confédération helvétique, voir *Armoiries, sceaux, constitutions de la Confédération et des cantons, 1848-1948* (1948) ; pour la République fédérale allemande, voir *Deutsche Verfassungen, Grundgesetz und Deutsche Landverfassungen* (1959) et B. Mirkin-Guetzévitch, *Les Constitutions européennes* (1951) t. 1 à la p. 219 (Bavière) [ci-après : Constitution de l'État libre de Bavière], à la p. 245 (Rhénanie-Palatinat) [ci-après : Constitution de l'État de Rhénanie-Palatinat] ; pour le Mexique, voir M. de la V. de Helguera, *Constituciones vigentes en la Republica Mexicana con las leyes organicas de los territorios federales y del departamento del distrito federal* (1962) t. 2 à la p. 59 et s. ; pour l'Argentine, voir J.P. Ramos, *El derecho público de las provincias argentinas, con el texto de las constituciones sancionadas entre los años 1819*

les répertoires de lois et de jurisprudence des États montrent le rôle important que tiennent ces constitutions dans la vie de tous les jours.³¹ Il n'entre pas dans notre propos de présenter la synthèse d'un *Corpus* aussi diversifié, mais quelques exemples, empruntés aux pays qui nous sont les plus familiers, suffiront à illustrer l'étendue des préoccupations reflétées par les textes.

Comme dans le cas des États souverains, les lois fondamentales des *Länder*, des cantons et des États donnent les règles essentielles qui encadrent les activités politiques et les principes qui informent le fonctionnement des institutions. Le titre de la Constitution du Massachusetts contient une expression bien caractéristique à cet égard : « Form of Government ».

S'est jointe à l'organisation contrôlée du pouvoir l'idée que la constitution a pour objectif d'instaurer la liberté et l'égalité des citoyens. Dans la foulée du *Bill of Rights* anglais, de la Constitution des États-Unis et de la *Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen*, les constitutions de nombreux États membres garantissent ces droits fondamentaux. Cela est vrai de États de l'Union américaine, qui s'inspirent abondamment de leur Constitution fédérale, et de certains membres des autres fédérations ; nous y reviendrons par la suite. Parfois sont inclus des aspects des droits et devoirs qui relèvent de la compétence des États membres, par exemple, en ce qui concerne le mariage et la famille, l'éducation et l'enseignement ainsi que l'administration autonome des communes ou municipalités.³²

Certains États fédérés ont pris conscience de l'importance des droits économiques et sociaux dans les sociétés touchées par l'industrialisation et

e 1913 (1914) t. 2 et 3. Aux États-Unis, la compilation de C. Kettleborough, *The State Constitutions and the Federal Constitution and Organic Laws of the Territories and Other Colonial Dependencies of the United States of America* (1918) a beaucoup vieilli ; il existe des monographies sur la Constitution de quelques États, par exemple R.F. Karsch & P. Elzea, *The Living Constitution : Missouri* (1974) ; voir aussi les répertoires, *infra*, note 31. Pour les dispositions constitutionnelles relatives aux droits de l'homme, l'*Annuaire des droits de l'homme* a établi le relevé de la plupart des constitutions d'États fédérés : O.N.U., *Annuaire des droits de l'homme pour 1946* (1948.XIV.1) à la p. 11 (République fédérale allemande), à la p. 28 (Argentine), à la p. 65 (R.S.S. de Biélorussie), à la p. 140 (États-Unis), à la p. 407 (Suisse), à la p. 457 (R.S.S. d'Ukraine) ; O.N.U., *Annuaire des droits de l'homme pour 1947* (1949.XIV.1) à la p. 4 (R.F.A.), à la p. 63 (Brésil), à la p. 218 (Mexique), à la p. 347 (U.R.S.S.), à la p. 380 (Yougoslavie) ; O.N.U., *Annuaire des droits de l'homme pour 1950* (1952.XIV.1) à la p. 28 (R.F.A.).

³¹*Constitution of the Commonwealth of Massachusetts* dans *Massachusetts General Laws Annotated*, vol. 1 et 2 (1976) [ci-après : *Constitution of Massachusetts*] ; *Constitution of New York* dans *McKinney's Consolidated Laws of New York Annotated*, Book 2 (1982) à la p. 43 [ci-après : *Constitution of New York*] ; *Constitution of the State of California* dans *West's Annotated California Codes*, vol. 1, 2 et 3 (1954) [ci-après : *Constitution of California*].

³²*Constitution of California, ibid.*, art. 9, 11, 20(7) et (8) ; Constitution de l'État libre de Bavière, *supra*, note 30, art. 124-41 ; Constitution de l'État de Rhénanie-Palatinat, *supra*, note 30, art. 23-40, 49 et 50.

l'urbanisation. À l'écoute des citoyens, dont ils sont plus près que ne peuvent l'être les gouvernements fédéraux, ils se sont faits souvent dispensateurs de services sociaux et leurs constitutions ont commencé à refléter les préoccupations et aspirations de la population sous la forme de véritables projets de société, surtout en Europe. C'est ainsi que le titre IV de la Constitution bavaroise est consacré à l'organisation économique, à la propriété et au travail, tandis que la Constitution rhéno-palatine traite des objectifs de l'économie ;³³ dans les deux cas, il s'agit de droit programmatore plutôt que de dispositions impératives, sauf exception.

Enfin, c'est un principe reconnu de façon très générale que les constitutions des États membres sont supérieures à leurs lois ordinaires et priment en cas de contradiction. Aux États-Unis, cette suprématie est implicite et fait partie de la *common law* ;³⁴ ailleurs, en Bavière et en Rhénanie-Palatinat, par exemple, il est prévu expressément que les lois ne sont valides que dans la mesure où elles sont conformes à la Loi fondamentale.³⁵

L'impression d'ensemble que laisse l'étude d'un certain nombre de constitutions d'États membres est de grande diversité, tout comme les constitutions des fédérations qui les regroupent. Elles reflètent souvent, à côté des principes généraux qui sont devenus le patrimoine commun des démocraties, les préoccupations particulières qui correspondent aux besoins et aux aspirations de sociétés distinctes, exprimant de la sorte leur autonomie plus fermement que les lois ordinaires. Ces constitutions ne sauraient donc être réduites à une modèle unique et la leçon qu'on est en mesure d'en tirer est que tout droit, aspiration ou besoin social peut être « constitutionnalisé », si les citoyens estiment qu'il est suffisamment important pour être tenu hors de pair et inspirer la législation de l'État fédéré, dans lequel ils se reconnaissent mieux et dont ils peuvent influencer la loi fondamentale plus directement qu'ils ne sauraient le faire à l'égard de la constitution fédérale.

³³Constitution de l'État libre de Bavière, *supra*, note 30, art. 151-77 ; Constitution de l'État de Rhénanie-Palatinat, *supra*, note 30, art. 53-73.

³⁴Voir, pour le Massachusetts, *In re Opinion of the Justices*, 9 N.E.2d 186, 297 Mass. 577 (1937) ; *Ellison c. Treasurer and Receiver General*, 98 N.E.2d 621, 327 Mass. 310 (1951) ; *Opinion of the Justices*, 256 N.E.2d 420, 357 Mass. 787 (1970). Pour l'État de New York, voir *Arverne Bay Construction Co. c. Thatcher*, 278 N.Y. 222, 15 N.E.2d 587, 117 A.L.R. 1110 (1938) ; *Rathbone c. Wirth*, 150 N.Y. 459, 45 N.E. 15, 34 L.R.A. 408 (1896) [ci-après : *Rathbone*, cité aux N.Y.].

³⁵Constitution de l'État libre de Bavière, *supra*, note 30, art. 65, 76 et 186(2) ; Constitution de l'État de Rhénanie-Palatinat, *supra*, note 30, art. 130(1) et (3), 135a) et 137.

II. — Sources de la Constitution actuelle du Québec

La principale caractéristique du régime politique québécois est d'être parlementaire à la manière britannique et fondé sur de nombreuses sources écrites ou non écrites, lois constitutionnelles ou ordinaires, conventions, coutumes parlementaires, auxquelles on doit encore ajouter, pour avoir une vue complète de sa Constitution, les règles de *common law* reçues dans son droit public, ainsi que les arrêts et avis des tribunaux interprétant les dispositions contenues dans chacune de ces sources.³⁶ Celles-ci demeureraient au moins partiellement pertinentes même dans le cas où le Québec, ayant accédé à l'indépendance sous une forme ou sous une autre, voudrait se donner une constitution d'État souverain. À plus forte raison en est-il ainsi dans l'hypothèse où il choisirait d'adopter une constitution formelle dans le cadre du régime fédéral, fallût-il y rechercher les accommodements rendus nécessaires par les règles ou principes affirmés dans sa nouvelle loi fondamentale.

Dans la mesure où la Constitution québécoise actuelle, en toute hypothèse, est appelée à servir de substrat à la nouvelle, il n'est pas inutile d'en dresser l'inventaire, au moins de façon générale.

1. — Les cadres colonial et fédéral, le parlementarisme et la monarchie

La *Loi constitutionnelle de 1867* établit à la Partie V, intitulée « La Constitution des provinces », ainsi qu'aux articles 91, 92, 93, 95, 96, 98, 133 et dans quelques autres d'importance moindre, le cadre juridique permettant au gouvernement impérial, auquel a succédé l'organe constituant de la Fédération,³⁷ de circonscrire les compétences et activités des provinces. Certains éléments de ce cadre, comme la répartition des compétences et la « charge » de lieutenant-gouverneur, ne peuvent être modifiés que par cet organe constituant ;³⁸ d'autres, comme les pouvoirs de réserve et de désaveu du lieutenant-gouverneur, seraient tombés en désuétude, neutralisés en quelque sorte par l'action des conventions constitutionnelles ;³⁹ d'autres enfin peuvent être modifiés par les provinces, et le Québec a utilisé ce pouvoir à

³⁶Voir W.R. Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas: Essays on the Constitutional History, Public Law and Federal System of Canada* (1981) à la p. 10 ; Jennings, *supra*, note 25 à la p. 66.

³⁷*Supra*, note 19.

³⁸Depuis 1982, l'organe constituant ne comprend plus le Parlement britannique par l'effet de la *Loi de 1982 sur le Canada*, *supra*, note 19, et des conventions constitutionnelles. L'organe constituant est désormais établi par la *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra*, note 19, art. 38-49.

³⁹*Loi constitutionnelle de 1867*, *supra*, note 19, art. 55, 56 et 90. Sur la question de la désuétude, voir Chevrette et Marx, *supra*, note 15 à la p. 25 ; Tremblay, *supra*, note 1 à la p. 107 ; Hogg, *supra*, note 24 à la p. 10 n. 38.

diverses reprises, par exemple en vue d'abolir le Conseil législatif (ancienne Chambre haute) en 1968.⁴⁰

Du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, déjà mentionné, aux termes duquel l'Union fédérale est régie par une constitution semblable en principe à celle du Royaume-Uni, et des dispositions intangibles relatives au lieutenant-gouverneur, on a conclu que les principes même du régime parlementaire font partie de la Constitution du Québec ou, à tout le moins, du cadre dicté par les constituants depuis quelque 215 ans.⁴¹ Il existe en effet de nombreux arguments en faveur de cette thèse, dont le moindre n'est pas que l'article 65 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'autorise les provinces à supprimer ou modifier les « pouvoirs, autorité et fonctions » du lieutenant-gouverneur, que dans la mesure où ils n'ont pas été établis, par une loi du Parlement britannique. Or, précisément, la plupart de ces pouvoirs et fonctions sont définis dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, aux articles 58 et suivants, et l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982* — autre loi britannique — n'autorise des modifications à la « charge » de lieutenant-gouverneur que du consentement unanime des organes législatifs fédéral et provinciaux. Si l'on considère le rôle juridique du personnage en tant que représentant du Souverain et chef de l'Exécutif — même s'il n'est dans la réalité, sauf circonstances exceptionnelles, qu'un soliveau — ainsi que les conventions constitutionnelles, comme la responsabilité ministérielle, l'immutabilité du régime parlementaire ne peut qu'en paraître renforcée. Certains projets d'instauration du régime présidentiel au Québec, sur lesquels nous reviendrons, rencontreraient donc plus d'un obstacle. De même, tant et aussi longtemps que le Québec demeure État membre de la Fédération canadienne, la monarchie elle-même ne se trouve-t-elle pas en châtée dans ses institutions ?⁴²

Se trouvent également intégrés en droit constitutionnel du Québec plusieurs documents fondamentaux du droit britannique, tels que la *Magna Carta* de 1215, la *Petition of Rights* de 1628, le *Bill of Rights* de 1689 et l'ensemble des lois constitutionnelles énumérées à l'annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ainsi que d'autres lois britanniques, dans la mesure

⁴⁰*Loi concernant le Conseil législatif*, L.Q. 1968, c. 9.

⁴¹Tremblay, *supra*, note 1 à la p. 35.

⁴²La « charge » de Reine, comme celles de gouverneur général et de lieutenant-gouverneur, ne peut être modifiée que du consentement unanime des deux chambres du Parlement fédéral et des Législatures provinciales. Voir *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra*, note 19, art. 38, 41 et 43.

où elles portent sur le Québec.⁴³ Certaines de ces lois ne sont pas sans importance, comme l'Acte de Québec, au chapitre de la sauvegarde du droit privé d'origine française. Mentionnons également que certains traités, lois et jugements impériaux demeurent pertinents pour la délimitation des frontières du Québec.⁴⁴

La dernière loi constitutionnelle britannique, le *Canada Act* de 1982, contient en outre, sous la forme d'une Charte des droits et libertés, des dispositions auxquelles il ne peut être dérogé,⁴⁵ sauf en ce qui concerne les articles relatifs aux libertés fondamentales, à certaines « garanties juridiques » (sécurité de la personne, perquisitions, arrestation, détention, emprisonnement, etc.) et à l'égalité devant la loi.⁴⁶ On sait que l'Assemblée nationale du Québec, ayant adopté sa propre *Charte des droits et libertés*⁴⁷ et protesté contre les méthodes adoptées par le pouvoir fédéral pour lui imposer la *Loi constitutionnelle de 1982*, a décidé de soustraire les lois du Québec à l'application de ces parties de la *Charte canadienne*.⁴⁸ En outre, d'autres dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982* subordonnent l'entrée en vigueur des dispositions sur la langue d'instruction à l'autorisation de l'Assemblée ou du gouvernement du Québec;⁴⁹ ce consentement a été refusé et la législation québécoise prévoit qu'il ne saurait être donné par le

⁴³R.M. Dawson, *The Government of Canada*, 5e éd. par N. Ward (1970) à la p. 62. L'auteur estime qu'une centaine de lois britanniques s'appliquaient au Canada à cette époque. Les lois applicables au Québec sont moins nombreuses. À ce sujet, voir L. Patenaude, *Compilation des lois québécoises de nature constitutionnelle* (1967), rapport préparé par l'Institut de recherche en droit public à l'intention du Comité de la constitution. Voir *Comité de la constitution, supra*, note 6 (28 novembre 1968) à la p. 545.

⁴⁴Voir par exemple, *Convention as to Boundaries, Suppression of Slave Trade, and Extradition* (Webster-Ashburton Treaty) du 9 août 1842 (United States - Great Britain) dans W.M. Malloy, *Treaties, Conventions, International Acts, Protocols and Agreements Between the United States of America and Other Powers 1776-1909*, vol. 1 (1910) à la p. 650, art. 1; *An Act for the Settlement of the Boundaries Between the Provinces of Canada and New Brunswick, 1851* (R.-U.), 14 & 15 Vict., c. 63; *An Act to Declare the Boundaries of the Province of Ontario in the Dominion of Canada, 1889* (R.-U.), 52 & 53 Vict., c. 28; *Re Labrador Boundary* (1927), [1927] 2 D.L.R. 401 (P.C.). Voir J. Brossard et al., *Le territoire québécois* (1970) aux pp. 18, 25, 33, 116 et 124; H. Dorion, *La frontière Québec - Terre-Neuve : contribution à l'étude systématique des frontières* (1963) aux pp. 46, 56, et 60. J.-Y. Morin, « Les caux territoriales du Canada au regard du droit international » (1963) 1 A.C.D.I. 82 aux pp. 92 et 123. Voir aussi Québec, Ministère des terres et forêts, *Rapport de la Commission d'étude sur l'intégrité du territoire du Québec : 2. La frontière Québec - Ontario* (Président : H. Dorion) (mars 1970); Québec, Ministère des terres et forêts, *Rapport de la Commission d'étude sur l'intégrité du territoire du Québec : 3. La frontière du Labrador* (Président : H. Dorion) t. 1 et 2 (août 1971).

⁴⁵*Loi de 1982 sur le Canada, supra*, note 19, art. 2; *Loi constitutionnelle de 1982, supra*, note 19, art. 52(1).

⁴⁶*Loi constitutionnelle de 1982, ibid.*, art. 2, 7-15 et 33.

⁴⁷*Charte des droits et libertés, supra*, note 2.

⁴⁸*Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, c. 21 art. 1, 2 et 5.

⁴⁹*Loi constitutionnelle de 1982, supra*, note 19, art. 23(1)(a) et 59.

gouvernement sans l'assentiment de l'Assemblée nationale.⁵⁰ Jusqu'à nouvel ordre, cet ensemble de dispositions établit l'aire d'autonomie du Québec dans la rédaction d'une constitution écrite qui traiterait des droits de la personne et de la langue d'enseignement. En matière de droits et libertés, en particulier, la Charte du Québec (qui pourrait être intégrée partiellement ou complètement dans la Constitution) peut traiter des mêmes sujets que la *Charte canadienne* et même accroître la protection accordée par celle-ci — elle le fait d'ailleurs à quelques reprises — mais, dans la mesure où la *Charte canadienne* s'applique au Québec, la *Loi constitutionnelle de 1982* lui accorde la primauté en cas de conflit,⁵¹ à moins que la Charte du Québec ne soit plus généreuse (dans ce cas, celle-ci aurait préséance en ce qui concerne le droit québécois).

2. — *Lois ordinaires à portée constitutionnelle*

Outre les lois britanniques, il existe des lois fédérales adoptées en vertu de compétences reconnues dans les lois constitutionnelles, comme la *Loi sur la citoyenneté*⁵² et la *Loi sur la Cour suprême*,⁵³ qui, bien que ne faisant partie ni de la Constitution formelle du Canada, ni de la Constitution du Québec, conditionnent néanmoins l'exercice des pouvoirs et ne sauraient être modifiées par une loi du Québec. En revanche, de nombreuses lois du Québec, qualifiées parfois d'« organiques », pourraient faire partie d'emblée d'une telle constitution, du moins pour l'essentiel, comme la *Charte des droits et libertés de la personne*,⁵⁴ la *Charte de la langue française*,⁵⁵ la *Loi sur l'Exécutif*,⁵⁶ la *Loi sur l'Assemblée nationale*,⁵⁷ et la *Loi électorale*.⁵⁸ Outre ces lois, il s'en trouve de moins importantes qui pourraient néanmoins comporter quelques éléments dignes de figurer dans une constitution écrite ; l'inventaire dressé par Luce Patenaude en relève un certain nombre.⁵⁹

3. — *Conventions constitutionnelles*

De multiples conventions constitutionnelles d'origine britannique, canadienne ou québécoise font partie de la Constitution non écrite du Québec. Ces normes de conduite, dont certaines sont fort anciennes, entourent et

⁵⁰*Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982, supra*, note 48.

⁵¹*Loi constitutionnelle de 1982, supra*, note 19, art. 52(1).

⁵²*Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, c. 108.

⁵³*Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, c. S-19. Cependant, la Cour suprême fait l'objet de dispositions constitutionnelles spécifiques : *Loi constitutionnelle de 1982, supra*, note 19, art. 41(d) et 42(1)(d).

⁵⁴*Charte des droits et libertés, supra*, note 2.

⁵⁵*Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11.

⁵⁶*Loi sur l'Exécutif*, L.R.Q., c. E-18.

⁵⁷*Loi sur l'Assemblée nationale*, L.Q. 1982, c. 62, L.R.Q., c. A-23.1.

⁵⁸*Loi électorale*, L.R.Q., c. E-3.

⁵⁹Voir Patenaude, *supra*, note 43.

conditionnent l'exercice du pouvoir exécutif en particulier ; comme l'a écrit Jennings, elles fournissent « la chair qui habille les os secs de la loi ». ⁶⁰ Elles sont obligatoires pour leurs destinataires, le monarque et les hommes politiques ; toutefois, les tribunaux, s'ils peuvent en constater l'existence, ne sont pas en mesure de les faire respecter par des sanctions légales. ⁶¹ Elles s'imposent néanmoins en s'appuyant sur les précédents, la force du principe de légitimité et de la tradition démocratique qu'un auteur italien a appelé de façon si heureuse « les Génies invisibles de la Cité ». ⁶² Telles sont, par exemple, les règles voulant que la Reine (ou son représentant, le lieutenant-gouverneur) appelle à former le gouvernement le chef du parti majoritaire, ou que celui-ci n'a le droit de demeurer en place que la mesure où il a la confiance de l'Assemblée nationale, ou encore que les ministres sont collectivement et individuellement responsables devant l'Assemblée de la gestion des affaires de l'État ou de leur ministère, selon le cas.

4. — Règles coutumières

Les règles de *common law*, d'origine judiciaire, constituent également une source du droit public québécois, particulièrement pour ce qui touche les libertés fondamentales ⁶³ et l'exercice de la prérogative royale. Leur « réception » au Québec remonte aux années 1759 et 1760 en vertu du droit international et du droit britannique en vigueur à l'époque. ⁶⁴ Ajoutons que l'origine de ces règles est souvent coutumière, certains usages immémoriaux et d'application ininterrompue étant devenus obligatoires et reconnus comme tels par les tribunaux. Leur codification est théoriquement possible, mais elle exigerait sûrement des recherches approfondies, en vue de déterminer leur existence en tant que règles, à moins que l'on n'étudie plutôt — ou concurremment — la possibilité d'inclure dans la Constitution écrite du Québec certains usages non obligatoires, tels ceux qui ont trait aux conditions dans lesquelles un ministre doit démissionner, ou au droit de parole étendu reconnu au chef de l'Opposition. Il n'est pas sûr, cependant, qu'il soit opportun de codifier les coutumes et usages constitutionnels, car ils permettent, selon les termes de la Cour suprême, « d'assurer que le cadre

⁶⁰« [...] the flesh which clothes the dry bones of the law. » Voir Jennings, *supra*, note 25 à la p. 81 ; voir aussi aux pp. 83 et 85.

⁶¹Dans l'affaire de la Loi relative à l'expédition des décisions provinciales d'ordre constitutionnel (1981), [1981] 1 R.C.S. 753 à la p. 880, 125 D.L.R. (3d) 1, 39 N.R. 1 [ci-après : *Décisions*, cité aux R.C.S.].

⁶²G. Ferrero, *Pouvoir : les génies invisibles de la Cité* (1942).

⁶³Voir par exemple la liberté de parole : *Switzman c. Elbling* (1957), [1957] R.C.S. 285 à la p. 306, 7 D.L.R. (2d) 337.

⁶⁴Tremblay, *supra*, note 1 à la p. 18. Certains auteurs retiennent plutôt la date de la Proclamation royale du 7 octobre 1763 : Chevette & Marx, *supra*, note 15 à la p. 7 ; Hogg, *supra*, note 24 à la p. 296 ; mais voir Forest, *supra*, note 1 aux pp. 10-3.

juridique de la Constitution fonctionnera selon les principes ou les valeurs constitutionnelles dominantes de l'époque ». ⁶⁵

5. — Arrêts judiciaires

Enfin, les arrêts de principe des tribunaux impériaux, fédéraux ou provinciaux, interprétant le droit constitutionnel — lois, conventions et coutumes — ou décidant de la conformité à ce droit des actes législatifs, exécutifs ou administratifs des deux niveaux de gouvernement, constituent une source capitale du droit public québécois. Ces précédents judiciaires ne font, en théorie, qu'interpréter le droit, mais ils peuvent, dans les faits, en modifier le sens ou en infléchir la portée. C'est là une matière abondante, parfois controversée, comme le fut et l'est encore, au Canada anglais, la jurisprudence du Comité judiciaire du Conseil privé fixée notamment sous l'égide de Lord Watson et de Lord Atkin, laquelle avait interprété les lois constitutionnelles d'une manière favorable à l'autonomie des provinces et à celle du Québec en particulier. Quelques points de repère bien connus suffiront à illustrer ce propos et à marquer l'importance qu'il y aurait à appuyer la Constitution écrite et formelle sur un certain nombre de principes fondamentaux explicités au cours des années par le pouvoir judiciaire.

L'arrêt *Hodge c. The Queen* (1883) établit le principe que les pouvoirs des provinces ne sont pas exercés par délégation du Parlement impérial, mais en vertu d'une autorité aussi complète et aussi étendue, dans les domaines de leur compétence, que celle que ce Parlement, dans la plénitude de ses attributions, possédait et pouvait leur conférer. ⁶⁶ Le même raisonnement est poussé plus loin dans l'affaire *Maritime Bank c. The Receiver General of New Brunswick* (1892), alors qu'il est clairement affirmé par le Conseil privé qu'une assemblée législative n'est pas subordonnée au Parlement canadien, mais possède des pouvoirs « exclusifs et souverains » dans la sphère de ses compétences ; de même, le lieutenant-gouverneur, chef de l'Exécutif provincial, représente tout aussi bien le Roi pour les fins provinciales que le gouverneur général le représente pour les fins fédérales, ce qui signifie que le pouvoir exécutif des provinces n'est en aucune façon subordonné au gouvernement fédéral et qu'il est aussi étendu que leur autonomie législative. ⁶⁷ À défaut de ces arrêts, il n'est pas impossible que la conception centralisatrice de fédéralisme canadien se fût donnée libre cours et que le Québec n'exercerait plus aujourd'hui que des compétences déléguées par le pouvoir fédéral ; celui-ci feint d'ailleurs de les ignorer à l'occasion. De la

⁶⁵Décisions, *supra*, note 61, à la p. 880.

⁶⁶*Hodge c. The Queen* (1883), 9 A.C. 117 à la p. 132, 50 L.R. 301 (P.C.).

⁶⁷*Maritime Bank c. The Receiver General of New Brunswick* (1892), [1892] A.C. 437 à la p. 443 (P.C.) [ci-après : *Maritime Bank*]. Voir aussi *Bonanza Creek Gold Mining Co. c. The King* (1916), [1916] 1 A.C. 566, [1916-17] All E.R. 977 (P.C.).

même façon, c'est le Conseil privé qui, dans l'affaire des *Conventions sur le Travail* (1937), a empêché le gouvernement fédéral de s'appuyer sur la conclusion d'un traité pour autoriser le Parlement à s'immiscer dans les compétences des provinces.⁶⁸ Avant que cet arrêt ne soit complètement remis en question par la Cour suprême du Canada,⁶⁹ il est légitime de se demander s'il ne serait pas utile que le Québec rappelât le prix qu'il attache à ce précédent judiciaire en lui faisant une place dans sa Constitution écrite. Tant s'en faut, d'ailleurs, que la jurisprudence soit toujours aussi favorable au Québec et ce ne sont là que quelques exemples de l'importance de cette source de droit, sans laquelle les règles issues des lois constitutionnelles ou ordinaires, des conventions et des coutumes, ne seraient ni complètes, ni sûres.

La Constitution actuelle du Québec comporte donc déjà de multiples normes d'origines diverses et ce n'est certes pas l'absence de règles qui inviterait à l'adoption d'une Constitution formelle. Au contraire, dans le cadre juridique qui est aujourd'hui celui du Québec, la rédaction d'une telle Loi fondamentale, quelle que soit l'ampleur qu'on veuille lui donner, consisterait en partie dans la codification de règles existantes et leur mise en ordre, ainsi que dans l'établissement d'une hiérarchie entre les normes. On peut se demander, cependant, s'il est opportun d'entreprendre une telle démarche et quelles parties de la Constitution existante gagneraient à être « formalisées » de la sorte ou complétées, au besoin, par de nouvelles règles.

III. — Opportunité et contenu possible d'une constitution formelle

1. — Le principe de la suprématie

Dans la plupart des pays, l'idée de constitution entendue au sens formel est inséparable de la notion de suprématie ou de supériorité. La constitution, écrit un auteur belge, est « la loi des lois ». ⁷⁰ Celles-ci et les actes des détenteurs du pouvoir doivent s'y conformer à peine de nullité ou, à tout le moins, de non-application. Cette règle se retrouve explicitement ou implicitement dans presque toutes les constitutions modernes. L'énoncé le plus connu est sans doute celui des États-Unis, selon lequel la Constitution est « la loi suprême du pays ». ⁷¹ Pareille règle n'apparaît pas dans les constitutions des États membres de l'Union américaine — du moins de celles que nous avons pu consulter — mais les tribunaux ont prononcé à maintes

⁶⁸*A.G. Canada c. A.G. Ontario* (1937), [1937] A.C. 326 (P.C.) [ci-après : *Conventions sur le Travail*].

⁶⁹Voir *MacDonald c. Vapor Canada Ltd* (1976), [1977] 2 R.C.S. 134, 7 N.R. 477 et *Schneider c. La Reine* (1981), [1982] 2 R.C.S. 112, 43 N.R. 91.

⁷⁰R. Wilkin, *Dictionnaire du droit public* (1963) à la p. 97.

⁷¹*Constitution of the United States of America*, dans Kettleborough, *supra*, note 30, art. 6.

reprises que ces instruments sont fondamentaux et lient tous les organes de l'État, législatif, exécutif ou judiciaire.⁷² Sans doute ne l'a-t-on mieux exprimé que dans l'arrêt d'un tribunal de l'État de New York à propos de l'application de la Constitution de cet État :

Une constitution écrite doit être interprétée comme la loi suprême du pays, selon son esprit et l'intention de ses rédacteurs, indiqués par ses termes. En ce sens, elle est tout aussi obligatoire pour la législature que pour les autres services du gouvernement ou les citoyens individuels.⁷³

Si tel est le cas et si, comme l'écrit Jennings, l'existence d'une constitution *écrite* entraîne une distinction fondamentale entre le droit constitutionnel et le reste du droit, entre les normes contenues *dans* la Constitution et les règles adoptées *en vertu* de celle-ci,⁷⁴ il devient capital, en premier lieu, d'affirmer clairement le principe de la suprématie, de préférence dans la Constitution elle-même et, en second lieu, de choisir avec soin les normes existantes qui « méritent » en quelque sorte d'être enchâssées, ainsi que celles qu'il convient d'y ajouter pour en faire un tout cohérent.

On n'a guère l'habitude de ce principe dans les pays où le droit public dérive des institutions britanniques et de la *common law*, sauf dans la mesure où le système colonial et le fédéralisme ont imposé la hiérarchie des normes. Les États australiens ont chacun adopté leur *Constitution Act*, mais il s'agissait de lois ordinaires, modifiables à la majorité simple, sauf là où l'application de la législation impériale imposait des limites à ce pouvoir d'amendement.⁷⁵ Quant à la seule province canadienne qui se soit dotée nommément d'un *Constitution Act*, la Colombie-Britannique, elle n'a pas cru bon d'y inclure une disposition affirmant la supériorité de cette loi sur les autres.⁷⁶

Le Québec a conféré à sa *Charte des droits et libertés* une certaine supériorité, en ce sens qu'aucune loi n'y peut déroger, à moins qu'elle n'énonce expressément que telle est l'intention du législateur.⁷⁷ C'est là une forme mitigée de prépondérance qui pourrait être retenue si le législateur estimait

⁷²Voir la jurisprudence, *supra*, note 34.

⁷³*Rathbone*, *supra*, note 34 à la p. 484 :

A written constitution must be interpreted as the paramount law of the land according to its spirit and the intent of its framers, as indicated by its terms. In this sense it is just as obligatory upon the legislature as upon other departments of the government or upon individual citizens.

⁷⁴Jennings, *supra*, note 25 aux pp. 63-4.

⁷⁵R.D. Lumb, *The Constitutions of the Australian States*, 2e éd. (1965) aux pp. 49, 106 et 108. Voir *McCawley c. The King* (1920), [1920] A.C. 691, 123 L.R. 177 (P.C.) [ci-après : *McCawley*, cité aux A.C.].

⁷⁶*Constitution Act*, R.S.B.C. 1979, c. 62, telle que modifiée par S.B.C. 1980, c. 35, art. 3.

⁷⁷*Charte des droits et libertés*, *supra*, note 2.

inoportun pour l'instant d'adopter dans une nouvelle constitution la suprématie intégrale. À l'heure actuelle, le seul exemple d'une telle affirmation dans la législation des provinces est celle qui se trouve à l'article 1(2) du *Human Rights Act* de l'Île-du-Prince-Édouard, aux termes duquel cette loi « est réputée l'emporter sur toutes les autres lois de cette province ». ⁷⁸ Si le principe en était retenu, on pourrait s'inspirer de la rédaction de cet article ou de celle qu'on peut trouver dans les constitutions de divers États fédérés, comme celle du *Land* rhéno-palatin, selon laquelle toute personne a le droit de contester la constitutionnalité d'une loi ou d'un acte administratif, à l'occasion de toute procédure devant les tribunaux, tant ordinaires qu'administratifs. ⁷⁹

2. — Concision ou prolixité ?

La diversité des constitutions d'États membres démontre qu'il n'existe aucune règle quant à leur contenu. Jennings, qui a assisté plus d'un constituant, écrit qu'elles peuvent contenir autant ou aussi peu qu'on l'estime souhaitable ; l'expérience lui avait d'ailleurs enseigné que le choix des règles posait un véritable dilemme. ⁸⁰ Et tout d'abord, convient-il que l'instrument soit rédigé succinctement, à la française (92 articles), ⁸¹ ou de façon détaillée, comme en Inde (395 articles) ? ⁸² Paradoxalement, il arrive qu'une constitution d'État soit beaucoup plus longue que celle de la Fédération dont il est membre : la Constitution de la Californie compte 75 000 mots contre 7 500 pour la Constitution des États-Unis ! ⁸³

La prolixité n'est guère compatible avec la vocation éducative que l'on peut attendre d'une loi fondamentale. Le dernier article de la Constitution de l'État de Bavière prévoit qu'avant la fin de leur scolarité obligatoire, « tous les élèves recevront un exemplaire de la présente Constitution » ; comme il s'agit du dernier et 188^e article, peut-être les rédacteurs n'ont-ils pas fait preuve d'un grand sens pédagogique.

⁷⁸« [...] deemed to prevail over all other laws of this province. » *Human Rights Act*, S.P.E.I. 1975, c. 72, art. 1(2).

⁷⁹Constitution de l'État de Rhénanie-Palatinat, *supra*, note 30, art. 130 et 135.

⁸⁰Jennings, *supra*, note 25 aux pp. 35 et 37.

⁸¹*Constitution du 4 octobre 1958*, dans C. Debbasch & J.-M. Pontier, *Les Constitutions de la France* (1983) à la p. 277.

⁸²H.M. Seervai, *Constitutional Law of India : A Critical Commentary*, 3^e éd. (1983) à la p. A-1 et s.

⁸³W.H. Palmer & P.L. Selvin, « The Development of Law in California » dans *West's Annotated California Codes*, vol. 1, *supra*, note 31 à la p. 27.

3. — *Contenu possible d'une constitution formelle*

Si donc il existe de bonnes raisons de rédiger un document succinct et de n'y inclure que les normes ou principes fondamentaux, dignes de se voir conférer la supériorité par rapport à l'ensemble des lois, les choix de contenu n'en sont pas facilités pour autant. À coup sûr, un jugement d'opportunité devra intervenir dans de nombreux cas et de larges consultations devront avoir lieu auprès des citoyens avant d'en arriver à un document qui exprime l'essentiel des valeurs du milieu et les garanties individuelles ou collectives qui y sont revendiquées. Dans cette démarche, outre le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, qu'il conviendrait de rappeler dans le préambule, il y a lieu de distinguer cinq domaines que comprendrait une nouvelle constitution : les institutions fondamentales, les droits et libertés, les droits socio-économiques, les droits collectifs et l'application du droit international.

A. — Institutions fondamentales

La partie descriptive d'une nouvelle constitution québécoise, consacrée avant tout aux principaux organes de l'État et au statut de leurs pouvoirs, serait sans doute moins malaisée à rédiger que la partie normative, au sens où nous avons employé ces mots plus haut. L'abondance des sources écrites et non écrites, des lois, des conventions et des coutumes concernant les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire offrirait plutôt au codificateur l'embaras du choix. Sur certains points, cependant, ce pourrait être l'occasion de combler quelques lacunes ou imprécisions ayant trait au fonctionnement des institutions. C'est ainsi que la convention constitutionnelle selon laquelle la défaite en Chambre d'une mesure gouvernementale entraîne la chute du gouvernement, s'est avérée un facteur d'instabilité chronique au Parlement canadien, aux époques de gouvernement minoritaire en particulier. Soulevant cette question devant le Comité de la constitution en 1969, Bonenfant avait évoqué la possibilité de pallier ces difficultés dans une future constitution du Québec en modifiant cet aspect de la convention sur la responsabilité ministérielle pour la limiter à des cas précis :

[J]’établirais, dans des textes qui feraient partie de la constitution fondamentale, les circonstances dans lesquelles la responsabilité doit jouer [. . .]. [La question] se poserait à chaque fois que le gouvernement consentirait à la poser [. . .]. Le gouvernement dirait : Messieurs, si la mesure est repoussée, [. . .] c’est comme si nous étions défaits. [. . .] [L]a responsabilité joue et vous vous exposez à [. . .] des élections [. . .].⁸⁴

⁸⁴Voir *Commission de la Constitution*, *supra*, note 6 aux pp. 3030 et 3031.

On aura reconnu la « question de confiance », telle qu'elle est pratiquée dans plusieurs démocraties occidentales, et notamment en France.⁸⁵ L'adoption d'une constitution pourrait être l'occasion de réexaminer de la sorte certaines conventions à la lumière du droit comparé, en vue de rendre le fonctionnement des institutions plus stable ou plus efficace, sans pour autant porter atteinte aux principes fondamentaux du parlementarisme. Toutefois, toute convention n'est pas nécessairement bonne à codifier car elle devient alors justiciable des tribunaux et sujette à des interprétations qui pourraient en diminuer la souplesse.

Les choses seraient plus ardues si l'on projetait d'écarter le régime parlementaire en faveur d'un régime de type présidentiel ou présidentiel-parlementaire. Il est probable, en effet, comme nous l'avons indiqué ci-dessus, qu'un tel projet mettrait en cause le statut et les fonctions du lieutenant-gouverneur. Celui-ci remplit un rôle charnière dans le système fédéral : il participe légalement aux pouvoirs exécutif et législatif, en dépit du fait que les conventions aient réduit rigoureusement les fonctions que lui confèrerait à l'origine le *B.N.A. Act*.⁸⁶ La jurisprudence du Conseil privé montre que toute tentative de le priver de son pouvoir légal — en réalité neutralisé par les conventions — fût-ce au profit de la population consultée par référendum, est *ultra vires* et donc vouée à l'échec.⁸⁷ Or, si le Québec voulait passer au régime présidentiel, le rôle clé du président ne pourrait être tenu que par le lieutenant-gouverneur, par un nouveau personnage politique ou par le Premier ministre. Dans le premier cas, le lieutenant-gouverneur devrait être élu, ce qui transformerait profondément sa « charge » et son mode de nomination, changements qui ne sauraient être effectués sans qu'on ait recours à l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (règle de l'unanimité) ; dans le deuxième cas, si le président était élu au suffrage universel et n'était pas responsable devant l'Assemblée, de qui le lieutenant-gouverneur prendrait-il l'avis, s'il survenait un conflit entre les deux pouvoirs : du président ou du chef de la majorité parlementaire ? Enfin, dans le dernier cas, si le Premier ministre prenait le titre de président tout en demeurant responsable devant la Chambre, le changement serait de forme plutôt que de fond et le lieutenant-gouverneur pourrait conserver intégralement ses fonctions.

⁸⁵Voir *Constitution du 27 octobre 1946*, art. 49 dans Debbasch & Pontier, *supra*, note 81 à la p. 252 ; *Constitution de 1958*, art. 49 al. 3, dans Debbasch & Ponthier, *ibid.* à la p. 287. Voir aussi G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel* (1949) à la p. 461. Il va de soi que l'adoption dans la Constitution de la question de confiance laisserait intacte la motion de censure prévue au *Règlement de l'Assemblée nationale du Québec*, art. 24. Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats : Règlement de l'Assemblée nationale du Québec*, 2e sess., 30e Lég. (21 mars 1974) à la p. 123.

⁸⁶Sur ce point, voir Tremblay, *supra*, note 1 à la p. 15.

⁸⁷*In re Initiative and Referendum Act* (1919), [1919] A.C. 935, 48 D.L.R. 18 (P.C.) [ci-après : *Initiative*].

Quoi qu'il en soit des aspects juridiques de la question, l'instauration du régime présidentiel dans le Québec d'aujourd'hui, partie intégrante d'une fédération gouvernée selon le régime parlementaire, n'est pas sans soulever des problèmes d'opportunité du point de vue de la science politique. La discussion qui eut lieu sur ce point en 1969 au Comité de la constitution, entre l'actuel Premier ministre, à ce moment-là membre de l'Opposition, et M. Bonenfant, mérite de retenir l'attention. Celui-ci n'était guère favorable au régime présidentiel, mais il l'estimait conciliable avec le système fédéral, « parce que précisément, la caractéristique du fédéralisme devrait être de permettre aux parties composantes de se réaliser comme elles le veulent » et il ajoutait qu'il imaginait volontiers le Québec doté d'institutions politiques différentes de celles du Canada, même s'il ne le croyait pas opportun.⁸⁸ Au contraire, René Lévesque, bien que reconnaissant les mérites du régime présidentiel, n'était pas sans percevoir les difficultés qu'il pouvait soulever dans le contexte québécois et canadien de l'époque :

[Le Président,] qui est à la fois chef du gouvernement et chef d'État, [. . .] a le contrôle de l'exécutif. [. . .] [E]st-ce conciliable avec un régime fédéral tel que celui dans lequel nous sommes ? [. . .] [E]st-il concevable que le gouvernement central ait un régime [. . .] pendant qu'une partie aussi importante qu'un état ou une province [. . .] a un régime institutionnel totalement différent ? [. . .] [S]i le Québec opte pour [le régime présidentiel], [. . .] il y a un homme et son groupe qui représentent, comme personne d'autre, l'ensemble de la population du Québec [. . .] en parallèle avec un autre régime qui, lui, maintient le parlementarisme et dont la représentativité est complètement différente [. . .]. Vous avez vraiment un symbolisme d'une force extraordinaire vis-à-vis d'une représentativité complètement diffuse.⁸⁹

On pourrait ajouter que les Québécois pratiquent le régime parlementaire depuis 1791, qu'ils l'ont depuis longtemps acclimaté, et que ce n'est certes pas là l'aspect des systèmes colonial ou fédéral qui les a le plus desservis. La réalisation d'une telle réforme serait facilitée, de toute évidence, par l'accession du Québec à la souveraineté, mais, dans ce cas, l'opportunité du passage au régime présidentiel ne saute pas davantage aux yeux, compte tenu de tous les autres changements fondamentaux qui interviendraient dans les compétences de l'État ; de toute façon, ce projet ne devrait pas constituer une priorité.

⁸⁸Voir *Commission de la Constitution*, *supra*, note 6 à la p. 3038 ; voir également aux pp. 3022, 3034, 3044 et 3046.

⁸⁹*Ibid.* aux pp. 3037 et 3038.

B. — Droits et libertés

Les droits et libertés des personnes sont « constitutionnalisés » dans bon nombre d'États membres de fédérations : ils y jouissent à la fois de la suprématie et de la protection du mode d'amendement applicable à l'ensemble de la constitution. La tradition en est venue de la philosophie humanitaire du dix-huitième siècle et la technique, très tôt des États-Unis, où certains États avaient adopté des *Bill of Rights* avant même l'adoption de la Constitution fédérale ; elle a essaimé en Europe à la faveur du *Bill of Rights* de Virginie, qui inspira les rédacteurs des Déclarations françaises de 1789 et de 1793,⁹⁰ celle-ci, à son tour, étant imitée largement dans les développements constitutionnels modernes,⁹¹ avant que l'O.N.U. n'adopte la *Déclaration universelle des droits de l'homme* en 1948.

Dès avant la Première Guerre mondiale, le répertoire des droits et libertés était devenu classique dans les États européens. Il fut étendu aux droits sociaux, auxquels nous reviendrons, après 1918. C'est à cette époque qu'apparaissent dans les lois fondamentales des *Länder* allemands les chapitres consacrés aux droits et devoirs fondamentaux, qu'on retrouve aujourd'hui dans chaque constitution de *Land*.⁹² Celle de l'État libre de Bavière en constitue un bon exemple : la dignité de la personne humaine et la liberté individuelle sont inviolables et les limitations des droits fondamentaux ne sont admises que si la morale, la santé et la sécurité l'exigent impérieusement ; la Cour des litiges constitutionnels est tenue de déclarer nulle toute loi qui restreindrait l'un de ces droits à l'encontre de la Constitution.⁹³ On s'est demandé s'il était vraiment utile que les États membres adoptent de telles dispositions constitutionnelles puisqu'aussi bien les constitutions fédérales garantissent déjà, pour la plupart, les droits et libertés des citoyens. Cependant, outre que les garanties offertes par les États fédérés sont parfois antérieures aux dispositions fédérales, ils ont choisi, notamment aux États-Unis, de se donner leur propre charte des droits, les constituants estimant sans doute qu'une protection supplémentaire au niveau de chaque État n'était pas superflue.⁹⁴ À plus forte raison cet argument vaut-il dans le cas du Québec, qui, en tant que société distincte, peut souhaiter protéger les droits et libertés en fonction des besoins ou des aspirations de cette société.

⁹⁰Mirkine-Guetzévitch, *supra*, note 30 à la p. 127.

⁹¹G. Vedel, « Les Déclarations des droits de l'homme 1789-1949 » dans *Études* (1950) t. 265, 308 à la p. 316.

⁹²On trouvera les textes dans O.N.U., *Annuaire des droits de l'homme pour 1946*, *supra*, note 30 aux pp. 11, 16 et 21 (Bavière, Hesse, Bade-Wurtemberg) ; O.N.U., *Annuaire des droits de l'homme pour 1947*, *supra*, note 30 aux pp. 4 et 18 (Brême, Rhénanie-Palatinat) ; O.N.U., *Annuaire des droits de l'homme pour 1950*, *supra*, note 30 aux pp. 28, 32 et 35 (Rhénanie du Nord, Schleswig-Holstein, Berlin).

⁹³Constitution de l'État libre de Bavière, *supra*, note 30, art. 48(3) et 98-123.

⁹⁴Karsch & Elzea, *supra*, note 30 à la p. 7.

C'est sans doute dans cet esprit que le législateur québécois a voulu, en 1975, adopter sa propre *Charte des droits et libertés* et lui conférer une certaine supériorité,⁹⁵ d'autant que la *Déclaration canadienne des droits*, entrée en vigueur en 1960, ne vise « que les matières qui sont de la compétence législative » du Parlement fédéral.⁹⁶ À la lumière des événements de 1982, il est heureux que le Québec ait eu sa propre Charte, d'ailleurs à plusieurs égards plus complète que les dispositions fédérales : lorsque le Parlement britannique a adopté, à la demande des autorités canadiennes et en dépit de la protestation du Québec, la *Loi constitutionnelle de 1982*, celui-ci a été à même de substituer sa propre Charte à certaines garanties de la *Charte canadienne*.⁹⁷

Convierait-il d'inclure la Charte du Québec dans une nouvelle constitution ? Si l'on veut éviter d'en étirer indûment le texte, on pourrait n'y retenir que les principes les plus fondamentaux, quitte à renvoyer pour le reste à la Charte elle-même. Cela permettrait, le cas échéant, de mieux assurer la suprématie et la protection des grands principes relatifs aux droits et libertés, tout en conférant plus de souplesse à leur application dans la législation. Il y a là des choix qui ne sauraient être effectués sans qu'on ait consulté la population et la Commission des droits de la personne, laquelle justement, est autorisée par la loi à recevoir les demandes et suggestions des citoyens au sujet de la loi et à faire au gouvernement les recommandations qu'elle estime appropriées.⁹⁸

C. — Droits socio-économiques

Les droits socio-économiques sont apparus dans les lois fondamentales européennes après la Première Guerre mondiale sous l'influence des idées socialistes. Sur le plan idéologique, leur origine est sans doute antérieure, puisqu'on en trouve les premiers linéaments dans la Déclaration française de 1793, laquelle affirmait que la société doit la subsistance aux citoyens « soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler ». ⁹⁹ Il faut cependant attendre la Déclaration de la République fédérée de Russie de 1918 et la Constitution de Weimar de 1919 pour que l'État se reconnaisse des obligations formelles envers ses ressortissants.¹⁰⁰ Il arrive même que les droits antérieurement établis au profit de l'individu doivent céder le pas aux nouveaux droits, au

⁹⁵*Charte des droits et libertés*, *supra*, note 2.

⁹⁶*Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, art. 5(3) [ci-après : *Déclaration*].

⁹⁷*Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, *supra*, note 48.

⁹⁸*Charte des droits et libertés*, *supra*, note 2, art. 67.

⁹⁹*Constitution du 24 juin 1793* dans M. Torelli & R. Baudouin, *Les droits de l'homme et les libertés publiques par les textes* (1972) à la p. 13, art. 21.

¹⁰⁰Mirkine-Guetzévitch, *supra*, note 30 à la p. 127.

nom de l'intérêt social. Les constitutions des *Länder*, par exemple, à côté des droits et libertés classiques, vont inclure des chapitres sur l'organisation économique, destinée à élever progressivement le niveau de vie de toutes les couches de la société, la propriété (considérée désormais dans sa fonction sociale), la protection des terres agricoles, la rémunération du travail, la protection de la santé des travailleurs, voire leur participation à la gestion des entreprises, la protection de la famille et le droit à l'instruction.¹⁰¹

L'Amérique de Nord est demeurée en marge de ce mouvement, du moins au niveau des lois fondamentales. La Constitution des États-Unis et ses amendements n'en portent pas la trace et les constitutions des États membres ne s'y attardent que rarement, comme dans le cas du quatre-vingt-dix-septième amendement à la Constitution du Massachusetts, qui proclame le droit du peuple à la propreté de l'air et de l'eau, aux qualités naturelles, historiques et esthétiques de leur environnement et à la protection contre les bruits excessifs.¹⁰² Quelques constitutions comportent des dispositions sur l'instruction publique, l'aide sociale et l'habitation.¹⁰³ En revanche un amendement à la Constitution de la Californie, adopté par référendum en 1948 et destiné à augmenter les prestations sociales versées aux personnes âgées et aux aveugles, ainsi qu'à abaisser l'âge requis pour y être éligible, a été rayé dès l'année suivante, également par référendum.¹⁰⁴ Au Canada, la *Déclaration* de 1960 et la *Loi constitutionnelle de 1982* n'en parlent guère, sauf en ce qui concerne la liberté d'établissement, qui peut sans doute être considérée comme un droit économique, ainsi que les engagements très généraux pris au sujet des paiements de péréquation, propres à réduire les inégalités régionales.¹⁰⁵ Pierre Elliott Trudeau écrivait en 1961 que l'idée libérale de la propriété avait favorisé l'émancipation de la bourgeoisie, mais qu'elle entravait désormais la marche vers la démocratie économique ; il fallait donc élargir les droits de l'homme jusqu'à leur plein développement, non seulement en insérant les dispositions nécessaires dans un *Bill of Rights*, mais en travaillant à changer les mentalités.¹⁰⁶ Depuis lors, ces idées n'ont pu s'élever jusqu'au niveau constitutionnel et les modifications des dernières années s'en sont tenues aux droits et libertés classiques, à la manière du dix-huitième siècle.

¹⁰¹Constitution de l'État libre de Bavière, *supra*, note 30, art. 124-74 ; Constitution de l'État de Rhénanie-Palatinat, *supra*, note 30, art. 1-73.

¹⁰²*Constitution of Massachusetts*, *supra*, note 31. Cet amendement est de 1972 et remplace le 49^e amendement de 1918 lequel prévoyait déjà la conservation des richesses naturelles.

¹⁰³*Constitution of New York*, *supra*, note 31, art. 11, 17 et 18.

¹⁰⁴*Constitution of California*, *supra*, note 31, art. 25 (1948), tel qu'abrogé par art. 27 (1949) dans *West's Annotated California Codes*, vol. 3., *ibid.* aux pp. 495 et 507.

¹⁰⁵*Loi constitutionnelle de 1982*, *supra*, note 19, art. 6 et 36.

¹⁰⁶P.E. Trudeau, « Economic Rights » (1962) 8 McGill L.J. 121 à la p. 125.

Dans les provinces canadiennes, les droits économiques et sociaux sont définis par les lois ordinaires et ne font l'objet d'aucun exposé systématique. Seul le Québec a tenté, bien modestement, de regrouper certains droits sociaux au chapitre IV de sa *Charte des droits et libertés* : protection de l'enfance et de la famille, instruction gratuite, vie culturelle des minorités, assistance financière aux personnes dans le besoin, conditions de travail justes, protection des personnes âgées ou infirmes.¹⁰⁷ Toutefois, ces dispositions ne sont pas incluses parmi celles auxquelles l'article 52 de la *Charte des droits et libertés* reconnaît une certaine supériorité ; cette partie relève donc de la législation ordinaire, encore que l'article 49 reconnaisse à toute personne atteinte dans ses droits — y compris ses droits socio-économiques — la possibilité d'obtenir la cessation et la réparation du préjudice qui en résulte.

La nouvelle Constitution du Québec devrait à coup sûr faire une place plus honorable aux droits socio-économiques. C'est à ce chapitre que la fonction normative des constitutions serait la plus utile, à notre avis. Les problèmes de l'emploi et de la sécurité sociale, en particulier, devraient faire l'objet d'obligations de comportement plus précises de la part de l'État. Si l'inspiration venait à manquer, les Conventions adoptées dans le cadre de l'Organisation Internationale du Travail, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* de 1966, la *Charte sociale européenne* de 1961, les accords européens concernant les régimes sociaux de 1953, le *Code européen de sécurité sociale* de 1964 ou la *Charte internationale américaine des garanties sociales* de 1948,¹⁰⁸ fourniraient une ample moisson d'idées, qu'il faudrait naturellement adapter en fonction des besoins et aspirations des Québécois. En raison des obligations internationales qu'ils imposent, ces instruments jouent, en quelque sorte, un rôle constitutionnel par rapport à la législation interne des parties signataires.

Il est à prévoir que le fait social retiendra prioritairement l'attention des législateurs des pays occidentaux au cours des décennies à venir. Ce sera sûrement le cas au Québec, où la législation ordinaire traite déjà partiellement des problèmes du travail et de la vie sociale. Le moment n'est-il pas venu de mettre au point les principes fondamentaux devant guider l'action socio-économique du législateur, lesquels seraient désormais inscrits dans la Constitution, à côté des droits et libertés formulés à la fin du dix-huitième siècle ? La Constitution du Québec se présenterait alors comme un véritable projet de société, programme d'avenir à réaliser en tant que société distincte dotée de ses propres valeurs sociales, économiques, culturelles et politiques.

¹⁰⁷*Charte des droits et libertés*, *supra*, note 2, art. 39-48.

¹⁰⁸Tous ces textes sont réunis dans l'ouvrage de Torelli & Baudouin, *supra*, note 99 aux pp. 221, 231, 306, 313, 318 et 326.

Faut-il, pour atteindre ce but ou par souci de cohérence, revendiquer des compétences que la Constitution de la Fédération attribue au Parlement fédéral ? Le Québec a déclaré à diverses reprises depuis 1960 qu'il lui paraissait nécessaire de rapatrier l'ensemble des pouvoirs dans certains domaines, comme la sécurité sociale. Cet objectif n'a pas encore été atteint quoique le Québec, contrairement aux autres provinces, ait quelque peu élargi sa sphère de compétence par l'établissement du régime des rentes et des allocations familiales. Le fait de mentionner dans sa Constitution des objectifs socio-économiques nouveaux, voire même des compétences qui ne lui sont pas dévolues — ou pas encore — ne saurait nuire à ses revendications, encore qu'il n'en faille pas attendre, *ex proprio vigore*, la modification de la Constitution canadienne. En revanche, il nous paraîtrait peu indiqué de répéter dans une constitution formelle du Québec la liste des compétences contenue dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il convient plutôt de fonder la Constitution sur le principe que le Québec, en tant que société distincte, exerce toutes les compétences que les circonstances n'ont pas dévolues aux organes fédéraux.

D. — Droits collectifs

Les droits collectifs font déjà l'objet au Québec de dispositions législatives ordinaires, tant en ce qui concerne les droits de la majorité qu'à l'égard des droits minoritaires. La *Charte de la langue française* notamment énonce de nombreux droits liés à la langue. Il y a lieu également de traiter des droits des Amérindiens et des Inuits, ainsi que de ceux des communautés culturelles.

Les droits de la minorité anglophone du Québec, particulièrement pour tout ce qui touche la comparution devant les tribunaux, les débats de l'Assemblée nationale, l'école, les institutions sociales et les services publics devraient faire l'objet de garanties constitutionnelles conformes à la *Charte de la langue française*. Le droit des citoyens anglophones de recourir à leur langue devant les tribunaux et devant les autorités administratives, dans leurs propres affaires, et de recevoir leur courrier officiel rédigé dans cette langue pourrait figurer dans la Loi fondamentale, comme c'est le cas, par exemple, dans la Constitution finlandaise de 1919, en faveur de la minorité suédoise.¹⁰⁹ De même, le droit de s'exprimer en anglais dans les débats de la Chambre, qui n'a pas été restreint par la *Charte de la langue française*, pourrait être inscrit dans la Constitution.¹¹⁰

¹⁰⁹Mirkine-Guetzévitch, *supra*, note 30 à la p. 398, art. 14.

¹¹⁰Ce droit est consacré par l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra*, note 19, et rien ne s'oppose à sa protection par la Constitution du Québec.

Tous ces droits doivent faire l'objet de consultations auprès des principaux intéressés et de discussions publiques, selon une démarche que nous tenterons de décrire en conclusion. C'est ainsi que le droit à l'éducation en anglais, pour *tous* les enfants dont les parents ont reçu l'enseignement dans cette langue au Québec, pourrait être enchâssé sans restriction quant au nombre d'enfants requis, comme c'est déjà la règle.¹¹¹ De même pourrait être consacré le droit à l'administration scolaire autonome, là où le nombre d'élèves le justifie ; la même règle s'appliquerait aux autres institutions publiques, comme les hôpitaux. Cependant, le législateur constituant pourrait estimer opportun, tout en continuant de reconnaître ces droits dans les lois ordinaires, de ne les consacrer dans la Constitution qu'après l'obtention d'un traitement équivalent par les minorités francophones vivant à l'extérieur du Québec, du moins en ce qui concerne l'accès à l'école pour tous et l'administration scolaire.

Des groupes autochtones du Québec ont eu l'occasion d'interroger le gouvernement au sujet de leurs droits collectifs.¹¹² Celui-ci a répondu, par la voix du Premier ministre, qu'il reconnaît aux peuples autochtones le caractère de nations distinctes ayant droit à leur culture, à leur langue, à leurs coutumes et traditions ainsi que la faculté d'orienter elles-mêmes le développement de leur identité propre. Dans le cadre des lois québécoises, il leur reconnaît également le droit de posséder et contrôler elles-mêmes les terres qui leur sont attribuées.¹¹³ D'où découlent des droits étendus sur des territoires dont elles ont ou auront convenu avec le gouvernement, le Québec étant disposé à céder le droit d'en exploiter les ressources renouvelables et non renouvelables et à reconnaître que les nations autochtones puissent s'y gouverner et se donner, dans le cadre d'ententes à intervenir, les institutions qui correspondent à leurs besoins en matière de culture, de langue, d'éducation, de santé, de services sociaux et de développement économique. S'il légifère dans des domaines qui touchent aux droits fondamentaux reconnus par lui aux nations autochtones, le Québec s'engage, en outre, à les consulter par le moyen de mécanismes à déterminer avec elles, lesquels pourraient être institutionnalisés.

¹¹¹Cette règle, plus généreuse que celle de la *Charte canadienne*, *supra*, note 20, art. 23(3), laquelle n'accorde de droits que « là où le nombre le justifie », résulte de l'application conjuguée de la *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., c. I-14, art. 256 (obligation de fréquentation scolaire) et des règles budgétaires. À notre avis, le droit à l'éducation en anglais devrait être garanti dans la Constitution du Québec.

¹¹²Lettre du Chef B. Diamond au Premier ministre, R. Lévesque (30 novembre 1982). Les revendications autochtones et les réponses du Québec ont été rendues publiques : Winnipeg, Réunion fédérale-provinciale de fonctionnaires sur les questions constitutionnelles intéressant les autochtones : demandes des autochtones et réponses du Québec (18 novembre 1983) 840-286/003.

¹¹³Québec, *La Convention de la Baie James et du Nord québécois* (1976) aux ch. 4, 9, 11A, 12 et 13. On trouvera à la page 5 une carte montrant la répartition des terres selon la *Convention*.

Au cours des séances de la Commission parlementaire de la présidence du Conseil et de la Constitution consacrées aux droits des autochtones en novembre 1983, ces propositions ont été reprises par le Premier ministre et le ministre des Affaires intergouvernementales devant les intéressés. Le gouvernement a offert d'accorder une protection plus étendue à leurs droits et aux conventions conclues en vue de les mieux assurer.¹¹⁴ Dans la perspective de l'adoption d'une nouvelle constitution québécoise, il conviendrait en effet, si les autochtones donnaient leur assentiment, d'y insérer les principes essentiels de leur autonomie, ainsi que les mécanismes de consultation, de façon à les garantir pour l'avenir.

E. — Application du droit international

L'intensification des rapports du Québec avec le monde extérieur souève depuis quelques années la question de l'application des règles du droit international dans les domaines qui relèvent de sa compétence, tant à l'égard du droit coutumier qu'en ce qui concerne les accords internationaux. C'est ainsi, par exemple, que la présence sur son territoire de nombreux consulats et du siège de l'Organisation de l'aviation civile internationale, ainsi que l'installation d'ambassades, ont amené le gouvernement à prendre en considération les règles coutumières relatives aux immunités, tandis que le nombre croissant de traités destinés à s'appliquer aux personnes l'a rendu sensible au fait que le droit international porte de plus en plus sur des questions qui relèvent de sa compétence législative.

Les solutions retenues pour régler les problèmes qui ne manquent pas de surgir dans les fédérations au sujet de l'application de la coutume et de l'exécution des traités varient considérablement de l'une à l'autre.¹¹⁵ Certaines solutions tendent à centraliser toutes les compétences entre les mains des organes centraux, dès lors qu'un pays étranger ou une organisation internationale est en cause ; d'autres, au contraire, de tendance décentralisatrice, reconnaissent aux États membres une certaine capacité lorsque leurs compétences sont en jeu.¹¹⁶ Le Québec, quant à lui, s'est résolument inspiré,

¹¹⁴Québec, Assemblée nationale, Commission permanente de la présidence du Conseil et de la Constitution, « Audition de personnes et d'organismes autochtones sur les droits et les besoins fondamentaux des Amérindiens et des Inuits », dans *Journal des débats : Commissions parlementaires*, no 166 (22 novembre 1983) aux pp. B-9226-29 et no 168 (24 novembre 1983) aux pp. B-9449-50.

¹¹⁵F. Rigaldies & J. Woehrling, « Le juge interne canadien et le droit international » (1980) 21 C. de D. 293.

¹¹⁶É. Weiser, « La conclusion d'accords internationaux par les États fédérés allemands, suisses, et autrichiens » dans J. Brossard, A. Patry & É. Weiser, éd., *Les pouvoirs extérieurs du Québec* (1967) 101. A. Patry, *La capacité internationale des États : l'exercice du jus tractatum* (1983) ; J.-Y. Morin, « La conclusion d'accords internationaux par les provinces canadiennes à la lumière du droit comparé » (1965) 3 A.C.D.I. 127.

depuis une vingtaine d'années, dans le domaine des rapports avec l'étranger comme dans la sphère de ses compétences internes, de la conception décentralisatrice. Il a soutenu officiellement depuis le discours prononcé en 1965 par Paul Gérin-Lajoie devant le Corps consulaire de Montréal, que l'État compétent pour la mise en oeuvre législative des traités doit également l'être pour leur conclusion, dans les domaines qui relèvent de sa compétence.¹¹⁷ Tous les gouvernements qui se sont succédé à Québec ont maintenu cette attitude¹¹⁸ en s'appuyant sur les avis du Conseil privé dans les affaires de la *Maritime Bank*¹¹⁹ et des *Conventions sur le Travail*,¹²⁰ déjà mentionnées. Cela n'a pas manqué de susciter des réserves de la part du gouvernement fédéral, lequel, oubliant sans doute les moyens auxquels il a lui-même eu recours pour affirmer sa personnalité juridique par rapport à l'Empire britannique, a soutenu la thèse de l'indivisibilité de la personnalité internationale de la Fédération.¹²¹

Quoi qu'il en soit de cette controverse, l'activité internationale du Québec n'a cessé de s'étendre. Le nombre des délégations et bureaux établis à l'étranger atteindra bientôt la trentaine¹²² et les ententes internationales dépassent la centaine, dont le quart environ conclues avec la France, et les autres avec plus de trente États souverains et quelque quinze États autonomes.¹²³ Le législateur a dû, dès 1974, en assurer la coordination en confiant au ministre des Affaires intergouvernementales, remplacé, en mars 1984, par le ministre des Relations internationales, la responsabilité de la

¹¹⁷P. Gérin-Lajoie, « La personnalité internationale du Québec », *Le Devoir [de Montréal]* (14 et 15 mars 1965) 5.

¹¹⁸Québec, Assemblée législative, Mémoire sur la question constitutionnelle, Conférence intergouvernementale canadienne, dans « Documents officiels du gouvernement du Québec, lus ou déposés à l'Assemblée législative par l'honorable Premier ministre », *Débats de l'Assemblée législative du Québec*, no 22-A (28 mars 1968) à la p. 41. Voir également, *supra*, note 22 à la p. 61 ; et l'exposé du ministre des Affaires intergouvernementales du Québec devant la Société québécoise de droit international (28 mars 1983) [non publié].

¹¹⁹*Supra*, note 67.

¹²⁰*Supra*, note 68.

¹²¹Ottawa, Department of External Affairs, Press release no. 25 (Hon. P. Martin) (23 avril 1965), reproduit dans A.E. Gottlieb, « Canadian Practice in International Law During 1965 as Reflected Mainly in Public Correspondence and Statements of the Department of External Affairs (1966) 4 A.C.D.I. 260 aux pp. 265-6 ; Ottawa, *Fédéralisme et relations internationales*, Livre blanc (Hon. P. Martin) (1968). La récente allocution du nouveau Premier ministre fédéral, B. Mulroney, devant le Premier ministre français, L. Fabius, le 7 novembre 1984, marque un changement de ton, mais ne donne guère d'indication quant à la solution retenue en vue de résoudre les problèmes concrets. Voir B. Descôteaux, « Devant Fabius, Mulroney déclare la fin de la guerre des drapeaux entre Ottawa, Paris et Québec », *Le Devoir [de Montréal]* (8 novembre 1984) 1.

¹²²Québec, Ministère des Affaires intergouvernementales, *Rapport annuel 1982-83* aux pp. 16, 20-2, 28, 33 et 49. En 1984 ont été ouverts de nouveaux bureaux à Hong Kong, Singapour, Stockholm et Bogota.

¹²³Ministère des Communications, *Recueil des ententes internationales du Québec* (1984).

conclusion des ententes, de la représentation du Québec à l'extérieur et, d'une manière générale, de l'élaboration de sa politique extérieure, de la défense des compétences du Québec et de la concertation avec le gouvernement fédéral en matière de coopération internationale.¹²⁴ Il serait donc opportun, si le Québec s'engage dans une démarche constitutionnelle, qu'il précise dans sa Loi fondamentale la place qu'il réserve au droit international général et aux traités par rapport à son droit interne.

Il existe, à notre avis, une distinction de conséquence entre les règles générales (d'origine coutumière), dont la primauté devrait être assurée automatiquement en droit interne québécois, et les règles établies par traité, lesquelles ne sauraient être appliquées au Québec, dans la sphère de ses compétences, sans son consentement exprès.

Certes, en ce qui concerne les règles générales du droit international, les tribunaux canadiens les appliquent en se fondant sur l'arrêt du Conseil privé dans *Chung Chi Cheung c. The King*,¹²⁵ mais seulement dans la mesure où elles ne sont pas contraires au droit interne, d'origine coutumière ou statutaire.¹²⁶ Le juge choisit l'interprétation de la loi interne la plus compatible avec le droit international, mais il ne va pas à l'encontre d'une règle interne clairement contraire puisque, selon l'opinion exprimée par Lord Atkin dans l'arrêt susmentionné, le droit international n'a de validité que dans la mesure où ses principes sont acceptés et adoptés dans le droit interne. Selon la jurisprudence¹²⁷ et la doctrine¹²⁸ cette règle vaut pour le droit interne québécois comme pour le droit fédéral, même si un ou deux juristes soutiennent que les provinces ne sauraient légiférer à l'encontre du droit international.¹²⁹ Dans l'affaire des Ambassades, la Cour suprême, après avoir pris soin de préciser qu'il n'était pas besoin d'examiner les compétences respectives de la Fédération et de l'Ontario pour trancher la question soumise, n'en examina pas moins attentivement le droit interne de l'Ontario avant de conclure qu'il était compatible avec les immunités reconnues aux

¹²⁴*Loi sur le ministère des Affaires intergouvernementales*, L.R.Q., c. M-21, art. 10, 13, 16, 23 et 35. Voir aussi le décret 517-84, 5 mars 1984, G.O.Q. 1984. II. 1443 et la *Loi sur l'exécutif*, L.R.Q., c. E-18, art. 9. En décembre 1984, le ministère des Affaires intergouvernementales a été remplacé, en ce qui concerne les relations avec les pays étrangers, par le ministère des Relations internationales : *Loi modifiant diverses dispositions législatives*, L.Q. 1984, c. 47, art. 58 et s.

¹²⁵(1938), [1939] A.C. 160, [1938] 4 All E.R. 786 (P.C.) [ci-après : *Chung*, cité aux A.C.].

¹²⁶*In re the Powers of the Corporation of the City of Ottawa and the Corporation of the Village of Rockcliffe Park to Levy Rates on Foreign Legations and High Commissioner's Residences* (1942), [1943] R.C.S. 208, [1943] 2 D.L.R. 181 [ci-après : *Foreign Legations*, cité aux R.C.S.]. Voir aussi Rigaldies & Woehrling, *supra*, note 115 à la p. 304.

¹²⁷*Chung*, *supra*, note 125 aux pp. 167-8.

¹²⁸Rigaldies & Woehrling, *supra*, note 115 à la p. 311.

¹²⁹G.V. LaForest, « May the Provinces Legislate in Violation of International Law ? » (1961) 39 Can. Bar Rev. 78.

légations étrangères par le droit international.¹³⁰ Dans la mesure où elle permet d'écarter le droit international coutumier au profit du droit interne — qu'il s'agisse du droit fédéral ou du droit des provinces — cette démarche des tribunaux canadiens paraît rétrograde. Aussi Francis Rigaldies et José Woehrling¹³¹ ont-ils proposé d'adopter plutôt la solution de la Constitution de la République fédérale allemande, selon laquelle les règles générales du droit international font partie intégrante du droit allemand.¹³² Le Québec s'inspirerait heureusement de cette solution dans sa propre Constitution. Son autonomie n'en serait pas davantage restreinte par le droit international que ne l'est la souveraineté des États.

La solution serait toute différente dans le cas des ententes et traités. La loi québécoise prévoit déjà qu'il appartient au gouvernement d'approuver les ententes ou de se déclarer lié par les traités ou accords internationaux conclus par lui-même ou par le gouvernement fédéral, lorsque ceux-ci touchent des domaines ressortissant à la compétence constitutionnelle du Québec.¹³³ Cette règle est dictée par le bon sens puisque les accords internationaux, à la différence de la coutume, ne lient que les parties contractantes ; en outre, elle découle tout naturellement de l'arrêt du Conseil privé dans l'affaire des *Conventions sur le Travail*.¹³⁴ On pourrait en « constitutionnaliser » le principe, en même temps que celui qui exige l'intervention de l'organe législatif chaque fois que le traité a pour effet de modifier le droit interne. Ce dernier principe est, en effet, plus conforme au régime parlementaire québécois que ne pourrait l'être la règle selon laquelle tout accord l'emporte *ipso facto* sur la législation.

Les dispositions relatives à l'application du droit international au Québec seraient donc inspirées des conclusions suivantes : 1° les règles du droit international général font partie intégrante du droit québécois ; 2° seul l'État québécois peut conclure une entente ou se déclarer lié par un traité qui touche un domaine relevant de sa compétence ; 3° seule l'Assemblée nationale a la compétence voulue aux fins de mettre en oeuvre une entente ou un traité dont l'effet est de modifier le droit interne du Québec.

4. — Règles d'interprétation

L'élévation au rang constitutionnel de lois ordinaires (ou de certaines dispositions tirées de ces lois) commande généralement des règles d'interprétation plus souples, plus larges, plus « évolutives ». Certes, le *B.N.A. Act*

¹³⁰*Foreign Legations, supra*, note 126 à la p. 231.

¹³¹*Supra*, note 115 à la p. 312.

¹³²Mirkine-Guetzévitch, *supra*, note 30 à la p. 174, art. 25.

¹³³*Loi sur le ministère des Affaires intergouvernementales*, L.R.Q., c. M-21, art. 15(1) et 17.

¹³⁴*Supra*, note 68.

n'a pas toujours été interprété de cette façon, mais cela tenait sans doute au fait que le style de cette loi britannique l'apparentait plutôt aux « statuts » soumis à une interprétation restrictive ; de surcroît, les dispositions sur la répartition des compétences entre les deux niveaux de gouvernement, source permanente de conflits, se prêtaient à une interprétation littérale et « fixative ». ¹³⁵ Ce n'est d'ailleurs pas sans appréhension que les tenants de l'autonomie du Québec voient la Cour suprême du Canada, organisme fédéral, adopter des règles plus souples, qui semblent avantager le plus souvent le pouvoir fédéral. ¹³⁶

En revanche, le Québec n'étant pas une fédération, il n'est pas nécessaire que les règles d'interprétation de sa nouvelle Constitution s'inspirent de modes d'interprétation stricts ou rigides. Paradoxalement, on pourrait s'inspirer de la Cour suprême fédérale qui, dans une affaire intéressant la *Charte canadienne*, a décidé récemment qu'une disposition constitutionnelle de cette sorte appelle une interprétation tout à fait différente de celle d'une loi :

Une loi définit des droits et des obligations actuels. Elle peut être facilement adoptée et facilement abrogée. [. . .] Par contre, une constitution est rédigée en prévision de l'avenir. Elle vise à fournir un cadre permanent à l'exercice légitime de l'autorité gouvernementale et, lorsqu'on y joint une *Déclaration* ou une *Charte des droits*, à la protection constante des droits et libertés individuels. Une fois adoptées, ses dispositions ne peuvent pas être facilement abrogées ou modifiées. Elle doit par conséquent être susceptible d'évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques que souvent ses auteurs n'ont pas envisagées. Les tribunaux sont les gardiens de la constitution et ils doivent tenir compte de ces facteurs lorsqu'ils interprètent ses dispositions. ¹³⁷

Il serait souhaitable que la Constitution du Québec fût interprétée selon des critères de cet ordre. Si l'on voulait cependant s'en assurer, la meilleure façon ne serait-elle pas d'inclure dans la Constitution même les règles d'interprétation qui lui seraient applicables ? On pourrait à cette fin s'inspirer de l'actuelle *Loi d'interprétation*, selon laquelle toute loi doit recevoir une interprétation large, qui assure l'accomplissement de son objet et l'exécution de ses prescriptions « suivant leurs véritables sens, esprit et fin ». ¹³⁸

¹³⁵J. Beetz, « Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867 » dans P.-A. Crépeau & C.B. Macpherson, éd., *L'avenir du fédéralisme canadien* (1965) 113 aux pp. 115-7.

¹³⁶Voir J. Brossard, *La Cour suprême et la Constitution : le forum constitutionnel au Canada* (1968) aux pp. 165, 172, 183 et 204 ; A. Tremblay, « Les techniques d'interprétation des constitutions » dans *5e Colloque international de droit comparé* (1968) 40 à la p. 64.

¹³⁷*Hunter c. Southam Inc.* (1984), [1984] 2 R.C.S. 145 à la p. 155, 11 D.L.R. (4th) 641.

¹³⁸*Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16, art. 41(2).

IV. — Protection de la nouvelle Constitution

1. — *Flexibilité et rigidité*

Si la Constitution du Québec doit bénéficier d'une interprétation souple, propre à suivre l'évolution sociale, doit-elle pour autant être facile à modifier, voire être traitée comme la législation ordinaire ? À nos yeux, il n'est pas douteux que les règles d'interprétation et le mode d'amendement sont des questions distinctes : la souplesse dans les premières ne s'impose pas nécessairement dans le second.

On peut souhaiter que la nouvelle Constitution soit adaptable aux circonstances, dans les limites imposées par le sens des mots et l'esprit du texte, sans pour autant aller jusqu'à permettre aux tribunaux de se substituer aux constituants ; il y a là une question de degré. En revanche, il peut paraître nécessaire ou opportun de protéger soit l'ensemble du texte, soit certaines parties jugées particulièrement importantes, contre des changements irréfléchis proposés au gré des majorités du moment ou des modes passagères. D'autre part, la flexibilité dans l'interprétation ne va pas normalement jusqu'à modifier le régime politique et les institutions elles-mêmes, bien qu'il puisse devenir nécessaire d'y procéder ; mais les changements fondamentaux ne doivent pas être trop accessibles, sous peine d'instabilité des institutions. Il y a dans les constitutions des principes qui expriment la continuité des sociétés, mais chacune veut également assurer, à des degrés divers, l'adaptation aux circonstances mouvantes auxquelles elle est constamment exposée. Il est sans doute inévitable, comme on le constate dans maints pays, qu'il y ait du bois mort dans la constitution, mais la stabilité même de l'État exige à la fois qu'il ne s'en accumule pas trop et qu'on ne le brûle pas trop rapidement. Ces risques sont probablement plus grands si la loi fondamentale est détaillée et cherche à enchâsser des règles qui relèvent normalement de la législation ordinaire ; plus une constitution est prolix, plus elle devrait être facile à modifier.

En d'autres termes, il y a un équilibre à rechercher entre la stabilité constitutionnelle et « l'adaptabilité » des normes fondamentales. Cet équilibre ne saurait être déterminé dans l'abstrait et le mode d'amendement ne devrait pas être établi définitivement avant que le contenu de la Constitution n'ait été défini au moins *grosso modo*.

Puisqu'il s'agit du Québec, il convient d'observer que le cadre institutionnel est, dans ce cas, venu de l'extérieur et qu'il ne dépend pas entièrement de ses constituants de le modifier, du moins si l'on fait abstraction du droit d'autodétermination. Nous avons constaté plus haut, par exemple, que le rôle constitutionnel du lieutenant-gouverneur rend fort problématique toute tentative d'instaurer ici le régime présidentiel. En réalité, le cadre

institutionnel est plus rigide que ne peut le révéler un coup d'oeil superficiel, non seulement en raison des lois constitutionnelles britanniques ou canadiennes, mais compte tenu également de leur cortège de conventions et de règles coutumières, beaucoup plus contraignantes qu'il n'y paraît. À notre avis, on ne doit pas, sur ce point, s'en remettre à Lord Bryce, qui opposait volontiers la constitution non écrite, « flexible » à son point de vue, et l'instrument écrit, plus « rigide » ; dans son esprit, la norme flexible était préférable à l'écrit rigide.¹³⁹ Cette apologie du système britannique serait séduisante si elle correspondait invariablement aux faits. Toutefois, n'a-t-on pas vu des écrits solennels écartés du revers de la main et, en revanche, le cadre institutionnel britannique n'est-il pas parmi ceux qui évoluent le plus lentement ? Il en a été de même au Québec depuis 1791 et les événements constitutionnels de 1982 n'ont en rien relâché l'emprise du droit de la Fédération sur les institutions québécoises.

Aussi est-il fort probable que l'intérêt principal d'une nouvelle constitution québécoise, une fois codifiées et précisées les règles relatives aux institutions, résiderait dans le projet de société qui émanerait de l'ensemble des droits individuels et collectifs que la loi fondamentale serait appelée à garantir. Si tel est bien le cas, deux questions se posent : la première a trait au mode d'amendement, la seconde au droit d'initiative et à la participation des citoyens. La réponse à la première est jonchée de considérations juridiques, la seconde est plus politique.

2. — *Le Parlement peut-il se lier pour l'avenir ?*

Quel que soit l'organe constituant appelé à rédiger la loi fondamentale du Québec, ses conclusions ne sauraient acquérir la « juridicité » nécessaire sans l'intervention de l'Assemblée nationale. On serait d'autant moins en mesure de la contourner par l'improvisation de quelque constituante que — rappelons-le — le pouvoir de modifier la Constitution du Québec lui est spécifiquement et exclusivement conféré.¹⁴⁰ La protection spéciale dont on

¹³⁹J. Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*, vol. 1 (1901) Essay III.

¹⁴⁰*Loi constitutionnelle de 1982*, supra, note 19, art. 45. S.A. Scott soulève la question de savoir si le fait que l'article 45 (pouvoir exclusif des provinces de modifier leur constitution) fasse partie de la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* a pour effet d'inclure les constitutions des provinces dans la Constitution du Canada. Voir S.A. Scott, « The Canadian Constitutional Amendment Process » (1982) 45 *Law & Contemp. Probs* 249 aux pp. 278 et 280 ; S.A. Scott, « Pussycat, Pussycat, or Patriation and the New Constitutional Amendment Processes » (1982) 20 *U.W.O.L. Rev.* 247 aux pp. 275, 302 et 306. L'auteur en tirerait la conclusion qu'il est possible de modifier la constitution des provinces par le moyen des autres modes prévus dans la Partie V, notamment les articles 41 (règle du consentement unanime) et 38 (procédure dite « normale » de modification). Cette argumentation est certes intéressante, mais ne porte guère à conséquence puisque, dans le cas de l'article 41, le consentement du Québec serait requis et que, dans le cas de l'article 38, le droit de retrait pourrait jouer. En

souhaiterait entourer la nouvelle Constitution ne pourrait donc venir que de l'Assemblée elle-même et la question est de savoir si celle-ci a le pouvoir de soumettre la modification de l'une de ses propres lois à des conditions particulières en vue de la mettre à l'abri des changements de majorité et, en quelque sorte, de « l'enchâsser ». ¹⁴¹ C'est là une question devenue classique : un parlement peut-il, selon la tradition britannique, se lier pour l'avenir en s'imposant à lui-même une procédure différente d'adoption ou de modification de certaines lois, exigeant, par exemple, une majorité renforcée ou une consultation populaire ?

Il faut préciser que la question ne se poserait pas de la façon dont elle a parfois été traitée dans certains pays de l'Empire britannique ou du Commonwealth. Dans ces cas, il s'agissait de savoir si, par exemple, le Parlement du Ceylan (devenu depuis 1972, le Sri Lanka) ou le Parlement de l'Afrique de Sud pouvaient légiférer en faisant abstraction des procédures spéciales d'adoption des lois prévues *dans les lois ou décrets impériaux qui leur donnaient naissance ou fondaient leur compétence législative*. Dans l'exemple sud-africain, le Parlement avait-il le pouvoir de modifier le droit de vote en fonction de la race ou de la couleur de ses ressortissants sans se conformer aux dispositions du *South Africa Act* de 1909 — loi du Parlement britannique — voulant qu'une telle modification ne pouvait être acquise sans le vote favorable de la majorité des deux tiers des deux Chambres du Parlement siégeant ensemble ? ¹⁴² De son côté, le Ceylan avait voulu conférer des pouvoirs à un tribunal spécial sans que soit respectée la procédure particulière permettant de modifier les décrets constitutionnels britanniques intitulés *Ceylon (Constitution) Orders in Council* de 1946 et 1947. ¹⁴³ Il s'agissait donc de modifications obtenues à l'encontre de règles émanant d'un organe constituant supérieur aux parlements intéressés et la Cour d'appel sud-africaine dans le premier cas, comme le comité judiciaire du Conseil privé dans le second, en conclurent que de telles lois ne pouvaient être adoptées que suivant la procédure imposée par l'organe supérieur.

outre, elle fait bon marché de l'expression « compétence exclusive » (de chaque province) de l'article 45. La thèse ne manque pas d'intérêt du point de vue de la protection de la langue anglaise au Québec. Effectivement, dans l'arrêt *Blaikie*, la Cour suprême du Canada, approuvant les propos du juge Deschênes dans le jugement de première instance, (1978), [1978] C.S. 37, 85 D.L.R. (3d) 252, émet l'opinion que l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne fait pas partie de la Constitution du Québec au sens de l'article 82(1), « mais fait partie indivisiblement de la Constitution du Canada et du Québec ». *Blaikie, supra*, note 19 à la p. 1025. Toutefois, il ne s'ensuit pas que les constitutions des provinces fassent partie de la Constitution du Canada. L'application d'un tel principe à l'ensemble des constitutions des provinces pourrait aboutir à des résultats inattendus entre les mains des tribunaux fédéraux.

¹⁴¹Le mot « enchâssement » est sans doute la meilleure façon, dans le contexte du droit, de rendre l'idée exprimée en anglais par le mot *entrenchment*.

¹⁴²*Harris c. Minister of Interior* (1952), [1952] 2. S.A.L.R. (A.D.) 428.

¹⁴³*Bribery Commissioner c. Ranasinghe* (1964), [1965] A.C. 172, [1964] All E.R. 785 (P.C.) [ci-après : *Ranasinghe*].

La question qui nous occupe est fort différente. Il s'agit de savoir si un parlement de tradition britannique, dans le cadre de ses compétences législatives, peut limiter lui-même son pouvoir de décision pour l'avenir, c'est-à-dire sa propre suprématie, en s'imposant une procédure particulière de modification des lois. Dans cette hypothèse, l'organe législatif se comporte à son propre égard comme s'il était l'organe constituant de l'État. De telles limites seraient difficilement acceptables pour ceux qui, à la suite de Dicey, estiment qu'on ne saurait restreindre d'aucune façon la suprématie du Parlement.¹⁴⁴ Aussi ne faut-il pas s'étonner que les juges britanniques n'aient pas, dans le passé, accepté l'idée que Westminster ait pu se lier les mains en prévoyant dans une loi que celle-ci ne pourrait faire l'objet d'une abrogation implicite dans une loi subséquente.¹⁴⁵ Exprimeraient-ils la même opinion aujourd'hui, alors que le dogme « diceyen » et le positivisme de John Austin, dont il est issu, ont subi l'érosion des idées nouvelles ? Nous ne pouvons en être sûrs, même si Jennings a décrit, avec délectation, les situations absurdes auxquelles aboutit la théorie de la souveraineté absolue du Parlement.¹⁴⁶

Curieusement, le plus haut tribunal de l'Empire a suivi un tout autre raisonnement dans le cas des législatures des colonies australiennes. Dès 1920, dans l'affaire *McCawley*,¹⁴⁷ puis de nouveau en 1932, dans l'affaire *Trethowan*,¹⁴⁸ il a opiné qu'une législature ne pouvait aller à l'encontre des conditions d'exercice de son pouvoir législatif qu'elle s'était elle-même imposées par une loi. Même s'il s'agit sans doute, dans le premier cas, d'un *obiter dictum* et, dans le second, d'une solution dictée par l'existence d'une loi impériale, le *Colonial Laws Validity Act* de 1865, selon laquelle la Législature n'était en droit de modifier sa constitution qu'à la condition de respecter la manière et la forme prescrites dans ses propres lois, il est permis de penser que ces précédents seraient d'un grand poids dans toute affaire semblable intéressant une assemblée ou un parlement dont le droit s'inspire du système britannique,¹⁴⁹ y compris l'Assemblée nationale du Québec.

¹⁴⁴Dicey, *supra*, note 24 aux pp. 39, 61, 70, 88 et 91.

¹⁴⁵*Ellen Street Estates Ltd c. Minister of Health* (1934), [1934] 1 K.B. 590 à la p. 597, [1934] All E.R. 385 (C.A.).

¹⁴⁶Jennings, *supra*, note 25 aux pp. 166-7.

¹⁴⁷*McCawley*, *supra*, note 75 aux pp. 713-4.

¹⁴⁸*A.G. New South Wales c. Trethowan* (1932), [1932] A.C. 526 (P.C.), conf. (1931), 44 C.L.R. 394 (H.C. Aust.) [ci-après : *Trethowan*] et *sub. nom. Trethowan c. Peden* (1930), 31 S.R. 183 (S.C. N.S.W.).

¹⁴⁹À cet égard, l'arrêt de la *High Court* d'Australie est de portée plus large que l'avis du Conseil privé et n'est pas fondé sur l'argument tiré du *Colonial Laws Validity Act*, reproduit dans (1931), 44 C.L.R. 394 aux pp. 426-7. La démonstration en est faite par S.A. Scott, « Constituent Authority and the Canadian Provinces » (1967) 12 McGill L.J. 528 à la p. 545.

Cette opinion est partagée par plusieurs auteurs,¹⁵⁰ dont certains se fondent avant tout sur la logique de l'arrêt *Ranasinghe*.¹⁵¹ Les tribunaux inclineraient sans doute dans le même sens, mais on ne saurait en être entièrement assuré. Peut-être faudra-t-il quelques raffinements de plus dans l'analyse des juges pour que les restrictions qu'un parlement s'impose à lui-même soient perçues comme fondées sur la légitimité du pouvoir exercé au nom de la société, et non sur quelque concept suranné de la souveraineté selon lequel le Parlement n'est vraiment souverain que s'il a le pouvoir de se lier pour l'avenir, auquel cas il ne sera plus souverain,¹⁵² *quod absurdum est*. En attendant, il n'est pas interdit à l'Assemblée nationale du Québec de s'imposer des restrictions à elle-même par le moyen de la procédure de modification de sa Constitution, si elle juge à propos de le faire en vue de protéger certains droits ou institutions avec un soin particulier. Il serait bien étonnant que l'Assemblée ne respectât point par la suite cette limitation de ses pouvoirs si le législateur veille à s'assurer de la légitimité du geste posé aux yeux de la population. D'ailleurs, l'Assemblée n'a-t-elle pas déjà démontré qu'elle entendait s'en tenir à de telles limites lorsqu'elle a aboli les « comtés protégés » de l'article 80 du *B.N.A. Act* en prenant soin de respecter à la lettre les exigences de la majorité renforcée requise par la loi ?¹⁵³ Il est permis de penser qu'elle en ferait autant à l'égard de restrictions qu'elle se serait elle-même imposées. Ce n'est pas vraiment là une question de suprématie. Comme le disait Lord Pearce dans l'arrêt *Ranasinghe*, « un parlement ne cesse pas d'être souverain parce que ses membres ne peuvent rallier la majorité nécessaire [pour l'adoption] d'une loi ordinaire [. . .] ou si, s'agissant d'une loi modifiant la Constitution, il ne peut rallier qu'une majorité simple alors que celle-ci requiert une autre type de majorité ». ¹⁵⁴

Cet autre type de majorité pourrait être celle des deux tiers à laquelle ont quelquefois recours les pays du Commonwealth pour protéger des dispositions constitutionnelles particulièrement délicates. Peut-on penser se montrer encore plus exigeant et prévoir, par exemple, à la manière du *Land rhéno-palatin*, que certaines prescriptions « ne sont pas sujettes à révision »

¹⁵⁰Notamment Jennings, *supra*, note 25 aux pp. 154 et 156.

¹⁵¹Chevrette & Marx, *supra*, note 15 à la p. 93.

¹⁵²Voir H.R. Gray, « The Sovereignty of Parliament Today » (1953) 10 U.T.L.J. 54.

¹⁵³*Loi concernant les districts électoraux*, L.Q. 1970, c. 7. Pour se conformer à l'article 80 du *B.N.A. Act*, l'Assemblée nationale dut obtenir le concours de la majorité absolue des députés représentant les 17 circonscriptions envisagées, en plus de la majorité habituelle des députés. Voir Tremblay, *supra*, note 1 à la p. 246 n. 32 ; Scott, *supra*, note 149 à la p. 538.

¹⁵⁴« A Parliament does not cease to be sovereign whenever its component members fail to produce among themselves a requisite majority [for the adoption of] ordinary legislation . . . or when in the case of legislation to amend the Constitution there is only a bare majority if the Constitution requires something more. » *Ranasinghe*, *supra*, note 143 à la p. 200.

ou que les propositions de modification touchant les fondements démocratiques de l'État « sont irrecevables » ?¹⁵⁵ Quelle que soit la sympathie que puisse susciter l'objectif de maintenir coûte que coûte les principes démocratiques (il ne faut pas oublier que cette Constitution fut adoptée au sortir d'une période particulièrement difficile de l'histoire de l'Allemagne), il n'est pas du tout sûr qu'un tribunal s'inspirant de la tradition britannique accepterait de voir abolir par un tel biais le principe même du pouvoir législatif. La rigidité du mode d'amendement pourrait fort bien, en effet, servir à protéger indûment des privilèges ou intérêts. Le maintien du *statu quo*, fait observer Lumb, peut mener à des abus,¹⁵⁶ sans compter, ajouterait Jennings, que les hommes politiques font en général d'assez mauvais prophètes.¹⁵⁷ Aussi peut-on présumer que toute disposition tendant à rendre impossible la modification d'une constitution heurterait de front le principe de la suprématie parlementaire et, pour cette raison, serait écartée par les tribunaux.

La majorité renforcée — par exemple les deux tiers des membres présents et votant — ne semble pas soulever de telles objections de principe, non plus que l'obligation de consulter la population par voie de référendum. Dans l'affaire *Trethowan*, mentionnée ci-dessus,¹⁵⁸ la Législature d'un État australien avait adopté une loi en vertu de laquelle la Chambre haute ne pouvait être abolie sans l'approbation d'une majorité des électeurs lors d'un référendum portant sur la question ; la même règle s'appliquait à la loi elle-même, un « double enchâssement » protégeant de la sorte l'institution. La *High Court* d'Australie et le comité judiciaire du Conseil privé décidèrent que la Législature devait suivre « la manière et la forme » requises dans sa propre loi.¹⁵⁹

3. — Consultation par voie de référendum

Au sujet du référendum, la législation manitobaine de 1916, par laquelle les électeurs se voyaient reconnaître le pouvoir de défaire les lois de la Législature, a fait l'objet d'un avis consultatif des tribunaux mentionnés plus haut.¹⁶⁰ Le tendon d'Achille de cette législation, qui fut déclarée invalide, consistait en ce que la Législature avait créé de la sorte un nouveau processus législatif dans lequel le lieutenant-gouverneur, représentant la

¹⁵⁵Constitution de l'État de Bavière, *supra*, note 30, art. 129. Voir également la Constitution de l'État de Rhénanie-Palatinat, *supra*, note 30, art. 75(1).

¹⁵⁶Lumb, *supra*, note 75 à la p. 109.

¹⁵⁷Jennings, *supra*, note 25 à la p. 170.

¹⁵⁸*Trethowan*, *supra*, note 148.

¹⁵⁹*Ibid.* Voir Jennings, *supra*, note 25 à la p. 154.

¹⁶⁰*Initiative*, *supra*, note 87.

Couronne, ne jouait plus aucun rôle. L'article 11 de la Loi¹⁶¹ était rédigé de telle sorte que le refus d'approbation par les électeurs était appelé « abrogation » (*repeal*), semblant ainsi conférer à l'électorat des pouvoirs législatifs exclusifs. Cette description fautive ne pouvait qu'attirer les foudres des tribunaux, mais, comme l'a fait observer Stephen A. Scott, il n'en existe pas moins une distinction entre la disposition qui permet aux électeurs d'approuver ou de rejeter un projet de loi — ou un projet de constitution — et l'autre qui donnerait à l'électorat le pouvoir d'abroger une loi déjà votée, sans que le lieutenant-gouverneur ait un mot à dire.¹⁶² Dans le premier cas, le consentement populaire constitue une condition préalable ou nécessaire à l'adoption d'une loi. Or, le Conseil privé n'a pas eu l'occasion de considérer les choses sous cet angle et, à la lumière de l'arrêt *Trethowan*, il est permis de penser qu'une telle condition serait tenue pour valide, puisqu'aussi bien elle n'empiéterait d'aucune façon sur l'autorité de la Reine, laquelle conserverait toutes ses prérogatives légales (circonscrites en réalité par les conventions), ni d'ailleurs sur les pouvoirs du Parlement. On ne peut qu'appuyer François Chevette et Herbert Marx lorsqu'ils écrivent que le référendum, s'il ne saurait constituer une condition *suffisante* de la validité d'une loi, peut à bon droit, en être une condition *nécessaire*.¹⁶³

On peut en conclure que des techniques juridiques existent, en droit public d'inspiration britannique, permettant de protéger certains lois fondamentales, y compris la Constitution formelle que le Québec voudrait se donner, à l'encontre de modifications irréfléchies ou intempestives. C'est d'ailleurs la règle que l'on trouve dans la plupart des constitutions d'États membres, notamment aux États-Unis et en République fédérale allemande. Les États américains, de leur côté, établissent souvent une distinction entre les amendements et la révision complète : les premiers doivent être approuvés par la Législature et ratifiés par le peuple, la seconde nécessite la convocation et l'élection d'une convention de révision.¹⁶⁴ En Allemagne, les règles sont très variables d'un *Land* à l'autre, mais on retrouve souvent la règle voulant qu'une loi modificatrice de la Constitution ne puisse être acquise que si la Chambre l'a adoptée à la majorité des deux tiers de son

¹⁶¹*An Act to Enable Electors to Initiate Laws, and Relating to the Submission to the Electors of Acts of the Legislative Assembly*, S.M. 1916, c. 59 (*The Initiative and Referendum Act*).

¹⁶²Scott, *supra*, note 149 à la p. 545.

¹⁶³Chevette & Marx, *supra*, note 15 à la p. 102. Sur le référendum constituant, voir M. Bouissou, « Pour une réhabilitation de l'institution référendaire » dans *Mélanges offerts à Georges Burdeau* (1977) 25 aux pp. 25 et 30.

¹⁶⁴*Constitution of New York*, *supra*, note 31, art. 19(1) et (2); *Constitution of the State of Missouri* dans Karsch & Elsea, *supra*, note 30, art. 12(2) et (3).

effectif *ou* si le peuple l'a approuvée par référendum à la majorité des électeurs inscrits.¹⁶⁵ De fait, les modèles de protection et d'enclassement sont si nombreux que le Québec aurait l'embarras du choix.

Plus délicate est la question de savoir à quelles parties de la Constitution cette protection doit être étendue. Aux États-Unis et en Allemagne, c'est l'ensemble de la Constitution de l'État fédéré qui est soumis au mode d'amendement spécial, en raison de traditions qui prévalent depuis l'origine de leur droit constitutionnel. Il n'est cependant pas nécessaire qu'il en soit ainsi et la Constitution québécoise pourrait faire appel à une ou plusieurs des techniques déjà mentionnées, en les appliquant à l'une ou l'autre des dispositions fondamentales, voire à des articles particuliers, choisis en raison de leur importance, la seule limite étant celle qu'impose la nécessité de faire en sorte que le citoyen s'y retrouve sans trop de peine. À titre d'exemple, les institutions et le statut des pouvoirs pourraient être modifiés soit à la majorité renforcée de l'Assemblée, soit par référendum ; les libertés fondamentales, les droits individuels et les droits collectifs exigeraient la majorité renforcée *et* le référendum, celui-ci pouvant à son tour faire appel à une majorité spéciale s'il s'agissait des libertés. Les autres parties seraient modifiables par l'Assemblée, mais le mode d'amendement lui-même ne serait révisé qu'après consultation populaire. On peut également juger opportun de n'appliquer ces techniques de protection qu'après quelques années d'essai de la nouvelle Constitution, de façon à corriger sans trop de peine les choix qui s'avèreraient moins judicieux qu'on ne l'aurait pensé.

4. — *Droit d'initiative des citoyens*

Faut-il prévoir la possibilité de conventions de révision, comme dans la plupart des États de l'Union américaine ? Cette question nous amène, en terminant ce chapitre, à en traiter une autre, dont elle est souvent inséparable en pratique : le droit d'initiative. C'est ainsi qu'au Massachusetts, par le quarante-huitième amendement, de 1918, le peuple s'est réservé le droit d'initiative populaire, qui est le pouvoir d'un nombre déterminé d'électeurs de proposer à la population des amendements à la Constitution et des lois, en vue de leur adoption ou de leur rejet ; ne peuvent cependant être modifiées de cette façon certaines dispositions ayant trait notamment aux libertés et aux juges.¹⁶⁶ Les pétitions sont soumises à une session commune des deux Chambres de la Législature ; celles-ci peuvent les modifier à la majorité des trois quarts des membres votant et l'amendement doit être approuvé par le quart au moins de tous les membres élus ; s'il l'est, il est

¹⁶⁵Constitution de l'État de Rhénanie-Palatinat, *supra*, note 30, art. 129. En Bavière, la Constitution exige la majorité des deux tiers *et* le référendum. Constitution de l'État libre de Bavière, *supra*, note 30, art. 75.

¹⁶⁶*Constitution of Massachusetts*, *supra*, note 31, amendement 48, Part I et Part II(2).

alors renvoyé au prochain parlement et s'il est de nouveau accepté de la même façon, il doit être soumis au peuple. De même, une proposition d'amendement constitutionnel avancée par un parlementaire de l'une ou l'autre Chambre sera envoyée au référendum si elle est approuvée par deux parlements successifs à la majorité de tous les membres élus.¹⁶⁷ Au référendum, l'amendement résultant de l'initiative populaire doit recueillir la majorité des voix exprimées sur le sujet, représentant trente pour cent au moins de tous les votes déposés à l'élection concomitante ; l'amendement proposé par un parlementaire n'est pas soumis à cette dernière condition.¹⁶⁸

Un grand nombre d'États de l'Union américaine ont de la sorte ouvert le pouvoir législatif à l'intervention directe des citoyens, par le moyen de dispositions généralement intitulées « Initiative and Referendum ». L'un des exemples les plus typiques se trouve à l'article 3 de la Constitution du Missouri, qui réserve au peuple le droit de prendre l'initiative d'une modification constitutionnelle en réunissant les signatures de huit pour cent des électeurs inscrits dans chacun des deux tiers au moins des districts électoraux ; pour les propositions de lois, cinq pour cent suffisent.¹⁶⁹ Les pétitions concernant la Constitution ne peuvent porter que sur un seul article à la fois et celles proposant une loi, sur un seul sujet. Toutes les propositions de modification émanant de l'Assemblée ou de l'initiative sont soumises à la consultation des électeurs.¹⁷⁰

Ce système est passablement étranger à la démocratie parlementaire de type britannique. Non pas que la pétition y soit inconnue, au contraire, mais le principe de la suprématie du Parlement s'accommode mal des méthodes de la démocratie directe¹⁷¹ et il paraît en effet incongru, dans un pays où le Parlement a mené toutes les luttes contre l'absolutisme royal en imposant sa propre « souveraineté », de le voir se faire forcer la main. Même le référendum purement consultatif provoqua d'âpres débats en Grande-Bretagne, notamment lorsque le Parlement décida de consulter la population sur l'intégration du pays à la Communauté économique européenne ;¹⁷² encore que le résultat de cette consultation n'eût rien de contraignant sur le plan juridique.

Ces traditions n'ont guère impressionné les provinces de l'Ouest canadien dans le passé et le droit d'initiative, associé au référendum, y a joué un rôle, comme nous venons de le voir au sujet de la loi manitobaine,

¹⁶⁷*Ibid.*, Part IV(1)-(4).

¹⁶⁸*Ibid.*, Part IV(5).

¹⁶⁹Karsch & Elzea, *supra*, note 30, art. 3(50).

¹⁷⁰*Ibid.*, art. 12(2)(b).

¹⁷¹Voir P. Goodhard, *Referendum* (1971) aux pp. 14, 17, 33, 49 et 63.

¹⁷²*The Referendum Act, 1975* (R.-U.), 1975, c. 33.

déclarée invalide en raison du référendum à caractère législatif qu'elle instituait. De son côté, la Loi albertaine de 1913, intitulée *The Direct Legislation Act*, autorisait un pourcentage des électeurs à obtenir, par voie de pétition, que la Législature adopte un projet de loi par eux proposé ou appuyé.¹⁷³ Si le projet n'était pas accepté par la Législature pendant la session où il était présenté, il devrait être soumis aux électeurs et, dans le cas où il était approuvé, la Législature devait l'adopter à la session suivante sans en modifier le sens, l'effet ou l'intention.¹⁷⁴ Ce droit d'initiative mitigé, qui impose une obligation à la Législature tout en respectant ses pouvoirs du point de vue formel, fut soumis à l'examen du Conseil privé dans *The King c. Nat Bell Liquors Ltd.*¹⁷⁵ Lord Summer y constata que la législation contestée, même si la Législature n'avait eu d'autre choix que de l'adopter, l'avait été selon la procédure habituelle et soumise à l'approbation du lieutenant-gouverneur ; elle était donc valide, puisqu'aussi bien il lui était impossible de prétendre que ce n'était pas là une loi de la Législature.¹⁷⁶

5. — Rôle de l'Assemblée nationale

Si cet arrêt du Conseil privé nous conduit à nuancer notre conclusion antérieure, selon laquelle le référendum ne saurait constituer une condition *suffisante* de la validité d'une loi, puisque tel peut être le cas lorsque la procédure législative formelle est sauve, il ne s'ensuit pas que le constituant québécois doive s'inspirer de l'exemple de l'Alberta, qui a d'ailleurs abrogé la *Direct Legislation Act* en 1958.¹⁷⁷ L'Assemblée nationale ne l'a d'ailleurs pas imité lorsqu'elle a adopté la *Loi sur la consultation populaire de 1978*, en prévision du référendum sur l'avenir politique du Québec.¹⁷⁸ Ce référendum était purement consultatif et son effet juridique n'allait pas au-delà du mandat de négociation requis par le gouvernement. Il serait tout à fait indiqué, si le constituant souhaitait voir confirmer la nouvelle Constitution (et ses possibles modifications) par le peuple, d'avoir recours à ce type de consultation — d'autant que les citoyens en connaissent le fonctionnement — à titre de condition nécessaire, mais non suffisante.

L'expérience de quelques États américains, notamment de la Californie, et « l'amendomanie » qui s'y est manifestée à l'occasion sont, en effet, de nature à faire hésiter le constituant québécois devant toute forme de référendum qui supplanterait l'Assemblée nationale. En Californie, l'initiative

¹⁷³*An Act to Provide for the Initiation or Approval of Legislation by the Electors*, S.A. 1913, 1re sess., c. 3 [ci-après : *The Direct Legislation Act*], modifiée à plusieurs reprises par la suite.

¹⁷⁴*The Direct Legislation Act*, *ibid.*, art. 6, 7 et 24.

¹⁷⁵(1922), [1922] 2 A.C. 128, 65 D.L.R. 1 (P.C.) [ci-après cité aux A.C.].

¹⁷⁶*Ibid.* à la p. 135. Voir Scott, *supra*, note 149 aux pp. 557-61.

¹⁷⁷*An Act to Repeal Certain Acts of the Legislature*, S.A. 1958, c. 72, art. 1(e).

¹⁷⁸*Loi sur la consultation populaire*, L.Q. 1978, c. 6, L.R.Q., c. C-64.1.

d'un amendement peut venir des deux Chambres ou d'un groupe quelconque réunissant les signatures d'un nombre d'électeurs égal à huit pour cent des votes déposés lors de l'élection la plus récente du gouverneur de l'État.¹⁷⁹ Cette procédure qui, contrairement à celle du Massachusetts,¹⁸⁰ ne prévoit aucun contrôle de la Législature sur les propositions émanant des électeurs, ouvre toute grande la porte aux manoeuvres des groupes de pression et aux démarches contradictoires. C'est ainsi que l'article 25 modifiant la Constitution et établissant, en 1948, le droit des personnes âgées et des aveugles de recevoir des pensions augmentées, selon des critères d'éligibilité plus favorables, fut abrogé dès l'année suivante par l'article 27, à l'effet exactement contraire.¹⁸¹ Le premier et seul effort sérieux en faveur de l'inclusion de droits sociaux dans la Constitution de la Californie s'est donc soldé par un échec amer en raison de l'extrême facilité avec laquelle les amendements peuvent être proposés, dans un sens comme dans l'autre.¹⁸²

La démocratie représentative de type britannique jouera non sans peine son rôle si elle se trouve déjouée ou même ignorée par des techniques liées à un régime politique où prévaut la séparation des pouvoirs (dans le sens donné à cette expression aux États-Unis, par exemple). Tout en utilisant la technique du référendum, qui peut lui valoir à l'occasion un surcroît de légitimité dans la délicate démarche constituante, et même le droit d'initiative, qui ne manquerait pas de la sensibiliser davantage aux besoins et aux aspirations de la population, la démocratie parlementaire doit se trouver au centre de tout le processus constitutionnel, l'Assemblée nationale n'hésitant pas à prendre elle-même l'initiative du mouvement constituant. Pour ces motifs, des procédures comme celles qui sont prévues au sujet de l'initiative populaire dans la Constitution du Massachusetts, de type présidentiel, s'imposeraient à plus forte raison en régime parlementaire ; quant aux conventions de révision des États américains, elles ne semblent guère davantage compatibles avec la démocratie parlementaire telle qu'elle s'est développée au Québec depuis 1791.

* * *

Puisque l'autonomie du Québec s'étend à l'adoption ou à la modification de sa propre Constitution et puisque celle-ci est éparse ou informe, y aurait-il quelque avantage, demandions-nous au seuil de cette étude, à le voir adopter une loi fondamentale dotée des attributs habituels de semblables instruments juridiques, tels la supériorité par rapport aux lois or-

¹⁷⁹*Constitution of California, supra*, note 31, art. 18(1) et (2).

¹⁸⁰*Supra*, notes 167 et 168.

¹⁸¹*Constitution of California, supra*, note 31.

¹⁸²Voir Note, « California's Constitutional Amendomania » (1949) 1 *Stan. L.R.* 279 à la p. 281.

dinaires et une certaine protection à l'égard des modifications qu'on voudrait par la suite y apporter ? L'expérience britannique, à laquelle se rattache le régime politique québécois, et dont s'inspirent largement ses institutions, aurait pu nous incliner à répondre par la négative. La Grande-Bretagne n'est-elle pas dépourvue de constitution entendue au sens formel ? De fait, elle n'en a pas connu depuis Cromwell et ne semble pas s'en porter plus mal. Bien des États qui se sont donné des lois fondamentales écrites ne jouissent ni de sa stabilité institutionnelle ni des droits et libertés qu'on y trouve. Mais la société britannique est bien particulière, relativement mieux intégrée que d'autres et, comme l'a fait observer Bastid, la globalité des traditions nationales y tient lieu de constitution ;¹⁸³ à ce compte, elle constitue un cas isolé, dont ne s'inspirent guère les États du monde moderne. Dans les sociétés plus jeunes en particulier, ou diversifiées comme l'étaient les États-Unis à l'origine, il peut être nécessaire, en tout cas utile, d'énoncer avec quelque solennité ou formalisme le mode d'exercice des pouvoirs, ainsi que les libertés des personnes et les droits des collectivités.

Qui définit limite, dit-on parfois. Néanmoins, il existe des cas où l'absence de précisions entrave le développement des droits et des institutions. Aucune constitution, si détaillée soit-elle, ne saurait suppléer entièrement les carences des mœurs civiques ou le niveau de culture politique atteint par chaque peuple, mais l'existence d'une loi fondamentale favorisera le progrès sur ce plan, à condition de proposer un projet de société qui soit perçu comme légitime par la population et d'éviter le dogmatisme qui caractérise nombre de constitutions contemporaines. La seule existence d'une constitution, si elle répond aux besoins et aux aspirations des citoyens, peut être un facteur de « conscientisation » sociale et de réflexion politique. Sur le plan plus vaste de la société internationale, ce n'est pas en vain que l'Organisation des Nations Unies, a tenu, depuis une quarantaine d'années, à affirmer de façon solennelle et par écrit l'existence de droits et devoirs individuels et collectifs par le moyen de résolutions dont le caractère non obligatoire n'en permet pas moins, au besoin par la répétition, d'acclimater des principes et de préparer le terrain au droit nouveau et aux institutions propres à le mettre en oeuvre. La signature subséquente de conventions ou pactes multilatéraux, par lesquels les États s'engagent à introduire ces principes dans leur législation interne, montre bien le processus didactique par lequel, en dépit de mille obstacles et possibilités de régression, l'aire du droit s'élargit. De la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948 au rapport du Comité des droits de l'O.N.U. dans l'affaire *Lovelace* (1980),¹⁸⁴ en passant par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* de 1966, personne ne niera qu'il y ait eu progrès dans la définition des droits

¹⁸³Bastid, *supra*, note 23 à la p. 6.

¹⁸⁴Rapport du Comité des droits de l'homme, Doc. N.U. Supp. (No 40) 178-88, Doc. N.U. A/35/40 (1980).

et leur application. Assurément, les documents onusiens ne sont pas de nature constitutionnelle, mais ils jouent, par rapport aux lois fondamentales des États, le rôle transcendant que celles-ci doivent remplir envers les lois ordinaires et les actes des gouvernants.

Au-delà de la question des limites juridiques imposées au pouvoir constituant du Québec du fait de son statut d'État fédéré, dont nous avons traité tout au long de cet exposé, la véritable question à laquelle il fallait répondre était la suivante : l'exercice de l'autorité politique sera-t-il, à terme, rendu plus efficace et plus humain, les droits et libertés mieux assurés, l'activité socio-culturelle et le bien-être mieux répartis entre les citoyens, si le Québec, après mûre réflexion et débat, se donne une Constitution formelle, dotée de la suprématie et protégée par un mode d'amendement spécial ? Nous sommes enclin à le penser, mais il nous faut reconnaître que ce ne sont pas là des questions de nature purement juridique, auxquelles il suffirait d'apporter des réponses purement techniques. Certes, les techniques sont importantes et il serait vain de n'en pas tenir compte, mais elles appartiennent à l'ordre des moyens.

Toutes les règles, tous les droits et toutes les libertés ne sont pas réductibles à des formules juridiques et l'on se demande à juste titre, dans une société démocratique, jusqu'où il convient d'aller dans la définition formelle des concepts et des normes. Ce sont là des interrogations liées à la psychologie collective des majorités et des minorités et au cheminement des idées dans une population constamment sollicitée par des légitimités qui ne sont pas toujours spontanément compatibles. Aussi notre propos n'était-il pas d'apporter des réponses stéréotypées, encore moins de rédiger un avant-projet de Constitution du Québec, mais plutôt de brosser à larges traits ce qui nous paraît constituer le cadre de discussion nécessaire et d'indiquer, chemin faisant, les limites imposées par le système constitutionnel à l'intérieur duquel le Québec affirme son caractère de société distincte et son autonomie.

Dans la mesure où ce cadre paraît acceptable, il reste à définir la démarche, et celle-ci peut également faire l'objet de discussions, voire d'un débat. Nous avons dit notre préférence, compte tenu des traditions du régime parlementaire québécois, pour un processus dont l'initiative reviendrait à l'Assemblée nationale. De toute façon, même si l'initiative venait du gouvernement, l'Assemblée devrait intervenir par l'intermédiaire d'une commission parlementaire, dont la tâche consisterait notamment à consulter la population, et tout projet ou avant-projet devrait lui être soumis. Nous ne pensons pas qu'il soit opportun de procéder à la manière américaine en convoquant une convention de révision, mais il n'en est pas moins essentiel que des groupes soient consultés tout au long de la démarche. Si l'Assemblée se met d'accord sur un projet, il devrait être soumis à l'approbation de la

population par voie d'un référendum de type consultatif, avant que le projet ne soit mis en vigueur selon les règles familières. D'aucuns estimeront que l'option en faveur d'une constitution formelle comporte un choix philosophique peu conciliable avec les traditions empiriques chères au parlementarisme d'inspiration anglaise. Les premières constitutions modernes, et notamment celle des États-Unis, ne sont-elles par héritières du rationalisme du dix-huitième, selon lequel — en simplifiant quelque peu — il suffisait de penser correctement et de donner des fondements rationnels et cohérents au droit pour que la société fût bien gouvernée ? Nous savons aujourd'hui que les choses ne sont pas si simples, quoique beaucoup de pays continuent de croire à la valeur incantatoire des règles dogmatiques ; en démocratie, il est certain — encore qu'il nous arrive de l'oublier — que la légitimité des lois, qui fonde leur application effective et leur durée, tient à de nombreux facteurs sociaux et psychologiques. Cette réalité est-elle de nature à rendre superflu tout projet de constitution écrite ? Même en Grande-Bretagne, on trouverait des traces — peut-être prémonitoires — de la vocation normative des lois fondamentales dans la *Magna Carta* et le *Bill of Rights*. Les services que peut rendre un document fondamental hors de pair sont plus importants, à notre avis, dans une société pluraliste que dans une société ancrée depuis des siècles dans ses traditions ; de là les différences (peut-être plus apparentes que réelles) qui existent entre les institutions des États-Unis et celles de la Grande-Bretagne. Il reste, comme nous avons tenté de le démontrer, que la démarche à entreprendre au Québec devra être marquée au coin d'un certain empirisme, qui ne serait, en définitive, qu'une forme de respect non seulement pour les réalités, mais pour les personnes.

Sans doute le seul fait d'adopter une constitution formelle n'apporte-t-il aucune garantie de bon gouvernement et de droits égaux pour tous. Fonder quelque espoir sur la pure rationalité constitutionnelle relève à coup sûr de la pensée magique, dans la mesure où les normes ne sont pas solidement arrimées aux réalités, aux besoins et aux aspirations. Mais si elles peuvent l'être et si les conditions sont réunies qui permettent de faire de la loi fondamentale un compendium des valeurs du milieu, instrument pédagogique au service de l'éducation socio-politique, alors on est en droit d'espérer doter le Québec d'une constitution « vivante », qui en serait certes le miroir, mais aussi le portrait idéal.