

Supraconstitutionnalité canadienne et sécession du Québec

Jacques Frémont¹ et François Boudreault²

Dans le contexte du Renvoi dont est présentement saisie la Cour suprême du Canada au sujet de la légalité de la sécession du Québec, cet article prend la position qu'il se peut qu'il soit impossible, en vertu de la Constitution du Canada, de se servir de la procédure de modification pour avaliser une éventuelle sécession du Québec. Cette position est fondée sur le fait qu'il existerait des principes supraconstitutionnels qui rendraient tout amendement relatif à cette matière lui-même inconstitutionnel. Il faudrait par ailleurs en inférer, en toute logique, que la procédure de modification ne puisse par conséquent être d'une quelconque utilité pour effectuer la sécession du Québec, le droit constitutionnel canadien exigeant plutôt une déclaration unilatérale d'indépendance du Québec pour que la sécession se réalise.

Afin de discuter des tenants et aboutissants de cette position, les auteurs expliquent tout d'abord qu'en droit positif, des principes de supraconstitutionnalité existent actuellement dans un grand nombre de constitutions, soit de façon explicite, soit implicitement. Ils argumentent ensuite en faveur de leur existence implicite en droit constitutionnel canadien en suggérant qu'ils se justifient tant par la nécessité de respecter la logique de l'ordre constitutionnel que par celle du respect par le pouvoir constituant des impératifs relatifs au maintien et à la protection de la nature fondamentale du régime constitutionnel canadien. Ils discutent enfin de l'applicabilité de tels principes de supraconstitutionnalité au cas particulier d'une éventuelle sécession du Québec et suggèrent qu'il se peut fort bien qu'une combinaison des conséquences de celle-ci sur l'ordre constitutionnel canadien soient si importantes et d'une nature si fondamentale que la formule d'amendement ne devienne d'aucune utilité ni pour effectuer la sécession du

1 Professeur et directeur du Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal. L'auteur veut remercier ses collègues Andrée Lajoie et Danièle Pinard pour leurs judicieux commentaires.

2 Étudiant à la maîtrise et assistant de recherche au Centre de recherche en droit public, Faculté de droit, Université de Montréal.

Québec, ni pour en avaliser les conséquences au sein de l'ordre juridique canadien, ni pour en contester la légalité. Ils discutent aussi brièvement des implications de cette conclusion.

Within the context of the current reference to the Supreme Court of Canada concerning the legality of Quebec's secession, this paper argues that it might very well be that it would be impossible under the Canadian Constitution to use the Amending formula in order to "swallow" Quebec's secession. This position is based upon the existence of supraconstitutional principles which would invalidate any constitutional amendment relating to this matter. One must infer, logically, that the amending formula cannot be used by Quebec in order to secede, Canadian constitutional Law requiring a Unilateral Declaration of Independence in order for the secession to materialize.

The authors first explain how, in positive law (black letter law), supraconstitutional principles exist within an important number of foreign constitutions whether explicitly or implicitly. They then argue that such supraconstitutional principles implicitly exist in Canadian law and would be justified by both the necessity to respect the internal logic of the Constitution and the imperatives concerning the necessity to protect the fundamental principles of the Canadian constitutional order. They finally discuss of the applicability of such supraconstitutional principles within the particular context of Quebec's secession in proposing that a combination of its consequences upon the Canadian constitutional order are so important and fundamental that the Amending formula could well become useless in order to materialize Quebec's secession or to integrate its consequences within the Canadian constitutional order or to challenge its legality. They also discuss briefly some of the implications flowing from this position.

1. INTRODUCTION

Depuis quelques années maintenant, le débat autour de l'indépendance du Québec se juridicise. Les adversaires de cette option ont transformé un débat strictement politique en débat juridique et, au fil des ans, certains tribunaux judiciaires ont même été appelés à se prononcer sur la question de la légalité d'une éventuelle sécession du Québec. Le pourvoi dont est présentement saisie la Cour suprême du Canada constitue sans doute l'apothéose de la controverse au plan juridique. Or, on doit déplorer que le débat se soit strictement restreint en deçà des paramètres au sein desquels les gouvernements ont voulu le confiner. La sécession du Québec est inconstitutionnelle au plan du droit constitutionnel canadien disent les uns et, par conséquent, une telle démarche ne pourra être légale que si on utilise la procédure de modification constitutionnelle pour l'autoriser. Les autres répliquent que la sécession représente une démarche qui s'autorise de la logique des principes de droit international qui, par conséquent, s'impose à la logique constitutionnelle canadienne.

Insatisfaits de ces positions par trop simplistes, nous nous permettrons au cours des pages qui suivent d'aborder la question autrement et en viendrons même à la conclusion qu'il se pourrait très bien qu'il soit impossible tant pour le Québec de se servir de la procédure de modification pour effectuer sa séparation du Canada que pour ce dernier de procéder de cette façon pour avaliser une éventuelle sécession du Québec. Le point de départ de cette réflexion est le suivant : le Constituant est-il intégralement souverain au sein de notre régime constitutionnel? Autrement dit, se pourrait-il qu'il existe en droit constitutionnel canadien des principes de droit positif qui aient pour effet de limiter la souveraineté du Constituant et en vertu desquels certains amendements constitutionnels pourraient être inconstitutionnels? Tout au long de ce texte nous entendons par l'expression «droit positif», le droit valide ou en vigueur tel qu'énoncé par une autorité étatique habilitée.

Illustrons de façon bien concrète les questions qui précèdent. Pourrait-on par exemple se servir de la procédure de modification de l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982* afin d'empêcher tout amendement ultérieur à la Constitution du Canada? Pourrait-on, toujours par voie d'amendement constitutionnel, abroger le système de démocratie électorale au Canada? Serait-il possible aux deux tiers des provinces représentant 50% de la population d'abroger la *Charte canadienne des droits* et, au surplus, de supprimer expressément par voie d'amendement constitutionnel la liberté de presse au Canada? Enfin, dernier exemple, la procédure de modification de la Constitution du Canada pourrait-elle être utilisée afin de faire disparaître le principe de l'indépendance de la magistrature ou encore celui du contrôle de la constitutionnalité des lois? Les questions qui précèdent font ressortir un malaise certain; on s'empressera de dire qu'il s'agit là de questions théoriques qui n'ont que peu de vraisemblance. Il reste qu'il ne serait pas surprenant que, confrontée à des questions aussi difficiles, la Cour suprême n'accepte pas de rester passive alors que des tenants fondamentaux de l'ordre constitutionnel seraient menacés.

En droit constitutionnel comme ailleurs, la réalité dépasse parfois la fiction et des questions à un moment purement théoriques deviennent soudainement d'une actualité incontournable. L'histoire constitutionnelle récente du Canada démontre, si besoin est, que des crises politi-

ques majeures entraînent en effet des évolutions dramatiques du droit constitutionnel canadien. C'est ainsi que la crise du rapatriement au début des années 1980, ou encore l'affaire des droits linguistiques du Manitoba, ont changé à jamais la compréhension que les juristes possèdent de leur régime constitutionnel. Se pourrait-il qu'à l'occasion de l'actuel Renvoi sur la sécession du Québec, la Cour suprême, loin d'être aussi prévisible que les bien-pensants l'affirment, saisisse à nouveau l'occasion d'ainsi bouleverser l'ordre constitutionnel canadien?

Dans cet article, nous tenterons de démontrer qu'il se pourrait très bien qu'on ne puisse tout simplement pas utiliser la procédure de modification de la Constitution du Canada afin d'effectuer la séparation du Québec ou d'avaliser celle-ci au sein de l'ordre constitutionnel canadien. En d'autres mots, selon ce point de vue, un amendement constitutionnel reconnaissant l'indépendance du Québec serait lui-même inconstitutionnel, la sécession devenant par le fait même incontestable aux yeux du droit constitutionnel canadien. Évidemment, le simple fait d'affirmer qu'un amendement constitutionnel puisse ne pas être valide n'est pas tout à fait conforme à l'orthodoxie dominante, du moins à première vue; nous tenterons de démontrer qu'un examen plus serré de principes constitutionnels en présence ainsi que des logiques constitutionnelles et systémiques sous-jacentes pourrait probablement justifier une telle conclusion en droit positif au Canada.

Le cœur de l'approche que nous élaborerons repose sur l'existence, au sein de l'ordre constitutionnel canadien, de principes que nous appellerons "supraconstitutionnels" qui, s'imposant aux principes constitutionnels "ordinaires", ne pourraient être violés par ces derniers. Autrement dit, on retrouverait au sommet de la traditionnelle hiérarchie des normes de Kelsen des normes supraconstitutionnelles qui seraient de droit positif et devraient être respectées tant par le Constituant que par les tribunaux. Ces derniers auraient par conséquent le devoir, le cas échéant, de protéger ces normes supraconstitutionnelles contre leur violation par des normes constitutionnelles "ordinaires".

Dans une première partie, ce texte discutera de la notion de supraconstitutionnalité en droit comparé afin de démontrer que loin d'être farfelue, la notion de supraconstitutionnalité est reconnue par plusieurs systèmes juridiques occidentaux, dont certains sont même issus de la

tradition juridique britannique (I). Nous examinerons par la suite dans la seconde partie les raisons qui font que la théorie de la supraconstitutionnalité peut être reçue en droit canadien (II) d'une part, et, d'autre part, si elle doit s'appliquer lors d'une éventuelle sécession du Québec (III). Nous esquisserons sommairement en conclusion certaines des conséquences constitutionnelles et politiques qu'aurait une reconnaissance de l'impossibilité d'utiliser la procédure de modification des lois constitutionnelles dans le cas de la sécession du Québec.

2. LES ENSEIGNEMENTS DU DROIT COMPARÉ ET LA THÉORIE DE LA SUPRACONSTITUTIONNALITÉ

Relativement inconnue en droit constitutionnel canadien, la théorie de la supraconstitutionnalité fait néanmoins, on le verra, partie intégrante de plusieurs systèmes constitutionnels contemporains. Un examen ne serait-ce que sommaire de ces derniers fera ressortir la raison d'être de tels principes dans ces systèmes constitutionnels. En droit constitutionnel étranger, les principes supraconstitutionnels, lorsqu'ils existent, peuvent être introduits en droit positif par leur inscription explicite dans la Constitution elle-même. Dans ces cas, les lois constitutionnelles prévoient expressément que la révision constitutionnelle ne peut porter sur certaines matières.³ Les mêmes principes supraconstitutionnels peuvent aussi être "positivisés" par une interprétation des tribunaux ou de la doctrine. Dans ce cas, les autorités judiciaires qui sont chargées d'interpréter la Constitution "déduisent" de la lecture de la Constitution que certains principes supérieurs s'imposent tant au Constituant qu'aux acteurs constitutionnels, y compris aux tribunaux. Il convient d'examiner successivement chaque mode de supraconstitutionnalisation en prenant des exemples au sein du droit étranger.

3 Dans ce premier cas, on pourrait plutôt parler de hiérarchie au sein de principes constitutionnels plutôt que de supraconstitutionnalité puisque la Constitution mentionne expressément quelles dispositions ne peuvent être révisées et, par conséquent, quelles dispositions la Constitution elle-même présente comme supérieures par rapport aux autres. Cependant, la jurisprudence et la doctrine considéreront souvent ces dispositions comme des sources de droit supérieur aux normes constitutionnelles ordinaires, puisqu'elles s'imposent au pouvoir de révision de la Constitution. C'est ce qui explique qu'il est fait état de ces dispositions.

(a) **Les principes supraconstitutionnels expressément prévus par les Constitutions**

On comprend que le principal effet concret de la reconnaissance de principes supraconstitutionnels est de créer une relation hiérarchique entre ces derniers et les normes constitutionnelles ordinaires, celles-ci pouvant se trouver à violer ceux-là. C'est habituellement au moment de la modification constitutionnelle que se soulève la question de déterminer si un amendement est possible ou si, au contraire, il couvre une partie de la Constitution qui est hors d'atteinte du Constituant. Les cas de la Grèce, de l'Italie, de la France, de la Norvège, du Portugal et surtout de la République fédérale allemande méritent d'être sommairement discutés sur cette question.

L'article 110 (1) de la Constitution de la Grèce⁴ exclut la possibilité de réviser un certain nombre de sujets au sein de la Constitution. Les principes de la souveraineté populaire avec suffrage universel et direct, de la présomption de compétence en faveur d'une assemblée élue directement par le peuple, de la non-ingérence de l'exécutif dans la révision constitutionnelle, d'un chef de l'État élu et distinct du chef du Gouvernement ainsi que celui de la responsabilité du ministère devant une Assemblée élue au suffrage universel ont été identifiés comme découlant de l'exigence d'une République parlementaire et donc considérés hors d'atteinte du pouvoir de révision de la Constitution.⁵ Précisons aussi qu'une révision constitutionnelle ne saurait abroger les interdictions de l'article 110 (1).⁶ Dans ce contexte, les juges auront le devoir

4 Art. 110 (1) "The provisions of the Constitution shall be subject to revision except those which designate the form of government as a Parliamentary Republic and those of article 2 paragraph 1, 4 paragraphs 1, 4 and 7, 5 paragraphs 1 and 3, 13 paragraph 1, and 26" (ces dispositions portent sur la protection de la valeur de la personne humaine, l'égalité devant la loi, l'exclusivité des Grecs à la fonction publique, l'interdiction des titres de noblesse, le droit de développer sa personnalité, la sûreté individuelle, la liberté religieuse et la séparation des pouvoirs). Antoine M. PANTÉLIS, *Les grands problèmes de la nouvelle Constitution hellénique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979, pp. 205-206. Cet auteur souligne que seul le contenu de ces dispositions ne peut être modifié, leur libellé pouvant l'être.

5 A.M. PANTÉLIS, *op. cit.*, note 4, p. 206.

6 *Ibid.* Le pouvoir de révision est considéré comme un pouvoir "constitué": la Constitution lui délègue une compétence limitée. Si le pouvoir de révision outrepassé

de contrôler la constitutionnalité d'un amendement⁷ et si celui-ci est jugé non conforme à l'article 110, il sera sans effet juridique.⁸

Il en va de même de la Constitution italienne qui, à son article 139, précise que la structure républicaine de l'État ne peut être sujette à un amendement constitutionnel.⁹ À ce sujet, la Cour constitutionnelle italienne a souligné récemment que [TRADUCTION] "[...]la Constitution italienne comprend quelques *principes suprêmes* qui ne peuvent être renversés ou modifiés dans leur contenu essentiel même pas par une loi de révision constitutionnelle ou par d'autres lois constitutionnelles."¹⁰ S'autorisant de ce principe, la Cour constitutionnelle a plusieurs

ces limites, il y a révolution juridique : Georges KAMINIS, *La transition constitutionnelle en Grèce et en Espagne*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, p. 267.

7 Epaminondas SPILIOTOPOULOS, "Révision de la Constitution et justice constitutionnelle — Grèce", dans GROUPE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES SUR LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. X, Paris, Economica, 1994, p. 119, à la page 124.

8 *Ibid.*, p. 125.

9 Art 139 : "The Republican structure is not subject to constitutional amendment". Précisons qu'aucune des propositions de révision constitutionnelle présentement à l'étude en Italie ne semble viser l'article 139 de la Constitution.

10 Décision no 1146 du 29 décembre 1988. Traduction tirée de Louis FAVOREU et Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 7e éd., Paris, Sirey, 1993, p. 824. Il s'agissait d'une affaire concernant le statut de la province du Trentin-Haut Adige. L'immunité dont jouissent les membres du Conseil régional était contestée en fonction de l'article 3 de la Constitution italienne (Cet article traite de l'égalité et figure sous le titre "Principes Fondamentaux" dans la Constitution). La Cour rejette la contestation en disant qu'il ne pouvait être touché à certains principes supérieurs sans affecter la forme même de l'État ou du Gouvernement. La Cour s'appuie sur l'article 139 de la Constitution et sur des principes implicites qui constituent l'essence des valeurs suprêmes fondant la Constitution italienne pour déclarer le recours inadmissible. Claude KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, p. 180. Les principes suprêmes seront ceux de l'inviolabilité des droits de la personne, du contrôle de la constitutionnalité, des principes de la démocratie de l'État (liberté de presse, liberté d'association, multipartisme...), du système parlementaire, de l'autonomie locale, du suffrage universel, égal, libre, secret et de l'indépendance des magistrats : Voir Paolo BARILE, "Scritti di Diritto Costituzionale", Padoue, 1967, pp. 76-77 (tiré de J. MIRANDA, L. NUNES De ALMEIDA et A. RIBEIRO-MENDES, "Révision de la Constitution et justice constitutionnelle", dans GROUPE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES SUR LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE, *op. cit.*, note 7, p. 171, à la page 210).

fois annoncé qu'elle pouvait exercer un contrôle de constitutionnalité des dispositions constitutionnelles.¹¹ Cette attitude semble avoir été approuvée par la majorité de la doctrine.¹²

Tout comme pour la Constitution italienne, l'article 89 alinéa 5 de la Constitution de la France prévoit que "La forme républicaine de l'État ne peut faire l'objet d'une révision". Dans une décision récente portant sur la question de la ratification du Traité de Maastricht, le Conseil constitutionnel est venu confirmer que le pouvoir de révision de la Constitution n'était pas illimité.¹³ Il a ainsi annoncé qu'il pourrait éventuellement intervenir pour faire respecter cette disposition. Commentant cette décision, les auteurs Favoreu et Philip soulèvent la question de la portée qui doit être accordée à cet empêchement en se demandant "s'il faut entendre l'expression au sens strict (c'est-à-dire comme s'opposant à la forme monarchique) ou bien au sens plus large de ce qui constitue l'héritage républicain et qui inclut toute une série de valeurs fondamentales inscrites dans l'article 2 de la Constitution et dans les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République".¹⁴

Il est par ailleurs intéressant de noter que l'article 112 de la Constitution de la Norvège prévoit que les amendements constitutionnels ne doivent en aucune façon contredire les principes enchâssés par la Constitution et ne peuvent qu'en modifier des dispositions particulières qui

11 Décision no 38 du 9 mars 1957; décision no 6 du 22 janvier 1970; décision no 30 du 1er mars 1971; décision no 12 du 2 février 1972; décision no 175 du 11 décembre 1973; décision no 183 du 27 décembre 1973; décision no 1 du 5 janvier 1977; décision no 19 du 2 février 1982; décision no 170 du 8 juin 1984, décision no 26 du 30 janvier 1985; décision no 366 de 1991. Liste tirée de Alexandro PIZZORUSSO, "Révision de la Constitution et justice constitutionnelle — Italie", dans GROUPE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES SUR LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE, *op. cit.*, note 7, p. 133, à la page 138.

12 A. PIZZORUSSO, *loc. cit.*, note 11, p. 138.

13 Décision du 2 septembre 1992, no 92-312. Considérant 19 et considérant 34. "Considérant que *sous réserve*, d'une part, des limitations touchant aux périodes au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut pas être engagée ou poursuivie, qui résultent des articles 7, 16 et 89, alinéa 4, du texte constitutionnel et, d'autre part, du *respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89 en vertu desquelles "la forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision"*, le pouvoir constituant est souverain [...]"

14 L. FAVOREU et L. PHILIP, *op. cit.*, note 10, p. 825.

n'affectent pas l'esprit de la Constitution.¹⁵ La question devient donc de déterminer précisément quels sont les principes qui sont ainsi contenus dans la Constitution et comment faire pour découvrir son esprit? Il semble que cette détermination ne soit pas chose facile, l'article 112 ne comportant pas d'indications supplémentaires permettant d'identifier précisément ces limites. De plus, la Constitution norvégienne actuelle datant de 1814, certains de ces principes sont aujourd'hui dépassés.¹⁶ Malgré tout, un auteur explique qu'il n'est pas impossible de délimiter avec une certaine précision les principes supraconstitutionnels, sans toutefois en dresser la liste.¹⁷ L'autre question qui vient inévitablement à l'esprit est celle de savoir si les tribunaux norvégiens pourraient invalider une révision contraire à l'article 112. Selon Smith, la doctrine reconnaît en général qu'une révision adoptée selon la procédure formelle constitue une révision valable.¹⁸ Ainsi, les tribunaux ne pourraient pas contrôler le contenu d'une modification, le constituant demeurant seul juge de la conformité de la modification avec les principes et l'esprit de la Constitution. Cette position semble avoir été entérinée par la Chambre des requêtes de la Cour suprême norvégienne dans une décision de 1991.¹⁹

L'article 288 de la Constitution du Portugal contient pour sa part une longue énumération de matières échappant à toute modification

15 Art. 112 [...] Such amendment must never, however, contradict the principles embodied in this Constitution, but solely relate to modification of particular provisions which do not alter the spirit of the Constitution [...].

16 Eivind SMITH, "Révision de la constitution et justice constitutionnelle — Norvège", dans GROUPE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES SUR LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE, *op. cit.*, note 7, p. 151, à la page 153. Cet auteur prend l'exemple du principe de la séparation des pouvoirs tel qu'il existait au début du 19^{ième} siècle en regard du parlementarisme actuel. À la page 154, il mentionne que la monarchie constitue sans doute aussi un principe contenu dans la Constitution, mais il soulève la question de l'immutabilité de ce principe à la fin du 22^{ième} siècle.

17 *Ibid.*, p. 154.

18 *Ibid.*

19 Norsk Retstidende (recueil d'arrêts de la Cour suprême de Norvège) 1991, p. 173. Il s'agissait d'un particulier qui contestait une modification constitutionnelle du système électoral. Les tribunaux inférieurs avaient rejeté cette contestation parce qu'il "n'appartenait pas aux tribunaux d'apprécier la validité matérielle des réformes constitutionnelles dont la qualification formelle n'était pas douteuse". La Chambre des requêtes avait confirmé ce rejet sans plus d'explications.

constitutionnelle.²⁰ Même si, jusqu'en 1994, les tribunaux n'ont pas eu l'occasion de contrôler le contenu d'une révision constitutionnelle,²¹ une partie de la doctrine pense néanmoins qu'ils auront à jouer ce rôle en vertu de l'article 288.²² Il avait aussi déjà été question d'une possible inconstitutionnalité de la Constitution elle-même, mais cette possibilité semble avoir été rejetée par les constitutionnalistes portugais parce qu'impossible selon une logique positiviste et inacceptable au niveau dogmatique.²³

20 Art. 288 Limits to the revision on the substance.

The laws revising the Constitution shall safeguard:

- a. National independence and the unity of the State;
- b. The republican form of government;
- c. The separation of the Churches from the State;
- d. The rights, freedoms and safeguards of the citizens;
- e. The rights of the workers, workers' committees and trade unions;
- f. The co-existence of the public, the private and the co-operative and social sectors, with respect to the property of the means of production;
- g. The existence of economic plans within the framework of a mixed economy;
- h. Universal, direct, secret and periodical suffrage for the appointment of the elected members of the organs of supreme authority, the autonomous regions and the organs of local government, as well as the system of proportional representation;
- i. Plurality of expression and political organisation, including political parties and the right to a democratic opposition;
- j. Separation and interdependence of the organs of supreme authority;
- l. The scrutiny of legal provisions for active unconstitutionality and unconstitutionality by omission;
- m. The independence of courts;
- n. The autonomy of local authorities;
- o. The political and administrative autonomy of the archipelagos of the Azores and Madeira.

21 J. MIRANDA, L. NUNES De ALMEIDA et A. RIBEIRO-MENDES, "Révision de la Constitution et justice constitutionnelle — Portugal", dans GROUPE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES SUR LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE, *op. cit.*, note 7, p. 171, à la page 195 (note 93).

22 J. MIRANDA, L. NUNES De ALMEIDA et A. RIBEIRO-MENDES, *loc. cit.*, note 21, p. 220.

23 *Id.*, voir le développement des pages 191 à 196. On s'interrogeait sur la constitutionnalité d'une disposition de la Constitution qui prévoyait des mesures discriminatoires contre les anciens dirigeants et fonctionnaires du régime renversé en 1974.

Les exemples qui précèdent démontrent que si de tels principes de supraconstitutionnalité existent, ils n'ont été invoqués que dans certaines situations très particulières et n'ont généralement pas fait l'objet d'une foule d'interprétations judiciaires ou autres. La situation est quelque peu différente en ce qui concerne la République fédérale allemande. L'alinéa 3 de l'article 79 de la Constitution de celle-ci précise que : "Amendments to this Basic Law affecting the division of the Federation into Länder, their participation in the legislative process, or the principles laid down in Articles 1 and 20 shall be prohibited". Les principes fondamentaux reconnus par l'article 79 al. 3 sont ceux relatifs au fédéralisme,²⁴ au respect par toutes les instances de l'État (y compris les tribunaux) de la dignité humaine et de l'inviolabilité des droits de la personne²⁵ ainsi que les principes relatifs à la défense de l'ordre constitutionnel et des structures politiques et sociales (la souveraineté du peuple, la séparation des pouvoirs, la responsabilité du Gouvernement, la primauté du droit, l'indépendance du judiciaire, le multipartisme, le droit de s'opposer aux tentatives de destruction de l'ordre constitutionnel).²⁶ Cependant, si tous ces principes ne peuvent être anéantis, ils peu-

24 G.F. SCHUPPERT, "The Constituent Power" dans C. STARCK (dir.), *Main Principles of German Basic Law*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1983, 45, p. 47. L'expérience nazie a joué un grand rôle dans la "sacralisation" du principe fédéral en Allemagne. Parce que le fédéralisme permet de distribuer le pouvoir par une division régionale, il empêche ainsi la concentration du pouvoir.

25 Art. 1 (1) The dignity of man is inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all public authority.
 (2) The German people therefore uphold human rights as inviolable and inalienable and as the basis of every community, of peace and justice in the world.
 (3) The following basic rights shall bind the legislature, the executive and the judiciary as directly enforceable law. [Les droits fondamentaux sont énumérés de l'article 2 à l'article 17].

26 Art. 20 Political and social structure, defence of the constitutional order
 (1) The Federal Republic of Germany shall be a democratic and social federal state.
 (2) All public authority emanates from the people. It shall be exercised by the people through elections and referendums and by specific legislative, executive and judicial bodies.
 (3) The legislature shall be bound by the constitutional order, the executive and the judiciary by law and justice.
 (4) All Germans have the right to resist anybody attempting to do away with this constitutional order, should no other remedy be possible.
 Voir G.F. SCHUPPERT, *loc. cit.*, note 24, p. 48 et Donald P. KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, London, Duke University Press, 1989, p. 54.

vent être amendés en accord avec les préceptes inhérents à la Constitution.²⁷

La Cour constitutionnelle allemande a considéré que le pouvoir d'amender la Constitution est un pouvoir "constitué"; il est limité par les prescriptions procédurales et substantives qui lui sont imposées par la Constitution.²⁸ La Cour s'est donc déclarée responsable de veiller au respect de ces prescriptions²⁹ et a par ailleurs confirmé qu'elle pourrait intervenir pour invalider certaines révisions de la constitution.³⁰ La décision dans le *Southwest State Case* cite avec approbation la proposition suivante: "That a constitutional provision itself may be null and void, is not conceptually impossible just because it is part of the constitution. There are constitutional principles that are so fundamental and to such an extent an expression of a law that precedes even the constitution that they also bind the framer of the constitution, and other constitutional provisions that do not rank so high may be null and void because they contravene these principles".³¹ La Cour a aussi parlé de normes *supra-positives* qui gouvernent l'ordre constitutionnel entier.³² Il est par

27 *Privacy of Communications (Klass) Case*, 30 BVerfGE 1 (1970). À la page 662 de la traduction tirée de Walter F. MURPHY et Joseph TANENHAUS, *Comparative Constitutional Law, Cases and Commentaries*, New York, St-Martin's Press, 1977, p. 659; O. JOUANJAN, "Révision de la constitution et justice constitutionnelle — République fédérale d'Allemagne", dans GROUPE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES SUR LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE, *op. cit.*, note 7, 231, pp. 237-239. Précisons cependant que la détermination du sens des préceptes inhérents à la Constitution semble introduire de nouvelles complexités: G.F. SCHUPPERT, *loc. cit.*, note 24, pp. 48-49.

28 G.F. SCHUPPERT, *loc. cit.*, note 24, aux pages 45 et suiv.

29 O. JOUANJAN, *loc. cit.*, note 27, p. 235.

30 *Article 117 Case*, 3 BVerfGE 225, 234 (1953); *Privacy of Communications (Klass) Case*, précité, note 27, pp. 33-47. Il est à noter que les trois juges dissidents de cette affaire auraient invalidé l'amendement. Les dissidents semblent fonder leur analyse sur le fait que l'amendement contesté viole les principes fondamentaux exprimés dans la Constitution: p. 663 à 665 de la traduction tirée de W.F. MURPHY et J. TANENHAUS, *op. cit.*, note 27.

31 *Southwest State Case*, 1 BVerfGE 14 (1951), p. 209 de la traduction tirée dans W.F. MURPHY et J. TANENHAUS, *op. cit.*, note 27.

32 *Article 117 Case*, précité, note 30. Il est cependant difficile d'identifier précisément d'où la Cour faisait découler l'autorité de ces normes: D.P. KOMMERS, *op. cit.*, note 26, page 55 suggère que ces normes pourraient soit exister en dehors du texte de la Constitution, soit ne refléter que les valeurs exprimées expressément

ailleurs intéressant de noter que, fort logiquement, la Cour constitutionnelle a déclaré dans la décision sur les expropriations dans l'ex-RDA que le pouvoir de révision de la Constitution ne pourrait pas être employé pour supprimer les limitations de l'article 79 al. 3 de la Loi fondamentale.³³ De la même façon, le pouvoir de révision ne pourrait pas s'imposer de nouvelles limitations puisqu'il modifierait la compétence qui lui a été déléguée.³⁴

Il ne fait aucun doute que c'est en réaction à la simple légalité formelle exigée sous la République de Weimar et aux conséquences qui ont résulté de cette absence de limites substantielles que les rédacteurs de la Loi fondamentale allemande ont incorporé dans la Constitution les valeurs fondamentales auxquelles il ne pourra être dérogé, même par amendement constitutionnel.³⁵ C'est sans doute ce qui explique que la Cour constitutionnelle allemande a considéré que les rédacteurs de la Loi fondamentale avaient organisé les valeurs de la Constitution en un ordre hiérarchisé.³⁶

Il nous semble que l'on peut retenir des brèves explications qui précèdent, un certain nombre de pistes de réflexion au sujet de ce que

dans le texte, soit découler de l'ordre hiérarchique que la Cour a élaboré entre les valeurs inscrites dans la Constitution. Pour un ancien juge de la Cour constitutionnelle, la Cour a clairement reconnu l'existence d'une loi supérieure qui transcende le droit positif et qui est nécessaire pour tenir responsable le législateur et le constituant: Gerhard LEIBHOLZ, *Politics and Law*, Leyden, A.W. Sythoff, 1965, p. 289 au sujet du *Southwest State Case*, 1 BVerfGE 14, 32 (1951) (Propos rapportés par D.P. KOMMERS, *op. cit.*, note 26, p. 53). Pour sa part, O. JOUANJAN, *loc. cit.*, note 27, p. 239 s'appuie sur un extrait de la décision sur les expropriations dans l'ex-RDA (23 avril 1991) pour affirmer que ce droit suprapositif est supérieur à la Constitution: "Tout comme le constituant originaire, le législateur révisant la constitution ne saurait négliger les postulats fondamentaux de justice".

33 Décision du 23 avril 1991 sur les expropriations dans l'ex-RDA: "Le législateur habilité à réviser la Constitution n'aurait pas compétence pour se libérer lui-même des limitations à la révision constitutionnelle qui sont fixées par la Loi fondamentale" Traduction tirée de O. JOUANJAN, *loc. cit.*, note 27, p. 236.

34 O. JOUANJAN, *loc. cit.*, note 27, p. 237.

35 G.F. SCHUPPERT, *loc. cit.*, note 24, à la page 48.

36 "A constitution has an inner unity, and the meaning of any one part is linked to that of other provisions. Taken as a unit, a constitution reflects certain overarching principles and fundamental decisions to which individual provisions of the Basic Law are subordinate." Tiré du *Southwest State Case*, précité, note 31, p. 209 de la traduction tirée de W.F. MURPHY et J. TANENHAUS, *op. cit.*, note 27. Voir aussi D.P. KOMMERS, *op. cit.*, note 26, à la page 54.

nous appellerons la supraconstitutionnalité explicite. Tout d'abord que celle-ci est relativement courante et que, dans les pays où elle existe, les tribunaux ou les organes en charge d'assurer le respect de la Constitution ont en général soit accepté de contrôler l'application de ces clauses ou ont affirmé pouvoir le faire au besoin. Il est par ailleurs clair qu'il s'agit de cas exceptionnels et relativement rares. Pour la plupart, les prohibitions de modifier couvrent les principes les plus fondamentaux sur lesquels l'État se fonde, à savoir pour certains, la forme républicaine du gouvernement et pour d'autres, les droits fondamentaux ou la primauté du droit. Il est intéressant de constater, comme on le verra, que dans les pays où les principes de supraconstitutionnalité ont été *implicitement* dégagés par les tribunaux ou la doctrine, on en soit arrivé aux mêmes conclusions.

(b) Les principes supraconstitutionnels implicitement prévus par les Constitutions

Dans certains pays, les tribunaux constitutionnels ont déduit ou discuté de l'existence de limites au pouvoir de révision de la Constitution, consacrant ainsi l'existence de principes supraconstitutionnels que le Constituant ne peut abroger et ce, même si la Constitution ne contient pas expressément de dispositions intangibles. Les cas de l'Inde, de l'Afrique du Sud et des États-Unis retiendront notre attention à cet égard.

On sait que le système constitutionnel de l'Inde, tout comme celui du Canada, est de tradition britannique. Par ailleurs, tout comme au Canada, la constitution indienne ne contient pas de dispositions supraconstitutionnelles explicites. Jusqu'en 1967, la Cour suprême indienne s'est abstenue de limiter de quelque façon que ce soit le pouvoir du Constituant.³⁷ En 1967, six des onze juges dans la cause *Golak Nath v. State of Punjab*³⁸ décidèrent que le Parlement ne pouvait porter

37 En 1951, la Constitution indienne venait à peine d'être mise en vigueur que la portée du pouvoir d'amendement fit déjà l'objet de contestations. Dans la cause *Shankari Prasad v. Union of India* (1952 S.C.R. 89), la Cour suprême pris d'abord la position que le pouvoir constituant était illimité.

38 A.I.R. (All India Reporter) 1967 S.C. 1643. Dans cette affaire, la majorité avait décidé de façon peu convaincante que même les lois constitutionnelles étaient visées par le mot "loi" employé dans cette disposition et que, par conséquent, il n'était pas

atteinte aux droits fondamentaux (énoncés dans la partie III de la Constitution), même s'il procédait par amendement constitutionnel, cela à cause du paragraphe 13(2) de la Constitution qui se lit : "The State shall not make any law which takes away or abridges the rights conferred by this Part and any law made in contravention of this clause shall, to the extent of the contravention, be void."

Cette décision de 1967 fut renversée en 1973, dans l'affaire *Kasavanda*.³⁹ Il s'agissait d'un pourvoi à l'encontre de la validité d'un amendement constitutionnel qui visait à faciliter la mise en oeuvre de certains principes directeurs de la Constitution indienne (tels l'amélioration de la qualité de vie de la population indienne, le droit à l'éducation ou au travail, et à de justes conditions de travail). La validité de cet amendement fut contestée parce qu'il portait atteinte au droit de propriété qui est un droit fondamental dans la Constitution indienne. Par un jeu complexe de majorités, la Cour détermina qu'il existe des éléments fondamentaux dans la Constitution indienne que le pouvoir de révision, si puissant soit-il, ne peut détruire ou altérer. En revanche, elle n'expliqua pas comment identifier ces éléments fondamentaux de la Constitution.

Deux années plus tard, la validité d'un nouvel amendement constitutionnel fut contestée dans l'affaire *Indira Gandhi v. Raj Narain*.⁴⁰ Cette fois, alors que la validité d'une élection était contestée devant les tribunaux, le Parlement (dirigé par Mme Gandhi, récente gagnante de l'élection contestée) adopta un amendement constitutionnel dans le but de valider l'élection et ce, avant la date fixée pour l'audition de l'appel à la Cour suprême. Si la solution était simple, elle ne plut pas à la Cour suprême qui s'empessa d'invalider l'amendement au motif qu'il constituait un abus flagrant du pouvoir de révision de la Constitution. À l'occasion de ce jugement, le juge Chandrachud dégagea de la précédente affaire des droits fondamentaux de 1973 la *ratio* suivante :

nécessaire de décider s'il existait des limitations implicites au pouvoir d'amender la Constitution. Du côté des minoritaires, 3 juges décidèrent qu'il n'existait pas de limitations implicites sauf qu'on ne pouvait pas abroger la Constitution toute entière: un autre juge rejeta complètement la doctrine des limitations implicites.

39 A.I.R. 1973 S.C. 1461 (Décision sur les droits fondamentaux).

40 A.I.R. 1975 S.C. 2299 (Décision sur l'élection).

‘The *ratio* of the majority decision is not that some named features of the Constitution are a part of its basic features but that the *power of amendment cannot be exercised so as to damage or destroy the essential elements or the basic structure of the Constitution*, whatever these expressions may comprehend... For determining whether a particular feature of the Constitution is part of its basic structure, one has to examine in each individual case *the place of the particular feature in the scheme of our Constitution, its object and purpose, and the consequences of its denial on the integrity of the Constitution as a fundamental instrument of the country’s governance*’⁴¹ (les italiques sont de nous).

Appliquant cette approche aux faits dont ils étaient saisis, les juges déterminèrent majoritairement que l’amendement constitutionnel était invalide car ils estimèrent que la démocratie et les élections constituaient un élément essentiel de la Constitution indienne.⁴²

Le concept de supraconstitutionnalité était donc désormais bien établi et fut par la suite invoqué à l’encontre d’amendements constitutionnels qui, cette fois, avaient pour effet de supprimer la possibilité de recourir aux tribunaux précisément pour sanctionner des amendements constitutionnels ou encore pour contester la validité d’une loi.⁴³ La

41 Décision sur l’élection, p. 2465. Le juge Chandrachud conclut que l’amendement viole les principes d’égalité et de séparation des pouvoirs qui sont des éléments essentiels de la Constitution indienne.

42 Ainsi, selon le juge Mathew, si l’amendement affecte ou détruit la démocratie au sens de la Constitution indienne, il est *ultra vires*: “The concept of democracy as visualized by the Constitution pre-supposes the representation of the people in Parliament and State Legislatures by the method of election... it is obvious that a power must be lodged somewhere to judge the validity of the election [...]” (aux pages 2372-2373). Le juge Khanna prend la même position que le juge Mathew: “To put a stamp of validity on the election of a candidate by saying that the challenge to such an election would not be governed by any election law and that the said election in any case would be valid and immune from any challenge runs counter to accepted norms of free and fair elections in all democratic countries.” (aux pages 2351-2352) Par contre, le juge en chef Ray décida que le concept d’élections libres et justes ne faisait pas partie des éléments essentiels de la Constitution indienne en raison des divergences de vue sur ce que constitue une élection libre et juste. Voir H.M. SEERVAI, *Constitutional Law of India*, Third Edition, Vol. 2, Bombay, N.M. Tripathi Private Ltd., 1984, p. 2653.

43 L’article 55 du 42ième Amendement ajoutait à l’article 368 les paragraphes (4) et (5) qui se lisaient :

(4) No amendment of this Constitution (including the provisions of Part III) purporting to have been made under this article (whether before or after the commencement of Section 55 of the Constitution (Forty-second Amendment) Act, 1976) shall be called in court on any ground.

(5) For the removal of doubts, it is hereby declared that there shall be no limitations whatever on the power of Parliament to amend by way of addition, variation or repeal the provisions of this Constitution under this article.

Cour suprême ne se laissa pas intimider pour autant. Estimant dans l'affaire *Minerva Mills Ltd. v. Union of India*⁴⁴ que, comme la Constitution confère un pouvoir limité d'amendement au Parlement, celui-ci ne peut utiliser ce pouvoir pour se conférer un pouvoir illimité de modification sans détruire un élément essentiel de la Constitution. Au surplus, le Parlement ne peut acquérir pour lui-même le droit d'abroger la Constitution ou le droit de détruire ses composantes essentielles pas plus qu'il ne peut enlever aux cours le pouvoir de contrôle sur la constitutionnalité des amendements constitutionnels, ce pouvoir représentant, selon la Cour suprême indienne, un élément essentiel de la Constitution de ce pays; en effet, si les tribunaux ne peuvent plus contrôler les amendements constitutionnels, alors les droits fondamentaux sont en péril et la Constitution risque de ne devenir qu'une simple déclaration d'intentions. Selon la Cour, ces amendements tentent d'anéantir complètement l'équilibre existant dans la Constitution indienne entre les droits fondamentaux et les principes directeurs de l'État, équilibre qui constitue lui aussi un élément essentiel de la structure de la Constitution indienne, substituant ainsi un régime autoritaire à un régime démocratique.

Comment, dans ce contexte, la Cour suprême indienne déterminera-t-elle qu'un élément fait partie de la structure fondamentale de la Constitution? Il semble tout d'abord que la Cour rejette l'idée d'un droit étant au-dessus de la Constitution. Les limites qu'elle impose au pouvoir d'amendement découleraient de la place de l'élément faisant l'objet de la modification dans la Constitution, son objet, son but et des conséquences qui suivront si cet élément est altéré ou détruit. Il convient par ailleurs de noter que la Cour ne se fonde donc pas uniquement sur

Par ailleurs, l'article 4 du 42ième Amendement modifiait l'article 31C de la Constitution de la manière suivante :

31C. Notwithstanding anything contained in Article 13, no law giving effect to the policy of the State towards securing all or any of the principles laid down in Part IV shall be deemed to be void on the ground that it is inconsistent with, or takes away or abridges any of the rights conferred by Article 14, Art. 19 or Article 31, and no law containing a declaration that it is for giving effect to such policy shall be called in question in any court on the ground that it does not give effect to such policy: Provided that where such law is made by the Legislature of a State, the provisions of this article shall not apply thereto unless such law, having been reserved for the consideration of the President, has received his assent.

44 A.I.R. 1980 S.C. 1789.

des constatations juridiques pour déterminer qu'un élément constitue un élément essentiel de la Constitution et devient, par conséquent, inaltérable. Un auteur suggère une liste des éléments qui sont fondamentaux dans la Constitution indienne⁴⁵: le fédéralisme, "l'amendabilité" de la Constitution, la démocratie, le caractère séculier de l'État, l'égalité devant la loi, la *rule of law*, le contrôle judiciaire, l'indépendance de la magistrature⁴⁶ ou le principe de la séparation des pouvoirs.

L'histoire constitutionnelle récente de l'Inde, les tentatives de l'État de bouleverser certains des principes les plus fondamentaux sur lesquels reposait la Constitution indienne et la vigueur de la Cour suprême indienne à protéger les paramètres traditionnels des systèmes constitutionnels de style britannique ont donc suscité l'émergence de principes supraconstitutionnels au sein même du droit positif indien. On peut par ailleurs se demander si la Cour suprême indienne n'a pas créé cette doctrine des éléments fondamentaux de la Constitution pour faire contrepoids à une procédure d'amendement qui ne semble pas assez exigeante et qui paraît propice à des manipulations faciles par les gouvernants du jour.

Il est intéressant de noter que ce courant jurisprudentiel indien semble avoir récemment été importé en Afrique du Sud, en tout cas sous le régime de la récente Constitution transitoire. La Cour suprême de ce pays a en effet ouvert la porte — en *obiter* toutefois — à de véritables principes supraconstitutionnels dans une décision très récente.⁴⁷ Dans

45 H.M. SEERVAI, *op. cit.*, note 42, p. 2686 et suiv. (no 30.71 et suiv.) ainsi que p. 2698 et suiv. (no 30.84 et suiv.). Ces éléments ont déjà été reconnus par la Cour suprême ou pourront l'être éventuellement. On notera les décisions suivantes qui ont traité des questions de supraconstitutionnalité en Inde: *Shankari Prasad v. Union of India*, 1952 SCR 89 (Position initiale de la Cour suprême qui fut renversée par la suite); *State of Rajasthan v. The Union of India*, A.I.R. 1977 S.C. 1361 (paragraphe 35 et 44: la suprématie de la Constitution est un des éléments fondamentaux); *Bhim v. Union of India*, A.I.R. 1981 S.C. 234; *Waman Rao v. Union of India*, A.I.R. 1981 S.C. 271 (paragraphe 15); *Gupta v. Union of India*, A.I.R. 1982 S.C. 149 (L'indépendance judiciaire est un élément essentiel de la Constitution); *Sanjeev Coke Mfg Co v. Bharat Coking Coal Ltd.* A.I.R. 1983 S.C. 239; *Sampath v. Union of India*, A.I.R. 1987 S.C. 386; *Srinivasa v. State of Karnataka*, A.I.R. 1987 S.C. 1518.

46 *Gupta v. Union of India*, A.I.R. 1982 S.C. 149.

47 *Premier Kwazulu-Natal and others v. President of the Republic of South Africa and others*, 1996 (1) S.A. 769-784.

cette affaire, le Premier ministre et les ministres d'un État fédéré contestaient la validité d'un amendement à la Constitution sud-africaine qui transférait au gouvernement central le pouvoir de fixer la rémunération des Premiers ministres et des ministres des États fédérés. Ils s'appuyaient alors sur la jurisprudence indienne selon laquelle les amendements constitutionnels n'avaient pas été accomplis dans le respect de l'esprit de la Constitution. Considérant que l'amendement contesté ne portait pas atteinte à la structure fondamentale de la Constitution, la Cour sud-africaine a néanmoins accepté la validité de la ligne d'attaque: "It may perhaps be that a purported amendment to the Constitution, following the formal procedures prescribed by the Constitution, but radically and fundamentally restructuring and re-organizing the fundamental premises of the Constitution, might not qualify as an "amendment" at all. [...] Even if there is this kind of implied limitation to what can properly be the subject matter of an amendment to our Constitution, neither the impugned amendment to section 245 nor any of the other amendments to the Constitution placed in issue by the Applicants in the present case can conceivably fall within this category of amendments so basic to the Constitution as effectively to abrogate or destroy it."⁴⁸

À l'opposé du cas de l'Inde, la procédure de modification de la Constitution des États-Unis est, on le sait, fort exigeante et a constitué à de nombreuses occasions un obstacle de taille à l'évolution formelle de la Constitution.⁴⁹ Il faut donc un fort consensus politique pour qu'un amendement puisse entrer en vigueur; cette rigidité explique sans doute en partie la déférence de la Cour suprême face à la modification de la Constitution. Certaines limites matérielles à la possibilité d'amender la Constitution américaine existent néanmoins; elles se retrouvent à

48 *Id.*, paragraphes 47 et 49.

49 L'article V de la Constitution américaine se lit: "The Congress, whenever two-thirds of both Houses shall deem it necessary, shall proposed Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislature of two-thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, on either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three-fourths of the several States, or by Conventions in three-fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress; Provided that no Amendment which may be made prior to the Year One thousand eight hundred and eight shall in any Manner affect the first and fourth Clauses in the Ninth Section of the First Article; and that no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate."

l'article V. Alors que deux de ces limites sont devenues caduques après 1808, la dernière, celle portant sur la représentation des États au Sénat,⁵⁰ constitue en réalité une limite procédurale puisque la modification peut se faire avec le consentement de l'État.⁵¹ Soulignons par ailleurs l'existence du paragraphe 4 de l'Article IV de la Constitution américaine qui se lit : "The United States shall guarantee to every State in this Union a Republican Form of Government [...]". Tout comme c'est le cas dans les constitutions française et italienne, la Constitution américaine contient donc une exigence de maintien de la forme républicaine du gouvernement; celle-ci empêche par exemple un État d'établir un gouvernement militaire parce qu'il ne s'agirait pas d'un gouvernement de forme républicaine.⁵² Cependant, et contrairement aux exemples français et italien, cette disposition n'est pas expressément exclue du pouvoir de révision de la Constitution.

Il faut avouer que les dispositions qui précèdent n'ont fait l'objet que de peu d'attention de la part des tribunaux américains.⁵³ La doctrine des limites implicites au pouvoir de révision de la Constitution a par ailleurs été plaidée devant la Cour suprême dans la cause *Rhode Island v. Palmer*.⁵⁴ Il s'agissait alors de déterminer la constitutionnalité du

50 La Cour suprême a mentionné en obiter que cette disposition était une exception permanente et inaltérable au pouvoir d'amendement : *Dodge v. Woolsey*, 59 U.S. (18 How.) 331, 348 (1855).

51 Lester Bernhardt ORFIELD, *The Amendment of the Federal Constitution*, Chicago, Callaghan and Co., 1942, pp. 23-24.

52 *Luther v. Borden*, 48 U.S. (7 How.) 1, 45 (1849). Voir aussi Elai KATZ, "On Amending Constitutions: The Legality and Legitimacy of Constitutional Entrenchment", (1996) 29 *Columbia Journal of Law and Social Problems* 251, p. 267. Mais il n'est pas sûr que les tribunaux puissent même contrôler la légalité de la forme d'un gouvernement : *Pacific States Tel. & Tel. Co. v. Oregon*, 223 U.S. 118, 133 (1912).

53 Soulignons toutefois un cas en 1894 où un tribunal californien décidait qu'un amendement à la Constitution de l'État était nul parce que les dispositions devaient entrer en vigueur au gré de certaines personnes nommées dans un amendement : *Livermore v. Waite*, 102 Cal. 113, 36 (1894), p. 424. L.B. ORFIELD, *op. cit.*, note 51, p. 25 a critiqué cette décision au motif que la limitation avait été inventée par la Cour, qu'elle ne se trouvait ni dans la Constitution fédérale ni dans celle de l'État. Un tribunal du Missouri, devant des faits similaires avait d'ailleurs pris une position contraire à celle de la Cour californienne deux ans plus tard : *Edwards v. Lesnew*, (1896) 132 Mo 410, 33 S.W. 1130.

54 53 U.S. 350, 486 (Décision sur la prohibition).

18ième amendement qui instaurait la prohibition aux États-Unis et qui donnait une compétence concurrente aux États et au Congrès pour mettre en oeuvre par des voies législatives cette nouvelle disposition constitutionnelle. Malheureusement, comme le souligne le juge en chef White,⁵⁵ la Cour suprême, sans exposer le raisonnement qui soutint sa décision finale, rejeta l'argument des limites implicites à la révision de la Constitution en énonçant simplement que le Dix-huitième Amendement "is within the power to amend reserved by article V".⁵⁶

Peu après cette décision, le contenu du 19ième Amendement fut à son tour contesté.⁵⁷ Celui-ci, on le sait, a conféré le droit de vote aux femmes, droit qui ne pouvait être nié par le fédéral ou par un État. Les opposants au droit de vote des femmes prétendaient que l'amendement portait atteinte au principe supérieur du fédéralisme : parce que l'amendement constituait une addition d'électorat tellement importante, il ne pouvait être fait sans le consentement de l'État (le Maryland n'avait pas ratifié cet amendement) sinon on détruisait son autonomie en tant que corps politique, autonomie nécessaire au fédéralisme.⁵⁸ Cet argument fut rapidement rejeté par la Cour au motif que le 19ième Amendement était en tous points pareil au 15ième Amendement (droit de vote aux gens de couleur) et que ce dernier avait toujours été considéré valide. Selon la Cour, même si le 15ième Amendement avait été rejeté dans six États (dont le Maryland), il n'en gardait pas moins son autorité, même dans ces six États.

La Cour suprême des États-Unis n'a donc pas reconnu explicitement l'existence de limites au pouvoir d'amender la Constitution, du moins jusqu'à maintenant; elle n'en a pas nié l'existence non plus. Il faut dire que les quelques amendements contestés ne constituaient pas des abus graves de la nature de ceux qui furent soumis à l'attention de la Cour suprême indienne et que la Cour s'est quand même prononcée

55 *Id.*, p. 489.

56 *Id.*, p. 488, conclusion 4.

57 *Leser v. Garnett*, 258 U.S. 130, 42 S.Ct. 217 (1922). On voulait faire rayer de la liste électorale du Maryland le nom de femmes qui étaient inscrites pour voter le 12 octobre 1920 parce que la Constitution de cet État ne prévoyait le droit de vote que pour les hommes.

58 Guy SCOFFONI, "Révision de la constitution et justice constitutionnelle — États-Unis", dans GROUPE D'ÉTUDES ET DE RECHERCHES SUR LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE, *op. cit.*, note 7, 83, pp. 94 et 102.

en faveur de la validité du contenu des 18^{ième} et 19^{ième} Amendements. La question des limites implicites risque par ailleurs de ne pas se poser fréquemment aux États-Unis dans le futur. En effet, la procédure de ratification d'un amendement constitutionnel étant très exigeante, il est plutôt improbable qu'un amendement modifie de façon fondamentale l'ordre constitutionnel américain.⁵⁹ Il est certes possible que la Cour suprême considère que le processus d'amendement de la Constitution constitue un processus politique (selon la doctrine dite des "questions politiques") et que, par conséquent, elle ne s'autorise pas à intervenir.⁶⁰

59 La procédure d'amendement extrêmement rigide prévue par la Constitution constitue un obstacle important à l'adaptation au changement. C'est pourquoi certains auteurs commencent à suggérer de procéder à des modifications constitutionnelles sans passer par le processus exigé par l'article V; il s'agirait de procéder par un référendum à simple majorité dans la population pour ratifier un amendement constitutionnel. Ce système est déjà en place dans quelques États (pour modifier la Constitution de l'État). Cependant, cette façon de procéder ne constituerait-elle pas une révolution juridique? Voir plus particulièrement Bruce ACKERMAN, "The Storrs Lectures: Discovering the Constitution", (1984) 93 *Yale Law Journal* 1013, pp. 1014-1023; Akhil Reed AMAR, "The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V", (1994) 94 *Columbia L. Rev.* 457; Akhil Reed AMAR, "Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V", (1988) 55 *Univ. of Chicago L. Rev.* 1043. Ces auteurs prétendent que le droit naturel à la modification et au remplacement du gouvernement peut être exercé en dehors de la procédure prévue à l'article V.

60 L.B. ORFIELD, *op. cit.*, note 51, pp. 125-126. La Cour suprême a développé une attitude de retenue judiciaire lorsque confrontée à des questions qu'elle considère relever plutôt de la politique: voir *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 217 (1962). Cet arrêt fait la synthèse de cette doctrine des questions politiques. La Cour a appliqué cette doctrine en relation avec la procédure d'amendement constitutionnel dans la cause *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433 (1939). Il s'agissait cependant dans ce cas de savoir si un État qui avait d'abord refusé de ratifier un amendement pouvait se raviser. La Cour suprême refusa de contrôler le processus de ratification par les États au motif qu'il s'agissait d'une question politique. Le professeur Dellinger prétend que cette décision ne devrait pas être suivie et que les tribunaux constituent un meilleur forum pour contrôler le processus d'amendement de la Constitution: Voir Walter DELLINGER, "The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process", (1983) 97 *Harvard Law Review* 386. Pour une réplique, voir: Lawrence H. TRIBE, "A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role", (1983) 97 *Harvard Law Review* 433, et la contre-réplique, voir Walter DELLINGER, "Constitutional Politics: A Rejoinder", (1983) 97 *Harvard Law Review* 446. Un autre auteur prétend aussi que la doctrine des questions politiques ne constituerait pas un empêchement au contrôle du contenu d'un amendement constitutionnel par les tribunaux: Marty HAD-

Peu concluante au sujet d'une possible reconnaissance ou non du principe de la supraconstitutionnalité en droit américain, cette jurisprudence a néanmoins fait l'objet d'un important débat au sein de la doctrine.⁶¹ Sans tenter de le résumer de façon exhaustive, nous avons néanmoins dégagé les quatre principales approches au sujet de la question de savoir s'il existe des limites implicites au pouvoir d'amender la Constitution.

Pour le courant majoritaire, de telles limites à la révision de la Constitution n'existent tout simplement pas.⁶² Les auteurs qui prennent cette position soutiennent pour l'essentiel que les seules limites qui s'imposent à l'amendement de la Constitution sont celles contenues à son article V.⁶³ Les arguments apportés au soutien de cette position sont plutôt traditionnels. Ils ont trait soit au maintien de l'ordre constitutionnel (sans la possibilité de changer la Constitution, le peuple se tournera vers la force et la révolution, comme les rédacteurs de la Constitution américaine l'ont eux-mêmes fait; la peur d'abus du pouvoir d'amendement ne constitue pas un argument contre l'existence de ce pouvoir), soit à la légitimité de la Constitution (la possibilité d'amender la Constitution américaine lui donne sa légitimité face aux générations ultérieures: si les générations ne changent pas la Constitution, c'est

DAD, "Substantive Content of Constitutional Amendments: Political Question or Justiciable Concern?", (1995-1996) 42 *Wayne Law Review* 1685, p. 1688 et suiv.

61 Voir, outre les articles cités ailleurs dans cette étude: ABBOT, "Inalienable Rights and the Eighteenth Amendment", (1920) 20 *Columbia Law Review* 183; Douglas LINDER, "What in the Constitution Cannot be Amended", (1981) 23 *Arizona Law Review* 717; Robert A. SEDLER, "The Legitimacy Debate in Constitutional Adjudication", (1983) 44 *Ohio State Law Journal* 93; John R. VILE, "American Views of the Constitutional Amending Process: An Intellectual History of Article V", (1991) 35 *American Journal of Legal History* 44.

62 Guy SCOFFONI, *loc. cit.*, note 58, à la page 93.

63 Walter DELLINGER, "Constitutional Politics: A Rejoinder", *loc. cit.*, note 60, pp. 447-448; L.B. ORFIELD, *op. cit.*, note 51, p. 93 et p. 115 et suiv. Orfield rejette les limites implicites principalement parce qu'elles ne sont pas inscrites dans la Constitution et que si les rédacteurs de la Constitution les avaient voulues, il aurait été facile de les inscrire dans la Constitution. Elai KATZ, "On Amending Constitutions: The Legality and Legitimacy of Constitutional Entrenchment", (1996) 29 *Columbia Journal of Law and Social Problems* 251, p. 277. Katz suggère néanmoins de procéder par la plus difficile "Convention method" pour procéder aux amendements qui altèrent la structure fondamentale de l'ordre constitutionnel: p. 280 et suiv.

qu'elles y consentent et reconnaissent son autorité; comme le processus d'amendement peut être utilisé pour renverser une décision de la Cour suprême, il serait antidémocratique que la Cour invalide un tel amendement⁶⁴, soit au fait que les tribunaux n'ont pas à se mêler de politique (il s'agit d'une question politique et les tribunaux ne devraient pas intervenir dans le processus d'amendement constitutionnel — puisqu'il pourrait s'agir d'une menace grave à la démocratie et à la séparation des pouvoirs) et que, de toute façon, la Constitution ne reconnaît pas un droit supérieur tel le droit naturel et le droit divin.⁶⁵

D'autres soutiennent au contraire qu'une hiérarchie entre les valeurs constitutionnelles peut exister et que le contenu du Bill of Rights et du Quatorzième Amendement s'impose aux nouveaux amendements.⁶⁶ Cette approche repose sur l'idée que certains droits tels les droits à la liberté d'expression, de religion et d'association (consacrés par le Premier Amendement) sont fondamentaux et nécessaires au bon fonctionnement de la démocratie. On leur oppose généralement que leur position est déduite d'une conception purement philosophique qui ne se retrouve dans aucun texte constitutionnel.⁶⁷

La position la plus intéressante est sans aucun doute celle qui soutient que la Constitution américaine comprend un "noyau dur" qu'il faut respecter et que les amendements constitutionnels ne peuvent par conséquent affecter de façon radicale. Parmi ceux-ci, le professeur Wright avance qu'une Constitution doit être lue selon les objectifs philosophi-

64 G. SCOFFONI, *loc. cit.*, note 58, p. 93.

65 L.B. ORFIELD, *op. cit.*, note 51, p. 109-113.

66 Walter F. MURPHY, "An ordering of Constitutional Values", (1980) 53 *S. Cal. L. Rev.* 703, pp. 755-756 (la Cour suprême pourrait invalider un amendement totalement contraire à la valeur suprême de dignité humaine présente dans la Constitution américaine); William BRENNAN, "Reason, Passion and the Progress of Law", (1988) 10 *Cardozo Law Review* 3; Akhil Reed AMAR, "Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V", (1988) 55 *Univ. of Chicago L. Rev.* 1043, pp. 1044-1045 (voir note 1 du texte de Amar); Selden BACON, "How the Tenth Amendment Affected the Fifth Article of the Constitution?", (1930) 16 *Virginia Law Review* 771; Georges D. SKINNER, "Intrinsic Limitations on the Power of Constitutional Amendment", (1920) 18 *Mich. L. Rev.* 213.

67 William S. LIVINGSTON, *Federalism and Constitutional Change*, Oxford, Clarendon Press, 1956, p. 240; L.B. ORFIELD, *op. cit.*, note 51, p. 99.

ques et politiques qu'elle tente de mettre en oeuvre.⁶⁸ Un amendement qui entrerait en contradiction avec un des objectifs généraux sous-jacents à toute la Constitution ne pourrait pas constituer un amendement valable; il s'agirait alors plutôt d'une nouvelle Constitution, même si celle-ci se trouve occultée par le recours à la procédure formelle. Niant faire appel au droit naturel dans son analyse, cet auteur rappelle plutôt la logique intrinsèque à toute Constitution, à savoir qu'une constitution forme un tout cohérent et fonctionnel pour la mise en oeuvre de certains objectifs. C'est ce qui explique qu'un amendement doive se conformer à cette logique. Pour déterminer si un amendement heurte fondamentalement la logique de la Constitution, il s'agit, par une méthode se rapprochant de l'interprétation téléologique utilisée en matière législative et par une lecture de la Constitution, d'en identifier les objectifs généraux. C'est ainsi, selon le professeur Wright, que la Constitution américaine mettrait en oeuvre certains objectifs tels la paix sociale, la sécurité individuelle, la vie, la préservation d'un maximum de liberté, l'égalité dans la distribution des droits constitutionnels, la reconnaissance et la poursuite du bien commun, la souveraineté populaire (ou le consentement des gouvernés) et la dignité humaine. Il démontre qu'un amendement qui entrerait fondamentalement en conflit avec ces objectifs qui sont sous-jacents à toute la Constitution américaine ne pourrait pas s'intégrer à la Constitution pour former un tout cohérent: il faudrait alors plutôt admettre qu'il s'agit d'une nouvelle Constitution mettant en oeuvre des objectifs différents.⁶⁹ L'auteur prend l'exemple d'un amendement qui enlèverait toute possibilité de discussion politique (comme l'abolition de la liberté d'expression). Un tel amendement entrerait en conflit avec l'ensemble de la Constitution américaine: le système d'élections libres, la procédure d'élection du Président et la garantie d'un État républicain seraient menacés. De la même manière, d'autres auteurs ont prétendu que la Constitution garantissait implicitement l'existence des États,⁷⁰ ou que la limite expresse concernant l'égalité

68 R. George WRIGHT, "Could a Constitutional Amendment Be Unconstitutional?", (1991) 22 *Loyola University of Chicago Law Journal* 741.

69 R. G. WRIGHT, *loc. cit.*, note 68. Aux pages 760-764, l'auteur tente aussi d'anticiper les objections à son raisonnement.

70 William L. MARBURY, "The Limitations upon the Amending Power", (1919) 33 *Harv. L. Rev.* 223, p. 225; Georges D. SKINNER, *loc. cit.*, note 66, p. 220; Lau-

des États au Sénat impliquait que l'existence des États était elle aussi protégée.⁷¹

Il reste à déterminer qui, dans ce contexte, doit être chargé de faire respecter les principes "supérieurs". Pour le professeur Wright, les tribunaux ne sont pas nécessairement les mieux placés pour décider de la constitutionnalité d'un amendement.⁷² Le professeur Tribe partage ce point de vue, "[...] because allowing the judiciary to pass on the merits of constitutional amendments would unequivocally subordinate the amendment process to the legal system it is intended to override and would thus gravely threaten the integrity of the entire structure."⁷³ Cependant, il concède que la Constitution est unifiée par certains idéaux politiques (tels le "républicanisme" représentatif, le fédéralisme, la séparation des pouvoirs, l'égalité devant la loi, l'autonomie individuelle et l'équité procédurale) et que ces idéaux, ainsi que la structure et la fonction de la Constitution s'imposent comme des contraintes sur le contenu de tout amendement. Le professeur Tribe soutient que les critères de validité de la substance d'un amendement devraient être évalués par le Congrès et les États lorsqu'ils décident de ratifier ou non un amendement.⁷⁴ À l'opposé, l'idée qu'une Cour puisse invalider un

rence H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2^{ème} éd., Mineola, The Foundation Press, 1988, p. 379 et suiv.; Justin DuPratt WHITE, "Is there an Eighteenth Amendment?", (1920) 5 *Cornell Law Quarterly* 113, p. 114. La Cour suprême avait déjà parlé d'une "indestructible Union, composed of indestructible States": *Texas v. White*, (1868) 7 Wall (74 U.S.) 700, p. 725; *Lane County v. Oregon*, (1868) 7 Wall (74 U.S.) 71.

- 71 Arthur W. MACHEN, "Is Fifteenth Amendment void?", (1910) 23 *Harv. L. Rev.* 169, pp. 172-176; W.L. MARBURY, *loc. cit.*, note 70, p. 228; J.D. WHITE, *loc. cit.*, note 70, p. 116; Les critiques de cette position prétendent qu'un amendement détruisant le fédéralisme pourrait être adopté même s'il semble peu probable que les États ratifient leur propre destruction (L.B. ORFIELD, *op. cit.*, note 51, p. 88 et suiv.). Pour appuyer leur position, les critiques invoquent le fait que les rédacteurs de la Constitution avaient déjà rejeté une proposition qui visait à protéger l'autonomie des États (Proposition de Sherman, 1787): W.S. LIVINGSTON, *op. cit.*, note 67, pp. 239-240. On pourrait opposer qu'il ne faut pas se contenter d'une lecture historique de la Constitution, mais qu'il faut interpréter la Constitution en fonction du but qu'elle vise (créer une union fédérale).
- 72 Wright concède que cela pourrait constituer une question politique: R.G. WRIGHT, *loc. cit.*, note 68, aux pages 763-764.
- 73 Lawrence H. TRIBE, *loc. cit.*, note 60, pp. 440 et 442.
- 74 *Id.*, pp. 439-443.

amendement parce que contraire à l'ensemble de la Constitution a été préconisée par Marty Haddad: "Therefore, if the Court was to find an amendment repugnant to the Constitution, such a finding must rest on the assumption that the amendment violated the Constitution *as a whole*, and not because it was inconsistent with an isolated part of its doctrine"⁷⁵ (en italique dans l'original).

Enfin, une minorité d'auteurs soutiennent pour leur part que les amendements constitutionnels doivent être conformes à certains principes supérieurs et universels.⁷⁶ Adoptant une position inspirée du droit naturel, ces auteurs fondent leur opinion sur l'expression "rights retained by the people" que l'on retrouve au 9ième Amendement ainsi que sur une lecture historique de la Constitution. S'opposant aux critiques de cette position qui demandent sur quoi peut se baser un juge pour "positiver" un droit dont le contenu n'est pas fixé,⁷⁷ ils arguent qu'il existe aujourd'hui un consensus sur les droits naturels en ce que la plupart des Constitutions des États formant les États-Unis identifient certains droits inhérents ou inaliénables (tels les droits à la vie, liberté, propriété et bonheur, le droit de modifier et de remplacer le gouvernement, la liberté de religion et la liberté d'expression).⁷⁸

L'examen de la doctrine américaine témoigne à la fois de la complexité et de la richesse du débat relatif à la reconnaissance de limitations implicites au pouvoir d'amender une Constitution aux États-Unis. Il n'est pas particulièrement surprenant de constater que ce débat doctri-

75 Marty HADDAD, *loc. cit.*, note 60, à la page 1689. Voir aussi G.D. SKINNER, *loc. cit.*, note 66. M. Haddad tente ensuite de démontrer que la doctrine des questions politiques développée par la Cour suprême ne constituerait pas un obstacle à la révision judiciaire de la substance des amendements: p. 1699 et suiv. Les critiques de cette position feront valoir qu'il est difficile de dégager l'esprit ou la cohérence de la Constitution et qu'il y a risque d'appréciation subjective par le juge: G. SCOFFONI, *loc. cit.*, note 58, p. 99.

76 Jeff ROSEN, "Was the Flag Burning Amendment Unconstitutional?", (1991) 100 *Yale L. J.* 1073, pp. 1073-1074; ROSE, "The Law of Nature: An Introduction to American Legal Philosophy", (1952) 13 *Ohio State Law Journal* 121, 159; Thomas C. GREY, "Do We Have an Unwritten Constitution?", (1975) 27 *Stanford Law Review* 703; Thomas C. GREY, "Origins of the Unwritten Constitution: Fundamental Law in American Revolutionary Thought", (1978) 30 *Stanford Law Review* 843; Suzanne SHERRY, "The Founders' Unwritten Constitution", (1987) 54 *University of Chicago Law Review* 1127.

77 G. SCOFFONI, *loc. cit.*, note 58, p. 96.

78 J. ROSEN, *loc. cit.*, note 76, pp. 1082-1083.

nal ne se distingue pas foncièrement de ceux qui ont eu cours ailleurs, notamment en Inde, au sujet du contenu des normes supraconstitutionnelles échappant au pouvoir d'amendement et, le cas échéant, des autorités habilitées à en assurer le respect. Ces questions sont évidemment au coeur de la problématique — examinée dans la section suivante de ce texte — visant à déterminer si, pour le Canada, de telles normes existent et, le cas échéant, si les tribunaux ont le rôle et le devoir de veiller à leur respect.⁷⁹

3. POURQUOI LA SUPRACONSTITUTIONNALITÉ?

Les enseignements des modèles étrangers nous démontrent non seulement le caractère plausible de la notion de supraconstitutionnalité, mais aussi, nous croyons, son applicabilité en droit canadien. À cet égard, nous doutons que le régime constitutionnel canadien soit foncièrement différent de celui des autres pays puisque, comme nous tenterons de le démontrer, la notion de supraconstitutionnalité est inhérente à celle de constitution, procédant de sa logique interne la plus intime.

La discussion qui suit s'attache donc à discuter des tenants et aboutissants de la supraconstitutionnalité tant en théorie que dans une perspective plus strictement canadienne. Nous expliquerons comment cette notion s'intègre au coeur du système de la normativité constitutionnelle (#2.1), pour expliquer ensuite comment cette notion est indispensable tant au respect de la logique de l'ordre constitutionnel (#2.2), qu'à une compréhension téléologique de la Constitution (#2.3).

(a) La supraconstitutionnalité au coeur d'un système intégré de normativité constitutionnelle

Pour la majorité des gens, la Constitution d'un pays comme le Canada est composée de ce que les juristes appellent les lois constitu-

79 On consultera avec intérêt la typologie des clauses constitutionnelles irréfomables qu'une auteure a tracé en droit comparé : Marie-Françoise RIGAUD, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 45 et suiv. Elle dégage les caractéristiques suivantes : l'interdiction de réviser la nature politique du régime, l'interdiction de modifier la structure politique de l'État, l'interdiction de modifier les fondements idéologiques de l'État, la protection des droits de l'homme et du citoyen et enfin, l'interdiction de porter atteinte à l'intégrité du territoire de l'État.

tionnelles. Pour le juriste averti, la réponse à la question de la définition de la Constitution est certes beaucoup plus complexe. La Constitution du Canada comprend évidemment toutes les lois auxquelles l'article 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* fait référence; mais elle comprend aussi très clairement, ainsi que la Cour suprême du Canada le rappelait dans l'affaire du *Renvoi sur le Rapatriement*, toutes les conventions constitutionnelles qui s'appliquent. Il est par ailleurs impossible de prendre l'ampleur de ce que représente véritablement la Constitution du Canada à partir de ces seuls éléments. C'est ainsi que la réalité du partage contemporain des compétences législatives ne peut s'apprécier à partir d'une lecture des seuls articles 91 à 95 de la *Loi constitutionnelle de 1967*; les interprétations que les tribunaux en ont données et la compréhension des acteurs politiques sont incontournables afin d'en saisir la réalité et les limites.

C'est donc dire que le phénomène de la normativité constitutionnelle, loin d'être figé, se retrouve en constante mutation, que ce soit entre les types de normativités constitutionnelles (explicites, implicites, écrites, non écrites, etc.), entre leurs sources (jugements, ententes, etc.) et leurs acteurs (tribunaux, politiciens, haut-fonctionnaires, etc.), constituant ainsi un véritable système possédant une vie et une façon d'évoluer qui sont les siennes. Il n'est pas particulièrement surprenant que, dans ce contexte, notre compréhension des types de normativité constitutionnelle ait évolué tant horizontalement que verticalement ces dernières années.

C'est ainsi que l'évolution que nous qualifierons d'horizontale s'est concrétisée dans l'affaire *New-Brunswick Broadcasting*, alors que la Cour suprême a reconnu l'existence, en droit positif, de normes constitutionnelles ne faisant pas partie explicitement des lois constitutionnelles et qui pourtant coexistent avec celles-ci au point de produire des effets concomitants.⁸⁰ Elle a conclu à cette occasion que même si le Préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'a pas pour effet d'incorporer directement et de façon précise dans notre droit les lois constitutionnelles britanniques, il a néanmoins pour effet de préciser, pour reprendre les mots de madame le juge McLachlin, l'intention manifeste

80 *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319.

“que le Canada conserve les préceptes constitutionnels fondamentaux qui sous-tendaient la démocratie parlementaire britannique”.⁸¹ Il est donc désormais reconnu que le Préambule se trouve en quelque sorte à “positiviser” au niveau constitutionnel certains principes constitutionnels britanniques.⁸² Au-delà de la lettre des lois constitutionnelles, des principes constitutionnels ni écrits et ni arrêtés pourront donc pénétrer l’ordre juridique interne, en autant qu’ils soient reconnus par les tribunaux. On peut certes soupçonner que cette façon de produire la normativité constitutionnelle ne sera utilisée qu’en dernier recours, lorsque les traditionnelles règles d’interprétation ne suffiront pas à permettre aux tribunaux d’atteindre les conclusions qu’ils recherchent.

Par cette décision, la Cour a donc reconnu l’existence d’un corpus de normativité constitutionnelle virtuel dont les éléments aux yeux du droit positif restent à définir au fil des circonstances. On soulignera qu’il n’est pas nouveau que les tribunaux, et en particulier la Cour suprême du Canada, se trouvent ainsi à fabriquer des normes à portée constitutionnelle. Ce qui est nouveau, au plan conceptuel en tout cas, est que la Cour, dans ce cas, ne s’est pas autorisée d’une disposition constitutionnelle explicite en en prolongeant ainsi la logique par le biais d’un processus interprétatif lié à l’application à des faits particuliers, mais qu’elle a plutôt choisi de “constater” — ou de déclarer — l’existence d’une norme constitutionnelle parallèle et non écrite qui sera elle-même sujette à l’application d’une démarche interprétative semblable à celle à laquelle se livre la Cour dans le cas de normes explicites. En reconnaissant l’existence de telles normes, la Cour se trouve par conséquent à carrément étendre la palette des normes constitutionnelles explicites, procédant par là à une extension horizontale du système de normativité constitutionnelle; pour reprendre l’image classique, de nouvelles branches de l’arbre constitutionnel apparaissent par le biais de ce processus.

81 *Id.*, p. 377.

82 Cette conclusion ne permet cependant pas pour autant de conclure que *tous* les principes constitutionnels britanniques seront ainsi plus ou moins automatiquement introduits au sein du droit constitutionnel canadien. Dans l’affaire *New Brunswick Broadcasting*, la Cour s’en est tenue à accorder aux organes législatifs certains privilèges, en autant qu’ils soient *nécessaires* à leur fonctionnement.

Une semblable extension, verticale celle-là, a récemment émergé. On parlera cette fois encore d'une extension des branches de l'arbre constitutionnel. Ainsi que la Cour suprême du Canada a eu l'occasion de le confirmer ces récentes années, il y a parfois lieu d'attribuer à des normes inférieures au sein de la hiérarchie des normes, comme des lois, un statut leur conférant des effets semblables à ceux de normes constitutionnelles. En effet, dans l'affaire des *Écoles séparées de l'Ontario*,⁸³ la Cour suprême a conclu que la *Charte canadienne des droits et libertés* ne pouvait être utilisée afin d'abroger une loi adoptée par la législature ontarienne dans l'exercice du droit, qui lui est conféré par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de fournir un réseau d'écoles séparées et d'établir ainsi des distinctions fondées sur la confessionnalité entre des groupes. Selon la cour, toute conclusion contraire aurait équivalu, au nom des droits garantis par la Charte, à nier le pouvoir accordé par la Constitution d'établir des écoles séparées et aurait par conséquent nié le principe d'égalité entre les normes constitutionnelles. La principale difficulté est alors d'en arriver à distinguer les cas où la disposition législative ordinaire représente le prolongement de la norme constitutionnelle habilitante (auquel cas elle acquiert plus ou moins un statut constitutionnel) des cas où elle constitue plutôt un simple exercice législatif alors soumis à toutes les normes constitutionnelles applicables. En bref, et pour reprendre l'expression de la Cour suprême du Canada, la disposition législative représente-t-elle l'arbre ou le fruit de l'arbre?⁸⁴ Au-delà de la difficile conceptualisation que cette distinction impose,⁸⁵ on voit que des dispositions législatives ordinaires peuvent, à toutes fins utiles, se voir reconnaître un statut et un effet constitutionnel. Il s'agit dans ces cas d'une extension verticale et vers le bas, c'est-à-dire vers des normes inférieures, de la normativité constitutionnelle.

Si le prolongement horizontal et vertical vers le bas des normes constitutionnelles a été reconnu par le droit positif canadien, on est en droit de se demander en vertu de quel principe il ne serait pas possible de prolonger verticalement, mais *vers le haut* cette fois, la même norma-

83 *Renvoi relatif au projet de loi 30. An Act to amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148.

84 *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, précité, note 80, p. 392.

85 *Id.* Voir, par exemple, la discussion de madame la juge McLahlin (p. 390 à 393).

tivité constitutionnelle. On aura compris que c'est précisément ce que l'on entend ici par supraconstitutionnalité. Il s'agit dans les faits de conférer à des normes qui sont si fondamentales qu'elles soutiennent l'édifice normatif constitutionnel au complet un statut juridique hiérarchiquement supérieur à toutes les normes juridiques, y compris aux normes constitutionnelles "ordinaires". Pour reprendre la métaphore de la Cour suprême, il ne s'agit plus cette fois de l'arbre constitutionnel, et encore moins de ses fruits, mais plutôt du sol au sein duquel l'arbre est enraciné. Toujours en conservant la métaphore de l'arbre, nous dirions que deux types de situations sont susceptibles de survenir: on modifie le sol de telle façon que l'arbre ne peut tout simplement pas survivre, ou encore on modifie le sol et l'arbre survit, mais de telle sorte que l'une de ses fonctions essentielles ne peut désormais être exercée. Dans le premier cas, il s'agirait d'une modification attaquant la logique même d'une Constitution ou de l'ordre constitutionnel, alors que dans l'autre, les finalités substantives de la Constitution s'en trouvent affectées dans leur essence. Dans l'un et l'autre cas, le résultat est inacceptable et il nous semble que l'essence même de la systématicité constitutionnelle soit alors niée.

Avant d'illustrer ces propos, il convient par ailleurs de s'interroger sur la responsabilité de mettre en oeuvre les principes de supraconstitutionnalité, en autant qu'ils existent. Nous avons déjà vu qu'en droit américain ainsi que pour certains autres systèmes étrangers, la réponse à cette question est loin d'être claire. Nous estimons que la réponse est relativement plus facile à dégager au Canada. En effet, et contrairement à plusieurs systèmes continentaux, il est clair qu'au Canada les principes constitutionnels et, en toute logique, les principes supraconstitutionnels, s'imposent à tous et chacun des acteurs au sein de l'État. Il nous paraît tout aussi clair, et pour les mêmes raisons procédant d'une logique élémentaire, que les tribunaux canadiens responsables de veiller au respect des principes constitutionnels, ont le devoir de veiller au respect et à l'application des principes supraconstitutionnels. En ce faisant, ils ne feront que développer le rôle normatif constitutionnel qu'ils ont déjà assumé en acceptant de prolonger horizontalement et verticalement (vers le bas) les normes constitutionnelles. Loin de s'ingérer dans des questions politiques qui relèvent avant tout des chambres constituantes,

les tribunaux canadiens se situent plutôt dans le rôle d'un rouage essentiel du système constitutionnel de *checks and balances* qui caractérise notre régime constitutionnel. Au nom précisément de la démocratie et de son respect, il est essentiel que les tribunaux jouent ce rôle malgré toutes les contraintes, les difficultés et les pièges qu'il comporte.

(b) Le maintien de la logique de l'ordre constitutionnel

Est-il utile de rappeler qu'une des fonctions primordiales d'une constitution est de maintenir, au sein de l'État, un ordre constitutionnel? Il ne s'agit certes pas là de la seule fonction d'une Constitution, mais elle demeure indispensable. La logique associée au maintien de l'ordre constitutionnel nécessite par conséquent l'existence au sein du droit positif de principes qui empêchent un ordre constitutionnel de s'autodétruire ou de s'atrophier de façon telle que la modification ait pour effet réel de remplacer un ordre constitutionnel par un autre. Si c'était le cas, la constitution qui en résulterait serait alors tout simplement étrangère à la précédente, une révolution au sens juridique du terme étant survenue entre-temps. Il existe, nous semble-t-il, deux types de modifications pouvant menacer la *logique* même de l'ordre constitutionnel.

Il y a tout d'abord les modifications qui violeraient les exigences fondamentales de la logique. Elles sont certes relativement rares, mais cette possibilité n'a pas empêché les théoriciens du droit de discourir à leur endroit. Dans un article célèbre, le théoricien scandinave Alf Ross a exemplifié le paradoxe selon lequel il serait impossible de réviser une règle suivant une procédure de révision qu'elle définit elle-même.⁸⁶ Une telle impossibilité liée au caractère auto-référentiel d'une proposition est bien connue en logique classique : le Roi, monarque absolu, peut-il lier ses pouvoirs de façon irrévocable? ou encore, Dieu est-il capable de créer une pierre si lourde qu'il ne pourrait pas lui-même la soulever? Quoique toute auto-référentialité ne soit pas en elle-même invalide ("cette phrase est bien construite"), certaines peuvent néanmoins poser de sérieuses difficultés ("ceci est vrai" est une affirmation incomplète, alors que "ceci est faux" est une affirmation contradictoire).

86 Alf ROSS, "On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law", (1969) 78 *Mind* 1-24.

Parfois rejeté par certains auteurs en théorie du droit,⁸⁷ le paradoxe de Ross a au moins pour utilité de répondre à la difficulté logique de l'amendement de la procédure de révision dans le contexte du débat sur la supraconstitutionnalité. On répliquera qu'au Canada cette difficulté de base est au surplus contournée par l'existence des articles 52(3) et 41(e) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ce dernier définissant explicitement la procédure de révision applicable. On peut néanmoins estimer que la difficulté demeurerait entière si d'aventure, on décidait par exemple d'abroger cet article. La seule discussion qui précède démontre par conséquent, si besoin était, qu'il se pourrait bien qu'il existe des limites internes au pouvoir du Constituant de modifier la constitution canadienne, limites imposées par la logique intrinsèque de l'ordre constitutionnel.

Si l'exemple qui précède demeure, il faut l'avouer, essentiellement théorique, celui de l'exigence du maintien de l'ordre constitutionnel est quant à lui très réel et pratique, au point qu'il a été reconnu dans un passé récent par la Cour suprême du Canada. En effet, dans l'affaire des *Droits linguistiques au Manitoba*, celle-ci a confirmé de manière directe que le maintien de l'ordre constitutionnel requière par le fait-même celui de l'existence d'un ordre juridique. Qualifié de corollaire du principe de la primauté du droit, ce principe pourrait aussi être qualifié de supraconstitutionnel. En effet, dans cette affaire, la Cour a refusé d'appliquer un des articles les plus fondamentaux de la Constitution, celui de la sanction de l'incompatibilité, c'est-à-dire de l'inopérabilité des lois et des actes contrevenant aux exigences de la Constitution; en ce faisant, elle a donc mis de côté les prescriptions — constitutionnelles, rappelons-le — de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* au profit du principe supérieur de la nécessité du maintien d'un ordre juridique établi. Voilà, nous semble-t-il, un exemple patent de la reconnaissance en droit positif d'un principe élémentaire et indispensable de supraconstitutionnalité et du prolongement vertical et vers le haut, cette fois, du système constitutionnel.⁸⁸

87 Herbert L.A. HART, "Self-referring Laws", *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 1983) p. 170; Peter SUBER, *The Paradox of Self-Amendment* (New York: Peter Lang, 1990).

88 On pourrait penser à d'autres situations où la logique même de l'ordre constitutionnel serait menacée et où un principe d'ordre supraconstitutionnel interviendrait

Nous estimons au surplus que ce type d'approche ne peut ni ne doit être restreint aux seuls cas où le maintien de l'ordre juridique est en cause, mais qu'il doit, au contraire, être étendu aux cas où l'ordre politique et social pourrait se retrouver mis en cause. C'est ainsi que la Cour suprême du Canada dans la célèbre affaire *Schachter* a confirmé que dans certains cas on doit éviter d'appliquer immédiatement les impératifs de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, lorsqu'il pourrait en découler des conséquences dommageables. Ces circonstances sont pour l'essentiel définies en fonction des effets de la déclaration d'inopérabilité sur le public : ainsi lorsque l'annulation d'une disposition présente un danger pour le public ou porte atteinte à la primauté du droit ou encore dans les cas où une disposition est limitative par opposition aux cas où elle aurait une portée trop large, la suspension de la déclaration d'inopérabilité sera justifiée.⁸⁹ Il s'agit par conséquent d'un autre cas où la logique de principes supraconstitutionnels, relatifs, cette fois, à l'ordre public ou aux inconvénients de la déclaration d'inopérabilité, s'est imposée à la Cour suprême et, par conséquent, au droit positif canadien.

(c) Le maintien de la finalité et de la nature fondamentale d'un régime constitutionnel

La notion contemporaine de constitution et d'ordre constitutionnel qui se traduit par l'émergence et la reconnaissance de principes de supraconstitutionnalité doit aller, nous semble-t-il, bien au-delà de la stricte logique constitutionnelle en s'articulant aussi en fonction de ce qui nous paraît être *l'esprit* du régime constitutionnel en place et ses valeurs les plus fondamentales. Autrement dit, il se pourrait bien que des impératifs supraconstitutionnels existent qui pourraient avoir pour effet

pour défendre cet ordre constitutionnel. Par exemple, que dire d'un amendement à l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui transformerait l'article de la façon suivante : "La Constitution du Canada n'est pas la loi suprême du Canada; elle ne rend pas inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit." Cet exemple démontre que l'ordre constitutionnel entier repose sur une logique et qu'un amendement qui toucherait à cette logique ne pourrait pas être valide. Il pourrait donc exister une norme supraconstitutionnelle portant que la Constitution est suprême par rapport aux règles de droit de niveau inférieur. Cette règle était d'ailleurs observée bien avant la *Loi constitutionnelle de 1982*.

89 *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

d'empêcher des modifications aux lois constitutionnelles qui remettraient en cause les paramètres les plus fondamentaux sur lesquels repose notre régime constitutionnel. Pour en revenir à une question que nous soulevions dans l'introduction de ce texte, c'est ainsi que l'on voit difficilement, en vertu de ce principe, au sein du système constitutionnel canadien tel qu'on le comprend, comment on pourrait par voie d'amendement constitutionnel supprimer par exemple le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois ou encore le principe de la liberté d'expression ou le système de démocratie électorale. De telles modifications constitutionnelles seraient alors si fondamentales, radicales et antinomiques par rapport à la tradition constitutionnelle canadienne qu'elles ne pourraient être autorisées par son esprit; les principes constitutionnels de nature téléologiques relatifs au maintien du principe de la primauté du droit et de la nature fondamentale du système constitutionnel s'imposeraient alors probablement à l'ordre juridique positif canadien, tout comme ils l'ont fait en Inde ces dernières années.

Malgré le fait que ce type de principes supraconstitutionnels s'attache à la substance de la Constitution et non pas seulement à sa stricte logique systémique, nous ne croyons pas pour autant que cette ligne de raisonnement s'inspire autant du droit naturel et du système de valeurs qu'il véhicule. Au contraire, il faut situer le respect des fondements d'une constitution tant dans le contexte qui est le sien que par rapport à celui qu'imposent les instruments internationaux auxquels un État a par ailleurs librement consenti. Autrement dit, l'existence de principes supraconstitutionnels dans ces cas se justifie essentiellement par rapport à la logique substantive qui se dégage des normes existantes et explicites du régime constitutionnel ainsi que de leurs finalités. Refuser de prolonger cette logique par rapport à des éléments absolument cruciaux du contrat social et autoriser un amendement qui violerait de plein fouet ces prémisses fondamentales reviendrait alors à plus ou moins nécessairement créer une révolution au sens constitutionnel du terme et donc à remplacer l'ordre constitutionnel existant par un nouveau.

Il devient alors crucial d'identifier par rapport à un cas donné quelles sont ces prémisses fondamentales. Quoique nous n'estimions pas que les tribunaux doivent définir à l'avance et en dehors de réalités factuelles précises quels sont les principes fondamentaux qui limitent la

souveraineté du Constituant, il nous est néanmoins facile d'en dégager la nature. À cet égard, nous ne voyons par ailleurs pas en quoi la situation du Canada serait différente de celle des pays étrangers où les principes de supraconstitutionnalité sont acceptés. C'est ainsi que l'on peut penser que le maintien des principes de la démocratie électorale, des droits fondamentaux, du fédéralisme, du contrôle de la constitutionnalité des lois et de l'intégrité du territoire constituent des prémisses inattaquables du système constitutionnel canadien; ainsi que nous l'avons vu, le droit étranger appuie cette façon de voir les choses.

La question délicate est de bien distinguer les amendements constitutionnels où un réaménagement fondamental d'une des dimensions essentielles de la Constitution canadienne est en cause de ceux où on ne cherche qu'à accomplir une modification qui se situe dans le prolongement des principes existants; de prime abord, on l'aura compris, celui-ci est tout à fait conforme aux principes constitutionnels applicables alors que celui-là ne l'est rigoureusement pas.

Il reste évidemment à voir si, au regard du droit constitutionnel canadien, un amendement ayant pour but d'autoriser ou de "constitutionnaliser" la sécession du Québec constituerait un simple prolongement de l'ordre constitutionnel établi ou si, au contraire, une telle modification serait irrecevable puisqu'elle remettrait en cause soit la logique même de l'ordre constitutionnel canadien, soit une de ses prémisses fondamentales. Dans ce dernier cas, il faudrait alors conclure que la Constitution canadienne, dans sa forme actuelle, serait incapable d'avaliser la sécession du Québec et qu'advenant qu'elle le fasse, une révolution au sens juridique du terme serait alors survenue, brisant ainsi le cycle de la continuité auquel l'histoire constitutionnelle canadienne nous a habitués depuis la conquête de 1763.

4. SUPRACONSTITUTIONNALITÉ CANADIENNE ET SÉCESSION DU QUÉBEC

Dans cette optique, la question fondamentale est donc de déterminer, non pas quelle procédure de modification en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1982* s'appliquerait en cas de sécession du Québec, mais plutôt tout simplement s'il est même possible à cause de l'existence de principes supraconstitutionnels, d'utiliser ce mécanisme de modifica-

tion de manière à avaliser une telle sécession. Autrement dit, l'actuelle Constitution du Canada peut-elle survivre à un éventuel départ du Québec? Les principes constitutionnels applicables pourraient, selon ce que nous avons exposé précédemment, porter soit sur le maintien de la logique de l'ordre constitutionnel, soit sur le maintien de la finalité et de la nature fondamentale du régime constitutionnel canadien. Cette discussion se situe donc, et il importe de le rappeler, exclusivement dans une perspective de droit constitutionnel interne au Canada. Par conséquent, nous ne discutons aucunement des considérations relevant du droit international soumises à l'attention de la Cour suprême.

Évidemment, la discussion qui précède enseigne que s'il est relativement aisé d'accepter le principe de l'existence de règles supraconstitutionnelles au plan conceptuel, il devient plus difficile d'en apprécier la teneur et d'en définir les contours. Il est de plus tout aussi difficile, comme la Cour suprême s'apprête à le faire, de déterminer des questions aussi fondamentales dans le contexte d'un relatif *vide factuel*; il nous faut par conséquent imaginer dans l'abstrait de quelle façon, le cas échéant, les choses surviendront et se présenteront au régime constitutionnel canadien.

Mais quelles sont donc les conséquences vraisemblables pour l'ordre constitutionnel canadien de la sécession du Québec? Les écrits diffèrent relativement peu sur le sujet; le mémoire produit par le Procureur général du Canada reprend ces arguments de façon succincte. Tout d'abord, il semble acquis qu'une sécession du Québec, loin de provoquer des effets négligeables, aura plutôt pour conséquence de bouleverser de façon radicale tout l'édifice constitutionnel canadien (les italiques sont de nous):

La sécession d'une province du Canada constituerait une *modification des plus profondes de l'ordre constitutionnel canadien*. (par. 107)

La sécession d'une province canadienne *affecterait tant la structure même que la portée de la Constitution*; inévitablement, elle aurait des répercussions sur l'ensemble de la fédération. (par. 59)

Ensuite, selon le Procureur général du Canada, la sécession aura des répercussions importantes sur la raison d'être du Canada, les fondements de sa structure fédérale ainsi que sur l'intégrité de son territoire:

[La sécession] se produit nécessairement aux dépens de l'unité territoriale et de l'unité politique de l'État existant. Une sécession a un effet *déstabilisateur et perturbateur* et, dans presque tous les cas, elle est *fondamentalement contraire aux buts de l'État existant*, qu'il soit unitaire ou fédéral. (par. 79)

Dans un État fédéral, la sécession comporterait le retrait des institutions fédérales du territoire sécessionniste, et *aurait inévitablement des répercussions sur l'ensemble de la fédération*. La sécession romprait l'engagement politique original de former une union, mettant en péril le réseau de relations, d'obligations, d'engagements et d'attentes mutuels que la décision de s'unir dans une fédération avait produits et favorisés de part et d'autre. (par. 81)

Enfin, le Procureur général du Canada rappelle que la sécession fera nécessairement disparaître tous les droits constitutionnels conférés par les lois constitutionnelles canadiennes auxquels pouvaient prétendre toutes les personnes se trouvant sur le territoire sécessionniste :

La sécession constitue une *modification fondamentale de l'ordre constitutionnel* existant. Elle *mettrait fin* à l'autorité de la constitution à l'égard du territoire sécessionniste et, par le fait-même, *aux protections dont jouissaient les habitants de la partie sécessionniste en vertu de cette constitution*. (par. 80)

La sécession unilatérale d'une province du Canada irait à l'encontre de la tradition constitutionnelle du pays; elle contreviendrait au principe de la primauté du droit ainsi qu'au respect que l'on porte au Canada aux droits des citoyens. Une sécession unilatérale irait également à l'encontre du devoir des tribunaux canadiens de défendre la Constitution du Canada et du principe fédéral consacré dans la Constitution. Il ne s'agit pas là de simples théories abstraites; *il s'agit de droits fondamentaux que peuvent revendiquer tous les Canadiens*. (par. 75)

Les extraits qui précèdent démontrent jusqu'à quel point une sécession éventuelle du Québec aura pour effet de déstabiliser de façon extrêmement sérieuse la structure constitutionnelle du Canada. Rares seront les parties de la Constitution et de la vie constitutionnelle canadienne qui ne seront pas alors affectées de façon massive et permanente : le fonctionnement des institutions fédérales, y compris celui de la Cour suprême, devra être revu en entier; les lois constitutionnelles devront être amendées d'un bout à l'autre; l'intégrité du territoire canadien aura été violée par la perte d'un espace considérable; les fondements sur lesquels repose le pacte confédératif et les compromis auxquels ils ont donné lieu (tels les articles 93 et 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*) tomberont en désuétude; et la sécession aura, on l'a vu, un impact fondamental sur le fonctionnement du fédéralisme canadien ainsi que sur les droits des habitants du territoire du Québec.

À vrai dire, il est difficile d'imaginer un changement constitutionnel qui pourrait avoir une ampleur et un effet plus considérable sur le fonctionnement actuel de la Constitution canadienne.

Il devient, dans ce contexte, légitime de se demander si la Constitution du Canada possède une telle capacité de s'adapter et de nier ainsi aussi massivement son authenticité, d'occulter les principes fondamentaux sur lesquels elle repose, tout en permettant que les droits constitutionnels qu'elle garantit à une bonne partie de ses citoyens disparaissent. À l'occasion du renvoi devant la Cour suprême, le procureur général du Canada affirme que la Constitution du Canada peut accommoder "tout changement à la fédération ou à ses structures institutionnelles, y compris un changement aussi extraordinaire que la sécession d'une province" (par. 85; le souligné est dans le texte). Pour notre part, nous doutons que l'actuelle Constitution du Canada possède une telle flexibilité, au point d'en quelque sorte se nier elle-même et de nier ses préceptes fondamentaux et sa logique interne. Il s'agit là, nous semble-t-il du coeur de la question soumise à la Cour suprême à l'égard de l'effet de la sécession du Québec sur le régime constitutionnel canadien. En y répondant, celle-ci devra nécessairement se poser la question de son rôle à l'égard du maintien de l'intégrité de l'actuelle Constitution du Canada.

Le rôle du pouvoir judiciaire au sein de l'édifice constitutionnel canadien et de la préservation du principe de la primauté du droit fait relativement consensus. Encore une fois, le Procureur général du Canada a bien rendu compte de ce consensus dans son Mémoire :

Les tribunaux canadiens sont les gardiens de la Constitution, et ils sont chargés d'assurer la primauté du droit. Ce devoir a été constamment affirmé, et peut-être de la façon la plus claire dans l'extrait suivant de l'arrêt *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan* :

Une des fonctions de cette Cour est de s'assurer que les législatures n'outrepassent pas les limites de leur mandat constitutionnel et n'exercent pas certains pouvoirs

[...] De même dans le Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba, la Cour a signalé le "mandat du pouvoir judiciaire de protéger la Constitution" et, en ce qui a trait aux tribunaux, qu'il leur "incombe d'assurer que le gouvernement observe la Constitution" et de veiller à ce que la "loi constitutionnelle ait préséance". (par. 69 et 70)

Chacune des conséquences de la sécession esquissée précédemment est cruciale aux yeux du droit constitutionnel canadien et certaines, dont la disparition de l'intégrité du territoire canadien et le fait de priver de leurs droits constitutionnels un grand nombre de canadiens nous paraissent particulièrement difficiles à concilier avec une conception du rôle de la Cour qui serait là pour préserver la primauté du droit et protéger l'intégrité de la Constitution.

Selon nous, il est fort possible que les principes de supraconstitutionnalité entrent en jeu puisque ce que nous avons appelé précédemment les impératifs liés au maintien de la finalité et de la nature fondamentale de l'ordre constitutionnel sont indiscutablement en cause dans le cas d'une éventuelle sécession du Québec et de son impact sur l'ordre constitutionnel canadien. On peut certes se demander si le maintien de l'intégrité du territoire du Canada à lui seul ou encore celui de la disparition des fondements sur lesquels repose l'union pourraient justifier à eux seuls une conclusion qu'il existe des principes de supraconstitutionnalité applicables en l'espèce. Nous croyons cependant que la *combinaison* de ces multiples impacts sur l'ordre constitutionnel canadien peut facilement donner ouverture à la reconnaissance de l'existence de principes supraconstitutionnels ne tolérant pas que des changements aussi profonds et contre nature puissent avoir lieu et ce, même s'ils sont avalisés formellement par un amendement constitutionnel. Autrement dit, des principes supraconstitutionnels feraient que l'ordre constitutionnel canadien serait tout simplement incapable d'ingérer la sécession du Québec. Il serait alors lui-même condamné à procéder à sa propre révolution.

Un certain nombre de conséquences découleraient évidemment de l'existence de principes supraconstitutionnels qui empêcheraient l'utilisation de la Procédure de modification de la Constitution dans le cas d'une éventuelle sécession du Québec. C'est ainsi

- qu'il ne devient plus possible d'amender les lois constitutionnelles canadiennes pour prendre en compte la sécession car, alors, la Constitution se nierait elle-même, écarterait plusieurs de ses paramètres parmi les plus fondamentaux et, en quelque sorte se trouverait à s'autodétruire. L'estomac se digérerait lui-même, ce qui est constitutionnellement et logiquement insupportable;

- qu'en toute logique, la formule d'amendement ne deviendrait donc d'aucune utilité ni pour effectuer la sécession du Québec, ni pour en avaliser les conséquences au sein de l'ordre juridique canadien;
- qu'autrement dit, si de tels principes supraconstitutionnels existent, le droit constitutionnel canadien *exigerait* une déclaration unilatérale d'indépendance du Québec. La sécession du Québec ne pourrait se réaliser, en vertu de l'actuelle Constitution du Canada, *que* par le biais d'une révolution au sein de l'ordre juridique canadien, la procédure de modification perdant toute utilité. Politiquement, cela signifierait qu'il ne serait pas possible pour le Canada d'exiger du Québec de transiter par la formule d'amendement pour effectuer la sécession;
- que l'ordre juridique et constitutionnel canadien pourrait pour sa part ne pas survivre à une sécession du Québec et pourrait devoir, pour se « rasseoir », se réinventer lui-même en passant par un processus révolutionnaire de la même nature que celui auquel le Québec se sera astreint par sa déclaration unilatérale d'indépendance. Pour la première fois de l'histoire constitutionnelle canadienne, un bris de la chaîne de continuité serait survenu avec les conséquences que cela pourrait impliquer, entre autres pour les peuples autochtones; et,
- que, au surplus, si de tels principes supraconstitutionnels existent et qu'ils sont « positivisés », ils pourront être revendiqués par toute personne devant les tribunaux au même titre que des principes constitutionnels ordinaires. C'est donc dire que si on passait outre à cet argument, il y aurait moyen de remettre en question non seulement la validité de l'ordre constitutionnel canadien qui en résulte dans sa globalité, mais aussi celle des décisions prises quant aux conséquences de la sécession telles le partage de la dette et des biens.

Nous convenons que ces conséquences sont très importantes, mais elles ne doivent pas non plus pour autant être surdramatisées. Le Canada

pourrait très bien dans de telles circonstances tout simplement rasseoir son contrat fondamental sur des nouvelles bases qui ressembleraient vraisemblablement à l'ancienne Constitution. La révolution juridique pourrait alors n'être que «technique» quoique l'exercice pourrait par la même occasion donner aux canadiens la chance de doter leur pays d'une Constitution qui reflète véritablement leurs aspirations collectives au lendemain de la sécession du Québec.

Il n'y a donc pas que des inconvénients à aborder de cette façon la relation entre une éventuelle sécession du Québec et l'actuelle Constitution canadienne. Plusieurs avantages s'attachent aussi, croyons-nous, à la façon avec laquelle le processus de la sécession sera, le cas échéant, vécu par les protagonistes. En effet, la formule d'amendement ne possédant plus d'utilité ou de pertinence dans le débat, celui-ci se déplace alors exclusivement sur le terrain politique et sur celui de l'effectivité, c'est-à-dire là où il appartient véritablement. D'une part le Québec aura alors le devoir d'assumer ses responsabilités et les conséquences constitutionnelles de ses choix en devant nécessairement réaliser sa démarche sécessionniste par le biais d'un processus juridique de type révolutionnaire qu'il est condamné à réussir s'il veut acquérir sa pleine souveraineté. D'autre part, le Canada n'aura pas à utiliser sa Constitution pour avaliser des changements constitutionnels massifs qui vont à l'encontre de sa volonté, de sa logique et, au surplus, de la volonté majoritaire du peuple. Les Institutions canadiennes, qu'elles soient législatives, judiciaires ou politiques, n'auraient donc pas à ainsi devoir se faire les artisans de changements qu'au fond, elles ne veulent pas, précisément parce qu'ils heurtent les fondements mêmes du système constitutionnel canadien. De façon plus immédiate, on se retrouverait alors dans une situation où la Cour n'aurait pas à se faire l'arbitre de débats qui demeurent de nature profondément politique et le juge de choix démocratiques difficiles.

5. CONCLUSION

La question de la place de la supraconstitutionnalité demeure ouverte, pour le moment du moins, en droit constitutionnel canadien. On aura compris à la lecture des pages qui précèdent que nous croyons que cette notion a certes sa place au sein de notre univers constitutionnel et

que cette place mérite d'être examinée attentivement particulièrement à l'occasion des débats actuels, alors que les dimensions juridiques entourant une éventuelle sécession du Québec sont débattues devant le plus haut tribunal du pays. Ce texte démontre de plus, croyons-nous et contrairement à ce que l'on entend généralement au Québec, que l'on ne peut faire l'économie, lors de ce débat, de ses *dimensions juridiques et constitutionnelles*. Ces incidences sont trop importantes et il faudrait peut être que l'on commence sérieusement à s'en préoccuper; ceci ne veut évidemment pas dire que les dimensions *légitimité* et *effectivité* ne sont pas cardinales, au contraire.

Le droit constitutionnel ne peut ni ne doit fonctionner de façon complètement désincarnée de la société qu'il doit servir. S'il doit demeurer sensible à l'évolution de celle-ci, il est impératif qu'il ait en toutes circonstances la capacité d'imposer ses exigences et ce, particulièrement dans les moments difficiles de la vie des États, responsabilisant ainsi ses acteurs. C'est à ce prix que le système constitutionnel imposera sa logique et sa rigueur; c'est aussi à ce prix qu'il saura constater, le cas échéant, qu'une révolution juridique a eu lieu et accepter d'être remplacé par un autre système. Dans le cas d'une éventuelle sécession du Québec, cela paraît rassurant pour tous, canadiens et québécois.