

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.

Université de Montréal

Reconnaître et protéger le statut constitutionnel des municipalités :
critique de l'état du droit et perspectives d'avenir

Par
Caroline Voisard

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de maîtrise en droit
option recherche



Avril 2009

© Caroline Voisard, 2009

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé

Reconnaître et protéger le statut constitutionnel des municipalités :
critique de l'état du droit et perspectives d'avenir

présenté par :

Caroline Voisard

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Jean Leclair
Président-rapporteur

José Woehrling
Directeur de recherche

Jean Hétu
Membre du jury

Résumé

Ce mémoire propose un portrait global et une critique de l'état du droit canadien relatif au statut juridique des municipalités. L'adage voulant que les municipalités constituent des créatures des législatures ne possédant aucun statut constitutionnel est un héritage du droit américain (théorie du *Dillon's rule*) de la fin du 19^e siècle. Or, plusieurs États américains ont introduit très tôt le principe du *home rule* (autonomie locale) dans leurs constitutions. Le Canada n'a pas fait de même et les institutions municipales ne sont toujours pas protégées dans la Constitution écrite. On constate toutefois une évolution de la législation et de la jurisprudence vers une augmentation de l'autonomie municipale. Notre hypothèse est que l'existence d'institutions municipales représentées par des élus et pourvues de pouvoirs autonomes dans les matières d'intérêt purement municipal fait partie de la Constitution non écrite. Les exceptions non écrites au pouvoir d'une province de modifier sa constitution interne, ainsi que les principes structurels de la démocratie et de la protection des minorités sont étudiés. Un statut protégé pour les municipalités est conforme au droit international et plusieurs États, dont la Californie et l'Italie, ont constitutionnalisé les pouvoirs locaux. Enfin, nous proposons diverses avenues inspirées du droit international et du droit comparé afin que le Canada, ou le Québec, reconnaisse expressément que l'existence de la troisième branche de gouvernement est protégée et que la Législature ne peut porter atteinte au caractère démocratique des municipalités, ni à leurs pouvoirs municipaux généraux.

Mots clés : municipalités – autonomie locale – Constitution canadienne – droit constitutionnel non écrit – principes constitutionnels – constitutions provinciales – Californie – Italie.

Abstract

This thesis proposes a global portrait and criticism of Canadian Law concerning the legal status of municipalities. The adage that municipalities are merely creatures of legislatures that have no constitutional status is an inheritance of the American Law (*Dillon's rule*) dating back to the end of the 19th century. Many American states have rejected this rule though and implemented *home rule* powers in their state constitution. But Canadian case law has not followed and still refuses to recognize constitutional protection to municipalities. We notice however an evolution of the legislation and the case law towards an increase of municipal autonomy. This research tries to demonstrate that the existence of municipal institutions steered by elected representatives and provided with autonomous powers on subjects of purely municipal interest is part of the unwritten constitutional law. The unwritten exceptions to the legislative power of a province to amend its internal constitution and the unwritten fundamental principles of democracy and protection of minorities will be examined. A protected status for municipalities is in compliance with the international instruments concerning local powers and is present in the constitutions of several States, among which California and Italy. Finally, we propose different measures inspired by international law and comparative law for Canada or Quebec to recognize expressly that the existence of the third branch of government is protected and that the democratic character of municipalities and their general municipal powers cannot be withdrawn by the Legislature.

Key words: municipalities – local autonomy – Canadian Constitution – unwritten constitutional law – constitutional principles – provincial constitutions – California – Italy.

Remerciements

Je remercie sincèrement José Woehrling, Me Jean Marois et Me André G. Tremblay pour leurs enseignements et le modèle de professionnalisme et de rigueur qu'ils représentent et que j'essaie d'atteindre comme juriste.

Je remercie aussi ma famille et mes amis pour les encouragements et pour la confiance qu'ils m'ont toujours témoignée.

Reconnaître et protéger le statut constitutionnel des municipalités :
critique de l'état du droit et perspectives d'avenir

Mémoire de maîtrise
Caroline Voisard

Résumé	iii
Remerciements	v
INTRODUCTION	1
 PARTIE I- LE STATUT JURIDIQUE DES MUNICIPALITÉS : LE DROIT CONSTITUTIONNEL ÉCRIT ET LA TENDANCE LÉGISLATIVE ET JURISPRUDENTIELLE À RECONNAÎTRE L'AUTONOMIE MUNICIPALE	 8
 A- <u>Origine des institutions municipales</u>	 9
1- Aperçu historique de l'introduction du régime municipal au Canada et en particulier au Québec	9
2- La nature des institutions municipales et leur degré d'autonomie dans la période préconfédérative	17
 B- <u>L'évolution de l'autonomie municipale de 1867 à aujourd'hui</u>	 21
1- La Loi constitutionnelle de 1867 et les municipalités	21
<i>a- L'absence de statut constitutionnel des municipalités et l'introduction au Canada du Dillon's rule américain</i>	21
<i>b- La théorie de l'excès de pouvoir : de l'application stricte à l'interprétation large des pouvoirs municipaux</i>	30

2- L'évolution de la législation et de la jurisprudence en matière d'autonomie municipale	33
<i>a-L'autonomie consentie dans les lois provinciales</i>	33
i- Les clauses résiduelles : paix, ordre et bon gouvernement en matière locale	33
ii.- La <i>Loi sur les compétences municipales</i> : un virage en faveur de l'autonomie municipale	36
iii.- La démocratie locale dans les lois québécoises	40
<i>b- L'autonomie consentie par la jurisprudence</i>	45
i- L'interprétation large et libérale des pouvoirs municipaux	45
ii- La norme de contrôle des décisions municipales en droit administratif	47
iii- Les règles de conflit entre une norme municipale et une norme provinciale	50
iv.- Le pouvoir discrétionnaire en matière municipale	52
v- La décentralisation et la reconnaissance du principe de subsidiarité	56
PARTIE II- DES ARGUMENTS DE DROIT CONSTITUTIONNEL NON ÉCRIT EN FAVEUR DE LA RECONNAISSANCE DU STATUT CONSTITUTIONNEL DES MUNICIPALITÉS	59
A- <u>Le recours à l'article 45 de la <i>Loi constitutionnelle de 1982</i> pour protéger l'existence même d'un système municipal démocratique</u>	61

1- Inclusion des institutions municipales dans la constitution provinciale	61
2- Les limites au pouvoir de modification unilatéral de la constitution provinciale	66
3- Les éléments spécifiques intangibles propres aux institutions municipales	71
B- <u>La place des principes constitutionnels structurels en matière municipale</u>	74
1- La nature des principes structurels et leur force normative	75
<i>a- Les différentes interprétations jurisprudentielles</i>	75
<i>b- La doctrine et les diverses écoles de pensée</i>	83
2- Les principes structurels pertinents pour la reconnaissance du statut constitutionnel des municipalités	90
<i>a- Le principe de la démocratie</i>	90
i- Le principe de la démocratie locale au Canada	92
ii- Les éléments de la démocratie locale susceptibles d'être protégés	94
<i>b- Le principe de la protection des minorités</i>	101
i- L'affaire <i>Montfort</i> et la protection des minorités	102
ii- L'application de l'affaire <i>Montfort</i> aux institutions municipales	103
PARTIE III- DROIT INTERNATIONAL, DROIT COMPARÉ ET PERSPECTIVES DE RÉFORME LÉGISLATIVE OU CONSTITUTIONNELLE AU CANADA	108
A- <u>Le droit international relatif aux institutions locales</u>	108
1- La démocratie locale en droit international	108

2- La protection des minorités par le truchement de l'autonomie locale en droit international	117
B- <u>Étude de droit comparé : La Californie et l'Italie</u>	120
1 - Le « home rule » dans la Constitution californienne	121
<i>a- Aperçu général de l'autonomie locale et du système de home rule aux États-Unis</i>	121
<i>b- La Constitution californienne et la protection de l'autonomie locale</i>	131
2- La Constitution italienne	144
<i>a- L'article 5 de la Constitution italienne : la consécration du principe de l'autonomie locale</i>	144
<i>b- Les régions, les provinces et les communes dans la Constitution italienne : les différents titulaires des pouvoirs locaux</i>	146
<i>c- Les lois italiennes qui encadrent l'autonomie locale</i>	149
C - <u>Perspectives de réforme pour une protection accrue de l'autonomie municipale au Canada</u>	152
1- L'autonomie municipale consacrée dans une loi ordinaire	153
2- L'autonomie municipale dans une charte quasi constitutionnelle	155
3- L'autonomie municipale dans la Constitution du Canada ou dans une future Constitution du Québec	161
CONCLUSION	170
Table de la législation	x
Table de la jurisprudence	xv
Bibliographie	xx

« La démocratie ne parvient à s'établir en grand, sur le plan national, à s'y maintenir, à s'y développer, que dans les États où elle est quotidiennement exercée et affirmée en petit, dans les subdivisions administratives, régionales et communales. »

Adolphe Gasser

L'Autonomie communale et la restructuration de l'Europe, 1946

« La ville sera le principal lieu de vie de l'essentiel de l'humanité. Des centaines de villes seront plus peuplées qu'une centaine de pays aujourd'hui. Alors que plus des deux tiers des humains y vivront, des sommes gigantesques devront être consacrées à leur infrastructure. La ville sera le cadre des plus importants investissements collectifs et le premier collecteur d'impôt. C'est là que se concentrera l'essentiel de l'action politique à venir. Des quartiers s'érigeront en autogestion. »

Jacques Attali

Une brève histoire de l'avenir, 2006

INTRODUCTION

Les institutions municipales au Canada constituent des institutions politiques démocratiques essentielles et nécessaires et, à cet égard, elles ne sont pas suffisamment protégées en droit canadien, comparativement à ce que l'on retrouve dans d'autres systèmes juridiques. Au Canada, on semble tenir les institutions municipales comme acquises. Elles font partie du paysage politico-juridique depuis toujours et on imagine mal la vie publique sans elles. Pourtant, les tribunaux n'hésitent pas à affirmer que le droit constitutionnel canadien ne garantit aucunement la présence et les pouvoirs de ces institutions politiques fondamentales. En effet, il y a là tout un paradoxe puisque la Cour suprême du Canada affirme que «les administrations municipales forment des institutions démocratiques», qu'elles constituent des «entités gouvernementales» et que «la tradition d'établir des administrations publiques locales fortes est devenue une partie importante de l'expérience démocratique canadienne »¹ et du même souffle, la jurisprudence admet qu'une législature provinciale pourrait, par simple loi, faire disparaître toutes les institutions municipales dans la province puisque les municipalités «ne font qu'exercer des pouvoirs et des fonctions confiées par les législatures provinciales dont ces dernières devraient autrement se charger »². Il s'agit là d'une

¹ On retrouve ces trois citations respectivement dans *Pacific National Investment Ltd. C. Victoria (Ville)*, [2000] 2 R.C.S. 919, par.33 (J.Lebl), *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1997] 3 R.C.S. 844, par.50 (J.Laforest) et *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, par.49 (J.Lebl).

² Le juge Laforêt dans l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, précité, note 1, p.881; Voir aussi au même effet *Mont-Tremblant (Municipalité de) c. St-Jovite (paroisse de)*, [2000] R.J.Q. 2299 ; *Brandon v. Municipal Commissioner*, [1931] 3 D.L.R. 397.

situation déplorable et qui néglige de tenir compte du rôle et de la fonction démocratique des municipalités au Canada.

Nous définissons l'autonomie locale comme étant des pouvoirs que possède une municipalité dans les matières d'intérêt purement municipal. Mais l'autonomie locale ne peut pas être protégée de manière constitutionnelle si l'existence même des municipalités n'est pas reconnue dans la Constitution. Inversement, si on réussissait à démontrer que la Constitution canadienne garantit l'existence même d'un système municipal, peu importe sa forme, il faudrait également reconnaître que ces municipalités sont effectives, c'est-à-dire qu'elles possèdent des pouvoirs de base, sans quoi l'existence d'un système municipal ne voudrait rien dire. Selon nous, le droit canadien devrait le reconnaître explicitement dans des textes juridiques fondamentaux afin de se mettre au diapason du droit international et de celui d'autres pays démocratiques. Mais notre hypothèse est que l'existence d'un système municipal, formé d'institutions locales démocratiques et munies de certains pouvoirs autonomes de base, est déjà protégée de manière implicite par le droit non écrit de la Constitution canadienne, malgré la compétence provinciale en matière municipale. Selon ce point de vue, les tribunaux devraient dorénavant reconnaître que la présence d'institutions locales démocratiques est une composante essentielle du principe de la démocratie, principe constitutionnel sous-jacent à la Constitution canadienne.

La **partie I** de cette recherche sera consacrée à l'état du droit constitutionnel écrit relatif au statut juridique des municipalités au Canada. L'origine des institutions municipales sera aussi examinée afin de mieux comprendre ce qu'avaient en tête les Pères de la Confédération lorsqu'ils ont alloué aux législatures provinciales le pouvoir législatif relatif aux « institutions municipales ». Nous procéderons à un examen historique de l'introduction des premières institutions municipales au Canada et au Québec ainsi qu'à une étude de la nature et du degré d'autonomie des institutions municipales avant 1867. Cette étude historique est importante afin de démontrer que les institutions locales, quelle qu'en soit leur forme, ont toujours fait partie du paysage politique canadien.

Nous examinerons ensuite l'évolution du principe de l'autonomie municipale de 1867 à aujourd'hui. La jurisprudence a toujours été à l'effet qu'il n'existe aucun droit constitutionnel à l'autonomie locale pour les municipalités et que celles-ci sont tout simplement des « créatures » des législatures provinciales qui ont pouvoir de vie et de

mort sur elles en vertu de l'article 92(8) de la *Loi constitutionnelle de 1867*³. Ce principe, inspiré de la théorie américaine du *Dillon's rule* développée vers la fin du 19^e siècle, a été répétée méthodiquement par les tribunaux, ces derniers allant même jusqu'à affirmer que la troisième branche de gouvernement pouvait disparaître complètement. Selon notre interprétation de la jurisprudence, les tribunaux canadiens ont eu recours à la théorie américaine dans le but de réaffirmer le pouvoir plénier des provinces en matière municipale face à des contestations fondées sur le partage des compétences législatives entre le Parlement fédéral et les législatures, et non dans le but précis d'affirmer l'absence de statut constitutionnel des municipalités. Or, la compétence exclusive et complète des provinces sur les municipalités n'est pas incompatible avec la protection constitutionnelle de ces institutions. D'ailleurs, aux États-Unis où la Constitution nationale prévoit que les États ont pleine compétence en matière municipale, plusieurs États ont très tôt ressenti le besoin de protéger le statut constitutionnel des municipalités par l'octroi de pouvoirs de « home rule » (autonomie locale) dans leurs constitutions. Dans ces États, le *Dillon's rule* est un principe qui ne s'applique plus depuis très longtemps.

Au Canada, il n'y a pas eu de modification constitutionnelle en ce sens. Selon nous, le droit constitutionnel non écrit prévoyait déjà la protection constitutionnelle des municipalités. Mais dans la dernière décennie, le législateur et les tribunaux n'ont pu échapper à la tendance de toutes les démocraties modernes de reconnaître l'importance d'accorder plus d'autonomie aux institutions municipales. Ainsi, plusieurs provinces, dont le Québec, ont entamé un « virage » dans le mode rédactionnel des lois applicables aux municipalités afin que celles-ci ne soient plus dépendantes d'une délégation de pouvoir précise et explicite⁴. Il s'agit d'un véritable tournant dans le domaine juridique municipal. Nous aborderons donc la *Loi sur les compétences municipales*⁵ qui modernise le cadre juridique applicable aux municipalités québécoises et qui marque un pas décisif en matière d'autonomie locale au Québec. Nous pensons aussi aux clauses résiduelles dans les lois municipales qui sont désormais interprétées comme donnant des pouvoirs généraux aux municipalités en matière d'intérêt local, aux règles d'interprétation large et libérale dictées par les tribunaux ou dans les lois, aux règles de

³ L'Acte de l'Amérique du Nord Britannique de 1867 est devenu en 1982 la *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c.3, L.R.C. 1985, app.II, no 5, ci-après « *Loi constitutionnelle de 1867* » ou « *A.A.N.B* ».

⁴ L'expression est empruntée au Juge Bastarache dans l'arrêt *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 R.C.S. 485, par.6.

⁵ *Loi sur les compétences municipales*, L.R.Q. c. C-47.1.

conflit de lois qui favorisent les municipalités, aux normes de contrôle peu sévères, au pouvoir discrétionnaire consenti aux administrations locales, etc⁶. La Cour suprême a également reconnu que le principe de la subsidiarité s'appliquait en matière municipale, ce qui implique certainement une forme d'autonomie locale⁷. Cependant, si la législation et la jurisprudence évoluent dans la direction de l'autonomie municipale, le statut constitutionnel des municipalités n'est toujours pas reconnu dans la Constitution écrite.

Dans la **partie II** de cet ouvrage, nous tenterons de démontrer, à l'aide de certains arguments de droit constitutionnel non écrit, que les municipalités possèdent un statut constitutionnel en vertu du droit constitutionnel non écrit. Tout d'abord, le recours à l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁸ pour protéger l'existence même d'un système d'institutions municipales est un argument qui méritera notre attention. L'article 45, qui permet à une législature de modifier sa constitution interne par la voie législative ordinaire, contient des exceptions dont certaines sont écrites et d'autres non écrites. Notre hypothèse ici est que les lois qui ont trait à la fonction politique des municipalités et à l'organisation municipale font partie de la constitution interne du Québec, selon la définition du contenu de la constitution provinciale donnée par la doctrine et par les tribunaux. En étant incluses dans la constitution provinciale, les dispositions législatives qui reconnaissent l'existence de ce troisième ordre de gouvernement sont soumises aux mêmes exigences et aux mêmes exceptions au pouvoir unilatéral de modification constitutionnelle que les autres dispositions de la constitution provinciale. Particulièrement, l'exception non écrite, développée par la jurisprudence, relative à l'interdiction pour une province «de provoquer des bouleversements constitutionnels profonds par l'introduction d'institutions politiques étrangères et incompatibles avec le système canadien»⁹ nous apparaît pertinente. Une province totalement «centralisée», dépourvue d'administrations locales municipales significatives et effectives ne serait pas conforme au système politique canadien. En ce sens, l'existence même d'un système d'institutions municipales démocratiques, pourvues de pouvoirs autonomes dans les matières purement locales, serait reconnue comme un principe constitutionnel ou une convention, au même titre que le parlementarisme ou le gouvernement responsable.

⁶ En raison de sa complexité et du fait qu'elle repose généralement sur des ententes politiques, la question du déséquilibre fiscal et de l'autonomie financière ne sera pas abordée dans cet ouvrage.

⁷ *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, précité, note 1.

⁸ *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 (ci-après la *Loi constitutionnelle de 1982*).

Le deuxième argument de droit constitutionnel non écrit se rapporte justement aux principes structurels sous-jacents à la Constitution canadienne. Le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*¹⁰, rendu par la Cour suprême du Canada en 1998, peut-il servir de fondement à la reconnaissance du statut constitutionnel des municipalités, par recours aux principes de la démocratie? Le principe de la protection des minorités peut-il protéger une municipalité peuplée majoritairement de citoyens de culture minoritaire contre certaines interventions de l'État provincial? Il faut toutefois reconnaître que la Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec ont refusé d'invalider la Loi 170 (fusions municipales forcées) en vertu des principes structurels.¹¹ Dans cette affaire, on plaidait que le principe de la protection des minorités garantissait le droit à des institutions municipales pour la minorité anglophone du Québec. La Cour d'appel de l'Ontario avait pourtant reconnu qu'un hôpital offrant des services en français constituait une institution essentielle à la survie de la communauté franco-ontarienne et qu'un acte gouvernemental portant atteinte à l'existence de cette institution devait être invalidé sur la base du principe de protection des minorités¹². Jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada vienne clarifier le droit relatif aux principes structurels, il semble encore permis de croire qu'une municipalité pourrait, en certaines circonstances, se voir qualifiée d'institution essentielle à la survie d'une communauté minoritaire et ainsi bénéficier d'une certaine protection constitutionnelle spécifique en vertu du principe de la protection des minorités. Le recours au principe de la démocratie pour protéger les collectivités locales n'a pas été écarté et pourrait s'avérer un instrument de protection efficace. Comme nous le verrons, l'argument fondé sur le principe de la protection des minorités nous semble toutefois plus fragile que l'argument fondé sur le principe de la démocratie, qui s'applique aux institutions municipales dans leur ensemble.

La **partie III**, dernière partie de cet ouvrage, sera consacrée au droit international, au droit comparé et aux perspectives de réforme constitutionnelle au Canada, en particulier au Québec. Il se dessine actuellement en droit international une tendance à reconnaître au principe de l'autonomie locale un caractère consubstantiel au principe de

⁹ *S.E.F.P.O. c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p.47 (J.Beetz).

¹⁰ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

¹¹ *Baie d'Urfé (Ville de) c. Québec (Procureur général)*, [2001] R.J.Q. 1589 (C.S. Qué.); *Westmount (Ville de) et als c. Procureur général du Québec*, [2001] R.J.Q.2520 (C.A. Qué.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 28869 (7 déc. 2001).

¹² *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, (1999) 181 D.L.R. (4th) 263 (O.S.C.J.) (en anglais), [1999] O.J. no. 4489 (en français), confirmé par (2001) 56 O.R. (3d) 577(C.A.O.)

la démocratie. Notamment, les tentatives d'élaboration d'un projet de *Charte mondiale de l'autonomie locale*¹³ par l'ONU, reconnaissant le principe de la démocratie locale, démontrent qu'il s'agit bien d'une préoccupation mondiale. Bien qu'il soit fort probable que le Canada ratifie cette convention si elle voit le jour — le Canada s'y est pratiquement engagé à l'issue de la *Déclaration de La Paz*¹⁴ en juillet 2001 — elle n'aura d'effet juridique en droit interne que si elle est mise en œuvre par voie législative ou constitutionnelle. Un examen sommaire du droit international en la matière nous permettra de comprendre l'importance du principe de l'autonomie locale pour les démocraties modernes et également pour la protection des minorités.

À la suite de cette brève revue du droit international, nous tenterons de nous inspirer de certaines expériences étrangères pour déterminer comment le Canada, au niveau du gouvernement fédéral ou à celui des provinces, pourrait protéger davantage les institutions municipales. En effet, de nombreux États ont enchâssé dans leur constitution nationale un droit à l'autonomie locale qui limite l'action législative en matière municipale. Une étude de droit comparé nous amènera à examiner les dispositions des constitutions de la Californie et de l'Italie¹⁵ qui portent sur les pouvoirs des collectivités locales. En Californie, les collectivités locales sont protégées par le système de *home rule* qui a été créé en réponse à la doctrine américaine voulant que les municipalités soient soumises au contrôle législatif de l'État. L'ironie du sort veut que ce soit cette même doctrine américaine qui est à l'origine de la jurisprudence canadienne énonçant que les législatures ont un pouvoir de vie ou de mort sur les municipalités. Bien que la structure fédérale américaine diffère de la structure fédérale canadienne et que les systèmes juridiques diffèrent également, il reste que les deux pays, à titre de membres de l'Organisation des États américains, se sont engagés à favoriser la décentralisation des pouvoirs et l'autonomie locale. À cet égard, les États américains qui possèdent un système de *home rule* constitutionnalisé ont une longueur d'avance sur les provinces canadiennes en matière de protection de l'autonomie locale.

¹³ N.U., Centre des Nations Unies pour les Établissements humains (HABITAT) et Coordination des Associations Mondiales des Villes et Autorités Locales (CAMVAL), *Vers une Charte mondiale de l'autonomie locale*, Document de consultation conjoint – Nairobi, mai 1998 reproduit en ligne, <http://www.gdrc.org/u-gov/charter.html>, consulté le 8 janvier 2009.

¹⁴ *Déclaration de La Paz sur la décentralisation et le renforcement des administrations municipales et régionales et de la participation de la société civile*, OÉA, Ser.k XXXVII.1 REDMU/doc.3/01 rev.3, 31 juillet 2001, reproduite en ligne, <http://scm.oas.org/Reference/french/DECLARATIONS/DECL%20LA%20PAZ%20-%20DECENTRALISATION%20ADMINIST%20REGIONALES%20PARTICIPATION%20SOCIETE%20CIVILE%20-%202001%20AN00020.doc>. Consulté le 8 janvier 2009. Pour plus de précisions sur cette Déclaration, consulter la partie III, section A-1.

¹⁵ Constitution de la Californie, 1879 ; Constitution de la République d'Italie, 1948.

La Constitution italienne quant à elle protège aussi les pouvoirs des collectivités locales, constituées notamment des régions, des provinces et des communes. Les régions sont très bien protégées par la Constitution italienne avec des pouvoirs propres et exclusifs énoncés de manière expresse. On parle d'ailleurs de fédéralisme régional en Italie. Les provinces et les communes bénéficient d'une protection moindre puisque la Constitution prévoit que c'est au législateur qu'il appartient de fixer l'étendue de leurs pouvoirs. Par contre, toutes les collectivités locales en Italie ont le pouvoir d'adopter leur propre charte constitutive, ce qui leur confère un statut constitutionnel.

Enfin, nous tenterons d'envisager de quelle façon le Canada pourrait s'ajuster à la tendance du droit international à protéger, de manière constitutionnelle, les institutions municipales et à augmenter leurs pouvoirs. Plusieurs moyens peuvent être employés pour protéger l'autonomie locale. La première avenue proposée est la reconnaissance d'une autonomie par des lois ordinaires. Nous verrons que, bien que cette protection législative existe déjà dans une certaine mesure, elle pourrait être encore plus explicite. Deuxièmement, nous envisagerons la possibilité d'adopter une charte des droits des municipalités protégeant l'autonomie locale. Cette charte ferait partie de la constitution provinciale au même titre que d'autres lois fondamentales et serait élaborée et adoptée par la législature provinciale. Pour que l'on puisse parler de charte quasi constitutionnelle, la loi devrait comprendre des dispositions qui limitent le pouvoir de l'Assemblée législative de modifier les droits des entités locales. De cette manière, l'autonomie locale serait davantage protégée. Cette solution, déjà proposée par des auteurs et par des associations de collectivités locales, s'avère probablement la plus intéressante. Elle permet de concilier deux principes fondamentaux — l'autonomie locale et la souveraineté parlementaire — tout en respectant les exigences du droit international. Il importera cependant de se demander si la législature peut agir de manière unilatérale ou si certains aspects de l'autonomie locale nécessitent une modification à la Constitution du Canada. La troisième solution serait d'inclure le droit à l'autonomie locale dans la Constitution du Canada ou dans une future Constitution du Québec. Ces dernières avenues sont moins réalistes à court terme. D'abord relativement à une modification à la Constitution du Canada, nous savons que les questions municipales sont de compétence provinciale et que les modifications constitutionnelles au Canada sont souvent ardues et laborieuses, surtout s'il s'agit de limiter les pouvoirs législatifs des provinces. D'ailleurs, aucune demande de protection constitutionnelle des municipalités n'a porté fruit jusqu'à présent. La reconnaissance des gouvernements locaux dans la Constitution canadienne s'avèrerait donc très

difficile. Quant à l'élaboration et à l'adoption d'une Constitution du Québec, ce n'est pas tant l'inclusion des municipalités dans cette Constitution qui poserait problème que l'adoption de la Constitution en tant que telle.

PARTIE I - LE STATUT JURIDIQUE DES MUNICIPALITÉS : LE DROIT CONSTITUTIONNEL ÉCRIT ET LA TENDANCE LÉGISLATIVE ET JURISPRUDENTIELLE À RECONNAÎTRE L'AUTONOMIE MUNICIPALE

Contrairement à d'autres paragraphes des articles 91 et 92 consacrant le partage des compétences entre le Parlement et les Législatures provinciales, l'article 92(8) de la *Loi constitutionnelle de 1867* a rarement fait l'objet de controverses à l'égard de sa portée. Règle générale, la compétence en matière municipale a toujours été assimilée au pouvoir exclusif de la législature provinciale de faire des lois relatives aux institutions municipales et à disposer de celles-ci comme elle l'entendait. C'est presque devenu un truisme en jurisprudence que d'affirmer que les municipalités sont des « créatures des législatures » et qu'elles n'ont « aucun statut constitutionnel indépendant »¹⁶. Il peut être intéressant de définir le contenu de cette compétence exclusive et les pouvoirs réels que possèdent les municipalités. Mais d'abord, il importe de traiter brièvement de l'origine de la compétence législative en matière municipale au Canada, et ce, pour plusieurs raisons. Principalement, cela permet de comprendre ce que les rédacteurs de la Constitution canadienne entendaient par cette expression lorsqu'elle a été insérée au paragraphe 92(8) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme le droit public canadien tire son origine du droit britannique, l'étude de la nature des institutions municipales canadiennes ne peut être comprise sans référer aux institutions qu'avaient en tête les rédacteurs de la Constitution¹⁷. La nature des institutions municipales préconfédératives est importante, car, à moins que le texte constitutionnel n'indique le contraire, ce sont de ces mêmes institutions municipales auxquelles fait référence la *Loi*

¹⁶ Voir notamment les jugements de la Cour supérieure et de la Cour d'appel du Québec dans le dossier de la contestation judiciaire de la loi 170 sur les regroupements municipaux : *Baie d'Urfé (Ville de) c. Québec (Procureur général)*, p.1605 et *Westmount (Ville de) et als c. Procureur général du Québec*, p.2539, précités note 11.

¹⁷ Sur les institutions municipales dans la période pré-confédérative, voir: Sir John George BOURINOT, *Local Government in Canada: An Historical Study*, New York, N. Murray, Johnson Reprint Corporation, 1973; Elie HALEVY, « Before 1835 » dans H.J. LASKI, Sir I. JENNINGS, W.A. ROBSON et al., *A Century of Municipal Progress: 1835-1935*, Londres, G.Allen & Unwin Ltd., 1935; Bryan, KEITH-LUCAS, Peter G. RICHARDS, *A History of Local Government in the Twentieth Century*, Londres, G. Allen & Unwin, 1978.

constitutionnelle de 1867. De même, dans le cadre de l'analyse que nous ferons de l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'étude de l'historique des municipalités est essentielle afin de démontrer l'importance politique des institutions municipales au Canada et du bouleversement profond que leur disparition pourrait engendrer.

A- Origine des institutions municipales

1- **Aperçu historique de l'introduction du régime municipal au Canada et en particulier au Québec**

Nombreux sont les ouvrages qui traitent de l'histoire des régimes municipaux au Canada¹⁸. Les traités et précis de droit municipal procèdent la plupart à une étude de l'évolution des structures municipales, particulièrement dans ce qui fut autrefois le Haut et le Bas-Canada. Ils citent à cet effet les différentes lois et ordonnances qui ont eu pour effet d'introduire au Canada des institutions municipales et qui ont mené éventuellement à accorder aux législatures provinciales une compétence en matière « d'institutions municipales » dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Notre objectif n'est donc pas de refaire une étude générale de l'histoire du régime municipal au Canada – sujet déjà fort bien documenté —, mais plutôt de rappeler le contexte et les circonstances dans lesquels sont apparues les premières institutions municipales, dans le but de démontrer l'importance fondamentale des institutions municipales au Canada.

Dans le contexte préconfédératif, les institutions municipales étaient largement dissemblables d'une colonie à l'autre. En fait, en 1867, lorsque la Constitution canadienne fut promulguée, le terme « institutions municipales » n'avait pas la même signification dans les différentes provinces comme l'Ontario, le Québec ou le Nouveau-Brunswick. Le Canada de l'Ouest (Haut-Canada) disposait d'un régime municipal bien établi depuis plus d'un siècle, alors que dans le Canada de l'Est (Bas-Canada) on venait à peine d'introduire, de manière fort laborieuse, un régime municipal basé sur le modèle anglo-saxon. D'ailleurs, selon l'article 40 de la *Loi constitutionnelle de 1867*,

¹⁸Jacques L'HEUREUX, *Droit municipal québécois*, t.1., Montréal, Éditions Sorej, 1981 ; André TREMBLAY et Réginald SAVOIE, *Précis de droit municipal*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1973 ; Richard TINDAL, Susan NOBES TINDAL, *Local government in Canada*, 5e éd., Scarborough, Nelson Thomson Learning, 2000; Julien DRAPEAU, *Histoire du régime municipal au Québec*, Québec, ministère des Affaires municipales, 1976 ; Roger BUISSIÈRES, *Le régime municipal de la province de Québec*, Québec, Imprimerie de la Reine, 1964 ; Kenneth Grant CRAWFORD, *Canadian Municipal Government*, Toronto, University of Toronto Press, 1976; Diane SAINT-PIERRE, *L'évolution municipale du Québec des Régions : un bilan historique*, Québec, Union des municipalités régionales de comtés du Québec, 1994 ; Jean HÉTU, Yvon DUPLESSIS et Lise VÉZINA, *Droit municipal : principes généraux et contentieux*, 2^e ed., feuilles mobiles, Brossard, Publications CCH, 2003.

la division des districts électoraux en Ontario (Haut-Canada) pour l'élection des membres de la Chambre des Communes était basée sur un partage en « comtés, cités, parties de cités et villes » selon la première annexe de la Loi. On trouvait donc dans cette annexe, aujourd'hui périmée, la mention des villes de Toronto, Hamilton, Ottawa, Kingston, London, Cornwall, etc. Le juge Clement expliquait dans son ouvrage de droit constitutionnel que l'article 92 (8) de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'était pas entendu de la même manière par toutes les provinces :

« Even if the term 'municipal institutions' were to be construed according to the meaning attached to it in the minds, not of those by whom but of those for whom it was passed, it is not conceivable that this Imperial Act should receive a construction geographically variable. The decisions above noted, therefore put the Imperial parliament in the peculiar position of having used, as to all the provinces, a phrase which, at the date of Confederation, had a different meaning in the different provinces, intending, without expressly saying so, that the phrase should bear the meaning attached to it in one particular province, without indicating which. »¹⁹

Or, il semble que, entre le régime quasi inexistant du Nouveau-Brunswick, le régime embryonnaire du Bas-Canada et le régime bien établi du Haut-Canada, c'est ce dernier qui a tenu lieu de norme, c'est-à-dire un régime fondé sur le *self-gouvernement* anglais.

Une revue de l'histoire municipale au Canada doit remonter à 1791, année de l'adoption de l'*Acte constitutionnel de 1791 séparant le Bas et le Haut-Canada*²⁰. L'Acte constitutionnel a eu pour effet d'établir un nouveau régime foncier et de favoriser la création de « townships » dans le Bas-Canada. Bien que l'article 9 de l'*Acte de Québec de 1774*²¹ établissait que le droit canadien ne devait pas s'appliquer aux terres concédées en « free and common socage », c.-à-d. en township, qui existaient depuis la conquête, les loyalistes réclamèrent plus de pouvoirs pour gérer leurs terres. Une ordonnance fut alors émise en 1787; cette ordonnance eut un si grand succès que l'on jugea essentiel d'adopter une nouvelle structure constitutionnelle pour encadrer le régime municipal. L'*Acte de 1791* allait toutefois également séparer le Haut et le Bas-Canada si bien qu'il devenait essentiel de pourvoir à la création de nouveaux townships dans le Bas-Canada où les Britanniques et les loyalistes étaient minoritaires²². L'article LVIII de l'*Acte de 1791* s'énonce donc comme suit :

« Et qu'il soit statué qu'il sera loisible au Gouverneur, par un ou plusieurs instruments qu'il émanera à cet effet sous le Grand Sceau de la Province, de former des Townships dans ces parties de la Province du Canada, dans lesquelles il n'y en a pas encore de

¹⁹ W.H.P CLEMENT, *The Law of the Canadian Constitution*, 3e éd. Toronto, Carswell, 1916, p. 792.

²⁰ *Acte constitutionnel de 1791 séparant le Bas et le Haut-Canada* (R.-U.), 31 Geo. III, c. 31, L.R.C. (1985), App.II, n.3 (ci-après l'*Acte de 1791*).

²¹ *Acte de Québec de 1774* (R.-U.), 14 Geo. III, c.83, L.R.C., 1985 app.II, no.2.

²² Romaine Kay ROSS, *Local Government in Ontario*, 2e éd., Toronto, Canada Law Book, 1962, pp.5-6.

formés, et d'en fixer les bornes et les limites, et de pourvoir à l'élection et nomination des Officiers de Townships en iceux, lesquels auront et exerceront les mêmes pouvoirs qu'exercent pareils Officiers dans les Townships déjà établis dans cette partie de la Province du Canada, appelée maintenant le Haut-Canada; et tout tel instrument sera publié par Proclamation et aura force de Loi du jour qui sera en chaque cas par telle Proclamation. »²³

Cette disposition avait essentiellement pour but de permettre à l'autorité britannique de concéder des terres selon la tenure anglaise pour implanter une population anglo-saxonne protestante dans le Bas-Canada. De cette façon, on allait permettre au Gouverneur de pourvoir à l'élection et à la nomination d'officiers de townships ; de même, une concentration d'Anglo-saxons dans les townships assurerait la présence de députés anglo-saxons à la chambre d'assemblée²⁴. Dans le Haut-Canada, une loi adoptée en 1793 allait donner le pouvoir au peuple d'élire ses représentants municipaux²⁵.

Dès 1792, le Haut-Canada formé majoritairement de Britanniques et dominé par la culture anglo-saxonne se dota d'un véritable système municipal qui allait se développer sur le modèle du «self government» anglais, jusqu'en 1849, avec l'adoption du *Baldwin Act*²⁶, souvent considéré comme l'acte de fondation de l'actuel système municipal au Canada²⁷. Mais dans le Bas-Canada, la situation devait être différente.

Le régime imposé par l'*Acte de 1791* était insatisfaisant pour les Britanniques du Bas-Canada et ne protégeait pas suffisamment leurs intérêts, ceux-ci étant soumis à l'influence d'une chambre d'assemblée composée majoritairement de Canadiens-Français. Les Britanniques du Bas-Canada, surtout les Britanniques montréalais, sont massivement en faveur de l'union des deux Canadas. En 1835, Londres nomme une mission de conciliation qui donnera lieu au rapport Gosford-Gipps-Grey²⁸. Le commissaire Grey recommande d'octroyer aux districts du Bas-Canada, créés en 1791, des pouvoirs de l'ordre d'une législature locale, subordonnée à une législature générale. Ainsi, dans les districts britanniques, les Britanniques seraient libres et maîtres de leurs politiques et de leurs institutions. C'est une fédération au sein du Bas-Canada que Grey

²³ Disposition reproduite dans Alain BACCIGALUPO, Luc RHÉAUME, *Les administrations municipales québécoises, des origines à nos jours : anthologie administrative*, T.1, Montréal, Agence d'Arc, 1984, p. 52.

²⁴ Maurice SÉGUIN, *Histoire de deux nationalismes au Canada*, Montréal, Guérin, 1997, pp. 131-132 et 264-268.

²⁵ R. K. ROSS, *op.cit.*, note 22, p.6.

²⁶ *Loi sur les corps municipaux, 1849*, 12 Vict., ch.81 (*gouvernement Baldwin-Lafontaine*).

²⁷ R. K. ROSS, *op.cit.*, note 22, pp.12-13.

²⁸ ROYAUME-UNI, H.C., «Reports of Commissioners on Grievances Complained of in Lower Canada», Presented to Parliament by His Majesty's Command, Londres, 20 février 1837.

propose²⁹. À tout le moins, il reconnaît l'importance des institutions locales (pour protéger la minorité britannique du Bas-Canada dans ce cas-ci). À la suite de la révolte contre l'impérialisme (les événements de 1837-1838), Lord Durham fut envoyé par les autorités impériales pour faire rapport sur la situation tumultueuse dans les colonies. Lord Durham proposera sensiblement la même chose en insistant sur l'importance de la création d'un régime municipal, basé sur le *self-government* anglais, au Bas-Canada. Et c'est précisément en 1840 que les premières institutions municipales ont été créées au Bas-Canada. L'instauration d'un régime municipal au Bas-Canada est donc le fruit d'efforts constants des représentants royaux britanniques :

«Le développement des institutions municipales dans le Bas-Canada fut retardé parce que le peuple, particulièrement dans les régions rurales, ne désirait pas le gouvernement local, parce que les habitants n'avaient pas fait l'expérience de l'auto-administration et parce que toute innovation de la part de la minorité anglaise suscitait tout de suite chez eux la suspicion.»³⁰

L'instauration d'un régime municipal fut effectivement, avec l'instauration d'un gouvernement responsable et la création d'une union entre le Bas et le Haut-Canada, l'une des recommandations *principales* de Lord Durham dans son rapport de 1839. Un régime parlementaire efficace ne pouvait se concevoir sans la présence d'institutions municipales. L'absence d'institutions municipales au Canada était sévèrement critiquée par Lord Durham qui affirmait :

«on peut assurément considérer le manque total d'institutions municipales donnant au peuple le contrôle de ses affaires locales comme une des causes principales de l'échec du gouvernement représentatif et de la mauvaise administration du pays».

Il affirma ensuite que la population anglo-saxonne pouvait compter sur des habitudes d'auto-administration qui faisaient défaut, selon lui, à la population d'origine française :

«[...] même là où ces institutions sont inexistantes ou imparfaites, l'énergie et les habitudes d'auto-administration de la population anglo-saxonne lui permettent de se tirer d'affaire, chaque fois que cela est nécessaire. Mais la population française du Bas-Canada ne possède ni ces institutions ni ce caractère.»

Il ajouta ensuite :

« Le Bas-Canada pour gouverner localement par la voie du peuple est dépourvu d'institutions municipales qui sont le fondement de la liberté et de la civilisation anglo-saxonne. »³¹

²⁹ M. SEGUIN, *op.cit.* note 24, pp. 266-267.

³⁰ R. BUISSIÈRES, *op. cit.* note 18, p. 24.

³¹ Extraits du rapport cités dans R. BUISSIÈRES, *Id.*, pp.17-19 et par A. TREMBLAY et R. SAVOIE, *op. cit.* note 18, pp. 18-20; Rapport de Lord Durham traduit en français par Denis BERTRAND, André LAVALLÉ, *Le Rapport Durham*, Montréal, Les éditions Sainte-Marie, 1969 et par Marcel-Pierre HAMEL, *Le rapport Durham*, Montréal, Éditions du Québec, 1948.

Lord Durham reconnaît également, à la manière du commissaire Grey, que les districts doivent assumer des fonctions administratives qui permettront aux habitants de s'autogérer. Ce sont de véritables institutions autonomes (sous réserve du pouvoir impérial naturellement) et viables qu'il recommande. Pour lui, nous le rappelons, les institutions locales sont essentielles pour qu'un système de gouvernement représentatif fonctionne³².

Bien que ces recommandations auraient pu paraître séduisantes pour le peuple, puisqu'elles cherchaient à lui accorder une part du pouvoir politique au niveau local, la population canadienne-française fut réfractaire à cette proposition. En fait, elle était hostile aux propositions des représentants royaux qui incarnaient la répression et la centralisation des pouvoirs. Les affrontements de la fin des années 1830 avaient été sanglants et le peuple était resté avec un goût amer. La suspension de l'*Acte de 1791* et la mise en place d'un Conseil Spécial³³ non élu et imposé par les autorités britanniques avaient été très mal accueillies par l'ensemble de la population. L'union des deux Canadas était loin de plaire aux Canadiens-français qui y voyaient clairement un stratagème pour les assimiler aux Britanniques.

Dans un premier projet d'acte d'union, la plupart des recommandations de Durham avaient été incorporées, y compris la référence à un régime municipal. Toutefois, le rapport Durham gagnait en impopularité et les autorités britanniques étaient soucieuses de réaliser l'union le plus vite possible. Aussi, les clauses relatives au régime municipal et au gouvernement local, tout comme le principe du gouvernement responsable, ne furent pas intégrés à l'*Acte d'Union*³⁴. Comme l'affirment deux auteurs, cette omission est probablement l'une des causes de l'absence d'autonomie municipale constitutionnelle au Canada :

*« One cannot overstate the importance of this omission. Had the Union Act contained clauses providing for a system of municipal government, then such a separate and distinct provision might well have been reproduced in the British North America Act which brought Canada into existence. Had this happened, municipalities would have gained the constitutional recognition that has always eluded them. »*³⁵

³² M.-P. HAMEL, *Id.*, pp. 144-157.

³³ Le Conseil Spécial pour les affaires du Bas-Canada a été créé à la suite du soulèvement de 1837. Il était chargé de gérer les affaires publiques avec le Gouverneur. Ce régime a duré de 1837 à 1840.

³⁴ *Acte d'Union de 1840* (R.-U.), 3 & 4 Vict., c.35, L.R.C. 1985, app.II, no.4 (ci-après *Acte d'Union*).

³⁵ R.TINDAL, S. NOBES TINDAL, *op.cit.* note 18, p. 33.

Il ne nous appartient pas de spéculer sur ce qui aurait pu se produire si l'instauration d'un régime municipal avait été proposée à une époque moins mouvementée. Toutefois, il est intéressant de noter que le principe du gouvernement responsable, principe aussi cher à Lord Durham que celui de l'existence de gouvernements locaux, n'a pas davantage été intégré à l'*Acte d'Union* de 1840, ni à l'*A.A.N.B.* de 1867. Pourtant, dans l'arrêt *SEFPO*, le juge Beetz affirmait que le principe du gouvernement responsable était en grande partie intangible.³⁶ Et certains principes non écrits, qui sont d'une importance fondamentale pour la structure constitutionnelle du pays, peuvent être considérés comme étant enchâssés implicitement dans la Constitution; c'est le cas du parlementarisme, du gouvernement responsable, de la souveraineté parlementaire ou de la déclaration implicite des droits à la *Loi constitutionnelle de 1867*.³⁷ Voilà une question fondamentale à laquelle nous tenterons de répondre un peu plus loin lorsque nous traiterons de la protection de l'existence même d'un système municipal : est-ce que véritablement une province peut éliminer toute forme d'institution municipale sans porter atteinte à un élément fondamental intangible de l'organisation politique au Canada?

Quoi qu'il en soit, l'absence de référence aux gouvernements locaux déçoit beaucoup le gouverneur de l'époque, Lord Sydenham. Pour le gouverneur, l'existence d'un système d'institutions municipales au Bas-Canada était essentielle et fondamentale pour assurer l'auto-administration des communautés locales, une condition encore plus fondamentale que l'union des provinces du Haut et du Bas-Canada. Dans une lettre adressée à Lord Russel, il écrit:

«[I] should have been far less surprised to find the Union Bill abandoned altogether by the Government, than this most essential part of it withdrawn»³⁸

Le Conseil Spécial était appelé à disparaître avec l'*Acte d'Union* de 1840. Aussi, Lord Sydenham se dépêcha de faire adopter deux ordonnances par le Conseil Spécial avant l'entrée en vigueur de l'Acte. Ces ordonnances, fort mal accueillies par la population canadienne-française, devaient doter le Bas-Canada de son premier système

³⁶ *S.E.F.P.O. c. Ontario (Procureur général)*, précité note 9, par. 108 à 111 (J.Beetz). Le juge Beetz affirme que le principe du gouvernement responsable est en partie intangible dans la mesure où il est fonction des pouvoirs royaux enchâssés dans la Constitution. Il ajoute plus loin que le pouvoir des provinces ne comprend pas celui de provoquer des bouleversements constitutionnels profonds par l'introduction d'institutions politiques étrangères et incompatibles avec le système canadien.

³⁷ Sur les principes de common law auxquels on devrait reconnaître l'autorité de la Constitution formelle, voir Benoît PELLETIER, *La modification constitutionnelle au Canada*, Toronto, Carswell, 1996, pp.102-103.

³⁸ Lettre du 16 septembre 1840, citée dans J. L'HEUREUX, *op.cit.* note 18, p. 10.

d'institutions municipales³⁹. Elles ne faisaient guère l'unanimité, car elles éliminaient tout ce que les Canadiens-français connaissaient comme aménagement du territoire, c'est-à-dire les paroisses. De plus, elles leur faisaient craindre une nouvelle forme d'emprise britannique. Une partie des Canadiens-anglais était aussi contre les ordonnances de manière générale parce qu'elles émanaient du Conseil spécial dépourvu de toute légitimité. Enfin, la population voyait dans ces nouvelles institutions une autre « machine à taxer »⁴⁰. La *Loi de 1845*⁴¹ abrogea les ordonnances, abolit les conseils de districts et stipula que chaque paroisse, canton ou municipalité était constitué en corporation. La *Loi de 1847*⁴² abrogea la *Loi de 1845*⁴³ et remplaça les municipalités de paroisse par des municipalités de comté. Cette organisation fit de nouveau l'objet de protestations de la part des Canadiens-français habitués au système des paroisses. Finalement, la *Loi de 1855*⁴⁴ constitua en municipalités toutes les paroisses érigées pour fins ecclésiastiques ou civiles et tout township constitué par lettres patentes. C'est cette loi qui est la base du régime municipal actuel au Québec et ailleurs au Canada. Elle prévoit un régime de dualité administrative en établissant des municipalités locales et supramunicipales. Elle sera refondue en 1860 puis le *Code municipal du Québec*⁴⁵, adopté en 1870, en codifiera l'essentiel.

Toutes ces lois adoptées à la suite des ordonnances du Conseil spécial ne firent que modifier la structure et les pouvoirs des institutions municipales. Toutefois, aucune loi ne remit en cause la nécessité de telles institutions, ni leur existence même.

Entre-temps, en 1867, la *Loi constitutionnelle de 1867* était adoptée en Angleterre (sous le titre de *Acte de l'Amérique du Nord Britannique*) et le Canada devenait un pays fédéral doté d'une constitution en partie écrite et en partie non écrite. Rappelons, si

³⁹ *Ordonnance pour pourvoir à régler l'élection et la nomination de certains officiers, dans les différentes paroisses et Townships de cette Province, et pour faire d'autres dispositions concernant les intérêts locaux des Habitants de ces divisions de la Province*, 1840, 4 Vict., ch.3 et *Ordonnance qui pourvoit au meilleur Gouvernement de cette Province, en établissant des autorités locales et municipales en icelle*, 1840, 4 Victoria, ch.4 dans *Assemblée de la province du Bas-Canada, Ordonnances faites et passées par son Excellence le Gouverneur général et le Conseil spécial pour les affaires du Bas-Canada*, 1840, 6^e volume, pp. 25, 27, 51 et 53.

⁴⁰ J. L'HEUREUX, « Les premières institutions municipales ou machines à taxer », (1979) 20 C. de D. 331.

⁴¹ *Acte pour abroger certaines Ordonnances et pour faire de meilleures dispositions pour l'établissement d'Autorités Locales et Municipales dans le Bas-Canada* (R.-U.), 1845, 8 Vict., c.40.

⁴² *Acte pour faire de meilleures dispositions pour l'établissement d'Autorités municipales dans le Bas-Canada*(R.-U.), 1847, 10&11 Vict., c.7.

⁴³ *Acte pour abroger certaines Ordonnances et pour faire de meilleures dispositions pour l'établissement d'Autorités Locales et Municipales dans le Bas-Canada*, précité note 41.

⁴⁴ *Acte des municipalités et des chemins du Bas-Canada* (R.-U.), 1855, 18 Vict., c. 100.

⁴⁵ *Code municipal de la province de Québec*, 1870, S.Q., vol. 2, c.68.

c'est encore nécessaire, qu'aucune référence aux pouvoirs des institutions municipales n'y était inscrite, sauf à l'article 92 (8) qui prévoit que les institutions municipales sont du ressort des législatures provinciales⁴⁶. Les débats préconfédératifs ne traitent pratiquement pas de la question municipale. Peut-être les régimes implantés par les lois municipales, dont la *Loi de 1855*⁴⁷ au Bas-Canada, étaient-ils satisfaisants et tenaient pour acquis la permanence des institutions municipales. Après tout, il s'agissait d'un sujet relativement nouveau et l'on venait à peine de trouver un terrain d'entente à ce sujet au Bas-Canada.

Cette brève chronologie des événements ayant mené à l'introduction d'un régime municipal au Bas-Canada nous apprend que les institutions municipales existaient avant l'acte de fondation du Canada et ont été implantées par la Grande-Bretagne pour une raison d'organisation politique, qui constitue l'application du principe britannique du *self-government* (ou auto-administration). Les institutions municipales avaient un rôle politique à jouer; elles constituaient « le fondement de la liberté et de la civilisation anglo-saxonne »⁴⁸. Il ne s'agissait pas de corporations comme d'autres; les institutions municipales ne relèvent pas de la même catégorie que les prisons⁴⁹, les hôpitaux⁵⁰, les entreprises locales⁵¹, ni même de la fonction publique provinciale⁵² qui sont toutes des « institutions » créées par la province comme les municipalités. Le rôle et la fonction politiques des municipalités en font des institutions essentielles à caractère constitutionnel.

La question de l'autonomie municipale et des pouvoirs législatifs municipaux est différente toutefois de la question de l'existence même des municipalités. Dans un article paru en 1952 dans la revue du Barreau, un auteur établissait une distinction entre « pouvoirs d'existence » et « pouvoirs législatifs » :

« La municipalité existe de droit dans la Constitution et la Législature locale n'aurait pas le droit de la faire disparaître. Une loi, dans un tel sens, serait inconstitutionnelle. Que la Constitution ait donné ou reconnu à la Province le domaine des affaires municipales c'est autre chose. La municipalité est un gouvernement autonome qui puise son existence et ses pouvoirs d'existence dans la Constitution, mais qui puise, d'un autre côté, ses pouvoirs législatifs, tenons-nous-en à ceux-ci, dans une autorité supérieure à

⁴⁶ L'article 144 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a également trait aux institutions municipales, plus spécifiquement les townships. L'article 40 en ce qui concerne l'Ontario fait aussi référence aux structures municipales afin d'établir des divisions électorales.

⁴⁷ *Acte des municipalités et des chemins du Bas-Canada* (R.-U.), précité note 44.

⁴⁸ Voir *supra*, note 31.

⁴⁹ Article 92(6) *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁵⁰ Article 92(7) *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁵¹ Article 92(10) *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁵² Article 92(4) *Loi constitutionnelle de 1867*.

elle, la Législature. (...) Ajoutons que la Législature n'a pas un pouvoir (p.363) délégué par la Constitution, mais un pouvoir à elle inhérent, tandis que la municipalité, si elle a en elle un pouvoir inhérent d'existence avec ce qu'il faut à cette fin de par la Constitution, n'a dans ses pouvoirs législatifs que ceux que la Législature lui a donnés ou délégués, la Législature puisant son autorité dans la Constitution. »⁵³

Cette affirmation est pour le moins étonnante puisqu'elle ne correspond pas du tout à l'état du droit; c'est probablement pour cette raison que, dans la revue, un étudiant a marqué au crayon à côté de ce paragraphe la mention « faux ». Si cette citation est étonnante, elle est aussi réjouissante puisqu'elle ose affirmer que l'existence même des municipalités est protégée constitutionnellement. Elle reconnaît toutefois que les pouvoirs des municipalités viennent, quant à eux, de la législature. Ceci nous amène à examiner le degré d'autonomie des institutions municipales. Les institutions municipales proposées par Lord Durham étaient-elles véritablement des institutions autonomes et viables? Les représentants royaux étaient-ils enclins à laisser une part de leurs pouvoirs aux gouvernements locaux?

2- La nature des institutions municipales et leur degré d'autonomie dans la période préconfédérative

Dans un ouvrage intitulé « Histoire du régime municipal au Québec », l'auteur Julien Drapeau fait état de l'action décisive des municipalités anglaises dans la conquête progressive des libertés civiques. Il écrit :

« La municipalité d'alors (14^e au 18^e siècle) n'était pas qu'une administration même importante, mais une véritable communauté politique, participant aux pouvoirs législatif et judiciaire, et remplissant le rôle des organes fondamentaux de la nation. Elle était véritablement l'expression authentique de la vie communautaire d'une collectivité qui entendait mener ses propres affaires. »⁵⁴

Contrairement à l'Angleterre, les premières institutions municipales au Canada français n'avaient pas une très grande importance, car elles étaient méconnues de la population. Dans le Bas-Canada, les municipalités ont été créées de force. Elles n'étaient pas encore « un organe fondamental de la nation » au sens entendu par Drapeau. Le Canada n'a pas connu d'époque où la cité jouait un rôle primordial en tant qu'entité politique de base. Il n'y a jamais eu de cité de type médiéval formée de marchands et de commerçants qui faisaient la loi comme ce fut le cas dans les colonies américaines⁵⁵. Dans le Bas-Canada, sous le régime français, on avait même de la difficulté à trouver des gens désirant occuper le poste de maire et certains projets de ville ont été

⁵³ Gérard DENIS, « Règlement municipal ultra vires », (1952) 12 R. du B. 361, p.362.

⁵⁴ J. DRAPEAU, *op.cit.* note 18.

⁵⁵ Gerald. E. FRUG, « The City as a Legal Concept », (1980) 93 H.L.R.1059.

abandonnés faute d'intérêt de la part de la population⁵⁶. Les villes de Montréal et de Québec, créées en 1832, ne semblaient remplir aucune fonction, si bien que l'on abrogea leurs chartes en 1836. Ce n'est que quatre ans plus tard, en 1840, que Québec et Montréal furent réincorporées en municipalités⁵⁷. Le Canada était un pays jeune et colonisé. En fait, les représentants royaux conservaient des pouvoirs importants; ils détenaient un droit de veto, allant de pair avec leur pouvoir de désaveu. D'un autre côté, les premières lois préconfédératives donnaient le pouvoir aux habitants, par voie de requête, de créer une municipalité, de la fusionner ou de l'abolir. Il peut être intéressant d'examiner les différentes lois adoptées avant le *Code municipal de 1870*⁵⁸ sous l'angle des pouvoirs détenus par les habitants en ce qui a trait à la modification des limites territoriales, une composante de l'autonomie municipale et de la démocratie locale.

La première ordonnance de 1840 adoptée par le Conseil spécial ne prévoyait pas de conseil élu⁵⁹. C'étaient plutôt les assemblées d'habitants qui prenaient les décisions. Toutefois, ces assemblées ne pouvaient se réunir qu'une fois par année. La corporation municipale avait donc très peu de pouvoirs. La deuxième ordonnance prévoyait la création de districts municipaux régionaux pourvus d'élus municipaux⁶⁰. Le conseil était présidé par un gardien nommé par le gouverneur et pouvait se réunir au plus quatre fois par année. Le gouverneur conservait une part importante des pouvoirs et contrôlait en quelque sorte le conseil de district. Ainsi, il pouvait limiter la portée des décisions, désavouer les règlements, dissoudre les conseils de district, modifier les frontières des districts et fixer les chefs-lieux. C'est pourquoi l'opposition reprocha aux ordonnances d'accorder trop de pouvoirs au gouverneur. Malgré que ces ordonnances aient introduit des institutions municipales dans le Bas-Canada, on ne peut pas dire qu'il s'agissait d'institutions indépendantes et complètement autonomes.

La *Loi de 1845*⁶¹ qui abrogea les deux ordonnances de 1840 mettait en place une structure d'institutions municipales locales uniquement, ainsi que des villes et villages. Cette fois-ci on y retrouvait un véritable conseil municipal composé de sept élus. Le

⁵⁶ J. DRAPEAU, *op.cit.* note 18; A. TREMBLAY, R. SAVOIE, *op.cit.* note 18, pp. 16-23.

⁵⁷ J. HETU, Y. DUPLESSIS et L. VEZINA, *op.cit.* note 18, p. 5.

⁵⁸ Précité, note 45.

⁵⁹ *Ordonnance pour pourvoir à régler l'élection et la nomination de certains officiers, dans les différentes paroisses et Townships de cette Province, et pour faire d'autres dispositions concernant les intérêts locaux des Habitants de ces divisions de la Province*, précitée note 39 ; D. SAINT-PIERRE, *op.cit.* note 18, p. 45; J. L'HEUREUX, *loc.cit.*, note 40, pp. 342, 347.

⁶⁰ *Ordonnance qui pourvoit au meilleur Gouvernement de cette Province, en établissant des autorités locales et municipales en icelle*, précitée note 39.

gouverneur n'avait plus alors le pouvoir de dissoudre à sa guise le conseil et il ne nommait plus les officiers. Notamment, l'article XLII prévoyait qu'aucune paroisse ou township ne serait réuni à un autre d'une manière permanente sans l'assentiment de l'assemblée générale des habitants. La municipalité avait des pouvoirs beaucoup plus étendus que ce que prévoyaient les ordonnances de 1840. Les prérogatives du gouverneur s'amenuisaient. Cette nouvelle loi accordait donc plus d'autonomie aux municipalités.

La *Loi de 1847*⁶², qui abroge la *Loi de 1845*⁶³ et remplace les municipalités locales par des municipalités de comtés, maintient la présence d'un conseil municipal élu et accroît le pouvoir des municipalités, des villes et des villages.

La *Loi de 1855*⁶⁴, qui, nous l'avons dit plus haut, constitue la base de notre régime municipal à deux niveaux, prévoyait également l'élection de conseils locaux et de conseils de comté munis de pouvoirs importants. Une ville pouvait être créée par pétition des habitants, c'est-à-dire par requête. Le gouverneur se réservait toutefois le droit d'accorder ou de refuser la demande⁶⁵. La *Loi de 1855*⁶⁶ fut refondue en 1860. Dans cette *Loi de 1860*, on prévoyait notamment que c'était par pétition présentée par au moins deux tiers des habitants que le gouverneur pouvait fusionner les villes⁶⁷. Le *Code municipal de 1870*⁶⁸ prévoyait essentiellement les mêmes dispositions. Ainsi, l'article 51 stipulait que le lieutenant-gouverneur pouvait ériger en municipalité un territoire à la suite d'une requête de ses habitants; l'article 74 disposait que l'annexion se faisait par proclamation du gouverneur général sur requête des électeurs.

Que faut-il conclure de ces dispositions législatives? Les municipalités qui existaient avant 1867 étaient-elles des entités autonomes? À tout le moins, on peut dire que les habitants détenaient très certainement un droit de regard sur la gestion de leurs affaires et, en définitive, sur le sort de leur ville ou municipalité. La requête qui devait

⁶¹ *Acte pour abroger certaines Ordonnances et pour faire de meilleures dispositions pour l'établissement d'Autorités Locales et Municipales dans le Bas-Canada* (R.-U.), précité, note 41.

⁶² *Acte pour faire de meilleures dispositions pour l'établissement d'Autorités municipales dans le Bas-Canada*(R.-U.), précité, note 42.

⁶³ *Acte pour abroger certaines Ordonnances et pour faire de meilleures dispositions pour l'établissement d'Autorités Locales et Municipales dans le Bas-Canada* (R.-U.), précité, note 39.

⁶⁴ *Acte des municipalités et des chemins du Bas-Canada* (R.-U.), précité, note 44.

⁶⁵ *Id.*, article 34.

⁶⁶ *Id.*

⁶⁷ *Acte concernant les municipalités et les chemins dans le Bas-Canada*, 1860, 23 Vict., c. 61, article 36, par. 19.

⁶⁸ *Code municipal de la province de Québec*, précité, note 45.

obligatoirement précéder la proclamation royale ayant pour effet de consacrer une nouvelle municipalité ou encore l'annexion ou la fusion de plusieurs municipalités démontre que l'impératif de consentement des citoyens était un élément important et toujours présent⁶⁹.

Cet impératif de consentement est sûrement un élément qui vise à accorder une part d'autonomie aux municipalités, même si l'autonomie s'exerce à l'intérieur d'un cadre législatif établi par l'autorité supérieure. Il faut reconnaître aussi qu'il s'agissait de lois pouvant être abrogées assez facilement et remplacées par d'autres lois. Ce ne sont pas toutes les lois préconfédératives et les prérogatives royales qui se sont vues reconnaître un statut constitutionnel. En effet, en vertu de l'article 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les prérogatives continuaient de s'appliquer à moins qu'elles soient modifiées par la législature compétente. De plus, bien que la prérogative royale relative au droit d'ériger un territoire en municipalité ou de modifier les limites territoriales soit précédée d'une pétition ou d'une requête des habitants, elle reste une prérogative c'est-à-dire un pouvoir et non un devoir du représentant royal d'émettre sa proclamation. On doit admettre toutefois qu'au moment de la création du Canada, les lois municipales octroyaient aux habitants des pouvoirs considérables sur leurs administrations locales et que, par conséquent, même au Bas-Canada, le régime municipal était, si on peut dire, un régime d'auto-administration tel que l'avait recommandé Lord Durham.

Maintenant que nous avons fait un survol historique de l'introduction des régimes municipaux au Canada, il faut se demander ce que sont devenues les institutions municipales après 1867. Avec l'article 92 (8) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les provinces ont désormais officiellement le pouvoir de légiférer en matière d'institutions municipales. Cependant, comme nous l'avons vu plus haut, ce sujet n'avait pas la même signification, et surtout pas la même importance, pour toutes les provinces. Ce sont les tribunaux qui préciseront l'étendue des pouvoirs des provinces ainsi que le rôle et le statut des municipalités au Canada. Nous verrons qu'à cet égard, les tribunaux canadiens se sont largement inspirés du droit américain.

⁶⁹ L'approche volontaire et consensualiste a toujours été privilégiée même après 1867: Richard E. LANGELLIER, « Le cadre juridique applicable au processus de défusion des villes québécoises ayant fait récemment l'objet d'une fusion forcée » (2001) 1 *Actualité juridique municipale* 113 (Éditions CCH).

B- L'évolution de l'autonomie municipale de 1867 à aujourd'hui

Nous pouvons d'emblée l'affirmer : force est de constater que la doctrine et la jurisprudence dominante au Canada établissent que les Législatures provinciales ont pleine compétence sur les municipalités en vertu du paragraphe 92 (8) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Voici comment s'énonce l'article 92 (8) :

« 92. La législature de chaque province a compétence exclusive pour légiférer en toute matière comprise dans les domaines suivants :
8. Les institutions municipales de la province; »

Cet article a rarement fait l'objet de controverse et ne fait certainement pas partie de ces dispositions de la Constitution canadienne ayant sollicité la réflexion des juristes. Pourtant, il fait couler beaucoup d'encre. La compétence en matière municipale, définie à l'article 92 (8), traite effectivement d'une institution politique d'une importance considérable dans nos démocraties modernes.

1- La Loi constitutionnelle de 1867 et les municipalités

a- L'absence de statut constitutionnel des municipalités et l'introduction au Canada du Dillon's rule américain

La Cour d'appel du Québec rappelait, dans le jugement portant sur la validité constitutionnelle de la loi 170 (l'affaire des fusions municipales sur l'Île de Montréal), que le pouvoir absolu des provinces en matière municipale n'a jamais fait de doute :

« Il est de jurisprudence constante, et ce, depuis le début de la Confédération que les législatures ont compétence complète sur les institutions municipales d'une part et que les municipalités n'ont aucun statut constitutionnel indépendant d'autre part. Elles sont, suivant l'expression consacrée, des créatures des législatures. »⁷⁰

La distinction entre la compétence complète sur les municipalités et l'absence de statut constitutionnel indépendant nous apparaît effectivement pertinente. Selon nous, la définition du statut constitutionnel des municipalités implique que les institutions municipales, en tant que troisième branche de gouvernement, sont protégées par la Constitution. Le statut constitutionnel implique aussi une autonomie municipale de base, c'est-à-dire des pouvoirs propres aux municipalités dans les matières d'intérêts purement municipaux⁷¹. La question de la compétence complète des législatures sur les

⁷⁰ *Westmount (Ville de) et als c. Procureur général du Québec*, p.2539, précité, note 11.

⁷¹ Une liste de matières d'intérêt purement municipal est proposée plus loin, *infra* note 601.

institutions municipales n'est pas incompatible avec le statut constitutionnel des municipalités.

Dans les premières années qui ont suivi la création de la fédération canadienne, les tribunaux ont eu l'occasion d'affirmer que l'article 92 (8) de la *Loi constitutionnelle de 1867* accordait la compétence complète et exclusive sur les institutions municipales aux législatures provinciales. Pour ce faire, ils se sont tournés vers le droit américain et ont adoptés la théorie du *Dillon's rule* développée par John Dillon, auteur du premier et du plus important traité de droit américain sur les institutions municipales⁷². Cette théorie juridique veut que les municipalités n'aient aucun statut constitutionnel et qu'elles constituent des créatures de la législature, qui peut les créer et les abolir selon son bon vouloir. C'est également de cet auteur que vient l'idée que les municipalités sont soumises à la règle de l'excès de pouvoir, ne possédant que des pouvoirs délégués et aucun pouvoir général et autonome⁷³. Nous croyons qu'il est utile d'examiner dans quel contexte les tribunaux canadiens ont ressenti le besoin de s'inspirer de la théorie du *Dillon's rule*. Notre constatation est que le *ratio decidendi* des jugements ayant référé à cette doctrine n'avait pas trait à l'absence de statut constitutionnel des institutions municipales.

Le jugement qui a introduit la théorie du *Dillon's rule* au Canada a été rendu en 1891 par la Cour suprême dans l'arrêt *Lynch*⁷⁴. Le juge Ritchie adhérait à la théorie en citant dans son jugement l'extrait suivant de la décision américaine *Meriwether c. Garrett*⁷⁵:

« *Municipal corporations are mere instrumentalities of the State for the more convenient administration of local government. Their powers are such as the legislature may confer, and these may be enlarged, abridged, or entirely withdrawn at its pleasure. This is common learning found in all adjudication on the subject of municipal bodies and repeated by text-writers.* »⁷⁶

Or, dans cette affaire, il s'agissait pour la Cour suprême d'affirmer la compétence de la Législature du Manitoba de déléguer un pouvoir réglementaire de taxation aux municipalités. Lynch prétendait qu'il s'agissait de législation tombant sous la compétence fédérale en matière d'intérêts. Bref, la citation tirée de l'affaire *Meriwether* était plus vouée à confirmer la compétence des législatures à octroyer des pouvoirs aux

⁷² John Forest DILLON, *Treatise on the Law of Municipal Corporations*, 1^e éd. New York, James Cockcroft, 1873 ; Pour une revue des principales idées de Dillon et de ces opposants, voir G. E. FRUG, *loc.cit.*, note 55.

⁷³ Ce point sera traité dans la section suivante.

⁷⁴ *Lynch c. Canada North West-Land Co.*, [1891] 19 S.C.R.. 204.

⁷⁵ *Meriwether c. Garrett*, 102 US 472, (1880).

⁷⁶ *Lynch c. Canada North West-Land Co.*, précité, note 74, p. 209.

municipalités et à nier la compétence fédérale en la matière, qu'à nier le statut constitutionnel des municipalités.

Dans l'arrêt *Ontario (Attorney general) c. Attorney General for the Dominion*⁷⁷, il était question de la constitutionnalité d'une disposition de la loi ontarienne qui accordait aux municipalités le pouvoir de prohiber la vente d'alcool dans leur municipalité, pouvoir qui était anciennement reconnu aux municipalités dans une loi préconfédérative. Le Conseil privé reconnut la constitutionnalité de la disposition de la loi ontarienne. Lord Watson du Conseil Privé indiqua que la signification « naturelle » (natural meaning) de l'article 92(8) de la *Loi constitutionnelle de 1867* impliquait un droit pour la législature provinciale de constituer des institutions municipales pour gérer les affaires municipales. Avant 1867, les Législatures des provinces, telles que constituées à l'époque, pouvaient confier aux municipalités des pouvoirs qui appartiennent depuis 1867 au Parlement du Canada⁷⁸. Encore une fois il ne s'agissait pas de nier le statut constitutionnel des municipalités, mais bien de reconnaître que les municipalités peuvent être investies de pouvoirs en matière municipale.

En 1931, dans l'arrêt *Brandon v. Municipal Commissioner*⁷⁹, il était question de la validité d'une loi adoptée par la province du Manitoba ayant pour effet d'imposer aux municipalités le prélèvement de diverses taxes. La municipalité de Brandon contesta la loi en vertu du partage des compétences. Le juge Adamson de la Cour du Banc du Roi du Manitoba détermina que la municipalité, en tant qu'intermédiaire du gouvernement, avait le devoir de percevoir ces taxes. Il affirme :

« *It is not obligatory for the Province to have municipalities and municipal institutions, and had such institutions never been brought into being all their powers would be in the provincial Government*»⁸⁰

Le juge réfère ensuite à l'arrêt *Lynch* et à l'arrêt américain *Meriwether*. Cette citation semble laisser entendre que les municipalités pourraient disparaître totalement. Selon nous, une telle interprétation de l'arrêt *Brandon* est erronée. Cet arrêt a été rendu dans le contexte d'une contestation fondée sur le partage des compétences et ne fait que réaffirmer le pouvoir des législatures de confier aux institutions municipales certaines responsabilités, dont celles de percevoir diverses taxes.

⁷⁷ *Ontario (Attorney general) c. Attorney General for the Dominion*, (1896) A.C. 348 (C.J.P.C.).

⁷⁸ *Id.*, p. 350 et 364.

⁷⁹ *Brandon v. Municipal Commissioner*, précité, note 2.

⁸⁰ *Id.*, p. 402

Dans *Ladore v. Bennett*⁸¹, une décision souvent citée pour démontrer l'absence de statut constitutionnel des municipalités, Lord Atkin s'exprima ainsi:

« *The Province has exclusive legislative power in relation to municipal institutions in the Province : s. 92(8) of the British North America Act, 1867. Sovereign within its constitutional powers, the Province is charged with the local government of its inhabitants by means of municipal institutions.* »⁸²

Encore une fois, c'est le partage des compétences qui était au cœur de la décision du Conseil Privé. Il était question d'une loi ontarienne qui imposait la fusion de quatre municipalités ayant fait banqueroute. La législation a été reconnue valide en vertu du pouvoir plénier de la législature en matière municipale par opposition à la compétence fédérale en matière de faillite. On constate donc que le *ratio decidendi* du jugement n'avait pas trait à l'absence de statut constitutionnel des municipalités.

La Cour suprême, devenue le plus haut tribunal d'appel au Canada en 1949, a continué d'affirmer la plénitude du pouvoir provincial sur les institutions municipales. Dans l'affaire *Mississauga c. Peel* rendue en 1979, il s'agissait d'examiner la validité d'une loi ontarienne qui conférait à la Commission municipale de l'Ontario le pouvoir de trancher, à la suite d'une fusion municipale, à qui revenaient les biens et les dettes des anciennes villes. La Ville de Mississauga contestait ce pouvoir de la commission, alléguant qu'il portait atteinte à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le juge Laskin écrit :

« *Ayant la compétence en vertu du par. 92 (8) de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de restructurer et de réorganiser les institutions municipales dans la province, la Législature avait le pouvoir de régler ces questions comme elle l'entendait ou de charger un organisme comme la Commission municipale de l'Ontario de les trancher suivant l'équité ou la loi selon chaque cas particulier.* »⁸³

Cependant, la prétention à un statut constitutionnel des municipalités n'est pas en contradiction avec cette décision. De plus, il faut reconnaître que les questions de réorganisation et de fusions municipales dépassent les intérêts purement municipaux.

Dans *Re McCutcheon and City of Toronto et al*⁸⁴, le Juge Linden de la Haute Cour de justice de l'Ontario devait décider si les règlements municipaux étaient soumis à l'application de la *Charte canadienne* en l'absence de leur mention expresse à l'article 32. Il conclut qu'au même titre que les autres entités déléguées, les municipalités étaient soumises au respect de la Charte. La position contraire n'aurait pas respecté la

⁸¹ *Ladore v. Bennett*, [1939] A.C. 468 (C.P.).

⁸² *Id.*, pp. 480-481, 482 et 483 (Lord Atkin).

⁸³ *Mississauga (Ville de) c. Municipalité de Peel*, [1979] 2 R.C.S. 244, p. 253.

teneur de l'article 32 qui prévoit, selon la cour : « that subordinates (the Government of Canada and of each province) cannot do that which their principals (Parliament and Legislatures) cannot do ». Il qualifie ensuite les municipalités de « junior subordinates »⁸⁵. Après avoir fait référence à la jurisprudence américaine pour justifier sa position, il écrit :

*« Municipalities, though a distinct level of government for some purposes, have no constitutional status; they are merely "creatures of the legislature", with no existence independent of the Legislature or government of the province. »*⁸⁶

Notre compréhension de cette citation est qu'elle visait à préciser que les municipalités, bien qu'elles aient été exclues du texte de l'article 32 alors qu'elles constituent effectivement un niveau de gouvernement, ne peuvent bénéficier d'une exemption d'application de la Charte. Un « statut constitutionnel » et une « existence indépendante de la Législature ou du gouvernement de la province » auraient permis d'invoquer un statut spécial pour les municipalités dans le contexte de l'application de la Charte. D'ailleurs, cette référence à l'indépendance face au gouvernement de la province (« no existence independent (...) of the governments of the province ») démontre bien qu'on ne parle pas de compétence législative sur les municipalités. Nous ne croyons pas que ce jugement soit incompatible avec l'idée que l'existence d'une troisième branche de gouvernement soit protégée par la Constitution (dans un contexte autre que celui de l'application de la Charte) et que les municipalités possèdent des compétences dans les matières d'intérêt purement municipal.

Dans l'arrêt *Sainte-Rose-du-Nord*⁸⁷, la Cour supérieure et la Cour d'appel du Québec, on eut à se pencher spécifiquement sur un argument relatif à l'autonomie municipale. Il s'agissait de vérifier la validité d'une loi provinciale qui obligeait les municipalités, incluant celles de plus petite taille, à créer et maintenir un service de police dans les limites de leur territoire et de recourir aux services de la Sûreté du Québec si nécessaire. Six municipalités se disaient incapables d'assumer les coûts de tels services et prétendaient qu'il revenait à la Législature de le faire. L'un des arguments invoqués par les villes portait sur l'autonomie constitutionnelle des municipalités. On prétendait que les institutions municipales étaient des gouvernements locaux autonomes jouissant d'une marge discrétionnaire dans l'exercice des pouvoirs délégués. Selon les villes, le

⁸⁴ *Re McCutcheon and City of Toronto et al*, (1983) 41 O.R. (2d) 652, p. 663.

⁸⁵ *Id.*, p.662.

⁸⁶ *Id.*, p.663.

⁸⁷ *Sainte-Rose-du-Nord (Paroisse de) c. Québec (P.G.)*, [1994] 17 M.P.L.R. (2d) 80 (C.S.Q.), conf. par [1994] R.J.Q. 2113(C.A.), autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 24354 (16 février 1995).

fait d'imposer à une municipalité de fournir un service de police sur son territoire, l'obligeant par le fait même à taxer les citoyens afin d'assumer les coûts de ce service, portait atteinte à l'autonomie municipale. Tant le juge Desmeules de la Cour supérieure que le juge Nichols de la Cour d'appel rejetèrent cet argument. Ce dernier affirma qu'il était inconcevable qu'une municipalité puisse décider elle-même si elle avait ou non les capacités financières de fournir un service de police et imposer à la Législature de payer pour les services le cas échéant. Selon le juge Nichols, l'article 92 (8) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne pouvait avoir pour effet de conférer une telle marge de discrétion aux municipalités. D'autant plus que « la paix, le bon ordre et la sécurité publique sont des composantes essentielles de toute communauté municipale bien organisée »⁸⁸. À l'argument des villes qui prétendaient que l'affaire *Ladore v. Benett*⁸⁹ n'avait pas pour effet de concéder aux législatures le pouvoir de faire disparaître les municipalités, le juge Nichols affirma :

*« Il n'est pas question ici de la disparition des municipalités locales. Il n'y a aucun élément au dossier qui permet d'affirmer que la législation visée soit de nature à mettre en péril l'existence même des municipalités locales. Je ne vois donc pas la nécessité d'exprimer une opinion sur cette partie du mémoire où les appelants tentent de démontrer que l'existence des municipalités fait partie de l'objet de garanties constitutionnelles. »*⁹⁰ (en italique dans la décision)

À l'évidence, cette décision est conciliable avec l'idée que les municipalités, en tant que troisième branche de gouvernement, sont protégées de manière constitutionnelle et que la garantie d'existence inclut une certaine autonomie dans les matières d'intérêt purement municipal. La « marge de manœuvre » des municipalités ne peut aller toutefois jusqu'à refuser de fournir des services de police sur son territoire, car il s'agit d'une question de protection de la sécurité publique, intérêt qui dépasse les intérêts purement municipaux.

Dans le jugement rendu dans l'affaire de la fusion de la municipalité de Mont-Tremblant avec trois autres municipalités, la Cour supérieure du Québec, sous la plume du juge Claude Tellier, affirma de nouveau la compétence législative exclusive de la province pour toute question ayant trait aux institutions municipales. Elle indiqua que la Législature du Québec était en droit de forcer le regroupement des quatre

⁸⁸ *Id.*, pp.2122-2123 (C.A.Q.).

⁸⁹ Précité, note 81.

⁹⁰ *Sainte-Rose-du-Nord (Paroisse de) c. Québec (P.G.)*, précité, note 87, p. 2122 (C.A.Q.).

municipalités, malgré l'opposition de nombreux citoyens, et que ceci ne portait pas atteinte à la Charte:

« Il est aussi admis sans discussion qu'une législature d'une province canadienne a une compétence législative exclusive pour tout ce qui touche les questions municipales. Les corporations municipales constituent un palier de gouvernement qui est une émanation de la législation provinciale. Une municipalité n'a pas d'existence extrinsèque et n'existe que par décision du législateur. Il relève de l'Assemblée nationale d'adopter des lois pour ériger des territoires en municipalité, constituer des conseils municipaux, statuer sur leur composition et leurs pouvoirs qui leur sont conférés. [...] En matière d'organisation du territoire en municipalité, c'est l'Assemblée nationale qui a compétence en dernier ressort pour légiférer. »⁹¹

Selon nous, le *ratio decidendi* de ce jugement est que le pouvoir de la législature de procéder à une fusion municipale fait partie de ses compétences constitutionnelles et que, à moins que cette fusion ne soit pas conforme à la Charte, elle est en droit d'y procéder de façon unilatérale. Ceci n'est pas incompatible avec la reconnaissance du statut constitutionnel des municipalités et la reconnaissance de pouvoirs autonomes en matière purement municipale. Nous avons déjà exprimé l'opinion selon laquelle les fusions et l'organisation du territoire dans la province dépassent le cadre purement municipal.

Dans une autre affaire de fusions municipales, l'affaire *East York*⁹², la Cour divisionnaire et la Cour d'appel de l'Ontario, en l'absence de preuve, n'a pu confirmer l'existence d'une convention constitutionnelle voulant que les citoyens et les représentants municipaux devaient être consultés et consentir aux modifications des limites territoriales de leur municipalité ou de leur ville. Il s'agissait de la question des fusions ayant donné lieu à la nouvelle ville de Toronto. En première instance, le juge Borins énonça quatre principes relatifs au statut des gouvernements municipaux :

« It is clear from the judicial and academic authorities referred to in the respondent's factum that there are four principles which apply to the constitutional status of municipal governments:

- i) municipal institutions lack constitutional status;*
- ii) municipal institutions are creatures of the legislature and exist only if provincial legislation so provides;*
- iii) municipal institutions have no independent autonomy and their powers are subject to abolition or repeal by provincial legislation;*
- iv) municipal institutions may exercise only those powers which are conferred upon them by statute. »⁹³*

⁹¹ *Mont-Tremblant (municipalité de) c. St-Jovite (paroisse de)*, précité note 2, p.2307.

⁹² *East York (Borough) c. Ontario (Attorney General)*, (1997) 34 O.R. (3e) 789 (O.C.G.D.), confirmé (1998) 36 O.R. (3d) 733 (C.A.O.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1998] 1 R.C.S. vii (no.26385)

⁹³ *Id.*, pp.797-798 (O.C.G.D.).

Encore une fois, cette citation doit être replacée dans le contexte d'une argumentation fondée sur l'absence de compétence de la province de procéder à des fusions municipales, une matière qui, comme nous l'avons déjà dit, dépasse le cadre des intérêts purement municipaux. De plus, le quatrième principe n'est plus appliqué par la jurisprudence de manière stricte : comme nous le verrons plus loin, la jurisprudence interprète désormais les lois municipales de manière à conférer aux municipalités de larges pouvoirs, même si ces pouvoirs ne sont pas expressément délégués⁹⁴. Et finalement, trois auteurs affirment que, depuis l'affaire East York, il existe désormais une convention constitutionnelle qui impose aux législatures le devoir de consulter les municipalités avant de modifier leur structure, leurs pouvoirs et leurs responsabilités⁹⁵.

Dans l'arrêt *Public School Boards' Assn. of Alberta*⁹⁶, les appelants prétendaient que tous les conseils scolaires, en tant qu'institutions municipales démocratiques, pouvaient revendiquer une protection constitutionnelle implicite, découlant des articles 92 (8) et 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, protection qui leur assurerait une sphère d'autonomie raisonnable dans l'exercice des pouvoirs délégués. Autrement dit, on ne contestait pas le fait que les commissions scolaires, en tant qu'institutions locales, étaient subordonnées à la législature, mais plutôt on revendiquait une protection constitutionnelle contre l'ingérence déraisonnable des gouvernements provinciaux dans les affaires locales (municipales ou scolaires) en vertu d'une convention. La loi créait un nouveau régime de financement des écoles en Alberta et les conseils des écoles publiques n'étaient pas autorisés à se retirer du nouveau régime, alors que les conseils des écoles séparées l'étaient, car protégés par l'effet combiné des articles 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et 17 de la *Loi sur l'Alberta*⁹⁷. Cette décision est citée en matière municipale, car, dans le cadre de ce jugement, les conseils scolaires pouvaient être considérés comme des institutions municipales :

« (...) les conseils scolaires sont une forme d'institution municipale. Cependant, les institutions municipales se présentent sous différentes formes et ne sont pas identiques. Même si leurs attributs et leur contexte historique diffèrent, elles sont toutes des délégataires de pouvoirs de la province en vertu du par. 92 (8) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. »⁹⁸

⁹⁴ 114957 *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, précité note 1

⁹⁵ Eugene MEEHAN, Robert CHIARELLI, Marie-France MAJOR, « The Constitutional Legal Status of Municipalities 1849-2004 : Success is a Journey, But Also a Destination », 22 (2007) 1 *NJCL* 1, pp.47-50

⁹⁶ *Public School Boards Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, (1995)198 A.R. 204; (1998) 216 A.R. 201 (C.A.), [2000] 2 R.C.S. 409 (C.S.C.).

⁹⁷ S.C. 1905, ch.3, L.R.C. (1985), app.II, no.20

⁹⁸ *Public School Boards Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, précité, note 96, p.428, par. 33.(j.Major).

Voici ce qu'avait à dire la Cour suprême dans cette affaire, sous la plume du juge Major:

« Les institutions municipales n'ont pas de statut constitutionnel indépendant. [...] La prétention à une sphère institutionnelle d'autonomie raisonnable est incompatible avec ce pouvoir absolu et y porterait atteinte. [...] Bien que la question des conventions constitutionnelles ait été soulevée, aucune convention comme telle n'a été avancée pour démontrer que les conseils scolaires jouissent d'une sphère d'autonomie raisonnable. »⁹⁹

Tout d'abord, comme dans l'affaire *East York*¹⁰⁰, cette décision laisse entrevoir la possibilité d'invoquer la présence d'une convention constitutionnelle voulant que les institutions municipales jouissent effectivement d'une sphère d'autonomie raisonnable. Il suffirait de fournir la preuve de précédents, de la reconnaissance par les acteurs et d'une raison d'être de la convention constitutionnelle¹⁰¹. De plus, on comprend que cette sphère d'autonomie raisonnable doit être confinée aux affaires d'intérêt purement municipal. En l'espèce, les réformes législatives relatives à la restructuration des écoles dépassaient le cadre des intérêts locaux, tout comme la restructuration de l'organisation municipale.

Dans les arrêts *Pacific National Investments*¹⁰² et *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*¹⁰³ et *Godbout c. Ville de Longueuil*¹⁰⁴, la Cour suprême réitérait, dans divers contextes non liés spécifiquement à l'autonomie municipale, l'opinion selon laquelle les administrations municipales ne sont que des créatures du législateur et qu'elles ne possèdent que les pouvoirs conférés par une mesure législative.

Les arrêts que nous venons d'examiner constituent la jurisprudence « constante »¹⁰⁵ affirmant la théorie de l'absence de statut constitutionnel des municipalités. Nous constatons qu'elle n'a fait que répéter ce qui avait été exprimé par la Cour suprême en 1892 dans l'arrêt *Lynch*¹⁰⁶. Or, cette décision ayant introduit le *Dillon's rule* américain en droit canadien ne faisait que réaffirmer le pouvoir complet et exclusif des

⁹⁹ *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, précitée note 96 (C.S.C.) p.428, par. 34, 37, 38.

¹⁰⁰ Précité, note 92.

¹⁰¹ Ces conditions ont été énoncées dans le *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753 (affaire du rapatriement). Toutefois, les conventions constitutionnelles ne peuvent, juridiquement, invalider une loi ; voir aussi *Baie d'Urfé (Ville de) c. Québec (Procureur général)*, précité note 11, p.1606.

¹⁰² *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria(Ville)*, précité note 1, p.941 (j. LeBel).

¹⁰³ *Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 342, p. 356 (j.Major)

¹⁰⁴ Précité, note 1.

¹⁰⁵ voir note 70.

¹⁰⁶ Précité, note 74.

législatures sur les institutions municipales dans le contexte d'une contestation fondée sur le partage des compétences fédérales-provinciales. Au surplus, elle avait pour effet d'*octroyer* des pouvoirs aux municipalités et non de leur en retirer. Le *ratio decidendi* des jugements qui ont suivi n'a jamais été que les institutions municipales, en tant que troisième branche du gouvernement, pouvaient disparaître totalement de l'organisation politique et constitutionnelle canadienne, ni que ces institutions municipales ne détenaient pas de pouvoirs autonomes dans les matières d'intérêt purement municipal. Par conséquent, il est encore possible de prétendre que les municipalités détiennent un certain statut constitutionnel. Nous verrons un peu plus loin qu'à cet égard, l'arrêt *Hudson* rendu par la Cour suprême en 2001 a confirmé le rôle fondamental des municipalités¹⁰⁷.

b- La théorie de l'excès de pouvoir : de l'application stricte à l'interprétation large des pouvoirs municipaux

L'absence de statut constitutionnel des municipalités est l'une des applications du *Dillon's rule*. Une autre application est celle de l'absence de pouvoirs autonomes ou, autrement dit, de pouvoirs indépendants d'une délégation législative. La théorie de l'excès de pouvoir est passée d'une application stricte à une interprétation beaucoup plus libérale.

La position traditionnelle veut que les municipalités soient entièrement soumises au respect des lois qui les créent et qu'elles détiennent uniquement des pouvoirs délégués par la loi. C'est dans leur loi constitutive que les municipalités trouvent la source de leurs pouvoirs. Une municipalité peut être créée par décret, par loi générale ou par loi particulière. Les chartes constitutives des municipalités qui énoncent leurs pouvoirs de manière plus spécifique sont adoptées par la législature et on qualifie ces chartes de lois à caractère privé, car elles visent une municipalité spécifique. La charte est complétée par les lois générales en matière municipale. La charte peut aussi faire exception aux lois générales. Le nombre de municipalités étant considérable, le législateur perd énormément de temps à adopter ces chartes et à les modifier afin d'octroyer de nouveaux pouvoirs pour répondre aux besoins spécifiques de chacune des municipalités.

¹⁰⁷ Précité, note 1.

L'institution municipale est la *delegatus* de la maxime *delegatus non potest delegare* énoncée dans l'arrêt *Hodge c. La Reine*¹⁰⁸ par le Conseil privé. En matière municipale, la théorie de l'excès de pouvoir découle de l'article 92 (8) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'auteur et professeur Jean Héту affirme que « les municipalités ont été créées pour des fins limitées et leurs pouvoirs sont bien définis dans les textes législatifs »¹⁰⁹. Mais si les municipalités ne font pas partie des organes étatiques décisionnels de plus haut niveau dans la hiérarchie des pouvoirs tels que la législature, l'exécutif et le judiciaire, elles se situent tout en haut de l'échelle des organes administratifs. Nous verrons plus loin dans cet ouvrage que, effectivement, les municipalités ne constituent pas des entités déléguées comme les autres.

Traditionnellement, les pouvoirs délégués aux municipalités peuvent être explicites ou implicites¹¹⁰. Comme en matière de partage des compétences fédérales et provinciales, on dit d'une disposition législative ou réglementaire qu'elle est *ultra vires* de l'organe législatif qui l'a adoptée lorsque ce dernier a outrepassé ses pouvoirs. Cette règle s'applique en matière municipale : une municipalité qui adopte un règlement qui n'est pas autorisé par la loi habilitante ou une autre loi verra celui-ci frappé de nullité. On dira que le règlement était *ultra vires* des pouvoirs de la municipalité. C'est la théorie de l'excès de pouvoir qui résulte de la hiérarchie des normes. Cette règle confine donc les autorités municipales aux pouvoirs expressément délégués dans les textes habilitants ou aux pouvoirs implicites aux pouvoirs énoncés de manière expresse. D'ailleurs, les lois d'interprétation disposent que l'autorisation de faire une chose comporte tous les pouvoirs nécessaires à cette fin¹¹¹. S'il y a le moindre doute sur l'existence d'un pouvoir habilitant, la règle de l'excès de pouvoir ou de l'*ultra vires* oblige les municipalités à s'abstenir d'agir ou à s'adresser à la législature pour qu'elle adopte de nouvelles lois ou modifie les lois existantes. En fait, les tribunaux donneront préséance à l'intérêt du citoyen lorsqu'il y a un doute quant à l'existence d'un pouvoir réglementaire.¹¹²

La philosophie législative inclusive veut qu'une entité soit autorisée à agir sauf en cas d'indication contraire dans la loi. La philosophie législative exclusive quant à elle veut

¹⁰⁸ *Hodge c. La Reine*, (1883-84) 9 A.C. 117; Cette maxime signifie que celui à qui on a délégué un pouvoir ne peut sous-déléguer ce pouvoir à moins d'autorisation législative.

¹⁰⁹ J. HETU, Y. DUPLESSIS et L. VEZINA, *op.cit.*, note 18, p. 8152, par. 8.101.

¹¹⁰ *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, précité, note 1 ; R. c. *Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650; *Immeubles Port Louis Ltée c. Village de Lafontaine*, [1991] 1 R.C.S. 326, p. 346.

¹¹¹ *Loi d'interprétation*, L.R.Q. c. I-16, art.57.

¹¹² *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville de)*, [1994] 1 R.C.S. 231, p. 277.

qu'une entité soit autorisée à agir uniquement en vertu d'un texte de loi qui énonce les pouvoirs expressément. Ainsi, en vertu de la philosophie législative exclusive, un silence dans la loi ne peut autoriser l'entité à agir. Traditionnellement, c'est la philosophie législative exclusive qui s'applique aux pouvoirs municipaux. Seuls la législature et parfois le pouvoir exécutif (si la loi autorise la sous-délégation) peuvent déléguer des pouvoirs aux municipalités. Les tribunaux ne sont pas davantage autorisés à ordonner à une municipalité de faire quelque chose si la loi n'autorise pas la municipalité à agir¹¹³.

Dans l'affaire *Ottawa Electric Light Co. c. Ottawa City*, la Cour d'appel de l'Ontario a résumé la nature des pouvoirs des municipalités, selon l'état du droit à l'époque. Les municipalités ne peuvent normalement agir qu'en vertu de trois catégories de pouvoirs:

« The rule of construction to be followed is, I think, correctly set forth in Dillon on Municipal Corporations, 4th ed., sec. 89, where he says: "It is a general and undisputed proposition of law that a municipal corporation possesses and can exercise the following powers and no others, first, those granted in express words; second, those necessarily or fairly implied in or incident to the powers expressly granted; third, those essential to the declared objects and purposes of the corporation, not simply convenient, but indispensable. Any fair reasonable doubt concerning the existence of power is resolved by the courts against the corporation, and the power is denied": a summary of the rule not at variance, I think, with the cases referred to in the judgment of the learned Chancellor as I understand them...»¹¹⁴ (nos emphases)

Cette «énumération» des pouvoirs municipaux reste très limitée et correspond à une vision que l'on peut considérer comme passéiste du rôle et de l'importance de l'activité réglementaire municipale. C'est pourquoi la doctrine, la jurisprudence et le législateur sont venus tempérer cette règle restrictive. L'arrêt *Hudson*¹¹⁵ rendu par la Cour suprême en 2001 marque un tournant décisif pour la théorie de l'excès de pouvoir. C'est par le biais de la clause générale (pouvoir réglementaire pour assurer «la paix, l'ordre, le bon gouvernement, la salubrité et le bien-être général sur le territoire de la municipalité») ¹¹⁶ que la Cour suprême est parvenue à déroger à cette règle stricte, ce qui a fait dire à l'auteur Jean Héту qu'on pouvait même désormais penser que la théorie législative exclusive avait été remplacée par une théorie inclusive :

¹¹³ *Québec (P.G.) c. Corporation de la paroisse de St-Jean de Matha*, J.E. 83-917 (C.S.).

¹¹⁴ *Ottawa Electric Light Co. c. Ottawa City*, (1906) 12 O.L.R. 290 (C.A.), p. 299 ; Voir aussi *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674; *R. c. Sharma*, précité, note 110. et *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, précité note 1 ; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, précité note 96; *Toupin c. Cour municipale du Cap-de-la-Madeleine* [1955] C.S. 214, p. 218 ; *Bell c. La Reine*, [1979] 2. R.C.S. 212.

¹¹⁵ *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, précité note 1.

¹¹⁶ Cette clause se retrouvait à l'article 410 (1) de la *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., c. C-19.

« On peut même penser que les municipalités possèdent maintenant tous les pouvoirs de nature locale qui n'ont pas été limités par le législateur provincial »¹¹⁷

Quant à la législation, la nouvelle façon de rédiger les lois en matière municipale de manière large et générale porte à croire qu'elle ne s'attend plus à ce qu'une municipalité s'appuie sur une disposition habilitante précise pour exercer son pouvoir réglementaire. Comme le mentionne l'auteur Patrice Garant dans son ouvrage de droit administratif, le principe de la hiérarchie des normes, dont découle la théorie de l'excès de pouvoir en droit administratif, n'a pas de valeur constitutionnelle puisqu'il arrive que le Parlement y déroge dans la loi en confiant le pouvoir de modifier ou même d'abroger la loi à une branche de l'Exécutif¹¹⁸. Nous verrons dans la prochaine section comment la législation et la jurisprudence se sont adaptées pour moderniser le droit en matière d'autonomie municipale.

2- L'évolution de la législation et de la jurisprudence en matière d'autonomie municipale

a- L'autonomie consentie dans les lois provinciales

i- Les clauses résiduaire : paix, ordre et bon gouvernement en matière locale

Les municipalités ont le devoir et le pouvoir d'édicter des règles dans le but de pourvoir au bien-être général des citoyens¹¹⁹. La législation municipale prévoit que les municipalités peuvent faire des règlements pour assurer la paix, l'ordre, le bon gouvernement et le bien-être de la population. Ces clauses qui octroient des pouvoirs résiduaire sont qualifiées d'omnibus; elles permettent aux autorités municipales de légiférer sur plusieurs sujets non couverts par les dispositions habilitantes expresses. Avant l'arrêt *Hudson*¹²⁰ en 2001, il n'était pas clair si ce genre de disposition octroyait des pouvoirs supplémentaires aux municipalités. Certains auteurs étaient d'avis que le pouvoir général de réglementation, compris dans les clauses résiduaire, était plus une règle d'interprétation qu'une véritable source de pouvoirs¹²¹. On pouvait croire que ces

¹¹⁷ J. HETU, Y. DUPLESSIS, et L. VEZINA, *op.cit.*, note 18, p. 8167, par. 8.116.

¹¹⁸ Patrice GARANT, *Droit Administratif*, 5e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p.218.

¹¹⁹ *Sainte-Rose-du-Nord (Paroisse de) c. Québec (P.G.)*, précité, note 87, p. 2123 (C.A.Q.).

¹²⁰ Précité, note 1.

¹²¹ Le professeur Jean Héту s'exprimait ainsi sur les clauses omnibus dans son ouvrage sur le droit municipal : « Nous sommes d'avis que l'énoncé du pouvoir général de réglementation ne peut avoir pour effet d'amplifier les pouvoirs de réglementation des municipalités. Nous croyons plutôt que cette disposition législative astreint invariablement le conseil municipal, à chaque fois qu'il édicte un

dispositions n'avaient que pour but de contraindre les autorités municipales à édicter des règlements dans le respect des valeurs de paix, d'ordre et de bon gouvernement. Comme le mentionne l'auteur Jean Héту dans son dernier ouvrage, pourquoi aurait-il été nécessaire de recourir constamment au législateur pour modifier, abroger ou adopter de nouvelles dispositions en matière municipale si les pouvoirs municipaux pouvaient découler de la clause résiduaire?¹²² La disposition n'aurait alors été utile que dans le but d'interpréter les pouvoirs réglementaires municipaux, de fixer des paramètres aux pouvoirs réglementaires.

Depuis, la Cour suprême a rendu sa décision dans l'affaire *Hudson*¹²³ et est venue confirmer que les clauses omnibus ne sont pas simplement introductives, mais sont réellement source de pouvoirs pour les municipalités. La Cour suprême venait ainsi affirmer que le règlement municipal interdisant l'utilisation de pesticides avait été adopté en vertu de la disposition omnibus relative au bien-être général des citoyens uniquement. La juge L'Heureux-Dubé, qui écrit au nom de la majorité, affirme :

« Comme le souligne I. M. Rogers [TRADUCTION] « la législature ne peut pas prévoir tous les pouvoirs de réglementation nécessaires à ses créatures.... Sans doute, l'inclusion de dispositions en matière de "bien-être général" visait à contourner dans une certaine mesure l'effet de la théorie de l'excès de pouvoir qui oblige les municipalités à invoquer une attribution expresse de pouvoir pour justifier chaque acte qu'elles accomplissent » (The Law of Canadian Municipal Corporations (2e éd. (feuilles mobiles)). Cum. Suppl. du vol. 1, p. 367). L'article 410 de la L.C.V. constitue un exemple d'une telle disposition générale de bien-être et il ajoute aux pouvoirs spécifiques conférés par l'art. 412. Les dispositions moins limitatives ou « omnibus », tel l'art. 410, permettent aux municipalités de relever rapidement les nouveaux défis auxquels font face les collectivités locales sans qu'il soit nécessaire de modifier la loi provinciale habilitante. »

¹²⁴

Les juges Lebel, Iacobucci et Major sont d'accord avec la majorité sur l'issue du pourvoi en appel, mais jugent toutefois opportun de traiter davantage de la question des

règlement sur un sujet qui lui a été expressément délégué ou encore sur un sujet qui s'infère ou qui découle nécessairement d'un pouvoir qui lui a été spécifiquement octroyé, à agir dans le but d'assurer la paix, l'ordre, le bon gouvernement, la salubrité et le bien-être général sur le territoire de la municipalité. En d'autres termes, deux conditions préalables et essentielles à l'exercice d'un pouvoir de réglementation devront être respectées pour qu'un règlement municipal soit entériné : d'une part, il devra être autorisé par une disposition législative expresse, et d'autre part il devra avoir pour objet d'assurer la paix, l'ordre, le bon gouvernement. En somme, il ne s'agit, en l'espèce, que d'une disposition législative introductive édictée en termes très généraux qui fixe les bornes à l'intérieur desquelles les municipalités devront se cantonner lorsqu'elles adopteront leurs règlements. » : Jean HETU, Yvan DUPLESSIS et D.

PAKENHAM. *Droit municipal : principes généraux et contentieux*, Montréal, Hébert Denault, 1998, p. 658. Dans son dernier ouvrage, il reconnaît que désormais, le pouvoir général de réglementer est véritablement une source de pouvoirs et doit recevoir une interprétation bienveillante par les tribunaux : J.HETU, Y. DUPLESSIS et L. VEZINA, *op.cit.*, note 18, pp.8160-8169.

¹²² J.HETU, Y. DUPLESSIS et L. VEZINA, *Id.*, par. 8.110.

¹²³ Précité, note 1 ; voir aussi *Blainville (Ville de) c. Beauchemin*, [2003] R.J.Q. 2398 (C.A.): réglementation sur le porte-à-porte adoptée en vertu du pouvoir général de réglementer.

clauses résiduares. Encore une fois, c'est la nécessité de laisser aux autorités de proximité le soin de régler les questions locales qui retient l'attention des trois juges :

« La question qui se pose en l'espèce est différente : en l'absence d'un pouvoir particulier, une disposition de bien-être général comme le par. 410 (1) autorise-t-elle le règlement 270? Il faut donner un sens à une disposition comme le par. 410 (1). Celui-ci correspond à la réalité que la législature et ses rédacteurs ne peuvent pas prévoir tous les cas particuliers. Il paraît donc logique, sur les plans législatif et administratif, de recourir à de telles dispositions pour conférer aux administrations publiques locales le pouvoir résiduaire d'intervenir en cas d'imprévu et de changements ainsi que de traiter des questions nouvelles ou évolutives relativement au bien-être de la collectivité locale vivant sur leur territoire. »¹²⁵

Toutefois, il est faux de prétendre que ces pouvoirs sont illimités, laissant ainsi à la municipalité des pouvoirs absolus. Il importe que le sujet réglementé en vertu d'une disposition conférant des pouvoirs résiduares touche les intérêts de la collectivité locale et non des problèmes de société en général. Il ne suffit pas non plus que la question soit urgente pour justifier le recours à une telle disposition habilitante. La réglementation doit porter sur des questions relevant du « domaine traditionnel des intérêts municipaux.¹²⁶ Également, le recours au pouvoir général n'est pas nécessaire s'il existe un pouvoir spécifique¹²⁷.

Le fait que la Cour suprême du Canada reconnaisse que les dispositions larges, comme celles que l'on nomme « paix, ordre et bon gouvernement », constituent une source de pouvoir législatif nous apparaît comme un signe de la volonté de reconnaître également l'existence d'une forme d'autonomie locale au Canada¹²⁸.

En réponse à l'arrêt *Hudson*¹²⁹, le gouvernement provincial a réagi. Déjà se préparait une réforme des compétences municipales et le gouvernement en a profité pour traduire les enseignements de la cour suprême en réalité législative. Avec la nouvelle *Loi sur les compétences municipales*¹³⁰, le pouvoir en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement est réitéré de manière encore plus claire en ce qui concerne sa fonction

¹²⁴ *Id.*, pp.258-259 (J. L'Heureux-Dubé).

¹²⁵ *Id.*, p. 278 (J. Lebel).

¹²⁶ *Id.*, pp.278-279 (J. Lebel).

¹²⁷ *Montréal (Ville de) c. 2952-1366 Québec Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 141, p. 165 (J. McLachlin et J. Deschamps).

¹²⁸ « Même si les municipalités sont des créatures des provinces, cet arrêt de la Cour suprême va dans le sens du renforcement de l'autonomie locale » : J. HETU, Y. DUPLESSIS et L. VEZINA, *op. cit.*, note 18, p. 8165, par. 8.112.

¹²⁹ Précité, note 1.

¹³⁰ Précitée, note 5.

de pouvoir résiduaire¹³¹. Mais il y a fort à parier que cette clause n'aura plus besoin d'être invoquée par les autorités municipales pour contourner la théorie de l'excès de pouvoir et la nécessité d'une délégation expresse. En effet, comme nous le verrons dans les prochaines lignes, la *Loi sur les compétences*¹³² prévoit de nombreux pouvoirs administratifs et réglementaires énoncés en termes très généraux, ce qui s'éloigne de la philosophie législative exclusive décrite plus haut.

ii.- La *Loi sur les compétences municipales* : un virage en faveur de l'autonomie municipale

Depuis le début des années 80, le gouvernement du Québec a cherché à moderniser le cadre législatif applicable aux municipalités. D'abord, le cadre législatif municipal est très volumineux et complexe. Ensuite, les responsabilités qui incombent aux municipalités pour répondre aux besoins et aux attentes des populations locales augmentent. Les autorités municipales, si elles doivent constamment demander au législateur d'intervenir afin de leur octroyer le pouvoir habilitant nécessaire et de faire modifier leur charte constitutive, ne peuvent remplir convenablement leurs fonctions. La modernisation du cadre législatif municipal devait donc nécessairement passer par un allègement des lois ainsi que par de nombreux amendements, de manière à augmenter l'autonomie municipale. Un éventuel «Code des municipalités du Québec» comportant six livres et traitant de tous les domaines liés au monde municipal permettra de regrouper de nombreux textes de loi en un seul code, un seul outil de référence. À l'instar d'autres provinces canadiennes¹³³, le gouvernement provincial québécois a cru bon de réviser le domaine des compétences municipales. La nouvelle *Loi sur les compétences municipales*¹³⁴, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006, correspond au chapitre V de cet éventuel Code des municipalités¹³⁵.

¹³¹ La *Loi sur les compétences municipales*, précitée, note 5, abroge les articles 410 de la *Loi sur les cités et villes*, précitée note 116, et 490 du *Code municipal du Québec*, L.R.Q., c. C-27.1, et remplace ces deux articles par l'article 85 qui indique que ce pouvoir général ne peut être exercé s'il est inconciliable ou incompatible avec d'autres lois.

¹³² *Loi sur les compétences municipales*, précitée note 5.

¹³³ La Colombie-Britannique a adopté une « charte communautaire » qui accorde une grande protection aux municipalités : *Community Charter*, S.B.C. 2003, c.2, reproduite en ligne : http://www.qp.gov.bc.ca/statreg/stat/C/03026_00.htm, consulté le 08/01/2009; Voir aussi le *Municipal Government Act*, S.A. 1994, c. M. 26.1 (Alberta) ; la *Loi sur les municipalités*, L.M. 1996, c. 58 (Manitoba); le *Municipal Government Act*, S.N.S. 1998, c.18 (Nouvelle-Écosse); la *Loi sur les municipalités*, L.R.Y. 2002, c. 154 (Yukon); la *Loi de 2001 sur les municipalités*, L.O. 2001, c. 25 et la *Loi de 2006 modifiant des lois concernant des municipalités*, L.O. 2006, c.32 (Ontario).

¹³⁴ *Loi sur les compétences municipales*, précitée note 5.

¹³⁵ La *Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités*, L.R.Q., c. E-2.2 et la *Loi sur l'organisation territoriale municipale*, L.R.Q. c. O-9 constituent les livres I et II. Le livre III portera sur

La *Loi sur les compétences municipales*¹³⁶ devient en fait la loi maîtresse en matière de compétences municipales¹³⁷. À elle seule, elle remplace près du tiers de la *Loi sur les cités et villes* et une partie significative du *Code municipal*¹³⁸. Au total, 26 lois sont modifiées, parfois considérablement, et trois lois sont complètement abrogées. Le principal apport de la *Loi sur les compétences*¹³⁹ est lié au fait que la loi énonce désormais les compétences en termes larges et généraux. Ainsi, le gouvernement entend augmenter la marge de manœuvre des autorités municipales dans l'exercice de leurs compétences. Les autres objectifs poursuivis par l'adoption de la Loi sont de simplifier les lois relatives aux compétences et de réduire le volume du cadre législatif actuel en éliminant les redondances et les désuétudes¹⁴⁰. Ce nouveau mode de rédaction législative a fait l'objet de commentaires de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *United Taxi Driver's Fellowship of Southern Alberta c. Calgary* :

« Ce virage en matière de rédaction législative reflète la véritable nature des municipalités modernes, qui ont besoin de plus de souplesse pour réaliser les objets de leur loi habilitante. »¹⁴¹

Ce nouveau mode de rédaction législative rompt avec la tradition en matière de législation municipale : c'est l'octroi de compétences larges et non définies. Nous avons vu plus haut que la théorie de l'ultra vires prévaut en matière municipale. Autrement dit, les municipalités peuvent faire uniquement ce que la loi les autorise expressément de faire. C'est la philosophie législative exclusive. Habituellement, en dehors d'une autorisation expresse, c'est-à-dire d'une disposition précise qui autorise expressément la municipalité à agir, cette dernière doit s'abstenir d'agir, tenter d'invoquer son pouvoir résiduaire (paix, ordre et bon gouvernement) ou encore, s'adresser à la législature pour qu'elle lui octroie le pouvoir en question. Les dispositions en matière municipale avaient la réputation d'être très pointues et très contraignantes. Avec des pouvoirs rédigés en termes généraux, les municipalités n'ont

l'organisation administrative des municipalités, le livre IV sur la fiscalité municipale et le livre VI sur les recours.

¹³⁶ Précitée, note 5.

¹³⁷ Ce qui ne signifie pas qu'elle devient la seule loi qui prévoit les compétences municipales; plusieurs lois ont des dispositions qui prévoient des pouvoirs municipaux.

¹³⁸ *Loi sur les cités et villes*, précitée note 116 et *Code municipal du Québec*, précité, note 140.

¹³⁹ Précitée, note 5.

¹⁴⁰ Par exemple, le pouvoir municipal en matière de salubrité tient en trois articles simples et concis (art. 55 à 58 de la *Loi sur les compétences municipales*). Quant à lui, l'article 413 de la *Loi sur les cités et villes*, précitée note 116, maintenant abrogé, et qui traitait de salubrité contenait plus d'une cinquantaine d'alinéas. L'article 59 de la *Loi sur les compétences municipales* qui traite de sécurité publique remplace près d'une centaine d'articles dispersés dans différentes lois municipales.

¹⁴¹ *United Taxi Drivers Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, précitée note 4, p.493 (J.Bastarache).

plus à s'appuyer sur une disposition habilitante expresse pour *pouvoir* agir. Par exemple, en matière d'environnement, la *Loi sur les compétences*¹⁴² permet à une municipalité d'agir en matière d'environnement, et même de prohiber des comportements, sans avoir à invoquer son pouvoir sur la paix, l'ordre et le bon gouvernement comme ce fut le cas dans l'affaire *Hudson*¹⁴³. Également, les chartes constitutives des municipalités ne restreignent pas les pouvoirs généraux énoncés dans la *Loi sur les compétences municipales*¹⁴⁴.

Les domaines de compétence municipale visés par la Loi sont définis à l'article 4. Il s'agit de la culture, des loisirs, des activités communautaires et des parcs, du développement économique local, de l'énergie et des télécommunications, de l'environnement, de la salubrité, des nuisances, de la sécurité et du transport. Dans les articles qui suivent, chacun des domaines de compétence est repris et expliqué davantage, sans rien enlever à l'esprit de la loi. Les Municipalités Régionales de Comtés (MRC) ne bénéficient pas autant de pouvoirs exprimés en termes généraux ; leurs pouvoirs dans la Loi sont plus détaillés et moins vastes que ceux des municipalités locales, ce que regretta la Fédération québécoise des municipalités.¹⁴⁵

A priori, il ne semble pas que la *Loi sur les compétences municipales*¹⁴⁶ augmente les compétences municipales actuelles. Lors de l'élaboration du projet de loi, le gouvernement s'est acharné à répéter que la nature des compétences municipales n'était pas modifiée¹⁴⁷. Toutefois, il faut reconnaître que, si le domaine de compétence, c'est à dire, la matière ou le champ de compétence, ne se trouvent pas modifié (il reste de type local), les pouvoirs de type local sont eux, augmentés. Ceci découle de l'esprit de décentralisation qui imprègne la loi. Si un pouvoir n'existe pas dans les lois actuelles, il pourra éventuellement s'inférer de la Loi qui énonce les pouvoirs en termes larges et évolutifs. Ainsi, il est inexact d'affirmer que la *Loi sur les compétences municipales*¹⁴⁸

¹⁴² *Loi sur les compétences municipales*, précitée note 5.

¹⁴³ Précité, note 1.

¹⁴⁴ Article 245 de la *Loi sur les compétences municipales*, précitée note 5.

¹⁴⁵ FÉDÉRATION QUÉBÉCOISE DES MUNICIPALITÉS, *Projet de loi no. 62- Loi sur les compétences municipales, Mémoire de la Fédération Québécoise des municipalités*, 3 février 2005 reproduit en ligne, <http://www.bibliotheque.assnat.qc.ca/01/mono/2005/02/799075.pdf> consulté le 08/01/2009.

¹⁴⁶ *Idem*.

¹⁴⁷ Particulièrement en ce qui a trait au développement économique, plusieurs intervenants dans le domaine municipal réclamaient une augmentation des pouvoirs : voir UNION DES MUNICIPALITÉS DU QUÉBEC, *Mémoire présenté à la Commission de l'aménagement du territoire, Consultations particulières sur le projet de loi 62 : Loi sur les compétences municipales*, 22 février 2005, en ligne : <http://www.bibliotheque.assnat.qc.ca/01/mono/2005/03/803174.pdf> (dernière visite 08/01/2009).

¹⁴⁸ Précitée, note 5.

n'octroie pas de nouveaux pouvoirs puisque leurs pouvoirs sont désormais énoncés dans des termes larges, issus de la philosophie législative inclusive¹⁴⁹. Il reste qu'il ne faut jamais perdre de vue que si les municipalités n'ont pas de moyens financiers ou de moyens concrets pour développer leur économie, une augmentation de la marge de manœuvre dans la mise en œuvre des pouvoirs n'aura qu'un impact relatif.

La Loi comporte d'autres aspects dignes de mention; certains de ces aspects feront l'objet d'une étude plus approfondie dans d'autres chapitres. D'abord, la Loi réserve la procédure du règlement à l'adoption de normes à caractère général et impersonnel, tel que le conçoit le droit administratif (article 5). Elle prévoit en revanche que les mesures qui ne visent pas à imposer une règle aux citoyens, telles que la conclusion d'un contrat, l'adoption d'une directive ou d'une politique administrative, constituent des mesures non-réglementaires (article 4). La Loi facilite donc le recours à la résolution, ce qui a pour effet d'accélérer le processus de prise de décisions. Nous verrons dans la section consacrée à la démocratie locale que cette mesure n'a pas que des effets bénéfiques pour le citoyen. Ensuite, le pouvoir de prohiber fait partie des pouvoirs des autorités municipales (article 6). La sous-délégation quant à elle est interdite dans la Loi (à moins d'autorisation expresse) mais cette dernière reconnaît que d'autres lois, comme la *Loi sur les cités et villes* et le *Code municipal*¹⁵⁰ prévoient la possibilité d'ententes intermunicipales. La Loi établit également une règle de conflit : une disposition d'un règlement adopté en vertu de la Loi sera inopérante si inconciliable avec une disposition législative ou un règlement du gouvernement (ou de l'un de ses ministres). À noter que l'article 3 ne s'applique qu'à l'égard d'une disposition réglementaire et non d'une décision administrative ou d'une résolution.

La *Loi sur les compétences municipales*¹⁵¹ donne plus d'autonomie aux municipalités, mais elle ne constitue pas une charte des pouvoirs municipaux ni même une loi-cadre sur l'autonomie municipale. Elle impose une nouvelle philosophie législative inclusive quant à la manière d'interpréter les pouvoirs municipaux. Il n'est pas certain que cette philosophie pourra être transposée intégralement à l'égard des autres lois en matière municipale et des lois sectorielles qui touchent d'une manière ou d'une autre le secteur municipal. Pour ces lois, encore nombreuses malgré la réforme, il faudra plutôt

¹⁴⁹ D'ailleurs, dans l'affaire *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, précité note 4, la Cour Suprême reconnaît que la loi albertaine qui octroie des pouvoirs similaires aux municipalités en Alberta « accroît » les pouvoirs des municipalités : p. 495 (J.Bastarache).

¹⁵⁰ *Loi sur les cités et villes*, précitée note 116 et *Code municipal du Québec*, précité note 130.

¹⁵¹ Précitée, note 5.

compter sur la tendance jurisprudentielle à interpréter les pouvoirs municipaux de manière large et libérale.

iii.- La démocratie locale dans les lois québécoises

Il n'est pas acquis que le principe de la démocratie locale constitue un principe constitutionnel non écrit tel que nous le suggérons un peu plus loin dans cet ouvrage. L'argument reste encore à démontrer. Une chose est certaine, les lois canadiennes et québécoises en matière municipale incorporent plusieurs éléments démocratiques en droit municipal. La démocratie locale n'est pas équivalente à l'autonomie locale : les autorités locales peuvent être autonomes face au gouvernement central sans que ne soit nécessairement respectée la démocratie locale. La démocratie locale est plus en rapport avec le citoyen et son droit de participation à la vie démocratique municipale.

C'est vers le début des années soixante que le gouvernement du Québec introduit une série de mesures visant à rehausser la démocratie locale¹⁵², dont l'adoption de nombreuses lois, notamment en ce qui a trait aux élections municipales¹⁵³. Aujourd'hui, la *Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités* (LÉRM)¹⁵⁴ reproduit au niveau municipal l'essentiel des lois électorales provinciales et fédérales. Cette loi en vigueur depuis 1988 correspond à un chapitre du futur «Code des municipalités» issu de la révision globale des lois municipales. Une seule loi donc qui traite de plusieurs aspects de la démocratie municipale. Ainsi, on traite de la tenue d'élections municipales, de la composition du conseil, du droit de vote, du droit de se porter candidat et des conditions d'éligibilité. Des dispositions régissent également la procédure électorale, le scrutin, le financement des partis politiques et les dépenses électorales. Sans contredit, les gouvernements municipaux sont des institutions démocratiques. Les gouvernements municipaux sont composés de maires et de conseillers élus au suffrage universel¹⁵⁵. Des élections ont lieu tous les quatre ans¹⁵⁶.

¹⁵² Louise QUESNEL-OUELET, « Aménagement urbain et autonomie locale » dans G. BERGERON et R. PELLETIER (dir.), *L'État du Québec en devenir*, Montréal, Boréal express, 1980, pp. 211-238; D. SAINT-PIERRE, *op.cit.* note 18, pp. 125-126; André POUPART, *La démocratie municipale. Textes des 7es Journées Maximilien-Caron de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, journée tenue le 15 mars 1996*, Montréal, Éditions Thémis, 1996.

¹⁵³ Notamment la *Loi électorale*, L.R.Q. c.E-3.2 et la *Loi sur les élections dans certaines municipalités*, L.R.Q., c.E-2.1.

¹⁵⁴ Précitée, note 135.

¹⁵⁵ Sauf quelques rares exceptions où les municipalités sont dirigées par des administrateurs nommés par le gouvernement : J. HÉTU, Y. DUPLESSIS et L. VEZINA., *op.cit.* note 18, pp. 2005 et 4005.

¹⁵⁶ Depuis 2005, il y a une élection générale en même temps pour toutes les municipalités : *Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière municipale*, L.Q. 2001, c. 25.

À noter que, selon la thèse dominante, l'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁵⁷ ne garantit ni le droit de vote, ni le droit de se porter candidat aux élections municipales. L'article 22 de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁵⁸ quant à lui garantit ce droit¹⁵⁹. Le taux de participation aux élections municipales est généralement beaucoup plus faible qu'au niveau provincial ou fédéral¹⁶⁰. Cette situation peut s'expliquer par le fait que les citoyens se considèrent bien servis au niveau local, donc satisfaits de leur gouvernement local et moins enclins à manifester leur opposition. Une explication plus plausible est celle qui veut que le citoyen qui a l'occasion de s'exprimer librement et de s'adresser facilement et directement aux élus municipaux ait plus de chance de faire entendre son point de vue et accorde plus d'importance démocratique à ce droit qu'au droit de vote¹⁶¹.

Le titre II de la LÉRM se rapporte aux référendums municipaux; il régit les référendums consultatifs¹⁶² et les référendums qui consistent à soumettre à l'approbation des « personnes habiles à voter » d'une municipalité un document juridique municipal (règlement, résolution ou ordonnance). En vertu de certaines lois, cette approbation d'une partie de la population locale est essentielle à l'adoption ou à la mise en vigueur du règlement, de la résolution ou de l'ordonnance. Il s'agit là d'un autre élément de démocratie directe qui confirme le caractère démocratique des institutions locales. La consultation des citoyens prend effectivement une place importante et même essentielle pour plusieurs aspects de l'activité législative municipale. Contrairement à la législature qui n'a pas juridiquement l'obligation de respecter les résultats d'un référendum, les gouvernements municipaux n'ont pas le droit d'adopter un règlement si la loi prévoit la tenue d'un référendum et si le nombre requis de personnes habiles à voter ne se prononce pas en faveur de l'adoption du règlement. Les règlements de zonage, les règlements d'emprunts, les règlements d'annexion d'un territoire sont des exemples de règlements nécessitant l'approbation référendaire. Les

¹⁵⁷ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (R.-U.), 1982, c. 11 (ci-après, la « Charte canadienne »).

¹⁵⁸ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12 (ci-après la « Charte québécoise »).

¹⁵⁹ *Racine c. Thériault*, (1984) C.S. 999

¹⁶⁰ En 2005, le taux de participation aux élections municipales de novembre 2005 sur l'Île de Montréal a été de 35% comparativement à 63% aux élections fédérales de janvier 2006 : *Journal La Presse*, Montréal, 29 janvier 2006.

¹⁶¹ Voir à cet égard les commentaires de politiciens (Messieurs Maciocia, Mercier et Beaumier) qui participaient aux débats dans le cadre de la Commission Bélanger-Campeau : QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, COMMISSION BÉLANGER-CAMPEAU, *Journal des débats de la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec*, n° 23, (19 décembre 1990), p. 1691.

¹⁶² En vertu de la LÉRM et aussi de la clause omnibus, une municipalité peut tenir un référendum consultatif sur une question d'intérêt local. Ce genre de référendum n'a toutefois pas d'effet juridique :

citoyens touchés par ces mesures se voient investis d'un droit de veto. Le professeur Jean Héту explique que les règlements qui sont susceptibles d'affecter les droits des citoyens devraient nécessiter une approbation :

*« Puisque la plupart de ces règlements affectent les droits des citoyens, nous sommes d'opinion, malgré une certaine jurisprudence contraire, que ces derniers ont le droit d'être entendus avant que de tels règlements puissent s'appliquer à eux, surtout lorsque ceux-ci visent de façon particulière et considérable les droits patrimoniaux d'une personne. »*¹⁶³

Les lois particulières prévoient la tenue d'un référendum et l'approbation de personnes habiles à voter. La LÉRM prévoit quant à elle les aspects procéduraux. À titre d'exemple, la *Loi concernant la consultation des citoyens sur la réorganisation territoriale de certaines municipalités*¹⁶⁴ prévoyait les exigences de consultation et d'approbation populaire pour qu'une ville fusionnée puisse être reconstituée.

Si la procédure d'approbation des personnes habiles à voter ne s'applique pas à l'égard de tous les règlements, un avis de motion doit toujours précéder l'adoption d'un règlement municipal. L'avis de motion annonce la présentation d'un projet de règlement. L'avis doit être donné par un élu lors d'une séance antérieure à celle au cours de laquelle on compte adopter le règlement¹⁶⁵. La conséquence du non-respect de cette procédure est la nullité du règlement¹⁶⁶. Cette garantie procédurale vise à éviter que les citoyens et les élus ne soient pris par surprise : il faut que ces derniers aient le temps de se préparer à l'argumentation et à la discussion dans un souci démocratique. L'absence de l'avis de motion, son insuffisance ou son imprécision constitue donc davantage qu'une simple irrégularité. Par exemple, l'adoption d'un règlement de zonage peut affecter de manière significative les droits de propriété des administrés, qui sont en droit de venir présenter leur point de vue avant que ne soit adopté un projet de règlement. L'avis de motion s'adresse tant à la population visée qu'aux élus municipaux et ne vise que le règlement.

Ce dernier point mérite une certaine réflexion. L'avis de motion n'est pas nécessaire pour l'adoption d'une résolution. Il y a effectivement moins de formalisme dans l'adoption d'une résolution que dans l'adoption d'un règlement donc, moins de

J. HETU, Y. DUPLESSIS, L. VEZINA, *op.cit.* note 18, p.8061, par. 8.49; article 517 de la *Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités*, précitée note 135.

¹⁶³ J. HETU, Y. DUPLESSIS, L. VEZINA *op.cit.*, note 18, p.8061, par. 8.47.

¹⁶⁴ L.Q. 2003, ch. 14.

¹⁶⁵ Articles 356 et 11 de la *Loi sur les cités et villes*, précitée note 116, et articles 445 et 23 du *Code municipal du Québec*, précité note 130.

¹⁶⁶ *Air Canada c. Dorval*, [1985] 1 R.C.S. 861.

garanties procédurales pour l'administré également. La résolution qui tient davantage de l'acte administratif que de l'acte législatif doit simplement être adoptée par le conseil municipal pour prendre effet. Plus qu'une simple politique, la résolution a de véritables effets juridiques, bien que traditionnellement, les autorités municipales n'aient pu valablement légiférer que par le biais du règlement¹⁶⁷. Or, la nouvelle *Loi sur les compétences municipales*¹⁶⁸ qui est devenue la loi maîtresse en matière de compétences municipales au Québec limite désormais le recours au règlement au profit de la résolution. La nouvelle Loi, à son article 5, réserve la voie réglementaire à l'adoption de normes régissant le comportement des justiciables. L'article 4 prévoit que la municipalité locale peut adopter des mesures non réglementaires dans une multitude de domaines tels que la culture, le développement économique local, l'environnement, la sécurité, les nuisances, etc. Autrement dit, en vertu de ces articles, les élus municipaux pourront plus facilement agir et administrer les affaires publiques puisque la procédure plus lourde et plus complexe de l'adoption du règlement pourra être contournée au profit de la résolution ou de l'ordonnance. Par exemple, pour décider de bâtir un centre communautaire, une bibliothèque, une piscine municipale ou un centre de récupération des déchets, le conseil n'aura pas à adopter de règlement, car ce genre d'intervention ne s'applique pas directement aux citoyens. Ces articles ouvrent une multitude de possibilités¹⁶⁹. Souvent, la résolution devra être suivie par l'adoption d'un règlement, par exemple, pour l'utilisation des biens et des services municipaux (heures d'ouverture de la piscine, règlements applicables aux usagers des parcs, etc.) ou pour l'adoption d'un règlement d'emprunt à la suite de la décision d'autoriser la réalisation de certains projets d'envergure. Mais le règlement ne viendra que concrétiser une décision déjà prise. Alors qu'auparavant, le conseil municipal devait alerter le citoyen par l'avis de motion avant de présenter son projet de règlement, le conseil pourra dorénavant agir directement par résolution sans avoir à se soumettre au processus de la consultation. Si la procédure de la résolution fait économiser temps et argent, elle est quand même moins démocratique que la procédure du règlement. Le fait qu'une municipalité puisse agir aussi rapidement sur des sujets importants pour certains administrés en contournant l'exigence qui existait auparavant

¹⁶⁷ P. GARANT, *op.cit.* note 118, p. 284; sur la procédure du règlement par opposition à la résolution : G. ROUSSEAU, « Aspects contentieux de la résolution et du règlement en droit municipal », (1986) 46 *R. du B.* 627-664.

¹⁶⁸ Précitée, note 5.

¹⁶⁹ QUÉBEC, MINISTÈRE DES AFFAIRES MUNICIPALES ET DES RÉGIONS, « Adoption du projet de loi no.62- une loi attendue du milieu municipal : la loi sur les compétences municipales », *Muni-Express*, N° 8 – 29 septembre 2005, reproduit en ligne : http://www.mamr.gouv.qc.ca/publications/muni_expr/2005/MX2005_No8_loi_competences_municipale_s.asp consulté le 08/01/2009.

d'alerter le citoyen par le biais de l'avis de motion constitue un recul sur le plan de la démocratie locale.

L'objectif avec la nouvelle *Loi sur les compétences municipales*¹⁷⁰ était de laisser une plus grande marge de manœuvre aux municipalités. La recherche d'une plus grande autonomie locale est louable, mais elle ne devrait pas s'obtenir au détriment de la démocratie locale. Si les municipalités sont plus libres d'agir, ce doit être face au gouvernement central et non face aux administrés. On devrait retrouver moins de contrôles gouvernementaux sur la législation municipale (nécessité de faire approuver par le ministre, etc.), mais le contrôle exercé par le citoyen ne devrait pas disparaître. Une résolution se fait plus facilement et de façon moins visible que l'adoption d'un règlement. La municipalité peut agir plus rapidement non seulement parce que l'État ne lui met pas de bâtons dans les roues, mais également parce que le citoyen n'a pas à être consulté ni même averti. Ici, autonomie municipale ne rime pas nécessairement avec démocratie locale.

La démocratie locale implique également une part d'autonomie municipale pour que les élus municipaux puissent agir, dans les limites des affaires d'intérêt municipal, à l'abri des interventions de l'État central. Bien que depuis quelques années le gouvernement ait diminué les contrôles et les interventions dans les affaires municipales, les municipalités sont encore sous certains aspects, soumises au contrôle du gouvernement provincial¹⁷¹. Les contrôles de tutelle de l'exécutif sur les municipalités sont possibles s'ils sont expressément prévus par la loi¹⁷². À titre d'exemple, la *Loi sur le ministère des Affaires municipales, des régions et de l'occupation du territoire*¹⁷³ : d'un côté, on pourrait croire qu'elle cherche effectivement à rendre plus démocratique la politique municipale, mais d'un autre, on comprend que le ministère des Affaires municipales joue véritablement un rôle de tuteur. L'article 7 énonce de manière introductive que « le ministre veille à la bonne administration du système municipal dans l'intérêt des municipalités et de leurs citoyens ». Au paragraphe suivant, on peut lire que le ministre doit « promouvoir l'exercice de la démocratie municipale, en favorisant notamment la participation aux institutions municipales ». Mais d'un autre côté, le ministre possède des pouvoirs de surveillance et de contrôle qui sont incompatibles avec une véritable

¹⁷⁰ Précitée, note 5.

¹⁷¹ J. HETU, Y. DUPLESSIS, L. VEZINA, *op.cit.* note 18, pp. 8073-8077.

¹⁷² *Ryan c. Deux-Montagnes (Ville de)*, [1992] R.J.Q. 2706 (C.A.) 2709.

¹⁷³ L.R.Q., c. M. 22.1.

autonomie : ainsi, le ministre a la tâche de « s'assurer que les deniers publics sont bien gérés » et de « surveiller l'administration et l'exécution des lois municipales »¹⁷⁴.

La Commission municipale du Québec¹⁷⁵, qui relève du ministère des Affaires municipales, a également pour fonction de contrôler et de surveiller la gestion des affaires locales par les municipalités. Elle possède entre autres des pouvoirs d'enquête et peut mettre sous tutelle les municipalités qui manquent à leurs devoirs¹⁷⁶. Le ministre de l'Environnement et le ministre des Transports doivent aussi approuver certains actes des municipalités. Avant 1982, le gouvernement avait même le pouvoir de désavouer les règlements municipaux¹⁷⁷. Ce pouvoir existe encore, mais est très exceptionnel.

Selon nous, les dispositions législatives relatives à la démocratie locale découlent directement du principe de la démocratie, principe constitutionnel sous-jacent à la Constitution canadienne que nous aborderons un peu plus loin.

b- L'autonomie consentie par la jurisprudence

i- L'interprétation large et libérale des pouvoirs municipaux

L'interprétation des pouvoirs municipaux peut être stricte et étroite, suivant la théorie de l'excès de pouvoir et la philosophie législative exclusive ou, au contraire, elle peut être large et libérale, de manière à garantir une plus grande marge de manœuvre aux municipalités. La jurisprudence très limitative que nous avons étudiée au chapitre de l'excès de pouvoir démontre que les tribunaux n'ont pas toujours été enclins à élargir les pouvoirs municipaux. L'arrêt *Shell Canada c. Vancouver*¹⁷⁸ rendu par la Cour suprême en 1994 est l'un des derniers arrêts de la plus haute instance du pays à privilégier l'interprétation stricte et littérale des pouvoirs municipaux. Dans cet arrêt rendu à cinq contre quatre, il était question de savoir si le conseil municipal de Vancouver avait le pouvoir de boycotter l'entreprise Shell sur son territoire en raison des activités de la compagnie en Afrique du Sud. Au nom des cinq juges majoritaires,

¹⁷⁴ Paragraphes 3 et 4.

¹⁷⁵ *Loi sur la Commission municipale du Québec*, L.R.Q., c. C-35.

¹⁷⁶ Articles 22 et suivants (enquêtes) et 45 et suivants (tutelle).

¹⁷⁷ *Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les municipalités*, L.Q. 1982, c. 63.

¹⁷⁸ *Produits Shell Canada Ltd c. Vancouver*, précité, note 112.

le juge Sopinka affirma que le conseil municipal n'avait pas un tel pouvoir et qu'en général, une municipalité n'était autorisée à agir que pour des fins municipales compatibles avec le but et les objets de la loi habilitante. Les quatre juges dissidents auraient reconnu un tel pouvoir au conseil municipal. Pour eux, il y a toujours eu des juges et des auteurs qui ont préconisé l'interprétation large et « bienveillante » des pouvoirs municipaux afin de respecter le rôle des élus municipaux en tant que représentants de la collectivité locale¹⁷⁹. Or, dans la dernière décennie, c'est le jugement dissident rendu par la minorité sous la plume de la juge McLachlin qui a été cité dans les décisions portant sur les pouvoirs municipaux.

Il est reconnu désormais que les pouvoirs municipaux doivent être interprétés de façon large et libérale¹⁸⁰. Dans l'affaire *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*¹⁸¹, la Cour suprême fait état de la véritable nature des municipalités et de la façon d'interpréter les pouvoirs municipaux. Pour la Cour, l'évolution des municipalités dans la société canadienne et le « virage » concernant la nature des municipalités commandent désormais de manière incontestable une interprétation téléologique large des pouvoirs municipaux. La Cour explique ensuite que l'interprétation large et libérale des pouvoirs municipaux concorde avec la méthode moderne de rédaction des lois en matière municipale. Non seulement l'esprit de ces nouvelles lois commande une interprétation large et évolutive, mais de plus, le législateur prévoit habituellement une disposition spécifique concernant les principes d'interprétation. Par exemple, l'article 2 de la *Loi sur les compétences municipales*¹⁸² énonce que :

« Les dispositions de la présente loi accordent aux municipalités des pouvoirs leur permettant de répondre aux besoins municipaux, divers et évolutifs, dans l'intérêt de leur population. Elles ne doivent pas s'interpréter de façon littérale ou restrictive. »

¹⁷⁹ Cette expression a été reprise dans l'arrêt *R. c. Greenbaum*, précité, note 114, mais elle est originaire de la décision *City of Hamilton c. Hamilton Distillery Co.* (1907), 38 R.C.S. 239. La juge McLachlin cite aussi les auteurs suivants: Ann MCDONALD, «In the Public Interest: Judicial Review of Local Government» (1983) 9 *Queen's L.J.* 62; S. M. MAKUSH, *Canadian Municipal and Planning Law*, Toronto, Carswell, 1983; Sue ARROWSMITH, *Government Procurement and Judicial Review*. Toronto, Carswell, 1988 ; *Re Howard and City of Toronto*, (1928) 61 O.L.R. 563; *Associated Picture Houses, Ltd. c. Wednesbury Corp.*, [1948] 1 K.B. 223 (C.A.); *Kuchma c. Rural Municipality of Tache*, [1945] R.C.S. 234.

¹⁸⁰ Felix HOEHN *Municipalities and Canadian Law : Defining the Authority of Local Governments*, Saskatoon, Purish Pub., 1996), p. 17-24, cité dans, 114957 *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson*, précité, note 1, pp.278-279 (J.L'Heureux-Dubé).

¹⁸¹ *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, précité, note 4.

¹⁸² Précitée, note 5.

Dans *Nanaimo*¹⁸³, la Cour suprême privilégie l'interprétation large des pouvoirs municipaux et rappelle que, même si la compétence des municipalités est restreinte aux pouvoirs qui leur sont expressément conférés par la loi, les pouvoirs doivent être interprétés de manière large, en tenant compte de l'objet visé¹⁸⁴.

La relation de proximité avec les citoyens et la sensibilité aux problèmes locaux qu'ont les institutions municipales face aux administrés poussent les tribunaux à interpréter leurs pouvoirs de manière généreuse¹⁸⁵. La marge de manœuvre qui résulte d'une interprétation large des pouvoirs garantit au fond à la municipalité une certaine autonomie dans la mise en œuvre des pouvoirs que lui délègue la législature.

ii- La norme de contrôle des décisions municipales en droit administratif

Les tribunaux ont pris l'habitude de faire preuve de déférence envers les élus municipaux et de leur laisser le soin de déterminer ce qui est bon et juste pour la collectivité¹⁸⁶. Dans l'arrêt *Shell Canada*, la juge McLachlin écrivait :

*« Le contrôle judiciaire des pouvoirs municipaux devrait avoir pour but d'accorder aux municipalités l'autonomie qu'il leur faut pour exercer leurs activités sans aucune intervention des tribunaux qui ne soit pas nettement justifiée. »*¹⁸⁷

En effet, la norme de contrôle que les tribunaux appliqueront à l'égard des décisions prises par la municipalité est très significative quant au degré d'autonomie consenti aux municipalités. Les gouvernements municipaux ont des pouvoirs délégués et, en ce sens, ils sont soumis au pouvoir de contrôle administratif des tribunaux. La norme de contrôle en droit administratif est en quelque sorte le critère que les tribunaux utiliseront pour réviser les décisions prises par l'administration publique. En fonction du type d'organisme administratif et du type de décision (quasi judiciaire ou administrative), les tribunaux utilisent une norme plus ou moins sévère pour contrôler les actes de l'administration. Il peut s'agir par exemple de la norme de la décision correcte, qui est plus sévère à l'égard du titulaire du pouvoir, ou encore, de la norme de

¹⁸³ *Nanaimo (Ville de) c. Rascal Trucking Ltd*, précitée note 103.

¹⁸⁴ *Id.*, pp. 351-352 (J. Major); Voir aussi: *R. c. Sharma*, précité, note 110; *R. c. Greenbaum*, précité, note 114.

¹⁸⁵ *R. c. Guignard*, [2002] 1 R.C.S. 472, p. 482.

¹⁸⁶ Voir à cet effet l'arrêt *Montréal (Ville de) c. 2952-1366 Québec Inc.*, précité, note 127.

¹⁸⁷ *Produits Shell Canada c. Vancouver (Ville)*, précité, note 112, p. 245.

la décision déraisonnable, qui commande la retenue judiciaire¹⁸⁸. Nous verrons que là encore, le statut particulier des administrations municipales, en tant que représentantes de la population, pousse les tribunaux à la réserve judiciaire à l'égard des décisions des autorités municipales.

La Cour suprême du Canada s'est penchée sur la question du contrôle judiciaire des décisions prises par un conseil municipal dans l'arrêt *Nanaimo c. Rascal Trucking Ltd.*¹⁸⁹. Dans cette affaire, la Cour devait décider si la ville avait le pouvoir de voter une résolution ordonnant l'enlèvement d'un tas de terre par la propriétaire, une société commerciale. La Cour devait d'abord déterminer la compétence de la ville à adopter une telle résolution et ensuite déterminer la norme de contrôle applicable à l'égard de la décision proprement dite. En effet, la norme de contrôle est différente selon qu'il s'agit d'une question qui délimite la compétence de la municipalité (question de droit) ou d'une question qui se pose à l'intérieur de l'exercice de la compétence municipale. C'est la distinction entre l'existence du pouvoir de réglementation et son exercice¹⁹⁰.

Dans *Nanaimo*¹⁹¹, la Cour se demande quelle norme de contrôle elle doit appliquer à l'égard de la décision de déclarer le tas de terre comme une « nuisance », justifiant ainsi l'ordonnance de procéder à son enlèvement. Comme il s'agit d'une question de nature juridictionnelle, la Cour adopte la démarche « pragmatique et fonctionnelle » qu'elle applique de manière générale aux tribunaux administratifs, délégués des gouvernements provincial ou fédéral. Le degré de retenue s'évalue en fonction du contexte et du type d'organisme en question. C'est ce qui amène la Cour à se pencher sur l'expertise des municipalités à l'égard des questions de droit. La Cour conclut que sur les questions de compétence et les questions de droit, les municipalités ne sont pas dotées d'une expertise particulière qui justifierait un degré de retenue plus élevé. Elle ajoute que les municipalités exercent essentiellement des fonctions de nature politique et que les conseillers municipaux ne détiennent pas nécessairement une expérience et une compétence en droit municipal qui leur permettraient de se référer aux précédents

¹⁸⁸ *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190. Dans cette affaire, la Cour suprême a abandonné la distinction tripartite qu'elle faisait entre une décision correcte, une décision raisonnable *simpliciter* et une décision manifestement déraisonnable lorsque venait le temps de déterminer l'étendue du contrôle judiciaire pouvant être exercé à l'égard d'une décision administrative. Elle a plutôt opté pour un mécanisme de contrôle judiciaire emportant l'application de deux normes — celle de la décision correcte et celle de la décision raisonnable.

¹⁸⁹ *Nanaimo (Ville de) c. Rascal Trucking Ltd.*, précité, note 103.

¹⁹⁰ *Montréal (Ville de) c. 2952-1366 Québec Inc.*, précité, note 127.

¹⁹¹ *Nanaimo (Ville de) c. Rascal Trucking Ltd.*, précité, note 103.

juridiques et institutionnels avant de prendre leurs décisions¹⁹². Ainsi, pour ce qui est des questions de compétence et de droit, les municipalités ne sont pas traitées de manière différente des autres organismes administratifs et, en l'espèce, la norme de la décision correcte (plus sévère) devait s'appliquer.

Toutefois, la Cour suprême reconnaît que lorsque la municipalité agit à l'intérieur de son champ de compétence, les tribunaux doivent faire preuve de retenue à l'égard des décisions prises par le conseil municipal. Les raisons justifiant cet appel à la retenue tiennent au fait que les autorités municipales sont des représentantes de la population et qu'elles sont plus à même de connaître les besoins de la communauté. Le juge Major, qui s'exprime au nom de la Cour dans l'affaire *Nanaimo*, écrit :

« Les conseillers municipaux sont élus par les commettants qu'ils représentent et, de ce fait, ils sont plus au courant des exigences de leur collectivité que ne le sont les tribunaux. Le fait que les conseils municipaux sont composés de représentants élus de leur collectivité et, partant, qu'ils soient responsables devant leurs commettants est un élément pertinent de l'examen des décisions prises dans les limites de leur compétence. La réalité qui veut que les municipalités doivent soupeser des intérêts complexes et opposés pour arriver à des décisions conformes à l'intérêt public est tout aussi importante. Bref, les considérations qui précèdent justifient que l'on fasse preuve de retenue dans le cadre de l'examen des décisions prises par les municipalités dans les limites de leur compétence. »¹⁹³

Ainsi, le rôle des conseils municipaux en tant que représentants légitimes des électeurs commande aux tribunaux d'user de circonspection avant d'invalider le règlement ou la résolution adopté par la municipalité. En ce sens, les municipalités constituent des organismes administratifs particuliers puisque les tribunaux leur concèdent une grande marge de manœuvre dans l'exercice de leurs compétences. Certaines législatures reconnaissent expressément que la municipalité est libre d'agir à l'intérieur de son champ de compétence en limitant le contrôle judiciaire relativement aux décisions des conseils municipaux (adoption de clauses privatives qui interdisent les recours judiciaires fondés uniquement sur le caractère déraisonnable ou inopportun de la décision)¹⁹⁴. Il s'agit là d'un exemple d'intention législative d'accorder une certaine autonomie aux municipalités.

¹⁹² *Id.*, p. 356 (J. Major).

¹⁹³ *Id.*, p. 357; voir aussi dans *Montréal (Ville de) c. 2952-1366 Québec Inc.*, précité, note 127, à la page 163 : « L'examen de la réglementation municipale adoptée dans le cadre des compétences de la Ville fait appel à un degré élevé de déférence de la part du tribunal. Les conseils municipaux sont composés de représentants élus qui sont responsables devant leurs commettants et les tribunaux reconnaissent la large discrétion des municipalités dans l'exercice de leurs pouvoirs réglementaires. »

¹⁹⁴ C'est le cas en Alberta où une disposition du *Municipal Government Act*, précité note 133, stipule que « nul ne peut contester un règlement ou une résolution pour le motif qu'il est déraisonnable » (art. 539), traduction dans *Nanaimo (Ville de) c. Rascal Trucking Ltd*, précité, note 103, p. 359.

Il faut comprendre par contre que la municipalité, même lorsqu'elle agit à l'intérieur de sa compétence, n'est pas à l'abri de tout contrôle judiciaire. Premièrement, les municipalités sont soumises au respect des normes constitutionnelles et quasi constitutionnelles, que ce soit au niveau des droits et libertés (Charte canadienne, Charte québécoise) ou au niveau du partage des compétences (*Loi constitutionnelle de 1867*).

Dans le cadre de la prise de décisions à caractère quasi judiciaire, les gouvernements municipaux devront aussi respecter les règles de justice naturelle (impartialité et indépendance des décideurs, droit d'être entendu, etc.)¹⁹⁵ Un manquement à ces règles d'équité procédurale pourra faire l'objet d'un contrôle judiciaire.

Bref, dans leur champ de compétence, les municipalités peuvent agir comme elles l'entendent et, comme c'est le cas pour les législatures et les gouvernements, les tribunaux n'interviennent pas sur des questions d'opportunité.

iii- Les règles de conflit entre une norme municipale et une norme provinciale

La manière dont les lois et les tribunaux traitent les conflits entre les règles adoptées par les municipalités et d'autres normes supérieures est une façon d'évaluer le degré d'autonomie dont sont investies les municipalités. Plus on accepte que les municipalités légifèrent dans des domaines qui ont déjà fait l'objet d'une législation supérieure, plus on pourra affirmer que les gouvernements municipaux ont une marge d'autonomie et peuvent gérer leurs affaires à leur façon.

En effet, des conflits peuvent survenir entre une norme municipale et une loi provinciale ou fédérale. Par exemple, les municipalités sont autorisées à réglementer les affaires locales qui touchent à l'environnement. Mais les Législatures provinciales et le Parlement fédéral peuvent très certainement adopter des lois qui touchent au domaine de l'environnement. Qu'arrive-t-il lorsqu'un conflit entre la norme municipale et la législation supérieure survient? Le conflit est-il automatiquement résolu en faveur de l'autorité supérieure ou est-ce que la municipalité peut légiférer de manière concurrentielle? Il faut voir qu'ici, la situation est fort différente de celle que l'on peut

¹⁹⁵ *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. c. Sarnia (ville)*, [1998] 3 R.C.S. 3.

observer entre le Parlement fédéral et les Législatures provinciales. En effet, ces deux autorités législatives ne sont aucunement subordonnées l'une à l'autre. Ce sont deux entités souveraines dans leurs champs de compétences respectifs¹⁹⁶. Les municipalités quant à elles sont en théorie subordonnées aux législatures provinciales qui leur délèguent certains pouvoirs; parfois une municipalité peut aussi s'appuyer sur une loi fédérale pour agir. Malgré la hiérarchie qui existe entre le palier municipal et les paliers provincial et fédéral, la règle du conflit fédéral-provincial s'applique aux conflits entre une norme municipale et des normes supérieures. En d'autres mots, il devra y avoir conflit véritable entre les deux législations pour que la législation supérieure (provinciale ou fédérale) écarte complètement la norme adoptée par la municipalité. C'est ce qu'on appelle un conflit opérationnel, lorsqu'il y a impossibilité pour le justiciable de se conformer aux deux textes, ou lorsque le justiciable ne peut obéir à une autre norme sans enfreindre une autre norme.

Dans l'arrêt *Hudson*¹⁹⁷, la ville de Hudson avait adopté un règlement qui limitait l'utilisation de certains pesticides sur son territoire en certaines circonstances. Ces pesticides étaient toutefois autorisés selon les lois provinciale et fédérale et les appelantes, des entreprises commerciales qui utilisaient les pesticides en question, détenaient les permis requis pour l'épandage de ceux-ci. Ainsi, les entreprises se conformaient aux lois supérieures fédérale et provinciale, mais contrevenaient à la législation déléguée, le règlement municipal. La Cour suprême du Canada décida que la réglementation municipale n'était pas *ultra vires* et que tous les textes législatifs en cause pouvaient coexister. Le règlement n'était pas incompatible avec la législation fédérale ou provinciale. Ainsi, l'entreprise en question était fautive à l'égard de la législation municipale. C'est le test de l'arrêt *Multiple Access*¹⁹⁸ qui a été appliqué dans l'arrêt *Hudson* à l'égard de la coexistence de trois niveaux de réglementation (fédéral-provincial-municipal):

« Certains tribunaux ont déjà recouru au critère de l'arrêt Multiple Access pour examiner les présumés conflits entre des textes provinciaux et des textes municipaux.[...] De façon générale, la simple existence d'une loi provinciale (ou fédérale) dans un domaine donné n'écarte pas le pouvoir des municipalités de réglementer cette matière. [...] Je suis également d'accord avec la Cour d'appel à la p. 16 pour dire qu '[u]ne éventuelle incompatibilité ne suffit pas pour invalider un règlement; il faut une réelle opposition'. »¹⁹⁹

¹⁹⁶ *Hodge c. La Reine*, précité, note 108, p. 132.

¹⁹⁷ Précité, note 1.

¹⁹⁸ *Multiple Access c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161.

¹⁹⁹ Précité, note 1, par.38 et 39.

Ainsi, il y a prépondérance de la législation provinciale et exclusion du règlement municipal uniquement en cas de véritable conflit entre les deux textes législatifs, c'est-à-dire lorsque « l'un dit noir et l'autre dit blanc ». Une norme n'est inconciliable avec une autre que si l'une autorise quelque chose que l'autre interdit. Mais si une norme municipale est plus sévère que la loi qui prévoit, par exemple, une norme minimale, il n'y a pas conflit irréductible et le règlement ne devra pas être déclaré inopérant. Les tribunaux chercheront plutôt à faire coexister les deux textes de loi, malgré que la municipalité soit « subordonnée » à la législature provinciale. Les tribunaux peuvent donc s'appuyer sur ce principe général en matière de conflits législatifs, ou encore, sur une disposition particulière de la loi qui reproduit ce principe, tel que l'article 3 de la *Loi sur les compétences*²⁰⁰. Cette règle énonce qu'une municipalité peut édicter une norme sur une matière déjà réglementée par le législateur pourvu que la norme municipale ne soit pas inconciliable avec la loi. Mais le critère de l'arrêt *Multiple Access*²⁰¹ peut aussi être écarté par la loi. Ainsi, dans des lois sectorielles, on peut retrouver des dispositions qui prévoient qu'une règle municipale ne peut s'appliquer si le législateur réglemente déjà un certain domaine du droit : c'est la théorie du champ occupé²⁰². Hormis ces cas, les règlements municipaux peuvent coexister avec les dispositions législatives supérieures portant sur le même sujet, ce qui nous permet d'affirmer que la règle de conflit entre une législation municipale et une législation supérieure est source d'une forme d'autonomie municipale.

iv.- Le pouvoir discrétionnaire en matière municipale

En vertu du droit public, les municipalités bénéficient d'un grand pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de leur pouvoir réglementaire²⁰³. Ainsi, une municipalité a le droit de choisir la façon dont elle entend atteindre ses objectifs. Le pouvoir discrétionnaire s'oppose au pouvoir lié qui est un pouvoir dicté par l'État et qui fait en sorte que l'Administration se voit obligée d'appliquer des normes préétablies dans un texte de loi. Le pouvoir discrétionnaire est défini par le professeur Garant comme « la faculté d'agir ou de ne pas agir, ou de prendre les mesures appropriées suivant les circonstances ou le contexte en jugeant l'opportunité au regard de l'intérêt

²⁰⁰ Précitée, note 5.

²⁰¹ *Multiple Access c. McCutcheon*, précité, note 198.

²⁰² Par exemple, l'article 124 al. 4 et 5 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q. c. Q-2.

public»²⁰⁴. Dans l'arrêt *Laurentides Motels*²⁰⁵, le juge Beetz expliquait bien l'importance des pouvoirs discrétionnaires dans la gestion des affaires locales :

*« Lorsque le législateur confère un pouvoir à une autorité publique, ce pouvoir est généralement énoncé sous la forme d'un pouvoir discrétionnaire. Le pouvoir discrétionnaire est nécessaire pour donner à l'autorité publique toute la latitude voulue pour prendre des décisions que l'on peut qualifier de décisions de nature politique dont l'autorité devrait être comptable non aux tribunaux, mais à l'électorat ou à la législature. Les arrêts *Ann v. Merton London Borough Council* et *Ville de Kamloops c. Nielsen*, précités, montrent que ces décisions politiques peuvent revêtir diverses formes, allant des règlements municipaux et des résolutions jusqu'aux directives internes, aux décisions administratives et même à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans l'exécution d'activités relevant du domaine opérationnel. La seule obligation qui incombe à l'autorité concernée dans le domaine des politiques consiste à prendre ses décisions de façon responsable et en conformité avec l'objet de la Loi habilitante. »*²⁰⁶

Si les tribunaux et la doctrine reconnaissent cette liberté d'agir des municipalités, il faut toutefois que ces dernières édictent effectivement des normes. Un règlement ne peut être trop général et imprécis ou tout simplement reprendre la disposition habilitante parce que la municipalité n'est pas autorisée à faire du cas par cas. Le pouvoir discrétionnaire se situe donc au niveau de l'exercice du pouvoir réglementaire (élaboration d'une norme) et au niveau de l'exécution d'activités relevant d'une décision à caractère politique (domaine opérationnel)²⁰⁷. La municipalité doit réglementer, édicter des normes. C'est dans le choix des normes qu'elle bénéficie de son pouvoir discrétionnaire. Mais il faut aussi comprendre que tout pouvoir réglementaire a des limites comme le respect de la Constitution et de la justice naturelle, les excès de compétence, la mauvaise foi ou la décision déraisonnable.

Généralement, mais ce n'est pas une règle infaillible, on reconnaît un pouvoir discrétionnaire par l'utilisation du mot « peut » dans une disposition habilitante. Le mot « doit » réfère au contraire à un pouvoir lié. Lorsque l'on conclut à l'existence d'un pouvoir discrétionnaire, on en arrive généralement à la conclusion que l'entité administrative est « indépendante » du gouvernement et qu'en exerçant ses pouvoirs, elle n'agit pas en tant qu'agent du gouvernement, contrairement à ce qui en est avec les pouvoirs liés. La qualification d'agent dans la loi n'est pas non plus en soi décisive²⁰⁸. Ce sont les tribunaux qui sont appelés à déterminer si une entité est un « instrument » de l'État ou une entité « indépendante » par le biais de deux critères, soit le critère de la fonction et le critère du contrôle. C'est ce dernier critère qui retient principalement

²⁰³ *Entreprise Sibeca inc. c. Frelighsburg (municipalité)*, [2004] 3 R.C.S. 304, par.21 (J.Deschamps).

²⁰⁴ P. GARANT, *op.cit.*, note 118, p. 202.

²⁰⁵ *Laurentides Motels Ltd c. Beauport*, [1989] 1 R.C.S. 705.

²⁰⁶ *Id.*, p.722.

²⁰⁷ P. GARANT, *op.cit.*, note 118, pp. 202-203.

²⁰⁸ *Id.*, p. 143.

l'attention des tribunaux, car le critère de la fonction ne peut être concluant. On le comprend lorsqu'on examine la situation des municipalités : elles ont clairement des fonctions étatiques, ce sont des organismes publics. On pourrait donc, en vertu de ce premier critère, les qualifier de mandataires du gouvernement. Pourtant, les municipalités bénéficient de larges pouvoirs discrétionnaires et, en vertu du critère du contrôle, elles ne peuvent être qualifiées d'agent du gouvernement (du moins pour la plupart des actes qu'elles posent). Les tribunaux ont donc conclu que les mandataires du gouvernement sont les organismes publics sur lesquels l'État exerce un contrôle important, substantiel et significatif. Les organismes municipaux ne sont pas des agents de la Couronne pour la plupart de leurs actes²⁰⁹. Ceci ne signifie pas pour autant que la Charte canadienne ne leur soit pas applicable ou que la législature ne puisse retirer les pouvoirs municipaux par le biais d'une loi ordinaire²¹⁰.

La nature des pouvoirs délégués par l'État aux entités administratives ou au pouvoir exécutif est importante pour plusieurs raisons. D'abord, si l'on conclut que l'entité est en fait un agent de l'État, les privilèges et les immunités de la Couronne ainsi que certaines règles spécifiques applicables uniquement à l'égard de l'État (ex : règles spéciales pour la responsabilité extracontractuelle) pourront bénéficier à l'entité administrative. Par contre, si l'on conclut à l'existence d'un pouvoir discrétionnaire, alors l'entité sera considérée comme indépendante et les règles spéciales de la Couronne ne lui seront pas applicables.

Dans *Medecine Hat*²¹¹, les tribunaux ont eu à se pencher sur la question de l'applicabilité de l'article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui prévoit une immunité d'application de taxe à l'égard des activités gouvernementales, à une activité exercée en vertu d'un pouvoir discrétionnaire par la ville de Medecine Hat. En première instance et en appel, les tribunaux ont jugé que les activités de la ville (en l'espèce, la production et la distribution de gaz naturel) étaient discrétionnaires et que, par conséquent, la ville n'agissait pas à titre de représentante ou d'agente de la province. Ainsi, l'article 125 ne pouvait s'appliquer et la ville n'avait pas droit à l'immunité de taxe à l'égard de cette activité. La Cour d'appel de l'Ontario affirma :

²⁰⁹ *Id.*, p. 155; *City of Medicine Hat v. Attorney General of Canada*, (1985) 37 Alta. L.R. (2d) 208; *South Sask. River Irrigation District c. Agric. Credit Corp. of Sask.*, (1986) 52 D.L.R. (4th) 65 (Sask. C.A.).

²¹⁰ *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, précité, note 1 (critère de la nature intrinsèquement gouvernementale).

²¹¹ *City of Medicine Hat v. Attorney General of Canada*, précité, note 209.

« The word "instrumentality" is used in a number of cases. It is a useful word in certain contexts. An agent is an instrumentality. A municipality is an instrumentality of the province, at least insofar as it is carrying out governmental activities that otherwise have to be carried out by the province, and activities which in some areas of the province are carried out by the provincial government. With respect to the activities of the city presently being considered, I have concluded that it was not an agent of the province. The province set out no policy with respect to the production and distribution of gas that the city was required to carry out on its behalf. It merely gave the city broad discretionary power to embark on those activities if it chose to do so. »²¹²

Afin de déterminer l'existence d'un pouvoir discrétionnaire, la Cour d'appel utilisa un test basé sur l'interprétation textuelle. L'utilisation d'un langage permissif permettait de conclure à la présence d'un pouvoir discrétionnaire :

« The opening words of the section - 'the council may' - make it clear that in the exercise of its discretion, the council may embark upon the activities here in issue. It is not required to do so by the province. [...] In carrying on these operations, it is not subject to the direction and control of the province [...]. In short, in acting as it did, it was not acting in its governmental capacity as an agent of the crown but rather in its capacity as a private corporation for the benefit of the residents of the city. »²¹³ (nos soulignés)

Comme on l'a vu plus haut, les tribunaux hésiteront à intervenir pour modifier la décision de l'autorité municipale si le pouvoir délégué est un pouvoir discrétionnaire. Les tribunaux et la législature préfèrent laisser aux autorités municipales le soin de prendre les décisions qu'elles jugent appropriées pour le bien-être de la collectivité locale, laissant ainsi place à une large part d'autonomie. Les tribunaux reconnaissent ainsi que les autorités municipales agissent alors en tant que corporation privée («private corporation» dans la citation de *Medecine Hat* plus haut).

Le fait qu'un pouvoir discrétionnaire ne soit pas sujet au contrôle législatif ou à l'intervention de la province ne signifie pourtant pas qu'il s'agisse là d'un pouvoir inhérent ou d'un pouvoir autonome. Ce que rappelait la cour d'appel dans l'arrêt *Medecine Hat*²¹⁴ était uniquement cette notion de droit administratif qui veut que lorsque le législateur délègue un pouvoir discrétionnaire, il laisse une grande marge de manœuvre à son titulaire. Il s'agit d'une certaine liberté d'action que le législateur juge opportun de confier à l'organisme administratif afin de «répondre aux besoins des administrés»²¹⁵. L'existence d'un pouvoir discrétionnaire ne signifie certainement pas que le législateur renonce à son pouvoir de légiférer en la matière et en tout temps un pouvoir discrétionnaire peut être modifié ou abrogé.

²¹²*City of Medicine Hat v. Attorney General of Canada*, précité, note 209, p. 216.

²¹³*Id.*, p. 215.

²¹⁴*Id.*

v- La décentralisation et la reconnaissance du principe de subsidiarité

Les concepts de décentralisation et de subsidiarité font de plus en plus partie du paysage politico-juridique canadien. En 2001, la Cour suprême du Canada s'appuyait notamment sur le principe de la subsidiarité afin de déterminer l'étendue des pouvoirs d'une municipalité²¹⁶. Les gouvernements multiplient les études sur la décentralisation²¹⁷, les organismes municipaux et gouvernementaux émettent des recommandations et font des propositions afin d'augmenter le niveau de décentralisation dans notre organisation politique²¹⁸, spécialement en ce qui a trait au transfert des compétences vers les municipalités. Pour les municipalités, la décentralisation est synonyme d'autonomie, encore mieux si cette décentralisation est constitutionnalisée comme dans certains pays.

La décentralisation est une forme d'organisation institutionnelle de l'État. À travers la décentralisation, un État cherche à alléger les responsabilités au niveau central de manière à ce que ce dernier puisse se concentrer davantage sur les questions d'intérêt national, mais aussi, l'État cherche à rapprocher les administrations locales des citoyens. La décentralisation est en fait un transfert de compétences de l'État vers les collectivités locales. Ces dernières doivent être composées d'élus et sont donc imputables devant les citoyens. Elles doivent être autonomes au niveau politique, administratif et financier, bénéficiaires de compétences et de responsabilités significatives et être investies d'une personnalité juridique propre²¹⁹. Les municipalités sont issues d'une décentralisation de type territorial et agissent à l'intérieur d'un territoire délimité. Contrairement aux administrations décentralisées par service, les municipalités ont une

²¹⁵ R. DUSSAULT, L. BORGEAT, *Traité de Droit administratif*, T.1, 2^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1989, p. 309.

²¹⁶ Voir l'affaire *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, précité, note 1, par. 3 (J.L'Heureux-Dubé).

²¹⁷ QUÉBEC, MINISTÈRE DES AFFAIRES MUNICIPALES ET RÉGIONS, *Projet gouvernemental d'autonomie régionale et municipale : La décentralisation*, Gouvernement du Québec, Bibliothèque nationale du Québec (ISBN 2-550-43904-X), mars 2005, reproduit en ligne,

http://www.mamr.gouv.qc.ca/publications/autres/brochure_decentralisation.pdf consulté le 08/01/2009; QUÉBEC, MINISTÈRE DU CONSEIL EXÉCUTIF, *Livre vert : décentralisation, un choix de société*, Québec, Bibliothèque Nationale du Québec, 1995.

²¹⁸ FÉDÉRATION QUÉBÉCOISE DES MUNICIPALITÉS, *Pour un État de proximité et une autonomie des communautés : Proposition de loi-cadre sur la décentralisation*, 20 avril 2005, reproduit en ligne, http://www.fqm.ca/documents/memoiredcentralisation_260405.pdf consulté le 08/09/2009.

²¹⁹ P. GARANT, *op.cit.*, note 118, p. 102.

vocation générale (elles exercent une panoplie de compétences) et constituent un niveau de gouvernement en tant que tel²²⁰.

En fait, le fédéralisme est une forme de décentralisation politique poussée qui implique des États fédérés souverains dans leur sphère de compétences et non soumis à un système hiérarchique. La décentralisation administrative des collectivités locales municipales n'a pas les mêmes caractéristiques que le fédéralisme. D'ailleurs, lorsque la Cour suprême affirme que le fédéralisme est l'un des principes structurels du droit canadien, elle fait référence au fédéralisme national et non à la décentralisation²²¹. La décentralisation politique (fédéralisme) est constitutionnalisée au Canada.

La décentralisation doit aussi être distinguée de la régionalisation, bien que ces deux notions se ressemblent. La régionalisation est une forme de déconcentration : c'est la relocalisation de services publics vers les régions sans véritable détachement de l'administration centrale. Il y a déconcentration lorsque l'on confie le pouvoir à de simples agents ou mandataires du pouvoir central²²². La déconcentration peut s'accompagner de l'octroi d'une plus grande marge de manœuvre pour les administrations régionalisées dans le but de faire coïncider les services publics avec les besoins locaux.

Quant au principe de subsidiarité, il signifie que les décisions doivent être prises le plus près possible des citoyens et que seules les responsabilités qui ne peuvent être efficacement assumées au niveau local doivent relever du niveau supérieur. Ce principe a été adopté à l'origine par l'Union européenne dans le cadre des rapports entre les institutions de l'Union et les États membres. Il s'agit d'une notion transposable en droit canadien puisqu'en vertu du partage des compétences, les provinces sont chargées d'administrer les affaires locales et privées²²³. Mais les municipalités sont encore plus proches des citoyens et donc plus aptes que les gouvernements nationaux ou provinciaux à gérer efficacement leurs affaires et répondre aux besoins locaux. C'est ce qu'on appelle aussi l'État de proximité. C'est dans l'affaire *Hudson* que la juge L'Heureux-Dubé, au nom de la majorité de la Cour, a été amenée à parler du principe de subsidiarité :

²²⁰ *Id.*, pp. 104 et svt.

²²¹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, note 10.

²²² P. GARANT, *op.cit.*, note 118, p.102.

« Cette instance surgit à une époque où les questions de gestion des affaires publiques sont souvent examinées selon le principe de la subsidiarité. Ce principe veut que le niveau de gouvernement le mieux placé pour adopter et mettre en œuvre des législations soit celui qui est le plus apte à le faire, non seulement sur le plan de l'efficacité, mais également parce qu'il est le plus proche des citoyens touchés et, par conséquent, le plus sensible à leurs besoins, aux particularités locales et à la diversité de la population. »²²⁴

Est-ce que le principe de la subsidiarité reconnue par la Cour suprême constitue un principe constitutionnel? Est-ce que ce principe constitutionnel peut constituer la raison d'être d'une convention relative à l'autonomie locale? Dans la *Revue nationale de droit constitutionnel*, trois auteurs affirmaient en 2007 que cette décision était cruciale, car elle affirmait dans un langage clair que les gouvernements locaux sont plus que de simples créatures de la législature et qu'elles devraient désormais être vues comme des entités politiques indépendantes puisqu'elles constituent le berceau de la démocratie :

« Implicit in the Court's judgment is recognition that because of their special role, municipal governments can, and should, be viewed as independant political entities (...). The subsidiarity principle, as formulated by the Supreme Court endorses the view that municipalities are the bedrock of democracy »²²⁵

Tel que nous l'avons mentionné plus haut, ces auteurs sont d'avis qu'il existe désormais une convention constitutionnelle qui oblige l'État à consulter les municipalités avant de procéder à une modification de leur statut, convention qui a comme raison d'être les principes de la subsidiarité et de la démocratie²²⁶.

Si le principe de subsidiarité n'a pas souvent été invoqué en droit canadien dans le contexte municipal, la décentralisation, qu'elle soit administrative ou politique, territoriale ou par service, est essentielle au fonctionnement de l'État et des services publics et fait partie intégrante de l'organisation institutionnelle de l'État. Toutefois, l'administration décentralisée n'est pas garantie par la constitution écrite au Canada. Nous avons vu que les administrations locales ont pratiquement toujours existé, mais la simple existence de municipalités n'est pas suffisante pour affirmer qu'il existe un système épanoui et garanti de décentralisation. En fait, il existe plusieurs modèles et plusieurs degrés de décentralisation. Au Québec, depuis une quarantaine d'années, d'autres structures décentralisées sont apparues, laissant présager l'aboutissement à une

²²³ Peter W. HOGG, « Subsidiarity and the Division of Powers in Canada », (1993) 3 *N.J.C.L.* 341.

²²⁴ Précité, note 1, p.249 (J.L'Heureux-Dubé).

²²⁵ Eugene MEEHAN, Robert CHIARELLI, Marie-France MAJOR, *loc.cit.*, note 95 p.44

²²⁶ *Supra*, note 95.

véritable organisation décentralisée de la gestion des affaires publiques²²⁷. Pour en arriver à un système achevé de décentralisation impliquant des collectivités locales autonomes et fortes, il faut repenser les structures administratives et inclure ces nouvelles structures dans une loi, ou même en arriver à constitutionnaliser les pouvoirs autonomes des entités décentralisées. Comme l'explique la Fédération des municipalités du Québec : « la décentralisation est une réforme majeure » et c'est aussi « une véritable révolution de la culture de gouvernance ».²²⁸

La décentralisation et le principe de subsidiarité sont davantage perçus comme des objectifs à atteindre par les États soucieux de moderniser leurs structures étatiques. Chose certaine, il s'agit désormais de notions incontournables qui font l'objet de discussions, de prononcés juridiques, d'ententes, de lois et de conventions en Europe et ailleurs dans le monde²²⁹. Le Québec est en train d'emboîter le pas bien qu'on ne parle pas encore de constitutionnaliser ou de protéger par des mécanismes procéduraux les lois qui prévoient l'organisation municipale décentralisée.

PARTIE II- DES ARGUMENTS DE DROIT CONSTITUTIONNEL NON ÉCRIT EN FAVEUR DE LA RECONNAISSANCE DU STATUT CONSTITUTIONNEL DES MUNICIPALITÉS

Nous avons pu constater dans la partie I que l'état du droit constitutionnel écrit est à l'effet que les municipalités n'ont pas de statut constitutionnel. Nous avons tenté de démontrer que cette interprétation de l'article 92 (8) de la *Loi constitutionnelle de 1867*²³⁰ mériterait d'être révisée. Il reste que la position dominante consiste à affirmer qu'il n'y a pas de protection constitutionnelle des pouvoirs municipaux. L'évolution de la législation ordinaire et de la jurisprudence va certainement dans le sens d'une augmentation de l'autonomie municipale. Toutefois, le statut juridique d'une municipalité en droit constitutionnel écrit reste celui d'une entité déléguée, non protégée constitutionnellement. Qu'en est-il du droit constitutionnel non écrit?

²²⁷ Sur l'évolution de la décentralisation au Québec : FÉDÉRATION QUÉBÉCOISE DES MUNICIPALITÉS, *op.cit.* note 218, pp.3-4.

²²⁸ *Idem.*

²²⁹ Il existe des structures de décentralisation constitutionnalisées en Italie, en Espagne, en France, en Allemagne, au Portugal, en Roumanie aux États-Unis au Brésil, en Afrique du Sud et dans bien d'autres pays, *Id.* pp.49-57

²³⁰ Voir *supra*, Partie I, section A-1 a).

La Constitution canadienne est formée de droit écrit et de droit non écrit. La Cour suprême reconnaît ceci depuis longtemps et n'a jamais hésité à se servir de principes non écrits²³¹. La source de ces principes constitutionnels peut varier. Il y a d'abord les conventions constitutionnelles, qui doivent répondre à certains critères élaborés par la jurisprudence et les auteurs²³². Par exemple, on connaît les conventions constitutionnelles relatives au principe du gouvernement responsable, dont la règle de la neutralité de la fonction publique²³³. Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*²³⁴ a également l'effet d'introduire des principes non écrits dans notre droit constitutionnel. Le préambule, qui stipule que le Canada possède une constitution qui repose sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni, incorpore les principes du droit constitutionnel anglais qui ne sont pas incompatibles avec notre droit constitutionnel écrit. Par exemple, l'indépendance judiciaire, la primauté du droit, la séparation des pouvoirs, certains privilèges parlementaires, le parlementarisme et la souveraineté parlementaire sont des principes de droit constitutionnel canadien qui ont été incorporés par le biais du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Existe-t-il des principes de droit non écrit qui garantiraient un statut constitutionnel aux municipalités et des pouvoirs autonomes de base? Nous envisagerons cette possibilité à l'aide de deux arguments. Le premier se rapporte à l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui prévoit le pouvoir unilatéral de la législature de modifier la constitution interne de la province. Nous nous arrêterons aux limites spécifiques non écrites développées par la jurisprudence dans le cadre de l'analyse de cet article. Le deuxième argument a trait à l'application des principes structurels de la Constitution, principalement les principes de la démocratie et de la protection des minorités.

²³¹ La Constitution du Canada comprend des dispositions écrites et des principes non écrits. La définition contenue dans le paragraphe 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée note 2, n'est pas exhaustive: *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, précitée note 101, pp. 876-877; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, aux pages 67-68; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité note 10, pp. 239-240.

²³² Warren J. Newman établit une distinction entre les conventions constitutionnelles et les principes structurels non écrits: « Les conventions sont soumises au respect des critères rigoureux appliqués pour déterminer leur existence. Les conventions constitutionnelles reposent elles-mêmes sur des principes et, à la différence des conventions constitutionnelles, les principes peuvent servir à interpréter la portée des dispositions constitutionnelles et législatives »: Warren J. NEWMAN, « Réflexions sur la portée véritable des principes constitutionnels dans l'interprétation et l'application de la Constitution du Canada » (2001-2002) 13 *N.J.C.L.* 117, pp. 126-127; Marc Cousineau affirme que, contrairement aux conventions constitutionnelles, les principes non écrits ont pleine force juridique: Marc COUSINEAU, « Le renvoi sur la sécession du Québec: la résurrection des droits linguistiques au Canada », (1999-2000) 11 *N.J.C.L.* 147, p. 155.

²³³ *S.E.F.P.O. c. Ontario (Procureur général)*, précité note 9.

²³⁴ *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée note 3.

A- Le recours à l'article 45 de la Loi constitutionnelle de 1982 pour protéger l'existence même d'un système municipal démocratique

L'existence même d'un système municipal démocratique est-elle garantie? Cette question nous amène à nous demander s'il serait possible juridiquement que les municipalités disparaissent complètement et que l'État gère seul, de manière centralisée, les services publics ou encore, que l'État nomme des représentants locaux et que d'autres aspects de la démocratie municipale soient éliminés. À la base, c'est à l'État qu'incombent la direction et la gestion des services publics dans un but d'intérêt général et c'est à l'Administration publique que l'État délègue le pouvoir et le devoir de garantir aux administrés des services publics adéquats. Le professeur Garant est d'avis qu'il y a tout de même une « constitutionnalisation croissante du droit administratif canadien » parce que plusieurs principes du droit administratif ont été constitutionnalisés et que le droit administratif sert de modèle à d'autres branches du droit.²³⁵ De manière imagée, il affirme : « l'Administration publique disparaîtrait qu'il faudrait la réinventer! » Or, l'administration municipale est une partie importante du droit administratif. C'est en raison de son importance grandissante et de sa spécificité que le droit municipal est distinct du droit administratif. Les institutions municipales constituent effectivement une branche du gouvernement. En ce sens, elles sont, selon nous, incluses dans la Constitution provinciale. Or, le pouvoir unilatéral d'une province de modifier sa constitution interne est soumis à des limites dont certaines sont non écrites. Ainsi, il est permis de croire que certains éléments propres aux institutions municipales pourraient être protégés par le droit constitutionnel non écrit, et exclu du pouvoir provincial de modification unilatéral de sa constitution.

1- Inclusion des institutions municipales dans la constitution provinciale

L'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que chaque législature provinciale a le pouvoir de modifier sa propre constitution, sauf certaines exceptions :

« Sous réserve de l'article 41, une législature a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province. »

²³⁵ Patrice GARANT et V. MORIN, « La nouvelle charte canadienne des droits et la constitutionnalisation du droit administratif » (1987) 3 *Rev. fr. dr. admin.* 58.

Cet article a deux fonctions : d'abord, il se retrouve dans la partie V de la *Loi de 1982* relative à la procédure de modification constitutionnelle, ensuite il constitue un chef de compétence législative pour les provinces. Effectivement, l'article 45 correspond à l'ancien article 92 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui lui, se retrouvait dans la section relative à la répartition des compétences législatives. Cet article permet donc à une province de modifier certaines dispositions qui se retrouvent dans la « Constitution du Canada » et qui touchent à l'organisation et au fonctionnement de ses organes étatiques. Il lui permet aussi de légiférer sur une question qui touche à ces mêmes questions qui font partie de ce qu'on appelle la « constitution provinciale »²³⁶.

La constitution provinciale n'est pas comprise dans un texte unique : elle se trouve en partie dans plusieurs dispositions législatives²³⁷. Des principes non écrits, tels que le principe du gouvernement responsable font aussi partie de la constitution d'une province²³⁸. Le contenu des constitutions provinciales est donc vague et vaste. Il comprend pratiquement tout ce qui a trait au fonctionnement et à l'organisation des organes de l'État provincial ainsi que des lois à caractère fondamental²³⁹.

La *Loi sur le ministère des Affaires municipales, des Régions et de l'Occupation du territoire*²⁴⁰ pourrait bien avoir été adoptée en vertu de l'article 45 et faire partie en ce sens de la constitution interne du Québec car elle traite de l'obligation du gouvernement d'organiser et de maintenir des institutions municipales dans la province :

« article 7 : Le ministre veille à la bonne administration du système municipal dans l'intérêt des municipalités et de leurs citoyens.

À cette fin, il doit notamment :

- 1- assurer l'organisation et le maintien d'institutions municipales là où la population le justifie;
- 2- promouvoir l'exercice de la démocratie municipale, en favorisant notamment la participation aux institutions municipales. [...] »

Ainsi, même si l'article 92(8) de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit le pouvoir législatif en matière d'institutions municipales, l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982* peut, lui aussi constituer un chef de compétence en matière municipale.

²³⁶ Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2002, p. 222.

²³⁷ *S.E.F.P.O. c. Ontario (Procureur général)*, précitée note 9; *Montplaisir c. Procureur général du Québec*, [1997] R.J.Q. 109 (C.S.).

²³⁸ Pour d'autres exemples, voir Benoît PELLETIER, *op.cit.*, note 37.

²³⁹ Nelson WISEMAN, "Clarifying Provincial Constitutions", (1996) 6 *N.J.C.L.* 269.

²⁴⁰ *Loi sur le ministère des Affaires municipales, des régions et de l'occupation du territoire*, précitée, note 173.

D'ailleurs, la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Westmount* (affaire des fusions sur l'île de Montréal) n'a pas écarté cette possibilité. Sans rejeter l'argument voulant que l'abolition des municipalités relève aussi de la constitution interne de la province, la cour d'appel n'a fait que rappeler que, de toute manière, la modification de la constitution provinciale était possible par voie législative en vertu de l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ainsi, la jurisprudence relative à l'article 45 pourrait s'appliquer, en certaines circonstances, aux institutions municipales.²⁴¹

Un autre argument se retrouve à l'article 3 de l'*Avant-projet de loi sur la souveraineté du Québec*²⁴² prévoyant que le gouvernement devait pourvoir à l'élaboration d'un projet de constitution pour le Québec qui spécifiait que la future constitution devrait prévoir « la décentralisation de pouvoirs spécifiques aux institutions locales et régionales ainsi que des ressources financières adéquates pour leur exercice »²⁴³. Il s'agit là d'un bon indicateur à l'effet que les institutions municipales possèdent un caractère fondamental.

L'affaire *S.E.F.P.O. c. Ontario*²⁴⁴ rendue par la Cour suprême en 1987 est très pertinente en l'espèce, car elle est venue apporter des précisions sur le contenu des constitutions provinciales et sur l'étendue des pouvoirs de modifier ces dernières. Dans cette affaire, la législation sur la fonction publique provinciale a été considérée comme faisant partie de la constitution provinciale et donc sujette à l'article 45²⁴⁵. La loi ontarienne sur les services publics²⁴⁶ interdisait aux fonctionnaires ontariens d'exercer certaines activités politiques, telles que de se présenter aux élections fédérales, sans prendre congé ou de faire du démarchage et de la sollicitation pour des partis politiques. La majorité des juges conclut que les dispositions contestées étaient fondées sur les paragraphes 92 (4) et 92 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui portent respectivement sur la fonction publique provinciale et sur la constitution provinciale. Ces dispositions obligeaient les membres de la fonction publique à s'abstenir d'exercer

²⁴¹ *Westmount (Ville de) et als c. Procureur général du Québec*, précité, note 11 : « [...] si tant est que l'abolition des municipalités ne relevait pas de l'application de l'article 92 (8) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais de la constitution interne de la province, celle-ci peut néanmoins la modifier législativement. »: p.2542.

²⁴² L'*Avant-projet de loi sur la souveraineté du Québec* a été déposé le 6 décembre 1994 par le premier ministre de l'époque, Jacques Parizeau : ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Avant-projet de loi sur la souveraineté du Québec*, 35^e Législature, 1^{re} session, 1994. Voir aussi Daniel TURP, *L'Avant-projet de loi sur la souveraineté du Québec, texte annoté*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995.

²⁴³ D. TURP, *Id.*, p. 35 et svt.

²⁴⁴ *S.E.F.P.O. c. Ontario (Procureur général)*, précité, note 9.

²⁴⁵ *Idem.*

²⁴⁶ *Public Service Act*, L.R.O. 1980, c. 418.

certaines activités politiques afin de protéger l'impartialité de la fonction publique considérée comme une condition essentielle au gouvernement responsable. Ainsi, même si les dispositions contestées se trouvaient dans une loi ordinaire de la province, elles étaient tout de même de nature constitutionnelle, car elles portaient sur le fonctionnement d'un organe du gouvernement, la fonction publique en Ontario, et avaient pour but de mettre en oeuvre un principe constitutionnel, celui de l'impartialité de la fonction publique, considérée comme une condition essentielle à l'existence d'un gouvernement responsable²⁴⁷. En comparaison, la *Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités*,²⁴⁸ à l'article relatif au droit de se porter candidat aux élections municipales contient également des règles spécifiques concernant l'inéligibilité des ministres provinciaux, par exemple, ou de certains fonctionnaires de la fonction publique québécoise²⁴⁹.

Si les chefs de compétence relatifs à la fonction publique sont essentiels à deux principes constitutionnels, c'est donc que la fonction publique elle-même est aussi essentielle. La Cour, toujours sous la plume du juge Beetz, affirmait :

«On peut dire de la même manière que la fonction publique en Ontario fait partie de l'exécutif du gouvernement de l'Ontario. Les ministres et le conseil exécutif de l'Ontario seraient impuissants et tout à fait incapables d'administrer la province s'ils étaient privés de la fonction publique et laissés à leurs propres moyens. Il est impossible de gouverner un grand État moderne sans une fonction publique relativement importante qui participe efficacement à l'exercice du pouvoir politique sous la surveillance des ministres responsables.»²⁵⁰

Comment est-il possible de ne pas appliquer ces propos à l'égard des institutions municipales? L'importance sociale et politique des administrations publiques locales ne fait pas de doute²⁵¹. L'activité réglementaire des municipalités est considérable et les municipalités sont appelées à dispenser des services publics nécessaires et indispensables de manière générale et de façon quotidienne. Le pouvoir réglementaire des municipalités est considérable et il semble impensable que l'État puisse fonctionner sans institutions locales. Les propos du Juge Beetz devraient s'appliquer également à l'article 92 (8) de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatif à la compétence sur les institutions municipales.

²⁴⁷ *S.E.F.P.O. c. Ontario (Procureur général)*, précité, note 9, p. 41.

²⁴⁸ *Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités*, précitée, note 135.

²⁴⁹ *Id.*, articles 61 à 67.

²⁵⁰ *S.E.F.P.O. c. Ontario (Procureur général)*, précité, note 9, p. 42.

²⁵¹ Le juge Lebel dans *R. c. Guignard*, précité, note 185, p. 482.

On peut effectivement faire un rapprochement avec l'arrêt *SEFPO*²⁵² et affirmer que certaines dispositions relatives aux institutions municipales visent des organes du gouvernement et ont pour but de mettre en œuvre des principes de droit constitutionnel. Si la fonction publique d'une province est un organe du gouvernement, il est incontestable que les institutions municipales constituent elles aussi des organes du gouvernement provincial; ce sont des gouvernements délégués qui mettent en application des principes de gouvernement importants. La Cour suprême a affirmé à plusieurs reprises le caractère politique et gouvernemental des institutions municipales²⁵³. Et les institutions municipales mettent en œuvre des principes constitutionnels fondamentaux dont celui de la démocratie représentative et celui qui s'exprime selon l'adage « no taxation without representation » qui, selon la Cour suprême, « est au cœur même de notre conception de la démocratie et de la primauté du droit »²⁵⁴. Dans l'affaire *Godbout*, le Juge LaForest affirmait que « les conseils municipaux sont élus démocratiquement par les citoyens et doivent leur rendre compte de la même façon que le Parlement et les Législatures provinciales sont responsables devant leur électorat respectif »²⁵⁵. Également, les municipalités mettent en œuvre le principe de la subsidiarité²⁵⁶.

On pourrait ainsi affirmer qu'une disposition législative qui prévoit l'organisation et le maintien d'institutions municipales là où la population le justifie (article 7 de la *Loi sur le ministère des Affaires municipales et des Régions*²⁵⁷) est de nature constitutionnelle, car elle porte sur le fonctionnement d'un organe du gouvernement, le gouvernement municipal, et a pour but de mettre en œuvre des principes constitutionnels, comme celui de la démocratie locale, du gouvernement responsable ou de la subsidiarité.

Selon le Juge Beetz dans *SEFPO*, une disposition qui « régleme la corrélation entre deux ou plusieurs branches (de gouvernement) » relève de la constitution interne²⁵⁸. Les municipalités et les provinces constituent justement deux branches de gouvernement et les dispositions qui régleme leur corrélation devraient faire partie

²⁵² *S.E.F.P.O. c. Ontario (Procureur général)*, précité, note 9.

²⁵³ Voir notamment les arrêts *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, précité, note 1, pp. 880 et 881 (J.Laforest); *Nanaimo (Ville de) c. Rascal Trucking Ltd*, précitée note 103, pp. 355-358 (J.Major); *Québec (P.G.) c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312, p. 324.

²⁵⁴ *Kingstreet Investments Ltd. C. Nouveau-Brunswick (Finances)*, [2007] 1 R.C.S. 3.

²⁵⁵ *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, précité, note 1, p. 881 (J.Laforest).

²⁵⁶ *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, précité, note 1.

²⁵⁷ *Loi sur le ministère des Affaires municipales, des régions et de l'occupation du territoire*, précitée note 173.

²⁵⁸ *S.E.F.P.O. c. Ontario (Procureur général)*, précité, note 9, p.39.

de la constitution interne de la province. Cependant, comme nous le verrons plus loin, le fait qu'une disposition fasse partie de la constitution provinciale ne signifie pas qu'elle soit nécessairement « enchâssée » dans la Constitution formelle et qu'elle soit protégée par une procédure de modification rigide²⁵⁹. Ainsi, les dispositions législatives portant sur le fonctionnement des institutions municipales et qui mettent en œuvre un principe de gouvernement feraient partie de la constitution de la province. *A fortiori*, une disposition qui prévoit l'existence même d'institutions municipales dans la province ferait partie de la constitution interne provinciale.

Enfin, le juge Beetz a donné une définition de la constitution provinciale qui, selon nous, peut certainement englober certains aspects relatifs aux institutions municipales :

« Pour résumer donc, et sous réserve de ce que je mentionnerai plus loin, une disposition peut généralement être considérée comme une modification de la constitution d'une province lorsqu'elle porte sur le fonctionnement d'un organe du gouvernement de la province, pourvu qu'elle ne soit pas par ailleurs intangible parce qu'indivisiblement liée à la mise en œuvre du principe fédéral ou à une condition fondamentale de l'union et pourvu évidemment qu'elle ne soit pas explicitement ou implicitement exemptée du pouvoir de modification que le par. 92 (1) accorde à la province [...] »²⁶⁰ (nos soulignés)

Tel qu'on le constate par cette citation, le pouvoir d'une province de modifier sa constitution n'est pas illimité. Nous avons démontré que l'existence de la troisième branche de gouvernement fait partie de la constitution provinciale : il faut maintenant regarder les limites au pouvoir unilatéral de la province de modifier sa constitution.

2- Les limites au pouvoir de modification unilatéral de la constitution provinciale

Si la constitution provinciale peut, en principe, être modifiée par voie législative ordinaire, il existe toutefois des exceptions écrites et non écrites. Les exceptions écrites sont comprises à l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui protège notamment la charge du Lieutenant-Gouverneur, le nombre de députés à la chambre des communes et certains aspects de l'usage du français et de l'anglais. De toute évidence, aucune de ces exceptions écrites ne vise directement les institutions municipales.

²⁵⁹ En effet, la plupart des dispositions qui font partie de la constitution provinciale peuvent être modifiées par la simple voie législative (article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*). Mais il existe des exceptions à ce pouvoir unilatéral provincial et nous tenterons de voir, un peu plus loin, si certaines dispositions qui ont trait aux municipalités peuvent échapper au pouvoir unilatéral de modification et donc, faire partie de la constitution formelle.

Les exceptions non écrites sont celles considérées par le juge Beetz comme étant « intangibles parce qu'indivisiblement liées à la mise en œuvre du principe fédéral ou à une condition fondamentale de l'union »²⁶¹. Dans l'affaire *Blaikie*²⁶², il a été jugé que l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* était une norme intangible, car il représentait une condition fondamentale de l'union. En ce sens, l'article 133 était inclus dans la constitution provinciale, mais aussi dans la Constitution du Canada et ne pouvait être modifié de manière unilatérale par la province. Peut-on dire que l'existence d'un système d'institutions municipales démocratiques est indivisiblement liée à la mise en œuvre du principe fédéral ou à une condition fondamentale de l'union?

Notre étude sur l'histoire municipale au début de cet ouvrage nous permet d'affirmer que même avant la Confédération, il existait des institutions municipales démocratiques (l'*Acte des municipalités et des chemins du Bas-Canada* de 1855²⁶³ en témoigne). La *Loi sur les corps municipaux* adoptée par le gouvernement de Robert Baldwin en 1849 était aussi fondamentale dans le Canada-Est (Haut Canada) et constituait « une grande extension de la démocratie »²⁶⁴. La présence d'institutions municipales élues, une nécessité selon Lord Durham, visait notamment à garantir une certaine indépendance vis-à-vis du pouvoir législatif. Mais aussi, elle assurait à la population anglo-saxonne l'application du principe du self-government qui lui était si cher. S'agissait-il d'une condition fondamentale de l'union? Assurément il s'agissait d'une question d'une importance fondamentale si on se fie aux rapports et commentaires des représentants royaux dans la période préconfédérative. Si Baldwin n'avait pas fait adopter la *Loi sur les corps municipaux* en 1849, si les représentants du Haut-Canada n'avaient pas pu garantir à la population des institutions municipales avec des représentants élus, est-ce qu'ils auraient accepté 18 ans plus tard de former une fédération? Selon nous, il s'agissait d'une question d'une importance fondamentale qui, si elle avait fait l'objet de controverses, aurait pu provoquer l'échec du projet confédératif.

Dans l'arrêt *Westmount c. P.G. Québec*, la Cour d'appel a dû se pencher sur un argument des villes anglophones appelantes qui prétendaient que la présence de municipalités anglophones constituait une condition fondamentale de l'Union et que, si

²⁶⁰ *S.E.F.P.O. c. Ontario (Procureur général)*, précité, note 9, p.40.

²⁶¹ *Idem*.

²⁶² *Québec (P.G.) c. Blaikie*, précité, note 253.

²⁶³ *Acte des municipalités et des chemins du Bas-Canada*, précitée, note 44.

²⁶⁴ GOUVERNEMENT DU CANADA, Bibliothèque et archives Canada, dictionnaire biographique du Canada en ligne (Robert Baldwin), reproduit en ligne, <http://www.biographi.ca/FR/ShowBio.asp?Biold=37884&query=> consulté le 02/02/2009

elles n'avaient pas été protégées dans la Constitution écrite, c'est qu'elles n'étaient pas vulnérables en 1867. La Cour d'appel affirma :

« Au moment de la Confédération, était en jeu la protection spécifique des minorités religieuses et non des municipalités. Si les pères de la Confédération avaient eu l'intention de protéger aussi les institutions municipales, ils l'auraient fait explicitement, comme ils l'ont d'ailleurs fait pour les comtés dits protégés par l'art. 80 de la Loi constitutionnelle de 1867. »²⁶⁵

L'article 80 de la *Loi constitutionnelle de 1867* constituait effectivement une mesure de protection demandée par la minorité anglophone en 1867 : l'article prévoyait des comtés électoraux protégés ou intouchables, garantissant une représentation des anglophones à l'Assemblée législative. Cet article constituait très certainement une condition fondamentale de l'Union²⁶⁶. C'est pourquoi d'ailleurs l'article même inclut une procédure de modification rigide (modification devant être adoptée en 2e et 3e lecture avec le concours de la majorité des députés représentant toutes ces divisions ou districts électoraux). Si cet article, qui faisait sûrement partie de la Constitution de la province, a pu être abrogé par la législature²⁶⁷, il ne l'a été qu'en respectant la procédure de modification prévue à l'article 80. C'est dans un contexte de réforme électorale que l'article 80 a été abrogé, car les comtés protégés étaient devenus moins peuplés et donc, surreprésentés. Les représentants des comtés protégés ont toutefois été consultés et ont donné leur accord majoritaire (tel que prescrit par l'article 80) avant que l'article ne soit abrogé. Sans cet accord, il n'est pas certain que l'article 80 aurait pu être abrogé : l'Assemblée nationale reconnaissait la nécessité de respecter la procédure de modification interne prévue à l'article 80²⁶⁸. Ainsi, on ne peut affirmer que, même en reconnaissant que la présence d'institutions municipales était une condition fondamentale de l'union, celles-ci auraient pu être abolies de manière unilatérale par la législature comme ce fut le cas pour les districts électoraux protégés par l'article 80 car, précisément, l'article 80 n'a pas été abrogé par la procédure normale, mais par une procédure plus complexe.

De plus, à l'époque de l'abrogation de l'article 80, ni l'affaire *Blaikie*²⁶⁹, ni l'affaire *SEFPO*²⁷⁰ n'avaient été rendues par la Cour suprême. Une modification de l'article 80, sans respecter la procédure interne, aurait probablement constitué une atteinte à une

²⁶⁵ *Westmount (Ville de) et als c. Procureur général du Québec*, précité, note 11, par. 106.

²⁶⁶ Québec, Assemblée nationale, journal des débats, vol.10, no. 47 (19 décembre 1970), pp.2596-2619, voir notamment l'allocution du député Jean-Jacques Bertrand, p. 2598.

²⁶⁷ *Loi concernant les districts électoraux*, S.Q. 1970, ch.7.

²⁶⁸ *Idem.*

²⁶⁹ *Québec (P.G.) c. Blaikie*, précité, note 253.

²⁷⁰ *S.E.F.P.O. c. Ontario (Procureur général)*, précité, note 9.

condition fondamentale de l'Union, car l'article 80 avait pour but de garantir la représentation de la minorité anglophone²⁷¹. Il faut dire toutefois qu'en 1970, la population de ces comtés protégés était devenue majoritairement francophone, signe de la migration de la minorité anglophone. Une migration vers les municipalités anglophones ? La minorité anglophone se sentait-elle mieux représentée au niveau municipal ? Plus qu'au niveau des circonscriptions électorales, on peut avancer que c'est au niveau municipal que la minorité anglophone se concentre²⁷². C'est probablement pourquoi la municipalité est considérée comme une institution à laquelle on peut conférer certains droits de nature linguistique : la *Charte de la langue française* prévoit un statut bilingue aux municipalités dont plus de la moitié des résidents sont de langue maternelle anglaise²⁷³. Si la protection des circonscriptions anglophones constituait une condition fondamentale de l'Union, car elle assurait la représentation politique des anglophones, la présence d'un système municipal constituait probablement aussi une condition fondamentale de l'Union, car elle assurait aussi à la minorité anglophone une certaine représentation politique. Quant au fait qu'elle n'ait pas fait l'objet de protection constitutionnelle écrite, on sait désormais que plusieurs éléments du système politique canadien sont issus de sources non écrites, comme la neutralité de la fonction publique canadienne reconnue dans l'arrêt *SEFPO*. Peut-être que les anglophones considéraient simplement que l'article 92 (8) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui accordait le pouvoir sur les institutions municipales à la législature provinciale garantissait implicitement l'existence de telles institutions ou encore, qu'étant assurés d'une représentation à l'assemblée législative par l'application de l'article 80, ils veilleraient à protéger ces institutions.

Dans l'affaire *SEFPO*, le Juge Beetz ajouta une autre limite au pouvoir d'une province de modifier sa constitution :

« Bien que cette opinion incidente ne vise que les faits particuliers de cette affaire, elle peut étayer la proposition plus générale que le pouvoir de modification constitutionnelle que le par. 92 (1) de la Loi constitutionnelle de 1867 accorde aux provinces ne comprend pas nécessairement le pouvoir de provoquer des bouleversements constitutionnels profonds par l'introduction d'institutions politiques étrangères et incompatibles avec le système canadien. »²⁷⁴ (nos soulignés)

²⁷¹ Bayard REESSOR, *The Canadian Constitution in Historical Perspective*, Prentice-Hall Canada, Scarborough, 1992, p 199.; Pierre DUGUAY, *Jalons pour la réforme électorale*, Éd. Homo Quebecensis, Nicolet, 1970, pp.79-80.

²⁷² Par exemple, depuis 1873, la Ville de Westmount dessert une population majoritairement de langue maternelle anglaise : *Mémoire de la Ville de Westmount*, p. 14, déposé dans le cadre de l'affaire *Baie D'Urfé (Ville de) c. Québec (Procureur général)*, précité, note 11.

²⁷³ *Charte de la langue française*, L.R.Q., chapitre C-11, article 29.1.

²⁷⁴ *S.E.F.P.O. c. Ontario (Procureur général)*, précité, note 9.,p. 47.

Le juge Beetz faisait référence à l'affaire de 1919 sur les référendums délibératifs au Manitoba²⁷⁵. Un référendum délibératif aurait introduit un nouvel organe législatif au Manitoba. Même si la province peut modifier sa constitution interne, elle ne peut provoquer des changements constitutionnels profonds ou incompatibles avec le système politique canadien. Une mesure qui porte atteinte de manière significative au principe non écrit du gouvernement responsable provoque certainement des bouleversements constitutionnels profonds. Nous soumettons que, au même titre, une mesure cherchant à éliminer toutes les institutions municipales dans une province provoquerait des bouleversements tels dans le contexte politique canadien qu'elle serait probablement inconstitutionnelle.

Le professeur et auteur Jacques L'Heureux affirme que « les collectivités locales municipales forment justement la base de notre organisation gouvernementale démocratique »²⁷⁶. Rappelons-nous que, à l'époque de l'introduction du gouvernement responsable dans la période préconfédérative, l'instauration d'un régime municipal démocratique était aussi importante que le principe du gouvernement responsable ou que celui du parlementarisme. Aucun de ces principes ne fut toutefois constitutionnalisé par écrit. Il n'en reste pas moins que ce sont des principes constitutionnels d'une importance fondamentale qui font certainement partie de la Constitution à titre de conventions constitutionnelles, mais peut-être même du droit constitutionnel, susceptible de sanction par les tribunaux²⁷⁷.

Les Pères de la Confédération ont prévu que les provinces auraient la compétence de légiférer sur les institutions municipales : avaient-ils prévu que la législature pourrait se départir complètement de ces institutions démocratiques? La disparition des institutions municipales constituerait un bouleversement constitutionnel profond et une administration municipale non élue issue d'une forme de déconcentration introduirait des « institutions politiques étrangères et incompatibles avec le système politique canadien ». La Cour supérieure du Québec a déjà indiqué que « juridiquement parlant » une législature pouvait se départir de ses institutions municipales, mais que

²⁷⁵ *In re Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935.

²⁷⁶ J. L'HEUREUX, *Droit municipal québécois*, *op.cit.*, note 18, p. 4.

²⁷⁷ Le professeur Gélinas de la faculté de droit de l'Université McGill affirme que le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* (précité, note 10) a conféré un nouveau statut aux conventions constitutionnelles: « Un processus historique a-t-il ainsi été engagé qui mène inexorablement à la mort annoncée des conventions, ou à leur absorption graduelle dans le corpus grandissant du droit constitutionnel non écrit? On pourrait être tenté de la croire. » dans Fabien GÉLINAS, « La Cour Suprême du Canada et le droit politique » (2008) 24 *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel* 72, p.76

« politiquement parlant », cela s'avérerait impensable²⁷⁸. La « tradition », comme l'affirme le juge Lebel de la Cour suprême²⁷⁹, de posséder des administrations municipales fortes, fait partie de l'expérience démocratique canadienne. Il y aurait probablement violation du droit constitutionnel non écrit si une province se départissait de toutes ses institutions municipales²⁸⁰.

3- Les éléments spécifiques intangibles propres aux institutions municipales

L'aspect principal des institutions municipales qui échapperait, selon nous, au pouvoir unilatéral de modification consiste en leur existence même. Tel que nous l'avons énoncé plus haut, reconnaître le statut constitutionnel des municipalités serait reconnaître que les institutions municipales, en tant que troisième branche du gouvernement, sont protégées et qu'on ne peut les faire disparaître de l'organisation politique au Canada.

Si la question de la disparition complète du système municipal semble théorique, la protection constitutionnelle de l'existence des institutions municipales est loin d'être sans intérêt. Nous avons vu que, pour justifier la décision de ne pas accorder de pouvoirs autonomes aux municipalités, les tribunaux se fondent sur l'argument de l'absence de statut constitutionnel des municipalités et l'existence du pouvoir plénier des provinces, incluant le droit d'éliminer complètement les institutions municipales. Qu'il nous soit permis de rappeler certaines citations dans la jurisprudence canadienne:

*« It is not obligatory of the Province to have municipalities and municipal institutions, and had such institutions never been brought into being all their powers would be in the provincial Government. »*²⁸¹ (Cour du Banc du Roi du Manitoba, 1931)

*« Municipalities (...) have no constitutional status (...) with no existence independant of the Legislature or governments of the province. »*²⁸² (Haute Cour de Justice de l'Ontario, 1983)

²⁷⁸ *Sainte-Rose-du-Nord (Paroisse de) c. Québec (P.G.)*, précité, note 87, p. 90 (le juge Desmeules citait le professeur Jacques L'heureux). Voir aussi *Mont-Tremblant (Municipalité de) c. St-Jovite (paroisse de)*, précité, note 2, p. 2314 (J. Lebel).

²⁷⁹ *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, précité, note 1, p. 276.

²⁸⁰ C'est peut-être ce que veut dire le professeur L'Heureux lorsqu'il affirme que « légalement parlant, [chaque législature provinciale] pourrait supprimer les institutions municipales dans sa province »: J. L'HEUREUX, *op.cit.*, note 18, pp. 17-18; Par contre, dans *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69 la Cour suprême reconnaît à nouveau la convention constitutionnelle de la neutralité politique et explique que les lois entérinant les conventions constitutionnelles ne font pas automatiquement partie intégrante du droit constitutionnel, elles constituent plutôt de simples lois ordinaires et peuvent faire l'objet d'un examen en vertu des normes constitutionnelles supérieures.

²⁸¹ *Brandon v. Municipal Commissioner*, précité, note 2, p. 402.

²⁸² *Re McCutcheon and City of Toronto et al.*, précité, note 84, p. 663

*« Municipal institutions are creatures of the legislature and exist only if provincial legislation so provides. »*²⁸³ (Cour divisionnaire de l'Ontario 1997)

*« (...) les municipalités exercent des pouvoirs et des fonctions confiées par les législatures provinciales dont ces dernières devraient autrement se charger. »*²⁸⁴ (Cour suprême du Canada, 1997)

Ainsi, bien que, selon nous, ces citations ne constituent pas la *ratio* des jugements qui les contiennent²⁸⁵, elles perpétuent l'idée que les municipalités pourraient, en théorie, disparaître complètement. Justement, si on démontre que la disparition complète des municipalités est inconstitutionnelle, on remet en question le pouvoir absolu et total de la législature provinciale en matière municipale : on exclut la possibilité d'éliminer complètement le système municipal. Or, si l'existence des municipalités est garantie, l'attribution de pouvoirs minimum à ces municipalités va de pair. Sinon, nous aurions affaire à une « coquille vide ». C'est le juge Lagacé de la Cour supérieure dans l'arrêt *Baie D'Urfé* qui utilise cette expression :

*« Il deviendrait illusoire d'affirmer, comme le suggèrent certains demandeurs, que la Législature puisse retirer tous les pouvoirs à une municipalité en vertu du pouvoir que lui confère la Loi constitutionnelle de 1867, mais ne pourrait pas par ailleurs les abolir. Un tel raisonnement revient à dire que la province pourrait tout au plus créer une « coquille vide » sans pouvoirs réels. »*²⁸⁶

Pris *a contrario*, avec la prémisse que les institutions municipales ne peuvent être complètement abolies, ce même raisonnement du Juge Lagacé se présente comme suit : il deviendrait illusoire de prétendre que la législature ne peut abolir les municipalités, mais pourrait par ailleurs leur retirer tout leurs pouvoirs, car ceci reviendrait à dire que la législature pourrait créer des « coquilles vides ».

Dans l'arrêt *Ste-Rose*, le juge Desmeules de la Cour supérieure cite le passage suivant d'un mémoire de l'Union des municipalités régionales de comtés du Québec (UMRCQ) sur la possibilité de la disparition complète des municipalités :

*« Il a souvent été dit que cette possibilité était théorique, mais l'octroi d'un statut juridique formel renforcerait l'autorité régionale et l'autorité locale et établirait enfin le statut des municipalités régionales et locales comme palier de gouvernement. »*²⁸⁷

Ainsi, nous croyons que la démonstration que le système municipal ne peut disparaître complètement a des conséquences juridiques et politiques. Les raisons qui nous portent

²⁸³ *East York (Borough) c. Ontario (Attorney General)*, précité, note 92, p.797-798 (O.C.G.D.).

²⁸⁴ *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, précité, note 1, p. 881 (J.Laforest)

²⁸⁵ Voir la section de cet ouvrage intitulée « La jurisprudence relative à l'absence de statut constitutionnel des municipalités et l'introduction au Canada du *Dillon's rule* américain ».

²⁸⁶ *Baie D'Urfé (Ville de) c. Québec (Procureur général)*, précité, note 11, p. 1605.

²⁸⁷ *Sainte-Rose-du-Nord (Paroisse de) c. Québec (P.G.)*, précité, note 87, p.90 (C.S.Q.)

à croire que la protection des institutions municipales en tant que troisième branche de gouvernement constitue un principe qui, si on y portait atteinte, provoquerait des bouleversements constitutionnels profonds, tiennent d'une part au caractère hautement problématique de la chose sur le plan organisationnel (on imagine mal une province fonctionner sans municipalités), et d'autre part, au principe de la démocratie. À cet effet, nous renvoyons le lecteur à la section portant sur ce principe structurel²⁸⁸.

Un autre élément qui doit être exclu du pouvoir unilatéral de modification de la législature est le retrait, aux municipalités, de leurs pouvoirs en matière municipale. Tel que nous avons tenté de le démontrer plus haut, l'existence de municipalités implique aussi que les municipalités sont « effectives » et qu'elles ne sont pas des « coquilles vides ». Elles possèdent donc des pouvoirs de base, des pouvoirs autonomes. Ces pouvoirs autonomes doivent cependant être limités aux matières d'intérêt purement municipal. Ceci est conforme avec ce que nous avons énoncé dans les sections précédentes. Ce point de vue est aussi conforme avec l'arrêt *Hudson* qui applique le principe de la subsidiarité en matière municipale :

*« Il ne suffit pas qu'une question particulière soit devenue une préoccupation urgente selon la collectivité locale. Cette préoccupation doit avoir trait à des problèmes touchant la collectivité comme entité locale et non pas comme membre de la société au sens large. Elle doit être étroitement liée aux intérêts immédiats de la collectivité (...) Elle ne permet pas aux administrations publiques locales et aux collectivités locales d'exercer des pouvoirs pour des questions ne relevant pas du domaine traditionnel des intérêts municipaux, même si les pouvoirs municipaux doivent être interprétés de façon large et libérale »*²⁸⁹

Ainsi, les pouvoirs autonomes protégés sont ceux qui ont trait aux affaires qui relèvent du domaine traditionnel des intérêts municipaux²⁹⁰.

Le dernier élément qui, selon nous, doit faire partie des aspects intangibles des institutions municipales est leur caractère démocratique. Nous entendons ici que les institutions municipales doivent être gérées par des représentants élus. Ce dernier point sera examiné plus en profondeur dans la prochaine section qui porte sur les principes structurels de la Constitution.

Pour conclure, il semble que l'existence d'institutions municipales démocratiques et pourvues de pouvoirs généraux autonomes en matière d'intérêt purement municipal devrait, à tout le moins, être considérée comme protégée par une convention

²⁸⁸ Voir la section portant sur le principe de la démocratie.

²⁸⁹ *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, précité, note 1, p. 277-278

constitutionnelle puisque toutes les conditions requises semblent remplies²⁹¹. Les institutions municipales démocratiques ont toujours existé au Canada, même avant la Confédération (précédents), les politiciens reconnaissent que la présence d'institutions municipales démocratiques est essentielle et nécessaire²⁹² (reconnaissance des acteurs), tout en reconnaissant la souveraineté législative des provinces relativement aux institutions municipales et, finalement, l'existence des institutions municipales démocratiques répond à des exigences fondamentales, comme la démocratie locale, la représentativité gouvernementale, la subsidiarité et le principe du « no taxation without representation » (raison d'être).

Regardons maintenant la question des principes structurels de la Constitution, tels que définis dans le *Renvoi relatif à la sécession* et demandons-nous dans quelle mesure ils pourraient être invoqués pour affirmer le statut constitutionnel des municipalités.

B- La place des principes constitutionnels structurels en matière municipale

Depuis la fin des années 90, la Cour suprême du Canada semble donner une place de plus en plus importante aux principes constitutionnels non écrits. La Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*²⁹³ a regroupé les principes non écrits sous les termes de « principes structurels sous-jacents à la Constitution canadienne ». Si un nom a été donné à ces principes, ni les tribunaux, ni les auteurs de doctrine ne s'entendent sur leur portée et sur leur force normative : dans certains cas, on leur prête une valeur supralégislative et ils peuvent servir d'argument pour faire invalider des textes de loi de manière autonome²⁹⁴, dans d'autres cas, la souveraineté parlementaire prend le dessus et ils ne peuvent être utilisés que de manière accessoire, à titre de

²⁹⁰ Voir *infra*, note 601.

²⁹¹ Les trois conditions sont: la présence de précédents, la reconnaissance des acteurs (élément normatif) et une raison d'être: *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, précité, note 101.

²⁹² Voir toute la section relative à la *Loi sur les compétences municipales*, *infra*, Partie I, section B, 2 a)ii.

²⁹³ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, note 10.

²⁹⁴ Dans l'affaire *Conseil de la magistrature du Québec c. Commission d'accès à l'information*, [2000] R.J.Q. 638, la Cour d'appel du Québec examine l'applicabilité d'une loi au Conseil de la magistrature du Québec et conclut que le principe non écrit de l'indépendance judiciaire possède un caractère "supralégislatif", ce qui justifie la déclaration d'inapplicabilité (et non d'invalidité constitutionnelle de la loi).

principe d'interprétation²⁹⁵. On peut alors se demander quels critères utilisent les tribunaux pour se servir des principes non écrits et si ces critères sont applicables de la même façon pour tous les principes. On peut aussi se demander comment les tribunaux s'y prennent pour déterminer la nature des principes et circonscrire leur portée.

Examinons d'abord la jurisprudence et la doctrine relatives aux principes structurels non écrits; nous étudierons ensuite la pertinence de deux de ces principes, soit la démocratie et la protection des minorités, pour la reconnaissance d'un statut constitutionnel des municipalités au Canada.

1- La nature des principes structurels et leur force normative

a- Les différentes interprétations jurisprudentielles

Dans ses jugements où elle a référé aux principes constitutionnels non écrits, la Cour suprême n'a pas toujours été claire. Ainsi, dans le *Renvoi sur la rémunération des juges*²⁹⁶ et dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*²⁹⁷, la Cour suprême laisse entrevoir la possibilité de recourir aux principes structurels dans plusieurs domaines pour contester les actes étatiques. Par contre, les autorisations d'appel à la Cour suprême de causes impliquant des arguments fondés sur la thèse des principes non écrits sont très souvent refusées, ce qui limite les possibilités pour la Cour suprême de s'expliquer²⁹⁸. C'est que les tribunaux semblent avoir beaucoup de difficulté à comprendre le sens et la portée des principes non écrits et hésitent à leur donner effet. Bref, l'argumentaire fondé sur les principes non écrits est possible, mais les tribunaux ne savent pas trop comment s'en servir et la Cour suprême ne semble pas prête à clarifier la situation.

Pourtant, l'argumentaire fondé sur les principes non écrits existe bel et bien et peut donner place à l'édiction de normes de nature obligatoire. Dans le *Renvoi relatif aux*

²⁹⁵ Voir par exemple : *Bacon c. Saskatchewan Crop Insurance Corp* (1999), 180 Sask. R. 20 (C.A.) ; *Singh c. Canada (P.G.)*, (2000) 3 F.C. 185 (C.A.) ; *Baie D'Urfé (Ville) c. Québec (P.G.)*, précité, note 11.

²⁹⁶ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [précité note 23].

²⁹⁷ Précité, note 10.

²⁹⁸ *Hogan v. Newfoundland (A.G.)*, (2000) 189 Nfld. & P.E.I.R. 183 (C.A.); *Singh c. Canada*, précité, note 295 (principes de la séparation des pouvoirs, de l'indépendance judiciaire et de la primauté du droit); *Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.*, précité, note 295, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée 27469 (principe de la primauté du droit) ; *Westmount (Ville de) et als c. Procureur général du Québec*, précité, note 11, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 28869 (démocratie et droits des minorités).

*droits linguistiques au Manitoba*²⁹⁹ de 1985, la Cour suprême donna au principe de la primauté du droit une force normative substantielle afin de repousser la date d'invalidation des lois manitobaines unilingues qui avaient été adoptées en contravention avec la Constitution. Dans l'affaire *New-Brunswick Broadcasting*³⁰⁰, la Cour suprême invoquait le privilège parlementaire de refuser l'accès aux médias au cours des assemblées et donnait à ce privilège non écrit un statut constitutionnel ayant une force normative en conséquence. Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges*³⁰¹, la Cour suprême avançait que le principe de l'indépendance judiciaire était un principe non écrit et concluait qu'une loi pouvait être invalidée en raison de son incompatibilité avec ce principe. Même si la décision a strictement été rendue en vertu de l'article 11 d) de la *Charte canadienne*, la longue analyse du juge Lamer ainsi que l'utilisation subséquente de ce jugement par les tribunaux inférieurs indiquent que la Cour suprême considère le principe de l'indépendance judiciaire comme un principe non écrit découlant du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* avec une force normative spécifique³⁰². Et, comme nous l'avons vu plus haut, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*³⁰³, la Cour suprême confirmait l'existence de principes constitutionnels non écrits et s'appuyait sur ces principes, quatre en particulier, pour établir le cadre juridique relatif à la sécession d'une province du Canada.

Pour les besoins de la cause, examinons plus en profondeur le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. Dans cette affaire, la Cour suprême devait répondre à la question suivante : « Le Québec peut-il procéder de manière unilatérale à la sécession du Québec? » Pour répondre à cette question, la Cour n'a pas cru bon de répondre en vertu de la procédure de modification constitutionnelle. La Cour suprême a eu recours à quatre principes constitutionnels pour rendre sa décision : les principes du fédéralisme, de la démocratie, de la primauté du droit et du constitutionnalisme et le principe de la protection des minorités³⁰⁴. Sa décision donna lieu à la création d'une nouvelle obligation constitutionnelle — l'obligation de négocier — imposée à toutes les parties impliquées à la suite d'un référendum qui, en réponse à une « question claire»,

²⁹⁹ *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S.721.

³⁰⁰ *New-Brunswick Broadcasting Co. C. Nouvelle Écosse (Président de l'Assemblée législative)* [1993] 1 R.C.S.319.

³⁰¹ *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, précité, note 231.

³⁰² Jean LECLAIR et Yves-Marie MORISSETTE, « L'indépendance judiciaire et la Cour suprême : reconstruction historique douteuse et théorie constitutionnelle de complaisance », (1998) 36 *Osgoode Hall L.J.* 485.

³⁰³ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, note 10.

³⁰⁴ *Id.*, p.239.

obtiendrait une « majorité claire » en faveur de la sécession. Cette obligation de négocier, qui repose principalement sur les principes de la démocratie et du fédéralisme, vaut en fait pour toute tentative de modification constitutionnelle et non seulement en cas de sécession. Si une partie refusait de négocier ou faisait preuve de mauvaise foi en ne respectant pas les principes structurels, la légitimité de ses revendications serait mise en péril. L'ambiguïté de cette décision tient donc à l'idée que l'obligation de négocier est constitutionnelle, mais que la sanction du non-respect de cette obligation est politique. Cette ambiguïté se retrouve au niveau de la force normative des principes, mais aussi au niveau de la portée des principes et de leur signification concrète, de leur contenu.³⁰⁵

Dans le *Renvoi relatif à la sécession*, la Cour affirme donc que les principes constitutionnels sous-jacents peuvent parfois « donner lieu à des obligations juridiques substantielles » ou encore, qu'ils ont « plein effet juridique »³⁰⁶, et donc limitent l'action étatique. Les principes « peuvent donner naissance à des obligations très abstraites et générales, ou à des obligations plus spécifiques et précises » et ils « ne sont pas simplement descriptifs; ils sont aussi investis d'une force normative puissante et lient à la fois les tribunaux et les gouvernements ».³⁰⁷ Dans le même ordre d'idée, la Cour reprend les propos tenus par la majorité dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale*³⁰⁸ à l'effet que le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* est une invitation pour les tribunaux à « transformer ces principes en prémisses d'une thèse constitutionnelle qui amène à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel ».³⁰⁹ On peut toutefois se demander : qui a le pouvoir d'affirmer que ces dispositions expresses sont incomplètes? Il existe incontestablement des lacunes dans la constitution écrite, mais ces lacunes peuvent référer à l'absence totale d'un sujet (on parle même de silence dans la Constitution), comme elles peuvent référer à un sujet traité expressément, mais peut circonscrit. Il devient donc extrêmement difficile et subjectif d'identifier la nature et la portée des normes non écrites. C'est probablement pourquoi les tribunaux refusent de saisir les opportunités d'appliquer les enseignements de la Cour suprême, préférant sûrement laisser la Cour suprême s'occuper elle-même de déterminer ce qui est constitutionnel et ce qui ne l'est pas.

³⁰⁵ Peter W. HOGG, *op.cit.* note 223, p. 15-54 ; Jean LECLAIR, « Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles », 27 (2001) *Queen's Law Journal*, 389.

³⁰⁶ Selon les termes du *Renvoi: résolution pour modifier la Constitution*, précité, note 101, p. 845.

³⁰⁷ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, note 10, p. 249.

³⁰⁸ Précité, note 231.

Les principes structurels constituent donc une limite à l'action étatique et font partie de la Constitution du Canada au sens général du terme. En pratique, ils pourraient être utilisés pour invalider une mesure législative. Toutefois, la Cour exprime une réserve importante. Tout en reconnaissant que les principes structurels ont un plein effet juridique, peuvent combler les vides de la Constitution, et lient les tribunaux et les gouvernements, la Cour suprême rappelle que la reconnaissance de ces principes « n'est pas une invitation à négliger le texte écrit de la Constitution » et qu'il est essentiel d'insister sur la primauté de la Constitution écrite.³¹⁰

Que faut-il conclure de tout cela? D'abord, il apparaît clair que les tribunaux peuvent faire découler des principes structurels des obligations juridiques. La juge McLachlin, dans un discours prononcé en 2005, affirmait « qu'il existe bel et bien des principes non écrits, sans lesquels le droit deviendrait contradictoire et se détruirait lui-même, et il incombe aux juges, non seulement de découvrir ces principes, mais aussi de les appliquer »³¹¹. Mais force est de constater que, après le *Renvoi relatif à la sécession* et le *Renvoi sur la rémunération des juges*, la plupart des recours fondés sur les principes non écrits n'ont pas porté fruits et les tribunaux ont insisté davantage sur la souveraineté parlementaire (un autre principe non écrit) dans les jugements dans lesquels les principes structurels ont été invoqués.

Effectivement, la jurisprudence ayant refusé d'invalider une loi en vertu d'un principe structurel est considérable³¹². À titre d'exemple, regardons l'affaire *Westmount*³¹³ qui traitait justement des institutions municipales. Dans cette affaire, la Cour d'appel du Québec affirmait que les tribunaux sont autorisés à invalider une loi en vertu d'un

³⁰⁹ *Id.*, p. 75.

³¹⁰ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, note 10, p. 249.

³¹¹ Allocution de la juge en chef de la Cour suprême du Canada, l'Honorable Beverly McLachlin, prononcée en Nouvelle-Zélande lors de la « Lord Cooke Lecture » le 1^{er} décembre 2005, extrait cité dans reproduit dans Fabien GÉLINAS, « La Cour suprême et le droit politique », *loc.cit.*, note 277, p.75.

³¹² *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 475, par. 66; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, par. 137; *Singh c. Canada (P.G.)*, précité note 295 (principes de la séparation des pouvoirs, de l'indépendance judiciaire et de la primauté du droit); *Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp.*, précité note 295 (principe de la primauté du droit); *Canada (P.G.) c. Alliance de la fonction publique du Canada* [2000] 1 C.F. 146 (principe de la primauté du droit); *Pfizer c. Canada*, [1999] 4 C.F. 441 (Primauté du droit); *Val-St-François (Coalition des citoyens et citoyennes du) c. Québec (Procureure générale)*, [2001] R.J.Q.2281 (primauté du droit); *JTI-MacDonald Corp. c. British Columbia (A.G.)* (2000), 184, D.L.R. (4th) 335 (primauté du droit, séparation des pouvoirs); *Westmount (Ville de) et als c. Procureur général du Québec*, précité note 11 (droits des minorités, démocratie); *Samson c. Canada (P.G.)*, (1998) 165 D.L.R. (4e) 342 (principe de la démocratie); *Brown c. Alberta*, (1999) 177 D.L.R. (4e) 349 (démocratie).

³¹³ *Westmount (Ville de) et als c. Procureur général du Québec*, précité, note 11.

principe non écrit uniquement s'il existe un vide dans la Constitution et que les principes non écrits ne peuvent mettre en échec une disposition écrite de la Constitution³¹⁴. Les appelants devant la Cour d'appel prétendaient que la question de l'élimination des municipalités n'était pas prévue par la Constitution. La Cour d'appel préféra retenir l'idée que la compétence provinciale sur les institutions municipales était pleine et entière et, qu'à cet effet, un principe constitutionnel (*a fortiori* un principe constitutionnel non écrit) ne pouvait servir à invalider une autre partie de la Constitution (en l'occurrence, l'article 92(8) de la *Loi constitutionnelle*³⁷ de 1867):

*« Certains appelants, dont la Ville de Baie D'Urfé, plaident que l'existence de la compétence provinciale prévue à l'article 92 (8) est limitée par les Chartes et les principes structurels. Le procureur général a reconnu ce fait et nous en convenons. Par contre, les appelants lui donnent une interprétation large et extensive qui revient à nier complètement le rôle même du Parlement. Or, une partie de la Constitution ne peut servir en en annuler une autre. »*³¹⁵

Ce raisonnement nous apparaît douteux. D'abord, la Cour d'appel, tout en reconnaissant que la compétence législative relative aux institutions municipales est limitée par les principes structurels, n'analyse pratiquement pas l'argument des appelants quant à la violation de certains de ces principes dans la loi contestée. Pourtant, la Cour suprême est d'avis que les principes « guident l'interprétation de la définition des sphères de compétences »³¹⁶. L'élimination des municipalités est un aspect seulement de la compétence législative et il est faux de prétendre que de soustraire cet aspect de la compétence législative reviendrait à nier la compétence elle-même. Ce raisonnement impliquerait que bien peu de sujets pourraient se qualifier comme « vide constitutionnel » puisqu'il suffirait de rattacher le sujet à une compétence législative pour que les tribunaux concluent que la Constitution traite déjà du sujet en question. La Cour d'appel explique également qu'un « vide » de la Constitution ne peut être assimilé à un « silence » dans la Constitution :

*« Certains appelants plaident aussi que les principes structurels s'appliquent intégralement à l'espèce, puisque la Constitution est muette en ce qui concerne l'élimination des institutions municipales. [...] La réponse à cet argument est simple. Le seul silence de la Constitution écrite ne constitue pas nécessairement un vide. La Constitution ne pouvait et ne devait pas tout prévoir et la situation présente ne saurait être assimilée à un vide au sens que la Cour suprême donne à ce terme. »*³¹⁷

³¹⁴ *Id.*, p. 2536-2537.

³¹⁵ *Id.*, p. 2538.

³¹⁶ Renvoi relatif à la sécession du Québec, précité, note 10, p. 248.

³¹⁷ *Westmount (Ville de) et als c. Procureur général du Québec*, précité, note 11, par. 105 et 106.

Pourtant, on aurait pu affirmer la même chose en ce qui a trait à la sécession du Québec?³¹⁸ La procédure de modification qui s'appliquerait en cas de sécession d'une province ne constitue pas un sujet traité par la Constitution canadienne (il y a donc silence) mais cette question ne constitue pas non plus un vide. En effet, la sécession du Québec aurait nécessairement un impact sur d'autres dispositions constitutionnelles, notamment, toutes les dispositions qui traitent spécifiquement du Québec et qui devraient être modifiées en conséquence. Ce faisant, on pouvait facilement affirmer que l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne permet pas à une province de faire sécession par acte unilatéral ou par simple loi puisque, pour procéder à la sécession du Québec, des dispositions de la Constitution du Canada, qui échappent au pouvoir unilatéral de modification, devraient être modifiées³¹⁹. La Cour suprême aurait pu se contenter d'invoquer la portée limitée de l'article 45 afin de répondre négativement à la question du droit unilatéral d'une province de faire sécession. Il n'y avait donc pas véritablement de vide juridique malgré le silence relatif à la procédure de modification à appliquer en cas de sécession. Mais la Cour suprême s'est quand même fondée sur tous les principes structurels non écrits pour rendre sa décision, et non uniquement celui de la primauté de la Constitution. Ainsi, face à l'affirmation de la Cour d'appel que « le seul silence de la Constitution écrite ne constitue pas nécessairement un vide », on peut répliquer qu'un silence de la Constitution ne signifie pas nécessairement que les rédacteurs de la Constitution avaient l'intention de n'accorder aucune valeur constitutionnelle à ce qui n'a pas été énoncé expressément. Aucune disposition ne porte spécifiquement sur la démocratie dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et c'est pourtant sur ce principe qu'est fondée notre structure étatique³²⁰. Selon nous, les tribunaux devraient donc faire preuve de prudence avant de justifier leur décision de ne pas donner suite à l'argumentation fondée sur les principes non écrits uniquement sur la base qu'un sujet n'a pas été expressément prévu

³¹⁸ D'ailleurs, la doctrine parle souvent des mouvements sécessionnistes de certaines municipalités dans un contexte de droit à l'autodétermination interne: Howard HUSOCK, *Breaking up the Cities?: Behind the New Urban "Secession" Movements*, Taubman Center for State and Local Government, J.F.K. School of Government, Harvard University, 1998, en ligne: http://www.ksg.harvard.edu/taubmancenter/pdfs/working_papers/husock_98_cities.pdf consulté le 08/01/2009;

Frédéric CHARRETTE, « Les droits collectifs comme droits-libertés », (1997-98) 29 *Ottawa L. Rev.*, 303; Ivan BOEV, « Le droit des peuples à l'autodétermination en droit des minorités? » (2000) 317 *L'Europe en formation* 7, p. 27.

³¹⁹ Voir sur cette question André TREMBLAY, *Droit constitutionnel - principes*, 2^e ed, Montréal, Éditions Thémis, 2000, pp. 58-66; Guy TREMBLAY, « La procédure implicite de modification de la Constitution du Canada pour le cas de la sécession du Québec » (1998) 58 *R.du B.* 423.

³²⁰ Voir Marc COUSINEAU, « L'affaire Montfort : confirmation de la valeur des principes fondamentaux de la Constitution » (2001-2002) 13 *N.J.C.L.* 485, pp. 498-499.

à la Constitution et constitue donc « un silence » significatif, porteur de l'intention des rédacteurs de ne pas accorder de protection constitutionnelle.

La tendance est donc de faire prévaloir la souveraineté étatique et la primauté de la Constitution écrite sur les autres principes structurels non écrits, de sorte qu'il y aurait très peu de cas où une loi pourra être invalidée en vertu d'un principe structurel. Il y a, en fait, à l'heure actuelle, que quelques décisions qui se démarquent de cette tendance³²¹. Or, la plupart de ces décisions ont trait au principe de l'indépendance judiciaire et plus particulièrement à l'aspect rémunération des juges, ce qui soulève beaucoup de questions et de critiques³²². En effet, il apparaît étrange et douteux du point de vue de l'éthique que la quasi-totalité des affaires dans lesquelles une loi a été invalidée ou rendue inapplicable en vertu d'un principe non écrit concerne des situations où les juges sont directement impliqués, alors que rien dans l'analyse jurisprudentielle ne justifie ce traitement de faveur. Et peut-on réellement affirmer qu'il y a un vide dans la Constitution en ce qui concerne l'indépendance judiciaire?³²³

La seule autre décision ayant donné effet aux principes non écrits concerne l'invalidation d'une décision administrative et non d'une loi. Dans l'affaire *Lalonde*³²⁴ (ou affaire de l'Hôpital Montfort), la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la décision de première instance et a maintenu la déclaration d'invalidité de la directive gouvernementale de la Commission de restructuration des services de santé qui avait pour effet pratique de réduire l'accessibilité à des services hospitaliers en français en Ontario, ce qui contrevenait au principe de la protection des minorités. La Cour d'appel donna effet à l'argumentation fondée sur le principe non écrit de la protection des minorités pour contester la validité d'une décision administrative rendue par la Commission de restructuration des services de santé. Le tribunal de première instance et celui d'appel ont tenu à distinguer entre la loi et la directive administrative. La directive est un acte gouvernemental qui émane de la branche exécutive; quant à la loi, elle vient bien sûr de la législature, investie de la souveraineté parlementaire. Pour la

³²¹ *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, précité, note 12; *Conseil de la magistrature du Québec c. Commission d'accès à l'information*, précité, note 293; *Alberta Provincial Judges ' Assn. v. Alberta* (1999) 237 A.R. 276 (C.A.); *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureure générale)*, [2000] R.J.Q. 2803 (C.A.); *Manitoba Provincial Judges Assn. v. Manitoba (Minister of Justice)* (2001) 202 D.L.R. 4th 698 (Man. Q.B.).

³²² J.LECLAIR et Y.M. MORISSETTE, *loc.cit.*, note 301.

³²³ J.LECLAIR, *loc.cit.* note 304, p. 401; voir aussi le jugement du Juge LaForest, dissident dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, précité note 295.

³²⁴ *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, précité, note 12.

Cour, la Commission était un véhicule des « actes de gouvernement » qui doivent être conformes à la Constitution, comme l'explique la Cour suprême dans le *Renvoi sur la sécession*³²⁵. La référence à la conduite gouvernementale permet à la Cour de distinguer l'affaire Montfort d'une autre décision qui avait été rendue peu auparavant et qui avait refusé de procéder à l'invalidation d'une loi en vertu d'un principe structurel non écrit.³²⁶ Les juges expliquent qu'il y a « une différence entre la validité d'une disposition législative et la possibilité d'un comportement non constitutionnel en application de cette disposition »³²⁷. Cette affirmation est tout à fait justifiée. Par exemple, une loi qui délègue des pouvoirs de zonage peut être valide même si le règlement de zonage adopté en application de cette loi est, lui, inconstitutionnel parce que discriminatoire et portant atteinte au droit à l'égalité. Toutefois, si la loi elle-même prévoit une disposition de zonage contraire aux garanties constitutionnelles, la loi sera jugée invalide. Cet exemple démontre que, lorsqu'il s'agit de déterminer la constitutionnalité d'un acte étatique, il importe peu que l'acte en question émane de la législature, de l'exécutif ou des entités déléguées. C'est plutôt la nature de l'acte (acte gouvernemental ou privé) qui sera susceptible de soulever des questions quant à l'applicabilité de la Constitution. Quoi qu'il en soit, la loi est toujours soumise au respect de la Constitution. On a donc cherché, dans les jugements subséquents impliquant des arguments reliés aux principes structurels, à distinguer *l'affaire de l'Hôpital Montfort*³²⁸ des cas où l'on invoquait les principes pour invalider une loi³²⁹. Ainsi, on accepterait davantage qu'un principe non écrit puisse servir à contrôler l'activité des entités déléguées qu'à limiter les actes de la législature. Or, nous avons vu au chapitre portant sur les normes de contrôle en droit administratif (en l'espèce, les administrations municipales) qu'il existe plusieurs limites à l'action administrative : certaines sont de nature constitutionnelle comme la Charte canadienne, d'autres sont de

³²⁵ *Lalonde c. Ontario*, précité, note 12, p. 281 (O.S.C.J.); *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, note 10, p. 258.

³²⁶ *Singh c. Canada (P.G.)*, précité, note 295.

³²⁷ *Lalonde c. Ontario*, précité, note 12, qui cite le juge Chouinard dans *Commission des droits de la personne c. Canada (P.G.)* [1982] 1 R.C.S. 215, aux pp. 227-228.

³²⁸ *Lalonde c. Ontario*, précité, note 12.

³²⁹ La Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Westmount* affirme clairement qu'elle ne fait pas de commentaires sur l'affaire *Montfort* puisque la décision de la Cour d'appel de l'Ontario n'avait pas encore été rendue au moment de la rédaction du jugement. Par contre, elle souligne que cette affaire traite « d'une simple directive prise en vertu de la loi ontarienne », note 79 du jugement *Westmount (Ville de) et als c. Procureur général du Québec*, précité, note 11; Dans l'affaire *Grushman v. Ottawa (City)*, (2000) 29 Admin. L. R. (3d) 41 (Ont. Div. Ct.), la cour ontarienne a accordé à un citoyen le droit d'en appeler d'une décision de la Ontario Municipal Board, un organisme administratif, sur la base d'un argument possible fondé sur le principe de la protection des minorités : « It is appropriate for the court to intervene when necessary to protect against government action which fails to recognize this principle ». par. 23. Cependant, les appelants n'ont pas insisté sur ces arguments lors de l'appel : *Grushman v. Ottawa (City)*, (2001) 20 M.P.L.R. (3d) 10 (Ont. Div. Ct.).

nature administrative, comme l'excès de compétence ou l'erreur manifestement déraisonnable. Il est clair que les principes structurels sont de nature constitutionnelle. À l'instar de la *Charte canadienne*, les principes structurels devraient s'appliquer de la même manière à l'action gouvernementale qu'aux lois. Il s'agit d'une question de hiérarchie des normes et il n'y a aucune raison de faire une distinction entre l'invalidation de directives administratives et l'invalidation de lois lorsqu'il s'agit de garanties constitutionnelles³³⁰. Si on qualifie une norme de constitutionnelle, cette norme est susceptible de limiter toutes celles qui se trouvent en dessous de la Constitution, y compris la loi. Il est vrai que, dans cette affaire, les principes structurels servaient aussi à *interpréter* une loi, la *Loi sur les services en français*, et l'interprétation de la loi en conformité avec les principes structurels faisait en sorte que l'acte gouvernemental n'était pas autorisé, mais le résultat concret est que l'acte gouvernemental a été invalidé en vertu des principes structurels, car ceux-ci possédaient une valeur constitutionnelle, c'est-à-dire une valeur supralégislative³³¹.

Face à ces décisions parfois contradictoires et inconciliables, la doctrine a tenté de tirer ses conclusions.

b) *La doctrine et les diverses écoles de pensée*

La doctrine a tenté de trouver un lien entre les diverses affaires dans lesquelles les principes non écrits ont permis de contester les actes étatiques, cherchant du coup à établir des critères de mise en œuvre normative des principes³³².

De façon générale, les auteurs s'entendent pour dire que, minimalement, les principes structurels peuvent tous servir à interpréter la portée des dispositions constitutionnelles et législatives.³³³ Les auteurs Marc Cousineau et Dale Gibson, affirment que les

³³⁰ Selon nous, cette opinion est corroborée par Peter Hogg qui affirme que « même les pouvoirs administratifs sont interprétés à la lumière des principes non écrits » (traduction libre). Ceci signifierait que, a fortiori, les lois et les actes de l'administration sont sur un même pied d'égalité face à l'application des principes non écrits. P. HOGG, *op.cit.*, note 223, p. 25-52 (note 258).

³³¹ J. LECLAIR, *loc.cit.* note 305, p. 415.

³³² « Le défi consiste à faire en sorte [que les principes non écrits] soient employés d'une manière constante et mesurée, de façon à ce que l'édifice soit appuyé et non affaibli de l'intérieur, et à veiller à ce que leur croissance reste dans les « limites naturelles », de façon à ce qu'ils ne dépassent pas l'arbre lui-même pour éventuellement l'étrangler » : W. J. NEWMAN, *loc.cit.* note 231, p. 128. Marc Cousineau affirme quant à lui que « la Cour suprême n'a toujours pas développé la méthodologie que les tribunaux doivent suivre pour trancher les contestations fondées sur ces normes » : M. COUSINEAU, *loc.cit.* note 320, p. 487. Cet auteur propose une analyse en trois étapes pour déterminer si un principe, et la règle qui en découle, devraient être protégés par les tribunaux, voir *infra*, note 355.

³³³ W. J. NEWMAN, *loc.cit.*, note 231, pp. 126-127.

principes structurels ont pleine force juridique et sont clairement plus que de simples principes d'interprétation³³⁴. D'autres constatent que tous les principes n'ont pas la même valeur et donc, pas la même force juridique.

Par exemple, Jean Leclair reconnaît que la décision *Conseil de la magistrature du Québec c. Commission d'accès à l'information* autorise l'invalidation de lois sur la base du principe non écrit de l'indépendance judiciaire³³⁵. Reconnaisant que, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême a conclu qu'un référendum sur la souveraineté du Québec entraînait une obligation de négocier, obligation découlant des principes structurels de la démocratie et du fédéralisme, il se demande quel effet légal on devrait donner à un référendum sur d'autres questions, telles que la réforme municipale?³³⁶ Il suggère aussi de distinguer entre les principes constitutionnels larges et généraux et les règles de common law reconnues depuis toujours en droit anglais que les tribunaux élèvent au rang de règles constitutionnelles. L'affaire *New Brunswick Broadcasting*³³⁷ rendue par la Cour suprême en 1993, qui constitutionnalise le privilège parlementaire d'exclure les étrangers de l'enceinte du Parlement, est un bon exemple d'une règle de common law reconnue avant même la Confédération et constitutionnalisée par le biais du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Selon Leclair, il est plus légitime pour un tribunal de conférer un statut constitutionnel à une règle de common law appliquée depuis longtemps que de constitutionnaliser des principes abstraits desquels peuvent découler de nouvelles obligations constitutionnelles³³⁸. Or, pour le professeur Gélinas, le *Renvoi relatif à la sécession*³³⁹ a confirmé, par la reconnaissance des principes structurels non écrits, que les conventions constitutionnelles étaient désormais absorbées par le droit constitutionnel non-écrit et transformées en règle de common law, tout comme le processus historique d'absorption des privilèges parlementaires par la common law³⁴⁰. Pour le professeur Gélinas, les conventions constitutionnelles, les privilèges

³³⁴ M. COUSINEAU, *loc.cit.*, note 232, p.155 ; Dale GIBSON, « Constitutional Vibes, Reflections on the Secession Reference and the Unwritten Constitution » (2000) 11 *N.J.C.L.* 49; Voir aussi Marc COUSINEAU, « L'affaire Monfort, l'article 15 de la Charte et le droit de la communauté franco-ontarienne à ses institutions », (1997-1998) 29 *Ottawa L.R.* 369.

³³⁵ J. LECLAIR, *loc.cit.*, note 304, p. 426.

³³⁶ *Id.*, p. 408.

³³⁷ *New Brunswick Broadcasting*, précité note 299.

³³⁸ J. LECLAIR, *loc.cit.* note 305, pp. 402-405.

³³⁹ Précité, note 10.

³⁴⁰ Le professeur Fabien Gélinas considère que, depuis le *Renvoi relatif à la sécession*, la Cour suprême a reconfirmé le pouvoir des juges en matière constitutionnelle d'assurer la conformité du droit aux valeurs et principes reconnus au plan socio-politique. Ainsi, les conventions constitutionnelles reconnues par la Cour Suprême pourraient désormais se cristalliser en règle de common law par le biais des principes non écrits : F. GÉLINAS, *loc.cit.*, note 277, pp.75-77.

parlementaires et l'obligation constitutionnelle de négocier en cas de sécession ont ceci en commun : leur existence est reconnue par le droit constitutionnel, mais ce sont les acteurs politiques, et non les tribunaux, qui ont le soin de déterminer leur mode d'application³⁴¹ :

« C'est donc une cour suprême unanime qui planta le germe du « droit politique » dont le développement est esquissé ici, un droit qui prend sous sa coupe la normativité politique en lui aménageant un espace dont les cours de justice contrôlent désormais les frontières. Ce développement représente sans contredit un tournant important de l'histoire des institutions canadiennes.»³⁴²

Pour Fabien Gélinas, les conventions constitutionnelles constituent désormais du droit constitutionnel au sens normatif, non pas parce qu'elles peuvent faire l'objet d'une exécution forcée par les tribunaux, mais parce qu'elles sont reconnues par les tribunaux et qu'elles sont respectées par les acteurs politiques, ces derniers contribuant ainsi à accorder une valeur normative aux obligations constitutionnelles. Ce serait le cas par exemple du principe du gouvernement responsable qui constitue en soi une convention constitutionnelle, mais aussi un principe constitutionnel pourvu d'une force normative. Ainsi, l'interprétation traditionnelle de la sanction des conventions ne serait plus valide : les conventions seraient désormais cristallisées en common law, feraient partie du droit constitutionnel et seraient transformées en principes constitutionnels pourvus d'une force normative mixte (reconnaissance de l'existence du principe par les tribunaux et application du principe par les acteurs politiques). La reconnaissance du statut constitutionnel des municipalités peut certainement être protégée par le « droit politique» au sens entendu par le professeur Gélinas. Ce principe découlerait de l'application des principes structurels et de l'évolution des valeurs de la société moderne; les tribunaux seraient, selon nous, autorisés à contrôler les frontières de l'espace de l'action étatique relative aux institutions municipales³⁴³.

³⁴¹ La *Charte communautaire de la Colombie-Britannique* énonce aussi une obligation de négocier la modification du statut juridique des municipalités. L'article 276 dispose que la province doit consulter la principale association de municipalités en Colombie-Britannique (*Union of British-Colombia Municipalities*) avant de modifier la Charte et avant de retirer des pouvoirs et des droits prévus dans certaines lois applicables aux municipalités. Ainsi, un mécanisme de consultation, de négociation et d'arbitrage est instauré entre les municipalités et la province et garantit aux collectivités locales une certaine protection de leurs droits de nature quasi constitutionnelle : *Community Charter*, précitée, note 133.

³⁴² : F. GÉLINAS, *loc.cit.*, note 277, p.77.

³⁴³ Rappelons que trois auteurs prétendent qu'il existe désormais une convention constitutionnelle qui prévoit que les municipalités doivent être consultées par l'État provincial avant que celui-ci procède à une modification de leurs pouvoirs et de leurs droits : E.MEEHAN, R. CHIARELLI et M.-F. MAJOR, *loc.cit.*, note 95. Si on applique le raisonnement du professeur Gélinas (voir note précédente), cette convention serait en fait de la common law et ferait partie du droit constitutionnel. On pourrait donc croire que la *Charte communautaire de la Colombie-Britannique*, précitée, note 133, ne ferait qu'introduire dans la loi cette règle de common law.

Robin Elliot, Warren J. Newman et Patrick Monahan suggèrent quant à eux que les « vides » de la Constitution que les tribunaux peuvent combler en ayant recours aux principes structurels sont uniquement ceux qui peuvent se rattacher à une norme constitutionnelle écrite³⁴⁴. Le professeur Elliot écrit :

*« That approach, which is based on a distinction being drawn between the kinds of principles that can be said to qualify as the organizing principles of our Constitution, can be summarized as follows: (1) those principles that are generated by necessary implication from provisions in the text of the Constitution can legitimately function as independent bases upon which to attack the validity of legislation; (2) those principles that merely serve to explain the presence within the text of the Constitution of certain provisions - including the principles derived from the preamble to the Constitution Act, 1867 - can only be used as aids to interpretation. »*³⁴⁵

Ainsi, les tribunaux pourraient tenir compte des principes constitutionnels non écrits seulement si la norme que l'on cherche à constitutionnaliser découle nécessairement de la constitution écrite. Les principes serviraient à « prolonger les fils de la toile constitutionnelle existante dans les cas où les principes sont étroitement liés à la portée des dispositions textuelles elles-mêmes. »³⁴⁶ Dans les autres cas, les principes ne serviraient qu'à interpréter les dispositions législatives et constitutionnelles.

On constate aussi que, contrairement aux indications de la Cour suprême, les principes ne sont pas toujours appliqués en symbiose. Règle générale, aucun principe ne devrait prévaloir sur un autre. Pourtant, comme le relève bien le professeur Leclair, la jurisprudence relative à l'application du principe non écrit de l'indépendance judiciaire a bien peu d'égards pour le principe de la souveraineté parlementaire³⁴⁷. Or, lorsque des principes en cause s'opposent, les tribunaux devraient les sous-peser, ce qui n'est pas un exercice facile, car donnant prise à la subjectivité et à la relativité³⁴⁸. Dans cet exercice, les juges ne devraient jamais oublier l'aspect primordial : celui de la structure démocratique de l'ordre constitutionnel canadien³⁴⁹.

Le principe de la démocratie semble effectivement constituer un principe avec une valeur prépondérante pour les auteurs. Nous en reparlerons au prochain chapitre, mais

³⁴⁴ Robin ELLIOT, «References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada», (2001) 80 *R. du B. can.* 67; W. J. NEWMAN, *loc.cit.*, note 231; voir aussi Patrick MONAHAN, « The Public Policy Role of the Supreme Court of Canada and the *Secession Reference* » (1999) 11 *N.J.C.L.* 65.

³⁴⁵ R. ELLIOT, *Id.*, pp.141-142.

³⁴⁶ W. J. NEWMAN, *loc.cit.*, note 231, p. 138.

³⁴⁷ J. LECLAIR, *loc.cit.* note 305, p.418.

³⁴⁸ *Id.*; W. J. NEWMAN, *loc.cit.* note 231, pp. 141-142 ; P. MONAHAN, *loc.cit.*, note 344.

³⁴⁹ J. LECLAIR, *loc.cit.* note 305, pp. 424- 432.

qu'il suffise ici de constater certains éléments. Le principe de la démocratie s'exprime à travers d'autres principes structurels : la démocratie est la pierre angulaire du principe de la séparation des pouvoirs³⁵⁰ et est une composante de l'indépendance judiciaire³⁵¹ et elle est sous-jacente à la Constitution et à la *Charte canadienne*³⁵². À l'instar du professeur Leclair, nous sommes d'avis que l'utilisation des principes structurels est plus justifiée et légitime si son effet est de renforcer notre compréhension du principe démocratique. C'était le cas dans le *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba* et le *Renvoi sur la sécession du Québec*, mais beaucoup moins dans les affaires portant sur l'indépendance judiciaire et la rémunération des juges.³⁵³

À l'inverse, il faut faire attention de ne pas donner systématiquement une place prépondérante à la souveraineté parlementaire, qui est également un principe non écrit. L'auteur Marc Cousineau explique bien le paradoxe :

*« Il nous semble absurde d'invoquer un principe non écrit, sans analyse approfondie, comme fondement juridique pour argumenter que les principes non écrits n'ont pas de force juridique »*³⁵⁴

Bref, il ne semble pas y avoir de réponse claire à la question de la force normative des principes structurels. Tout dépend du contexte, de la nature des principes en cause, et, selon nous, des conclusions que les tribunaux entendent en tirer et des répercussions politiques de telles conclusions. Dans l'affaire *Montfort*³⁵⁵, il semble que la Cour d'appel et la cour divisionnaire de l'Ontario étaient sensibles à la cause de la minorité francophone désirant préserver l'hôpital offrant des services en français, ce qui a semblé être moins le cas de la Cour supérieure et de la Cour d'appel du Québec face aux revendications de la minorité anglophone désirant préserver l'existence des municipalités à majorité anglophone.

Néanmoins, des auteurs proposent diverses méthodologies afin de déterminer la force normative des principes structurels. Il peut être intéressant à ce stade d'appliquer ces grilles d'analyse au cas spécifique du statut des municipalités.

³⁵⁰ Juge Marshall, dissident dans *Newfoundland Assn of Provincial Court Judges v. Newfoundland* (2000), 192 Nfld & P.E.I.R. 183.

³⁵¹ J.LECLAIR, *loc.cit.* note 305 ; J. LECLAIR et Y.-M. MORISSETTE, *loc.cit.* note 302.

³⁵² *Corbière c. Canada (ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, p.283.

³⁵³ J.LECLAIR, *loc.cit.* note 305, pp. 431-432.

³⁵⁴ M. COUSINEAU, *loc.cit.* note 320, p. 506.

Tout d'abord, Marc Cousineau propose une analyse basée sur la coexistence et la complémentarité des normes constitutionnelles, et sur la méthode d'analyse utilisée dans les questions impliquant un conflit entre diverses dispositions de la *Charte canadienne*. Sa proposition d'analyse des principes non écrits inclut trois étapes :

- « 1- Une analyse de la nature du principe non écrit invoqué (preuve historique, organique et fonctionnelle) ;
- 2- Une analyse de la nature du principe constitutionnel en conflit avec le principe invoqué, s'il y a lieu ;
- 3- En cas de conflit entre un principe non écrit et un autre principe constitutionnel, une analyse du conflit dans le but d'élaborer une solution. »³⁵⁶

En l'espèce, le principe non écrit invoqué est celui de la démocratie locale qui implique que les institutions municipales font partie de la structure constitutionnelle canadienne, sont gérées par des représentants élus et sont pourvues de pouvoirs généraux et autonomes en matière purement municipale. Nous sommes d'avis que la preuve historique de l'existence de ce principe existe puisque « durant notre histoire, les politiciens, les juges, les juristes et les citoyens et citoyennes ont été préoccupés par le maintien (de cette) valeur ». ³⁵⁷ La preuve organique veut que le principe invoqué s'accorde avec d'autres normes écrites de la Constitution ou reconnues par les tribunaux comme principes fondamentaux de la Constitution. En l'espèce, le principe de la démocratie locale est rattaché aux principes fondamentaux de la démocratie, du « no taxation without representation », de la subsidiarité et de la démocratie représentative. On peut aussi rattacher la protection des institutions municipales à l'article 92(8) de la *Loi constitutionnelle de 1867* puisque cet article pourrait être interprété comme garantissant l'existence des institutions municipales sur lesquels le législateur provincial a compétence. Quoi qu'il en soit, selon Marc Cousineau, « il n'est pas nécessaire de présenter les trois types de preuves dans chaque cas ». ³⁵⁸ Le dernier type de preuve est la preuve fonctionnelle. Ici, il nous semble incontestable que la présence d'institutions municipales gérées par des représentants élus et pourvus de pouvoirs généraux dans les matières d'intérêt purement municipal est un principe qui joue un rôle considérable dans notre structure étatique et sociale.

La deuxième étape de l'analyse proposée par Marc Cousineau consiste à confronter le principe constitutionnel en conflit avec le principe invoqué. Or, le seul principe en

³⁵⁵ *Lalonde c. Ontario*, précité, note 12.

³⁵⁶ M. COUSINEAU, *loc.cit.* note 320, p. 500 et suivantes.

³⁵⁷ *Idem.* Qu'il suffise de référer à la « tradition d'établir des administrations publiques locales fortes » énoncée par le Juge Lebel dans l'affaire *Hudson*, *loc.cit.*, note 1, par. 49.

³⁵⁸ *Idem.*

conflit avec le principe de la démocratie locale est celui de la souveraineté parlementaire : l'article 92 (8) de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorderait la pleine compétence au législateur d'éliminer complètement la troisième branche de gouvernement. Selon Cousineau : « les tribunaux ne peuvent pas simplement invoquer le principe de la souveraineté parlementaire pour rejeter une contestation fondée sur un principe non écrit »³⁵⁹. La troisième étape consiste à analyser le conflit dans le but d'élaborer une solution. Or, les tribunaux devraient donner préséance aux principes qui protègent un élément essentiel de notre système et qui sont nécessaires³⁶⁰. Il nous semble que ce soit le cas de la démocratie locale. Nous sommes donc d'avis que le principe de la démocratie locale passerait le test d'analyse proposé par Marc Cousineau.

Quant à l'auteur Warren J. Newman, il énonce une série de questions que les tribunaux pourraient vouloir se poser avant d'avoir recours aux principes constitutionnels :

« Le principe est-il pertinent à l'interprétation d'une disposition constitutionnelle ou législative en cause? Le libellé de la disposition peut-il supporter l'interprétation qu'entend faire valoir la partie qui invoque l'application du principe ou cette interprétation modifie-t-elle l'idée maîtresse du texte? Est-il essentiel de recourir au principe pour trancher la question? Est-ce qu'on nous demande d'appliquer le principe pour l'avancement d'une disposition constitutionnelle, ou pour en remplacer une? Dans ce dernier cas, quelle importance ou force normative le principe devrait-il avoir dans ces circonstances? Faudrait-il l'évaluer en fonction d'autres principes constitutionnels ou d'autres dispositions? Est-ce que le principe que l'on nous demande d'invoquer établit un devoir, une règle ou une obligation ayant un caractère constitutionnel? Dans ce cas, qui sera lié par ce principe? Les parties en cause? Les acteurs politiques? Les tribunaux? Tous? Le principe est-il exécutoire en droit ou s'agit-il d'une obligation politique de la nature d'une convention constitutionnelle? S'il s'agit d'une convention, est-ce qu'il satisfait aux critères formulés par Jennings pour établir l'existence d'une convention? Est-il opportun, dans les circonstances de l'espèce, de se prononcer sur l'existence d'une convention ou d'appliquer le principe? L'application du principe permettra-t-elle de résoudre la question en litige et de préciser l'état du droit? Est-ce que le recours au principe va réduire l'incertitude juridique, ou va-t-elle plutôt y contribuer? »³⁶¹

Selon nous, la plupart des questions énoncées par l'auteur, appliquées à la problématique du statut constitutionnel des municipalités, reçoivent une réponse qui corrobore l'idée que les principes constitutionnels non écrits pourraient servir à reconnaître le principe de la protection des institutions municipales démocratiques, pourvues de pouvoirs généraux en matière purement municipale.

Maintenant que nous avons considéré la force normative des principes structurels, examinons plus en détail les principes structurels pertinents pour la reconnaissance du

³⁵⁹ *Id.* p.507.

³⁶⁰ *Id.* p.510.

statut constitutionnel des municipalités : le principe de la démocratie et, en certaines circonstances, le principe de la protection des minorités.

2- Les principes structurels pertinents pour la reconnaissance du statut constitutionnel des municipalités

a- Le principe de la démocratie

Le principe de la démocratie est l'un des quatre principes utilisés par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession*³⁶² pour répondre à la question du droit à la sécession par acte unilatéral d'une province. Bien que certains éléments du principe démocratique aient été constitutionnalisés de façon expresse dans la *Charte canadienne* en 1982 (droits démocratiques³⁶³, justification des restrictions dans le cadre d'une société libre et démocratique³⁶⁴), il reste principalement un principe non écrit sous-jacent à la Constitution du Canada. Plusieurs décisions rendues par la Cour suprême avant le renvoi de 1998 sur la sécession³⁶⁵ témoignent du fait que le principe démocratique est avant tout un principe non écrit.

Dans l'arrêt *SEFPO c. Ontario*, le juge Beetz affirmait que la structure fondamentale de la Constitution envisageait l'existence de certaines institutions politiques et que ni le Parlement ni les Législatures provinciales ne pouvaient « légiférer de façon à porter atteinte sensiblement au fonctionnement de cette structure fondamentale » et que le Parlement et les Législatures « doivent se conformer à ces impératifs structurels fondamentaux et ne doivent en aucun cas y passer outre »³⁶⁶. Dans *Vriend c. Alberta*, la Cour suprême reconnaît que la violation du principe de la démocratie autorise les tribunaux à invalider une décision législative ou exécutive³⁶⁷. Dans le *Renvoi sur les circonscriptions électorales*, la juge MacLachlin s'appuie fortement sur le principe de la démocratie pour justifier l'opinion selon laquelle l'article 3 de la *Charte canadienne*, qui expressément ne garantit que le droit de vote, garantit implicitement un droit à la

³⁶¹ W. J. NEWMAN, *loc. cit.*, note 231, pp. 163-164.

³⁶² *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, note 10.

³⁶³ Articles 3 à 5.

³⁶⁴ Article 1; Dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136, Le juge Dickson (juge en chef de la Cour suprême à l'époque) affirme que les valeurs et principes essentiels à une société libre et démocratique comprennent « la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société ».

³⁶⁵ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, note 10.

³⁶⁶ *S.E.F.P.O. c. Ontario (Procureur général)*, précité, note 9, p. 57.

³⁶⁷ *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, pp. 566-567.

représentation effective³⁶⁸. Dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting c. Nouvelle-Écosse*, la Cour suprême constitutionnalise les privilèges parlementaires et, de ce fait, soustrait ces derniers à l'exigence du respect de la *Charte canadienne*³⁶⁹. La Cour affirme alors que ces privilèges sont nécessaires pour préserver la liberté d'expression politique des représentants, ce qui, en définitive, sert à protéger le caractère démocratique des institutions.

Ces opinions émises par la Cour suprême et la façon dont le principe a été présenté dans le *Renvoi relatif à la sécession*³⁷⁰ font donc dire au professeur Elliot que le principe démocratique peut servir à titre de norme interprétative, mais également à titre de principe indépendant permettant de contester la constitutionnalité d'une mesure législative:

« What is the legal status of the principle of democracy? Again, it is clear that the principle can be used as an aid to the interpretation of provisions in the text of the Constitution. [...] The principle can also serve, as the first of the implications noted above makes clear, to support a holding that action taken in pursuance of legislative or parliamentary privileges should not be subject to attack on the basis of the Charter. Implicit in the proposition derived from the second of those implications, that relating to the need to protect political speech, appears to be the recognition that the democracy principle can be used as an independent basis upon which to impugn the validity of legislation. [...] This is, in other words, a principle that the Supreme Court has clearly told us can be used in the strong sense. »³⁷¹ (nos soulignés)

Selon Robin Elliot, le principe de la démocratie est donc l'un des principes structurels qui peuvent être utilisés de manière autonome et indépendante³⁷². Ceci rejoint l'idée que le principe de la démocratie est sous-jacent à la plupart des autres principes et que la légitimité de l'utilisation des principes non écrits est augmentée si son effet est de rehausser la qualité démocratique de l'ordre constitutionnel canadien³⁷³.

S'il est clair que le principe de la démocratie constitue un principe non écrit et qu'il possède une grande valeur, il importe dans le contexte de la présente étude, de faire d'abord le lien entre le principe de la démocratie et les institutions municipales, et ensuite de préciser les éléments spécifiques propres aux institutions municipales qui sont protégés par ce principe.

³⁶⁸ *Renvoi: circ. électorales provinciales (Sask.)* [1991] 2 R.C.S. 158.

³⁶⁹ *New-Brunswick Broadcasting*, précité note 300.

³⁷⁰ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, note 10.

³⁷¹ R. ELLIOT, *loc.cit.*, note 344, p. 112.

³⁷² *Id.*, pp. 109-114.

³⁷³ J. LECLAIR, *loc.cit.*, note 305, pp. 431-432.

i) Le principe de la démocratie locale au Canada

Regardons d'abord, de façon générale, les liens existants entre le principe de la démocratie et les institutions municipales. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*³⁷⁴, la Cour suprême reconnaît l'existence d'une dimension individuelle et d'une dimension institutionnelle au principe démocratique. La dimension institutionnelle se rapportait-elle uniquement au niveau des institutions provinciales et fédérales? Nous ne sommes pas de cet avis. La signification et la portée d'un terme aussi vaste et fort que le mot *démocratie* ne sont pas faciles à déterminer. Sa signification n'est pas universelle; toutefois, dans les sociétés occidentales, la démocratie devrait sensiblement avoir la même portée et les mêmes implications. Les divers aspects du principe de la démocratie, rappelés par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession*³⁷⁵, peuvent s'appliquer aux institutions municipales. Wilson, un auteur anglais qui, dans un ouvrage de 1948 portant sur le gouvernement local en Angleterre, expliquait que trois principes constitutifs de la démocratie – participation, discussion et éducation- se retrouvaient au sein des institutions municipales:

*«To sum up the foregoing considerations, local representative institutions are designed to meet the fundamental requirements of participation, discussion and education. They do provide, on the largest scale, an opportunity for the citizens to share in public decision and administration, they do provide the machinery of discussion and vote to elicit his consent, they do provide, in the only possible way, for the political education of the people. It is their additional merit that they also serve the administrative purposes of central government as channels of local intelligence and agents of local execution action.»*³⁷⁶

Le nombre d'ouvrages reliant les thèmes de la démocratie et de l'autonomie locale est considérable³⁷⁷. Alexis de Tocqueville écrivait dans son célèbre *De la démocratie en Amérique* :

*« C'est pourtant dans la commune que réside la force des peuples libres. Les institutions communales sont à la liberté ce que les écoles primaires sont à la science; elles la mettent à la portée du peuple; elles lui font goûter l'usage paisible et l'habituent à s'en servir. Sans institutions communales, une nation peut se donner un gouvernement libre, mais elle n'a pas l'esprit de la liberté.»*³⁷⁸

³⁷⁴ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, note 10.

³⁷⁵ *Id.*, pp. 252-257.

³⁷⁶ C.H. WILSON, *Essays on Local Government*, Oxford, Basil Blackwell, 1948, pp. 17, 20-21.

³⁷⁷ Roger AUBIN, *Communes et Démocratie*, t.2, Paris, Les éditions ouvrières, 1965 ; Desmond KING, Gerry STOCKER, *Rethinking Local Democracy*, Basingstoke, Macmillan, 1996.

³⁷⁸ Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, t.1, Paris, Garnier-Flammarion, 1986, p. 123.

La nature même des institutions municipales est indissociable de la notion de démocratie locale. C'est très souvent de la volonté des habitants que naissent les villes et les citoyens sont appelés à élire leurs représentants locaux. La ville a souvent été perçue comme une instance démocratique fondamentale, la base de notre gouvernement démocratique³⁷⁹.

La Cour suprême du Canada a rappelé à plusieurs reprises que les institutions municipales étaient des institutions démocratiques :

*« La tradition d'établir des administrations publiques locales fortes est devenue une partie importante de l'expérience démocratique canadienne. Cet ordre d'administration publique paraît généralement mieux adapté aux besoins et préoccupations immédiats des citoyens. »*³⁸⁰

*« Il ressort d'un commentaire récent que l'on commence à s'accorder pour dire que les tribunaux doivent respecter la responsabilité qu'ont les conseils municipaux élus de servir leurs électeurs et de prendre garde de substituer à l'opinion de ces conseils leur propre avis quant à ce qui est dans le meilleur intérêt des citoyens. [...] Quelles que soient les règles d'interprétation appliquées, elles ne doivent pas servir à usurper le rôle légitime de représentants de la collectivité que jouent les conseils municipaux. »*³⁸¹

*« Les administrations municipales forment des institutions démocratiques. Elles permettent aux membres d'une collectivité de s'organiser pour vivre ensemble »*³⁸²

*« Effectivement, on ne peut faire autrement que de voir les municipalités comme des «entités gouvernementales», même si elles sont institutionnellement distinctes des gouvernements provinciaux qui les ont créées. Plusieurs considérations fondent cette conclusion. Premièrement, les conseils municipaux sont élus démocratiquement par les citoyens et doivent leur rendre compte de la même façon que le Parlement et les législatures provinciales sont responsables devant leur électorat respectif. Cela me paraît, en soi, indiquer très fortement (mais peut-être pas de façon déterminante) qu'il s'agit de «gouvernements» au sens requis. [...] »*³⁸³

Ces décisions ont été rendues au cours des dix dernières années, ce qui est peut-être un signe que la Cour suprême est prête à reconnaître expressément que le principe de la démocratie énoncé dans le *Renvoi relatif à la sécession* comprend celui de la démocratie locale. Effectivement, de telles affirmations par la plus haute Cour du pays nous semblent confirmer que le principe de la démocratie comprend une composante locale.

³⁷⁹ J. L'HEUREUX, *op.cit.* note 18, p. 4.

³⁸⁰ *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, précité, note 1, par. 49 (J. Lebel).

³⁸¹ *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville de)*, précitée note 112, p. 244 (J. McLachlin, dissidente) ; citée par le juge Major dans *Nanaimo (Ville de) c. Rascal Trucking Ltd*, précité, note 103, p. 357 (J. Major).

³⁸² *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, précitée note 1, p. 941 (J. Lebel).

ii) Les éléments de la démocratie locale susceptibles d'être protégés

La question est maintenant de déterminer le contenu du principe de la démocratie locale et les éléments précis propres aux institutions municipales pouvant être considérés comme protégés.

Tel que nous l'avons proposé depuis le début de cette étude, nous sommes d'avis que les municipalités possèdent un statut constitutionnel qui implique que des institutions municipales doivent exister au Canada, qu'elles doivent être administrées par des représentants élus et qu'elles doivent être investies de pouvoirs généraux et autonomes dans les matières d'intérêt purement local. Selon nous, le statut constitutionnel des municipalités comprend donc trois éléments : existence des municipalités, élection des représentants au suffrage universel et existence de pouvoirs généraux et autonomes dans les matières d'intérêt purement local. Cette définition du statut constitutionnel municipal correspond aux éléments de la démocratie locale que nous considérons comme étant protégés de manière constitutionnelle de façon minimale. Comme nous le verrons, d'autres éléments qui font partie du principe de la démocratie locale pourraient aussi être protégés de manière constitutionnelle.

Regardons d'abord la question de l'existence même des institutions municipales et leur importance pour la démocratie au Canada. Nous sommes d'avis que le principe de la démocratie commande à tout le moins la présence d'institutions municipales. Notre opinion se fonde entre autres sur le lien indissociable qui est fait en droit international entre la présence d'autorités locales (municipales ou régionales) et la démocratie³⁸⁴. Il apparaît fondamental qu'un pays qui se dit démocratique dispose au minimum d'une structure municipale et de gouvernements locaux. Nous entendons ici par structure municipale une forme de décentralisation de pouvoirs que l'on appelle décentralisation administrative territoriale³⁸⁵. Certes, le droit administratif canadien connaît la présence de plusieurs types de structures administratives (déconcentration et décentralisation à différents degrés). Toutefois, une province qui adopterait uniquement un régime de déconcentration où l'Administration publique serait composée uniquement d'agents locaux du gouvernement central (ici, le gouvernement provincial) modifierait de

³⁸³ *Godbout c. Ville de Longueuil*, précité note 1, pp. 880-881 (J. LaForest).

³⁸⁴ Voir la section sur le droit international, *infra*, Partie III.

manière radicale sa constitution interne. Un modèle fondé uniquement sur la déconcentration serait trop peu démocratique et ne correspondrait pas à la réalité politique canadienne, ni à celle des autres démocraties occidentales³⁸⁶. Comme l'explique l'auteur et professeur Jacques L'Heureux, la décentralisation territoriale est bien plus démocratique :

*« Les collectivités locales municipales sont essentielles. Les problèmes locaux ne peuvent être vraiment compris et réglés que par des autorités locales. Il est vrai que ces autorités locales pourraient être des fonctionnaires relevant d'une administration centrale déconcentrée. Toutefois, un tel régime, minimisant la participation de la population, serait peu démocratique et comporterait de sérieux risques d'arbitraire. »*³⁸⁷

Un certain degré de décentralisation est essentiel en démocratie. Même dans les États unitaires (comme la France) l'aménagement des pouvoirs étatiques accorde une place fondamentale à la décentralisation et aux collectivités locales³⁸⁸. Un auteur affirme que « la qualité de la démocratie se mesure par la force des institutions locales et celle-ci est fonction du degré de décentralisation que consentent les gouvernements supérieurs. »³⁸⁹

L'idée que la Constitution canadienne, par le biais du principe de la démocratie, protège l'existence d'une forme de gouvernement municipal n'est pas incompatible avec la jurisprudence canadienne. Dans un jugement récent, la Cour fédérale devait se pencher sur la signification des termes « institutions démocratiques, au sens où cette expression s'entend au Canada » que l'on retrouve à l'article 19(1) f) (i) de la *Loi sur l'Immigration*³⁹⁰. Le juge Lemieux de la Cour fédérale est d'avis que ces termes visent également les institutions municipales:

*« Simply put, democracy is a political system by which citizens of a country govern themselves (in Canada at the federal and provincial levels, not to exclude the territorial, municipal or newly emerging aboriginal levels), where their elected representatives make laws; the executive branch administers those laws and is responsible for the way it does so. »*³⁹¹ (nos soulignés)

³⁸⁵ Andrée LAJOIE, *Les structures administratives régionales, déconcentration et décentralisation au Québec*, Montréal, Les presses de l'Université de Montréal, 1968.

³⁸⁶ Sur les questions de décentralisation et de déconcentration, voir Vincent LEMIEUX, « L'analyse politique de la décentralisation », (1996) 29 R.C.S.P. 661 ; Vincent LEMIEUX, *La décentralisation*, Sainte-Foy, Éditions de l'IQRC, 1997; A. LAJOIE, *Id.*

³⁸⁷ J. L'HEUREUX, *op.cit.*, note 18, p. 2.

³⁸⁸ Titre XII de la Constitution française (articles 72 à 75-1) intitulé « Des collectivités territoriales ». L'article 72 énonce notamment que : « les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon (al.2) ».

³⁸⁹ Roch BOLDUC, « Incidence du rôle accru de l'État sur la démocratie locale » (1980) 23 *La revue de l'Institut d'Administration publique au Canada*, 60, p. 75.

³⁹⁰ *Loi sur l'Immigration*, L.R.C. 1985, c. 1-2.

³⁹¹ *Qu. c. Canada (M.C.I.)*, (2001) 188 F.T.R. 226, p. 243 (Cour fédérale, 1^{re} instance).

Les institutions municipales doivent être administrées par des représentants élus : il s'agit du deuxième élément qui, selon nous, est protégé constitutionnellement par le principe de la démocratie locale. Si on se fie à la décision de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*³⁹², la représentativité des institutions politiques est fondamentale et cet héritage nous vient d'Angleterre:

« L'évolution de notre tradition démocratique remonte à la Magna Carta (1215) et même avant, à travers le long combat pour la suprématie parlementaire dont le point culminant a été le Bill of Rights anglais de 1689, puis l'émergence d'institutions politiques représentatives pendant la période coloniale, le développement de la responsabilité gouvernementale au XIXe siècle et, finalement, l'avènement de la Confédération elle-même en 1867. [...] La démocratie, dans la jurisprudence de notre Cour, signifie le mode de fonctionnement d'un gouvernement représentatif et responsable et le droit des citoyens de participer au processus politique en tant qu'électeurs (Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales, précité), et en tant que candidats (Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général), [1996] 2 R.C.S. 876). »³⁹³

Or, la tradition démocratique a aussi voulu qu'il existe une telle structure de gouvernement responsable et représentatif au niveau des institutions locales :

« There can be no doubt that what the nineteenth century was doing was deliberately creating a structure of responsible government in its local institutions, and that this is the prime object which these bodies were intended to serve. »³⁹⁴

L'opinion selon laquelle la représentativité des institutions municipales est protégée par la Constitution canadienne est souvent contrée par l'argument voulant que la Cour suprême ait confirmé que les droits démocratiques compris aux articles 3,4 et 5 de la *Charte canadienne* ne s'appliquent pas à l'égard des élections municipales³⁹⁵. Partant, les autres droits démocratiques que l'on peut rattacher à l'article 3, tel le droit à une représentation effective, ne pourraient s'appliquer en matière municipale.

Si l'article 3 de la *Charte canadienne* ne protège pas le droit de vote au niveau municipal, l'article 22 de la *Charte québécoise* lui, protège ce droit, selon la jurisprudence³⁹⁶. Ces deux articles, qui sont stipulés différemment, concernent le droit de vote et l'éligibilité aux élections :

³⁹² *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité note 10.

³⁹³ *Id.*, pp. 253-255.

³⁹⁴ C.H. WILSON, *op.cit.*, note 376, p.4.

³⁹⁵ *Haig c. Canada (Directeur des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995, p. 1031.

³⁹⁶ *Racine c. Thériault*, (1984), précité, note 159, p. 1010; *Néron c. Bilodeau*, [1988] R.J.Q. 2366, p. 2372 : « Lorsqu'on prive un citoyen de son droit d'être élu à une charge municipale, on le dépouille

Article 22 (Charte québécoise):

«Toute personne légalement habilitée et qualifiée a droit de se porter candidat lors d'une élection et a droit d'y voter»

Article 3 (Charte canadienne):

"Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales."

Étant donné que l'article 22 de la *Charte québécoise* s'applique à l'égard des élections municipales et que cette charte possède un statut quasi constitutionnel, peut-on en déduire que la tenue d'élections municipales et donc l'existence d'un système d'institutions municipales représentatives sont également protégées au Québec par cette charte quasi constitutionnelle? Aucun tribunal n'a encore analysé la question sous cet angle. Également, des auteurs font remarquer que, avant l'avènement de la *Charte canadienne*, même si le droit de vote n'était pas enchâssé dans la Constitution, il faisait partie de nos usages et conventions constitutionnelles³⁹⁷. Certains tribunaux n'hésitaient pas à donner au droit de vote une certaine primauté : par exemple, en affirmant que seule la présence d'une disposition législative claire et expresse pouvait avoir pour effet de limiter le droit de vote d'une personne³⁹⁸. En 1893, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick avait même jugé que la responsabilité d'une municipalité était engagée du fait de l'un de ses préposés qui, par négligence, avait empêché un électeur de voter aux élections municipales³⁹⁹. Ainsi, le fait que les institutions municipales ne soient pas expressément mentionnées à l'article 3 de la *Charte canadienne* n'est peut-être pas aussi significatif que l'on veut croire. La présence de l'article 3 de la *Charte canadienne* ne couvre évidemment pas toutes les questions relatives au principe démocratique et, en ce sens, la Constitution comporte des « vides » de la constitution écrite. À cet égard, nous sommes d'avis, tout comme le professeur Elliot, que la reconnaissance du droit de vote au niveau municipal serait une application légitime du principe structurel de la démocratie :

« But what of the municipal order of government? Is it possible, for example, that the democracy principle could be used to extend the reach of the Charter right to vote - limited by its terms to the federal and provincial orders of government - to guarantee

d'une faculté que la loi lui reconnaît, on le prive de l'exercice d'un droit qui est à la base même du système démocratique dans lequel nous vivons ».

³⁹⁷ Gérard-A. BEAUDOIN, « Des droits démocratiques » dans G.-A. BEAUDOIN et E.P. MENDES, dir., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3^e édition, Toronto, Carswell, 1996, chapitre 7, p. 7-6.

³⁹⁸ *Re Brockville and Elizabeth town Election*, (1871) 32 U.C.Q.B. 132. Pour d'autres exemples, voir Patrick J. BOYER, *Political Rights: The Framework of Elections in Canada*, Toronto, Butterworths, 1981, p.124.

³⁹⁹ *Crawford v. St-John*, (1899) 34 N.B.R. 560 (C.A.)

citizens of Canada the right to vote in municipal elections? Would this be seen as the filling of another gap in the express terms of the Constitution? Similar kinds of questions can, of course, be posed in relation to the territorial order of government.»⁴⁰⁰ (nos soulignés)

Également, l'auteur Dale Gibson est d'avis qu'une loi qui limiterait le droit de se porter candidat aux élections municipales aux seuls résidents de la municipalité ne porterait pas atteinte à l'article 3 de la *Charte canadienne*, mais porterait atteinte au principe de la démocratie⁴⁰¹.

Enfin, il convient de mentionner l'affaire *East York*⁴⁰², dans laquelle la Cour d'appel de l'Ontario applique, en matière municipale, un arrêt important de la Cour suprême en ce qui concerne le principe démocratique, le *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (Saskatchewan)*⁴⁰³. Dans cet arrêt, la majorité de la Cour suprême reconnaît justement que le droit de vote, prévu à l'article 3 de la *Charte canadienne*, garantit une «représentation effective» aux citoyens⁴⁰⁴. Même si la juge Abella (alors à la Cour d'appel) dans l'arrêt *East York* applique le renvoi de la Cour suprême dans une perspective de droit à l'égalité dans l'exercice du droit de vote (article 15 *Charte canadienne*)⁴⁰⁵ et non à l'exercice en tant que tel du droit de vote (article 3 *Charte canadienne*), il reste qu'elle réfère clairement aux droits démocratiques et à leurs implications au niveau municipal :

« While conceding that voter/representative ratios are theoretically relevant, and that the distribution of these ratios may in certain circumstances be found to be discriminatory, there is no reliable evidence that the particular ratios in this case fall below constitutional standards. [...] This quantitative dispute, coupled with the absence of any evidence that the new structure will reduce democratic access to the municipal decision-making process, lead us to conclude that no breach of s. 2(b) has been demonstrated. »⁴⁰⁶

Ainsi, nous sommes d'avis que le principe de la démocratie inclut de manière minimale, le droit à des institutions administrées par des représentants élus, le droit de se porter candidat à des élections municipales et le droit de voter aux élections municipales. Les institutions municipales ne sont peuvent pas être gérées par des

⁴⁰⁰ R. ELLIOT, *loc.cit.*, note 344, p. 113.

⁴⁰¹ Dale GIBSON, *loc.cit.*, note 334, p. 60. L'auteur donne aussi l'exemple de la représentativité électorale dans les villes qui contiennent plusieurs minorités.

⁴⁰² *East York (Borough) c. Ontario (Attorney General)*, précité, note 92, pp. 302 à 304.

⁴⁰³ *Renvoi: circ. électorales provinciales (Sask.)*, précité, note 368.

⁴⁰⁴ *Idem.*

⁴⁰⁵ La juge Abella parle plutôt de l'article 2(b) de la *Charte canadienne* qui traite de la liberté d'expression, assimilé ici au droit de s'exprimer par la procédure du vote.

fonctionnaires ou des administrateurs nommés par la province (sauf en cas de tutelle ou dans d'autres cas exceptionnels). Il importe ici de rappeler que les municipalités ont des pouvoirs de taxation et qu'il ne peut y avoir de taxation sans représentation, selon un principe constitutionnel fondamental⁴⁰⁷.

Enfin, nous sommes d'avis que le principe de la démocratie garantit l'existence de pouvoirs municipaux généraux dans les matières qui sont d'intérêt purement local. Ces pouvoirs constitueraient en quelque sorte des pouvoirs autonomes, qui ne sont pas soumis à l'existence d'une délégation législative expresse. C'est ce que nous entendons par autonomie locale.

Certaines décisions ont traité du principe structurel de la démocratie et de son application à l'égard de l'autonomie locale. Toutefois, les termes « autonomie locale » n'avaient pas toujours la même signification. Dans l'affaire *Public School Boards Assn' of Alberta*, les appelants auraient voulu plaider l'argument du principe structurel de la démocratie (qui venait d'être reconnu par la Cour suprême dans le *Renvoi sur la sécession*) mais ils n'ont pas été autorisés à produire de nouveaux éléments de preuve et n'ont donc pas été en mesure d'invoquer ce principe⁴⁰⁸. Toutefois, l'auteur Dale Gibson affirmait que le principe de la démocratie pourrait s'appliquer aux termes « institutions municipales » de l'article 92 (8) de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour garantir implicitement une autonomie raisonnable pour les institutions municipales élues⁴⁰⁹. Cette autonomie raisonnable serait allée jusqu'à garantir un droit d'accès illimité aux taxes locales afin que les institutions municipales (scolaires dans ce cas) puissent exercer leur pouvoir décisionnel, malgré l'objectif de la législature provinciale de restructurer les institutions locales. Ici, il ne s'agit donc pas de la définition de l'autonomie locale telle que nous l'entendons.

De même, le principe de la démocratie locale avait été présenté dans les mémoires de certaines villes contestataires dans le dossier des fusions municipales sur l'Île de Montréal dans le but d'empêcher la Législature du Québec d'abolir et de fusionner des

⁴⁰⁶ *East York (Borough) c. Ontario (Attorney General)*, précité, note 92, p. 302.

⁴⁰⁷ *Kingsstreet Investments Ltd. C. Nouveau-Brunswick (Finances)*, précité, note 254, pp.14-15 ; cependant, dans l'affaire *Baie D'Urfé*, le juge Lagacé de la Cour supérieure du Québec écrit au sujet des pouvoirs du comité de transition et du principe « aucune taxation sans représentation » : « Au surplus, les pouvoirs conférés à une législature par la Constitution peuvent faire l'objet d'une délégation et rien n'exige que la délégation se fasse à des élus » : précité, note 11, p. 1619.

⁴⁰⁸ *Public School Board*, [2000] 1 RCS 44 (requête en production de nouveaux éléments de preuve) et *Public School Board*, précité note 96 (décision au fond).

⁴⁰⁹ D. GIBSON, *loc.cit.*, note 334, p. 60.

viles sans le consentement des populations locales et des conseils municipaux⁴¹⁰. Ici, l'autonomie locale était sous-entendue comme le droit des institutions municipales d'être consultés avant toute modification de leur structure ou même, le droit de refuser la fusion municipale. Les arguments relatifs aux principes structurels ont été rejetés sans que le principe de la démocratie locale ne soit étudié. Devant la quantité d'arguments présentés, les tribunaux se sont concentrés sur l'argument de la protection des minorités, argument invoqué par les villes à majorité anglophone qui a, lui aussi, été rejeté. Mais, ni la Cour supérieure, ni la Cour d'appel du Québec ne se sont véritablement prononcées sur l'existence d'un principe de l'autonomie locale tel que nous l'entendons⁴¹¹.

On constate donc qu'après le *Renvoi relatif à la sécession*⁴¹², les deux décisions qui auraient pu analyser le principe de la démocratie dans un contexte municipal n'ont pas véritablement abordé le sujet de la protection des institutions municipales et de l'autonomie locale (existence de pouvoirs généraux). L'affaire *Hudson*, qui a reconnu l'existence de pouvoirs généraux autonomes aux municipalités (qui ne découlent pas d'une autorisation législative qui délègue un pouvoir spécifique), l'a fait en vertu du principe de la subsidiarité et non de la démocratie. Toutefois, on comprend du jugement que le principe de la subsidiarité découle du principe de la démocratie.⁴¹³ Le juge Lebel a donné une définition générale des pouvoirs généraux autonomes, ce que nous entendons par des pouvoirs dans des matières d'intérêt purement local :

« Il ne suffit pas qu'une question particulière soit devenue une préoccupation urgente selon la collectivité locale. Cette préoccupation doit avoir trait à des problèmes touchant la collectivité comme entité locale et non pas comme membre de la société au sens large. Elle doit être étroitement liée aux intérêts immédiats de la collectivité se trouvant dans les limites territoriales définies par la législature pour ce qui concerne toute question pour laquelle l'intervention des administrations publiques locales peut se révéler utile. (...) Elle ne permet pas aux administrations publiques locales d'exercer des pouvoirs pour des questions ne relevant pas du domaine traditionnel des intérêts

⁴¹⁰ *Baie d'Urfé (Ville de) c. Québec (Procureur général)*, précité, note 11.

⁴¹¹ La Cour suprême a refusé de répondre à ces questions en rejetant la requête pour sursis des villes appelantes : *Westmount (Ville de) et als c. Procureur général du Québec*, précité, note 11; L'argument n'a pas été étudié non plus dans l'arrêt *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, précité, note 96 (Cour suprême).

⁴¹² Précité, note 10.

⁴¹³ La Juge L'Heureux-Dubé, parlant au nom de 4 juges faisant partie de la majorité, affirme que le principe de la subsidiarité « veut que le niveau de gouvernement le mieux placé pour adopter et mettre en œuvre des législations soit celui qui est le plus apte à le faire, non seulement sur le plan de l'efficacité, mais également parce qu'il est le plus proche des citoyens touchés et, par conséquent, le plus sensible à leurs besoins, aux particularités locales et à la diversité de la population », *Hudson*, précité, note 1, p.249. Le Juge Lebel, dans des observations supplémentaires et parlant au nom de trois juges, affirme que « la tradition d'établir des administrations publiques locales fortes est devenue une partie importante de l'expérience démocratique canadienne » et que « cet ordre d'administration publique est parait généralement mieux adapté aux besoins et préoccupations immédiats des citoyens », p.276.

municipaux, même si les pouvoirs municipaux doivent être interprétés de façon large et libérale. »⁴¹⁴

La démocratie locale et l'autonomie locale imposent-elles aux législatures une obligation constitutionnelle de consulter les autorités municipales avant de procéder à des changements à leurs pouvoirs, leurs responsabilités ou leur structure? Tel que nous l'avons vu plus haut, la Cour d'appel du Québec n'a pas répondu à cette question dans l'affaire *Westmount*. Rappelons que trois auteurs⁴¹⁵ prétendent qu'après l'arrêt *East York*, une convention constitutionnelle s'est développée voulant que les autorités provinciales et fédérales aient l'obligation de consulter les autorités municipales et d'engager un processus de négociation avec elles avant d'effectuer un changement fondamental les concernant. Cette convention se serait développée dans la foulée de l'affaire *Hudson* et du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁴¹⁶.

Un dernier point : le lecteur aura remarqué que nous n'avons pas traité de la question de la démocratie directe et de la participation active des citoyens au processus décisionnel des administrations municipales. Bien que la démocratie directe existe dans le domaine municipal⁴¹⁷, nous sommes d'avis que ce processus n'est pas protégé de manière constitutionnelle par le principe de la démocratie puisque la démocratie directe et les référendums délibératifs ne sont pas non plus constitutionnalisés au niveau provincial et national.

b- Le principe de la protection des minorités

Le principe de la protection des minorités est un autre principe structurel dont la Cour suprême a fait état dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁴¹⁸. Il s'agit d'un principe qui, contrairement au principe de la démocratie, n'est pas lié à la structure étatique ou au fonctionnement du système de gouvernement du Canada. La protection des minorités touche principalement aux droits humains et aux droits des collectivités. Ce principe semble moins universel que le principe de la démocratie, même si c'est sur

⁴¹⁴ *Id.*, p. 278, juge Lebel.

⁴¹⁵ E. MEEHAN *et al*, *loc. cit.*, note 95, pp. 47-49.

⁴¹⁶ Affaire *Hudson*, précité, note 1 et *Renvoi relatif à la sécession*, précité, note 10.

⁴¹⁷ Voir à cet effet la section sur la démocratie locale dans les lois québécoises, *supra*, Partie I, section B, 2 a) iii.

⁴¹⁸ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité note 10.

la base de ce principe que l'une des plus importantes décisions sur les principes structurels a été rendue⁴¹⁹.

i) L'affaire *Montfort* et la protection des minorités

C'est effectivement dans l'affaire *Lalonde c. Ontario*⁴²⁰ (affaire de l'hôpital Montfort) que les plaignants ont invoqué avec succès le principe de la protection des minorités afin d'empêcher la fermeture du seul hôpital francophone en Ontario, institution jugée essentielle à la survie de la communauté et de la culture franco-ontariennes. La décision, fort bien détaillée en première instance, a été confirmée en appel et n'a pas été révisée par la Cour suprême. Examinons cette décision qui est très intéressante en l'espèce puisqu'elle a trait à la protection d'une institution locale (un hôpital) en vertu de principes non écrits. Un parallèle pourra être dressé entre la protection accordée à une institution de santé et à une institution locale municipale. Regardons tout d'abord ce que la Cour avait à dire sur la force normative du principe de la protection des minorités.

Dans cette affaire, le tribunal devait se demander si le principe sous-jacent de la protection des minorités pouvait rendre les directives de la Commission de restructuration des hôpitaux inconstitutionnelles et, par conséquent, nulles et sans effet. Sur la force normative des principes, la Cour est très claire. Pour elle, le langage de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession*⁴²¹ est sans équivoque:

« Nous rejetons l'argument selon lequel les principes constitutionnels non écrits, comme la protection de la minorité, revêtent peu d'importance en termes de réparation et que le défaut de se conformer à ces principes ne peut en soi invalider l'action gouvernementale qui y est contraire. Une telle interprétation n'est pas conforme au langage clair et puissant de la Cour dans le Renvoi sur la sécession du Québec. Pour en être certaine, la Cour suprême apporte la réserve que ces principes constitutionnels non écrits ne peuvent être interprétés comme « une invitation à négliger le texte écrit de la Constitution » (p. 249); mais il est erroné de lire cette réserve comme étant le dispositif de la décision. Il n'en est rien. Il s'agit d'une réserve. »⁴²²

Pour la Cour, le principe de protection des minorités est tout aussi important que les autres principes énoncés par la Cour suprême et il ne semble y avoir aucune raison de

⁴¹⁹ *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, précité, note 12. Pour Robin Elliot, le principe de la protection des minorités joue davantage un rôle explicatif et accessoire en ce sens qu'il ne fait que refléter la présence de certaines dispositions dans la Constitution : R. ELLIOT, *loc.cit.* note 344, pp. 117-118.

⁴²⁰ Précité, note 12.

⁴²¹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, note 10.

⁴²² *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, précité, note 12, p. 282 (O.S.C.J.). La Cour d'appel de l'Ontario affirme quant à elle: « Les principes non écrits de la Constitution ont bel et bien une force normative », p. 625, par.116.

distinguer les différents principes⁴²³. Les juges sont également d'avis que l'argumentation structurelle est renforcée dans cette cause du fait que la minorité qui revendique des droits est la minorité francophone, « dont la culture et la langue occupent une place privilégiée dans le tissu de la société canadienne en tant que l'une des collectivités fondatrices du Canada et que groupe de l'une des deux langues officielles dont les droits sont inscrits dans la Constitution ». ⁴²⁴ La Cour résume comme suit son raisonnement :

« Comme le principe de protection des minorités – et plus particulièrement, la protection de la minorité francophone – est un principe distinct qui sous-tend la Constitution qui est investie d'une force normative puissante et qui lie les gouvernements, la Cour doit intervenir, au besoin, pour protéger contre l'action gouvernementale qui ne reconnaît pas ce principe. » ⁴²⁵

Toutefois, comme nous l'avons mentionné plus haut, la cour de première instance et la cour d'appel tenaient à rappeler qu'il s'agissait d'étudier la validité d'une directive administrative et non d'une loi et que la force normative des principes était différente pour l'une et pour l'autre⁴²⁶. Il est toutefois permis de critiquer cette prise de position. Ici, nous référons le lecteur à la section précédente qui porte sur la force normative des principes structurels.

ii) L'application de l'affaire *Montfort* aux institutions municipales

Examinons maintenant en quoi l'affaire *Montfort* est pertinente dans le cadre d'une étude portant sur la protection des institutions municipales. Dans l'affaire *Montfort*, la Commission de restructuration des services de santé en Ontario avait pris la décision de supprimer de nombreux services en français au sein de l'hôpital. Les opposants à ces directives invoquèrent entre autres le principe structurel de la protection des minorités afin d'empêcher l'application de ces directives. L'argument voulait que l'hôpital *Montfort* constituait une institution vitale et essentielle à la survie, à la préservation et à

⁴²³ *Idem*; Renvoi relatif à la sécession du Québec, précité note 10, pp. 260-261; voir aussi Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre Haute, [1980] 1 R.C.S. 54, à la p. 71.

⁴²⁴ *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, précité, note 12, p. 284 (O.S.C.J.); Voir aussi *Mahe c. Alberta* [1990] 1 R.C.S. 342, à la p. 369.

⁴²⁵ *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, précité, note 12, p.282.

⁴²⁶ Voir *Westmount (Ville de) et als c. Procureur général du Québec*, précité, note 11, p. 2545. Voir aussi la décision *Montfort* en appel: "[...] on ne conteste pas ici la validité d'une loi qui empiète sur les droits de la minorité linguistique : voir *Baie d'Urfé (Ville) c. Québec* [...] On nous demande plutôt de statuer sur la validité d'une décision discrétionnaire touchant le rôle et la fonction d'une institution existante, prise par un organisme créé par la loi et mandaté pour agir dans l'intérêt du public" : *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, précité, note 12, p. 628, par.123.

l'épanouissement de la culture minoritaire francophone en Ontario, la minorité franco-ontarienne étant, au surplus, une minorité de langue officielle. C'est avec cet argument que les requérants ont eu gain de cause.

La preuve ayant été faite que certaines institutions étaient essentielles à la survie d'une communauté culturelle, la Cour a conclu que l'hôpital, seul hôpital francophone en Ontario et à l'ouest du Canada, jouait un rôle crucial pour la minorité franco-ontarienne :

« [...] les institutions sont essentielles à la survie des collectivités culturelles. Elles sont beaucoup plus que des fournisseurs de services. Elles sont des milieux linguistiques et culturels qui fournissent aux personnes les moyens d'affirmer et d'exprimer leur identité culturelle et qui, par extension, leur permettent de réaffirmer leur appartenance culturelle à une collectivité. Une personne et sa famille ne peuvent à elles seules maintenir l'identité linguistique et culturelle d'une collectivité. Par conséquent, ces institutions doivent exister dans le plus grand éventail possible de sphères de l'activité sociale pour permettre à la collectivité minoritaire de développer et de maintenir sa vitalité. [...] Les D^s Breton et Bernard ont reconnu que les hôpitaux ne sont peut-être pas parmi les institutions situées au plus haut niveau de l'échelle, mais ils maintiennent néanmoins que les institutions comme Montfort sont « toutes aussi importantes dans le réseau des institutions »⁴²⁷ (nos soulignés)

Ainsi, la Cour reconnaît que les institutions jouent un rôle crucial pour le maintien de cultures minoritaires⁴²⁸. Elle admet également que d'autres institutions, mis à part les hôpitaux, peuvent jouer des rôles encore plus importants. Est-ce que les institutions municipales jouent ce rôle social important? Il s'agit ici d'une question d'ordre sociologique plus que juridique. Mais dans l'affaire *Westmount* sur les fusions municipales, la Cour d'appel du Québec était d'avis que les municipalités n'avaient pas cette fonction :

« [...] le principe de protection des minorités n'a pas pour effet de conférer un droit à des institutions pour la protection des minorités, lorsque ce droit n'est pas protégé par ailleurs dans la Constitution. [...] le Renvoi ne prévoit nulle part que la protection des minorités doit s'effectuer par l'entremise de leurs institutions municipales. [...] Au Canada, nous ne connaissons aucun exemple de municipalité qui aurait été constituée pour régir une communauté regroupée selon un critère religieux, ethnique, culturel ou linguistique. [...] Le phénomène d'identification des citoyens à certaines institutions n'est pas propre à la municipalité qu'ils habitent, mais s'étend à d'autres réalités

⁴²⁷ *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé*, précité, note 12, p. 272 (O.C.G.D.).

⁴²⁸ « Il existe, et ce depuis la Confédération, un impératif constitutionnel pour la protection et le maintien des droits de la minorité francophone – y compris, à notre avis, le droit d'avoir au moins les institutions minimales nécessaires pour maintenir et améliorer l'existence et la vitalité de leur langue et de leur culture. Bien que l'étendue de ces services en particulier puisse faire l'objet d'un débat, nous sommes d'avis qu'un hôpital fondamentalement francophone en Ontario de la nature de Montfort fait partie de la structure de cette protection et de ce maintien » : *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé*, précité, note 12, pp. 292-293 (O.C.G.D.).

*communautaires comme les associations, les organisations culturelles, universitaires ou territoriales, comme la région, la province, le pays. »*⁴²⁹.

Bref, il semble selon la Cour que de nombreuses institutions puissent remplir ce rôle nécessaire à l'épanouissement et l'identification d'une minorité, mais que ce n'est pas le cas des institutions municipales! Associations, organisations territoriales (!) régions, provinces et pays, mais pas les municipalités. On peut s'étonner devant une telle affirmation. La Cour d'appel aurait pu se contenter de distinguer le cas de l'hôpital Montfort du fait qu'il s'agit du seul hôpital francophone et qu'il s'agit d'une situation très particulière et unique. Mais elle a distingué les municipalités de toutes les autres organisations sociales et politiques sur la base de critères douteux. La Cour affirme aussi que le *Renvoi sur la sécession*⁴³⁰ ne prévoit pas que la protection des minorités passe par les institutions municipales, mais est-ce que le *Renvoi* prévoyait qu'elle pouvait passer par un hôpital? Certes, les municipalités n'ont pas toujours et nécessairement pour effet de protéger une minorité, mais il peut arriver que ce soit le cas. Prenons un cas hypothétique ou il n'existerait qu'une seule municipalité francophone en Ontario, un conseil municipal francophone, une bibliothèque francophone, des services municipaux à prédominance francophone, des activités publiques locales francophones qui mettent en valeur la culture francophone, etc. Si cette municipalité devait disparaître, n'y aurait-il pas là une perte énorme pour la minorité francophone ontarienne? La Cour d'appel de l'Ontario aurait-elle interprété différemment le rôle et la fonction de cette municipalité de ceux de l'hôpital Monfort?

Si une municipalité est peuplée majoritairement par un groupe minoritaire au niveau provincial, les autorités publiques pourraient probablement être contraintes de tenir compte du principe de protection des minorités lorsqu'elles prennent leurs décisions. Dans l'affaire *Grushman c. Ottawa (Ville)*⁴³¹, un citoyen avait contesté une mesure de la Commission municipale ontarienne, ainsi qu'un règlement de la ville d'Ottawa qui autorisait la présence de salons funéraires dans une zone spécifique, peuplée en grande partie par la communauté asiatique. Le citoyen indiqua que, dans plusieurs cultures et religions asiatiques, la présence de salons funéraires à proximité d'une zone résidentielle était interdite. Le règlement portait donc atteinte aux droits de la minorité asiatique présente dans ce quartier. La Cour divisionnaire de l'Ontario jugea que cet argument fondé sur le principe constitutionnel de la protection des minorités était

⁴²⁹ *Westmount (Ville de) et als c. Procureur général du Québec*, précitée note 11, pp. 2537-2539.

⁴³⁰ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, note 10.

⁴³¹ *Grushman v. Ottawa(City)*, précité, note 329.

suffisant pour porter l'affaire en évocation devant elle. La ville d'Ottawa et la Commission municipale avaient posé des actes gouvernementaux et leurs actions étaient susceptibles d'être scrutées en fonction du principe de la protection des minorités. Ceci aurait pu donner lieu à un jugement intéressant, mais malheureusement les appelants n'ont pas élaboré ces arguments une fois devant la cour ontarienne et donc il n'y a pas eu de suite. Mais cette décision démontre que, pour le juge Aitken de la Cour divisionnaire de l'Ontario, une ville pourrait avoir pour obligation, lorsqu'elle adopte ses règlements, de respecter le principe de la protection des minorités afin de préserver la culture minoritaire présente sur son territoire. Les institutions municipales auraient donc un rôle à jouer pour la protection des minorités. Ceci vient contredire la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Westmount* qui affirme que la protection des minorités dont parle la Cour suprême ne s'effectue pas par l'entremise des institutions municipales⁴³².

Dans la doctrine, on reconnaît généralement que les institutions politiques jouent un rôle fort important pour les minorités qui les contrôlent. Dans un article portant sur le rapport entre fédéralisme et protection des droits et libertés, le professeur José Woehrling écrit :

*« [...] Une autonomie assez large peut également exister au niveau municipal, ce qui facilite la protection des minorités qui ont une certaine importance numérique à ce niveau. »*⁴³³

L'auteur Ivan Boev abonde dans ce sens :

*« [...] le lien avec le droit des minorités est révélé par le rapport des experts de Genève lequel invite les États à s'inspirer des résultats positifs en matière de protection minoritaire atteints par certains pays par le biais de l'administration locale et autonome sur une base territoriale et autres formes décentralisées ou locales d'administration. »*⁴³⁴

L'autonomie administrative territoriale accordée aux municipalités peut donc servir d'instrument de protection pour une minorité. Comme nous l'avons déjà mentionné, aucun article de la Constitution canadienne ne prévoit que la protection des minorités passe par l'octroi d'une autonomie territoriale. Cependant, il est possible de prétendre que l'article 27 de la *Charte canadienne*, qui énonce le principe de la protection du patrimoine multiculturel des Canadiens, pourrait jouer un rôle important à cet égard, et justifier une décision d'un tribunal s'il décidait de conférer une autonomie

⁴³² Précité, note 11, p. 2538.

⁴³³ José WOEHLING, « Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés: l'exemple des États-Unis et du Canada », (2000) 46 *McGill L. J.* 21, p. 32 .

institutionnelle à certaines minorités⁴³⁵. D'ailleurs, dans l'affaire *Montfort*⁴³⁶, la Cour divisionnaire de l'Ontario explique que la protection constitutionnelle de l'hôpital francophone ne relevait pas seulement des droits linguistiques : il s'agissait davantage du maintien du patrimoine multiculturel des Canadiens et d'une question de « culture » minoritaire⁴³⁷.

L'auteur et professeur Joseph Magnet appuie particulièrement cette interprétation de l'article 27 de la *Charte canadienne*. Pour cet auteur, de nombreux principes doivent se dégager de l'article 27 si l'on veut lui donner un sens. En particulier, le principe « d'ethnicité structurelle » impliquerait une forme de reconnaissance et de protection des structures politiques et administratives contrôlées par les minorités :

« The structural ethnicity principle would tend to “preserve” the integrity of these sensitive national understandings. It would also “enhance” their management in the sense that it invites courts to be inventive in finding new dimensions of autonomy and power for minorities where old constitutional machinery is antiquated. [...] Obviously, the absurd case is a claim that the structural ethnicity principle goes as far as to guarantee to every sub-national group its own provincial government.[...] However, the structural ethnicity principle may nevertheless encourage creation of quasi-autonomous administrative structures less independent than semi-sovereign provincial entities endowed with legislative power. The creation of quasi-autonomous administrative structures under the control of particular groups is a powerful means of insuring that these groups have the capacity to maintain themselves, and to develop according to their particular perception of their own special requirements. »⁴³⁸ (nos soulignés)

Le professeur Magnet ajoute que la structure gouvernementale canadienne (niveaux fédéral, provincial et municipal) permet l'instauration d'un principe d'autonomie administrative. Il s'agirait de redéfinir les limites territoriales des municipalités, ou de maintenir ces dernières, pour qu'elles correspondent à la présence de groupes minoritaires généralement rassemblés sur une même partie du territoire. Ces gouvernements locaux pourraient alors bénéficier de pouvoirs importants pour l'épanouissement et le maintien de la culture minoritaire⁴³⁹. Bien entendu, le professeur Magnet reconnaît que les tribunaux ne semblent pas encore prêts à garantir ce genre

⁴³⁴ I. BOEV, *loc.cit.*, note 318, p. 27.

⁴³⁵ *Re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights*, (1984) 47 O.R. (2d)1 (C.A. Ontario), pp. 38-39; *Gosselin c. Québec (P.G.)*, [2000] R.J.Q. 2973, p. 2996, confirmé en appel: [2002] R.J.Q. 1298 (C.A.Q.); [2005] 1 R.C.S. 238 (C.S.C.).

⁴³⁶ *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, précité, note 12.

⁴³⁷ *Id.* : « In that sense, the issues to be determined on this application touch on broader concepts than more discretions of minority language rights or minority language education rights, as contemplated in the Charter. They touch on the preservation of the multicultural francophone heritage of Canadians », p. 288.

⁴³⁸ Joseph Eliot MAGNET, « Multiculturalism in the Canadian Charter of Rights and Freedoms », dans G.-A. BEAUDOIN et E.P. MENDES, dir., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3^e édition, Toronto, Carswell, 1996, chapitre 18, p. 18-33.

⁴³⁹ *Id.*, p. 18-35.

d'autonomie territoriale aux minorités. Selon lui, les droits collectifs au Canada ont été appliqués de manière insatisfaisante. Pourtant, affirme-t-il, tant les tribunaux que le législateur seraient justifiés de rehausser le degré de protection institutionnelle des minorités :

« The collective rights system has been marked by tragic disappointments throughout Canadian constitutional history. It fails regularly to deliver on the promises made to minorities at Confederation. The problem is structural: too ready reliance on litigation brought about insufficient autonomy for minorities in the principle structures of government. Section 27 should attune courts and policy architects to these problems. Section 27 should require more sensitive attention to the problem of autonomy in preserving and enhancing the security of central communities. »⁴⁴⁰

Le principe de la protection des minorités, appuyé par l'article 27 de la *Charte canadienne*, pourrait donc servir, selon nous, à garantir une certaine autonomie pour les institutions contrôlées par une minorité et autoriserait les tribunaux à « combler les lacunes » du texte constitutionnel et à sanctionner toute mesure qui porte atteinte aux institutions vitales pour le maintien et l'épanouissement d'une minorité.

PARTIE III- DROIT INTERNATIONAL, DROIT COMPARÉ ET PERSPECTIVES DE RÉFORME LÉGISLATIVE OU CONSTITUTIONNELLE AU CANADA

A- Le droit international relatif aux institutions locales

1- La démocratie locale en droit international

Nous avons affirmé plus haut que notre opinion, selon laquelle le principe de la démocratie au Canada comprenait le droit à des institutions locales librement élues, tenait beaucoup à l'importance de la démocratie locale en droit international. Le droit international n'a pas d'application directe au Canada. Toutefois, il peut être utilisé pour évaluer l'importance de certaines valeurs qui font partie du droit canadien. Examinons d'abord la question de l'utilisation du droit international par les tribunaux canadiens, pour voir ensuite les différents instruments de droit international qui ont trait à la démocratie locale.

Il est bien reconnu aujourd'hui que les traités et conventions internationales ne font pas automatiquement partie du droit interne canadien. Pour que les engagements

⁴⁴⁰ *Id.*, p. 18-49 et 18-50.

internationaux du gouvernement canadien aient force juridique au Canada et soient sanctionnés par les tribunaux, il est essentiel qu'ils soient incorporés et mis en œuvre par l'autorité législative compétente⁴⁴¹. Au Canada, l'autorité compétente est soit le Parlement fédéral, soit la législature provinciale, selon la matière dont traite la législation⁴⁴². Ce principe est lié à ceux de la souveraineté parlementaire, de la séparation des pouvoirs et du fédéralisme qui veulent que la branche législative soit la seule autorité compétente pour adopter la législation. Un engagement du gouvernement n'est donc pas censé avoir d'effets juridiques en droit interne tant que les titulaires du pouvoir législatif n'auront pas donné suite à cet engagement. Ainsi, le droit international ne peut faire invalider une loi interne si les normes internationales n'ont pas été incorporées en droit interne⁴⁴³.

Toutefois, une étude du droit international par les tribunaux n'est pas totalement inutile. Plusieurs juges réfèrent au droit international pour appuyer leurs décisions⁴⁴⁴. Il semble que la Cour suprême du Canada ait adopté une nouvelle approche quant à l'utilisation du droit international. Avec l'arrêt *Baker c. Canada* où la juge L'Heureux-Dubé, parlant au nom de la majorité, affirme que les tribunaux peuvent tenir compte des valeurs véhiculées par le droit international:

*« Les valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent, toutefois, être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire. Comme le dit R. Sullivan, Driedger on the Construction of Statutes (3e éd. 1994), à la p. 330 :
[TRADUCTION] [L]a législature est présumée respecter les valeurs et les principes contenus dans le droit international, coutumier et conventionnel. Ces principes font partie du cadre juridique au sein duquel une loi est adoptée et interprétée. Par conséquent, dans la mesure du possible, il est préférable d'adopter des interprétations qui correspondent à ces valeurs et à ces principes. »⁴⁴⁵*

Il s'agit là véritablement d'une nouvelle tendance qui, selon les juges Iacobucci et Cory, dissidents sur ce point, constitue une approche non conforme à la jurisprudence de la Cour sur la question du statut du droit international en droit interne⁴⁴⁶. Les

⁴⁴¹ P. W. HOGG. *op.cit.*, note 223, p. 11-5 et svt.; Francis RIGALDIES, José WOEHLING, « Le juge interne canadien et le droit international » (1980) 21 *C.de D.* 293.

⁴⁴² *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; André TREMBLAY, *op.cit.* note 318, pp. 213-214.

⁴⁴³ *Francis c. La Reine*, [1956] R.C.S. 618, p. 621; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141, pp. 172 et 173.

⁴⁴⁴ *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, précité, note 1; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, précité, note 1; *Baker c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

⁴⁴⁵ *Baker c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, *Id.*, pp. 860-861.

⁴⁴⁶ *Id.*, pp. 865-866; Pour les deux juges dissidents, « il faut aborder avec prudence des décisions de ce genre, sous peine de rompre l'équilibre établi par notre tradition parlementaire ou de conférer par

valeurs véhiculées par les conventions internationales ratifiées par le gouvernement canadien peuvent donc, dorénavant, avoir un impact sur l'interprétation des lois. Bien entendu, nous parlons ici des conventions signées par le Canada, donc qui ont fait l'objet d'un certain engagement. Cependant, nous soumettons que même les conventions internationales auxquelles le Canada n'est pas partie (nous pensons entre autres à certains instruments européens) peuvent être utiles dans le cadre d'une analyse de droit comparé ou une étude de droit international. Ainsi, il est courant pour la Cour suprême d'examiner ce qui se fait ailleurs, particulièrement dans les pays du Commonwealth⁴⁴⁷. Nous tenons à insister sur ce dernier point puisque l'un des instruments internationaux les plus pertinents en la matière, la *Charte européenne de l'autonomie locale*⁴⁴⁸, n'a pas été ratifiée par le Canada puisque l'article 15 de la Charte énonce qu'elle est ouverte à signature aux États membres du Conseil de l'Europe. Or, sa substance et son objet sont d'un intérêt certain pour montrer que le droit à une certaine autonomie locale, et à fortiori, le droit à des institutions locales, font désormais partie des exigences de la démocratie moderne. Nous traiterons donc de ces conventions, non pas dans le but de montrer que l'autonomie locale *est* un principe qui s'applique au Canada, mais plutôt un principe qui *devrait* s'appliquer au Canada.

La *Charte européenne de l'autonomie locale*⁴⁴⁹ est née en 1985 de la volonté des membres du Conseil de l'Europe de protéger et de renforcer l'autonomie locale en Europe. Déjà en 1957 le Conseil de l'Europe avait reconnu l'importance des collectivités locales en instituant le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux de l'Europe (CPLRE)⁴⁵⁰. L'adoption d'une convention sur l'autonomie locale reconnue par tous les pays démocratiques de l'Europe était devenue une nécessité « en raison de l'importance de l'autonomie locale et de la nature des menaces qui [pesaient] sur elle »⁴⁵¹. Dans le rapport explicatif de la *Charte européenne*, on peut lire que l'autonomie locale est considérée comme un des piliers de la démocratie :

inadvertance à l'exécutif le pouvoir de lier les administrés sans la participation du pouvoir législatif » : pp. 865-866.

⁴⁴⁷ A. TREMBLAY, *op.cit.* note 318, p. 17: « De plus, aux fins de l'interprétation de la Charte canadienne, des références pourront être faites aux décisions des tribunaux britanniques, de la Cour suprême des États-Unis, des tribunaux européens et de certains tribunaux oeuvrant en droit international. ». Voir notamment *Hunter c. Southam Inc.* [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Edwards Books*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13.

⁴⁴⁸ *Charte européenne de l'autonomie locale*, 15 octobre 1985, S.T.E. no. 122 publiée dans Conseil de l'Europe, *Conventions et Accords européens*, volume V, 1983-1989, Strasbourg 1990.

⁴⁴⁹ *Idem.*

⁴⁵⁰ Anciennement la Conférence permanente des pouvoirs locaux et régionaux en Europe.

⁴⁵¹ CONSEIL DE L'EUROPE, *Charte européenne de l'autonomie locale (STE no 122) - rapport explicatif*, Strasbourg, 1986, reproduit en ligne : <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/122.htm> consulté le 8 janvier 2009.

« La Charte oblige les Parties à appliquer des règles fondamentales garantissant l'indépendance politique, administrative et financière des collectivités locales. C'est donc une démonstration, au niveau européen, de la volonté politique de donner, à tous les niveaux de l'administration territoriale, un contenu aux principes que défend depuis sa fondation le Conseil de l'Europe; celui-ci a en effet pour vocation de maintenir la conscience démocratique de l'Europe et de défendre les droits de l'homme au sens le plus large. La Charte incarne même l'idée que le degré d'autonomie dont jouissent les collectivités locales peut être considéré comme la pierre d'achoppement d'une démocratie véritable. »⁴⁵² (nos soulignés)

La Charte européenne⁴⁵³ est considérée comme un texte fondateur au même titre que la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁵⁴ de 1950. Le principe de l'autonomie locale au niveau politique, financier et administratif est une composante essentielle des principes fondamentaux du Conseil de l'Europe et au cœur même du dispositif démocratique⁴⁵⁵. La Charte contient un préambule qui énonce les différentes motivations à l'origine de l'adoption de ce texte. On peut y lire notamment que « les collectivités locales sont l'un des principaux fondements de tout régime démocratique » et que « l'existence de collectivités locales dotées d'organes de décision démocratiquement constitués et bénéficiant d'une large autonomie » est nécessaire. Trois parties constituent la Charte européenne⁴⁵⁶. La première traite des principaux éléments de l'autonomie locale. On y explique notamment que le principe de l'autonomie locale doit avoir un fondement constitutionnel ou légal⁴⁵⁷. Le concept de l'autonomie locale y est défini comme étant le droit des citoyens de participer à la gestion des affaires locales par le biais de collectivités locales formées de représentants élus⁴⁵⁸. On traite ensuite de la portée de l'autonomie locale; les pouvoirs et compétences dont sont investies les autorités locales doivent d'être importants et significatifs. De manière générale, il doit y avoir le moins possible d'interventions de la part des autorités supérieures⁴⁵⁹. Un article traite également de l'importance pour les collectivités locales d'être consultées avant toute modification de leurs limites

⁴⁵² CONSEIL DE L'EUROPE, *Id.*

⁴⁵³ Charte européenne de l'autonomie locale, précitée, note 448.

⁴⁵⁴ Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, 4 novembre 1950, Conseil de l'Europe, Conventions et Accords européens, volume I, 1949-1961, Strasbourg 1993 (*Convention européenne des droits de l'homme*).

⁴⁵⁵ CONSEIL DE L'EUROPE, 12^e session du Congrès du 31 mai-2 juin 2005, 20^e anniversaire de la Charte européenne de l'autonomie locale, un texte fondateur de la démocratie en Europe, 2005, reproduit en ligne <http://www.coe.int/T/F/Com/Dossiers/Sessions-CPLRE/2005-05-session/20050601-charte.asp>

consulté le 8 janvier 2009; *Vers une Charte mondiale de l'autonomie locale*, loc.cit. note 11.

⁴⁵⁶ Charte européenne de l'autonomie locale, précitée, note 448.

⁴⁵⁷ *Id.*, article 2.

⁴⁵⁸ *Id.*, article 3.

⁴⁵⁹ *Id.*, article 4.

territoriales⁴⁶⁰. D'autres articles traitent de la possibilité pour les collectivités locales de définir leur structure interne et de disposer de représentants élus et de fonctionnaires compétents et impartiaux⁴⁶¹. Une disposition traite également du contrôle judiciaire et administratif des actes des gouvernements locaux : le contrôle ne peut en être qu'un de légalité et, dans la mesure du possible, les autorités supérieures ne doivent pas s'immiscer dans les affaires locales⁴⁶². Les trois autres dispositions de la première partie ont trait aux ressources financières, au droit d'association et à la personnalité juridique⁴⁶³. Les parties deux et trois sont d'ordre procédural : elles traitent des formalités d'engagement et de mise en vigueur du traité.

De ce bref examen de la *Charte européenne*⁴⁶⁴, nous pouvons conclure que le système de protection du principe de l'autonomie locale en Europe est bien établi tout en étant délicat puisqu'il doit assurer un équilibre entre la souveraineté étatique et l'autonomie des gouvernements locaux. La *Charte*, en janvier 2008, avait été ratifiée par 44 des 47 États membres du Conseil de l'Europe⁴⁶⁵. Quelles conclusions pouvons-nous tirer au Canada du succès de la *Charte européenne de l'autonomie locale* en Europe? Tout d'abord, le simple fait que le Conseil de l'Europe ait adopté une telle charte montre au moins que les institutions locales sont considérées comme nécessaires pour assurer le caractère démocratique d'un pays⁴⁶⁶. L'autre constatation que nous pouvons faire est très certainement que le Canada aurait avantage à s'inspirer de la *Charte européenne de l'autonomie locale*⁴⁶⁷ pour renforcer son caractère démocratique et que l'enchâssement de la démocratie locale dans la Constitution canadienne ou dans un autre document juridique à caractère supralégislatif est souhaitable.

⁴⁶⁰ *Id.*, article 5.

⁴⁶¹ *Id.*, articles 6 et 7.

⁴⁶² *Id.*, article 8.

⁴⁶³ *Id.*, articles 9, 10 et 11.

⁴⁶⁴ *Id.*

⁴⁶⁵ Seuls l'Andorre, Monaco et Saint-Marin n'ont pas ratifié la Charte : État des ratifications disponible en ligne :

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=122&CM=1&DF=1/9/2009&CL=FRE> consulté le 8 janvier 2009.

⁴⁶⁶ À l'occasion du 50^e anniversaire de la *Déclaration des droits de l'Homme*, un groupe d'expert a élaboré un projet de « charte européenne des droits de l'homme dans la ville » (Charte de Barcelone) qui constitue un instrument significatif pour la promotion des droits humains en milieu urbain : *Charte européenne des droits de l'Homme dans la ville*, adoptée le 18 mai 2000 par un regroupement de maires de villes européennes, reproduit en ligne :

http://www.aidh.org/Europe/Images/charte_europ_ddh_ville.pdf, consulté le 8 janvier 2009. L'article 5 de cette charte, ratifiée par plusieurs villes européennes, consacre, "le droit à la ville - entendu comme droit de tous les citoyens à un espace collectif de participation démocratique, de convivialité et d'épanouissement de la personnalité - en tant que droit fondamental": voir José Emanuel BANDRÈS, « Des droits humains inscrits dans la réalité locale » *Le Monde diplomatique* (mai 2000) à la p. 33.

L'autonomie locale et la décentralisation ne sont pas uniquement l'affaire du Conseil de l'Europe. Le principe de l'autonomie locale est au cœur des engagements des Nations Unies, puisque les années 2000-2009 ont été déclarées par l'ONU comme la décennie mondiale de l'Administration locale. Depuis 1996, les Nations Unies (ONU-HABITAT), en partenariat avec d'autres organisations internationales comme l'Union internationale des pouvoirs locaux (IULA), travaillent à l'élaboration d'une Charte mondiale de l'autonomie locale⁴⁶⁸. À sa 25e session extraordinaire, l'Assemblée générale de l'ONU adoptait la « Déclaration sur les villes et autres établissements humains en ce nouveau millénaire » dans laquelle on réitérait la volonté de mettre en œuvre la *Déclaration d'Istanbul sur les établissements humains*⁴⁶⁹, y compris l'idée et la nécessité d'une charte mondiale de l'autonomie locale. La déclaration confirme la volonté des États de promouvoir le principe de la décentralisation et de renforcer les autorités locales⁴⁷⁰. Le projet de charte mondiale s'inspire largement de l'expérience et du texte de la *Charte européenne de l'autonomie locale*⁴⁷¹. Selon la IULA, « le but est d'arriver à une convention internationale qui établisse pour les gouvernements nationaux et les agences internationales les principes et le cadre constitutionnel/légal qui devraient être à la base de tout système démocratique de gouvernement local »⁴⁷². Néanmoins, il faut reconnaître que les consensus aux Nations Unies ne sont pas toujours faciles. L'adoption de la Charte mondiale à titre de convention de l'ONU est une option acceptée par certains pays, mais rejetée par d'autres. En 2003, les organes des Nations Unies responsables de l'implantation du programme initial de la *Conférence sur les Établissements Humains* relatif à l'adoption d'une charte mondiale ont convenu qu'il n'existait pas, à cette étape, un consensus permettant l'adoption d'une telle charte. Tout au plus, une déclaration ou un ensemble de directives

⁴⁶⁷ *Charte européenne de l'autonomie locale*, précité, note 448.

⁴⁶⁸ Le programme des Nations Unies pour les Établissements Humains (ONU-HABITAT) est le principal organisme voué à la cause des administrations locales mais il existe d'autres agences onusiennes qui collaborent avec les autorités locales en fonction de leurs mandats respectifs : UNAIDS, CSD, UNDCP, UNDP, UNEP, UNESCO, FAO, UNICEF, ILO, UNITAR etc.

⁴⁶⁹ N.U., COMMISSION DES ÉTABLISSEMENTS HUMAINS, *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur les établissements humains (Habitat II)*, Istanbul, 3-14 juin 1996, (A/CONF. 165/14), chapitre I, résolution I, annexe I.

⁴⁷⁰ N.U., *Déclaration sur les villes et autres établissements humains en ce nouveau millénaire*, Rés. AG. S-25/2, Doc. Off. AG NU, 25e sess. (2001), par. 41.

⁴⁷¹ *Charte européenne de l'autonomie locale*, précité, note 448.

⁴⁷² Cette déclaration, adoptée une première fois en 1985, a été réadoptée en 1993 au Congrès de Toronto. Le IULA était une association internationale qui regroupait plusieurs membres, dont des associations, des villes et des ministères gouvernementaux. Le IULA a adopté une *Déclaration mondiale des pouvoirs locaux* qui reprend sensiblement les mêmes dispositions que celles de la *Charte européenne de l'autonomie locale*. La participation de plusieurs associations canadiennes aux travaux de l'Union internationale des pouvoirs locaux (IULA) est signe du besoin d'accorder une place importante aux institutions municipales dans l'organisation politique canadienne. Dorénavant, c'est la UCLG (United

politiques pourraient être adoptées. Néanmoins, la reconnaissance par la communauté internationale du rôle fondamental des autorités locales ainsi que la reconnaissance juridique du statut autonome des autorités locales dans le monde restent un objectif des Nations Unies et des divers organismes internationaux.⁴⁷³

Au niveau européen, on peut mentionner également la *Déclaration de Vienne*⁴⁷⁴, adoptée sous l'égide du Conseil de l'Europe en 1993, à la suite des événements survenus en ex-Yougoslavie. Dans le préambule de la déclaration, on peut lire que les préoccupations des collectivités locales et régionales doivent être respectées et que ces collectivités sont essentielles à l'expression démocratique des peuples. Également, on reconnaît que les collectivités locales et régionales jouent un rôle important pour la participation des minorités à la vie politique :

« La création d'un climat de tolérance et de dialogue est nécessaire à la participation de tous à la vie politique. À cet égard, une contribution importante doit être apportée par les collectivités régionales et locales »⁴⁷⁵.

La référence au dialogue et à la participation politique des minorités rejoint le langage utilisé par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession*⁴⁷⁶ qui souligne qu'un processus permanent de discussion est essentiel pour que les principes fondamentaux de la Constitution canadienne soient respectés⁴⁷⁷. La *Déclaration de Vienne* quant à

Cities and Local Governments) créée en 2004 qui regroupera les principales organisations vouées à la cause de l'autonomie locale dont la IULA.

⁴⁷³ Cette charte mondiale devait être présentée à la Session Spéciale de l'Assemblée générale des Nations Unies en juin 2001. En raison de l'absence de consensus, il en est résulté un ajournement de facto des questions relatives à la Charte mondiale, sans pour autant que le projet soit mis à l'écart. De plus, un Comité spécial a été créé par l'ONU en juin 2000 pour étudier les questions de l'autonomie locale, le Comité consultatif d'autorités locales de l'ONU (UNACLA). Voir sur toutes ces questions: N.U., CENTRE DES NATIONS UNIES POUR LES ÉTABLISSEMENTS HUMAINS (HABITAT) et Coordination des Associations Mondiales des Villes et Autorités Locales (CAMVAL), *loc.cit.* note 11; N.U., Commission des Établissements Humains, *Suite donnée à la Conférence des Nations Unies sur les établissements humains (Habitat II) : Mise en œuvre au niveau local du programme pour l'Habitat, et notamment rôle des autorités locales*, 18^e session, HS/C/18/3 Add.1, 2001 (Nairobi), reproduit en ligne : http://www.unchs.org/downloads/docs/1802_85716_hsc183add1.pdf consulté le 8 janvier 2009; Daniel BIAU, "A new era of cooperation with local authorities", (2004) 10:1 Habitat Debate (NU) 4, reproduit en ligne:

<http://ww2.unhabitat.org/hd/hdv10n1/4.asp> consulté le 8 janvier 2009.

⁴⁷⁴ La *Déclaration de Vienne* a été adoptée à l'occasion du premier sommet du Conseil de l'Europe par les États membres et avait comme objectifs de confirmer la politique d'ouverture aux pays de l'Est, de renforcer les mécanismes de contrôle de la *Convention européenne des droits de l'Homme* et de présenter les lignes directrices pour l'élaboration d'un instrument de protection des droits des minorités nationales : CONSEIL DE L'EUROPE, Comité des Ministres, *Déclaration de Vienne*, 9 octobre 1993, Annexe II portant sur les minorités nationales, en ligne :

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=621763&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75> consulté le 8 janvier 2009.

⁴⁷⁵ *Idem.*

⁴⁷⁶ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, note 10.

⁴⁷⁷ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité note 10, par. 68 : « enfin, nous devons souligner que le bon fonctionnement d'une démocratie exige un processus permanent de discussion. [...] Un système

elle confirme que les collectivités locales jouent un rôle majeur dans l'application des principes de démocratie et de protection des minorités.

Parmi les instruments internationaux auxquels à pris part le Canada, certains concernent les collectivités locales et leur importance pour le respect de la démocratie. Nous pensons en particulier à la *Charte démocratique interaméricaine* adoptée sous l'égide du Conseil permanent de l'organisation des États américains en 2001⁴⁷⁸. Dans son préambule, la Charte énonce que « le caractère participatif de la démocratie dans nos pays *aux divers échelons de l'activité publique* contribue à la consolidation des valeurs de celle-ci, ainsi qu'à la liberté et à la solidarité dans le Continent américain. » Bien que l'on ne mentionne pas expressément les collectivités locales, il apparaît clair que l'article 6 réfère à la présence d'institutions locales, niveau de gouvernement le plus près des citoyens :

« La participation des citoyens à la prise des décisions concernant leur propre développement est un droit et une responsabilité. Elle est aussi une condition indispensable à l'exercice intégral et performant de la démocratie. La promotion et le perfectionnement des diverses formes de participation renforcent la démocratie. » (nos soulignés)

Encore plus révélateur de l'engagement du Canada envers la reconnaissance de la nécessité des institutions municipales, la Déclaration de La Paz sur la décentralisation et le renforcement des administrations régionales et municipales ainsi que de la participation de la société civile⁴⁷⁹, adoptée à l'issue du Sommet des Amériques tenu à Québec en juin 2001⁴⁸⁰. Ce document est d'une pertinence considérable puisqu'il énonce de manière claire et précise l'importance des institutions municipales dans les démocraties modernes. Nombreux sont les passages de cette Déclaration qui démontrent nos propos. D'entrée de jeu, la déclaration proclame ceci:

démocratique de gouvernement est tenu de prendre en considération ces voix dissidentes, et de chercher à en tenir compte et à y répondre dans les lois que tous les membres de la collectivité doivent respecter ».

⁴⁷⁸ OÉA, Assemblée Générale, 28^e sess., *Charte démocratique interaméricaine*, AG/RES.1 (2001), reproduit en ligne :

http://www.oas.org/charter/docs_fr/carta_fr.htm consulté le 8 janvier 2009.

La Charte interaméricaine a été adoptée le 11 septembre 2001: Lucie LAMARCHE, Love ST-FLEUR, « La Charte démocratique interaméricaine: une réponse aux engagements du Sommet de Québec », *Journal La Presse* (22 avril 2002), p. A-13.

⁴⁷⁹ *Déclaration de La Paz sur la décentralisation et le renforcement des administrations municipales et régionales et de la participation de la société civile*, précitée, note 14.

⁴⁸⁰ Le plan d'action du 3e Sommet des Amériques tenu à Québec en 2001 énonce que pour renforcer la démocratie, il faut renforcer les pouvoirs des administrations locales, notamment en conférant une certaine autonomie aux gouvernements locaux et en augmentant leurs capacités institutionnelles. Les mécanismes visant à promouvoir la participation des citoyens aux affaires locales sont encouragés : OÉA, Troisième Sommet des Amériques, Québec 2001, Plan d'action, reproduit en ligne :

[http://www.summit-americas.org/Documents%20for%20Quebec%20City%20Summit/Quebec/PoA%20FINAL%20public%20April21%20\(french\).doc](http://www.summit-americas.org/Documents%20for%20Quebec%20City%20Summit/Quebec/PoA%20FINAL%20public%20April21%20(french).doc), consulté le 8 janvier 2009.

« [...] les administrations municipales et régionales performantes, bénéficiant de la participation active et avisée de la société civile, constituent des éléments fondamentaux de la démocratie et sont des facteurs indispensables à la gouvernance démocratique et au développement des États à travers tout le Continent américain ».

De cette déclaration est né le *Réseau interaméricain de haut niveau en matière de décentralisation, d'administration locale et de participation citoyenne* (RIAD), un mécanisme de coopération interaméricaine ayant notamment pour objectif de tracer des directives en vue d'assurer « la continuité du processus de décentralisation, de renforcement de l'administration locale et de participation citoyenne »⁴⁸¹. Le RIAD devra prêter une attention particulière au cadre constitutionnel régissant les rapports entre les différents paliers de gouvernement et aux mécanismes de participation des citoyens à l'échelon municipal. La déclaration énonce également que, en s'acquittant de ses attributions, le RIAD tiendra compte, notamment, du projet de Charte mondiale de l'autonomie locale⁴⁸². En 2005, les États membres adoptaient la *Déclaration de Recife* qui réitère les engagements des pays de l'OEA relatifs à la promotion de la démocratie locale et de la décentralisation⁴⁸³. Ainsi, ces engagements pris par le Canada ne font que confirmer l'importance des institutions locales pour la démocratie canadienne.

Il est intéressant de constater que la décentralisation et l'autonomie locale sont des éléments essentiels pour l'établissement de nouveaux ordres juridiques et politiques dans les pays en reconstruction comme les pays de l'ex-Yougoslavie, la Somalie ou l'Afghanistan, les pays en voie de développement ou avec des économies de transition ainsi que les pays en voie de démocratisation. La nouvelle constitution brésilienne adoptée en 1988 accorde une place importante aux municipalités et aux administrations locales⁴⁸⁴. La Constitution sud-africaine de 1996 contient un chapitre dédié aux gouvernements locaux et leur accorde certains pouvoirs et certains devoirs⁴⁸⁵. Des pays d'Asie, d'Afrique et d'Amérique latine accordent désormais davantage de pouvoirs aux

⁴⁸¹ *Déclaration de La Paz sur la décentralisation et le renforcement des administrations municipales et régionales et de la participation de la société civile*, précité, note 14.

⁴⁸² *Idem*.

⁴⁸³ OEA, Troisième réunion des ministres et autorités de haut niveau chargées des politiques de décentralisation, d'administration locale et de participation citoyenne à l'échelle municipale dans le continent américain, *Déclaration de Recife*, Doc.off. OEA/Ser.K /XXX.VII.3, REDMU-III/doc.5/05 rev.2 (2005): « Les participants à la III Réunion des Ministres et Autorités de Haut niveau des États membres de l'Organisation des États Américains [...] déclarent 1. leur engagement en faveur du perfectionnement et du renforcement du cadre institutionnel du processus de décentralisation dans l'objectif de renforcer les administrations locales et régionales et les moyens de participation citoyenne à la gestion publique, qui constituent un plan d'action destiné à consolider la gouvernance démocratique... ».

⁴⁸⁴ Constitution de la République fédérative du Brésil, 1988.

⁴⁸⁵ Constitution of the Republic of South Africa, Act 108 of 1996, en ligne : <http://www.info.gov.za/documents/constitution/index.htm>, consulté le 8 janvier 2009.

autorités locales. Les pays qui désirent faire partie de l'Union Européenne doivent signer la *Charte européenne de l'autonomie locale*. La décentralisation et l'autonomie locale sont perçues par la communauté internationale comme des principes qui limitent la corruption et qui protègent les citoyens contre les effets néfastes de la centralisation à outrance, le totalitarisme et la dictature. Ainsi, la présence d'institutions locales fortes et démocratiques devient une condition pour que ces pays soient « acceptés » par la communauté internationale. Mais au Canada, où la démocratie semble être acquise, les tribunaux et politiciens peuvent encore affirmer que l'existence des municipalités dépend uniquement du bon vouloir de l'État central (de la législature provinciale), que les municipalités ne sont pas protégées et ne sont pas essentielles, que la législature a un pouvoir de vie ou de mort sur elles et qu'elles pourraient donc disparaître complètement. Il y a là tout un paradoxe! On s'attendrait du Canada qu'il fasse office de chef de file en matière de droits de l'homme et de démocratie, mais il semble que les nouveaux pays en voie de démocratisation auront des constitutions plus démocratiques que la Constitution canadienne. Tout ceci nous porte à croire que le principe de la démocratie tel que présenté par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, est certainement assez puissant pour englober le droit pour les citoyens à des institutions municipales démocratiques pourvues d'un certain degré d'autonomie, peu importe leur structure.

2- La protection des minorités par le truchement de l'autonomie locale en droit international

Le principe de la protection des minorités est également nourri par le droit international. Le droit international et son système de protection des minorités accordent beaucoup d'importance à la protection des institutions politiques et à l'octroi d'une autonomie administrative comme mesure de protection et d'épanouissement des minorités. Nous avons vu cependant, dans la section portant sur le principe de la démocratie, que le droit international n'a pas d'application directe et automatique en droit canadien. Néanmoins, il n'est pas inutile d'examiner l'importance que la communauté internationale accorde aux institutions locales dans la recherche d'une protection accrue des droits des minorités.

Tout d'abord, le *Pacte international sur les droits civils et politiques*⁴⁸⁶, ratifié par le Canada et entré en vigueur en 1976, prévoit une protection générale des minorités à l'intérieur des États membres. L'article 27 stipule que:

« Dans les États où il existe encore des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue. »

À première vue, cet article ne garantit pas la protection d'une quelconque autonomie territoriale. Toutefois, des auteurs sont d'avis qu'il faut donner à cet article un rôle plus important que celui d'empêcher l'État de brimer les droits et libertés des individus membres d'une minorité ethnique (mesures négatives); l'interprétation moderne de l'article 27 voudrait que les États prévoient effectivement des mesures positives de protection⁴⁸⁷. Ainsi, l'article 27 pourrait, en quelque sorte, être source d'obligations positives pour les gouvernements nationaux, telles que la création ou le maintien d'institutions jouant un rôle crucial pour la minorité⁴⁸⁸.

L'article 27 du *Pacte international* a donné lieu à l'adoption par l'Assemblée générale de l'ONU d'une déclaration portant spécifiquement sur la protection des minorités. L'article 2.3 de la *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques* (1992) dispose que les personnes appartenant à des minorités ont le droit de prendre une part effective, au niveau régional, aux décisions qui concernent les régions dans lesquelles elles vivent⁴⁸⁹. Toutefois, force est d'admettre que cet article n'a encore jamais servi à faire reconnaître une quelconque forme d'autonomie territoriale et il serait surprenant qu'on lui donne

⁴⁸⁶ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 187, [1976] R.T. Can. no. 47.

⁴⁸⁷ J.E. MAGNET, *loc.cit.* note 438, pp. 18-8 à 18-15; Francesco CAPOTORTI, « Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities », Doc.NU E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1 (1979); Dans l'arrêt *Lovelace v. Canada*, [1983] *H.R. Yearbook* 306, le Comité des Nations Unies pour les Droits de l'Homme affirma que la réserve jouait, pour une femme indienne, un rôle d'une importance fondamentale et que le droit d'y vivre devait être protégé en vertu de l'article 27.

⁴⁸⁸ L'observation générale n° 23 énonce que l'article 27 « peut exiger des mesures positives de protection prescrites par la loi et des mesures garantissant la participation effective des membres des communautés minoritaires à la prise des décisions les concernant. » (par. 7). Le paragraphe 3.2 prévoit quant à lui que « La jouissance des droits énoncés à l'article 27 ne porte pas atteinte à la souveraineté et à l'intégrité territoriale d'un État partie. Toutefois, l'un ou l'autre des droits consacrés dans cet article - par exemple, le droit d'avoir sa propre vie culturelle - peut consister en un mode de vie étroitement associé au territoire et à l'utilisation de ses ressources. Cela peut être vrai en particulier des membres de communautés autochtones constituant une minorité. » : Observation générale no 23 (1994) sur les droits des minorités, Comité des droits de l'homme, Doc. N.U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5

⁴⁸⁹ *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques*, Résolution 47/135 (1992), U.N. Doc A47/49 (1992). Le Canada s'est joint au consensus

une telle interprétation, compte tenu de l'importance accordée au principe de l'intégrité territoriale. De plus, cette déclaration est davantage un énoncé de principes et de valeurs communes. D'autres textes internationaux sont cependant plus significatifs.

La *Déclaration de Copenhague de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (1990)*, considérée comme un texte de référence en matière de droit des minorités, reconnaît que la mise en place d'administrations locales ou autonomes appropriées et qui correspondent à la situation historique et territoriale spécifique d'une minorité est un moyen efficace pour assurer la vitalité de cette minorité. Le Canada a ratifié cette déclaration :

« Les États participants prennent note des efforts entrepris pour créer et favoriser des conditions permettant de promouvoir l'identité ethnique, culturelle, linguistique et religieuse de certaines minorités nationales, en mettant en place, comme l'un des moyens de réaliser ces objectifs, des administrations locales ou autonomes appropriées correspondant à la situation historique et territoriale spécifique de ces minorités conformément à la politique de l'État donné. »⁴⁹⁰ (nos soulignés)

D'autres instruments internationaux font un lien entre la protection des minorités et l'autonomie locale. Au niveau européen, mentionnons la *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*⁴⁹¹ adoptée par le Conseil de l'Europe et la *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*⁴⁹². La Charte reconnaît, en principe, le droit de pratiquer les langues régionales et minoritaires dans les sphères privées et publiques et enjoint les Parties à encourager ou permettre l'utilisation des langues minoritaires ou régionales au sein des collectivités locales par divers moyens⁴⁹³. La Convention quant à elle interdit aux Parties de modifier les proportions de la population dans une aire géographique dans le but de porter atteinte à leurs droits et libertés reconnus dans la convention⁴⁹⁴.

de cette déclaration. Toutefois, en droit, elle est non contraignante et n'impose aucune obligation juridique ; il s'agit plutôt d'un regroupement de principes, politiques et déclarations d'intentions.

⁴⁹⁰ *Déclaration de Copenhague de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (1990)*, reproduite dans 29 I.L.M. 1305 (1990).

⁴⁹¹ *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, 5 novembre 1992, S.T.E. n° 148, publié dans Conseil de l'Europe, Conventions et Accords européens, volume VI, 1990-1994, Strasbourg 1994, articles 7 (1) b et 10 (2).

⁴⁹² *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*, 1^{er} février 1995, S.T.C.E. n° 157, reproduit en ligne : <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/157.htm>, consulté le 8 janvier 2009.

⁴⁹³ Précitée, note 490, articles 7 (1) b et 10 (2).

⁴⁹⁴ Précitée, note 491, article 16

Bien que le droit international semble encourager la mise en place, ou à tout le moins, le respect des structures administratives et institutionnelles existantes, il ne semble pas que ces recommandations se traduisent effectivement par des obligations positives de la part des États. Particulièrement, la communauté internationale semble mal à l'aise avec l'idée d'imposer aux États une obligation de garantir une autonomie territoriale aux minorités. Étant donné que la pratique des États n'abonde pas dans ce sens, la communauté internationale est encore plus réfractaire à l'idée de restreindre la souveraineté territoriale des États. Le constat d'un auteur sur l'état actuel du droit international en la matière est éclairant :

« On doit en tirer la conclusion — que nul ne saurait contester — qu'en l'état actuel du droit international, les États ne sont aucunement tenus d'instituer des formes de décentralisation politique ou administrative en faveur des minorités. Le droit international ne saurait obliger les États à adopter une structure étatique particulière. C'est en vain que l'on rechercherait les éléments pouvant révéler l'existence d'une pratique commune des États en matière d'autonomie territoriale, qui pourrait être une simple ébauche d'une règle coutumière. Seuls des engagements bilatéraux expressément consentis ou des normes de droit interne peuvent donc fonder la prétention des minorités d'être mises au bénéfice de statuts particuliers d'autonomie locale. C'est d'ailleurs ce que vient confirmer la pratique des États. »⁴⁹⁵

On peut se demander cependant si le droit international n'est là que pour refléter la pratique des États ou pour faire avancer le droit.

B- Étude de droit comparé : La Californie et l'Italie

Il peut être intéressant de faire une étude de droit comparé afin d'analyser le statut juridique des institutions locales au sein des systèmes juridiques d'autres pays. Nous avons retenu le cas de la Californie et celui de l'Italie. La Californie est l'un des États américains qui donnent le plus de pouvoirs aux entités locales. Elle fut parmi les premiers États américains à adopter un système de « home rule » dans sa Constitution et à se démarquer de la common law qui appliquait la théorie de l'excès de pouvoirs aux municipalités (*Dillon's rule*), théorie qui a également été appliquée au Canada. Il est aussi intéressant d'étudier la situation des États américains car, comme les provinces canadiennes, ils ont la compétence en matière municipale et possèdent des constitutions internes. Le cas de l'Italie nous apparaît pertinent pour analyser de quelle

⁴⁹⁵ Giorgio MALINVERNI, « Autonomie locale, intégrité territoriale et protection des minorités », (1997) 9 Commission Européenne pour la démocratie par le droit - Collection Science et technique de la démocratie, 324, pp. 324-339, p. 326; I. BOEV, *loc.cit.* note 317, p. 27.

façon un pays lié par la *Charte européenne de l'autonomie locale* protège ses institutions locales. De plus, il existe une forme de fédéralisme régional en Italie.

1 - Le « home rule » dans la constitution californienne

a- Aperçu général de l'autonomie locale et du système de home rule aux États-Unis

Le *self-government* et la démocratie locale sont des notions qui sont profondément ancrées dans l'histoire politique anglo-américaine. L'autonomie des collectivités locales a toujours existé *de facto* dans les pays anglo-saxons, si bien que l'on a prétendu à l'existence d'une certaine coutume ou convention à cet effet. Des auteurs et juges américains ont tenté, au début du 20^e siècle, de démontrer que le droit des collectivités locales à s'autodéterminer avait acquis un statut constitutionnel malgré que ce droit ne soit pas expressément prévu dans la constitution écrite⁴⁹⁶. Nous avons vu plus haut que cette thèse n'a pas été retenue, la jurisprudence majoritaire ayant plutôt endossé la thèse du juge Dillon selon laquelle les municipalités sont des créatures de l'État et ne possèdent que les pouvoirs qui leur ont été expressément délégués par la législature (Dillon's rule). Consciente que cette orientation de la jurisprudence allait engendrer des effets considérables sur la possibilité de l'autogestion au niveau local, l'opinion publique américaine s'engagea alors dans un véritable mouvement de mobilisation populaire pour que le droit à l'autonomie locale soit reconnu dans les constitutions des États⁴⁹⁷. Aux États-Unis, ce mouvement politique que l'on a qualifié de « home rule mouvement » est donc né en réaction directe contre l'adhésion des tribunaux américains à la thèse de Dillon et contre l'immixtion grandissante de l'État fédéré dans les affaires locales. La population supportait mal que la législature puisse venir s'immiscer dans les affaires locales sans le consentement des personnes directement concernées⁴⁹⁸.

⁴⁹⁶ Amasa EATON, "The Right to Local Self-government", (1900) 13 *Harv. L.Rev.*441; Howard Lee MCBAIN, *The law and the practice of municipal home rule*, New York, Columbia University Press, 1916.

⁴⁹⁷ Gerald E. Frug explique que, déjà au moment de la publication du traité de Dillon, des efforts politiques étaient entrepris afin d'octroyer une véritable autonomie locale : G. E. FRUG, *loc.cit.* note 55 .

⁴⁹⁸ Zale GLAUBERMAN, « County Home Rule : An Urban Necessity » (1970)1 *The Urban Lawyer* 170; Terrance SANDALOW, "The Limits of Municipal Power Under Home Rule: A Role for the Courts" (1963-1964) 48 *Minn. L. Rev.* 643; G. E. FRUG, *loc.cit.* note 55.

Aux États-Unis, il n'existe pas une seule forme d'administration locale ni de modèle type puisque chaque État est libre de déterminer son propre régime municipal⁴⁹⁹. Le premier État à avoir constitutionnalisé le droit à l'autonomie locale a été l'État du Missouri en 1875. La Californie a été parmi les premières à emboîter le pas et à introduire les principes du *home rule* dans sa constitution. Dans la première moitié du 20e siècle, un nombre considérable d'États se sont dotés d'un régime de *home rule*⁵⁰⁰. Aujourd'hui, plus de 46 États américains ont introduit cette notion dans leur constitution⁵⁰¹, si bien que plusieurs auteurs affirment que la théorie de Dillon, qui constitue la *common law* en la matière, a été renversée dans ces États⁵⁰². Comme le principe de la souveraineté parlementaire, le principe de la suprématie de la législature sur les gouvernements locaux a été profondément nuancé et circonscrit par l'apparition de normes constitutionnelles supérieures à l'autorité législative. Ainsi, l'autonomie garantie aux gouvernements locaux par le régime de *home rule* enchâssé dans la constitution de plusieurs États américains a, en quelque sorte, remplacé le principe du pouvoir plénier de la législature sur les municipalités.

Le concept de *home rule* n'est pas propre au gouvernement local aux États-Unis. Le principe du *home rule* se définit d'abord comme un droit à l'autodétermination. Pris dans son sens le plus large, c'est donc l'équivalent du droit des peuples colonisés d'acquérir l'indépendance externe ou interne à l'égard du pays colonisateur⁵⁰³. Dans le contexte des gouvernements locaux aux États Unis, le principe du *home rule* signifie davantage la protection de l'autonomie locale. C'est donc une notion politique fondamentale qui doit être définie et précisée. En effet, aucune constitution ne prévoit que les municipalités ont une autonomie totale et illimitée. Ainsi, les termes *home rule* impliquent également un partage des responsabilités et des compétences législatives entre l'État et les gouvernements locaux, villes, municipalités, comtés et autres.⁵⁰⁴

⁴⁹⁹ David R. BERMAN, « Les pouvoirs des Administrations locales élues aux États-Unis », (1999), 4 : 1 *Démocratie et Droits de l'Homme* (journal électronique de l'Agence d'information des États-Unis) 3, p.18.

⁵⁰⁰ «Municipal Home Rule Power : Impact on Private Legal Relationship », Commentaire, (1971) 56 *Iowa L.Rev.* 631.

⁵⁰¹ Pour une liste des États possédant un régime de *home rule*, voir Chester James ANTIEAU, *Antieau's local government law*, feuilles mobiles, New York, M.Bender, 1989.

⁵⁰² T. SANDALOW, *loc.cit.* note 498 ; Z. GLAUBERMAN, *loc.cit.* note 498 ; « Conflicts Between State Statutes and Municipal Ordinances », Note, (1959) 72 *Harv.L.Rev.* 737. Sur la théorie du «Dillon's rule», nous renvoyons le lecteur à la Partie I, section B, 1 a), *supra*.

⁵⁰³ L'origine de l'expression « Home Rule » est irlandaise et réfère au mouvement qui a cherché à obtenir l'autonomie interne de l'Irlande entre les années 1870 et 1922. L'insuccès de ce projet a donné lieu à la partition de l'Irlande en 1922. T. SANDALOW, *loc.cit.* note 498 ; UNIVERSITY OF IOWA, *loc.cit.* note 499 ; Z. GLAUBERMAN, *loc.cit.* note 498.

En droit américain, il est reconnu qu'un véritable régime de *home rule* implique nécessairement deux composantes⁵⁰⁵. Tout d'abord, il doit prévoir des pouvoirs d'initiative, au moins sur les matières locales ou municipales. Les pouvoirs d'initiative se traduisent par le pouvoir de légiférer en l'absence de loi habilitante, afin que les municipalités soient en mesure de régler rapidement et ponctuellement les problèmes locaux et qu'elles disposent des moyens nécessaires pour adapter la réglementation locale à leurs besoins sans devoir attendre l'intervention de la législature. Le *home rule* est donc d'abord une source de pouvoirs pour les gouvernements locaux. La deuxième composante d'un régime de *home rule* est qu'il doit prévoir une aire d'autonomie exempte du contrôle législatif étatique. Le *home rule* est donc également une limite au pouvoir étatique⁵⁰⁶. Ces deux composantes sont essentielles et l'une ne doit pas aller sans l'autre, au risque d'engendrer des situations fort problématiques. À titre d'exemple, si la constitution ne fait que limiter le pouvoir de la législature d'adopter des lois locales ou spéciales, et qu'elle ne prévoit pas la possibilité pour le gouvernement local d'adopter des normes locales sans l'autorisation préalable de la législature, on risque de devoir attendre que le problème rencontré dans une municipalité devienne un problème généralisé dans tout l'État pour que ce dernier puisse enfin légiférer en la matière⁵⁰⁷. Pour certains, une délégation de pouvoir très large n'est pas non plus suffisante puisque les autorités locales ne sont alors pas en mesure de déterminer avec exactitude l'ampleur de leurs pouvoirs et hésitent à légiférer et à expérimenter en l'absence de pouvoirs précis, de peur de se voir rabrouer devant les tribunaux⁵⁰⁸. C'est pourquoi plusieurs auteurs insistent sur l'importance de circonscrire le pouvoir d'initiative des municipalités⁵⁰⁹.

Les arguments en faveur de l'octroi d'un pouvoir d'initiative aux municipalités et contre la doctrine de la « création législative », selon laquelle les municipalités n'ont que les pouvoirs expressément délégués, sont bien connus des défenseurs de l'autonomie locale. Ainsi, un auteur note que l'application de la règle de Dillon a pour effet de faire perdre un temps précieux au gouvernement et aux parlementaires, de donner un pouvoir à des décideurs qui n'ont ni représentativité, ni imputabilité, et qui ne sont pas

⁵⁰⁴ T. SANDALOW, *loc.cit.*, note 498.

⁵⁰⁵ C. J. ANTIEAU, *op.cit.* note 501; T. SANDALOW, *Id.* ; UNIVERSITY OF IOWA, *loc.cit.* , note 500.

⁵⁰⁶ L'auteur Gérard Frug parle de "home rule initiative" et de "home rule immunity" : G. E. FRUG, *Local Government Law*, Minnesota, West Publishing Co., 1988.

⁵⁰⁷ C'est ce qui s'est passé entre 1896 et 1914 en Californie alors que l'on reconnaissait uniquement l'interdiction pour la Législature d'adopter des lois spéciales ou locales. Voir John C. PEPPIN, "Municipal Home Rule in California: Part 1" (1941) 30:1 *Cal.L.Rev.* 1.

⁵⁰⁸ SANDALOW, TERRANCE, *loc.cit.* note 498.

⁵⁰⁹ *Id.* ; G.E. FRUG, *op.cit.* note 506; Z. GLAUBERMAN, *loc.cit.* note 498.

suffisamment au courant des enjeux locaux, d'affaiblir le pouvoir de négociation des municipalités et d'en faire de simples exécutants, et de faire des relations étatiques-municipales une joute de ping-pong où l'on se renvoie mutuellement la balle sans que de réelles décisions ne soient prises⁵¹⁰. Au contraire, les pouvoirs d'initiative conférés dans un régime de *home rule* ont l'avantage de souligner la responsabilité gouvernementale puisqu'il est plus facile d'identifier les véritables décideurs. Toutefois, un pouvoir d'initiative n'est pas suffisant si la législature a le loisir d'intervenir quand bon lui semble pour venir modifier la réglementation municipale. Ainsi, il est essentiel que le pouvoir législatif de l'État soit limité, du moins en ce qui touche les matières purement locales.

La règle de Dillon qui veut que les villes et municipalités ne possèdent que les pouvoirs délégués par la législature confirme que ce sont les États et non le pouvoir fédéral qui a compétence sur les institutions municipales. Ce pouvoir plénier n'est pas expressément énoncé dans la Constitution des États-Unis. Toutefois, le pouvoir sur les institutions municipales est compris dans les pouvoirs résiduels appartenant aux États. En effet, contrairement à la situation au Canada, le neuvième amendement de la Constitution américaine prévoit que les matières qui ne sont pas expressément allouées au Fédéral relèvent de la compétence des États. Ainsi, la législature de chaque État a un pouvoir plénier en matière municipale et, à moins de dispositions constitutionnelles limitant ces pouvoirs, elle peut créer et abolir les municipalités et elle peut leur octroyer ou leur retirer des pouvoirs à sa guise⁵¹¹. Ceci constitue le principe de base ou, si l'on veut, la common law en matière de pouvoirs municipaux. Comme nous l'avons vu plus haut, c'est ce principe qui a été appliqué au Canada pour définir les pouvoirs provinciaux en matière municipale. Le système de *home rule* vient poser des limites constitutionnelles aux pouvoirs de la législature étatique et octroyer un pouvoir d'initiative aux institutions municipales. En l'absence d'un système de *home rule*, les municipalités restent dépendantes du pouvoir plénier de la législature.

Dans les États où la constitution prévoit une protection des pouvoirs locaux, le fondement de ces pouvoirs peut provenir de deux sources. Tout d'abord, les principes de *home rule* peuvent avoir un fondement constitutionnel direct, c'est-à-dire que la constitution s'adresse directement aux gouvernements locaux pour octroyer à ceux-ci des pouvoirs autonomes. C'est ce que la doctrine américaine appelle les « self-

⁵¹⁰ SANDALOW, TERRANCE, *loc.cit.* note 498.

executing state constitutional provisions ». Ensuite, les principes de *home rule* peuvent avoir un fondement législatif, bien que celui-ci découle de la constitution. Dans ce cas, c'est la constitution qui prévoit que la législature devra adopter des lois qui auront pour effet d'octroyer des pouvoirs aux autorités locales. C'est ce qu'on appelle les « *home rule laws* ». ⁵¹² L'auteur américain Antiau explique que la présence d'un régime de *home rule* prévu dans la constitution, que ce soit de manière directe ou indirecte, augmente considérablement les pouvoirs des autorités locales ⁵¹³. Mais il y a une différence entre une municipalité détentrice de pouvoirs constitutionnels directs et une municipalité détentrice de pouvoirs de *home rule* en vertu d'une loi. En effet, dans ce dernier cas, les pouvoirs ne sont pas protégés de manière constitutionnelle et la législature peut toujours définir de manière restrictive le pouvoir d'initiative ⁵¹⁴.

Lorsque la constitution prévoit directement l'octroi de pouvoirs de *home rule* aux gouvernements locaux, ceux-ci ne dépendent pas d'une délégation de pouvoir de la législature, du moins en ce qui a trait aux affaires locales. Ainsi, le pouvoir d'initiative des gouvernements locaux est protégé de manière constitutionnelle. L'octroi d'une autonomie locale ou de *home rule* par voie législative fait en sorte que les villes restent tout de même dépendantes d'une délégation de pouvoir, la principale source des pouvoirs étant la loi. Dans ce cas, la protection constitutionnelle indirecte fait tout de même en sorte que les États fédérés doivent obligatoirement déléguer des pouvoirs de *home rule* aux municipalités. Ces pouvoirs prévus dans la loi sont généralement traduits par la présence d'une clause omnibus qui prévoit de larges pouvoirs en faveur des municipalités. D'un État à l'autre, la loi accorde plus ou moins de pouvoirs en édictant des pouvoirs plus ou moins larges. Ici, on voit bien que le terme *home rule* est très vague et doit être précisé afin de connaître l'étendue véritable des pouvoirs des gouvernements locaux. La Californie est un État dont la constitution prévoit directement des pouvoirs de *home rule*.

Outre les municipalités (ou les villes), il existe d'autres entités locales pourvues de pouvoirs gouvernementaux. Nous pensons surtout aux comtés qui exercent de plus en plus de fonctions aux États-Unis. Au départ, les comtés avaient été créés pour des besoins administratifs. Dans une optique de déconcentration, les comtés exerçaient les

⁵¹¹ HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, *loc.cit.* note 500.

⁵¹² Pour plus d'explications sur ce sujet, voir C.H. ANTIEAU, *op.cit.* note 501, pp. 21-9 et svt.

⁵¹³ C.H. ANTIEAU, *Id.*, p. 21-9.

⁵¹⁴ SANDALOW, TERRANCE, *loc.cit.* note 498; C.H. ANTIEAU, *Id.*, pp. 21-12 à 21-17; Z. GLAUBERMAN, *loc.cit.* note 498.

pouvoirs délégués au gouvernement de l'État (exécutif). Ils étaient en fait des divisions gouvernementales, des divisions de l'État. Les administrateurs des comtés étaient des fonctionnaires nommés par l'État. Mais depuis le milieu du 20^e siècle, avec l'augmentation de la population et l'étalement urbain, les comtés ont été appelés à exercer de nouvelles tâches administratives et gouvernementales. Avec l'augmentation des responsabilités est venu le besoin d'augmenter les pouvoirs autonomes des comtés. Aujourd'hui, les comtés sont devenus de véritables entités gouvernementales, presque au même titre que les villes, détenant des pouvoirs d'édicter des normes sur des matières aussi fondamentales que les pouvoirs de police, la prévention des incendies, le zonage, les écoles et les taxes scolaires, la pollution, le transport, la sécurité sociale, le développement économique, la gestion de l'eau et des aqueducs, l'administration de la justice, etc⁵¹⁵.

Aux États-Unis, il y a plus de 3000 comtés répartis dans 48 des 50 États. Seuls le Rhode Island et le Connecticut ne possèdent pas de véritables comtés: leur comtés sont en fait de simples divisions territoriales dépourvues de pouvoirs significatifs. En Alaska les comtés se nomment « boroughs » et en Louisiane, ce sont des paroisses ou « parishes ». Les comtés sont forts différents les uns des autres tant en ce qui concerne leur territoire, leur population et leurs pouvoirs qui varient considérablement. Par exemple, le comté de Los Angeles compte plus de 9 millions d'habitants, ce qui n'est évidemment pas le cas de tous les comtés⁵¹⁶.

Les comtés qui sont des autorités législatives, peuvent aussi bénéficier de pouvoirs de home rule. La Californie a été le premier État à octroyer des pouvoirs d'auto-administration aux comtés dans sa constitution. En 1911, les comtés ont donc obtenu le pouvoir de se doter de leur propre charte constitutive, au même titre que les villes. D'autres modifications subséquentes ont garanti aux comtés des pouvoirs substantiels, leur permettant d'exercer de manière efficace leurs pouvoirs. Les motivations derrière l'adoption d'un système de home rule pour les comtés ont été sensiblement les mêmes que celles qui avaient poussé les populations à demander une protection

⁵¹⁵ Z. GLAUBERMAN, *loc.cit.* note 498 et Ellis KATZ, "L'autonomie administrative locale aux États-Unis" en ligne: (1999), 4 :1 *Démocratie et Droits de l'Homme* (journal électronique de l'Agence d'information des États-Unis), reproduit en ligne : <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0499/ijdf/ijdf0499.htm>, consulté le 6 septembre 2008.

⁵¹⁶ Pour des informations générales sur les comtés aux États-Unis, voir le site du National Association of Counties, en ligne: <http://www.naco.org>, consulté le 09/01/2009.

constitutionnelle des pouvoirs des villes, c'est-à-dire une réaction aux interventions législatives de l'État et aux difficultés soulevées par la nécessité d'une autorisation législative.

Néanmoins, les pouvoirs des comtés sont généralement moins protégés que les pouvoirs des villes. Les comtés sont encore considérés comme ne possédant qu'un système de home rule partiel et vulnérable et certains auteurs considèrent que la règle de Dillon est encore valable.⁵¹⁷

Les constitutions des États ou les lois qui enchâssent les pouvoirs de home rule prévoient habituellement plusieurs modes de création des villes. Une ville aura alors plus ou moins de pouvoirs selon son mode de création⁵¹⁸. C'est le cas notamment en Californie, comme nous le verrons plus loin. Ainsi, les villes peuvent être régies par une charte municipale demandée et adoptée par la population (freeholder charter city) ou encore, les villes sont créées et régies par une loi générale (general law city). Dans certains cas, un statut particulier existe pour les villes ayant été créées par loi spéciale avant l'adoption d'une constitution par l'État et avant même la création de l'État, mais il s'agit d'une situation assez rare⁵¹⁹.

Sous réserve de dispositions constitutionnelles prévoyant des pouvoirs additionnels de home rule pour toutes les villes, les villes créées par loi générale tirent leurs pouvoirs de la loi. Les tribunaux reconnaissent généralement que ces villes possèdent les pouvoirs qui sont implicitement nécessaires aux pouvoirs expressément octroyés⁵²⁰. Lorsqu'une norme municipale entre en conflit avec une loi d'application générale adoptée par la législature, même si cette loi est relative aux affaires locales, la législature a préséance et la règle municipale doit céder le pas. Les villes qui se sont dotées de leur propre charte en vertu d'une disposition constitutionnelle possèdent des pouvoirs plus étendus et des pouvoirs exclusifs en matière locale sur lesquels la législature ne peut pas empiéter. La charte municipale fait généralement suite à une pétition et est ensuite soumise à l'approbation de la population locale. Nous verrons plus loin la procédure applicable pour l'adoption d'une telle charte ainsi que les

⁵¹⁷ Z. GLAUBERMAN, *loc.cit.* note 498.

⁵¹⁸ Voir Donald HAYNES, "The State v. the City: A Study in Pre-emption", (1963)36 *S.Cal.L.Rev.*430.

⁵¹⁹ Voir par exemple, le cas de la Californie où une ville créée avant 1879 est régie par la loi spéciale l'ayant créée jusqu'à ce que la ville décide de se doter de sa propre charte ou de s'incorporer selon la loi générale : *Ex Parte Helm* 143 Cal.553 (1904).

⁵²⁰ *Ravettino v. City of San Diego*, 70 Cal. App. 2d 37 (1945).

différences qui existent entre les villes créées par loi générale et celles qui se sont dotées de leur propre charte.

Si le fédéralisme aux États-Unis admet l'existence d'institutions locales puissantes, munies de pouvoirs distincts et séparés de ceux du gouvernement central et des États, les relations intergouvernementales n'en sont pas moins ardues et source de conflits relatifs au partage des compétences, lesquels surgissent régulièrement. La plus grande difficulté vient probablement du fait que les constitutions qui reconnaissent l'existence des pouvoirs locaux ne précisent pas la façon dont ces derniers doivent être structurés.

Comme nous le verrons plus loin avec l'exemple de la Californie, le pouvoir d'initiative est habituellement conféré dans des termes très vagues, ce qui fait en sorte que ce sont les tribunaux qui décident ultimement de l'étendue des pouvoirs municipaux. En fait, la question récurrente à laquelle les tribunaux sont confrontés dans les affaires où les pouvoirs de home rule sont invoqués à l'encontre d'une mesure législative est celle de déterminer si la loi est de nature locale ou si elle intéresse l'ensemble de l'État⁵²¹. Ainsi, comme c'est le cas pour les tribunaux canadiens ayant à étudier la validité constitutionnelle d'une loi en regard du partage des compétences, les tribunaux américains se livrent constamment à des exercices de qualification des lois pour déterminer quelle autorité est la plus compétente pour adopter la législation en question.

Les systèmes de home rule aux États-Unis ne prévoient pas un partage de compétences énumérées entre l'État et les villes comme il existe au Canada entre les provinces et le fédéral⁵²². Les constitutions étatiques qui enchâssent directement la règle du home rule prévoient plutôt des règles générales et des principes qui doivent être interprétés par les tribunaux. Ainsi, les matières ne sont pas énumérées et réparties; la constitution prévoit généralement que les gouvernements locaux ont compétence sur les affaires locales ou municipales. À titre d'exemple, l'article XI, section 5 a) de la Constitution de la Californie prévoit que les villes à charte ont compétence sur les affaires municipales et que ce pouvoir est limité uniquement par les autres dispositions constitutionnelles ou par les autres dispositions de leur propre charte. Dans les autres matières, c'est-à-dire

⁵²¹ Les tribunaux se demanderont si la matière est considérée comme une affaire municipale ("municipal affair") ou si elle intéresse l'État en général ("Statewide concern"): *Bishop v. City of San Jose*, 1 Cal. 3d 56, (1969), pp. 61-62.

⁵²² Nous faisons naturellement référence ici principalement aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

les matières d'intérêt général, les villes sont assujetties aux lois de l'État. En cas de conflit législatif portant sur une matière municipale, les autorités locales ont prépondérance⁵²³.

La Constitution ne définit nulle part le concept d' « affaires municipales », ni comment l'on reconnaît qu'une loi est d'application générale et qu'elle intéresse l'ensemble de la population. Il est vrai que d'autres articles⁵²⁴ traitent de certains sujets spécifiques qui sont présumés relever du domaine municipal (ex: forces policières, élections municipales, traitement des employés et fonctionnaires municipaux, ouvrages publics, pouvoir de taxer, etc.); toutefois, les tribunaux en reviennent toujours à la question de déterminer si la norme est de nature municipale ou d'intérêt général. Immanquablement, les tribunaux devront sopeser l'intérêt de l'État et l'intérêt de la communauté locale à pouvoir adopter la norme contestée.

Malgré tout, on s'entend généralement pour dire qu'il ne serait pas approprié de prévoir à l'avance tous les sujets susceptibles d'être réglementés localement et de déterminer s'il s'agit là d'une matière municipale ou d'une matière d'intérêt plus général justifiant le pouvoir législatif de l'État⁵²⁵. En effet, tant les tribunaux que la doctrine reconnaissent que ces questions doivent être réglées au cas par cas par les tribunaux qui auront à examiner le contexte dans lequel la norme a été adoptée ainsi que son objectif⁵²⁶. En fait, à n'importe quel niveau de la société, on retrouve sensiblement les mêmes préoccupations, qu'il s'agisse de la famille, l'école, la ville ou le gouvernement. L'activité municipale peut en fait toucher virtuellement à tous les domaines, mais à une échelle différente de celle de l'État ou du Fédéral. Ainsi, les auteurs⁵²⁷ sont d'avis qu'il ne serait pas approprié de définir quels devraient être exactement les pouvoirs d'initiative puisque cela dépend des circonstances et de l'objectif que l'on tente d'atteindre. Il ne serait pas justifié non plus de s'en remettre uniquement à ce que la

⁵²³ Cet article, dont nous traiterons plus loin, constitue la clef de voûte du pouvoir d'initiative des villes et des municipalités californiennes détentrices d'une charte. Nous verrons plus loin qu'il existe effectivement deux types de villes en Californie, les villes à charte et les villes créées par loi générale. Leurs pouvoirs respectifs sont en théorie fort différents.

⁵²⁴ Voir notamment l'article 11, par. 5 b) de la Constitution de la Californie.

⁵²⁵ HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION, *loc.cit.* note 502; UNIVERSITY OF IOWA, *loc.cit.* note 500; T. SANDALOW, *loc.cit.* note 498; Z. GLAUBERMAN, *loc.cit.* note 498.

⁵²⁶ UNIVERSITY OF IOWA, *loc.cit.*, note 500; T. SANDALOW, *Id.*; *In Re Hubbard*, 62 Cal. 2d 119, 128, 41 Cal. Rptr. 393 (1964).

⁵²⁷ T. SANDALOW, *loc.cit.* note 498; Z. GLAUBERMAN, *loc.cit.* note 498; Kenneth A. BRUNETTI, "It's Time to Create a Bay Area Regional Government" (1991) 42 *Hastings L.J.* 1103.

jurisprudence antérieure à décidé sur un sujet spécifique dans un contexte différent⁵²⁸. Une certaine flexibilité est nécessaire puisque la société est en constante évolution et une question qui, au départ, était de nature locale, peut très bien prendre de plus grandes proportions et devenir d'intérêt général⁵²⁹.

La seule solution est donc de décider pour chaque cas et de s'en remettre à l'interprétation judiciaire. Jusqu'à présent, aucun test jurisprudentiel ne fait autorité, les tribunaux bénéficiant d'une large discrétion à cet égard. La Cour d'appel de la Californie rappelait que:

*« A precise rule of distinction between "municipal" and "general" is obviously impossible to formulate. »*⁵³⁰

Par ailleurs, les tribunaux auront souvent à se demander si une législation étatique a pour effet « d'occuper le champ » en ce qui concerne une matière donnée, ce qui aura pour effet dans certains cas de proscrire toute législation locale sur la matière en question. C'est ce qu'on appelle la doctrine de la *préemption*. Les villes créées par loi générale ont habituellement de larges pouvoirs dits de « police » (pouvoirs généraux qui vont de la réglementation du zonage à la sécurité publique). Ces pouvoirs ne peuvent être exercés que s'ils n'entrent pas en conflit avec la législation étatique. Dans ce cas, la loi de l'État doit l'emporter et on dit que l'État a occupé le champ (*occupy the field*). Ce sont les tribunaux, encore une fois, qui seront appelés à déterminer s'il y a un véritable conflit et si les législations locales et étatiques peuvent coexister, ou si l'État a occupé le champ et que sa loi doit prévaloir. La préemption peut être faite de façon expresse : la législature prévoit spécifiquement son intention d'occuper le champ et d'empêcher les autorités locales d'exercer leurs pouvoirs dans un domaine particulier qui autrement relèverait de leur compétence. Elle peut également être implicite lorsqu'on considère que l'objectif de la législation étatique est suffisamment large pour conclure que l'État avait l'intention d'occuper le champ dans un domaine donné.

⁵²⁸ Carol Robertson BOMAN, "Sonoma County Organization of Public Employees v. County of Sonoma: The Contract Clause and Home Rule Powers Revitalized in California" (1980) 68 *Cal. L. Rev.* 829.

⁵²⁹ *Issac v. City of Los Angeles*, 66 Cal. App. 4th 586, 77 Cal. Rptr. 2d 752 (1998).

⁵³⁰ *Sports Comm. v. San Bernardino County*, 113 Cal App. 3d 155, 169 (1980) cité dans C.H. ANTIEAU, *op. cit.* note 501, p. 21-26; malgré tout, la Cour suprême de Californie se sert parfois du test suivant: on se demande d'abord s'il s'agit d'un sujet d'intérêt général (statewide concern). Si la réponse est négative, la législation locale l'emporte. Si la réponse est positive, on se demande alors si 1), loi étatique a un lien rationnel ou raisonnable avec l'objectif poursuivi ("reasonably related to the resolution of the state's concern") et 2), s'il y a une atteinte minimale aux pouvoirs municipaux ("narrowly tailored"). Voir *California Fed Savings and Loans Assn. v. City of Los Angeles*, 54 Cal. 3d 1 (1991) et *Johnson v. Bradley*, 4 Cal. 4th 389 (1992).

On voit donc que, si l'adoption d'un système de home rule constitue un moyen efficace de rapprocher le citoyen de la gestion des affaires locales et d'augmenter la démocratie locale, il n'en reste pas moins que ceci engendre une fragmentation des pouvoirs. Or, plus il y a d'entités gouvernementales investies de pouvoirs effectifs, plus il y a de conflits de juridiction, et plus les tribunaux sont appelés à jouer un rôle important. Ainsi, le home rule qui devait être une source de pouvoirs démocratiques exercés par les collectivités locales est aussi un système qui est balisé et contrôlé par les tribunaux.

b- La Constitution californienne et la protection de l'autonomie locale

La Californie est un bon modèle de comparaison pour l'étude de l'autonomie locale au Canada. D'abord, la Californie est un État membre d'une fédération. Tout comme le Canada, les États-Unis ont une constitution qui octroie les pouvoirs en matière municipale aux États. Le Canada a suivi la doctrine américaine en matière de pouvoirs municipaux : c'est la théorie de Dillon qui est à la source de la jurisprudence relative aux pouvoirs municipaux tant au Canada qu'aux États-Unis. Le cas de la Californie plus spécifiquement est intéressant puisque c'est dans cet État que le système de home rule est le plus développé et le plus important⁵³¹. De plus, l'hétérogénéité de la population et son caractère multiethnique et multilingue en font un État comparable au Québec, sur certains points. La Californie est l'État le plus peuplé des États-Unis.

La première constitution de la Californie fut adoptée en 1849. Durant la période ayant précédé la création de l'État de Californie, alors que le territoire était soumis à la loi mexicaine, les collectivités locales s'étaient organisées et s'administraient elles-mêmes, comme s'il s'agissait d'un droit inhérent. Avec l'adoption de la première constitution, les choses changèrent radicalement⁵³². La Constitution de 1849 établissait clairement

⁵³¹ "In fact, California appears to have gone further than any other state in setting up constitutional guarantees to cities of the right of local self-government." : J. C. PEPPIN, *loc.cit.* note 507, p. 4.

⁵³² Peter M. DETWILER, "Creatures of Statute...Children of Trade: The Legal Origins of California Cities" dans THE CALIFORNIA CONSTITUTION REVISION COMMISSION, *Constitution Revision History and Perspective*, Gouvernement de la Californie, 1996, p.97, reproduit en ligne: <http://digitalarchive.oclc.org/da/ViewObjectMain.jsp?fileid=0000020402:000000988728&reqid=61055> consulté le 1^{er} avril 2008 et Christ MCKENZIE, "California's Affair With Local Control", *Western City Magazine*, League of California Cities, janvier 2001 disponible en ligne: <http://www.cacities.org/index.jsp?zone=wcm>, consulté le 1^{er} avril 2008.

que l'État avait des pouvoirs considérables sur les gouvernements locaux. La législature avait le pouvoir de créer et d'organiser les pouvoirs des villes et des comtés. C'était la législature qui avait le pouvoir d'incorporer les villes, celles-ci ne pouvant donc pas adopter leur propre charte⁵³³. Les pouvoirs des villes, tel le pouvoir de taxer, leur étaient délégués par la législature. Celle-ci agissait par loi spéciale, ce qui est aujourd'hui interdit. Un auteur explique:

*« Neither the 1849 Constitution nor case law from other states precluded the Legislature from meddling in local affairs. Four cases exemplify the Legislature's abuses in this period. They also explain why the 1879 Constitution curbed those practices and how subsequent legislation evolved into the home rule doctrine. »*⁵³⁴

Ces dispositions constitutionnelles ont tôt fait de soulever des mouvements de contestation chez la population. Un vaste mouvement contre la centralisation des pouvoirs s'est développé. Plusieurs représentants au niveau étatique étaient d'avis que la législature négligeait des affaires beaucoup plus importantes, d'intérêt général, et qu'elle n'était pas l'organe approprié pour s'occuper des affaires locales⁵³⁵. La législation spéciale monopolisait l'activité législative. Les amendements constitutionnels survenus en 1879 ont donc eu pour but et pour effet de réduire considérablement le pouvoir de la législature d'adopter des lois spéciales⁵³⁶. Une fois incorporées, les villes étaient soumises aux lois générales. La ville de San Francisco, seule ville de plus de 100 000 habitants, avait toutefois le pouvoir d'adopter sa propre charte, pouvant aussi se doter de pouvoirs autonomes dans certaines matières⁵³⁷. Les lois générales n'apparaissaient pas appropriées pour gérer une ville aussi grande et aussi importante que la ville de San Francisco. Mais encore plus qu'une question d'efficacité, c'est l'aspiration de la population à plus d'autonomie et à des pouvoirs d'auto-administration qui a engendré l'octroi de pouvoirs de home rule à la ville de San Francisco⁵³⁸. Afin de ne pas perdre tout contrôle sur l'administration municipale, la législature se garda le pouvoir d'approuver la charte avant son entrée en vigueur. La population ne tarda pas à exiger que d'autres villes puissent bénéficier des mêmes

⁵³³ Cette affirmation doit être nuancée puisqu'à une certaine époque, les collectivités locales pouvaient demander aux cours de comtés, par voie de pétition, de devenir une corporation municipale: J. PEPPIN, *loc.cit.* note 507.

⁵³⁴ P. M. DETWILER, *loc.cit.* note 532.

⁵³⁵ Voir l'article de Amanda MEEKER, "An Overview of the History of Constitutional Provisions Dealing with Local Government" dans CALIFORNIA CONSTITUTION REVISION COMMISSION, *Constitution Revision History and Perspective*, Gouvernement de la Californie, 1996, à la p. 83, en ligne: <http://digitalarchive.oclc.org/da/ViewObjectMain.jsp?fileid=0000020402:000000988728&reqid=61055> consulté le 1^{er} avril 2008.

⁵³⁶ À l'époque, Constitution de la Californie: art. 4, sec. 25 et art. 11, section 6.

⁵³⁷ Ce pouvoir revenait à toutes les villes de plus de 100 000 habitants.

⁵³⁸ A. MEEKER, *loc.cit.* note 535, p. 83.

avantages que la ville de San Francisco et, en 1887, la Constitution fut amendée pour que les villes de 10 000 habitants et plus puissent adopter leurs propres chartes. En 1890, on fit passer ce nombre à 3500. Le nombre de villes détenant leurs propres chartes augmenta considérablement et on s'interrogea à savoir s'il n'y avait pas lieu de donner la possibilité à toutes les villes de se doter de leur propre charte et ainsi d'augmenter leurs pouvoirs de home rule. En 1896, la Constitution fut de nouveau amendée pour permettre à toutes les villes de se doter de leur propre charte et introduire une disposition qui allait donner à toutes les villes la compétence sur les affaires municipales, sous réserve de conflits avec les lois générales de l'État. En 1914 les villes s'étant dotées de leur propre charte se sont vues octroyer des pouvoirs supplémentaires, c'est-à-dire un pouvoir exclusif en matière municipale ("municipal affairs"), un pouvoir soumis uniquement au respect de la charte elle-même et aux autres dispositions de la Constitution. Dans les autres matières, les villes étaient soumises aux lois générales. Ainsi, pour les villes à charte, il n'y avait plus d'obligation de respecter les lois générales de la législature sur les matières locales. Dans les autres matières, c'est-à-dire les matières d'intérêt général, la législation de l'État avait préséance. Dès 1922, la nécessité d'une approbation populaire avant toute modification aux frontières d'une ville ou avant l'annexion d'une ville à une autre est devenue une condition constitutionnelle⁵³⁹. D'autres modifications sont venues augmenter les pouvoirs de home rule des villes, dont un amendement à la Constitution en 1974 prévoyant que les villes n'avaient plus à faire approuver leur charte par la législature avant son entrée en vigueur.

La Californie est donc l'un des États ayant introduit un système puissant de home rule dans sa Constitution. Les règles de home rule s'adressent directement aux gouvernements locaux. C'est l'article 11 de la Constitution de la Californie qui traite du gouvernement local. Le paragraphe 2 de l'article 11 énonce le pouvoir général de la législature en ce qui a trait à l'organisation du système municipal. C'est l'article qui donne le pouvoir à l'État de légiférer en matière municipale, sous réserve des autres dispositions constitutionnelles. Nous l'avons dit, le pouvoir des municipalités dépend en grande partie de leur mode de création. Les villes créées par loi générale, c'est-à-dire celles ne s'étant pas prévaluées du droit de créer leur propre charte, sont régies par les lois de la législature, telles que le *California Government Code*⁵⁴⁰ qui prévoit leurs

⁵³⁹ Article 11, par. 2b) de l'actuelle Constitution de la Californie: " Except with approval by a majority of its electors voting on the question, a city may not be annexed to or consolidated into another. "

⁵⁴⁰ Titre IV, Constitution de la Californie.

pouvoirs et leurs obligations. Elles sont toutefois investies d'un pouvoir d'initiative énoncé au paragraphe 7 de l'article 11 qui bénéficie à toutes les villes et à tous les comtés. Ce pouvoir s'énonce comme suit :

« SEC. 7. A county or city may make and enforce within its limits all local, police, sanitary, and other ordinances and regulations not in conflict with general laws. »

Ainsi, dans les matières relatives à ces sujets (matières d'intérêt local), les villes et les comtés ne dépendent pas d'une autorisation ou d'une délégation législative pour légiférer. La constitution leur reconnaît directement une compétence en ces matières. C'est ce que l'on pourrait appeler une clause omnibus. Toutefois, dès qu'un conflit survient entre la législation locale et celle de l'État, c'est la loi générale de l'État qui l'emporte, même lorsque ce conflit porte sur une matière municipale. Ainsi, même si ces villes sont investies d'un pouvoir d'initiative, elles n'ont que peu de moyens d'échapper aux interventions législatives.

C'est autre chose pour les villes dont les citoyens se sont prévalus du droit d'adopter une charte pour leur ville. Ce droit est prévu au paragraphe 3 de l'article 11 qui dispose que, pour sa propre gouverne, une ville ou un comté peut adopter sa propre charte à la suite d'un vote majoritaire (50 % + une voix des électeurs votant sur la question). Ce pouvoir n'appartient qu'aux villes déjà constituées par loi générale. Le paragraphe 3 a) énonce :

« 3 (a) For its own government, a county or city may adopt a charter by majority vote of its electors voting on the question. The charter is effective when filed with the Secretary of State. A charter may be amended, revised, or repealed in the same manner. A charter, amendment, revision, or repeal thereof shall be published in the official state statutes. County charters adopted pursuant to this section shall supersede any existing charter and all laws inconsistent therewith. The provisions of a charter are the law of the State and have the force and effect of legislative enactments. »

Cette disposition signifie que les chartes municipales ont le statut de loi de l'État, même si elles n'ont pas été adoptées par la législature.

Le *California Government Code*⁵⁴¹ vient compléter la procédure à suivre pour une ville afin d'adopter sa charte. Deux options sont envisageables, soit la création d'une commission chargée de rédiger un projet de charte ou encore, directement par le conseil de ville. Dans les deux cas, la population joue un rôle crucial en ce que les autorités

doivent laisser aux électeurs la possibilité de se prononcer sur la question à toutes les étapes du processus⁵⁴². La charte, une fois adoptée, ne peut pas être modifiée, altérée ou abolie sans le consentement de la majorité des électeurs⁵⁴³.

La Constitution prévoit expressément qu'une ville qui possède sa propre charte a plus de pouvoirs qu'une ville créée par loi générale. Ainsi, le paragraphe 5 de l'article 11, dont nous avons traité plus haut, prévoit des pouvoirs qui ne bénéficient qu'aux villes à charte. Les villes à charte possèdent des pouvoirs dits « exclusifs » c'est-à-dire des pouvoirs qui leur appartiennent en exclusivité et qui ne peuvent aucunement être exercés par la législature :

« SEC. 5. (a) It shall be competent in any city charter to provide that the city governed hereunder may make and enforce all ordinances and regulations in respect to municipal affairs, subject only to restrictions and limitations provided in their several charters and in respect to other matters they shall be subject to general laws. City charters adopted pursuant to this Constitution shall supersede any existing charter, and with respect to municipal affairs shall supersede all laws inconsistent therewith. »

On y voit là une différence fondamentale avec le paragraphe 7 qui s'applique à toutes les villes. Le paragraphe 5 prévoit que, en ce qui concerne les affaires municipales, les villes à charte ne sont pas soumises aux lois de l'État. Cette formulation est probablement le plus haut degré de *home rule* pour les autorités locales prévu dans une constitution. Lorsque l'article énonce que, dans les autres matières, la ville est sujette à l'application des lois générales, on fait référence aux matières qui sont d'intérêt général ("statewide concern"). En ce qui a trait aux affaires d'intérêt local ou municipal, la législature ne possède pas de pouvoir de préemption et ne peut donc prétendre avoir occupé le champ⁵⁴⁴.

Le paragraphe 5 a) prévoit le pouvoir général de *home rule* tandis que le paragraphe 5 b) prévoit des pouvoirs spécifiques, notamment en ce qui concerne l'organisation des forces policières, la conduite des élections municipales, la nomination et la rémunération des officiers et des employés municipaux, etc. Ce paragraphe vient

⁵⁴¹ *California Government code.*

⁵⁴² Le *Institute for local self-government* a publié de nombreux documents destinés aux villes désirant adopter leur propre charte concernant notamment la procédure d'adoption d'une charte ainsi que des statistiques et les différences existant entre les "chartered cities" et les "general law cities": <http://www.ilsg.org>.

⁵⁴³ Article 11, paragraphe 3 a) Constitution de la Californie.

⁵⁴⁴ *Ex Parte Braun*, 141 Cal. 204 (1902); *Bishop v. City of San Jose*, précité, note 521; *Committee of Seven Thousand v. Super. Ct. (City of Irvine)*, 45 Cal.3d 491 (1988).

préciser, de manière non exhaustive, ce que peut constituer une affaire municipale au sens du paragraphe 5 a). Ce sont des chefs de compétence qui constituent le cœur des pouvoirs locaux et les sujets qu'ils visent sont à l'abri de toute tentative de préemption de la part de l'État⁵⁴⁵. Dans l'affaire *Simons v. City of Los Angeles*⁵⁴⁶, la Cour d'appel de la Californie rappela la différence entre une ville à charte et une ville créée par loi spéciale :

« *The power of a city over affairs which are exclusively municipal affairs has long been recognized and is not subject to encroachment. In general, statutes which are enacted by the state Legislature are limited in their reach to general law cities and inapplicable to charter cities. The power of a charter city over exclusively municipal affairs is all embracing, restricted and limited only by the city's charter and free from any interference by the state through the general laws.* »⁵⁴⁷

Le *Grand Jury* du comté de San Diego⁵⁴⁸ produisit en 2000 un rapport intitulé : « *Home Rule: Is Chartering a City a Good Idea?* »⁵⁴⁹. À la suite de ce rapport, le *Grand Jury* recommanda à 14 des 18 villes du comté de San Diego d'adopter une charte afin d'augmenter leurs pouvoirs. Le rapport fut également l'occasion de dresser une liste des avantages et des inconvénients pour une ville de se doter de sa propre charte. Le principal avantage des villes créées par loi générale est que leurs pouvoirs sont bien établis quoique limités : les lois générales de l'État qui s'appliquent à ces villes ont souvent été analysées par les tribunaux et leur champ d'application est relativement bien établi. Quant aux villes créées par charte, elles savent moins à quoi s'en tenir en raison de la pratique des tribunaux à faire du cas par cas afin de déterminer si une loi est d'intérêt général ou d'intérêt local. Le principal avantage des villes possédant leur propre charte peut se résumer à la possibilité pour ces dernières de se doter de règles spécifiques qui répondent à des problèmes locaux particuliers sans avoir à respecter le *California Government Code* ou les autres lois générales. Ainsi, une ville à charte n'a pas besoin de respecter les lois relatives aux élections municipales prévues au *California Election Code*. Autre exemple, la procédure d'octroi de contrats dans le secteur public n'a pas à être conforme aux dispositions du *California Public Contract*

⁵⁴⁵ *Johnson v. Bradley*, précité, note 530, p. 398.

⁵⁴⁶ *Simons v. City of Los Angeles*, 63 Cal. App., 3d 55 (1976) 2nd district.

⁵⁴⁷ *Id.*, pp. 68-69.

⁵⁴⁸ Les « *Grand Jury* » de comtés sont formés d'électeurs (le *Grand Jury* de San Diego est formé de 19 citoyens américains, résidents du comté, 18 ans et plus, aucune expérience requise) en fonction pendant un an. Les membres sont sélectionnés par les juges des cours supérieures. Leur mandat est d'enquêter, d'évaluer et de rédiger des rapports sur l'activité gouvernementale des comtés. Sur le *Grand Jury* de San Diego, voir en ligne : http://www.sdcounty.ca.gov/grandjury/faqs_grandjury.html, consulté le 8 janvier 2009.

⁵⁴⁹ San Diego County Grand Jury (2001-2002), *Home Rule: Is Chartering a City a Good Idea?*, 6 Mai 2002, en ligne : <http://www.co.san-diego.ca.us/grandjury/docs/charter.pdf>, consulté le 8 janvier 2009.

Code. Par contre, d'autres domaines tels que celui de la sécurité routière sont considérés comme relevant d'un intérêt général et le *California Vehicule Code* s'applique à toutes les villes. Ainsi, même si dans plusieurs cas les villes détentrices d'une charte ont la possibilité de façonner leur propre gouvernement local selon leurs besoins, il reste que les tribunaux ont toujours le pouvoir de venir affirmer qu'un sujet est désormais d'intérêt général et ne se caractérise plus comme une affaire municipale. Le *Grand Jury* émettait donc le commentaire suivant pour relativiser son opinion selon laquelle les villes avaient avantage à se doter d'une charte :

« The advantages and disadvantages of becoming a chartered city have changed significantly over the past 100 years. As the laws defining a general law city have been liberalized and the power of a charter city has been restricted by court decisions, many of the differences between the two city types have disappeared. »

Comme les villes à charte sont beaucoup moins nombreuses en Californie que les villes créées par loi générale⁵⁵⁰, on peut affirmer que cette tendance à augmenter les pouvoirs de ces dernières, même si elle existe en parallèle avec la tendance à restreindre les pouvoirs des villes à chartes, constitue un facteur favorable pour l'autonomie locale des villes américaines.

Plusieurs villes qui se dotent d'une charte le font pour des raisons financières ou économiques. On cherchera à augmenter les sources de financement à l'aide de partenariats avec le secteur privé ou encore à augmenter les sources de revenus en prévoyant de nouvelles taxes. Des mesures innovatrices pour le développement économique peuvent également être plus facilement implantées dans les villes à charte. Il est à noter toutefois que le pouvoir de taxer des villes à charte a été considérablement réduit en Californie avec l'adoption de la "Proposition 13"⁵⁵¹, approuvée par une majorité des électeurs. Aujourd'hui, le pouvoir de taxer des villes à charte et des villes créées par loi générale est sensiblement le même, sous réserve de quelques exceptions. Les tribunaux ont déterminé que la modification constitutionnelle intégrant les mesures prévues dans la "proposition 13" était valide. Ces mesures venaient encadrer et fixer les limites des programmes fiscaux de l'État et des gouvernements locaux et enchâsser le tout dans la Constitution. *Grosso modo*, le nouvel article venait limiter le taux des taxes foncières, préciser le mode d'évaluation des propriétés, interdire certaines taxes,

⁵⁵⁰ En novembre 2007, la *League of California Cities*: (www.cacities.org) affirmait qu'il y avait 109 villes possédant une charte sur 475 villes au total. Des exemples de villes plus connues détenant leur propre charte: Berkeley, Los Angeles, Monterey, Oakland, Napa, Pasadena, Sacramento, San Francisco, San Diego.

⁵⁵¹ Adoptée en 1978, elle a été introduite à l'article XIII A de la Constitution de la Californie. La proposition 13 est aussi appelée "Jarvis-Gann initiative".

soumettre l'augmentation ou la baisse des taxes imposées par l'État à l'approbation du 2/3 des représentants et l'imposition d'une nouvelle taxe par une ville à l'approbation des électeurs⁵⁵². La Cour suprême de Californie reconnaissait que le pouvoir de taxer pour des fins locales fait partie des pouvoirs locaux de *home rule* mais que, dans ce cas précis, on ne faisait qu'encadrer le pouvoir de taxer : la proposition ne faisait pas disparaître complètement le pouvoir de taxer des villes, mais ne venait que le limiter. La législature n'avait pas le pouvoir de dicter ou de contrôler les décisions financières et budgétaires des villes. La ville continuait à exercer ses pouvoirs et à gérer ses fonds. De plus, ces mesures avaient reçu l'approbation des électeurs⁵⁵³.

D'autres avantages économiques bénéficient aux villes à charte en Californie. À titre d'exemple, on prétend que les villes régies par leur propre charte ont des coûts « gouvernementaux » réduits, qu'elles profitent davantage des impôts versés par les contribuables et qu'elles ont les moyens de s'opposer aux programmes subventionnés par l'État qui ne correspondent pas à leurs besoins.

Le Grand Jury du comté de San Diego constate que les citoyens sont généralement intéressés à modifier le statut de leur ville lorsque des mesures gouvernementales particulières sont à l'étude, tels le contrôle des loyers ou l'augmentation d'une taxe. Les villes à charte sont également plus susceptibles d'engendrer des divisions au sein de la communauté, car les électeurs sont directement impliqués dans l'attribution de pouvoirs aux villes par le biais de la procédure de modification des chartes et par la création de comités de citoyens⁵⁵⁴. Ces constatations nous apparaissent toutefois comme une conséquence de l'octroi de pouvoirs accrus à la population et une manifestation des divergences d'opinions au sein d'une communauté, signe de démocratie.

Afin de mieux comprendre l'impact du régime de *home rule* sur les pouvoirs locaux, on peut regarder des exemples concrets de situations où la présence d'un système de *home rule* a eu pour effet de limiter la suprématie législative et a contribué à donner plus de pouvoirs aux citoyens. Le premier cas que nous étudierons est celui des tentatives de

⁵⁵² L'article 13 A de la Constitution de la Californie est intitulé "tax limitation" et, avec les articles 13 et 13 B et C, constitue un véritable code de taxation. La section 4 s'énonce comme suit: "Section 4. Cities, Counties and special districts, by a two-thirds vote of the qualified electors of such district, may impose special taxes on such district, except ad valorem taxes on real property or a transaction tax or sales tax on the sale of real property within such City, County or special district."

⁵⁵³ *Amador Valley Joint Union High School district v. State Board of equalization*, 22 Cal. 3d 208 (1978) (S.C. California).

⁵⁵⁴ Article 3, section 11 de la Constitution de la Californie.

sécession des quartiers (« area ») de Hollywood et de San Fernando Valley de la ville de Los Angeles. Ces tentatives de sécession qui ont eu lieu en novembre 2002 ont été possibles grâce aux pouvoirs d'initiative et de référendum dont les citoyens de la ville de Los Angeles sont investis.

Avant de traiter de ce cas particulier, il importe toutefois d'expliquer brièvement les sources et le contenu des pouvoirs d'initiative et de référendum, clef de voûte de la démocratie directe aux États-Unis. Sommairement, les pouvoirs d'initiative et de référendum peuvent se définir comme étant la possibilité pour les citoyens de demander par voie de pétition à ce qu'une loi ou une mesure soit adoptée ou à ce qu'un référendum soit tenu sur une question quelconque. Il peut s'agir de référendums délibératifs ou simplement consultatifs. Ces pouvoirs sont prévus dans les constitutions des États. La Constitution californienne prévoit ces pouvoirs d'initiative et de référendum à l'article 2⁵⁵⁵. L'exercice des pouvoirs d'initiative et de référendum par les citoyens est une manifestation des pouvoirs de *home rule* pour deux motifs. D'abord, ce sont des pouvoirs qui appartiennent aux citoyens et qui sont censés fournir au peuple un moyen de s'autogérer et d'exercer le pouvoir décisionnel. En ce sens, les pouvoirs d'initiative et de référendums relèvent de la conception plus large du *home rule*, celle qui correspond à la notion d'autodétermination. Ensuite, ces pouvoirs d'initiative et de référendums existent non seulement au niveau étatique, mais aussi au niveau local⁵⁵⁶. Ainsi, la Constitution californienne prévoit à son article 2, paragraphe 11 :

« (a) Initiative and referendum powers may be exercised by the electors of each city or county under procedures that the Legislature shall provide. Except as provided in subdivisions (b) and (c), this section does not affect a city having a charter. »

Les villes qui possèdent leur propre charte, comme Los Angeles, peuvent établir leurs propres règles en la matière, c'est-à-dire déterminer les normes de participation, les niveaux de majorité requis, etc.⁵⁵⁷. Ainsi, des citoyens de la ville de Los Angeles ont pu recourir au processus d'initiative et de référendum, prévu dans la charte de la ville,

⁵⁵⁵ Art. 2, Sec 8 a): "The initiative is the power of the electors to propose statutes and amendments to the Constitution and to adopt or reject them."; Sec 9 a): "The referendum is the power of the electors to approve or reject statutes or parts of statutes except urgency statutes, statutes calling elections, and statutes providing for tax levies or appropriations for usual current expenses of the State".

⁵⁵⁶ Selon un article publié sur le site de l'IRI (Initiative and Referendum Institute), près de 90 % des villes américaines connaissent une procédure de référendum quelconque : IRI, *Information on the Initiative and referendum process at the local level*, reproduit en ligne : <http://www.iandrinstute.org/>, consulté le 8 janvier 2009.

⁵⁵⁷ Article 2, paragraphe 11 de la Constitution de la Californie. Par ailleurs, dans la décision *Lawing v. Faul*, 227 Cal. App. 2d 23 (1964), le tribunal a établi que les référendums et initiatives au niveau local relevaient des pouvoirs locaux sur les affaires municipales.

pour procéder à la sécession d'une partie de la ville et demander la création d'une nouvelle ville sur ce territoire. En novembre 2002, les citoyens de la ville de Los Angeles ont été convoqués aux urnes afin de voter sur une éventuelle séparation des quartiers de Hollywood et de San Fernando Valley afin qu'ils deviennent des villes à part entière. La procédure prévue au *California Government Code*⁵⁵⁸ prévoyait que, pour que la proposition soit soumise au vote des électeurs, elle devait d'abord recueillir l'aval de 25% des électeurs de la zone visée par la réorganisation territoriale, ce qui fut le cas dans les quartiers de Hollywood et de San Fernando Valley . Pour que la sécession soit effective et légale, elle devait ensuite recueillir la majorité simple des voix des citoyens des zones visées ainsi que la majorité simple des voix des citoyens de l'ensemble de la ville de Los Angeles⁵⁵⁹. Dans la Vallée de San Fernando, 50, 72 % de la population se prononça en faveur de la sécession, mais 66,97 % des citoyens de la ville de Los Angeles se prononcèrent contre. Dans le cas de Hollywood, 68, 54 % des citoyens de Hollywood et 71, 42 % des citoyens de la ville de Los Angeles se déclarèrent contre la sécession d'Hollywood⁵⁶⁰. Ainsi, ces mesures ne reçurent pas l'approbation nécessaire et les tentatives de sécession échouèrent. Il faut voir toutefois que cette sécession aurait pu se réaliser par voie populaire.

L'état actuel du droit écrit canadien et québécois, comme nous l'avons vu dans la première partie de cette étude, est plutôt à l'effet que, non seulement les citoyens n'ont aucun pouvoir décisionnel en ce qui a trait aux modifications territoriales des villes où ils résident, mais que les administrations municipales n'ont pas non plus ces pouvoirs. Les référendums consultatifs tenus dans de nombreuses villes et les résolutions adoptées par les conseils municipaux des villes qui s'opposaient à la loi québécoise procédant à la fusion des villes sur l'Île de Montréal n'ont eu aucun effet juridique. En Californie, la constitution prévoit clairement qu'une ville ne peut être annexée ou « consolidée » avec une autre par la législature sans le consentement de la majorité des électeurs de la ville appelée à disparaître⁵⁶¹. Si une telle disposition avait existé au

⁵⁵⁸ En vertu du Code électoral de la Ville de Los Angeles, le *California Government Code* s'applique à la procédure de modification de la Charte de la ville, 2007 Electoral Code , sec. 703. Le Code électoral de la Ville de Los Angeles s'applique à la Ville en vertu de l'article 416 de la Charte de la Ville.

⁵⁵⁹ La procédure était prévue à l'article 57 103.1 du *California Government Code* (section 56000 et suiv.). Cette section a été modifiée par le *Cortese-Knox-Hertzberg Local Government Reorganization Act*, Government Code Section 56 000, et seq., 2000 qui s'applique depuis janvier 2001 (la procédure de sécession dans la ville de Los Angeles avait été entamée avant le 1^{er} janvier 2001).

⁵⁶⁰ Pour le résultat des divers référendums, voir le site du « Los Angeles office city clerk » : <http://parc3.lacity.org/api/cfm/netdocs/index.cfm?&H=1660&F=1661&L=4747&CSS=1663&SI=&SD=&SP=&rootcat=461&catid=652>

⁵⁶¹ Article 11, paragraphe 2 b) de la Constitution de la Californie: "Except with approval by a majority of its electors voting on the question, a city may not be annexed to or consolidated into another".

Québec, il y a fort à parier que de nombreuses lois portant sur l'annexion ou la fusion de villes, telle la Loi 170, n'auraient pas pu être adoptées. La création d'un nouveau gouvernement régional en Californie (la Bay region area), sorte de fusion municipale, se heurte justement aux pouvoirs de home rule des villes touchées par ce projet. Il s'agit d'ailleurs du deuxième cas que nous étudierons.

La création d'un gouvernement régional dans la région de San Francisco Bay est une décision qui relève des pouvoirs locaux. La San Francisco Bay Area en Californie est une immense région où habitent plus de six millions de personnes. Cette région comprend neuf comtés et regroupe près de 100 municipalités qui possèdent toutes leur propre système de gouvernement, ce qui, comme l'explique un auteur, résulte en une balkanisation du système gouvernemental qui nuit considérablement à la solution des problèmes urbains qui affectent toute la région⁵⁶². Depuis quelques années, l'idée de créer un gouvernement régional qui aurait les pouvoirs et la capacité de s'occuper des questions transfrontalières (pollution, trafic, transport en commun, etc.) refait régulièrement surface. Toutefois, mise à part la difficulté au niveau politique, la création d'un autre niveau de gouvernement local se heurte à plusieurs obstacles, dont celui de la présence d'un système de home rule dans les villes appelées à faire partie éventuellement de ce gouvernement régional.

En effet, les municipalités impliquées peuvent percevoir la création d'un gouvernement régional comme une menace à leur propre existence : si l'on veut octroyer des pouvoirs à ce nouveau gouvernement c'est que l'on en retirera aux villes regroupées. Or, toute tentative d'abolir une ville ou de modifier ses frontières sans consulter la population serait inconstitutionnelle en Californie et généralement, les regroupements ou fusions de villes n'ont pas la cote chez les citoyens. Le système de home rule enchâssé dans la Constitution de la Californie à l'article 11 donne aux villes le pouvoir de s'opposer à la création d'un gouvernement régional dans la mesure où celui-ci interfère avec les affaires municipales ou locales. Un gouvernement régional qui aurait des pouvoirs en matière « municipale » ou « locale » serait inconstitutionnel en Californie. Toutefois, si le nouveau gouvernement régional est investi uniquement de pouvoirs qui sont véritablement à caractère régional, la doctrine du home rule n'entre alors plus en jeu. Encore une fois, il reviendra aux tribunaux de déterminer ce qui constitue une affaire municipale, une affaire régionale ou une affaire qui intéresse l'ensemble de l'État.

⁵⁶² Lire K. A. BRUNETTI, *loc.cit.* note 527.

Dans *Younger v. County of El Dorado*⁵⁶³, la Cour suprême de Californie admit la constitutionnalité du Tahoe Regional Planning Agency (TRPA), une sorte de gouvernement régional responsable de la gestion de la zone du Lac Tahoe. Le bassin du Tahoe touche plusieurs comtés et villes, ce qui a pour effet de compliquer la gestion du territoire. La création d'une agence gouvernementale responsable, par exemple, de trouver des solutions pour purifier l'eau du bassin, enrayer la pollution dans ce secteur et protéger la faune ne contrevenait pas aux pouvoirs constitutionnels des villes puisqu'elle était de nature régionale et non locale. Toutefois, pour la Cour, il était important de réserver aux villes le pouvoir d'adopter leurs propres règles, pourvu que celles-ci soient conformes aux politiques de l'agence régionale. De plus, tout ce qui est strictement local doit continuer à relever des administrations municipales, tel que le zonage à l'échelle locale, la police, la gestion des incendies, l'entretien des rues et des parcs (autres que les parcs régionaux ou nationaux) ou encore les élections locales.

Les exigences de consultation de la population et la démocratie directe n'ont pas que des avantages : elles empêchent parfois l'État de poursuivre ses objectifs législatifs. Dans son article, Kenneth A. Brunetti compare la création d'un gouvernement régional dans la région de San Francisco Bay à la création de la zone métropolitaine de Toronto dans les années 50. Il explique que, à Toronto, la création de la zone métropolitaine a pu se réaliser notamment grâce au fait qu'il n'y avait pas d'exigence de consultation préalable :

*« Because home rule traditions are not nearly as strong in Canada as they are in United States and also because there was no requirement of a popular vote, the Ontario Provincial Government did not give the people of metropolitan Toronto an opportunity to vote on the creation of a regional government. In fact, in 1967, the provincial Government even rearranged city lines and eliminated certain smaller cities without popular vote. Thus, one of the main reasons for the successful implementation of Toronto's federation government is that it was created without the referendum process, something that has foiled many attempts at government reorganization in the United States. »*⁵⁶⁴

L'exigence d'une consultation populaire et du consentement de la population avant la création d'un gouvernement régional, avant une fusion municipale ou avant la modification des frontières d'une municipalité est une conséquence directe de la présence d'un système de home rule. Le fait que la doctrine du home rule soit constitutionnalisée rend cette exigence incontournable, contrairement à ce qui se

⁵⁶³ *Younger v. County of El Dorado*, 5 Cal. 3d, 480 (1971).

⁵⁶⁴ K. A. BRUNETTI, *loc.cit.* note 527.

produit au Canada. Il s'agit donc là d'une différence majeure, mais pas nécessairement d'un avantage.

Le système de home rule peut aussi permettre à la municipalité d'agir sur des questions plus pointues et spécifiques. En 1996, la Législature de la Californie adopta une loi visant à privatiser la gestion de l'électricité. Cette décision du gouvernement californien a eu des conséquences négatives sur les coûts de l'électricité qui ont considérablement augmenté. Un auteur faisait remarquer que la plupart des villes qui possédaient à l'époque leur propre service d'électricité n'avaient pas écopé de cette augmentation des coûts et que, à tout le moins, la communauté avait un droit de regard sur la gestion de l'entreprise. De plus, le citoyen préférait sûrement devoir s'en remettre au conseil municipal plutôt qu'à la *Federal Energy Regulatory Commission* située à Washington, D.C. et chargée de réglementer l'industrie énergétique.⁵⁶⁵ Ainsi, les villes à charte munies de pouvoirs de home rule plus étendus semblaient plus avantagées (notamment par les coûts d'électricité moins élevés) par rapport aux villes touchées par la politique de privatisation de l'électricité.

Parfois, une ville pourra décider d'adopter sa propre charte afin de pouvoir régler un problème spécifique qu'elle ne peut régler par le biais de ses pouvoirs généraux. Dans la ville de Truckee, les citoyens décidèrent d'adopter une charte pour résoudre le problème de l'entretien et de la réparation des rues et des routes qui avaient été négligés par le comté. L'adoption d'une charte fut l'occasion de prévoir un mode spécifique de financement de la réparation et de l'entretien des voies routières⁵⁶⁶.

Ce sont tous là des exemples de situations où l'existence du home rule a permis aux administrations municipales et aux citoyens de prendre davantage part aux décisions relatives à la gestion des affaires locales et à l'avenir même de la municipalité. En conclusion, on peut affirmer que l'adoption d'une charte par une ville a potentiellement les avantages suivants : une plus grande possibilité que les valeurs et la philosophie de la municipalité soient appliquées au niveau de la gestion des affaires municipales, une protection contre les intrusions de la législature dans les affaires municipales et un plus grand contrôle sur ces affaires permettant la mise en place de structures et de programmes adaptés à la réalité locale. Parmi les inconvénients : la nécessité de

⁵⁶⁵ C. MCKENZIE, *loc.cit.* note 532.

⁵⁶⁶ Bulletin du California Department of Industrial Relations: "Wage Reform Prevails in Truckee; Other Prevailing Wage Reforms Pending", Labor Day 1995, en ligne:

recourir aux tribunaux pour déterminer si un sujet est d'intérêt local ou général, les coûts associés à l'adoption d'une charte et les risques de ghettoïsation, notamment avec ce qu'il est convenu d'appeler les « gated communities »⁵⁶⁷. De façon générale, le système américain qui donne une grande place à la démocratie directe au niveau local a comme avantage de renforcer un des aspects du principe démocratique, soit la participation directe des citoyens aux prises de décisions publiques, mais peut aussi avoir des effets pervers, tels que la violation des droits des minorités et l'imposition de certaines valeurs qui ne sont pas nécessairement celles de l'intérêt public.

2- La Constitution italienne

a- L'article 5 de la Constitution italienne : la consécration du principe de l'autonomie locale

Il n'y a pas de modèle unique pour les collectivités locales en Europe. Toutefois, l'autonomie locale est devenue presque incontournable pour la plupart des pays européens, notamment à cause de la *Charte européenne de l'autonomie locale*. Nous étudierons le cas de l'Italie, car avec elle comporte un degré avancé de décentralisation régionale et que les régions possèdent des pouvoirs législatifs importants et une large autonomie financière. De plus, sa structure municipale est diversifiée et comporte plusieurs niveaux, comme au Québec⁵⁶⁸.

L'Italie est un État unitaire dont le degré de décentralisation est élevé. Les régions, qui constituent des entités gouvernementales décentralisées dotées de pouvoirs spécifiques, se situent au sommet de l'échelle hiérarchique du pouvoir décentralisé. Les régions italiennes ne sont donc pas des États fédérés, mais plutôt des États « régionalisés ». Certaines régions possèdent un statut spécial et ont des pouvoirs supplémentaires⁵⁶⁹.

http://www.dir.ca.gov/bulletin/Labor_Day_95/Prevailing_wage.html consulté le 8 janvier 2009.

⁵⁶⁷ Les « gated communities » sont des quartiers ou des villes (devenues telles suite à une sécession) qui imposent leurs propres règles de gestion y compris des règles de sélection fondées sur des caractéristiques personnelles et immuables, créant ainsi des villes homogènes. Les quartiers qui décident de se constituer en municipalités obtiennent une véritable autonomie politique et fiscale : Renaud LE GOIX, « Les gated communities à Los Angeles : morceaux de ville ou territoires à part entière ? » texte d'une Conférence prononcée le 5 octobre 2002 lors du Festival de géographie de Sainte-Die-des-Voges, disponible en ligne :

http://fig-st-die.education.fr/actes/actes_2002/legoix/article.htm, consulté le 8 janvier 2009.

⁵⁶⁸ Rappelons les divers types de collectivités locales au Québec : instances supralocales (municipalités régionales de comtés et communautés métropolitaines), les municipalités locales et les arrondissements.

⁵⁶⁹ Ce sont les Régions du Frioul-Vénétie Julienne, la Sardaigne, la Sicile, le Trentin-Haut-Adige-SudTyrol et la Vallée d'Aoste : article 116 de la Constitution italienne (disponible en français sur le site de la Chambre italienne des députés : www.camera.it, dernière visite le 08/01/2009).

Viennent ensuite les provinces puis les communes⁵⁷⁰. L'Italie compte donc trois niveaux de collectivités locales. La Constitution italienne de 1948 énonce les principes applicables à ces entités gouvernementales décentralisées ou entités locales. C'est le texte fondamental qui constitue le fil conducteur du droit applicable aux entités locales.

L'article 5 de la Constitution italienne caractérise l'ordre juridique italien comme un système fondé sur l'autonomie locale :

« La République, une et indivisible, reconnaît et favorise les autonomies locales, réalise dans les services qui dépendent de l'État la plus large décentralisation administrative, adapte les principes et les méthodes de sa législation aux exigences de l'autonomie et de la décentralisation. »⁵⁷¹

Cette disposition est articulée autour de deux modes distincts de gestion : celui de l'autonomie locale et celui de la déconcentration et de la décentralisation des services dispensés par l'État. Tout en prévoyant que l'Italie est une république unitaire et indivisible, l'article 5 énonce que l'État reconnaît et favorise l'autonomie locale. L'article 5 est donc une disposition fondamentale tant du point de vue politique qu'institutionnel. Il dispose que l'État est fondé sur un système d'autonomie, qu'il se doit de déconcentrer et de décentraliser le plus possible les services publics et que le législateur doit toujours suivre ces exigences liées au respect de l'autonomie et de la décentralisation. La contrepartie à la reconnaissance et à la promotion de l'autonomie locale est le respect du principe de l'intégrité territoriale et de l'unité de l'État. La reconnaissance de l'autonomie locale passe par la valorisation de ce principe et par l'acceptation du fait que l'État central ne soit plus la seule institution à travers laquelle le citoyen exerce ses droits démocratiques; l'État central perd le monopole en tant que détenteur de l'ordre juridique et politique. C'est une reconnaissance du caractère démocratique de la Constitution italienne, non seulement d'un point de vue formel, mais aussi d'un point de vue substantiel.

Si l'article 5 de la Constitution énonce le principe de l'autonomie locale, le titre V de la partie II de la Constitution italienne explicite davantage ce principe. Le titre V qui s'intitule « Les Régions, les Provinces et les Communes » a été l'objet d'une réforme

⁵⁷⁰ Il y a 8100 Communes, 103 Provinces et 20 Régions : Fédération québécoise des municipalités, *loc.cit.* note 218, pp. 49-54.

⁵⁷¹ Constitution de l'Italie. Voir Marie-Pier ELIE, "L'Italie, un État fédéral? À propos des lois constitutionnelles no.1 du 22 novembre 1992 et no.3 du 18 octobre 2001", (2002) 52 *Rev.fr.Dr.Const.* 749.

en 2001⁵⁷². La réforme avait principalement pour but d'augmenter le degré d'autonomie des régions, des provinces et des communes, de donner une véritable portée à l'article 5 de la Constitution et aux principes de la *Charte européenne de l'autonomie locale* et à effectuer un pas de plus vers une forme de fédéralisation de l'Italie.

b- Les régions, les provinces et les communes dans la Constitution italienne : les différents titulaires des pouvoirs locaux

La partie II de la Constitution italienne est consacrée à l'organisation de la République. Au titre V nous retrouvons les articles consacrés aux collectivités locales (articles 114 à 133). Tout d'abord, l'article 114 de la Constitution italienne a été modifié et énonce désormais que :

« Les communes, les provinces, les villes métropolitaines et les régions sont des entités autonomes ayant un statut, des pouvoirs et des fonctions propres, conformément aux principes établis par la Constitution. »

Auparavant, seule l'autonomie des régions était consacrée dans la Constitution elle-même et l'autonomie des provinces et des communes reposait entre les mains du législateur par le truchement de lois générales⁵⁷³. Depuis la réforme de 2001, les communes, les provinces et les régions ont toutes des pouvoirs et des fonctions protégées par la Constitution selon l'article 114.

Toutefois, les communes et les provinces n'ont pas le même niveau d'autonomie que les régions et l'État. La Constitution énonce expressément les pouvoirs législatifs et réglementaires des régions et de l'État à l'article 117. Cette disposition n'énonce pas expressément les pouvoirs et les fonctions des communes et des provinces, mais énonce tout de même qu'elles ont leurs propres pouvoirs. La disposition prévoit également que les communes et les provinces ont un pouvoir réglementaire général en matière locale. C'est l'État qui établit les pouvoirs fondamentaux des communes et des provinces selon

⁵⁷² La réforme est contenue dans la loi constitutionnelle de 2001 (*Legge costituzionale 18 ottobre 2001*, no.3, "Modifiche al titolo 5 della parte seconda della Costituzione", G.U.no. 248 (24 octobre 2001)) ainsi que dans la Loi constitutionnelle de 2003 (*Legge costituzionale 5 giugno 2003*, no. 131, "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3" G.U. no. 132 (10 giugno 2003) ci-après "La Loggia"). La partie V est composée des articles 114 à 133.

⁵⁷³ Les articles 115 et 128 de la Constitution italienne ont été abrogés par l'article 9 alinéa 2 de la *Legge costituzionale 18 ottobre 2001*, *Id.*

l'article 117 p). La promotion de l'autonomie locale pour les communes et les provinces est donc affaire du législateur qui détermine, par l'entremise de lois générales, quel degré d'autonomie accorder.

L'article 117 de la Constitution italienne prévoit que « le pouvoir législatif est exercé par l'État et les régions dans le respect de la Constitution et des contraintes découlant de la réglementation communautaire et des obligations internationales »⁵⁷⁴. Au deuxième alinéa, les compétences qui reviennent à l'État sont expressément énoncées ainsi que les compétences concurrentes avec les régions. Également, on y retrouve le pouvoir résiduaire des régions : « dans toutes les matières qui ne sont pas expressément réservées à la législation de l'État, le pouvoir législatif échoit aux régions ». Il s'agit d'une modification majeure apportée par la réforme de 2001. Comme nous l'avons déjà mentionné, les communes et les provinces n'ont pas de pouvoir législatif, mais bien un pouvoir réglementaire en matière locale et dans les matières qui leur ont été déléguées. Les régions ont également un pouvoir réglementaire qui découle de leur pouvoir législatif. Les régions ont même le pouvoir de conclure des ententes internationales avec d'autres États et avec des entités décentralisées des autres États. Depuis 2005, les régions et les provinces à statut spécial peuvent participer à l'élaboration de la position italienne relative aux actes normatifs en voie d'être adoptés par la procédure normative de l'Union européenne.⁵⁷⁵ Ainsi, tous les actes et projets d'actes qui sont d'intérêt local doivent être présentés aux représentants de ces entités locales. Ces entités locales n'ont pas un pouvoir décisif, mais un pouvoir d'émettre leurs recommandations et de demander la tenue d'une commission.

Les régions, qui possèdent un pouvoir législatif, doivent en principe déléguer les pouvoirs administratifs aux communes et aux provinces. Cette situation crée plusieurs difficultés et un auteur fait remarquer qu'il serait préférable que chacune des entités locales possède des responsabilités claires et spécifiques et que l'exercice de ces pouvoirs soit contrôlé par un mécanisme impartial afin de déterminer quelle entité est compétente. La loi « La Loggia »⁵⁷⁶ contribue à créer un système de normes plus précises et d'attributions plus claires et de champs de compétence mieux définis. Les services publics sont donc dispensés par l'État d'une part et les entités locales d'autre

⁵⁷⁴ Article 117 de la Constitution italienne.

⁵⁷⁵ *Legge 4 febbraio 2005*, n.11, "Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari" G.U. no. 37 (15 febbraio 2005), article 5.

⁵⁷⁶ *Legge costituzionale 5 giugno 2003*, précitée, note 572.

part. Ce système bilatéral implique un partage de compétences entre l'État central et les entités locales. Le Législateur détermine quelles compétences appartiennent aux provinces et aux communes en se fondant sur le critère de la subsidiarité ou en établissant un partage de compétences selon les matières. L'État doit toujours tenter de réaliser la plus grande décentralisation ou déconcentration possible lorsqu'il dispense les services publics et le Législateur doit octroyer les compétences de nature « locale » ou de proximité aux entités locales.

L'article 119 enchâsse l'autonomie financière des entités locales et prévoit que les communes, les provinces et les régions possèdent des ressources financières autonomes selon les normes constitutionnelles et fiscales. Il énonce que le législateur doit prévoir un système de péréquation pour les territoires ayant une capacité fiscale par habitant inférieure. Ainsi, la Constitution ne prévoit pas quelles sont les ressources financières des entités locales, mais elle prévoit que l'État doit adopter une loi pour fixer ces ressources financières fiscales⁵⁷⁷. Les articles 120 à 133 traitent de divers sujets reliés aux pouvoirs des collectivités locales, mais surtout des régions, dont la liberté de circulation et de commerce, l'organisation politique des organes locaux, le système électoral, la justice administrative, le contrôle de constitutionnalité des actes des gouvernements locaux, la procédure de fusion ou d'annexion des régions, etc.

On constate donc que le principe de l'autonomie locale est constitutionnalisé par l'entremise de l'article 5 et des articles 114 à 133, mais que la Constitution n'explique pas en détail comment s'organise l'ensemble des aspects reliés à l'autonomie locale. C'est au législateur qu'appartient la tâche de préciser les normes constitutionnelles en ce qui concerne les communes et les provinces. Les régions quant à elles bénéficient d'une autonomie davantage protégée. Ainsi, plusieurs niveaux d'autorité possèdent des pouvoirs en matière locale. La réforme constitutionnelle adoptée en 2001 a pour but justement de venir clarifier l'organisation des pouvoirs locaux.

⁵⁷⁷ Les dispositions relatives à l'autonomie financière se retrouvent principalement dans le *Decreto legislativo 18 agosto 2000*, no. 267 "Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali", G.U. no. 227 (28 settembre 2000), ci-après la "Loi de 2000" à la partie II- intitulée : ordinamento finanziario e contabile.

c- Les lois italiennes qui encadrent l'autonomie locale

Il a fallu passablement de temps avant que le législateur italien ne vienne préciser l'étendue et la portée du principe constitutionnel de l'autonomie locale. En 1990, le Législateur italien a adopté la première loi visant à mettre en œuvre les principes de l'article 5 de la Constitution. Il s'agissait d'une loi-cadre prévoyant l'organisation des entités locales⁵⁷⁸. Cette loi a été abrogée et remplacée en 2000 par une loi intitulée « Texte unique des lois relatives à l'organisation des entités locales »⁵⁷⁹. La Loi de 2000 s'applique aux communes et aux provinces et elle encadre les pouvoirs des régions et de l'État face à ces dernières. Elle prévoit que le pouvoir normatif des communes et des provinces s'exerce à travers les statuts constitutifs qui sont adoptés par les entités locales elles-mêmes ainsi que par le règlement, principal instrument législatif des communes et des provinces.

L'article 3 de la Loi de 2000 s'intitule « Autonomie des Communes et des Provinces » et prévoit en termes généraux le contenu de l'autonomie locale. L'alinéa 4 prévoit que les communes et les provinces ont une autonomie statutaire, normative, organisationnelle, administrative, fiscale et financière soumise au respect des statuts constitutifs, des règlements et des lois des régions et de l'État central. Il est prévu également que les entités locales possèdent des pouvoirs propres ainsi que des pouvoirs délégués, en vertu du principe de subsidiarité, par l'État central et les régions. L'article traite du système régional d'autonomie et prévoit que ce sont les régions qui organisent l'exercice des fonctions administratives locales à travers les communes et les provinces. Les régions agissent dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées à l'article 117 de la Constitution. Ce sont aussi les régions qui déterminent les politiques socio-économiques et qui distribuent les ressources affectées à ces programmes (art. 5).

L'article 6 de la Loi de 2000 traite des statuts constitutifs des communes et des provinces et dispose que les unes et les autres adoptent leurs propres statuts. Le fait que les provinces et les communes adoptent elles-mêmes leurs statuts constitutifs respectifs confirme que l'État central n'a pas le pouvoir de réglementer de manière autoritaire et uniforme la gestion des administrations locales et que ce sont les administrations locales elles-mêmes qui se dotent d'instruments d'auto-gouvernement,

⁵⁷⁸ Legge 8 giugno 1990, no 142 "Ordinamento delle autonomie locali" G.U. no. 135 (12 giugno 1990), ci-après « la loi de 1990 ».

fixant les principes fondamentaux à la base de leurs actes. La réforme de 2001 a constitutionnalisé à l'article 114 ce pouvoir des communes et des provinces d'adopter leurs propres statuts constitutifs. Le statut constitutif est désormais considéré comme une norme fondamentale pour les entités locales et est élevé au rang de norme constitutionnelle. Les règlements doivent respecter autant les dispositions des statuts constitutifs que les lois nationales et régionales. La loi de 1990 ne prévoyait pas l'obligation pour une entité locale d'adopter ses propres statuts et souvent, les statuts constitutifs des communes étaient copiés les uns sur les autres. Aujourd'hui, l'adoption des statuts constitutifs par une entité locale est devenue obligatoire. Ceci vise à encourager les entités locales à s'autogérer et à donner un véritable sens à ce pouvoir local. Les responsabilités et les pouvoirs des entités locales devraient donc être plus proches des besoins locaux et mieux adaptés à la réalité locale.

Nous avons vu que la Constitution italienne reconnaît un vaste pouvoir réglementaire aux provinces et aux communes⁵⁸⁰. L'article 7 de la Loi de 2000 prévoit un pouvoir général de réglementer les affaires municipales et locales :

« Selon les principes établis par la loi et par les statuts constitutifs, la commune et la province adoptent des règlements dans les matières qui relèvent de leur compétence et en particulier pour l'organisation et le fonctionnement des institutions et des organismes de participation, pour le fonctionnement des organes et des offices et pour l'exercice des fonctions. »⁵⁸¹

L'article 8 de la Loi de 2000 encourage la participation populaire et la démocratie directe et enjoint aux entités locales de « valoriser » les diverses formes d'associations et de participations populaires telles que les référendums et les consultations publiques sur des matières locales et dans le respect des lois régionales et étatiques.

L'article 15 concerne les fusions et les autres modifications territoriales locales. Cet article découle des articles 117 et 133 de la Constitution italienne qui protège les entités locales contre les interventions unilatérales des régions et de l'État en ce qui concerne

⁵⁷⁹ *Decreto legislativo 18 agosto 2000, no 167, précité, note 577.*

⁵⁸⁰ Article 117 de la Constitution italienne: « Il appartient aux communes, aux provinces et aux villes métropolitaines d'exercer le pouvoir réglementaire ayant trait à l'organisation et à l'exécution des fonctions qui leur sont attribuées. » (Traduction sur le site du sénat : <http://www.senato.it/>, consulté le 8 janvier 2009).

⁵⁸¹ Traduction libre. *Legge 8 giugno 1990, no 142, précitée note 578, article 5*: « Nel rispetto dei principi fissati dalla legge e dello statuto, il comune e la provincia adottano regolamenti per l'organizzazione ed il funzionamento delle istituzioni e degli organismi di partecipazione, per il funzionamento degli organi e degli uffici e per l'esercizio delle funzioni. ».

les limites territoriales des communes et des provinces. La consultation populaire est nécessaire et protégée tant par la Constitution que par la loi.

La Partie II de la Loi de 2000 concerne l'organisation financière et comptable. On y retrouve les normes relatives aux ressources autonomes et dérivées (transférées par les régions et l'État) des communes et des provinces. On y traite aussi de péréquation.

Le titre V de la Loi de 2000 (articles 112 à 123) traite des services et des interventions publiques locales. L'article 112 al. 1 prévoit :

« Les entités locales, dans le cadre de leurs compétences respectives, sont responsables de la gestion des services publics ayant pour objet la production de biens et d'activités visant à réaliser des objectifs à caractère social et à favoriser le développement économique et civil des communautés locales. »

La Loi de 2000 prévoit à son titre VI (articles 124-148) une série de mesures relatives aux contrôles gouvernementaux sur les entités locales. Ces contrôles s'apparentent à un pouvoir de tutelle gouvernementale dans des cas précis. La Loi de 2000 prévoit même la possibilité pour le gouvernement central de dissoudre le conseil municipal en cas d'infiltration et de manipulation induite du crime organisé ou de la mafia! (article 143). Les régions quant à elles n'ont plus le pouvoir de contrôler l'activité des communes et des provinces. En effet, l'article 130 de la Constitution italienne qui donnait aux régions le pouvoir d'exercer un contrôle de légalité ainsi qu'un contrôle d'opportunité politique ou de mérite a été abrogé en 2001.

Enfin, dans la Loi de 2003 que l'on a surnommée « La Loggia » du nom du ministre des Affaires régionales qui l'a piloté, on a tenté d'interpréter les nouvelles dispositions de la réforme constitutionnelle de 2001 et d'établir les moyens concrets pour sa mise en œuvre. La loi fixe entre autres les balises de la compétence législative de l'État et des régions et redéfinit le principe de subsidiarité vertical entre l'État, les régions, les provinces et les communes.

Pour conclure, le droit italien en matière d'autonomie locale tend de plus en plus à se rapprocher des normes européennes fixées dans la Charte européenne de l'autonomie locale. La réforme constitutionnelle de 2001 a confirmé l'octroi de pouvoirs législatifs aux régions et de pouvoirs réglementaires aux provinces et aux communes, faisant de l'Italie un État régionalisé. La Commission permanente sur l'État, les villes et les autonomies locales (Conferenza Stato-città ed autonomie locali), un organisme

gouvernemental avec des pouvoirs consultatifs et décisionnels créé en 1996 a contribué à réformer le droit italien en assurant le lien entre les entités locales et le gouvernement.

C - Perspectives de réforme pour une protection accrue de l'autonomie municipale au Canada

La façon dont le droit constitutionnel écrit a été interprété au Canada ne confère pas de statut constitutionnel aux municipalités, ni de pouvoirs autonomes. Ceci nous semble non conforme au droit constitutionnel non écrit au Canada et ne correspond pas à la tendance et aux principes du droit international. De plus, nous avons pu voir que les constitutions de plusieurs États attribuent aux institutions locales des pouvoirs législatifs et réglementaires autonomes et protégés. Ainsi, l'étude des constitutions de la Californie et de l'Italie montre que, dans ces deux juridictions, le principe de l'autonomie locale est reconnu et accompagné de normes spécifiques qui accentuent et précisent la portée du principe. Il est grand temps que le Canada et le Québec reconnaissent par écrit que les municipalités possèdent un statut constitutionnel, qu'elles constituent des institutions démocratiques et possèdent des pouvoirs généraux dans les matières d'intérêt municipal. Le Canada (fédéral et provincial) devrait suivre le mouvement international en faveur de la protection des pouvoirs locaux et reconnaître dans sa législation supérieure (constitutionnelle ou quasi constitutionnelle) l'autonomie locale des villes et des municipalités canadiennes. Certaines provinces, dont le Québec, ont déjà entamé une réforme du cadre juridique entourant les relations provinciales-municipales, mais il reste encore beaucoup à faire.

La reconnaissance explicite des gouvernements municipaux, à titre d'entités autonomes bénéficiant de certains pouvoirs constitutionnalisés, était la recommandation principale de l'Union des Municipalités Régionales de Comtés du Québec (UMRCQ) et de l'Union des municipalités du Québec (UMQ) dans leurs mémoires respectifs présentés à la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec (Commission Bélanger-Campeau). L'Union des municipalités du Québec, par la voix de son président, affirmait ceci :

« L'évolution récente de notre société a confirmé le droit des citoyens de participer à la gestion des affaires publiques. Ce droit fait partie des principes démocratiques reconnus et c'est localement que ce droit peut être exercé le plus directement [...] L'existence des collectivités locales investies de responsabilités effectives permet une administration à la fois efficace et proche du citoyen. [...] Toutefois, le nombre, le territoire et les pouvoirs des administrations locales n'existent que selon le bon vouloir de l'Assemblée nationale. Cette solution est un vestige du temps de la colonisation alors que les assises

démocratiques étaient peu solides. L'Union des municipalités du Québec recommande donc que tout projet de société soit axé sur la primauté des citoyens contribuables et comprenne la reconnaissance officielle du statut des municipalités conférée dans une constitution, une loi fondamentale ou une charte. »⁵⁸² (nos soulignés)

Il y a effectivement plusieurs façons de reconnaître le statut des municipalités et leur autonomie. Dans les lignes qui suivront, nous envisagerons les différentes avenues possibles pour conférer aux municipalités un statut constitutionnel et protéger le principe de l'autonomie municipale.

1- L'autonomie municipale consacrée dans une loi ordinaire

La protection des gouvernements locaux par l'octroi de pouvoirs indépendants dans une loi ordinaire est tout à fait envisageable. D'ailleurs, de nombreuses lois qui prévoient une certaine forme de démocratie locale et de protection des pouvoirs locaux existent déjà en droit québécois. La *Loi sur les compétences municipales*⁵⁸³ qui fait partie du futur « Code des municipalités » en est un exemple. Ces lois, dont nous avons fait mention dans la première partie, assurent une certaine forme d'autonomie aux municipalités. On retrouve donc souvent dans les ouvrages de doctrine et dans les publications gouvernementales l'affirmation que les municipalités sont des gouvernements indépendants et autonomes. Il faut généralement lire quelques lignes plus loin pour comprendre que cette autonomie est très fragile, car elle n'a pas de statut juridiquement supérieur. Contrairement à la *Charte communautaire* de la Colombie-Britannique⁵⁸⁴, la *Loi sur les compétences municipales* au Québec peut être modifiée de façon ordinaire, comme toutes les autres lois, sans mécanisme de consultation des municipalités. Une loi ordinaire est une loi adoptée par la législature compétente en matière municipale. Ce type de loi n'a aucune valeur supralégislative et ne protège pas les gouvernements locaux contre un retrait de leurs pouvoirs ou une ingérence de la part de l'État provincial. C'est là tout le problème. Les lois québécoises sont probablement conformes aux recommandations et exigences du droit international. À cet égard, elles pourraient même être prises comme modèle par de nombreux pays soucieux de rehausser leur niveau de démocratie locale. Le problème est que toutes ces lois sont fragiles et peuvent être écartées très rapidement, sans même que la population ne soit consultée. Un exemple est celui de la *Loi concernant le regroupement de la Municipalité de Mont-Tremblant, de la Ville de Saint-Jovite, de la Municipalité de Lac-*

⁵⁸² COMMISSION BÉLANGER-CAMPEAU, *loc.cit.* note 161, p. 1689.

⁵⁸³ Précitée, note 5.

⁵⁸⁴ *Community charter*, précitée note 133. Voir aussi la section suivante.

*Tremblant-Nord et de la Paroisse de Saint-Jovite*⁵⁸⁵ adoptée par l'Assemblée nationale en vue de procéder à la fusion forcée des quatre municipalités. Avant que cette loi ne soit adoptée, la *Loi sur l'organisation territoriale municipale*⁵⁸⁶ (loi O-9) s'appliquait en matière de fusions municipales. Cette dernière loi prévoyait que tout regroupement opéré en vertu de cette loi ne pouvait se faire que sur une base volontaire, après adoption de règlements pour adresser au ministre une demande conjointe de fusion. Le regroupement sur une base volontaire n'ayant jamais donné fruit, l'Assemblée nationale décida d'adopter une loi forçant la fusion. Ainsi, bien que des droits eurent été octroyés dans une première loi, ceci n'empêchait nullement la législature de retirer ces droits dans une autre loi. Le juge Tellier, dans l'affaire *Mont-Tremblant*, rappelle que la loi prévoyant la procédure de regroupement volontaire (loi O-9) n'avait aucune valeur constitutionnelle et pouvait donc être modifiée ou annulée par une autre loi :

*« En d'autres termes, les droits revendiqués par les parties demandresses auraient acquis une valeur quasi constitutionnelle, ce qui ne peut être le cas, car cela empêcherait toute évolution du droit et de la société. L'Assemblée nationale ne peut s'engager à l'avance qu'elle ne passerait jamais plus de lois en matière municipale.[...] En somme, on ne peut accorder à une loi ordinaire comme la loi O-9 une valeur quasi constitutionnelle qui, une fois adoptée, consacrerait une situation de droit immuable. »*⁵⁸⁷

Face au mécontentement de la population, le gouvernement du Parti libéral qui remplaça le gouvernement du Parti Québécois, adopta la *Loi concernant la consultation des citoyens sur la réorganisation territoriale*⁵⁸⁸ en 2003 qui accorda aux citoyens de certaines municipalités le droit de se prononcer sur les changements imposés en matière d'organisation territoriale. La loi instaura un mécanisme de consultation constitué de plusieurs étapes, mais permettant aux municipalités fusionnées de « défusionner ». La loi modifia également diverses lois, dont la *Loi sur l'organisation territoriale municipale*⁵⁸⁹ afin de supprimer les dispositions liées aux regroupements municipaux autres que volontaires. Toutefois, ce droit de veto des citoyens avant la modification des frontières municipales et le droit d'être consultés n'est toujours pas protégé et garanti de façon supralégislative. Ainsi, rien n'empêcherait en principe la province de procéder à nouveau à des fusions forcées.

Il n'existe pas actuellement de loi-cadre sur l'autonomie locale prévoyant les principes de base applicables aux collectivités locales. Selon nous, le futur Code des

⁵⁸⁵ *Loi concernant le regroupement de la Municipalité de Mont-Tremblant, de la Ville de Saint-Jovite, de la Municipalité de Lac-Tremblant-Nord et de la Paroisse de Saint-Jovite*, L.Q. 1999 c. 88 .

⁵⁸⁶ *Loi sur l'organisation territoriale municipale*, précitée note 135.

⁵⁸⁷ *Mont-Tremblant (Municipalité de) c. St-Jovite (paroisse de)*, précité, note 2, p. 2308.

⁵⁸⁸ *Loi sur l'organisation territoriale municipale*, précitée, note 135.

municipalités devrait au moins comporter une loi introductive ou un préambule portant spécifiquement sur l'autonomie locale et rappelant que les institutions municipales sont essentielles et qu'elles forment un ordre de gouvernement autonome. Idéalement, ce texte devrait avoir une valeur supralégislative qui limiterait les pouvoirs de la législature et de l'exécutif en la matière. Il s'agirait en quelque sorte d'une charte des droits conçue pour les municipalités. À cet égard, la *Charte communautaire de la Colombie-Britannique* pourrait servir d'exemple⁵⁹⁰. Elle est la première loi au Canada à établir un guide complet des relations entre municipalités et gouvernement provincial.

2- L'autonomie municipale dans une charte quasi constitutionnelle

Comme nous l'avons déjà exprimé dans cette étude, nous sommes d'avis que les relations provinciales-municipales sont déjà de nature constitutionnelle. C'est aussi ce que pense un auteur qui affirme :

*« The instrumentalities by which power is divided at the provincial-municipal level, as surely as at the federal-provincial level, are constitutional instrumentalities. They deserve to be treated as such. »*⁵⁹¹

La deuxième solution pourrait donc être l'adoption d'une véritable charte de l'autonomie locale à valeur quasi constitutionnelle. Cette charte, comme l'affirmait l'ancien maire de la Ville de Québec M. Jean-Paul L'Allier, « reconnaîtrait, dans un premier temps, le principe de la primauté de la communauté locale comme fondement de la structure politique et démocratique de la réalité québécoise. »⁵⁹²

Cette charte, qui serait adoptée par la législature provinciale, aurait une valeur quasi constitutionnelle au même titre que la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*. Elle ferait elle aussi partie de la constitution interne du Québec qui comprend, déjà, notamment certaines dispositions de la Constitution du Canada dans son sens large, des lois à caractère fondamental comme la *Charte de la langue*

⁵⁸⁹ *Idem.*

⁵⁹⁰ La section 1 de la *Charte communautaire de la Colombie-Britannique* énonce les principes de base des pouvoirs municipaux et des relations municipales-provinciales. Elle prévoit notamment que les municipalités et les conseils municipaux forment un ordre de gouvernement élu démocratiquement, autonome et responsable, précitée note 133.

⁵⁹¹ David M. CAMERON, "Provincial Responsibilities for Municipal Government", dans David M. CAMERON, *La décentralisation et le partage des pouvoirs : impact sur la gestion du secteur public*, 24^e colloque national, Institut d'Administration publique du Canada, Toronto, 1994, pp. 222-235.

⁵⁹² Jean-Paul L'ALLIER et Roger NICOLET (entrevues par Roger BELLEFEUILLE), « Un projet commun : rapprocher le citoyen des centres de décision qui le concerne », (hiver 1991-1992) 96 *FORCES* 68, p.71

*française*⁵⁹³, ainsi que d'autres lois organiques québécoises touchant à l'organisation et au fonctionnement des institutions étatiques québécoises⁵⁹⁴. Nous envisagerons les autres modifications possibles à la constitution interne du Québec pour accorder un statut constitutionnel aux municipalités dans la prochaine section.

Comment une charte acquiert-elle un statut quasi constitutionnel? C'est d'abord la nature des dispositions d'un texte législatif qui fait qu'on pourra lui reconnaître le statut de texte fondamental de portée quasi constitutionnelle. Par exemple, les droits de la personne ont un caractère fondamental et les lois qui les protègent sont quasi constitutionnelles. Une charte portant sur l'autonomie locale aurait certainement ce caractère fondamental au sens matériel du terme (par son contenu).

Ensuite, un texte législatif acquiert une primauté en raison de la difficulté à le modifier. Ainsi, même si une loi quasi constitutionnelle a été adoptée par la législature par la voie législative ordinaire, cette dernière ne peut y porter atteinte de manière ordinaire. En effet, les dispositions législatives incompatibles avec une loi quasi constitutionnelle sont inconstitutionnelles. Il y a plusieurs façons de limiter la souveraineté parlementaire et de conférer à une loi un statut quasi constitutionnel. Par exemple, la présence d'une clause de dérogation expresse peut constituer un instrument de protection quasi constitutionnel puisque le gouvernement qui veut déroger à la charte ne peut le faire que de façon expresse, au prix d'un impact politique considérable. Les règles d'interprétation traditionnelles relatives aux principes de postériorité et de spécificité des lois ne trouvent alors plus application puisque la loi quasi constitutionnelle a toujours préséance. La *Charte des droits et libertés de la personne* contient une telle clause à son article 52. Si le législateur veut porter atteinte à la loi ou à la charte, il peut le faire, mais la clause dérogatoire oblige alors ce dernier à spécifier que la disposition s'applique nonobstant la loi ou la charte. C'est donc la clause de dérogation expresse qui donne à la charte québécoise sa suprématie sur les autres lois et non le fait qu'elle fasse partie de la constitution interne québécoise⁵⁹⁵.

D'autres solutions ont déjà été envisagées par certains auteurs, comme des règles de majorité renforcée : majorité absolue, majorité des deux tiers, représentant au moins la

⁵⁹³ *Charte de la langue française*, précitée, note 273.

⁵⁹⁴ *Loi sur l'exécutif*, L.R.Q., c. E-18 ; *Loi sur les Tribunaux judiciaires*, L.R.Q., c. T-16 ; *Loi sur l'Assemblée nationale*, L.R.Q. c. A-23.1 etc.

moitié du nombre total de députés, etc.⁵⁹⁶. Le professeur de droit municipal Jacques L'Heureux explique qu'une loi qui comporte un mécanisme d'autolimitation est souhaitable :

« De telles garanties auraient pour avantage de protéger les municipalités, de clarifier leur statut, de leur accorder une plus grande marge de manœuvre. d'en faire plus que de simples créatures des législatures provinciales, dont l'autonomie peut être réduite ou même supprimée complètement par une simple loi provinciale ordinaire. »⁵⁹⁷

La Charte communautaire (Community Charter) de la Colombie-Britannique, adoptée en 2003, prévoit une solution originale qui limite le pouvoir du gouvernement et de la législature de modifier ladite Charte⁵⁹⁸. L'article 276 dispose que la province doit consulter la principale association de municipalités en Colombie-Britannique (*Union of British-Colombia Municipalities*) avant de modifier la Charte et avant de retirer des pouvoirs et des droits prévus dans certaines lois applicables aux municipalités. Ainsi, un mécanisme de consultation, de négociation et d'arbitrage est instauré entre les municipalités et la province et garantit aux collectivités locales une certaine protection de leurs droits de nature quasi constitutionnelle.

Quel devrait être le contenu d'une charte québécoise de l'autonomie locale? La charte pourrait s'inspirer de la charte européenne de l'autonomie locale et reprendre les grands principes déjà reconnus dans les lois québécoises. Dans le cadre de notre étude, nous pouvons certainement nous inspirer de la Constitution italienne et de la Constitution californienne. Notre but n'est pas de rédiger en détail un projet de charte québécoise de l'autonomie locale, mais plutôt d'énoncer les grandes lignes de ce que cette charte devrait contenir.

Pour commencer, une charte québécoise de l'autonomie locale devrait comprendre un préambule qui énoncerait les grands principes de la charte de l'autonomie locale. D'abord en affirmant que l'autonomie des collectivités locales est l'un des fondements de la démocratie au Québec et que le droit des citoyens de participer à l'administration

⁵⁹⁵ En effet, même les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui font partie de la constitution interne du Québec peuvent être modifiées par la simple voie législative en vertu de l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

⁵⁹⁶ Pascal ROBERGE, « Une charte québécoise des municipalités : protection ou carcan? » (1994) *Ministère des Affaires municipales du Québec —Municipalité*, Mars, p. 13, Daniel TURP, *Nous, peuple du Québec : un projet de Constitution du Québec*, Québec, Éditions du Québécois, 2005.

⁵⁹⁷ J. L'HEUREUX, « Le partage des pouvoirs et les municipalités », dans Richard SIMEON, *Les relations intergouvernementales*, Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, vol. 63, Ministère des Approvisionnement et Services, 1986, p. 231.

⁵⁹⁸ *Charte communautaire de la Colombie-Britannique*, précitée, note 133.

et à la gestion des affaires locales est primordial. Ensuite, en reconnaissant qu'en vertu du principe de subsidiarité, c'est au niveau local que les citoyens sont le plus aptes à exercer leurs droits. Il est également important de rappeler que les responsabilités et les compétences des collectivités locales doivent être effectives et que ces dernières doivent disposer de ressources financières suffisantes pour les exercer. Le préambule devrait aussi énoncer que les collectivités locales sont investies de la personnalité juridique et doivent être composées d'organes décisionnels élus démocratiquement et responsables devant la population.

Un article devrait porter sur le principe général relatif aux pouvoirs municipaux que l'on retrouve présentement à l'article 2 de la *Loi sur les compétences municipales*⁵⁹⁹ et s'inspirer de cet article pour obliger le Législateur québécois à adopter des dispositions qui « accordent aux municipalités des pouvoirs leur permettant de répondre aux besoins municipaux, divers et évolutifs, dans l'intérêt de leur population »⁶⁰⁰ et que les pouvoirs municipaux doivent recevoir une interprétation large et évolutive dans le respect du principe de subsidiarité. On pourrait aussi y prévoir un pouvoir général de réglementer en matière locale.

Un article devrait porter sur les chartes constitutives et prévoir la possibilité pour une municipalité d'adopter sa propre charte constitutive portant sur des matières d'intérêt local et faire une énonciation non exhaustive de telles matières (par exemple, les compétences des municipalités locales et des Municipalités régionales de comté énoncées dans la *Loi sur les compétences municipales* et d'autres compétences locales)⁶⁰¹. La Constitution italienne ainsi que celle de la Californie prévoient le pouvoir des collectivités locales de créer leurs propres statuts. Ceci garantirait aux municipalités une autonomie certaine. La charte municipale devrait être avalisée par la législature pour être ensuite publiée dans les recueils des lois du Québec. Toutefois, il

⁵⁹⁹ Précitée, note 5.

⁶⁰⁰ *Id.*, article 2.

⁶⁰¹ Précitée, note 2. Ce sont la culture, les loisirs, les activités communautaires, les parcs, le développement économique local, l'énergie et les télécommunications, l'environnement, la salubrité, les nuisances, la sécurité et le transport. On pourrait aussi y retrouver des compétences relatives à l'urbanisme et au zonage, au réseau routier local, à l'eau potable et au traitement des eaux usées, à la gestion des matières résiduelles, à l'évaluation foncière, aux cours municipales, à l'habitation et au logement social, à la police, à la protection contre les incendies, à l'octroi de permis, etc. Il s'agit là de compétences exercées habituellement par les instances locales, de manière exclusive ou concurrente avec les provinces ou même le fédéral : QUÉBEC, MINISTÈRE DES AFFAIRES MUNICIPALES ET RÉGIONS, *L'organisation municipale du Québec*, Gouvernement du Québec, décembre 2006, reproduit en ligne :

http://www.mamr.gouv.qc.ca/publications/organisation/org_mun_qc_fra.pdf, consulté le 8 janvier 2009.

ne devrait s'agir que d'une simple formalité, la législature n'étant pas autorisée à refuser d'adopter la charte ou à apporter des modifications à moins qu'elle ne considère que les dispositions de la charte outrepassent les pouvoirs en matière d'intérêt local.

Comme c'est le cas en Californie, les municipalités ayant adopté leur propre charte auraient des pouvoirs exclusifs en matière purement locale qui ne pourraient être modifiés par la législature. Autrement dit, dans les domaines qui sont d'intérêt purement local et dans lesquels la province n'a pas d'intérêt d'ordre provincial (*statewide concern*), une municipalité s'étant dotée de sa propre charte serait libre d'agir comme elle l'entend, sous respect de sa propre charte et des dispositions constitutionnelles. Dans les matières qui ne concernent pas uniquement les intérêts locaux, les municipalités ayant adopté leur propre charte seraient soumises aux lois générales de la législature. La charte pourrait aussi être soumise à l'approbation d'une majorité des électeurs de la collectivité locale par voie de référendum. Les municipalités ne désirant pas se prévaloir du droit d'adopter leur propre charte seraient soumises aux lois générales et, comme c'est le cas actuellement, ce serait la législature qui adopterait la charte constitutive de ces municipalités.

Un article pourrait aussi porter sur la modification des frontières d'une collectivité locale et rappeler que les habitants d'une municipalité doivent être consultés avant toute modification des frontières (fusion, défusions, annexion, etc.)⁶⁰². Pour les mêmes raisons que celles invoquées plus haut, le résultat de la consultation publique ne pourrait avoir automatiquement un effet juridique; cependant, la disposition pourrait prévoir que la législature doit tenir compte du degré d'approbation ou d'opposition des citoyens lorsqu'elle procède à une modification des frontières des collectivités locales.

Un article devrait porter sur l'autonomie financière des collectivités locales et garantir à celles-ci le droit de disposer de leurs biens et ressources comme elles l'entendent et dans le meilleur intérêt de leur communauté. Quant à la source des revenus municipaux, l'article devrait garantir aux collectivités locales des revenus suffisants pour assumer leurs responsabilités. Le partage de l'assiette fiscale provenant de diverses sources (impôts fonciers, impôts sur le revenu, taxe de vente ou autres taxes particulières) devrait être effectué dans le cadre d'un mécanisme de consultation et de négociation d'un comité consultatif formé des représentants des deux paliers de

⁶⁰² En Italie, cette consultation est consultative alors qu'en Californie, elle est délibérative.

gouvernement (provincial et municipal), par exemple la Table Québec-municipalités. Ainsi, la charte pourrait obliger et garantir la conclusion de pactes fiscaux, négociés sur le principe de la bonne foi⁶⁰³. Également, les subventions et transferts provinciaux devraient être inconditionnels et accompagnés d'un droit de retrait avec compensation à moins que la province ne démontre un véritable intérêt à uniformiser ses politiques. Comme dans la Constitution italienne, l'article pourrait également prévoir que la législature est autorisée à appliquer des mesures de péréquation entre les diverses collectivités locales.

La démocratie locale devrait également faire l'objet d'une disposition qui devrait porter sur la tenue d'élection, sur le droit de vote et le droit de se porter candidat aux élections municipales, ainsi que sur la possibilité pour les collectivités locales d'avoir recours à des processus de consultation de la population tels que les référendums. Si l'on prévoyait un droit d'initiative et de référendum au niveau local, tel qu'il existe en Californie, les débats seraient probablement plus suivis et le taux de participation démocratique augmenterait. Si les enjeux sont concrets, ils risquent d'interpeller davantage le citoyen.

Enfin, n'oublions pas qu'une disposition devrait porter sur la procédure applicable pour modifier la charte en question de façon à ce que cette dernière acquière son statut quasi constitutionnel.

Le Québec n'a pas été la première province à moderniser ses lois relatives aux relations provinciales-municipales. Mais en adoptant une charte de l'autonomie locale, le Québec concrétiserait sa volonté d'accorder plus de pouvoirs autonomes aux collectivités locales. Tout comme la *Charte des droits et libertés de la personne* dont l'étendue de la protection des droits et libertés est plus large que dans les autres provinces, le Québec pourrait contribuer à la protection et au renforcement des pouvoirs municipaux au Canada en accordant plus d'autonomie locale et en valorisant la démocratie locale des institutions municipales québécoises dans une charte quasi constitutionnelle.

⁶⁰³ Il existe actuellement au Québec un pacte fiscal (2006-2013) conclu entre les municipalités et la province, mais qui ne constitue pas une loi.

3- L'autonomie municipale dans la Constitution du Canada ou dans une future Constitution du Québec

La constitutionnalisation des gouvernements municipaux n'est pas une idée nouvelle. Des auteurs et penseurs ont traité de l'inadéquation du droit canadien actuel avec la réalité des administrations locales. L'auteur David M. Cameron, ancien directeur de la *School of Public Administration* de l'Université de Dalhousie en Nouvelle-Écosse, écrit que les gouvernements municipaux ont des responsabilités qui se rapprochent de celles des gouvernements provinciaux. Il indique que les municipalités sont importantes et nécessaires et que de les qualifier de « créatures » du législateur provincial tient du mythe :

« Valid as this viewpoint is, I shall contend that it nonetheless masks a fatal flaw in our conventional wisdom about municipal government. The essence of this flaw is our failure to admit the 'constitutionality' of municipal government, and our resultant insistence upon perpetuating legal myths about 'creatures' of the provinces, municipal 'corporations' and even school 'trustees'. »⁶⁰⁴

La reconnaissance constitutionnelle des collectivités locales contribuerait à renforcer la structure politique au Canada selon deux auteurs :

« Donner à l'administration locale la place qui lui revient dans la Constitution présente plusieurs avantages pour l'administration locale et pourrait améliorer la structure de la prise de décisions politique du pays. »⁶⁰⁵

La Fédération canadienne des municipalités soutient depuis longtemps une position voulant que les gouvernements locaux devraient bénéficier d'un statut constitutionnel. Elle s'est manifestée lors de la plupart des conférences fédérales-provinciales sur la Constitution (à l'exception notable de la conférence du Lac Meech) afin de faire valoir son point de vue⁶⁰⁶. En 1980 lors des consultations relatives à la réforme et au rapatriement de la Constitution, la FCM avait émis les recommandations suivantes :

⁶⁰⁴ D. M. CAMERON, *loc.cit.* note 591, p. 223.

⁶⁰⁵ Harry M. KITCHEN, Melville L. MCMILLAN, « Les administrations locales et le fédéralisme canadien », dans Richard SIMEON, dir., *op.cit.*, note 596, p. 284.

⁶⁰⁶ Pendant une certaine période à partir de 1971, les conférences étaient même devenues tripartites pour y inclure les municipalités : Erin TOLLEY, William R. YOUNG, *Les municipalités, la Constitution et le régime fédéral canadien*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Programme des Services de dépôt, BP-276F, octobre 1991, révisé en février 2001, reproduit en ligne :

<http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/bp276-f.htm>, consulté le 8 janvier 2009.

COMITÉ SPÉCIAL MIXTE DE LA CONSTITUTION DU CANADA, Procès verbaux et témoignages, Fascicule no.50, 2 mars 1971 (Témoignage du Comité municipal conjoint sur les relations intergouvernementales), Imprimeur de la Reine pour le Canada, 1971 ; COMITÉ SPÉCIAL MIXTE DE LA CONSTITUTION DU CANADA, Procès verbaux et témoignages, Fascicule no.9, 20 novembre

« VIII. Nous recommandons que les municipalités soient reconnues comme ordre de gouvernement distinct aux termes de la nouvelle constitution.

IX. Nous réclamons que l'échelon municipal de gouvernement se voie confier dans un premier temps certains pouvoirs devant être énumérés dans la constitution et qu'il soit habilité à exercer ces pouvoirs de plein droit, tant et aussi longtemps que les gouvernements provinciaux et fédéral n'envahissent pas ce champ en adoptant des lois précises touchant des questions qui relèvent de leur compétence résiduaire. »⁶⁰⁷

La FCM avait également présenté un mémoire à la Conférence de Charlottetown en 1991 en vue de faire éventuellement reconnaître dans la Constitution canadienne l'existence et le rôle des gouvernements municipaux au sein du régime politique canadien⁶⁰⁸. La FCM proposa que le gouvernement fédéral présente une résolution qui reconnaîtrait que « le gouvernement local existe et devrait être pris en considération lors de l'élaboration des politiques et des programmes fédéraux »⁶⁰⁹. La FCM établissait donc une distinction entre « reconnaissance » et « enchâssement ». Mais à long terme, la reconnaissance de l'existence des gouvernements locaux devrait être constitutionnalisée. Par l'entremise de sa présidente et de son vice-président, la Fédération témoigna devant le Comité mixte spécial sur le renouvellement du Canada :

« Nous voulons, non pas que la notion d'administration municipale figure dans la Constitution, mais bien qu'elle soit dûment reconnue comme une réalité et qu'on s'engage à ce qu'elle fasse partie d'un processus intergouvernemental intégré »

« Tout comme les provinces, le gouvernement fédéral doit certes se poser la question de savoir comment on peut avoir un Canada renouvelé si on ne reconnaît pas un ordre de gouvernement qui existe légitimement depuis 125 ans. Il n'est pas reconnu en tant que tel à l'heure actuelle. Si vous voulez avoir une Constitution qui fonctionne, alors je crois qu'elle doit s'occuper des réalités. Si vous ignorez l'ordre du gouvernement municipal dans la Constitution, alors je ne crois pas que vous aurez une Constitution qui fonctionne. »⁶¹⁰

La recommandation n'a pas été insérée dans l'Entente de Charlottetown qui, à son tour, n'a pas reçu l'approbation requise de la population.

Dans toutes ces tentatives de reconnaissance constitutionnelle du palier municipal, la réponse des gouvernements n'a pas été concluante. En effet, les provinces y ont vu une autre source de problèmes reliés au partage des compétences législatives. Reconnaître le statut des municipalités dans la Constitution aurait pour les provinces, comme conséquence de faire perdre des pouvoirs aux législatures provinciales qui tiennent

1980 (Témoignage de la Fédération Canadienne des Municipalités), Imprimeur de la Reine pour le Canada, 1980.

⁶⁰⁷ COMITÉ SPÉCIAL MIXTE DE LA CONSTITUTION DU CANADA (Témoignage de la Fédération Canadienne des Municipalités), 1980, *Id.*, p. 9 :10.

⁶⁰⁸ COMITÉ SPÉCIAL MIXTE SUR LE RENOUVELLEMENT DU CANADA, Procès verbaux et témoignages, Fascicule no.33, 18 décembre 1991 (Témoignage de la Fédération Canadienne des Municipalités), Imprimeur de la Reine pour le Canada, 1991.

⁶⁰⁹ *Id.*, p.33 :46.

⁶¹⁰ *Id.*, p : 33.40 et p. 33 :45.

mordicus à la compétence sur les affaires municipales reconnue par l'article 92 (8) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Bref, l'état des débats constitutionnels ne ferait qu'empirer si on introduisait un troisième ordre de gouvernement! Le palier fédéral ne semblerait pas avoir d'objection à ce que les municipalités soient reconnues officiellement dans la Constitution et soient investies de pouvoirs autonomes puisque ceci n'aurait pratiquement aucune influence sur ses propres pouvoirs. À l'époque, le premier ministre fédéral Trudeau ainsi que son gouvernement pensait :

« qu'il était opportun de voir si la nouvelle constitution ne pourrait pas reconnaître de façon précise l'existence, comme la nécessité, d'un troisième ordre de gouvernement au Canada – mais à condition toutefois que la responsabilité ultime des provinces ne soit pas mise en question. Il pourrait être utile également de préciser les services fondamentaux qui sont traditionnellement offerts par ce troisième ordre. »⁶¹¹

Ces revendications constitutionnelles sont restées lettres mortes et la question est encore ouverte. Entre-temps, les municipalités ont de plus en plus de responsabilités et sont extrêmement sollicitées. Le droit international évolue vers la reconnaissance du principe de l'autonomie locale et du rôle fondamental des collectivités locales dans les démocraties modernes. Le Canada s'est même engagé en 2001, à l'issue du Sommet des Amériques, à considérer la constitutionnalisation du principe de l'autonomie locale. La *Déclaration de La Paz*⁶¹² énonce que le RIAD (Réseau interaméricain de haut niveau en matière de décentralisation, d'administration locale et de participation citoyenne), organisme créé lors de l'adoption de la *Déclaration*, prêtera une attention particulière au cadre constitutionnel et juridique qui régit les rapports entre institutions locales et institutions nationales. La constitutionnalisation des collectivités locales est considérée comme un élément clé pour l'atteinte de l'idéal démocratique⁶¹³. Le temps se peut-être venu de passer aux actes...

La constitutionnalisation du statut des municipalités soulève plusieurs questions. Par exemple, est-il plus approprié de constitutionnaliser les collectivités locales dans la Constitution du Canada ou dans une constitution provinciale? Doit-on uniquement constitutionnaliser le principe de l'autonomie locale ou l'explicitier en définissant les champs de compétence de cet ordre de gouvernement? Est-ce que la Constitution doit prévoir spécifiquement et de manière relativement détaillée les pouvoirs des

⁶¹¹ Lettre de Pierre Elliot Trudeau adressée à la FCM datée du 9 octobre 1978. Ces propos ont été rapportés par la Fédération canadienne des municipalités par l'intermédiaire de son président M. Dennis Flynn : COMITÉ SPÉCIAL MIXTE SUR LA CONSTITUTION DU CANADA (Témoignage de la Fédération Canadienne des Municipalités), 1980, *loc.cit.* note 606, p. 9 :7 .

⁶¹² *Déclaration de La Paz sur la décentralisation et le renforcement des administrations municipales et régionales et de la participation à la société civile*, précitée, note 14..

⁶¹³ Sur cette question, voir la Partie III, section A, 1, *supra*.

municipalités ou doit-elle prévoir que les législatures ont le devoir d'adopter une loi relative aux pouvoirs des municipalités (protection directe ou indirecte)? Quelle procédure de modification constitutionnelle doit-on employer si l'on désire enchâsser le statut juridique des municipalités dans la Constitution canadienne? Ce sont là toutes des questions auxquelles nous tenterons de répondre.

L'autonomie municipale pourrait être reconnue dans la Constitution du Canada par l'effet de dispositions s'appliquant à l'ensemble des provinces ou par l'effet de dispositions qui se retrouvent dans la Constitution du Canada mais qui font partie de la constitution interne du Québec. Dans l'éventualité où le Québec adoptait sa propre constitution dans un texte spécifique intitulé Constitution du Québec, dans la cadre d'un Québec souverain ou non, la reconnaissance du statut constitutionnel des municipalités serait souhaitable. Regardons d'abord le cas de la modification de la Constitution du Canada et ensuite, le cas d'une éventuelle Constitution du Québec.

La Constitution du Canada contient des lacunes importantes et de nombreux éléments de la structure et de l'organisation politique du pays ne s'y retrouvent pas. Ainsi, on n'y parle aucunement du premier ministre, du conseil des ministres, des référendums, de sécession, de parlementarisme, etc. En revanche, certaines dispositions sont considérées comme désuètes, non adaptées à la réalité sociale et nuancées par l'existence de conventions constitutionnelles. La reconnaissance des collectivités locales introduirait un élément moderne dans une constitution écrite ancienne. De plus, les affaires municipales relèvent de la compétence provinciale; il serait donc peu probable que les provinces acceptent d'uniformiser au niveau national l'étendue des pouvoirs municipaux et de limiter ainsi, au profit de principes nationaux communs, leur souveraineté parlementaire relativement aux affaires municipales. Sans compter que, comme nous l'avons dit plus haut, les provinces percevraient probablement cela comme une diminution de leurs pouvoirs législatifs.

On sait que les amendements constitutionnels au Canada sont soumis à une procédure complexe. Quelle serait la formule constitutionnelle applicable pour faire du principe de l'autonomie locale un principe d'ordre constitutionnel à l'échelle nationale? Selon nous, pour que ce principe bénéficie d'une certaine protection, il devrait être introduit par la formule générale ou par la procédure de l'unanimité (respectivement articles 38 (2) et 41). De cette façon, on ne pourrait lui porter atteinte qu'en utilisant la même formule, ce qui lui garantirait une forte stabilité. Si l'introduction du principe de

l'autonomie locale se faisait par le biais d'une réforme constitutionnelle telle que les tentatives de réformes proposées par l'Accord du Lac Meech ou l'Entente de Charlottetown, des règles d'amendement particulières s'appliqueraient⁶¹⁴. Mais on sait que de telles réformes ne sont pas prêtes de voir le jour.

Supposons plutôt que les provinces voulant montrer leur ferme intention d'accorder une plus grande autonomie aux municipalités décideraient de constitutionnaliser le principe de l'autonomie locale en introduisant une disposition générale dans la Constitution canadienne. Cette disposition pourrait s'inspirer de l'article 5 de la Constitution italienne et prévoir que les législatures et les gouvernements provinciaux reconnaissent et promeuvent l'autonomie des collectivités locales et appliquent les principes de la décentralisation et de la subsidiarité. Cette disposition pourrait être adoptée en vertu de l'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁶¹⁵. Puisqu'il s'agit d'une disposition qui pourrait limiter la compétence législative des provinces, les paragraphes (2) et (3) de l'article 38 trouveraient application (majorité spéciale et droit de désaccord)⁶¹⁶. Il en serait de même si on décidait de circonscrire la portée de l'article 92(8) de la *Loi constitutionnelle de 1867* par exemple en modifiant l'article de cette façon :

« 92.8 Les institutions municipales dans la province en conformité avec les principes d'autonomie et de démocratie locale ».

Le statut des collectivités locales pourrait être protégé par l'introduction d'une autre exception énoncée à l'article 41 qui limite les compétences provinciales relativement à leur propre constitution⁶¹⁷. Dans une logique de relations fédérales-provinciales dans laquelle les provinces cherchent constamment à protéger leurs pouvoirs législatifs à

⁶¹⁴ Par exemple, l'Accord du Lac Meech a été considéré comme un tout, même si les changements proposés dans cet accord n'étaient pas tous visés par la même procédure de modification. Dans ce cas, la procédure retenue a été la plus exigeante (unanimité et délai de trois ans). L'entente de Charlottetown a quant à elle été soumise à la procédure du référendum populaire (population du Canada), étape jugée préalable dans ce cas à l'enclenchement du processus de modification constitutionnelle.

⁶¹⁵ B. PELLETIER, *op.cit.* note 37, p. 287, affirme que c'est l'article 38 qui s'applique pour enchâsser les principes qui découlent du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* comme le parlementarisme, le gouvernement responsable, la souveraineté parlementaire. Nous sommes d'avis que le principe de la démocratie locale s'apparente à ce type de principes constitutionnels.

⁶¹⁶ Le paragraphe(1) prévoit les exigences suivantes : proclamation du gouverneur général du Canada autorisée par une résolution du Sénat et de la Chambre des communes, des résolutions des assemblées législatives d'au moins deux tiers des provinces dont la population représente au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces. Le paragraphe (2) exige qu'une modification dérogatoire à la compétence législative des provinces soit appuyée par des résolutions qui soient adoptées à la majorité. Cette majorité est une majorité particulière qui correspond à la majorité du nombre total de représentants de chacun des groupes de représentants (sénateurs, députés fédéraux et députés provinciaux de chacune des assemblées législatives).

⁶¹⁷ La modification de l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982* se fait en vertu de l'article 41(e) de cette même loi, soit par consentement unanime.

l'encontre des intrusions et des empiétements fédéraux, il est fort à parier que les provinces n'accepteraient pas de concéder ainsi une partie de leur souveraineté législative

La *Charte canadienne des droits et libertés* pourrait aussi être un instrument de protection pour les collectivités locales, mais elle devrait alors viser les citoyens puisque cette charte protège généralement les personnes physiques⁶¹⁸. La section qui porte sur les droits démocratiques (article 3 à 5) apparaît tout indiquée pour protéger l'autonomie locale. La première modification évidente serait de modifier l'article 3 pour y inclure le droit des citoyens canadiens de voter ou d'être éligible aux élections municipales. On pourrait ensuite ajouter un deuxième paragraphe à cet article et s'inspirer de l'article 3 de la *Charte européenne de l'autonomie locale* qui énonce le droit des citoyens de participer à la gestion des affaires locales par le biais de collectivités locales formées de représentants élus. Ces modifications à la Charte canadienne s'effectueraient de la même façon que les modifications à la *Loi constitutionnelle de 1867* proposées plus haut, soit par la formule générale de l'article 38(2) de la *Loi de 1982*.

Lors du rapatriement de la Constitution et de l'adoption de la Charte canadienne, les préoccupations des provinces et du fédéral étaient tout autres que de s'inquiéter du sort des municipalités. Peut-être que si la Charte canadienne avait été adoptée 10 ans plus tard, le Canada aurait pris exemple sur l'expérience européenne et n'aurait pas manqué l'occasion de garantir aux Canadiens la présence d'institutions locales si essentielles au respect du principe de la démocratie.

Les constitutions internes provinciales apparaissent plus appropriées pour protéger l'autonomie locale :

« One upshot of a proper process for changing the provincial- municipal divisions of power might be to focus attention upon the concept of a provincial constitution and the place of municipal government within that constitution. This is the real objective in constitutionalizing municipal government: not to freeze present structures, but to recognize that the way in which power is divided between a province and its municipalities, including the kind of municipalities with which power is divided, reflects the basic values of that provincial political community and is therefore deserving of special care and protection. »⁶¹⁹

⁶¹⁸ Les personnes morales peuvent aussi, en certaines circonstances, bénéficier d'une protection de la charte.

La reconnaissance du statut constitutionnel des municipalités par une disposition faisant partie de la constitution interne de la province est plus appropriée, car une telle disposition peut être adoptée par une province par simple voie législative en vertu de l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cependant, cette procédure a les défauts de ses qualités : une disposition adoptée par simple voie législative peut aussi être modifiée de cette manière. Nous l'avons vu plus haut, le fait pour une disposition de faire partie de la constitution provinciale ne garantit aucunement sa « protection » constitutionnelle et sa valeur supralégislative. Pour conférer à une disposition une certaine rigidité, il faut prévoir une procédure de modification spéciale (par exemple, en imposant une majorité renforcée ou des exigences de consentement particulières, comme c'était le cas avec l'article 80 de la *Loi constitutionnelle de 1867*). Sans une procédure de modification rigide, une disposition dans la Constitution du Canada qui consacrerait la reconnaissance du statut des municipalités au Québec n'aurait qu'une valeur symbolique et aucune valeur supralégislative.

Voici néanmoins quelques exemples de dispositions qui pourraient être modifiées pour que le Québec reconnaisse les institutions municipales dans la Constitution du Canada. Le Québec pourrait modifier la *Loi constitutionnelle de 1867* pour ajouter un article 90A ou un article 92B applicable uniquement à cette province et disposant que la Constitution du Québec reconnaît et protège le droit des collectivités locales de s'autogérer au bénéfice des populations locales dans le respect des principes de décentralisation et de subsidiarité. Ou encore, tout simplement reprendre les termes de l'article 7 de la *Loi sur le ministère des Affaires municipales, des régions et de l'occupation du territoire*⁶²⁰ pour prévoir que la Législature du Québec « assure l'organisation et le maintien d'institutions municipales là où la population le justifie et promeut l'exercice de la démocratie municipale, en favorisant notamment la participation aux institutions municipales. » Une autre possibilité serait d'amender l'article 93A qui dispose que les paragraphes (1) à (4) de l'article 93 ne s'appliquent pas au Québec pour y ajouter que la législature du Québec doit tenir compte du principe de l'autonomie locale lorsqu'elle exerce sa compétence législative relative aux institutions locales municipales et scolaires. Ou encore, ce pourrait être l'occasion d'amender l'article 144 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui n'est plus utilisé et y prévoir plutôt une disposition qui protège les collectivités locales et encadre le pouvoir de la législature.

⁶¹⁹ D.M. CAMERON, *loc.cit.* note 591, aux pages 234-235.

On peut aussi envisager le cas où le Québec décidait d'adopter sa propre constitution, c'est-à-dire un texte unique appelé Constitution du Québec (dans le cadre de la souveraineté ou non). Dans ce cas, il serait approprié que cette Constitution reconnaisse le principe de l'autonomie locale. Une Constitution du Québec regrouperait probablement certains textes et dispositions législatives de nature constitutionnelle (*Charte des droits et libertés*, *Charte de la langue française*, certaines dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*, lois organiques etc.) mais elle pourrait aussi prévoir une protection spécifique pour les municipalités. Pour qu'elle soit munie d'une certaine rigidité qui caractérise habituellement les textes constitutionnels, la Constitution du Québec devrait comporter une procédure rigide et contraignante d'amendement constitutionnel telle que l'assentiment d'un nombre plus élevé de députés (2/3 par exemple) ou l'approbation d'une proportion prédéfinie d'électeurs par voie de référendum ou une autre clause de suprématie. En 1994, avant la tenue du référendum sur l'accession du Québec à la souveraineté, le premier ministre du Québec à l'époque avait présenté à l'Assemblée nationale un « Avant-projet de loi sur la souveraineté du Québec » qui prévoyait, à l'article 3, que le gouvernement d'un Québec souverain devrait pourvoir à l'élaboration d'un projet de constitution pour le Québec et à son adoption. Le troisième alinéa de ce texte énonçait :

« La constitution prévoira la décentralisation de pouvoirs spécifiques aux institutions locales et régionales ainsi que des ressources fiscales et financières adéquates pour leur exercice. »⁶²¹

Cette disposition est une invitation au futur constituant à constitutionnaliser et à protéger le principe de la décentralisation ainsi que le rôle et la fonction des gouvernements locaux. À l'époque, le professeur Daniel Turp qualifiait cette disposition « d'originale » mais en 2006, elle s'avère plutôt incontournable pour tout pays qui se dit démocratique⁶²². Dans son projet de Constitution nationale du Québec, Daniel Turp prévoit à l'article 24 que les institutions locales font partie des institutions québécoises :

« Article 24 : Les institutions locales, métropolitaines et régionales du Québec sont des divisions territoriales dotées d'une personnalité juridique propre. »

⁶²⁰ Précitée, note 173.

⁶²¹ *Avant-projet de loi sur la souveraineté du Québec*, précité, note 242.

⁶²² D. TURP, *op.cit.* note 242, p. 45.

Il est garanti aux institutions locales, métropolitaines et régionales du Québec le droit d'organiser une gestion autonome de leurs domaines de compétence, conformément à la loi. »⁶²³

Cet article 24 constituerait un pas vers la reconnaissance du statut constitutionnel des municipalités mais prévoit une autonomie extrêmement limitée et trop générale selon nous. De plus, les pouvoirs municipaux ne bénéficieraient pas de la protection constitutionnelle puisqu'ils seraient soumis au respect de la loi; ils pourraient donc être modifiés par l'État provincial de manière ordinaire. Une possibilité serait alors de joindre en annexe de la Constitution une Charte de l'autonomie locale tel qu'envisagé plus haut.

Il faut se demander s'il est préférable de s'en tenir uniquement à l'insertion d'un principe reconnaissant le statut constitutionnel des municipalités à titre de troisième ordre de gouvernement (municipalités pourvues de pouvoirs généraux) ou si une énumération spécifique des matières municipales est souhaitable. Compte tenu des expériences de la Californie et de l'Italie, il semble qu'il soit important d'énoncer au moins les catégories de pouvoirs dévolus aux municipalités. En effet, en Californie, les tribunaux sont constamment appelés à déterminer si une question est d'intérêt local ou si elle intéresse l'ensemble de la population californienne. Une énumération non exhaustive des compétences de proximité serait préférable à un simple énoncé de principe. Il faudrait toutefois y joindre un principe d'interprétation clair inspiré du principe de subsidiarité. Ce principe devrait refléter le fait qu'il n'est pas exclu qu'une question puisse avoir un aspect local dans une municipalité et pas dans une autre. Ni qu'une question relevant de l'intérêt local à un moment donné puisse devenir d'intérêt provincial et vice-versa. Autrement dit, la répartition des compétences ne devrait pas être figée dans le temps, mais plutôt évoluer en tenant compte des circonstances et du contexte. L'énoncé d'un tel principe d'interprétation aurait l'avantage de garantir une certaine flexibilité et réduire le recours aux tribunaux.

⁶²³ *Idem.* Le professeur Turp avait également rédigé un projet de constitution en 1995 qui prévoyait à son article 26 une disposition spécifique intitulée *Collectivités régionales et locales* : « 1. L'État du Québec se compose de collectivités régionales et locales qui sont des divisions territoriales dotées d'une personnalité juridique propre. Le nombre de divisions territoriales ne peut être modifié que par une loi. 2. Le Québec est un État décentralisé qui garantit aux collectivités régionales et locales le droit d'organiser une gestion autonome dans leurs domaines de compétence et grâce à des sources de financement locales. 3. La décentralisation des pouvoirs de gestion et de taxation ne doit pas faire obstacle à la politique gouvernementale d'atténuation des disparités régionales et locales». Cette disposition accordait une plus grande protection aux municipalités puisqu'elle garantissait une décentralisation des pouvoirs de taxation et des sources de financement autonomes. De plus, il n'y était

CONCLUSION

Les municipalités au Canada sont des institutions démocratiques essentielles et nécessaires et par conséquent, l'absence de protection constitutionnelle des municipalités constitue une faille dans le bilan constitutionnel canadien. Il en va de même du refus obstiné des législatures provinciales de reconnaître et d'accorder aux institutions locales leur véritable statut. La situation des municipalités fait penser à l'époque précédant l'émancipation de la femme, cette époque où l'homme de manière condescendante reconnaissait le rôle et l'importance de la femme dans la société, mais refusait de lui accorder une véritable autonomie et un statut égalitaire. Les tribunaux et les gouvernements provinciaux soulignent régulièrement l'importance des institutions municipales, leur caractère démocratique et leur place fondamentale dans le système politique canadien. Pourtant, lorsqu'il s'agit de reconnaître leur droit d'exister indépendamment d'une délégation de pouvoir de la législature, ils font preuve d'une étonnante réserve; c'est un refus catégorique et obstiné.

L'argument que les municipalités constituent des créatures de la législature — cette dernière possédant pouvoir de vie ou de mort sur les premières — est un principe que personne n'ose contester et remettre en question. Il s'agit d'une situation conservatrice et paternaliste, incompatible avec la Constitution canadienne qui doit être interprétée comme « un arbre vivant » selon l'expression consacrée. La Constitution canadienne devrait être assez flexible pour être interprétée de façon à reconnaître aux municipalités le droit d'exister et le droit corollaire de se voir reconnaître des pouvoirs autonomes de base en matière locale. Le droit constitutionnel non écrit pourrait inclure le droit des municipalités d'exister et le droit à des pouvoirs autonomes de base. L'application de l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982* aux municipalités et le principe constitutionnel de la démocratie constituent des arguments qui se défendent en droit. Toutefois, vu la grande réserve dont font preuve les tribunaux en la matière, il serait étonnant qu'un tribunal accepte de leur donner effet. L'affaire *Westmount*⁶²⁴ concernant la contestation des fusions municipales forcées aurait pu constituer une belle occasion pour la Cour suprême de confirmer l'évolution du droit constitutionnel en faveur de la reconnaissance du statut constitutionnel des municipalités, entendu comme la protection de l'existence des municipalités et des pouvoirs en matière locale,

pas prévu que les pouvoirs s'exerceraient conformément à la loi, contrairement au projet de 2005 : D. TURP, *op.cit.* note 242, p. 183.

⁶²⁴ Précité, note 11.

tout en reconnaissant que ce statut n'empêchait pas une province de procéder à une réorganisation du territoire et des pouvoirs locaux. La Cour suprême a refusé d'entendre l'appel et, par conséquent, ne s'est pas prononcée sur la protection de l'existence même des municipalités et la protection d'une sphère de compétence en matière purement locale. Il est vrai que le contexte factuel était extrêmement politique. Nous sommes convaincus toutefois que, si elle avait décidé d'entendre l'appel, les arguments de droit non écrits que nous avons présentés au cours de cet ouvrage auraient pu appuyer la thèse de l'existence d'un statut constitutionnel pour les municipalités.

Le virage dans le mode rédactionnel des lois en matière municipale témoigne d'une certaine volonté du législateur de répondre aux exigences du droit international et aux attentes des administrations municipales qui désirent augmenter leur marge de manœuvre afin d'assumer leurs responsabilités grandissantes. De plus, les tribunaux interprètent désormais les pouvoirs municipaux plus largement, de façon à reconnaître aux municipalités des pouvoirs plus étendus dans divers contextes. Ces garanties législatives et judiciaires ne devraient toutefois pas être perçues comme le résultat d'une initiative bienveillante des législatures mais bien comme une conséquence du statut constitutionnel des municipalités tel qu'il existe en droit non écrit. Du droit non écrit à une reconnaissance constitutionnelle expresse, il n'y a qu'un pas.

Une telle reconnaissance n'est pas théorique, elle est nécessaire et se révélerait d'une réelle utilité. D'abord, elle protégerait contre d'éventuels revirements législatifs et jurisprudentiels qui pourraient retirer des pouvoirs fondamentaux aux municipalités (ex : pouvoir de taxer en matière locale). Aussi, elle pourrait limiter ou encadrer le pouvoir des législatures d'éliminer des institutions locales sans négocier avec les municipalités, comme ce fut le cas lors des fusions municipales à Toronto ou à Montréal. Enfin, elle pourrait être le tremplin vers une réelle émancipation des municipalités et donner la possibilité au principe de la démocratie locale de se développer pleinement. L'ex-présidente de la Fédération canadienne des municipalités, Mme Quirk, affirmait, relativement à la reconnaissance d'un statut constitutionnel des municipalités : « il faut ramper avant de savoir marcher »⁶²⁵. Nous sommes tout à fait d'accord avec cette affirmation : l'absence de reconnaissance d'un statut

⁶²⁵ COMITÉ SPÉCIAL MIXTE SUR LE RENOUVELLEMENT DU CANADA, Témoinage de la Fédération Canadienne des Municipalités, *op.cit.*, note 608, p.33 :46, p. 33 :48).

constitutionnel pour les municipalités représente un frein pour leur développement politique, une condition essentielle qui fait défaut, une épée de Damoclès qui peut tomber à tout moment et du temps et de l'énergie consacrés à tenter de faire reconnaître ses droits, alors qu'on pourrait se consacrer au développement de politiques locales. Le Canada, à cause de son passé colonial, devrait comprendre l'importance d'une reconnaissance officielle et constitutionnelle de l'autonomie politique pour un gouvernement, qu'il soit local, provincial ou national.

Il est clair qu'en ne reconnaissant pas le droit aux municipalités de s'autogérer et d'exister sans l'autorisation de la législature, le Québec n'est pas à l'avant-garde des gouvernements démocratiques dans le monde. La *Charte européenne de l'autonomie locale* encourage les pays européens à protéger l'autonomie locale dans leurs constitutions nationales. Le Canada a ratifié plusieurs documents internationaux reconnaissant le principe de la démocratie locale et de l'autonomie locale. Il ne manque plus qu'à constitutionnaliser ce principe en droit interne.

Le droit comparé nous enseigne que la tendance est nettement à la reconnaissance et la protection des pouvoirs locaux et de la démocratie locale. À titre d'exemple, la Californie est l'un de ces nombreux États dont la constitution prévoit le droit de la population de créer ses propres institutions municipales et de les doter de leurs propres règles en matière locale, ce qu'on appelle le *home rule*. C'est en réponse au *Dillon's rule* que le peuple américain s'est insurgé pour faire reconnaître le droit à l'autonomie locale. Paradoxalement, c'est cette même doctrine qui est à la base de la règle de l'*ultra vires* qui prévaut au Canada en matière de pouvoirs municipaux. Ainsi, cette théorie voulant que les municipalités soient des créatures de la législature, n'a plus valeur de principe constitutionnel dans le pays même qui lui a donné naissance. Il serait temps que le Canada emboîte le pas. L'Italie offre un autre exemple de décentralisation et de protection de l'autonomie locale. En tant qu'État unitaire, l'Italie s'est régionalisée. Des trois entités locales que l'on retrouve en Italie (communes, provinces et régions) ce sont les régions qui se sont vues concéder le plus de pouvoirs. Leurs pouvoirs sont autonomes et protégés dans la Constitution. Un système semblable pourrait être appliqué au Québec avec les paliers municipaux supralocaux (municipalités régionales de comtés, communautés métropolitaines).

De ces exemples de droit comparé, une conclusion peut être tirée : l'importance de la qualification des normes. Les matières dites d'intérêt local relèvent des entités locales

alors que la compétence sur les affaires d'intérêt national revient à l'État. Les règles de conflit de lois prennent ici toute leur importance. Tant la Constitution de l'Italie que la Constitution de la Californie reconnaissent que l'État central n'est pas l'unique détenteur de l'autorité politique et juridique. Un véritable partage des pouvoirs et des compétences est établi entre l'État et les institutions locales. Le partage des compétences peut-être indéterminé comme en Californie (où les tribunaux devront intervenir régulièrement pour déterminer laquelle des deux autorités a compétence) ou il peut être explicite comme le partage des compétences entre le Législateur italien et les autorités des régions.

Tout au long de cette étude, la même question se pose : de quoi l'État et les tribunaux ont-ils peur? En quoi le fait de reconnaître que les institutions locales font partie de la sphère constitutionnelle canadienne est-il dangereux? Les municipalités n'exercent-elles pas déjà leurs pouvoirs en matière locale? Les affaires d'intérêt national ne sont-elles pas exclues de leur champ de compétence? À l'instar de l'auteur Warren Magnusson, nous sommes d'avis que le principe de la souveraineté étatique au Canada empêche de repenser un nouveau modèle de coexistence des différents titulaires de pouvoirs publics⁶²⁶. Selon cet auteur, le principal argument contre l'octroi d'un statut juridique protégé pour les municipalités est que l'État doit pouvoir organiser les structures et les institutions politiques comme il l'entend, de manière à détenir l'ultime pouvoir sur les autorités locales. On craint la « privatisation » des pouvoirs locaux à l'américaine. On suppose que si des pouvoirs autonomes sont octroyés aux municipalités, ils seront utilisés à mauvais escient, laissant place à la discrimination et à la ségrégation, que les pouvoirs seront exercés de façon désorganisée d'une municipalité à l'autre, créant des disparités sociales et économiques entre les différentes municipalités et une fragmentation du pouvoir local. Or, la solution se trouve dans le partage des pouvoirs, c'est-à-dire l'octroi de pouvoirs locaux non exclusifs aux institutions locales et d'une compétence législative sur les affaires communes et d'intérêt national aux législatures. Les chartes et codes antidiscriminatoires, qui assurent le respect des libertés publiques, protègent le citoyen contre d'éventuels abus des autorités locales. Comme le rappelle Magnusson, la fédération canadienne fonctionne malgré le fait qu'il y ait partage des compétences et que les gouvernements provinciaux soient autonomes dans leurs champs de compétence. Ceci démontre que plusieurs instances peuvent légiférer relativement à un

même sujet et qu'il suffit que des règles claires relatives aux conflits de lois existent pour que le droit des individus (citoyens) de gérer leurs propres communautés puisse coexister avec le droit de la législature de gérer les affaires d'intérêt national. L'affaire *Hudson*⁶²⁷ dont nous avons traité dans cet ouvrage s'inscrit tout à fait dans cette ligne de pensée.

La protection du statut des municipalités peut se faire à travers une loi ordinaire à laquelle on donnera un statut de loi fondamentale. À cet effet, la *Charte communautaire de la Colombie-Britannique* est probablement le plus bel exemple que l'on peut trouver actuellement au Canada. Le futur Code des municipalités du Québec pourrait s'en inspirer. Une charte des municipalités au Québec pourrait aussi conférer aux municipalités un statut quasi constitutionnel et constituer une bonne assise pour le développement de la démocratie locale. Enfin, la constitutionnalisation explicite des pouvoirs municipaux (ou même du statut des municipalités) s'avère une solution souhaitable, mais peu probable compte tenu de la complexité des modifications constitutionnelles au Canada. Une chose est certaine, la démocratie au Canada n'est pas complète sans la reconnaissance du pouvoir local et, à cet égard, le droit constitutionnel canadien doit évoluer d'une manière ou d'une autre, de façon à se comparer avec les autres démocraties dans le monde.

⁶²⁶ Warren MAGNUSSON, "Protecting the Right of Local Self-government", (2005)38 *Rev. Can. de Sc. Pol.* (2005) 897-922.

⁶²⁷ Précité, note 1.

TABLE DE LA LÉGISLATION

Lois et ordonnances préconfédératives

Acte concernant les municipalités et les chemins dans le Bas-Canada, 1860, 23 Vict., c. 61

Acte constitutionnel de 1791 séparant le Bas et le Haut-Canada (R.-U.), 31 Geo. III, c. 31, L.R.C. (1985), App.II, n.3

Acte d'Union de 1840 (R.-U.), 3 & 4 Vict., c.35, L.R.C. 1985, app.II, no.4

Acte de Québec de 1774 (R.-U.), 14 Geo. III, c.83, L.R.C.,1985 app.II, no.2

Acte des municipalités et des chemins du Bas-Canada (R.-U.), 1855, 18 Vict., c. 100

Acte pour abroger certaines Ordonnances et pour faire de meilleures dispositions pour l'établissement d'Autorités Locales et Municipales dans le Bas-Canada (R.-U.), 1845, 8 Vict., c.40

Acte pour faire de meilleures dispositions pour l'établissement d'Autorités municipales dans le Bas-Canada(R.-U.), 1847, 10&11 Vict., c.7

Loi sur les corps municipaux, 1849, 12 Vict., ch.81 (gouvernement Baldwin-Lafontaine)

*Ordonnance pour pourvoir à régler l'élection et la nomination de certains officiers, dans les différentes paroisses et Townships de cette Province, et pour faire d'autres dispositions concernant les intérêts locaux des Habitants de ces divisions de la Province, 1840, 4 Vict., ch.3 , reproduite dans Assemblée de la province du Bas-Canada, *Ordonnances faites et passées par son Excellence le Gouverneur général et le Conseil spécial pour les affaires du Bas-Canada*, 1840, 6^e*

*Ordonnance qui pourvoit au meilleur Gouvernement de cette Province, en établissant des autorités locales et municipales en icelle, 1840, 4 Vict., ch.4, reproduite dans Assemblée de la province du Bas-Canada, *Ordonnances faites et passées par son Excellence le Gouverneur général et le Conseil spécial pour les affaires du Bas-Canada*, 1840, 6^e*

Lois canadiennes

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (R.-U.), 1982, c. 11

Loi constitutionnelle de 1867 (R.-U.), 30 & 31 Vict., c.3, L.R.C. 1985, app.II, no 5.

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

Loi électorale du Canada, L.R.C. 2000, ch.9, E-2.01

Loi sur l'Alberta, S.C. 1905, c.3, L.R.C. 1985, app.II, no.20

Loi sur l'Immigration, L.R.C. 1985, c. I-2

Lois québécoises

Avant-projet de loi

Assemblée nationale du Québec, *Avant-projet de loi sur la souveraineté du Québec*, 35^e Législature, 1^{re} session, 1994

Lois

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

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. c. C-12

Code municipal de la province de Québec, 1870, S.Q., vol. 2, c.68

Code municipal du Québec, L.R.Q. c. C-27.1

Loi concernant la consultation des citoyens sur la réorganisation territoriale de certaines municipalités, L.Q. 2003, ch.14

Loi concernant le regroupement de la Municipalité de Mont-Tremblant, de la Ville de Saint-Jovite, de la Municipalité de Lac-Tremblant-Nord et de la Paroisse de Saint-Jovite, L.Q. 1999, c. 88

Loi concernant les districts électoraux, S.Q. 1970, ch.7

Loi d'interprétation, L.R.Q., c. I-16

Loi électorale, L.R.Q. c.E-3.2

Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière municipale, L.Q. 2001, c. 25

Loi modifiant diverses dispositions législatives concernant les municipalités, L.Q. 1982, c. 63

Loi sur l'Assemblée nationale, L.R.Q. c. A-23.1

Loi sur l'exécutif, L.R.Q., c. E-18

Loi sur la Commission municipale du Québec, L.R.Q., c. C-35

Loi sur la qualité de l'environnement, L.R.Q. c. Q-2

Loi sur le ministère des Affaires municipales, des régions et de l'occupation du territoire, L.R.Q. c. M-22.1

Loi sur les cités et villes, L.R.Q., c. C-19

Loi sur les compétences municipales, L.R.Q. c. C-47.1

Loi sur les élections dans certaines municipalités, L.R.Q., c.E-2.1

Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités, L.R.Q., c. E-2.2

Loi sur l'organisation territoriale municipale, L.R.Q. c. O-9

Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., c. T- 16

Lois des autres provinces canadiennes

Community Charter, S.B.C. 2003, c.26

Loi de 2001 sur les municipalités, L.O. 2001, c. 25 (Ontario) et la *Loi de 2006 modifiant des lois concernant des municipalités*, L.O. 2006, c.32

Loi sur les municipalités, L.M. 1996, c. 58

Loi sur les municipalités, L.R.Y. 2002, c. 154

Municipal Government Act, S.A. 1994, c. M. 26.1

Municipal Government Act, S.N.S. 1998, c.18

Public Service Act, L.R.O. 1980, c. 418

Lois étrangères et documents internationaux

Europe et Nations Unies

Charte européenne de l'autonomie locale, 15 octobre 1985, S.T.E. n° 122 publié dans Conseil de l'Europe, Conventions et Accords européens, volume V, 1983-1989, Strasbourg 1990

Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, 5 novembre 1992, S.T.E. n° 148, publié dans Conseil de l'Europe, Conventions et Accords européens, volume VI, 1990-1994, Strasbourg 1994

Convention-cadre pour la protection des minorités nationales, 1^{er} février 1995, S.T.E. n° 157 publié dans Conseil de l'Europe, Conventions et Accords européens, volume VII, 1995-1998, Strasbourg 1999

Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, 4 novembre 1950, Conseil de l'Europe, Conventions et Accords européens, volume I, 1949-1961, Strasbourg 1993

Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, *Déclaration de Vienne*, 9 octobre 1993, [annexe II portant sur les minorités nationales] reproduit en ligne : <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=621763&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75> consulté le 8 janvier 2009

Déclaration de Copenhague de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (1990), reproduite dans 29 I.L.M. 1305 (1990)(en anglais)

Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, A/RES/47/135, reproduit en anglais dans 32 I.L.M. 911 (1993)

Déclaration sur les villes et autres établissements humains en ce nouveau millénaire, Rés. AG. S-25/2, Doc. Off. AG, NU, 25es sess. (2001)

Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1976) 999 R.T.N.U. 187 [1976] R.T. Can. no. 47

Organisation des États Américains

Charte démocratique interaméricaine OÉA, AG/RES.1 (2001), reproduit en ligne : http://www.oas.org/charter/docs_fr/carta_fr.htm consulté le 8 janvier 2009

Déclaration de La Paz sur la décentralisation et le renforcement des administrations municipales et régionales et de la participation de la société civile, OÉA, Ser.k XXXVII.1

REDMU/doc.3/01 rev.3, 31 juillet 2001, reproduit en ligne :

<http://scm.oas.org/Reference/french/DECLARATIONS/DECL%20LA%20PAZ%20-%20DECENTRALISATION%20ADMINIST%20REGIONALES%20PARTICIPATION%20SOCIETE%20CIVILE%20-%202001%20AN00020.doc> consulté le 8 janvier 2009

Déclaration de Recife, Doc.off. OEA/Ser.K /XXX.VII.3, REDMU-III/doc.5/05 rev.2 (2005)

Californie

Constitution de la Californie de 1879

Italie

Constitution de la République d'Italie de 1948

Decreto legislativo 18 agosto 2000, no. 267 « Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali », G.U. no. 227 (28 settembre 2000)

Legge costituzionale 18 ottobre 2001, no.3, « Modifiche al titolo 5 della parte seconda della Costituzione », G.U.no. 248 (24 octobre 2001)

Legge costituzionale 5 giugno 2003, no. 131, « Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3 » G.U. no. 132 (10 giugno 2003)

Legge 4 febbraio 2005, n.11, « Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari » G.U. no. 37 (15 febbraio 2005)

Legge 8 giugno 1990, no 142 « Ordinamento delle autonomie locali » G.U. n° 135 (12 giugno 1990)

Autres

Constitution of the Republic of South Africa, Act 108 of 1996

Constitution de la République fédérative du Brésil de 1988

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

Jurisprudence canadienne

114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville), [2001] 2 R.C.S. 241

Air Canada c. Dorval, [1985] 1 R.C.S. 861

Alberta Provincial Judges ' Assn. v. Alberta (1999) 237 A.R. 276 (C.A.)

Associated Picture Houses, Ltd. c. Wednesbury Corp., [1948] 1 K.B. 223 (C.A.)

Attorney-General for Canada c. Attorney General for Ontario, [1937] A.C. 326

Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corp., (1999) 65 C.R.R. (2d) 170 (Sask. C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée 27469 (1^{er} juin 2000)

Baie d'Urfé (Ville de) c. Québec (Procureur général), [2001] R.J.Q. 1589, confirmé par *Westmount (Ville de) et als c. Procureur général du Québec*, [2001] R.J.Q.2520 (C.A. Qué), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 28869 (7 déc. 2001)

Baker c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817

Bell c. La Reine, [1979] 2. R.C.S. 212

Blainville (Ville de) c. Beauchemin, [2003] R.J.Q. 2398

Brandon v. Municipal Commissioner, [1931] 3 D.L.R. 397

Brown c. Alberta, (1999) 177 D.L.R. (4e) 349

Canada c. Alliance de la fonction publique du Canada, [2000] 1 C.F. 146

Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-Télévision canadienne, [1978] 2 R.C.S. 141

Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration), [2007] 1 R.C.S. 350

City of Medicine Hat v. Attorney General of Canada, (1985) 37 Alta.L.R. (2d) 208

City of Hamilton c. Hamilton Distillery Co. (1907), 38 R.C.S. 239

Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Ltée, [2005] 2 R.C.S. 475

Commission des droits de la personne c. Canada (P.G.) [1982] 1 R.C.S. 215

Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureure générale), [2000] R.J.Q. 2803 (C.A.)

Conseil de la magistrature du Québec c. Commission d'accès à l'information, [2000] R.J.Q. 638 (C.A.)

Consortium Developments (Clearwater) Ltd. c. Sarnia [1998] 3 R.C.S. 3

Corbière c. Canada (ministère des affaires indiennes et du Nord canadien), [1999] 2 R.C.S. 203

Crawford v. St-John (1899) 34 N.B.R. 560 (C.A.)

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, [2008] 1 R.C.S. 190

East York (Borough) c. Ontario (Attorney General), (1997) 34 O.R. (3e) 789 (O.C.G.D.), confirmé par (1998) 36 O.R. (3d) 733, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1998] 1 R.C.S. vii (no. 26385)

Entreprise Sibeca inc. c. Frelighsburg (municipalité), [2004] 3 R.C.S. 304

Francis c. La Reine, [1956] R.C.S. 618

Godbout c. Longueuil (Ville de) [1997] 3 R.C.S. 844

Gosselin c. Québec (P.G.), [2000] R.J.Q. 2973, p. 2996 : confirmé en appel: [2002] R.J.Q. 1298 (C.A.Q.); [2005] 1 R.C.S. 238 (C.S.C.)

Grushman v. Ottawa (City), (2001) 20 M.P.L.R. (3d) 10 (Ont. Div. Ct.)

Grushman v. Ottawa (City), (2000) 29 Admin. L.R. (3d) 41 (Ont. Div. Ct.)

Haig c. Canada (Directeur des élections), [1993] 2 R.C.S. 995

Hodge c. La Reine, (1883-84) 9 A.C. 117

Hogan v. Newfoundland (A.G.), (2000) 189 N.F.L.D. & P.E.I.R. 183 (C.A.)

Hunter c. Southam Inc. [1984] 2 R.C.S. 145

Immeubles Port Louis ltée c. Village de Lafontaine, [1991] 1 R.C.S. 326

In re Initiative and Referendum Act, [1919] A.C. 935

JTI-MacDonald Corp. c. British Columbia (A.G.) (2000), 184, D.L.R. (4th) 335

Kingstreet Investments Ltd. C. Nouveau-Brunswick (Finances), [2007] 1 R.C.S. 3

Kuchma c. Rural Municipality of Tache, [1945] R.C.S. 234

Ladore v. Bennett, [1939] A.C. 468 (C.P.)

Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé), (1999) 181 D.L.R. (4th) 263 (O.S.C.J) (en anglais), [1999] O.J. no. 4489 (en français), confirmé par (2001) 56 O.R. (3d) 577 (C.A.O.)

Laurentides Motels Ltd c. Beauport, [1989] 1 R.C.S. 705

Lovelace v. Canada, [1983] *H.R. Yearbook* 306.

Lynch c. Canada North West-Land Co., [1891] 19 R.C.S. 204

Mahe c. Alberta [1990] 1 R.C.S. 342

Manitoba Provincial Judges Assn. v. Manitoba (Minister of Justice) (2001) 202 D.L.R. 4th 698 (Man. Q.B.)

Medicine Hat c. Attorney General of Canada, (1985) 37 Alta.L.R. (2d) 208

Mississauga (Ville de) c. Municipalité de Peel, [1979] 2 R.C.S. 244

Montplaisir c. Procureur général du Québec, [1997] R.J.Q. 109 (C.S.)

Montréal (Ville de) c. 2952-1366 Québec Inc., [2005] 3 R.C.S. 141

Mont-Tremblant (Municipalité de) c. St-Jovite (paroisse de), [2000] R.J.Q. 2299

Multiple Access c. McCutcheon, [1982] 2 R.C.S. 161

Nanaimo (Ville de) c. Rascal Trucking Ltd, [2000] 1 R.C.S. 342

Néron c. Bilodeau, [1988] R.J.Q. 2366

New-Brunswick Broadcasting, [1993] 1 R.C.S. 317

Newfoundland Assn of Provincial Court Judges v. Newfoundland (2000), 192 Nfld & P.E.I.R. 183

Ontario (Attorney general) c. Attorney General for the Dominion, (1896) A.C. 348 (C.J.P.C.)

Osborne c. Canada (Conseil du Trésor), [1991] 2 R.C.S. 69

Ottawa Electric Light Co. c. Ottawa City, (1906) 12 O.L.R. 290 (C.A.)

- Pacific National Investments Ltd. c. Victoria(Ville)*, [2000] 2 R.C.S. 919
- Pfizer c. Canada*, [1999] 4 C.F. 441
- Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville de)*, [1994] 1 R.C.S. 231
- Public School Boards Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, (1995)198 A.R. 204; (1998) 216 A.R. 201 (C.A.), [2000] 2 R.C.S. 409 (C.S.C.)
- Qu. c. Canada (M.C.I.)*, (2001) 188 F.T.R. 226, p. 243 (C.F. Ire instance)
- Québec (P.G.) c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312
- Québec (P.G.) c. Corporation de la paroisse de St-Jean de Matha*, J.E. 83-917 (C.S.)
- Racine c. Thériault*, (1984) C.S. 999
- R. c. Edwards Books*, [1986] 2 R.C.S. 713
- R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13
- R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674
- R. c. Guignard*, [2002] 1 R.C.S. 472
- R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103
- R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650
- Re Brockville and Elizabeth town Election*, (1871) 32 U.C.Q.B. 132
- Re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights*, (1984) 47 O.R. (2d) 1 (C.A. Ontario)
- Re Howard and City of Toronto*, (1928) 61 O.L.R. 563
- Re McCutcheon and City of Toronto et al*, (1983) 41 O.R. (2d)652
- Renvoi: circ. électorales provinciales (Sask.)* [1991] 2 R.C.S. 158
- Renvoi: compétence du Parlement relativement à la Chambre Haute*, [1980] 1 R.C.S. 54
- Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S.3
- Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217
- Renvoi: résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753

Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba, [1985] 1 R.C.S.721

Ryan c. Deux-Montagnes (Ville de), [1992] R.J.Q. 2706 (C.A.) 2709

Sainte-Rose-du-Nord (Paroisse de) c. Québec (P.G.), [1994] 17 M.P.L.R. (2d) 80 (C.S.Q.),
conf. par [1994] R.J.Q. 2113(C.A.), autorisation de pourvoi à la CSC refusée, no. 24354
(16 février 1995)

Samson c. Canada (P.G.), (1998) 165 D.L.R. (4e) 342

S.E.F.P.O. c. Ontario (Procureur général), [1987] 2 R.C.S. 2

Singh c. Canada (P.G.), [2000] 3 C.F. 185 (C.A.F.)

South Sask. River Irrigation District c. Agric. Credit Corp. of Sask., (1986) 52 D.L.R. (4th)
65 (Sask. C.A.)

Toupin c. Cour municipale du Cap-de-la-Madeleine, [1955] C.S. 214

United Taxi Drivers Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville), [2004] 1 R.C.S.
485

*Val-St-François (Coalition des citoyens et citoyennes du) c. Québec (Procureure
générale)*, [2001] R.J.Q.2281

Vriend c. Alberta, [1998] 1 R.C.S. 493

Jurisprudence américaine

Amador Valley Joint Union High School district v. State Board of equalization, 22 Cal. 3d
208 (1978), (S.C. California)

Bishop v. City of San Jose, 1 Cal. 3d 56 (1969)

California Fed Savings and Loans Assn. v. City of Los Angeles, 54 Cal. 3d 1 (1991)

Committee of Seven Thousand v. Super. Ct. (City of Irvine), 45 Cal.3d 491 (1988)

Ex Parte Braun, 141 Cal. 204 (1902)

Ex Parte Helm 143 Cal.553 (1904)

In Re Hubbard, 62 Cal. 2d 119, 128, 41 Cal. Rptr. 393 (1964)

- Issac v. City of Los Angeles*, 66 Cal. App. 4th 586, 77 Cal. Rptr. 2d 752 (1998)
- Johnson v. Bradley*, 4 Cal. 4th 389 (1992)
- Lawing v. Faul*, 227 Cal. App. 2d 23 (1964)
- Meriwether c. Garrett*, 102 US 472, (1880)
- Ravettino v. City of San Diego*, 70 Cal. App. 2d 37 (1945)
- Simons v. City of Los Angeles* , 63 Cal. App. 3d 55 (1976, 2nd district)
- Sports Comm.v. San Bernardino County*, 113 Cal App. 3d 155, 169 (1980)
- Trustees of Darmouth College v. Woodward*, 17 US 518 (1819)
- Younger v. County of El Dorado* , 5 Cal. 3d, 480 (1971)

BIBLIOGRAPHIE

Monographies

- ANTIEAU, C. J., *Antieau's local government law*, feuilles mobiles, New York, M.Bender, 1989.
- ARROWSMITH, S., *Government Procurement and Judicial Review*. Toronto, Carswell, 1988.
- AUBIN, R., *Communes et Démocratie*, t.2, Paris, Les éditions ouvrières, 1965.
- BACCIGALUPO, A. et L. RHÉAUME, *Les administrations municipales québécoises, des origines à nos jours : anthologie administrative*, Montréal, Agence d'Arc, 1984.
- BERTRAND, D. et A. LAVALLÉE, *Le Rapport Durham*, Montréal, Les éditions Sainte-Marie, 1969.
- BOYER, P. J., *Political Rights : The Framework of Elections in Canada*, Toronto, Butterworths, 1981.
- BOURINOT, Sir J. G. *Local Government in Canada : An Historical Study*, New York, N. Murray, Johnson Reprint Corporation, New York 1973.
- BRUN, H. et G. TREMBLAY, *Droit Constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2002.

BUISSIÈRES, R., *Le régime municipal de la province de Québec*, Québec, Imprimerie de la Reine, 1964

CLEMENT, W.H.P. *The Law of the Canadian Constitution*, 3e éd. Toronto, Carswell, 1916

COMITÉ SPÉCIAL MIXTE DE LA CONSTITUTION DU CANADA, *Procès verbaux et témoignages*, Fascicule no.50, 2 mars 1971 (Témoignage du Comité municipal conjoint sur les relations intergouvernementales), Imprimeur de la Reine pour le Canada, 1971

COMITÉ SPÉCIAL MIXTE DE LA CONSTITUTION DU CANADA, *Procès verbaux et témoignages*, Fascicule no.9, 20 novembre 1980 (Témoignage de la Fédération Canadienne des Municipalités), Imprimeur de la Reine pour le Canada, 1980

COMITÉ SPÉCIAL MIXTE SUR LE RENOUVELEMENT DU CANADA, *Procès verbaux et témoignages*, Fascicule no.33, 18 décembre 1991 (Témoignage de la Fédération Canadienne des Municipalités), Imprimeur de la Reine pour le Canada, 1991

CONSEIL DE L'EUROPE, *20^e anniversaire de la Charte européenne de l'autonomie locale, un texte fondateur de la démocratie en Europe*, 12^e session du Congrès du 31 mai-2 juin 2005, reproduit en ligne :

<http://www.coe.int/T/F/Com/Dossiers/Sessions-CPLRE/2005-05-session/20050601-charte.asp> consulté le 8 janvier 2009.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Charte européenne de l'autonomie locale (STE no 122) - rapport explicatif*, Strasbourg, 1986, reproduit en ligne :

<http://www.conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/122.htm> consulté le 8 janvier 2009.

CRAWFORD, K. G., *Canadian Municipal Government*, Toronto, University of Toronto Press, 1976.

DE TOCQUEVILLE, A., *De la démocratie en Amérique*, t.1, Paris, Garnier-Flammarion, 1986.

DICEY, A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10e éd., Londres, MacMillan & Co., 1959

DILLON, J. F., *Treatise on the Law of Municipal Corporations*, 1^e éd. New York, James Cockcroft, 1873.

DRAPEAU, J., *Histoire du régime municipal au Québec*, Québec, ministère des Affaires municipales, 1976.

DUGUAY, P. *Jalons pour la réforme électorale*, Éd.Homo Québecensis, Nicolet, 1970.

DUSSAULT R. et L. BORGEAT, *Traité de Droit administratif*, T.1, 2^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1989

FÉDÉRATION QUÉBÉCOISE DES MUNICIPALITÉS, *Projet de loi n° 62- Loi sur les compétences municipales*, Mémoire de la Fédération Québécoise des municipalités, 3 février 2005, reproduit en ligne :
http://www.fqm.ca/documents/memoires/memoirepl62_030205.pdf consulté le 8 janvier 2009.

FÉDÉRATION QUÉBÉCOISE DES MUNICIPALITÉS, *Pour un État de proximité et une autonomie des communautés : Proposition de loi-cadre sur la décentralisation*, 20 avril 2005, reproduit en ligne :
http://www.fqm.ca/component/option,com_docman/task,cat_view/gid,115/Itemid,140/ consulté le 8 janvier 2009.

FRUG, G. E., *Local Government Law*, Minnesota, West Publishing Co., 1988.

GARANT, P., *Droit Administratif*, 5^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2004.

GASSER, A., *L'autonomie communale et la restructuration de l'Europe*, Paris, Bacconiere, 1946 .

HAMEL, M.-P., *Le rapport Durham*, Montréal, Éditions du Québec, 1948.

HETU, J., Y. DUPLESSIS et D. PAKENHAM, *Droit municipal : principes généraux et contentieux*, Montréal, Hébert Denault, 1998.

HETU, J., Y. DUPLESSIS et L. VÉZINA, *Droit municipal : principes généraux et contentieux*, 2^e ed., feuilles mobiles, Brossard, Publications CCH, 2003.

HOEHN, F., *Municipalities and Canadian Law : defining the authority of local governments*, Saskatoon, Purish Pub., 1996.

HOGG, P. W., *Constitutional Law of Canada*, 5^e ed., feuilles mobiles, Scarborough, Thomson- Carswell, 2007.

HUSOCK, H., *Breaking up the Cities?: Behind the New Urban "Secession" Movements*, Taubman Center for State and Local Government, J.F.K. School of Government, Harvard University, 1998, reproduit en ligne:
http://www.ksg.harvard.edu/taubmancenter/pdfs/working_papers/husock_98_cities.pdf consulté le 8 janvier 2009.

KEITH-LUCAS, B., P.G. RICHARDS, *A History of Local Government in the Twentieth Century*, Londres, G. Allen & Unwin, 1978.

KING, D. S., Gerry Stocker. *Rethinking Local Democracy*, Basingstoke, Macmillan, 1996.

LAJOIE, A., *Les structures administratives régionales, déconcentration et décentralisation au Québec*, Montréal, Les presses de l'Université de Montréal, 1968.

LEMIEUX, V., *La décentralisation*, Sainte-Foy, Éditions de l'IQRC, 1997.

L'HEUREUX, J., *Droit municipal québécois*, t.1., Montréal, Éditions Sorej, 1981.

MAKUSH, S. M., *Canadian Municipal and Planning Law*, Toronto, Carswell, 1983.

MCBAIN, H. L., *The law and the practice of municipal home rule*, New York, Columbia University Press, 1916.

MAKUSH, S., M. NEIL CRAIK et S. B. LEISK, *Canadian Municipal and Planning Law*, Toronto, Thomson Carswell, 2004.

MCQUILLAN, E. *A Treatise on the Law of Municipal Corporations*, 1^e ed., Chicago, Callaghan & Co., 1911.

N.U., CENTRE DES NATIONS UNIES POUR LES ÉTABLISSEMENTS HUMAINS (HABITAT) et COORDINATION DES ASSOCIATIONS MONDIALES DES VILLES ET DES AUTORITÉS LOCALES, *Vers une Charte mondiale de l'autonomie locale*, Document de consultation conjoint – Nairobi, mai 1998, reproduit en ligne en anglais : <http://www.gdrc.org/u-gov/charter.html> consulté le 8 janvier 2009.

N.U., CENTRE DES NATIONS UNIES POUR LES ÉTABLISSEMENTS HUMAINS, *Suite donnée à la Conférence des Nations Unies sur les établissements humains (Habitat II) : Mise en œuvre au niveau local du programme pour l'Habitat, et notamment rôle des autorités locales*, 18^e session, HS/C/18/3 Add.1, 2001 (Nairobi), reproduit en ligne : http://www.unchs.org/downloads/docs/1802_85716_hsc183add1.pdf consulté le 8 janvier 2009.

N.U. COMMISSION DES ÉTABLISSEMENTS HUMAINS, *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur les établissements humains (Habitat II)*, Istanbul, 3-14 juin 1996, (A/CONF. 165/14), chapitre I, résolution 1, annexe 1.

ORGANISATION DES ÉTATS AMÉRICAINS, Troisième Sommet des Amériques, Québec 2001, Plan d'action, reproduit en ligne : [http://www.summit-america.org/Documents%20for%20Quebec%20City%20Summit/Quebec/PoA%20FINAL%20public%20April21%20\(french\).doc](http://www.summit-america.org/Documents%20for%20Quebec%20City%20Summit/Quebec/PoA%20FINAL%20public%20April21%20(french).doc) consulté le 8 janvier 2009.

PELLETIER, B., *La modification constitutionnelle au Canada*, Toronto, Carswell, 1996

POUPART, A., *La démocratie municipale. Textes des 7es Journées Maximilien-Caron de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, journée tenue le 15 mars 1996*, Montréal, Éditions Thémis, 1996

QUÉBEC, MINISTÈRE DU CONSEIL EXÉCUTIF, *Livre vert : décentralisation, un choix de société*, Québec, Bibliothèque Nationale du Québec, 1995

QUÉBEC, MINISTÈRE DES AFFAIRES MUNICIPALES ET RÉGIONS, *Adoption du projet de loi no.62- Une loi attendue du milieu municipal : la loi sur les compétences municipales*, Muni-Express, N° 8 – 29 septembre 2005. reproduit en ligne : http://www.mamr.gouv.qc.ca/publications/muni_expr/2005/MX2005_No8_loi_competences_municipales.asp consulté le 8 janvier 2009.

QUÉBEC, Assemblée nationale, COMMISSION SUR L'AVENIR POLITIQUE ET CONSTITUTIONNEL DU QUÉBEC, *Journal des débats de la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec*, n° 23, (19 décembre 1990).

QUÉBEC, MINISTÈRE DES AFFAIRES MUNICIPALES ET RÉGIONS, *Projet gouvernemental d'autonomie régionale et municipale : La décentralisation*, Gouvernement du Québec, Bibliothèque nationale du Québec (ISBN 2-550-43904-X), mars 2005, reproduit en ligne : http://www.mamr.gouv.qc.ca/publications/autres/brochure_decentralisation.pdf consulté le 8 janvier 2009.

QUÉBEC, MINISTÈRE DES AFFAIRES MUNICIPALES ET RÉGIONS, *L'organisation municipale du Québec*, Gouvernement du Québec, décembre 2006, reproduit en ligne : http://www.mamr.gouv.qc.ca/publications/organisation/org_mun_qc_fra.pdf consulté le 8 janvier 2009.

REESSOR, B. *The Canadian Constitution in Historical Perspective*, Scarborough, Prentice-Hall Canada, 1992.

ROSS, R. K., *Local Government in Ontario*, 2e ed., Toronto, Canada Law Book, 1962.

ROYAUME-UNI, H.C., *Reports of Commissioners on Grievances Complained of in Lower Canada*, Presented to Parliament by His Majesty's Command, Londres, 20 février 1837.

SAINT-PIERRE, D., *L'évolution municipale du Québec des Régions: un bilan historique*, Québec, Union des municipalités régionales de comté du Québec, 1994.

SAN DIEGO COUNTY GRAND JURY (2001-2002), *Home Rule: Is Chartering a City a Good Idea?*, 6 Mai 2002, reproduit en ligne : <http://www.co.san-diego.ca.us/grandjury/docs/charter.pdf> consulté le 8 janvier 2009

SÉGUIN, M., *Histoire de deux nationalismes au Canada*, Montréal, Guérin, 1997.

TINDAL, R. et S. NOBES TINDAL, *Local government in Canada*, 5^{ème} éd., Scarborough, Nelson Thomson Learning, 2000.

TOLLEY E. et W. R. YOUNG, *Les municipalités, la Constitution et le régime fédéral canadien*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Programme des Services de dépôt, BP-

276F, octobre 1991, révisé en mai 2006, reproduit en ligne :
<http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/bp276-f.htm> consulté le 8 janvier 2009.

TREMBLAY, A. et R. SAVOIE, *Précis de droit municipal*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1973.

TREMBLAY, A., *Droit constitutionnel - principes*, 2^e ed, Montréal, Éditions Thémis, 2000.

TURP, D., *L'Avant-projet de loi sur la souveraineté du Québec, texte annoté*, Cowansville, Yvon Blais inc., 1995.

TURP, D., *Nous, peuple du Québec : un projet de Constitution du Québec*, Québec, Éditions du Québécois, 2005.

UNION DES MUNICIPALITÉS DU QUÉBEC, *Mémoire présenté à la Commission de l'aménagement du territoire, Consultations particulières sur le projet de loi 62 : Loi sur les compétences municipales*, 22 février 2005, reproduit en ligne :
http://www.umq.qc.ca/publications/memoire/_pdf/Memoire_PL62.pdf consulté le 8 janvier 2009.

WILSON, C.H. *Essays on Local Government*, Oxford, Basil Blackwell, 1948.

Articles de périodiques et de recueil

BANDRÈS J. E., « Des droits humains inscrits dans la réalité locale », *Le Monde diplomatique* (mai 2000), p. 33.

BEAUDOIN G.-A. « Des droits démocratiques » dans Gérald.-A. BEAUDOIN et Errol MENDES (dir.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3^e édition, Toronto, Carswell, 1996, chapitre 7.

BERMAN, D. R., « Les pouvoirs des Administrations locales élues aux États-Unis », (1999) 4 :1 *Démocratie et Droits de l'Homme* (journal électronique de l'Agence d'information des États-Unis), 3.

BIAU, D., « A new era of cooperation with local authorities », (2004) 10:1 *Habitat Debate (NU)* 4, reproduit en ligne:
<http://hq.unhabitat.org/pmss/getPage.asp?page=periodView&period=1737> consulté le 8 janvier 2009.

BOEV, I., « Le droit des peuples à l'autodétermination en droit des minorités? », (2000) 317 *L'Europe en formation* 7.

BOLDUC, R., « Incidence du rôle accru de l'État sur la démocratie locale », (1980) 23 *La revue de l'Institut d'Administration publique au Canada*, 60.

BOMAN, C. R., « Sonoma County Organization of Public Employees v. County of Sonoma: The Contract Clause and Home Rule Powers Revitalized in California », (1980) 68 *Cal. L. Rev.* 829.

BRUNETTI, K. A., « It's Time to Create a Bay Area Regional Government », (1991) 42 *Hastings L.J.* 1103.

CAMERON, D. M., « Provincial Responsibilities for Municipal Government », dans David M. CAMERON, *La décentralisation et le partage des pouvoirs : impact sur la gestion du secteur public*, 24^e colloque national, Institut d'Administration publique du Canada, Toronto, 1994 pp. 222-235.

CAPOTORTI, F., « Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities », Doc.NU E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1 (1979).

CHARRETTE, F., « Les droits collectifs comme droits-libertés », (1997-98) 29 *Ottawa L. Rev.*, 303.

COUSINEAU, M., « L'affaire *Monfort*, l'article 15 de la Charte et le droit de la communauté franco-ontarienne à ses institutions », (1997-1998) 29 *Ottawa L. Rev.* 369.

COUSINEAU, M., « Le Renvoi sur la sécession du Québec : la résurrection des droits linguistiques au Canada », (1999-2000) 11 *N.J.C.L.* 147.

COUSINEAU, M., « L'affaire *Montfort* : confirmation de la valeur des principes fondamentaux de la Constitution », (2001-2002) 13 *N.J.C.L.* 485.

DENIS, G., « Règlement municipal ultra vires », (1952) 12 *R. du B.*, 361.

DETWILER, P. M., « Creatures of Statute...Children of Trade: The Legal Origins of California Cities » dans THE CALIFORNIA CONSTITUTION REVISION COMMISSION, *Constitution Revision History and Perspective*, Government of California, 1996, p.97, reproduit en ligne: <http://digitalarchive.oclc.org/da/ViewObjectMain.jsp?fileid=0000020402:000000988728&reqid=61055> consulté le 8 janvier 2009.

EATON, A., « The right to local Self-government », (1900) 13 *H.L.R.* 441.

ELIE, M.-P., « L'Italie, un État fédéral? À propos des lois constitutionnelles no.1 du 22 novembre 1992 et no.3 du 18 octobre 2001 », (2002) 52 *Rev.fr.Dr.Const.* 749.

ELLIOT, R., « References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada », (2001) 80 *R. du B. can.* 67.

FRUG, G. E., « The City as a Legal Concept », (1980) 93 *H.L.R.*, 1059.

GARANT, P. et V. MORIN, « La nouvelle charte canadienne des droits et la constitutionnalisation du droit administratif », (1987) 3 *Rev. fr. dr. admin.* 58.

GÉLINAS, F., « La Cour suprême du Canada et le droit politique », (2008) 24 *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 72.

GIBSON, D., «Constitutional Vibes, Reflections on the Secession Reference and the unwritten Constitution », (2000)11 *N.J.C.L.* 49.

GLAUBERMAN, Z. « County Home Rule : An Urban Necessity », (1970)1:1 *The Urban Lawyer* 170.

GOVERNEMENT DU CANADA, *Dictionnaire biographique du Canada*, Bibliothèque et archives Canada, reproduit en ligne:
<http://www.biographi.ca/FR/ShowBio.asp?BioId=37884&query> consulté le 8 janvier 2009.

HALEVY, E., «Before 1835» dans H.J. LASKI, Sir I. JENNINGS , W.A. ROBSON et als., *A Century of Municipal Progress: 1835-1935*, Londres G.Allen & Unwin Ltd., 1935.

HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION «Note: Conflicts Between State Statutes and Municipal Ordinances», (1959) 72 *H.L.R.* 737.

HAYNES, D., «The State v. the City: A Study in Pre-emption», (1963)36 *S. Cal.L.Rev.*430.

HOGG, P. W., « Subsidiarity and the Division of Powers in Canada», (1993) 3 *N.J.C.L.* 341.

KATZ, E., « L'autonomie administrative locale aux États-Unis », (1999), 4 :1 *Démocratie et Droits de l'Homme* (journal électronique de l'Agence d'information des États-Unis), 1.

KITCHEN, H. et M., L. MELVILLE MCMILLAN, « Les administrations locales et le fédéralisme canadien », dans Richard SIMEON (dir.), *Les relations intergouvernementales*, Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, chapitre 6.

L'ALLIER, J.-P. et R. NICOLET (entrevues par Roger BELLEFEUILLE), « Un projet commun : rapprocher le citoyen des centres de décision qui le concernent », (1991-1992) 96 *FORCES* 68.

LAMARCHE, L. et L. ST-FLEUR, « La Charte démocratique interaméricaine: une réponse aux engagements du Sommet de Québec », *La Presse*, Montréal, (22 avril 2002), A13.

LANGELLIER, R. E., « Le cadre juridique applicable au processus de défusion des villes québécoises ayant fait récemment l'objet d'une fusion forcée », (2001) 1 *Actualité juridique municipale* 113 (Éditions CCH).

LECLAIR, J., « Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles », 27 (2001) *Q. L. J.*, 389.

LECLAIR, J. et Y.-M. MORISSETTE, « L'indépendance judiciaire et la Cour suprême : reconstruction historique douteuse et théorie constitutionnelle de complaisance », (1998) 36 *Osgoode Hall L.J.* 485.

LEMIEUX, V., « L'analyse politique de la décentralisation », (1996) 29 *R.C.S.P.* 661.

L'HEUREUX, J., « Les premières institutions municipales ou machines à taxer », (1979) 20 *C. de D.* 331.

L'HEUREUX, J., « Le partage des pouvoirs et les municipalités », dans Richard SIMEON (dir.), *Les relations intergouvernementales*, Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, vol. 63, ministère des Approvisionnements et Services, 1986, chapitre 5.

MAGNET, J. E., « Multiculturalism in the Canadian Charter of Rights and Freedoms », dans Gérald-A. BEAUDOIN et Errol MENDES, (dir.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3^e édition, Toronto, Carswell, 1996, chapitre 18.

MAGNUSSON, W., « Protecting the Right of Local Self-government », (2005) 38 *Rev. can. Sc. Pol.*, 897.

MALINVERNI, G., « Autonomie locale, intégrité territoriale et protection des minorités », (1997) 9 *Commission Européenne pour la démocratie par le droit - Collection Science et technique de la démocratie*, 324.

MCKENZIE, C., « California's Affair With Local Control », *Western City Magazine*, janvier 2001, reproduit en ligne:
<http://www.cacities.org/index.jsp?zone=wcm> consulté le 8 janvier 2009.

MCDONALD, A., « In the Public Interest: Judicial Review of Local Government », (1983) 9 *Q.L.J.* 62.

MEEHAN, E., CHIARELLI, R. et M.-F. MAJOR, « The Constitutional Legal Status of Municipalities 1849-2004 : Success is a Journey, But Also a Destination », 22 (2007) 1 *N.J.C.L.* 1

MEEKER, A., « An Overview of the History of Constitutional Provisions Dealing with Local Government », dans CALIFORNIA CONSTITUTION REVISION COMMISSION, *Constitution Revision History and Perspective*, Gouvernement de la Californie, 1996, reproduit en ligne:
<http://digitalarchive.oclc.org/da/ViewObjectMain.jsp?fileid=0000020402:000000988728&reqid=61055> consulté le 8 janvier 2009.

MONAHAN, P., « The Public Policy Role of the Supreme Court of Canada and the *Secession Reference* », (1999) 11 *N.J.C.L.* 65.

NEWMAN, W. J., « Réflexions sur la portée véritable des principes constitutionnels dans l'interprétation et l'application de la Constitution du Canada », (2001-2002)13 *N.J.C.L.*117.

PEPPIN, J. C., « Municipal Home Rule in California: Part 1 », (1941) 30:1 *Cal.L.Rev.* 1.

QUESNEL-OUELET, L., « Aménagement urbain et autonomie locale » dans G. BERGERON et R. PELLETIER (dir.), *L'État du Québec en devenir*, Montréal, Boréal express, 1980.

RIGALDIS, F. et J. WOEHLING, « Le juge interne canadien et le droit international », (1980) 21 *C.de D.* 293.

ROBERGE, P., « Une charte québécoise des municipalités: protection ou carcan? », (1994) *ministère des Affaires municipales du Québec —Municipalité*, Mars, p. 13.

ROUSSEAU, G., « Aspects contentieux de la résolution et du règlement en droit municipal », (1986) 46 *R.du B.* 627-664.

SANDALOW, T., «The Limits of Municipal Power Under Home Rule: A Role for the Courts», (1963-1964) 48 *Minn. L. Rev.* 643.

TREMBLAY, G., « La procédure implicite de modification de la Constitution du Canada pour le cas de la sécession du Québec », (1998) 58 *R.du B.* 423.

UNIVERSITY OF IOWA «Comment: Municipal Home Rule Power : Impact on Private Legal Relationship », (1971) 56 *Iowa L.Rev.* 631.

WOEHLING, J., « Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés: l'exemple des États-Unis et du Canada », (2000) 46 *McGill L. J.* 21.

WISEMAN, N., « Clarifying Provincial Constitutions », (1996) 6 *N.J.C.L.* 269.