

LE FEDERALISME CANADIEN: SCIENCE POLITIQUE FICTION POUR L'EUROPE?

ANDREE LAJOIE*

Lex Electronica, vol. 10 n°1 (Hiver 2005)

<http://www.lex-electronica.org/articles/v10-1/lajoie.pdf>

| | |
|---|-----------|
| I- LES INSTRUMENTS DE LA CENTRALISATION DANS LA FÉDÉRATION CANADIENNE..... | 2 |
| 1. LE TEXTE CONSTITUTIONNEL ET LE PARTAGE INITIAL | 2 |
| 2. LES THÉORIES INTERPRÉTATIVES | 3 |
| a. <i>Compétence accessoire implicite</i> | 3 |
| b. <i>Prépondérance fédérale</i> | 4 |
| c. <i>Compétence résiduaire</i> | 4 |
| d. <i>Dimensions nationales</i> | 4 |
| e. <i>État d'urgence</i> | 4 |
| 3. LES PRATIQUES GOUVERNEMENTALES..... | 5 |
| a. <i>Pouvoir de désaveu</i> | 5 |
| b. <i>Pouvoir déclaratoire</i> | 5 |
| c. <i>Acquisition de propriétés publiques</i> | 5 |
| d. <i>Pouvoir de dépenser</i> | 6 |
| II- L'ÉVOLUTION HISTORIQUE DE LA CENTRALISATION DE LA FÉDÉRATION CANADIENNE..... | 7 |
| 1. DE LA CONFÉDÉRATION À LA FIN DE LA SECONDE GUERRE MONDIALE..... | 7 |
| 2. DE LA GUERRE À LA CHARTE..... | 7 |
| 3. L'APRÈS CHARTE | 9 |
| a. <i>La Cour</i> | 9 |
| b. <i>Les gouvernements</i> | 10 |
| III- QUELLES LEÇONS POUR L'EUROPE?..... | 12 |
| 1. DANS L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT EUROPÉEN..... | 13 |
| a. <i>Prépondérance</i> | 13 |
| b. <i>Compétence accessoire implicite</i> | 13 |
| 2. SOUS LE RÉGIME DU TRAITÉ ÉTABLISSANT UNE CONSTITUTION POUR L'EUROPE.. | 14 |
| a. <i>Des apparences trompeuses</i> | 15 |
| b. <i>Des instruments explicitement centralisateurs</i> | 16 |

Dans le cadre de cette réflexion sur les enjeux d'une constitution européenne où l'on me convie à situer le «modèle canadien», je compte vous entretenir des dangers qu'il recèle. En fait, pour annoncer mes couleurs d'emblée, c'est le point d'interrogation que je préfère dans le titre de ce colloque: *Pour une constitution européenne?* de sorte que, s'agissant du titre de cette présentation, il faudrait plutôt lire «l'**anti**-modèle canadien»...

En effet, la Confédération canadienne — car c'est le titre dont on l'a coiffée, pour mieux camoufler son architecture favorable aux autorités centrales de la fédération— n'a cessé depuis de suivre une trajectoire centralisatrice résultant aussi bien de l'exercice de pouvoirs

* Ce texte a servi de base à une communication présentée à Montpellier en juillet 2004. Il s'adresse donc d'abord à un auditoire universitaire européen, et porte les marques de cette destination.

exécutifs fédéraux réels ou imaginaires, que de l'action des tribunaux, de sorte qu'il ne s'agit même plus vraiment aujourd'hui d'une fédération, mais d'un pays bientôt unitaire où les provinces se comparent de plus en plus à des entités administratives. En prenant bien en compte la difficulté, pour des juristes européens, dont la plupart vivent dans des pays à constitution unitaire, et plus particulièrement de juristes français élevés dans le sérail de la République une et indivisible, d'imaginer la réalité concrète du fédéralisme, je vais tenter de vous initier d'abord à ces instruments de centralisation auxquels je viens de faire allusion (I)¹, avant de broser un tableau des trois étapes de la centralisation subie par la fédération canadienne (II), pour enfin essayer de voir, avec votre collaboration que je sollicite, en quoi l'Europe est menacée —ou non— des mêmes malheurs, ou d'autres encore (III).

Avant pourtant d'aborder cette analyse en contexte français et pour éviter toute équivoque, je voudrais préciser qu'elle se situe sur le plan du droit constitutionnel et non de l'engagement politique: ce n'est pas à moi de juger pour vous du degré de centralisation opportun pour l'Europe qui se fait. Ma critique, qui porte en outre sur la constitutionnalisation de l'idéologie néo(rétro)-libérale, ne se situe dans aucun des courants politiques français dont certains arguments rejoignent les miens. Comme personne n'est jamais neutre et que chacun parle toujours d'un lieu qui colore inévitablement ses propos, je préciserai —mais vous l'aurez déjà deviné— que je vous parle depuis le Québec, où l'opposition à la centralisation ne vient pas des néo-libéraux, ni des autres confins de la droite.

I- LES INSTRUMENTS DE LA CENTRALISATION DANS LA FEDERATION CANADIENNE

Trois types d'instruments constitutionnels sont responsables de la centralisation dans la fédération canadienne: tout d'abord, au point de départ, le texte constitutionnel lui-même, qui définit le partage des compétences et, par la suite, en interaction, les théories judiciaires d'interprétation de cette même constitution et les pratiques constitutionnelles de l'exécutif.

1. Le texte constitutionnel et le partage initial

Au Canada, la *Loi constitutionnelle de 1867*² qui institue la fédération prévoit un partage initial des compétences législatives dont l'essentiel se retrouve à ses articles 91 à 95. L'article 91 a pour titre « Pouvoirs du Parlement [fédéral] » et comprend 29 attributions allant de la dette et de la propriété publique au pouvoir résiduaire général, en passant par le prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxation, de même que la quarantaine et l'administration des hôpitaux de marine, les pêcheries, les banques, le mariage, etc., auxquelles il faut ajouter l'assurance-chômage prévue par l'article 91 (2A) adopté en 1940, et les pensions de vieillesse, insérées en 1951 par l'article 94A (qui accorde toutefois une prépondérance en ce domaine à la législation provinciale), de même qu'une compétence prépondérante en matière d'exportation vers l'étranger des ressources naturelles, introduite par l'article 92A en 1982.

Par ailleurs, l'article 92 s'intitule « Pouvoirs exclusifs des législatures provinciales », et énumère 16 matières, dont la taxation directe dans les limites de la province en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux, l'établissement, l'entretien et l'administration des prisons publiques, hôpitaux, asiles, institutions et hospices de charité dans la province, autres que les hôpitaux de marine, etc., de même qu'un pouvoir résiduaire spécifique à la sphère provinciale visant généralement toutes les matières d'une nature purement locale et privée dans la province. Il faut ajouter à cette liste l'éducation, qui fait l'objet distinct de l'article 93, la part provinciale de la compétence sur les ressources prévue à l'article 92A, et tenir compte également des matières conjointes prévues à l'article 95 (immigration et agriculture).

S'agissant par ailleurs des pouvoirs de l'exécutif, ils font l'objet de quelques dispositions éparpillées dans le texte de 1867, qui incorporent les pouvoirs déjà attribués aux exécutifs des colonies qui formeront la fédération, tout en en spécifiant d'autres qui concernent notamment certaines nominations judiciaires et l'expropriation des terres provinciales aux fins de défense. Saisi d'un litige qui impliquait la question du partage des pouvoirs de l'exécutif, le Conseil privé a cependant statué qu'ils se divisaient selon la ligne de partage des compétences législatives prévue à la *Loi constitutionnelle de 1867*, et cela dans un arrêt³ dont la Cour suprême vient de réitérer la portée contemporaine en le citant avec approbation dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁴. Mais ce n'est pas tant le texte constitutionnel initial qui est responsable de la centralisation actuelle, dans la Constitution canadienne, du partage des compétences législatives – et, partant, des pouvoirs exécutifs qui leur sont reliés. Cette centralisation découle plutôt des interprétations judiciaires auxquelles ce partage a donné lieu, et des pratiques gouvernementales qui se sont élaborées à sa marge.

2. Les théories interprétatives

Les origines coloniales de la Confédération canadienne lui ont longtemps valu un régime judiciaire paradoxal: l'arbitre des conflits d'interprétation inévitablement suscités par le partage des compétences législatives entre le Parlement fédéral et plusieurs législatures provinciales sur notre territoire a longtemps été étranger. C'est en effet le Comité judiciaire du Conseil privé qui, de Londres, décidait ces matières en dernier ressort jusqu'en 1949, donc après même l'institution de la Cour suprême du Canada en 1875. L'ensemble des constitutionnalistes est d'accord pour considérer la jurisprudence de ce tribunal colonial comme la plus décentralisatrice qu'ait connue notre Constitution: André Tremblay estime que c'est le Conseil qui a le mieux actualisé les potentialités fédérales de la constitution canadienne en affirmant un modèle dualiste de fédéralisme propre à atténuer les éléments centralisateurs de la *Loi constitutionnelle de 1867* et à garantir les provinces contre l'effritement de leur autonomie⁵. Le phénomène s'explique précisément par le statut étranger du tribunal: Londres ne perdait pas les pouvoirs que le Conseil confirmait aux provinces, contrairement au gouvernement canadien, qui nomme par ailleurs les juges de la Cour suprême. Tout au cours de cette période, le Conseil privé a donc affirmé l'autonomie juridique des provinces à l'égard de toute tutelle fédérale, et plus encore la compartimentation stricte du partage des compétences: on verra un élargissement des compétences provinciales énumérées et un rétrécissement parallèle des compétences fédérales susceptibles de les envahir, comme celles qui portent sur la paix, l'ordre et le bon gouvernement et les échanges commerciaux.

Pourtant, avant de céder la main à la Cour suprême, le Conseil privé avait déjà conçu une partie des instruments du renversement de sa propre tendance, sans pourtant les appliquer d'emblée. C'est donc par la construction de théories interprétatives, élaborées au fur et à mesure des nécessités pratiques, que le Conseil privé a forgé les instruments de centralisation que la Cour suprême allait mettre à profit par la suite en définissant un fédéralisme successivement unilatéral, dialogique et normalisateur, sur lequel je reviens plus loin⁶. On en dénombre cinq principales, dont les trois premières sont liées à la facture du texte constitutionnel: soit les théories de la compétence accessoire implicite, de la prépondérance fédérale et des pouvoirs résiduels, alors que les deux autres se présentent comme des exceptions dans l'application du partage énoncé: celles des dimensions nationales et de l'état d'urgence. Sans procéder ici à l'analyse des arrêts qui leur ont donné naissance et qui les ont par la suite appliqués, il convient de montrer en quoi elles favorisent toutes la centralisation.

a. Compétence accessoire implicite

La compétence implicite, (accessoire ou ancillaire), permet au Parlement fédéral de légiférer dans les domaines de compétence provinciale « exclusive » si l'exercice efficace des siennes

propres l'exige⁷. Comment une compétence peut-elle être à la fois exclusive et, en même temps, validement envahie par un autre ordre législatif que celui auquel elle a été attribuée? L'effet envahissant de cette technique eût exigé pour le moins une interprétation stricte du critère de nécessité, et la logique du concept, son application égale aux compétences provinciales : tel n'a pas été le cas, comme nous le verrons au cours de la seconde période de l'évolution du fédéralisme canadien.

b. Prépondérance fédérale

En cas de conflit entre deux législations, l'une provinciale, l'autre fédérale, toutes deux validement fondées au départ, portant sur un objet identique et incompatibles dans leur application, le Conseil a décidé⁸ que la législation fédérale prévaudrait. Par la suite, on pourra le constater, les tribunaux canadiens étendront la portée de cette théorie en l'appliquant à des conflits d'application potentielle entre deux normes⁹.

c. Compétence résiduaire

Le Conseil, se fondant sur le paragraphe 29 de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui attribue expressément à la compétence fédérale «*les catégories de sujets expressément exceptés dans l'énumération des catégories de sujets exclusivement assignés par la présente loi aux législatures des provinces*» a confirmé la compétence fédérale sur toute matière résiduaire, c'est-à-dire non énumérée dans la liste des compétences provinciales, à moins qu'il ne s'agisse d'une matière clairement locale¹⁰.

On imagine facilement l'effet centralisateur de cette théorie un siècle et demi après la rédaction de la Constitution, lorsque les matières innomées – parce qu'alors inexistantes ou non susceptibles d'être régies par l'État libéral du XIX^e siècle, telles l'aéronautique, les télécommunications et la capitale nationale – auront pris dans la législation contemporaine l'importance que l'on sait.

d. Dimensions nationales

De la compétence résiduaire à la théorie des dimensions nationales, il n'y avait qu'un pas, un pas hors du texte constitutionnel, que le Conseil a allègrement franchi, déclarant de compétence fédérale une loi prohibant la vente et la consommation publique de l'alcool, au motif que ce fléau avait pris des « dimensions nationales »¹¹. Jumelée avec l'état d'urgence dont elle ne se distingue pas toujours clairement, cette théorie allait être appliquée à quelques reprises par la suite. Elle a eu un regain de vigueur récemment à cause de sa connexité avec le concept de subsidiarité¹².

e. État d'urgence

Par la suite, l'état d'urgence a par ailleurs été invoqué pour lui-même et sans l'appui de la théorie des dimensions nationales¹³. Il a au surplus servi de fondement à des « mesures spéciales pour faire face à des situations de crise, qu'elles proviennent de troubles civils, d'insurrections, de guerres ou de perturbations économiques. En fait, le Canada a été assujéti à une quelconque forme de législation d'urgence durant environ 40 % du temps depuis le début de la première guerre mondiale »¹⁴.

Mais c'est cumulativement qu'il faut apprécier ces théories: que reste-t-il aux États constituants d'une fédération où les autorités centrales peuvent légiférer d'abord dans leur propre domaine, puis sur les matières résiduares, et enfin dans le champ même des compétences provinciales « exclusives » chaque fois que cela est « nécessaire » à l'exercice de

leur compétence, qu'il y a conflit potentiel d'application à un même objet, que l'objet présente des « dimensions nationales » ou que l'on appréhende un état d'urgence ? Pourtant cela n'a pas suffi aux autorités fédérales, qui ont voulu aller plus loin encore dans la centralisation en se servant des pouvoirs réels ou usurpés de l'exécutif.

3. Les pratiques gouvernementales

En effet, en complément de ces interprétations judiciaires extensives et centralisatrices du texte constitutionnel, un certain nombre de pratiques gouvernementales se sont développées dans le champ constitutionnel. Celles auxquelles l'État canadien s'est limité jusqu'à la dernière guerre mondiale étaient au moins autorisées par la Constitution, alors que d'autres se sont développées depuis carrément à sa marge, sinon en contradiction avec les principes qui, selon la Cour suprême, la sous-tendent. Leur caractère omniprésent permet dès lors de qualifier certaines compétences fédérales d'indéfiniment extensibles.

C'est pour centraliser d'abord le contrôle du territoire, puis l'économie dans son ensemble que les autorités politiques fédérales, législatives et administratives, ont ainsi utilisé d'abord les pouvoirs que leur attribue la Constitution, puis d'autres qu'elles ont usurpés. Plusieurs instruments ont ainsi été successivement mis à contribution: le pouvoir de désaveu, le pouvoir déclaratoire, la propriété publique et le pouvoir de dépenser .

a. Pouvoir de désaveu

La *Loi constitutionnelle de 1867* prévoyait à ses articles 56 et 57 le pouvoir de *désaveu* et de *reserve* des lois, y compris provinciales, par le Gouverneur général¹⁵. Il s'agit dans le premier cas, de l'annulation discrétionnaire d'une loi au moment même de son adoption et, dans le second, d'une suspension crépusculaire allant jusqu'à un terme final de deux ans. Utilisés surtout à l'égard de la législation des provinces de l'Ouest dans les débuts de la Confédération, ces pouvoirs sont tombés en désuétude — le désaveu en 1943, après 112 utilisations, et la réserve en 1961, après 70 utilisations¹⁶ — le principe du fédéralisme en ayant triomphé rapidement (?) après 1867, du moins selon l'avis récent de la Cour suprême¹⁷...

b. Pouvoir déclaratoire

Prévu dans les constitutions de plusieurs pays fédéraux, le mécanisme constitutionnel du « pouvoir déclaratoire » implique la faculté pour un parlement fédéral de modifier de son propre chef, au détriment des constituantes de la fédération et sans leur consentement, la sphère de sa compétence législative en l'étendant aux « travaux » qu'il déclare être à l'avantage général de la fédération. Au Canada, son libellé à l'article 92 (10) c) de la *Loi constitutionnelle de 1867* autorise de telles déclarations discrétionnaires.

Avant que ce pouvoir ne tombe en désuétude après 1961 faute de légitimité, le Parlement a proclamé 470 de ces déclarations¹⁸ visant non seulement des chemins de fer, des routes, et autres moyens de transport intraprovincial, mais les tramways de Montréal, Québec et Ottawa, des réseaux d'autobus locaux, des hôtels, restaurants et théâtres, des entreprises de commerce du bois, d'élevage des bestiaux, de construction, des usines de fabrication d'air liquide, de produits chimiques, des raffineries de métaux, des aqueducs, des parcs, sans parler des Chutes Montmorency¹⁹: faut-il insister davantage sur les effets de ce mécanisme, dont les tribunaux ont été complices, se refusant à contrôler la discrétion du Parlement ?

c. Acquisition de propriétés publiques

Le Parlement ayant la compétence législative sur la propriété publique, il suffit par ailleurs au gouvernement d'acquérir des immeubles pour les y assujettir. Avant la dernière guerre mondiale, l'État canadien s'est généralement limité à des achats constitutionnellement valides, notamment au centre des villes les plus importantes du pays. Officiellement prévues pour permettre l'implantation des édifices publics fédéraux, ces acquisitions visaient en fait le contrôle du développement urbain — matière locale s'il en est — et originairement dévolue de ce fait à la compétence provinciale, ainsi évacuée par le jeu combiné de la propriété publique et de la théorie de la prépondérance fédérale.

Ces pratiques, ajoutées à des attributions de terres publiques aux sociétés (fédérales) notamment de transport, et jumelées à leur compétence déjà établie sur les ports et les aéroports nationaux, ont donné aux autorités fédérales la maîtrise du développement du territoire urbain des provinces, à l'époque cruciale où les États n'avaient pas encore privatisé leurs compétences. Plus tard, les autorités ont procédé aux mêmes fins à des expropriations excédant nettement les finalités invoquées, dont la validité constitutionnelle était conséquemment loin d'être établie. La brèche était ouverte qui allait désormais permettre à l'exécutif fédéral de sortir des bornes de la Constitution...

d. Pouvoir de dépenser

Le prétendu « pouvoir de dépenser » des autorités fédérales fait partie de ces pratiques inconstitutionnelles. Le libellé même de cet instrument fédéral de centralisation porte à confusion, réussissant là l'un des effets de légitimation idéologique les plus spectaculaires du vocabulaire constitutionnel: quoi de plus normal pour un gouvernement, en effet, que de dépenser ? Un gouvernement peut-il agir de quelque manière sans dépenser ? Imagine-t-on que le fédéralisme puisse impliquer que les gouvernements d'une fédération soient dépourvus du pouvoir de dépenser ? Bien sûr que non, de sorte qu'en posant son pouvoir de dépenser comme fondement d'une intervention, un gouvernement fédéral invoque par association l'orthodoxie constitutionnelle et semble conférer à son action une validité inattaquable.

Pis encore, cela est justifiable en partie : il est en effet certain que les autorités fédérales comme provinciales peuvent dépenser dans la sphère de leurs compétences législatives puisqu'il s'agit d'une modalité essentielle de mise en œuvre des mesures législatives qu'elles adoptent. Ainsi par exemple, les autorités fédérales peuvent acquitter les dépenses de l'armée, des affaires étrangères ou de la poste et les autorités provinciales celles de la fonction publique, des tribunaux, des prisons et des hôpitaux sans contrevenir à la Constitution. C'est également le cas lorsque la Constitution le prévoit expressément, comme pour la péréquation introduite à l'article 36(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁰ par la *Loi constitutionnelle de 1982*²¹.

Mais loin de désigner ces pratiques valides, l'expression « pouvoir de dépenser » telle que consacrée par le discours constitutionnel canadien réfère à l'affirmation idéologique d'un pouvoir fédéral constitutionnellement inexistant, de dépenser dans les champs de compétence des provinces en imposant des conditions équivalentes à une intervention normative. Au terme d'une analyse fouillée, j'ai pu montrer que la validité constitutionnelle de ce pouvoir, sur laquelle la doctrine est divisée, n'a pas été non plus confirmée par la jurisprudence²², ce qui n'a évidemment pas empêché les autorités fédérales de l'invoquer au soutien de leurs interventions depuis la dernière guerre mondiale, sous la forme de subventions conditionnelles, attribuées successivement aux gouvernements provinciaux (qui se sont prêtés à l'exercice plutôt que de renoncer au fruit des impôts de leurs contribuables), notamment dans le domaine de la santé et de la sécurité sociale, puis aux individus (notamment par des bourses et des chaires dans le domaine de l'éducation et des dégrèvements d'impôts à des fins spécifiques), et plus récemment aux municipalités, qui relèvent, comme la santé et l'éducation, de la compétence des provinces.

Déjà, la description sommaire des instruments de centralisation à l'oeuvre dans la pratique constitutionnelle canadienne donne une idée des tendances centripètes d'une fédération —si c'est encore de cela qu'il s'agit— dont les autorités fédérales ne manquent pas d'imagination pour aménager le partage des compétences à leur avantage. Mais pour saisir vraiment l'impact combiné et étalé dans le temps de ces instruments, il faut les replacer dans le contexte de leur évolution historique.

II- L'EVOLUTION HISTORIQUE DE LA CENTRALISATION DE LA FEDERATION CANADIENNE

On peut analyser l'évolution historique de la centralisation au Canada selon trois étapes qui vont respectivement de la Confédération en 1867 à la fin de la seconde guerre mondiale puis de la guerre à la Charte pour déboucher sur l'après-Charte. Je les survole rapidement²³.

1. De la Confédération à la fin de la seconde guerre mondiale

Nous l'avons vu et il suffit de le rappeler: la période qui va de la Confédération en 1867 à la fin de la seconde guerre mondiale est la moins centralisatrice qu'ait connue notre constitution, du moins en ce qui concerne l'interprétation des tribunaux, qui ne trouvait alors sa conclusion que devant le Conseil privé de Londres, relativement favorable aux provinces, auxquelles il attribuait d'autant plus volontiers des compétences qu'il ne devait pas pour cela les soustraire du Parlement et du gouvernement britannique auquel ses membres devaient leur nominations. En fait, durant cette période où ce tribunal s'est contenté de concevoir des théories centralisatrices sans les appliquer dans les instances dont il était saisi, c'est plutôt à travers les l'exercice du pouvoir de désaveu et du pouvoir déclaratoire que la centralisation s'est instaurée dans la constitution canadienne.

2. De la guerre à la Charte

L'abolition des appels au Conseil privé, en 1949, marque un tournant dans l'interprétation du partage des compétence établi par la *Loi constitutionnelle de 1867*: dorénavant, la Cour suprême du Canada, lieu désormais final de résolution de ces débats, les arbitre globalement dans le sens des intérêts de l'État fédéral. Ce double changement, institutionnel et interprétatif, reflète par ailleurs des mutations politiques plus profondes: d'abord un nationalisme *canadian* en pleine affirmation, dans le contexte du nouvel équilibre mondial favorisant l'Amérique aux dépens de l'Europe, mais surtout l'effet centralisateur de la guerre dont les exigences d'efficacité à tout prix ont, dans la plupart des pays occidentaux, fait basculer les pouvoirs des élus vers l'exécutif et ceux de la périphérie vers le centre. Trois formes successives de fédéralisme vont se succéder durant cette période.

La première, qualifiée de *fédéralisme unilatéral*, va de 1949 à 1960 et combine les effets de la méfiance québécoise à l'égard de la Cour suprême du Canada et du non-interventionnisme de l'État duplessiste pour tarir à sa base le contentieux constitutionnel québécois. Rien d'étonnant, donc, à constater le caractère centralisateur —malgré certaines exceptions mineures— des décisions de la Cour suprême, qui s'affirme par la restriction des compétences provinciales au profit des compétences fédérales implicites, et par l'extension des compétences proprement fédérales, au moyen de théories d'abord issues, en ce qui concerne le droit criminel et l'aménagement du territoire, des instruments déjà affinés par le Conseil privé puis, en matière de droit du travail et de commerce, de nouveaux concepts dus à la créativité propre de la Cour. Ces changements se répercuteront également dans le domaine des politiques constitutionnelles, où les demi-victoires ne contrebalancent en rien les pratiques constitutionnelles centralisatrices que l'État fédéral continue d'inventer, dont notamment, pour cette période, les expropriations et le pouvoir de dépenser.

À partir de 1960 et jusqu'en 1975, c'est à un *fédéralisme dialogique* que l'on aura à faire. Avec le début de la «Révolution tranquille», le tableau va en effet changer sur le plan judiciaire. Contrastant avec la période précédente, on assiste à un développement important du contentieux en provenance du Québec, alimenté par son affirmation nationale et par la remise en cause conséquente du principe du fédéralisme. Ces nouvelles revendications recevront un accueil plus favorable auprès de la Cour, évoluant alors vers un fédéralisme «dialogique», où deux principes intégrateurs du droit, deux logiques d'interprétation parallèles, se développent, pour le Québec et pour le reste du Canada. En fait, sur le plan judiciaire, le changement par rapport à l'étape précédente est remarquable: alors que les deux seules décisions touchant des parties québécoises en matière de partage leur avaient été défavorables au cours de la période antérieure, les deux-tiers des décisions constitutionnelles intervenues dans des litiges résultant de faits survenus au Québec entre 1960 et 1975 donnent lieu à des gains provinciaux devant la Cour suprême. Changement d'autant plus spectaculaire qu'il s'oppose à la tendance générale, toujours centralisatrice, en matière de partage pendant ces quinze années.

Au cours de cette période, la Cour rend en effet, en matière de partage, de nombreuses et importantes décisions. Elles sont, dans l'ensemble et pour le Canada dans son ensemble, majoritairement favorables à la compétence fédérale aussi bien sur des thèmes traditionnels comme les relations de travail, le transport et le droit matrimonial que sur les enjeux plus nouveaux que représentent les compétences économiques et commerciales, les communications, l'aménagement et l'environnement. Curieusement, seul le droit criminel, seule compétence fédérale expresse impliquée dans ce groupe de décisions, a donné lieu à une prépondérance de victoires provinciales. Mais pour saisir l'effet véritable de cette jurisprudence, il faut plutôt se livrer à une analyse qualitative. On constate alors qu'elle a apporté un cran d'arrêt à trois des théories interprétatives les plus centralisatrices: celle du caractère extra provincial des activités des entreprises, celle des éléments intrinsèques, et celle des dimensions nationales. Sur le plan des pratiques constitutionnelles, une ouverture se fait aussi sentir à l'égard du Québec au début de cette période. Des gains fiscaux tels la nationalisation de l'électricité et un régime de rentes distinct sont obtenus au terme de négociations ardues pour ne pas adhérer aux programmes fédéraux correspondants. Puis, des succès mitigés: réaménagement de l'assiette fiscale, laissant aux provinces moins du quart de l'impôt des particuliers et une part infime de celui des sociétés, retrait compensé des programmes conjoints liés au pouvoir de dépenser. Après 1966, à ces demi-succès vont succéder de vrais échecs, en matière linguistique, culturelle et même en ce qui concerne les ressources naturelles, notamment les droits sous-marins du plateau continental, longuement négociés, mais finalement réglés par la Cour suprême au détriment des provinces.

À partir de 1975, le bref intermède dialogique auquel la Cour avait consenti va brusquement faire place à un **fédéralisme normalisateur** où l'effet interprétatif des deux cultures disparaît lorsque, niant le veto du Québec sur les modifications constitutionnelles, elle donne son accord au rapatriement unilatéral de la Constitution. En effet, c'est à un «double-salto» de sa jurisprudence que nous convie alors la Cour suprême: sa tendance générale à la centralisation à l'égard de l'ensemble des provinces va s'inverser, et la majorité de ses décisions favoriseront les compétences provinciales dans tous les domaines où elle est sollicitée (droit du travail, transport, taxation, institutions financières, commerce) —sauf en matière d'environnement, et d'aménagement. Pourtant, la véritable exception ne porte pas sur une compétence *ratione materiae*, mais *ratione loci*: le Québec. Car, et c'est un autre renversement non moins spectaculaire, cette nouvelle tendance de la Cour s'inverse dans les causes en provenance du Québec, dont les deux-tiers donneront lieu à des décisions favorisant les compétences fédérales: bref, pour le Québec, c'est la fin de la halte à la centralisation que, contrairement aux autres provinces, il avait connue au cours de l'étape précédente.

Au plan des pratiques constitutionnelles, cette période est clairement dominée par l'échec des négociations autour des conditions exigées par le Québec pour le rapatriement de la

Constitution, notamment le retrait compensé des programmes fédéraux, alors que les modestes modifications effectuées à cette occasion au partage des compétences — en matière de richesses naturelles et de commerce inter-provincial — auront été consenties non pas au Québec, mais aux provinces de l'Ouest, qui les réclamaient encore plus que lui et à partir d'un meilleur rapport de forces. Conséquemment obtenue du Parlement britannique par les autorités fédérales sans l'assentiment du gouvernement québécois auquel une majorité de québécois venait de refuser l'indépendance lors du référendum de 1980, la *Loi constitutionnelle de 1982* inaugure une autre ère.

3. L'après Charte

La période qui suit le rapatriement unilatéral de la Constitution et l'instauration de la Charte coïncide avec l'arrivée, sur la scène canadienne, d'une vague néo-libérale qui traverse les démocraties occidentales et dont on aurait pu s'attendre à ce qu'elle entraîne, avec l'État minimal, un retrait de la centralisation. Il n'en fut rien, au contraire: l'affaiblissement des forces politiques qui sous-tendaient les revendications souverainistes québécoises va ramener le gouvernement et la Cour vers leur tendances naturelles à la centralisation, reprises à l'égard de l'ensemble des provinces et accentuée en ce qui concerne le Québec. Au surplus, cette période s'inscrit également dans le contexte de la libéralisation des échanges à l'échelle nord-américaine, préparée par la Commission MacDonald et matérialisée par les accords de l'ALÉNA, alors en discussion, et dont les exigences centralisatrices vont prévaloir, aussi bien dans les pratiques constitutionnelles que dans la jurisprudence, où l'introduction de la Charte dans la Constitution aura au surplus pour résultat, à partir de 1984²⁴, de monopoliser presque entièrement le travail de la Cour. Dans ces circonstances, les décisions portant sur le partage sont occultées et ne commandent plus la même attention qu'auparavant: ce ne sera pas le moindre des effets idéologiques de la Charte que de faire passer presque inaperçu leur résultat centralisateur dans le champ spécifiquement économique. Il est d'autant plus important de s'y arrêter pour en apprécier la portée.

a. La Cour

En jetant maintenant un regard allongé sur les vingt ans de la période post-Charte, ce qui frappe, c'est l'intensification de la centralisation de l'ensemble des compétences, reprise pour l'ensemble du Canada et accentuée pour le Québec. Mais quand je l'ai analysée pour la première fois, en 1993, c'était surtout la fédéralisation des compétences nécessaires à l'union économique canadienne qui retenait l'attention. Je m'y arrête en premier lieu.

À partir de 1982, s'appuyant à la fois sur les compétences générales en matière de paix, ordre et bon gouvernement — et notamment la théorie des dimensions nationales²⁵ —, sur la compétence fédérale en matière de commerce — à laquelle elle donnera désormais une portée générale qu'elle lui avait refusée jusqu'alors²⁶ — et sur la libre circulation des biens — prévue à l'article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et peu invoquée jusque-là et qu'elle élève désormais au rang de principe constitutionnel fondamental²⁷ —, la Cour va opérer en matière économique une centralisation analogue à celle qu'elle avait définie précédemment pour l'aménagement du territoire. Il va s'agir de limiter sévèrement les effets extra territoriaux des lois provinciales²⁸ en augmentant ceux des lois fédérales par l'élargissement de la prépondérance fédérale désormais appliquée aux conflits potentiels²⁹, ce qui équivaut à réintroduire, dans les théories interprétatives, le concept de «champ inoccupé», écarté non seulement par le Conseil privé mais encore récemment par la Cour elle-même³⁰. Sous cet ensemble de décisions apparemment éparées, commence à se dessiner une fédéralisation des compétences nécessaires à l'«union économique canadienne» envisagée par la Commission MacDonald, bref une constitutionnalisation des exigences du libre-échange qui gagne alors le Canada conservateur. Ce ne sont pas là des effets qu'il conviendrait de sous-estimer.

Pourtant, il ne faut pas négliger non plus l'image plus globale qui se dégage de cette période après bientôt vingt ans: celle d'une centralisation encore plus largement accrue, reprenant le droit fil de la tendance générale de la Cour. Sur les 58 décisions de la Cour suprême que nous avons repérées en date de 2002 en matière de partage des compétences depuis la *Loi constitutionnelle de 1982*, 30 constituent des gains fédéraux clairement centralisateurs³¹ et 4 des gains mitigés³², pour un pourcentage total de 58.6%, contre 24³³ victoires pour toutes les provinces réunies, soit 41.3%. S'agissant par ailleurs des 16 décisions relatives à des affaires en provenance du Québec³⁴, 10 constituent des gains fédéraux clairement centralisateurs³⁵, et 2 des gains mitigés³⁶, pour un total de 12, soit 75%, comparé à 4 victoires³⁷ représentant 25% pour le Québec. Personne ne s'en étonnera, c'est en matière de compétences fédérales comme le droit criminel (9 victoires franches³⁸ et 1 mitigée³⁹, contre 0 pour les provinces, soit presque 100%) et les compétences commerciales générales (8 victoires fédérales⁴⁰ contre 2 pour les provinces⁴¹, soit 80 %) que les autorités fédérales ont concentré principalement leurs victoires. Les provinces, pour leur part ont connu leurs plus gros succès en matière de taxation (7 victoires franches⁴² et 2 mitigées⁴³ contre 0 pour les autorités fédérales, soit presque 100% là aussi) et de relations de travail (6 victoires provinciales⁴⁴ contre 3⁴⁵ pour les autorités fédérales, soit 66%). Il faut enfin noter l'importance particulière pour les structures du fédéralisme de deux des renvois mitigés que la Cour a rendus durant cette période: le *Renvoi: Régime d'assistance du Canada (C.-B.)*⁴⁶ et surtout le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁴⁷.

b. Les gouvernements

Parallèlement, sur le plan de la pratique constitutionnelle, les échecs se succèdent: j'ai déjà analysé pour les juristes italiens les *Accords de Meech* (1987), le *Rapport Bélanger-Campeau* (1990), les propositions fédérales «*Bâtir ensemble le Canada*» (1991) et les *Accords de Charlottetown* (1992)⁴⁸, qui se sont tous butés sur l'absence de consentement du «*Reste du Canada*». Mais depuis lors, c'est de façon unilatérale que les autorités fédérales ont fait reculer les compétences provinciales en matière d'éducation et plus particulièrement d'enseignement universitaire et de recherche, sans parler de l'Union sociale canadienne. S'agissant d'abord de l'enseignement supérieur, qui fait partie des compétences provinciales expresses au titre de l'éducation⁴⁹, il a depuis longtemps subi les intrusions fédérales en ce qui concerne la recherche, dont les subventions proviennent en grande partie des organismes fédéraux. On devine que la constitutionnalité de ces subventions n'a pas suscité de poursuites en nullité de la part des bénéficiaires, d'autant plus que, jusqu'à récemment, ces subventions, distribuées par des conseils de recherche indépendants du gouvernement, n'impliquaient aucune contrainte pour les universitaires et n'avaient pas (ou très peu) d'effet sur les politiques provinciales à l'égard du système universitaire.

Mais la donne vient de changer. D'abord subrepticement, depuis que les Conseils de recherche relèvent du ministère de l'industrie (vous avez bien lu...) et notamment depuis 1996, par l'implantation croissante de programmes thématiques de recherche. Il s'agit de programmes ciblés sur des enjeux scientifiques et sociaux imposés par les autorités fédérales, par exemple: «l'économie fondée sur les connaissances», «la cohésion sociale à l'ère de la mondialisation», et ... «fédéralisme et fédérations» (tiens donc!), des thèmes dont on voit bien comment ils peuvent orienter idéologiquement non seulement la recherche des professeurs vers le fédéralisme et le néo-libéralisme, mais aussi, dans le même sens, la formation des étudiants à travers la transmission dans l'enseignement des fruits de ces recherches.

Puis, plus clairement, par l'instauration, en 2000, d'un programme de Chaires permettant aux universités d'offrir des salaires et des moyens de recherche exceptionnels susceptibles soit de retenir au Canada des professeurs déjà en place mais qui risquent d'accepter de meilleurs conditions offertes par les universités américaines, soit d'y ramener ceux qui ont déjà quitté,

soit encore d'exercer sur des stars académiques internationales un attrait qui ne se dégage pas immédiatement du climat canadien...

On aura saisi que les priorités entre les disciplines sont dès lors déterminées par l'intérêt variable qu'elles suscitent sur le marché et le déséquilibre pervers qui s'instaure ainsi entre les moyens respectivement accordés à la recherche orientée et appliquée et à la recherche fondamentale et libre. On aura saisi également l'impossibilité, pour les provinces, de contrôler leurs politiques respectives d'enseignement supérieur et plus particulièrement de recherche.

Il s'agit donc d'un envahissement par les autorités fédérales des compétences provinciales —ou, dans le cas de partenariats imposés, d'une vente au secteur privé des compétences provinciales par les autorités fédérales— à travers un instrument qui n'est pas nouveau, mais toujours efficace, surtout quand il vise les individus et non les gouvernements, échappant ainsi au contrôle judiciaire: le pouvoir de dépenser. Sans doute faute de saisine, et certainement pour profiter quand même de l'argent ainsi distribué, le Québec n'a pas vraiment réagi, du moins jusqu'à la mise sur pied de la Commission (Séguin) sur le déséquilibre fiscal⁵⁰.

Mais la réaction a été plus vive devant l'«Union sociale canadienne»⁵¹, un document administratif dépourvu de caractère et même de validité constitutionnels instaurant un programme fédéral-provincial régissant la gestion des politiques sociales⁵², lui aussi basé sur le pouvoir de dépenser. Affectées par la réduction des transferts fiscaux fédéraux aux provinces dans les domaines où existaient antérieurement des programmes à frais partagés, les provinces ont constitué en 1995 un comité interprovincial chargé de déterminer un encadrement au pouvoir de dépenser qui permette la relance de ces programmes, notamment en matière de santé et de services sociaux.

Sur la base du rapport de ce comité un consensus a par la suite été dégagé en 1998 à Saskatoon, en vertu duquel les provinces qui souhaitaient conserver leur autonomie normative sur ces programmes pouvaient se retirer —avec pleine compensation fiscale— des programmes conjoints mis sur pied par les autorités fédérales et les provinces consentantes. Pourtant, de l'avis unanime fort bien résumé par Alain Noël, l'accord signé par les territoires et toutes les provinces sauf le Québec en 1999 ne reflète en rien le consensus de 1998:

«rôle subordonné des provinces, obligations strictes quant à la mobilité, absence d'assurances quant à la suffisance, la stabilité et la prévisibilité du financement des programmes, mécanismes peu contraignants de résolution des différends, et encadrement presque virtuel du pouvoir de dépenser: à tous égards, l'entente sur l'union sociale se situe bien en deçà de des propositions élaborées conjointement par les provinces depuis la publication du rapport de 1995»⁵³.

C'est donc l'ensemble des politiques sociales qui vient de passer sous coupe fédérale, sans modification constitutionnelle, par un simple accord administratif fédéral/provincial que sa nullité constitutionnelle n'empêche pas d'avoir des effets concrets

• • •

Au terme de ces trois périodes que l'on peut distinguer dans la centralisation croissante du fédéralisme canadien, non seulement les compétences stratégiques pour le développement comme l'économie, les communications, l'aménagement, l'environnement et les ressources naturelles, mais les compétences beaucoup plus traditionnelles que constituent les relations de travail, le transport et même le droit matrimonial ont été presque entièrement fédéralisées par la voie judiciaire. Plus grave encore, du moins pour le Québec, des champs essentiellement liés aux exigences de la reproduction culturelle comme l'enseignement supérieur et les programmes sociaux échappent dorénavant aux provinces en vertu d'accords administratifs,

sans parler des structures de l'État, modifiées en profondeur par le rapatriement de la Constitution et les avis consultatifs de la Cour suprême. Au fait, que reste-t-il aux provinces? un pouvoir fiscal limité et la charge financière (sans l'autonomie normative qui devrait s'y rattacher) en matière d'enseignement universitaire et de services sociaux et de santé, de même que l'éducation primaire, secondaire et collégiale, le domaine public, les travaux publics, la propriété et le droit civil et une part réduite du système judiciaire.

En fait, la mesure des chevauchements entre les compétences provinciales et fédérales — impossible à décrire adéquatement ici, surtout pour des non-initiés à notre labyrinthe constitutionnel — se résume sans doute dans l'opposition entre la distribution des revenus et du pouvoir normatif et celle des charges financières. Ont ainsi été fédéralisées les compétences nécessaires au développement économique et plus particulièrement à l'ALENA et celles qui permettent le contrôle fédéral de la reproduction sociale et culturelle, sans parler des structures de l'État, alors que ne restent aux provinces que des compétences mineures, proches de celles d'une municipalité. En revanche, les charges que représentent la production et la distribution des services administratifs, sociaux, et de santé, de l'enseignement à tous les niveaux, de l'appareil judiciaire y compris dans les juridictions mixtes fédérales/provinciales, sont imposées aux provinces.

Dans ces circonstances, les chances de survie du fédéralisme canadien sont minces: en fait elles sont beaucoup plus minces que les chances de survie du Canada lui-même. L'éventualité la plus probable est en effet celle de la disparition plus ou moins lente du fédéralisme, qui achève de se dissoudre dans une trajectoire où la constitution canadienne s'oriente de plus en plus irrémédiablement vers le monisme d'un l'État unitaire qui continuera de faire des concessions rhétoriques aux minorités et au multiculturalisme, à condition qu'aucun pouvoir politique réel ne soit cédé sans retour à aucune minorité sur une parcelle de territoire. Il me paraît de plus en plus probable que cette transformation, encouragée et légitimée par le mode néo-libéral de mondialisation, se réalisera complètement avant que l'une ou l'autre des deux minorités politiques du Canada, québécoise ou autochtone, ne mette fin simultanément au fédéralisme et au Canada tel qu'on le connaît.

III- QUELLES LEÇONS POUR L'EUROPE?

L'histoire se répète rarement et les circonstances qui ont donné naissance respectivement à la fédération canadienne et à l'Union européenne sont si différentes que rien ne laisse présager une exception à cet égard. En effet, l'adoption au milieu du XIXe siècle par le Parlement britannique d'une constitution fédérale pour une de ses colonies qui ne cessera complètement de l'être que plus d'un siècle plus tard ne se présente pas comme la construction de l'Europe au cours du demi-siècle qui a fait suite à la dernière guerre mondiale. Les mouvements sont inversés: alors que le Canada alors uni a été divisé en provinces en 1867, l'Union européenne résulte de la volonté d'intégration d'États jusqu'alors et encore aujourd'hui(?) souverains. Le sentiment d'appartenance y règne et de nombreux pays font la queue à ses frontières pour y être intégrés⁵⁴, alors que le Canada est menacé d'éclatement, non seulement par le Québec mais, d'une autre façon et pour d'autres raisons, également par certaines provinces de l'Ouest dont, au premier chef, l'Alberta. En quoi, dès lors, l'Union européenne, qui n'a pas encore de constitution et n'est pas vraiment une fédération, risque-t-elle de subir une centralisation comparable à celle qui sévit maintenant au Canada? Pour y réfléchir ensemble, je propose d'examiner d'abord l'état actuel du droit sous les traités successifs jusqu'à Nice, puis la proposition de constitution actuellement sous débat.

Mais avant d'aborder cette analyse, il me paraît important de prendre en compte une préoccupation qui semble traverser la plupart des interventions qui ont précédé la mienne: celle du caractère démocratique —ou non— du processus d'adoption de l'éventuelle

constitution européenne. D'aucuns vont jusqu'à déduire que l'absence de référendum unique pan-européen ou distinct pour chaque pays membre impliquerait qu'il n'y ait pas de constitution. Je serais plutôt portée à croire qu'il y aurait alors une constitution non démocratique et illégitime, dans la mesure où la validation par référendum apparaît comme une condition indérogeable de légitimité. Pourtant, même alors, il faudrait nier le titre de «constitution» aux lois fondamentales de plusieurs pays, dont au moins le Canada et les États-Unis... ce qui ne me paraît pas très réaliste.

Quoiqu'il en soit, cette question ne fait pas partie de mon propos ici et je ne l'ai abordée que pour le souligner, même si je m'inquiète qu'elle polarise les débats d'opinion au détriment du contenu centralisateur de l'éventuelle constitution, qu'il sera éventuellement trop tard pour rectifier. C'est donc uniquement de centralisation européenne qu'il sera question ici, et je me placerai pour en parler d'abord en droit européen actuel, puis dans l'hypothèse où le Traité instituant une constitution pour l'Europe, voté par les chefs d'État et de gouvernement de l'Europe élargie à 25 le 18 juin dernier, deviendrait une constitution valide.

1. Dans l'état actuel du droit européen

Les apparences sont parfois trompeuses, de sorte que certains éléments des traités qui ont institué l'Union, s'ils ne comportent pas, du moins à ma connaissance, de dispositions analogues à celles qui permettent au Canada l'exercice des pouvoirs résiduaire, déclaratoire et d'expropriation, intègrent néanmoins les plus envahissants des instruments de centralisation dont la fédération canadienne donne le modèle: prépondérance et compétence accessoire implicite, et pourraient bien déboucher sur celles de l'urgence...

a. Prépondérance

Tout d'abord, l'Union n'est pas un pays actuellement doté d'une constitution, puisque nous sommes ici pour discuter de la pertinence d'en adopter une, mais un regroupement de 25 pays liés par trois traités successifs : Rome⁵⁵, Maastricht⁵⁶ et Amsterdam⁵⁷. Ces traités, qui sont au départ des instruments de droit international, sont par ailleurs directement intégrés dans l'ordre constitutionnel interne de la plupart des pays membres, de sorte qu'ils peuvent être qualifiés d'une certaine manière de « constitution externe » de ces pays⁵⁸. Il en résulte, dès avant même l'adoption d'une constitution, une nullité des dispositions constitutionnelles nationales incompatibles avec ces traités et une suprématie des directives de l'Union sur les lois nationales⁵⁹, qui rend inutile aussi bien le mécanisme canadien du désaveu des lois que la théorisation judiciaire d'une prépondérance qui se trouve déjà dans les textes. Ainsi, des *directives* peuvent-elles non seulement avoir priorité sur les *lois* de pays qui se croient encore *souverains*, et dont l'un fut la patrie de Kelsen, mais encore accaparer pour leur seule mise en oeuvre 60% de l'activité législative d'une République voisine⁶⁰...

b. Compétence accessoire implicite

Les compétences de l'Union étant au surplus formulées non pas comme des domaines d'intervention de l'État ou même comme des tâches, mais comme des objectifs à atteindre et des moyens pour les réaliser, on est en présence d'instruments exceptionnels de centralisation, déjà analogues au départ à la compétence accessoire implicite dont je vous ai expliqué l'effet sur le partage des compétences au Canada, et qui rendent *apparemment* inutile l'adoption d'une théorie des « dimensions européennes ». Cela est particulièrement frappant si l'on considère l'ampleur et l'imprécision de ces buts et de ces moyens.

Les buts comprennent en effet rien de moins que la promotion dans l'ensemble de l'Union d'un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques, d'un niveau

d'emploi et de protection sociale élevé, de l'égalité entre les hommes et les femmes, d'une croissance durable et non inflationniste, d'un haut degré de compétitivité et de convergence des performances économiques, d'un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de vie, de la cohésion économique, sociale, et de la solidarité entre les États membres⁶¹.

Quant aux catégories d'actions autorisées pour réaliser ces objectifs, elles comportent l'interdiction des droits de douane, une politique commerciale commune, la libre circulation des marchandises, personnes, services et capitaux, une politique commune dans les domaines de l'agriculture, de la pêche, des transports, un régime de concurrence, l'harmonisation des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun⁶², sans exclure toute action qui paraît nécessaire pour réaliser ces objectifs dans le cadre du marché commun, l'un des objectifs de la communauté⁶³. Qui dit mieux ? Les tribunaux, bien sûr, qui ont reconnu une compétence implicite rattachée à ces compétences expresses⁶⁴. Combien leur faudra-t-il de temps, et quel genre de catastrophe pour emprunter aussi les théories des dimensions nationales et de l'état d'urgence?

De toutes façons, on serait quand même déjà en présence d'une quasi-fédération potentiellement hypercentralisée, si ce n'était du partage des compétences fiscales qui, en l'absence jusqu'à présent d'administration fiscale européenne, confie aux États-membres la perception des trois-quarts des ressources⁶⁵, dont la levée est par ailleurs soumise à un vote unanime du Conseil de l'Union européenne. Le budget est quant à lui soumis à l'approbation du Parlement et du Conseil de l'Union européenne, ce dernier statuant à majorité qualifiée⁶⁶.

Certes ce mécanisme exclut concrètement l'existence de tout instrument fiscal équivalent au « pouvoir de dépenser », lequel est déjà formellement inconcevable en l'absence d'une constitution fédérale classique. Mais ce verrou que constitue le veto du Conseil de l'Union européenne sur la perception des revenus nécessaires aux dépenses de l'Union, qui a déjà fait l'objet de propositions d'abolition lors des négociations infructueuses du Traité de Nice, pourrait bien sauter éventuellement suite à la présence dans l'Union des pays de l'Europe de l'Est. Dans de telles circonstances, l'Union européenne n'aurait plus rien à envier au jacobinisme français.

Bref, même avant d'être dotée officiellement d'une constitution, l'Union européenne vit sous un régime juridique qui intègre déjà des versions beaucoup plus envahissantes de la compétence accessoire implicite et de la prépondérance que celles qu'ont développée les tribunaux canadiens, alors que par ailleurs le libellé des traités rend inutile le pouvoir de désaveu et même — du moins c'est ce que je croyais avant de lire le projet de constitution — le concept interprétatif de « dimension européenne ». Elle semble pour l'instant à l'abri d'autres maux dont souffre la constitution canadienne comme le pouvoir de dépenser et les expropriations emportant compétence législative, mais pour combien de temps?

Dans ces circonstances, il me semble donc que ce n'est pas tant la question de constitutionnaliser des traités déjà intégrés dans les constitutions internes des pays membres de l'Union qui pose problème, mais celle de savoir quel sera le contenu de cette constitution. D'où l'intérêt d'étudier le contenu du projet de *Traité établissant une constitution pour l'Europe* à la lumière des enseignements que l'on peut dégager de l'expérience canadienne

2. Sous le régime du Traité établissant une constitution pour l'Europe

Abolissant formellement par son article IV-2 les traités antérieurs, la Constitution projetée les réintègre en grande partie, avec des modifications et surtout des ajouts importants. Qu'en est-il dès lors de la centralisation sous le régime du projet de *Traité* établissant la nouvelle constitution: s'y trouve-t-elle atténuée par rapport à la situation du droit actuellement en

vigueur? Malgré des apparences trompeuses au point de départ, il semble bien qu'elle soit au contraire accentuée.

a. Des apparences trompeuses

À première vue il semblerait que *trois* éléments au moins de cette constitution projetée favorisent une certaine décentralisation: la possibilité de sortir de l'Union pour les États-membres qui le désireraient, la «*coopération renforcée*» et l'attribution des compétences résiduelles à ces mêmes États.

• **La possibilité de sécession** La nouvelle «Constitution» résulterait d'un traité international et n'impliquerait pas formellement la fusion des États pré-existants, qui au contraire ne seraient liés par cette constitution que par le truchement d'une ratification selon leur procédure constitutionnelle propre. Dans ces circonstances, il faut bien conclure que le terme «constitution» est utilisé ici rhétoriquement, pour sa fonction symbolique et non dans son sens usuel de document fondateur d'un pays souverain. Il en résulterait de toutes façons en principe que, par la suite, les pays membres pourraient se dissocier de l'Union en dénonçant le traité par la même procédure, et c'est ce que le texte projeté confirme à l'article IX 59.1. Il s'agit d'une souplesse que la constitution canadienne ne connaît pas⁶⁷: mais cette souplesse est toute juridique et formelle, puisqu'une telle séparation est pratiquement impossible politiquement une fois que les institutions politiques et les économies sont imbriquées au point où l'implique l'Union européenne.

• **La «coopération renforcée»** Prévue à l'article 43 du Traité établissant une constitution pour l'Europe, la «coopération renforcée» intervient lorsque le Conseil des ministres de l'Union décide qu'il est impossible pour l'Union dans son ensemble d'atteindre dans un délai raisonnable les objectifs poursuivis par la coopération dans le domaine des compétences non exclusives de l'Union. Il s'agit en fait d'une possibilité de contourner l'exigence d'unanimité ou de majorité qualifiée requise pour les décisions de l'Union, en permettant à un groupe plus restreint —qui doit cependant atteindre un tiers des pays membres— de poursuivre certains objectifs sans l'accord des autres, auxquels ces décisions de «coopération renforcée» ne s'appliquent pas.

Bref, au lieu d'une coopération «renforcée», il s'agit d'une possibilité de coopération «restreinte aux États consentants», impliquant automatiquement l'autorisation pour les autres pays membres d'échapper à cette coopération à laquelle ils ne sont pas prêts, ou dont ils ne veulent tout simplement pas, donc d'un *opting out*⁶⁸, déguisé en son contraire par un euphémisme idéologique...

Ce mécanisme, propre au droit «constitutionnel» européen⁶⁹, est sans doute le plus positif de ceux que nous examinons ici, et celui qui permettrait le mieux de contrer la centralisation et de mitiger les effets du remplacement de l'unanimité par la majorité qualifiée. Il pourrait en effet en résulter à terme un fédéralisme asymétrique qui conviendrait mieux à chacun des États membres. Mais cela sous réserve d'inapplication dans les domaines de compétence exclusive de l'Union, dont nous verrons à l'instant le caractère indéfiniment extensible.

• **L'attribution de la compétence résiduelle aux États** Contrairement à la Constitution canadienne qui, on l'a vu, attribue expressément la compétence résiduelle au Parlement fédéral, la nouvelle constitution européenne attribuerait cette compétence aux États membres de l'Union, comme le prévoit son article III 9.1. Encore faut-il savoir ce que ce «résidu», car c'en est un, comporte, et dans quelle mesure il est à l'abri de l'intervention législative de l'Union... C'est ce que nous allons voir en analysant les instruments de centralisations expressément prévus dans cette constitution projetée.

b. Des instruments explicitement centralisateurs

En effet, la nouvelle constitution réintègre en grande partie les traités antérieurs qu'elle remplacerait, dont elle maintient certains acquis dont nous avons vu qu'ils recourent déjà des instruments de centralisation contenus dans la constitution canadienne. Par ailleurs les compétences attribuées à l'Union, désormais formulées non seulement en termes d'objectifs, mais de champs d'intervention, sont indéfiniment extensibles et réduisent celles des États au point qu'on n'arrive pas à les énumérer.

- **Le maintien des acquis**

Déjà en vigueur dans le droit européen actuel, le principe de la prépondérance est repris dans la constitution projetée alors que la compétence accessoire, absente du texte des traités mais affirmée par les tribunaux, y figure explicitement.

Prépondérance maintenue Les traités antérieurs prévoyaient déjà la prépondérance des directives de l'Union sur les législations des États-membres: cette prépondérance s'énonce maintenant comme celle du droit de l'Union adopté dans l'exercice de ses compétences sur le droit des États membres, sans qu'aucune restriction ne soit formulée à son application.

Compétence accessoire explicitée Quant à la compétence accessoire, déjà confirmée par la Cour de Justice Européenne en marge des catégories d'actions autorisées pour réaliser les objectifs proposés à l'Union par les traités antérieurs⁷⁰, elle fait maintenant l'objet d'une explicitation formelle en ce qui concerne la conclusion d'accords internationaux dans le texte même de la constitution proposée (article III 12.2).

- **La centralisation accrue**

Mais la nouvelle constitution ne s'arrêterait pas là: elle vise à doter l'Union de compétences indéfiniment extensibles par le truchement de mécanismes si semblables à ceux qui marquent le contexte de la centralisation au Canada qu'à la lecture du texte, tout constitutionnaliste canadien normalement constitué se demande si Valéry Giscard d'Estaing n'est pas venu chez nous suivre le cours d'introduction au droit constitutionnel canadien... On y retrouve en effet non seulement les théories du champ inoccupé — si peu importante maintenant au Canada que je n'ai pas cru nécessaire de la mentionner parmi les instruments de la centralisation canadienne— et celle que l'on peut qualifier de «dimensions européennes», que le degré de centralisation actuel dans le droit européen actuel rend apparemment inutile, mais même une sorte de pouvoir déclaratoire, sans parler d'un mécanisme absent chez nous, la délégation imposée, qui confine à la décentralisation administrative. Avant d'analyser successivement chacun de ces mécanismes, je voudrais aborder l'ensemble de l'attribution des compétences.

Attribution des compétences Il faut déjà noter —car le vocabulaire n'est pas innocent— que dans la constitution proposée, on ne trouve pas de rubrique «Partage des compétences» comme il sied dans une fédération, mais plutôt un titre III qui porte sur «Les compétences de l'Union»... ce qui en dit long. Ces compétences sont ou bien *exclusives* ou bien *partagées*, et sont formulées à la fois en termes d'objectifs à atteindre et de champs d'intervention.

Les compétences *exclusives* portent ainsi à la fois sur l'établissement de règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur et sur la politique monétaire, la politique commerciale, l'Union douanière et la conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche.

Quant aux compétences *partagées*, formulées uniquement en termes de champs d'intervention, elles portent sur le marché intérieur, la liberté, la sécurité, la justice, l'agriculture et la pêche (à l'exclusion de la conservation des ressources biologiques de la mer), le transport, l'énergie, une partie de la politique sociale, la cohésion économique sociale et territoriale, l'environnement, la protection des consommateurs, les enjeux communs en matière de santé publique, une partie du développement économique et de l'aide humanitaire. S'y ajoutent des compétences *non qualifiées*, mais qui semblent exclusives de leur nature: le pouvoir de coordination des politiques économiques et d'emploi et la politique étrangère et de sécurité commune. Il faut encore compter avec le pouvoir de l'Union de «mener des actions d'appui, de coordination ou de complément» dans les domaines de l'industrie, de la protection et l'amélioration de la santé humaine, l'éducation, la formation professionnelle, la jeunesse et le sport, la culture, la protection civile, certes dans la mesure où il s'agit de la «finalité européenne» de ces matières et à l'exclusion d'une harmonisation des politiques des États membres en ces matières.

Que reste-t-il dès lors aux États-membres comme compétences résiduelles? Le droit civil à l'exclusion de la protection des consommateurs? L'industrie, la santé, l'éducation incluant une partie de la recherche, une partie de la coopération et de l'aide humanitaire, la culture et la protection civile dans leur «finalité non européenne»? Ai-je oublié quelque matière? Réfléchissez-y car nous y reviendrons.

«Champ inoccupé» Il existait autrefois en droit constitutionnel canadien une théorie dite «du champ inoccupé», par la suite explicitement rejetée par les tribunaux⁷¹, de sorte que je la croyais suffisamment démodée pour ne pas avoir attiré l'attention des rédacteurs du projet de traité européen. J'ai dû me rendre compte à la lecture de leur texte que j'avais eu tort: on retrouve en effet bel et bien une disposition expresse en ce sens à l'article III 11.2, qui prévoit que «[...] Les États-membres exercent leur compétence [partagée] dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne ou a décidé de cesser de l'exercer», ce qui paraît exclure une occupation conjointe du champ par les États membres et l'Union dès que cette dernière est intervenue dans des domaines pourtant désignés comme de compétence partagée...

«Dimensions nationales/finalité européenne» J'ai évoqué plus haut⁷², dans le cadre des instruments de centralisation présents dans le contexte du droit constitutionnel canadien, la théorie dite des «dimensions nationales», en vertu de laquelle les tribunaux ont estimé que le Parlement pouvait légiférer dans les domaines de compétences des provinces pour régler des problèmes qui avaient pris des «dimensions nationales». On retrouve une disposition d'un effet analogue à l'article III 16.1 de la constitution proposée, qui autorise l'Union à mener des actions d'appui, de coordination et de complément dans la mesure de la *finalité européenne* de champs qui relèvent par ailleurs de la compétence résiduelle des États membres.

«Pouvoir déclaratoire/clause de flexibilité» Cet instrument de modification unilatérale du partage constitutionnel, bien connu des constitutionnalistes canadiens, est si exorbitant qu'il me paraissait peu probable de le retrouver dans la constitution européenne projetée. Erreur, encore une fois, puisqu'on en retrouve une version à l'article III 17.1, selon lequel:

«Si une action de l'Union paraît nécessaire dans le cadre des politiques définies à la Partie III pour atteindre l'un des objectifs fixés par la Constitution, sans que celle-ci ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil des ministres, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées»

Il s'agit donc bien d'une possibilité pour les autorités de l'Union de modifier unilatéralement la constitution dans le sens de la centralisation.

Délégation imposée Tous les instruments centralisateurs analysés jusqu'ici dans le contexte de la constitution proposée pour l'Union européenne tiennent de l'invasion des compétences des États membres par le droit des institutions de l'Union: ils ont donc pour effet de réduire leurs compétences effectives en augmentant celles de l'Union, de centraliser à l'extrême le régime constitutionnel prévu, mais ils maintiennent néanmoins cette constitution proposée dans le cadre du fédéralisme. Avec la délégation imposée, cette frontière est franchie, et l'article III 10.2, qui prévoit que «Les États-membres prennent toutes les mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations [...] résultant des actes des institutions de l'Union», fait des États membres des subordonnés de l'Union, selon un modèle qui déroge au fédéralisme — dont tous les auteurs s'entendent à fixer le seuil au point où la souveraineté parallèle des entités constituantes cède à leur subordination à l'ordre fédéral⁷³ — pour tomber dans la décentralisation administrative. Il paraît dès lors inexact de parler de maintien de la souveraineté des États-membres, désormais non plus seulement envahis dans leurs compétences par les institutions européennes, mais soumis à l'autorité de l'Union et obligés d'assurer l'exécution des normes qu'elle adopte.

* * *

Au terme de cette analyse de la distribution des compétences prévue dans la constitution projetée pour l'Union européenne, on constate une centralisation d'une portée telle qu'elle dépasse en étendue celle qui règne déjà dans ce que je voyais au départ comme l'*anti-modèle* canadien, qui s'avère pourtant moins centralisé que l'Union telle qu'elle émergerait si le *Traité établissant une constitution pour l'Europe* devait être conclu tel quel.

En effet, les pouvoirs exclusifs de l'Union sont énoncés en termes d'objectifs et de champs indéfiniment extensibles et formulés dans des termes flous dont les possibilités d'interprétation doivent déjà faire saliver les membres de la Cour de justice, alors que la prépondérance du droit de l'Union sur celui des États-membres est universelle, ce qui dépasse en envergure les éléments comparables de la constitution canadienne, dont les pires instruments de centralisation — champ inoccupé, dimensions nationales et pouvoir déclaratoire, (ces deux derniers repris sous les termes pudiques de «finalité européenne» et «clause de flexibilité») — se retrouvent par ailleurs dans le texte proposé. Dans ces circonstances, on se demande qui peut servir de modèle à qui en matière de centralisation...

Mais il n'y a pas que la portée de la centralisation qui soit finalement plus étendue dans l'Union européenne que dans la fédération canadienne. Il faut aussi tenir compte des objectifs néo(rétro)-libéraux de cette centralisation — «un marché unique où la concurrence est libre et non faussée» — qui seraient également constitutionnalisés. Là encore la fiction européenne dépasse la réalité canadienne, car une tentative analogue du gouvernement Mulrooney en 1991 de constitutionnaliser le programme du parti conservateur par une dévolution rhétorique de compétences aux provinces et une centralisation très marquée des compétences économiques, proposée par le rapport Beaudoin-Dobie («Bâtir ensemble le Canada»), a échoué.

Sans doute la centralisation ne vous inquiète-t-elle pas autant que moi, et allez-vous me dire que vous la souhaitez pour construire une Europe à laquelle vous vous identifiez: encore faut-il tenir ces positions en toute conscience que la souveraineté des États-membres est déjà de la nature d'un trompe-l'oeil et que leur statut se rapproche davantage de la décentralisation administrative que du fédéralisme.

La question que je vous propose de considérer est celle de savoir si le statut que vous ambitionnez pour votre pays dans l'avenir se situe entre le statut actuel du Québec dans la fédération canadienne et celui d'une autorité municipale dans un État unitaire. C'est dans ce sens que nous du Québec, faisons de la science politique fiction pour vous Européens.

Certes, je n'ai pas abordé la question des institutions européennes qui subiraient aussi une restructuration substantielle dans le cadre de cette constitution projetée, et vous allez sans doute aussi me dire que c'est justement là la clef d'un équilibre moins centralisé qu'il n'y paraît. Notamment, le vote à l'unanimité a jusqu'ici assuré l'adhésion de chaque État-membre aux mesures qui lui sont imposées comme à celles qu'il doit impérativement appliquer sur son territoire. Mais le texte proposé ouvre déjà soixante-dix domaines d'intervention à la majorité qualifiée, ce qui ne suffit pas à la Commission européenne, qui trouve nécessaire de mettre fin au vote à l'unanimité⁷⁴. Dans ces circonstances, il y a lieu de craindre que l'évolution à prévoir ne contrarie pas la tendance établie à la centralisation massive...

Il convient donc de prendre en compte les autres modifications envisagées à l'architecture institutionnelle de l'Union, et c'est sur vous que je compte pour m'éclairer là-dessus comme sur d'autres questions reliées au partage des compétences, qui restent encore obscures pour moi. Je vais donc vous soumettre à un traitement cruel et inusité pour des étudiants européens, si j'en crois ceux qui fréquentent mon séminaire de doctorat à Montréal, et vous demander d'interagir durant le temps qui nous reste pour m'indiquer:

- y a-t-il d'autres compétences internes des États que je n'ai pas relevées?
- y a-t-il des protections de ces compétences que je n'ai pas relevées?
- quelle protection les textes européens accordent-ils aux droits collectifs, notamment en matière culturelle (langue d'enseignement, de travail?) ou sociale (droits syndicaux?), etc.?
- en quoi les institutions européennes viennent-elles corriger la centralisation observée?
- en quoi le *Projet de Traité établissant une constitution pour l'Europe* vient-il corriger le déficit démocratique qui prévaut actuellement dans l'Union?

¹ Cette première partie résulte de la synthèse de plusieurs de mes travaux antérieurs, mentionnés au cours du texte lorsque c'est pertinent. En particulier, toute ressemblance avec «Le pouvoir fédéral de dépenser», Annexe 2 du *Rapport de la Commission sur le déséquilibre fiscal*, Québec, Bibliothèque nationale du Québec, 2002, n'est pas fortuite puisqu'il s'agit d'un texte que j'ai rédigé pour cette commission dont j'étais membre et que j'utilise ici (et ailleurs) avec l'autorisation du ministère des finances du Québec.

² *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.

³ *Liquidators of Maritime Bank c. Receiver General of New-Brunswick*, [1892] A.C. 437(C.P.).

⁴ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 56 (la Cour).

⁵ André TREMBLAY, «Judicial Interpretation and the Canadian Constitution», [1991/92] 1 *N.J.C.L.* 163, 165. La présente section de ce texte est largement inspirée, avec l'accord de l'auteur, de cet article qui constitue une excellente synthèse sur cette période.

⁶ Sur cette question, voir : Andrée LAJOIE, Pierrette Mulazzi et Michèle Gamache, «Les idées politiques au Québec et le droit constitutionnel canadien», dans Andrée LAJOIE et Ivan BERNIER (dir.), *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*, Études de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, n° 47, Ottawa, Approvisionnements et services Canada, 1986, p. 1-110.

⁷ *Cushing c. Dupuy*, (1880) 5 A.C. 409 (C.P.).

⁸ *A.G. Ontario c. A.G. Canada* [1896] A.C. 348 (C.P.).

⁹ *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121.

¹⁰ *John Deere Plow Co. c. Wharton*, 1915 A.C.330 (C.P.).

¹¹ *Russell c. R.*, (1882) 7 A.C.829 (C.P.).

12 *R. c. Crown Zellerbach*, [1988] 1 R.C.S. 401; *Friends of the Oldman River c. Canada*, [1972] 1
R.C.S. 3.

13 *Fort Frances Pulp and Paper Co. c. Manitoba Free Press*, [1923] A.C. 330 (P.C.).

14 François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.M., 1982, p. 389.

15 Le Gouverneur-général est le représentant de Sa Majesté la Reine du chef du Canada
(en vertu d'une fiction juridique, la Reine d'Angleterre dans sa fonction de chef du
Commonwealth, exerce les fonctions de chef d'État dans chacun des pays concernés)
dans l'ordre fédéral au Canada. Des «lieutenants-gouverneurs» existent pour chaque
province.

16 *Id.*, p. 25.

17 *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, note 4, par. 55 (la Cour).

18 Andrée LAJOIE, *Le pouvoir déclaratoire du Parlement, augmentation discrétionnaire de la compétence
fédérale au Canada*, Les Presses de l'Université de Montréal, 1969, p. 123 et suiv.

19 *Id.*, p. 67 et suiv.

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

21 *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 2, art. 36(2), qui s'énonce: «*Le Parlement
et le gouvernement du Canada prennent l'engagement de principe de faire des
paiements de péréquation propres à donner aux gouvernements provinciaux des
revenus suffisants pour les mettre en mesure d'assurer les services publics à un
niveau de qualité et de fiscalité sensiblement comparables*».

22 «Le pouvoir fédéral de dépenser», Annexe 2 du *Rapport de la Commission sur le déséquilibre fiscal*,
Québec, Bibliothèque nationale du Québec, 2002.

23 Pour les références aux décisions impliquées dans les deux premières périodes de cette analyse, voir
Andrée LAJOIE, «Il Québec e la costituzione canadese: Processo al federalismo», dans Nino
OLIVETTI RASON (dir.), *L'Ordinamento costituzionale del Canada*, Torino, Giappichelli Editore,
1997, p. 88-125.

24 Année où les litiges impliquant la Charte commencent à y arriver pour décision finale, après leur
passage devant les tribunaux inférieurs.

25 *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, précité, note 12.

26 *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641.

27 *Hunt c. T.&N. P.L.C.*, [1993] 4 R.C.S. 289.

28 *Id.*

29 *Banque de Montréal c. Hall*, précité, note 9.

30 *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 163.

31 *P.G. Canada c. St-Hubert Base Teachers' Association*, [1983] 1 R.C.S. 498; *Northern Telecom Ltée
c. Les travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733; *Renvoi relatif à The Upper
Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Procureur Général du Canada c.
Transports Nationaux du Canada*, [1983] 2 R.C.S. 206; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *La
Reine c. Big M. Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 227; *R.
c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, précité, note 12; *Bell Canada c. Québec (C.S.S.T.)*, [1988] 1
R.C.S.749; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, précité, note 26; *Quebec Ready
Mix c. Rocois construction*, [1989] 1 R.C.S. 695; *Banque de Montréal c. Hall*, précité, note 9; *R. c.
S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c.
Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*, [1990] 2 R.C.S. 838; *Whitbread c. Walley*,
[1990] 3 R.C.S. 1273; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Renvoi: Régime d'assistance du Canada
(C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Canada (C.D.P.) c. Sun Life du Canada, Cie d'assurance-vie*, [1991] 3
R.C.S. 689; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, précité, note
12; *Association des assureurs-vie du Canada c. Association provinciale des assureurs-vie du Québec*,
[1992] 1 R.C.S. 449; *Ontario Hydro c. Ontario (C.R.T.)*, [1993] 3 R.C.S. 327; *R. c. Morgentaler*,
[1993] 3 R.C.S. 463; *Hunt c. T.&N. P.L.C.*, précité, note 27; *Téléphone Guèvremont c. Régie des
télécommunications du Québec*, [1994] 1 R.C.S. 878; *R.J.R.-Macdonald Inc. c. Canada (Procureur
Général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3

R.C.S. 453; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783.

32 *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1133; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, note 4.

33 *Ministre des finances de la province du Nouveau-Brunswick c. Simpsons-Sears Ltée*, [1982] 1 R.C.S. 144; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, précité, note 30; *Conseil canadien des relations du travail c. Paul l'Anglais Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 147; *Municipalité de Peel c. Mackenzie*, [1982] 2 R.C.S. 9; *R. c. Edwards Books*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Renvoi relatif au projet de loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *S.E.F.P.O. c. Ontario (P.G.)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Rio Hotel Ltd. c. N.-B. (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *O'Hara c. Colombie-Britannique*, [1987] 2 R.C.S. 591; *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680; *Commission des écoles protestantes du Grand-Montréal c. Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 377; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur Général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161; *Alberta Government Telephones c. Canada (C.R.T.C.)*, [1989] 2 R.C.S. 225; *F.I.O.E. c. Alberta Government Telephones*, [1989] 2 R.C.S. 318; *Travailleurs unis des transports c. Central Western Railway Corp.*, [1990] 3 R.C.S. 1112; *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371; *Renvoi relatif à la taxe de vente du Québec*, [1994] 2 R.C.S. 715; *Ontario c. Canadian Pacifique Ltée.*, [1995] 2 R.C.S. 1028; *Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York*, [1996] 2 R.C.S. 929; *Germain c. Montréal (Ville de)*, [1997] 1 R.C.S. 1144; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950.

34 Ce qui inclue les causes où le gouvernement du Québec était partie et celles provenant du Québec mais n'impliquant pas le gouvernement.

35 *P.G. Canada c. St-Hubert Base Teachers' Association, Northern Telecom Ltée c. Les travailleurs en communication du Canada, Renvoi relatif à The Upper Churchill Water Rights Reversion Act, Bell Canada c. Québec (C.S.S.T.), Québec Ready Mix c. Rocois construction, Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux), Association des assureurs-vie du Canada c. Association provinciale des assureurs-vie du Québec, Téléphone Guèvremont c. Régie des télécommunications du Québec, R.J.R.-Macdonald Inc. c. Canada (Procureur Général), R. c. Hydro-Québec*, précités, note 31.

36 *Bisaillon c. Keable*, précité, note 32; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, note 4.

37 *Conseil canadien des relations du travail c. Paul l'Anglais Inc., Commission des écoles protestantes du Grand-Montréal c. Québec (P.G.), Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur Général), Germain c. Montréal (Ville de)*, précités, note 33.

38 *Procureur Général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, R. c. Wetmore, La Reine c. Big M. Drug Mart, Scowby c. Glendinning, R. c. S. (S.), R. c. Swain, R. c. Morgentaler, R. c. Hydro-Québec*, , *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, précités, note 31.

39 *Bisaillon c. Keable*, précité, note 32.

40 *Renvoi relatif à The Upper Churchill Water Rights Reversion Act, Bell Canada c. Québec (C.S.S.T.), Québec Ready Mix c. Rocois construction, Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux), Canada (C.D.P.) c. Sun Life du Canada, Cie d'assurance-vie, Téléphone Guèvremont c. Régie des télécommunications du Québec, Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national, Succession Ordon c. Grail*, précités, note 31, *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, précité, note 26.

41 *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur Général), Rio Hotel Ltd. c. N.-B. (Commission des licences et permis d'alcool)*, précités, note 33.

42 *Ministre des finances de la province du Nouveau-Brunswick c. Simpsons-Sears Ltée, Municipalité de Peel c. Mackenzie, Air Canada c. Colombie-Britannique, Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District), Renvoi relatif à la taxe de vente du Québec, Ontario Home Builders' Association c. Conseil scolaire de la région de York, Germain c. Montréal (Ville de)*, précités, note 33.

43 *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004, *Lignes aériennes Canadien*
Pacifique Ltée c. Colombie-Britannique, précités, note 32.

44 *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, précité, note 30, *Conseil canadien des relations du travail c.*
Paul l'Anglais Inc., *R. c. Edwards Books, S.E.F.P.O. c. Ontario (P.G.)*, *O'Hara c. Colombie-*
Britannique, *Travailleurs unis des transports c. Central Western Railway Corp.*, précités, note 33.

45 *P.G. Canada c. St-Hubert Base Teachers' Association*, *Northern Telecom Ltée c. Les travailleurs en*
communication du Canada, *Bell Canada c. Québec (C.S.S.T.)*, précités, note 31.

46 précité, note 31.

47 précité, note 32.

48 Voir Nino OLIVETTI RASON, *op. cit.*, note 23

49 *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 2, art. 93.

50 Commission sur le déséquilibre fiscal, *Pour un nouveau partage des moyens*
financiers au Canada — Rapport, Québec, Bibliothèque nationale du Québec, 2002.

51 *Un cadre visant à améliorer l'union sociale pour les Canadiens*, Entente entre le gouvernement du
Canada et les gouvernements provinciaux et territoriaux, 4 février 1999.

52 Alain NOËL, «Étude générale sur l'entente», dans Alain. G. GAGON, (dir.), *L'union sociale*
canadienne sans le Québec, Montréal, Éditions Saint-Martin, 2000.

53 *Id.*, p. 28.

54 On note cependant que certains pays européens de l'Ouest se sont montrés longtemps
réticents: Irlande et Danemark, qui se sont finalement intégrés sous pression de
referendums successifs, alors que la Norvège et la Suisse résistent encore. Par ailleurs,
les majorités ont été dans l'ensemble extrêmement faibles.

55 *Traité instituant la Communauté européenne*, signé à Rome le 25 mars 1957.

56 *Traité sur l'Union européenne*, signé à Maastricht le 7 février 1992.

57 *Traité d'Amsterdam*, signé à Amsterdam le 2 octobre 1997.

58 Au sens où l'entend Stephen CLARKSON, *Uncle Sam and Us: globalization,*
neoconservatism, and the Canadian state, Toronto/Washington, University of Toronto
Press and Woodrow Wilson Center Press, 2002.

59 *Traité instituant la Communauté européenne*, art. 249.

60 Bernard Cassin, «Une constitution pour sanctuariser la loi du marché». *Le Monde*
diplomatique, avril 2004, pp. 6-7.

61 *Id.*, art. 2.

62 *Id.*, art. 3.

63 *Id.*, art. 308.

64 Cour de justice des communautés européennes, 29.11 1956, *Fédéchar*, aff. 8/55, Rec. 291.

65 94/728/CE, Eurotom, Décision du Conseil du 31 octobre 1994, relative aux ressources propres des
Communautés européennes.

66 *Traité sur l'Union européenne*, art. 203 et 251.

67 *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, note 4.

68 Même Jacques Delors et Eric Philippart l'admettent dans une étude du Groupement
d'études et de recherche Notre Europe, «Un nouveau mécanisme de coopération
renforcée pour l'Union Européenne élargie», publié dans *Études et Recherches* n° 22,
Mars 2003.

69 Il existait déjà dans le *Traité instuant la Communauté européenne* (art. 11A) et dans le
Traité sur l'Union européenne (art. 27 E et 40-45), et des exceptions avaient été
prévues par d'autres mécanismes, notamment en ce qui concerne la monnaie commune
et l'immigration pour certains pays dont le Royaume Uni et le Danemark.

70 *Supra*, note 63.

71 *Union Colliery Co. of B.C. Ltd. c. Bryden*, [1899] A.C. 580 (C.P.). Cependant, Peter
W. HOGG, mentionne que les tribunaux canadiens continuent parfois de s'y référer.
Il cite à cet égard la décision *Fulton c. Energy Resources Conservation Board*, [1981]

1 R.C.S. 153 : *Constitutional Law of Canada*, Student ed., Scarborough, Carswell, 2001, p. 388, note 169.

⁷² *Supra*, p. 3

⁷³ Voir Peter W. HOGG, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 230; Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, Cowansville, Yvon Blais, 1982, p. 294; André TREMBLAY, *Précis de droit constitutionnel*, Montréal, Éditions Thémis, 1982, p. 88; François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.M., 1982, p. 219; Neil FINKELSTEIN, *Laskin's Canadian Constitutional Law*, 5e éd., vol. 1, Toronto, Carswell, 1986, p. 16; Gérald-Aé BEAUDOIN, *Le partage des pouvoirs*, 2e éd., Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982, p. 11; Joseph E. MAGNET, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1983, p. 1.

⁷⁴ *Le projet de constitution européenne*, en ligne : Site de la Documentation française <http://www.vie-publique.fr/actualite/dossier/constitution_europeenne.htm>.