DE LA CLARTÉ À L'ARBITRAIRE : LE CONTRÔLE DE LA QUESTION ET DES RÉSULTATS RÉFÉRENDAIRES PAR LE PARLEMENT CANADIEN

Patrick Taillon
Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval

SOMMAIRE: 1. La radicalité de la question. – 1.1 La négociation occultée. – 1.2 La sécession sans nuance, sans compromis. – 2. L'imprécision de la majorité. – 2.1 Une convention constitutionnelle sur la majorité requise. – 2.2 Un seuil indéterminé et indéterminable. – Conclusion. – Législation. – Jurisprudence. – Doctrine. – *Resum* – *Resumen* – *Abstract.*

Fondamental en ce qui concerne les sources non écrites du droit constitutionnel canadien, la procédure de modification de la Constitution et le droit du Québec de décider de son avenir, le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*[1] reste l'un des avis les plus importants rendus par la Cour suprême du Canada. L'originalité de l'avis tient plus particulièrement à la manière dont la Cour concilie deux positions de principe farouchement opposées. Refusant de choisir entre, d'un côté, le respect du principe démocratique et la souveraineté du peuple qui s'exprime à travers le référendum et, d'un autre côté, la primauté de la Constitution du Canada et les autres principes sous-jacents (fédéralisme et respect des minorités), la Cour propose aux acteurs politiques un mode de résolution des conflits[2] susceptible d'accroître " l'accepta-

Artícle reçu le 30/06/2014; accepté le 01/09/2014.

Patrick Taillon est professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval. Il tient à remercier Amélie Binette et Me Rachel Pominville pour leur collaboration à la préparation de cet article.

1. [1998] 2 R.C.S. 217.

2. Afin de décrire le caractère processuel de la solution retenue par la Cour, Nathalie Des Rosiers analyse l'évolution de l'approche préconisée. Cette dernière serait passée d'une approche " tellers of the truth " à ce que Des Rosiers qualifie de " process-

bilité " du renvoi auprès des différents camps en cause[3]. Pour ce faire, elle formule une obligation constitutionnelle non écrite de négocier de bonne foi les termes de la sécession[4], forçant les autorités fédérales et celles des autres provinces à prendre acte de l'expression claire d'une majorité de Québécois, tout en incitant fortement les autorités québécoises à faire sécession dans le respect des exigences du droit constitutionnel canadien[5].

Dans ses motifs, et contrairement au dispositif de l'avis, où elle se contente de répondre par la négative aux questions soumises, la Cour suprême accorde étonnamment beaucoup de crédit à la démarche des souverainistes québécois. Elle souligne sa légitimité et soutient unanimement que le droit constitutionnel canadien n'interdit pas la

oriented listeners ". Nathalie Des Rosiers, " From Quebec Veto to Quebec Secession: The Evolution of the Supreme Court of Canada on Quebec-Canada Disputes ", *Can. J. L. & Jurisprudence*, 13, 2, 2000, p. 172.

3. Pour en savoir davantage sur la manière dont la Cour suprême du Canada cultive, dans son avis de 1998, sa légitimité institutionnelle et l'acceptabilité de ses décisions en tenant compte de l'environnement politique dans lequel elle rend ses décisions : Vuk Radmilovica, " Strategic Legitimacy Cultivation at the Supreme Court of Canada : Quebec Secession Reference and Beyond ", *Canadian Journal of Political Science,* 43, 4, 2010; Des Rosiers, " From Quebec Veto… ", 2000. Stephen Tierney, " The Constitutional Accommodation of National Minorities in the UK and Canada : Judicial Approaches to Diversity ", dans Alain-G. Gagnon, Montserrat Guibernau et François Rocher (dir.), *The Conditions of Diversity in Multinational Democracies*. Montréal, Institute for Research in Public Policy, 2003, p. 196. Robert A. Young, *The Struggle for Quebec : From Referendum to Referendum?*, Montréal/ Kingston, McGill-Queen's University Press, 1999, p. 147.

4. Pour une analyse complète des tenants et des aboutissants de cette obligation : Patrick Taillon et Alexis Deschênes, " Une voie inexplorée de renouvellement du fédéralisme canadien : L'obligation constitutionnelle de négocier des changements constitutionnels ", *C. de D.*, 53, 3, 2012.

5. L'avis de la Cour se veut, en quelque sorte, un incitatif : on y invite les souverainistes québécois à agir dans le respect du cadre constitutionnel canadien qui a été imposé au Québec en 1982, plutôt que dans la voie de la sécession *de facto* reconnue en droit international et par la Cour suprême aux paragraphes 140 à 146. Comme l'écrivent François Rocher et Elisenda Casanas Adam, " La CSC a aussi cherché à identifier les conditions qui permettraient de réaliser la sécession du Québec tout en respectant la Constitution canadienne. ". Pour reprendre la formule de Stephen Tierney : " In Canada the Supreme Court became involved, and tellingly it set out constitutional hurdles for both sides to meet in the construction of a future referendum process and in subsequent negotiations over secession, thereby reinforcing the sense that any future process towards Quebec sovereignty would be constitutional rather than extra-constitutional in nature. " Stephen Tierney, *Constitutional Referendums*, Londres, Oxford University Press, 2012, p. 151; François Rocher et Elisenda Casanas Adam, " L'encadrement juridique du droit de décider : la politique du confinement judiciaire en Catalogne et au Québec ", dans Patrick Taillon et Eugénie Brouillet (dir.), *Un regard québécois sur le droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Cowansville, édition Yvon Blais, 2015 [à paraître].

sécession d'une province[6]. Qui plus est, elle attribue au référendum des effets juridiques implicites, non seulement sur le gouvernement du Québec, mais aussi sur les gouvernements du fédéral et des autres provinces qui sont alors tenus de négocier de bonne foi les modalités de la sécession voulue par une majorité claire de Québécois en réponse à une question claire.

La Cour impose néanmoins aux souverainistes québécois certains devoirs. Elle considère qu'une sécession unilatérale – qu'elle définit comme une sécession sans négociation préalable[7] – serait contraire à l'ordre juridique canadien et oblige, par conséquent, les autorités québécoises à négocier les modalités de la sécession (partage de la dette, sort des minorités anglophone et autochtone, frontière…). Mais, surtout, elle impose, préalablement à ces négociations, l'obligation de soumettre une question claire susceptible de générer l'expression d'une majorité claire de Québécois en faveur de la sécession[8].

N'ayant pas totalement convaincu la Cour suprême de l'à-propos de leurs prétentions fondées sur la primauté du droit[9], les auto-

6. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 92-93.

7. *Id.,* par. 86. Comme le souligne José Woehrling, cette définition du concept de *sécession unilatérale* " constitue un point tournant [*sic*] du jugement, car la Cour prête au mot " unilatéralement " un sens manifestement différent de celui que lui donnait le gouvernement fédéral qui a formulé la question ". Du point de vue de la Cour, une sécession unilatérale serait donc une sécession " sans négociations préalables avec les autres provinces et le gouvernement fédéral ". José Woehrling, " Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec ", dans Ministère du Conseil exécutif du Québec (Bureau de coordination des études), *La mise à jour des études originalement préparées pour la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec (1990-1991) et pour la Commission parlementaire d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté (1991-1992),* 4 vol., Québec, Ministère du Conseil exécutif, 2002, p. 67-68, en ligne : <http://www.saic.gouv.qc.ca/institutionnelles_constitutionnelles/mises_a_jour_etudes.htm> (consulté le 1er novembre 2011); Daniel Turp et Gibran Van Ert, " International Recognition in the Supreme Court of Canada's Québec Reference ", *Can. Y.B. Int. L.*, 36, 1998.

8. La Cour souligne qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur l'évaluation de la clarté de la question et des résultats ni sur l'appréciation de la manière dont les parties s'acquittent de leur obligation respective de négocier, ces questions relevant plutôt des acteurs politiques (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 100 et 101). Néanmoins, elle conçoit les considérations de droit constitutionnel et de droit international de manière à faire du jugement des États étrangers l'une des sanctions possibles pour la mauvaise foi ou l'incohérence dont l'une des parties pourrait faire preuve durant ces négociations (*Id.*, par. 103).

9. De toute évidence, les autorités fédérales s'attendaient à un avis fondé davantage sur le principe de primauté du droit que sur celui de la démocratie. Tierney, " The Constitutional Accommodation… ", 2003, p. 184; Rocher et Casanas Adam, " L'encadrement juridique… ", 2015.

rités fédérales ont réagi à l'avis de la Cour par l'édiction d'une loi. En effet, la *Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec*[10] [ci-après *Loi fédérale sur la clarté*] est spécifiquement dédiée à la question du comportement des autorités canadiennes advenant un éventuel référendum sur la sécession d'une province. L'objet de cette loi, adoptée en juin 2000, consiste à mettre en place une forme de contrôle politique par les députés fédéraux de la clarté de la question et des résultats d'un troisième référendum sur la sécession du Québec. Plus particulièrement, la loi oblige la Chambre des communes à juger, avant le scrutin, de la clarté de la question[11] et, après le scrutin[12], de la clarté de la majorité exprimée par le vote de simples résolutions.

Cet examen de la clarté du référendum s'inscrit dans une tendance lourde au contrôle, par les élites, des procédés de démocratie directe. Pour reprendre la formule d'Arend Lijphart, " referendums are elite driven and pro-hegemonic "[13]. Même si ce constat, quelque peu catégorique, a été nuancé depuis par certains[14], il n'en demeure pas moins que les élus tentent de cultiver – avant, pendant, et même après le scrutin – leur emprise sur le processus référendaire. Comme nous l'avons montré dans notre ouvrage sur la rationalisation de l'expression référendaire[15], le moment pour tenir le scrutin, la compo-

10. L.C. 2000, c. 26 [ci-après *Loi fédérale sur la clarté*].

11. *Id.*, art. 1.

12. *Id.,* art. 2.

13. Arend Lijphart, *Democracies. Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*, New Haven, Yale University Press, 1984, p. 203-204.

14. Mads Qvortrup, " Are Referendums Controlled and Pro-hegemonic ? ", *Political Studies*, 48, 4, 2000, p. 821 ; Tierney, *Constitutional Referendums*, p. 109 et 128 : " we have seen that this is something of a caricature; that there is no compelling evidence to show that a referendum, by definition, is more open to easy elite manipulation than elections ".

15. Patrick Taillon, *Le référendum expression directe de la souveraineté du peuple? Essai critique sur la rationalisation de l'expression référendaire en droit comparé*, coll. " Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle ", Paris, Dalloz, 2012; Tierney, *Constitutional Referendums*, 2012, p. 98-128; Marthe Fatin-Rouge Stéfanini, *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*, coll. " Droit public positif ", Aix-en-Provence/Paris, Presses universitaires d'Aix-Marseille/Economica, 2004; Francis Hamon, " Vox imperatoris, vox populi ? Réflexion sur la place du référendum dans un État de droit ", dans Guy Braibant (dir.), *L'État de droit : Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996; Maija Setälä, *Referendums and Democratic Government: Normative Theory and the Analysis of Institutions*, Houndmills, Palgrave MacMillan, 2005; Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Justice constitutionnelle et démocratie référendaire*, Actes du Séminaire UniDem organisé à Strasbourg les 23 et 24 juin 1995, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 1996; Jean-François Flauss, " Droit constitutionnel et droit inter-

sition du corps électoral, le contenu du projet soumis, le libellé de la question, l'encadrement des débats, des dépenses et du financement, le contrôle juridictionnel, la nature consultative ou exécutoire du scrutin ou encore le seuil de majorité requis sont des questions déterminantes pour le fonctionnement de la démocratie référendaire. Or, les choix qui sont faits en ces matières ne sont jamais complètement neutres.

Au Canada, cette emprise des élus sur le fonctionnement de la démocratie référendaire est d'autant plus controversée qu'elle s'inscrit, comme le souligne Stephen Tierney[16], dans le cadre plus général de tensions entre les représentants d'une nation minoritaire, le Québec, et ceux de l'État central. En effet, le partage des compétences législatives, qui caractérise la gouvernance multiniveau, en général, et le fédéralisme, en particulier, entraîne inévitablement des tensions quant au rôle et à la compétence de chaque ordre de gouvernement sur l'organisation et l'encadrement juridique du scrutin.

L'adoption de la *Loi fédérale sur la clarté* témoigne on ne peut mieux de ce genre de tensions autour de l'enjeu du contrôle par les élites du référendum. Par une redéfinition des règles du jeu référendaire, le Parlement fédéral a tenté d'accroître son emprise sur le fonctionnement de la démocratie référendaire et de s'octroyer la plus grande marge de manœuvre possible en énonçant toute une liste de motifs qui justifieraient, à terme, de ne pas négocier la sécession[17].

Cette tendance à restreindre la portée de l'obligation de négocier[18] qui caractérise la *Loi fédérale sur la clarté* soulève bien des doutes quant à sa validité constitutionnelle. Sous prétexte de " préciser " et de " compléter " le sens et la portée de cette obligation de négocier, cette loi modifie le contenu de normes non écrites ayant une portée supralégislative. C'est du moins la critique que nous aimerions défendre dans

national : le contrôle de la validité internationale des initiatives populaires en Suisse ", *R.F.D.C.,* 23, 1995.

16. Tierney, *Constitutional Referendums*, 2012, p. 98-128.

17. Alain Pellet, tel que cité par : Daniel Turp, *La nation bâillonnée. Le plan B ou l'offensive d'Ottawa contre le Québec*, coll. " Partis pris actuels ", Montréal, VLB éditeur, 2000, p. 59; François Rocher et Nadia Verrelli, " Questioning constitutional democracy in Canada : from the Canadian Supreme Court reference on Quebec secession to the Clarity Act ", dans Gagnon, Guibernau et Rocher (dir.), *The Conditions of Diversity...,* 2003, p. 216.

18. Stephan Larouche, " C-20 ou [la volonté] de se soustraire à 1'avis de la Cour suprême. " *Le Devoir*, 22 août 2000, en ligne : <http://www.vigile.net/00-8/c-20-larouche.html>; Rocher et Verrelli, " Questioning constitutional democracy… ", 2003, p. 226.

cette étude qui vise, au-delà de la question de l'opportunité politique de cette loi (une question déjà abondamment traitée), à explorer les points juridiquement faibles de la *Loi fédérale sur la clarté*, c'est-à-dire ceux pour lesquels le législateur fédéral s'expose potentiellement à une déclaration d'inconstitutionnalité.

Alors que la plupart des auteurs se sont jusqu'ici prononcés sur la question de l'opportunité politique de la loi, en se montrant favorables[19] ou défavorables[20] à son adoption, nous aimerions ici limiter

19. Stéphane Dion, " Le Renvoi relatif à la sécession du Québec : des suites positives pour tous ", *Revue québécoise de droit constitutionnel,* 6, 2014, [à paraître]; Stéphane Dion, " La sécession et les vertus de la clarté ", *Revue de droit d'Ottawa*, 44, 2, 2014; Patrice Garant, " Les limites du droit à la sécession L'Avis de la Cour internationale de justice sur le Kosovo et la stabilité des fédérations ", *Étude présentée pour le compte de l'Idée fédérale*, 2010, en ligne : <http://www.ideefederale.ca/wp/wp-content/uploads/2010/12/kosovo-fr-15nov.pdf> (site consulté le 1er août 2014); Patrick Monahan, *Doing the Rules : An Assessment of the Federal Clarity Act in light of the Quebec Secession Reference*, coll. " C.D. Howe Institute commentary " nº 135, Toronto, C.D. Howe Institute, 2000; Yves-Marie Morissette, *Le renvoi sur la sécession du Québec : bilan provisoire et perspectives*, coll. " Histoire et société ", Montréal, Éditions Varia, 2001, p. 21-28; Stephen A. Scott, " Autodétermination, sécession, division, légalité : observations ", dans Ministère du Conseil exécutif, *La mise à jour des études…*, 2001, p. 463-474; Peter Hogg, *Constitutional law of Canada*. *2011 Student edition,* Toronto, Thomson Carswell, 2007, p. 5-37 à 5-38; Sujit Choudhry et Robert Howse, " Constitutional Theory and The Quebec Secession Reference ", *Can. J. L. & Jurisprudence,* 13, 2, 2000, p. 162. Lors des travaux du Comité législatif chargé d'étudier le projet de loi C-20, plusieurs experts se sont également positionnés en faveur de l'adoption de la loi : Canada, Comité législatif chargé d'étudier le projet de loi C-20, *Témoignages,* 36e légis., 2e sess., 21 février 2000, p. 2025-2040, (M. Yves-Marie Morissette); 22 février 2000, p. 1414-1425 (M. Gil Rémillard); 22 février 2000, p. 1616-1630 (M. Peter Hogg); 22 février 2000, p. 1740-1750. (M. Patrick Monahan); 24 février 2000, p. 1230-1320 (M. Maurice Pinard) et 24 février 2000, p. 1340-1350 (M. Robert Young). Ces témoignages peuvent être consultés à partir de l'index des délibérations du Comité, en ligne : <http://www.parl.gc.ca/CommitteeBusiness/ CommitteeIndex.aspx?Cmte=CLAR&Language=F&Mode=1&Parl=36&Ses=2>.

20. Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel,* 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 241-244; Henri Brun, " Les conséquences territoriales de l'accession du Québec à la souveraineté ", dans Ministère du Conseil exécutif, *La mise à jour des études…*, 2002, p. 477 à 490; Stéphane Courtois, " Entre légitimité et stabilité : le débat sur la majorité requise dans l'éventualité d'un troisième référendum ", *Arguments*, 2, 2, 2002; Joseph Facal, " Droit, démocratie et autodétermination : réflexion autour du Renvoi relatif à la sécession du Québec ", *Revue québécoise de droit constitutionnel*, 6, 2014 [à paraître]; Joseph Facal, " Considérations sur l'évolution récente des relations politiques entre le Québec et le Canada ", dans Alain G. Gagnon, *D'un Référendum à l'autre : Le Québec face à Son destin,* coll. " Prisme ", Québec, Presses de l'Université Laval, 2008; Andrée Lajoie, " La loi sur la Clarté dans son contexte ", dans Alain G. Gagnon (dir.), *Québec : État et Société*, t. 2, coll. " Débats ", Montréal, Québec Amérique, 2003, c. 7; Andrée Lajoie, " Le sens de l'expression " question claire " dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* ", *L'Action nationale*, 1, 2000; Jacques-Yvan Morin, " La constitution d'un Québec souverain ", dans Ministère du Conseil exécutif, *La mise à jour des études…*, 2001, p. 597-607. Michel Seymour, *Le pari de la démesure. L'intransigeance canadienne face au Québec*, Montréal, l'Hexagone, 2001, p. 193-230; Benoît Pelletier, " Le

notre étude à l'examen de la conformité de la loi par rapport aux normes qui lui sont hiérarchiquement supérieures. Il s'agit donc d'examiner quelques-uns des arguments pouvant être avancés au soutien d'une contestation judiciaire de cette loi, à l'instar de celle déjà entreprise par le fédéral[21] et certains individus[22] à l'encontre de la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*[23] [ci-après *Loi 99*] adoptée par le Parlement du Québec.

Originale, cette réflexion sur l'inconstitutionnalité potentielle de la loi s'inscrit un peu à contre-courant[24] de la plupart des auteurs qui présentent la *Loi fédérale sur la clarté* comme la suite logique du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*[25]. Le titre complet de la loi[26],

renvoi relatif à la sécession du Québec : conséquences juridiques et législatives ", dans Pierre Thibault, Benoît Pelletier et Louis Perret (dir.), *Les mélanges Gérald-A Beaudoin*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 382-385; Rocher et Verrelli, " Questioning constitutional democracy… ", 2003, p. 215-219; Claude Ryan, " Consequences of the Quebec Secession Reference: The Clarity Bill and Beyond. ", C.D. Howe Institute Commentary, nº 139, 2000 ; Daniel Turp, " Le Droit du Québec à l'autodétermination et à l'indépendance : La loi sur la Clarté du Canada et la Loi sur les droits fondamentaux du Québec en collision ", dans Marie-Françoise Labouz (dir.), *Intégration et identités nord-américaines*, Montréal, 2001, p. 138-149; Turp, *La nation bâillonnée*…, 2000; Woehrling, " Les aspects juridiques… ", 2002. Lors des travaux du Comité législatif chargé d'étudier le projet de loi C-20, Guy Lachapelle s'est également montré défavorable à l'adoption de la loi : Canada, Comité législatif chargé d'étudier le projet de loi C-20, *Témoignages.* 36e légis., 2e sess., 21 février 2000, p. 1550-1640 (M. Guy Lachapelle), en ligne : <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040054&Language =F#T1550>(site consulté le 26 août 2014).

21. *Keith Owen Henderson* c. *Procureur général du Québec*, nº de dossier : 500-05-065031-013, 3 décembre 2012, (Cour supérieure du Québec), en ligne sur le site Web du magazine Maclean's : http://www.macleans.ca/politics/ottawa/exclusive-stephen-harpers-legal-challenge-to-quebec-secession/ (consulté le 27 août 2014).

22. *Keith Owen Henderson* et *Le Parti Égalité* c. *Procureur général du Québec*, nº de dossier : 500-05-065031-013, 2001 (Cour supérieure du Québec).

23. *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*, L.R.Q. c. E-20.2, art. 1-4.

24. Parmi les rares travaux à traiter de front la question de l'inconstitutionnalité de la loi, au-delà de celle de son opportunité politique : Rocher et Verrelli, " Questioning constitutional democracy… ", 2003, p. 218; Henri Brun, " Le gouvernement du Québec devrait contester par renvoi la constitutionnalité de la loi ", *Le Devoir,* 23 février 2000.

25. Par exemple, Sujit Choudhry et Robert Howse affirment : " Indeed, there is no doubt that *Quebec Secession Reference* gave rise to a political dynamic that made the enactment of Bill C- 20 both politically inevitable and constitutionally required. " Choudhry et Howse, " Constitutional Theory… ", 2000, p. 162.

26. *Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec.*

son préambule qui fait constamment référence à l'avis de la Cour, et l'utilisation des termes " majorité claire " et " question claire ", employés à l'origine par la Cour suprême, créent en quelque sorte un lien de généalogie entre les deux textes et une présomption de conformité de l'un avec l'autre.

Jusqu'à présent, peu de travaux se sont attardés à briser ce lien apparent de continuité qui, selon nous, ne résiste pas à l'analyse juridique du contenu des deux textes. Il faut dire que, sur le plan politique, cette critique du décalage entre la *Loi fédérale sur la clarté* et le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* ne trouve, somme toute, que très peu d'écho. D'abord, parce que la position fédérale réside dans la prétention inverse et, surtout, parce que la position du gouvernement du Québec consiste, pour sa part, à refuser toute contestation juridique en cette matière, et ce, au nom de l'idée selon laquelle le droit des Québécois de décider de leur avenir doit rester une question politique relevant de la souveraineté du peuple québécois[27] plutôt que des tribunaux canadiens.

Cet écart entre le contenu du renvoi de 1998 de la Cour suprême du Canada et celui de la loi fédérale de 2000 n'est du reste pas sans liens avec l'actualité. Dans un contexte où deux partis politiques représentés à la Chambre des communes ont, au cours des derniers mois, remis en question le contenu de la *Loi fédérale sur la clarté* par le dépôt, à la Chambre des communes, des projets de loi C-470[28] du Nouveau Parti démocratique et C-457[29] du Bloc québécois et, considérant la décision du gouvernement fédéral de soutenir la contestation de la *Loi 99*[30], qui se veut une réponse du Québec à la *Loi fédérale sur la clarté*, la question du décalage entre le contenu du renvoi de 1998 et celui de la loi fédérale de 2000 se pose[31]. Cela, d'autant plus que la

27. " A higher order authority ", pour reprendre la formule de Stephen Tierney. Stephen Tierney, *Constitutional Law and National Pluralism*, New York, Oxford University Press, 2004, p. 104, 106 et 311; Tierney, *Constitutional Referendums*, 2012, p. 143.

28. *Loi sur la modification constitutionnelle démocratique*, projet de loi nº C-470, (dépôt et 1re lecture – 28 février 2013) 1re sess., 41e légis. (Can.).

29. *Loi abrogeant la Loi de clarification*, projet de loi nº C-457, (dépôt et 1re lecture – 25 octobre 2012) 1re sess., 41e légis. (Can.).

30. *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*, art. 1-4.

31. Après tout, l'argument juridique avancé par le fédéral dans la contestation de la *Loi 99*, voulant que le contenu de cette loi ne serait pas conforme aux normes constitutionnelles non écrites édictées par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à*

Cour suprême du Canada a, au cours de la dernière année, invalidé deux autres lois fédérales introduisant des changements paraconstitutionnels, élaborés à propos des tentatives de réforme du Sénat[32] et de la *Loi sur la Cour suprême du Canada*[33], pour des motifs qui restent, à bien des égards, transposables à la *Loi fédérale sur la clarté*.

Bien plus qu'une simple codification des principes et obligations supralégislatives formulés par la Cour suprême du Canada, la *Loi fédérale sur la clarté* implique, sur le plan de son contenu, des différences importantes par rapport au *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. Par cette loi, les exigences posées dans l'avis de la Cour suprême relatives à la clarté de la question, d'une part, et à la clarté des résultats, d'autre part, qui devaient faire l'objet d'une appréciation politique de tous les acteurs concernés, sont soudainement l'apanage de la Chambre des communes. En consacrant ainsi le droit du Parlement fédéral de ne pas respecter les résultats d'un référendum sur la sécession d'une province ou, à tout le moins, en s'arrogeant le droit de statuer seul de la clarté de l'expression référendaire, le Parlement fédéral tente de restreindre excessivement et arbitrairement la portée de l'obligation constitutionnelle de négocier de bonne foi énoncée par la Cour suprême du Canada à l'occasion du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*[34]. Ainsi, les obligations et exigences constitutionnelles tirées de l'avis de la Cour suprême du Canada sont, sous l'effet de la loi, modifiées par une conception parfois imprécise [*1.*], parfois excessive [*2.*] de la clarté de l'expression référendaire.

1. La radicalité de la question

La *Loi fédérale sur la clarté* propose un contrôle du libellé de la question fondé sur des critères qui confondent clarté et radicalité de la question. En vertu de cette loi, la Chambre des communes, par simple résolution, s'attribue le pouvoir de statuer sur la clarté d'une question référendaire dès lors que le référendum a pour objet la sécession de la province. Suivant le paragraphe 1 (1) de cette loi, le Parlement fédéral

la sécession du Québec, s'applique tout aussi bien, sinon mieux à la *Loi fédérale sur la clarté* qu'à la *Loi 99*.

32. *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32.

33. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, 2014 CSC 21.

34. *Renvoi relatif à la sécession du Québec,* par. 89-103.

doit déterminer, dans les 30 jours suivant le dépôt du texte de la question qu'une province entend soumettre à ses électeurs, si la question permet à la population de la province " de déclarer clairement si elle veut ou non que celle-ci cesse de faire partie du Canada et devienne un État indépendant "[35]. *A priori*, le fait que la Chambre des communes se prononce par résolution avant le vote sur la clarté de la question ne pose pas en soi de difficulté. Après tout, les résolutions des assemblées législatives au Canada mènent régulièrement à des prises de position sur un vaste éventail de sujets souvent en dehors de la compétence législative de ces parlements. Le problème réside toutefois dans les balises imposées par le législateur fédéral qui outrepassent, de toute évidence, le cadre constitutionnel établi par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*.

L'usage de la formule " la Chambre des communes détermine… " montre bien l'intention du législateur de s'arroger le pouvoir exclusif de l'appréciation politique de la clarté. Bien plus fort que le simple " avis " dont il est fait mention dans d'autres passages de la loi[36], le choix du verbe " déterminer " témoigne d'une compétence à " juger " seul du libellé d'une question qui ne relève pourtant pas de la compétence constitutionnelle de la Chambre des communes. Si la Chambre des communes peut, sans nul doute, exprimer un avis politique, parmi d'autres, elle n'a certainement pas la compétence constitutionnelle de trancher ou d'arbitrer unilatéralement cette question[37], et encore moins celle d'exclure à l'avance toute référence à la négociation d'un accord politique ou économique.

1.1 La négociation occultée

Le principal problème de la *Loi fédérale sur la clarté,* en ce qui concerne les exigences relatives à la question référendaire, réside dans la manière dont on privilégie non pas tant la *clarté*, mais bien la *radicalité* de la question. De manière à écarter à l'avance certains types de libellés, la loi précise qu'une question portant sur un mandat de négocier

35. *Loi fédérale sur la clarté*, art. 1.

36. *Id.*, art. 1 (5) et 2 (3).

37. Stephen Tierney partage ce point de vue : " Secondly, the Supreme Court of Canada confirmed that the determination of the question's clarity was to be left to the 'political actors'. The court did not, however, suggest that this issue should be resolved exclusively by actors at federal level. " Tierney, *Constitutional Referendums*, 2012, p. 318.

ou comprenant une offre de négocier un accord politique ou économique ne peut, d'aucune façon, être considérée par les autorités fédérales comme étant une question claire[38]. Ainsi, deux types de question sont d'emblée " jugés " non conformes aux yeux du législateur fédéral : celles faisant référence à la négociation et celles impliquant toute forme d'union, d'association ou de partenariat entre États souverains.

De prime abord, cette façon d'écarter *a priori* certains types de question préconisés par la *Loi fédérale sur la clarté* heurte de front le principe de souveraineté du Parlement hérité du droit britannique. En excluant ainsi à l'avance, le Parlement de la X^e^ législature restreint la marge d'appréciation politique des futurs parlements qui pourraient, un jour, avoir à se prononcer sur la clarté d'un scrutin référendaire[39]. Par l'adoption de cette loi, le Parlement fédéral – à supposer, aux fins de l'exercice, qu'il soit compétent en cette matière – limite substantiellement sa souveraineté en se liant pour l'avenir[40].

Outre la souveraineté parlementaire, les exigences relatives à la question violent le cœur même de l'avis de la Cour suprême. Alors que la Cour valorise par-dessus tout la " négociation ", la loi fédérale interdit paradoxalement toute référence à des négociations qui sont pourtant obligatoires afin de respecter le cadre constitutionnel établi par la Cour dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. Ainsi, une question faisant explicitement référence à l'intention du gouvernement québécois de se soumettre à l'obligation constitutionnelle de

38. *Id.*, art. 1 (4) : " Pour l'application du paragraphe (3), la question référendaire ne permettrait pas à la population de la province de déclarer clairement qu'elle veut que celle-ci cesse de faire partie du Canada dans les cas suivants : a) elle porte essentiellement sur un mandat de négocier sans requérir de la population de la province qu'elle déclare sans détour si elle veut que la province cesse de faire partie du Canada; b) elle offre, en plus de la sécession de la province du Canada, d'autres possibilités, notamment un accord politique ou économique avec le Canada, qui rendent ambiguë l'expression de la volonté de la population de la province quant à savoir si celle-ci devrait cesser de faire partie du Canada ".

39. En droit britannique, les limites de forme sont à distinguer des limites de fonds. Bien que le législateur fédéral ait surtout élaboré des limites de forme ou processuelles (obligation pour la Chambre des communes de se prononcer avant et après le référendum sur la clarté de la question et sur la clarté des résultats), il n'empêche que le fait d'écarter à l'avance des projets de fonds (négociation, partenariat…) outrepasse la frontière des conditions de forme pour limiter substantiellement la souveraineté du Parlement fédéral. Brun, Tremblay et Brouillet, *Droit constitutionnel*, 2008, p. 223; Karl Delwaide, " La législature québécoise peut-elle implanter un système complet d'initiative et de référendum ", *C. de D.*, 22, 1981, p. 718; *Attorney-General for New South Wales* c. *Trethowan and Others*, [1932] A.C. 526.

40. Pelletier, " Le renvoi relatif à la sécession… ", 2002, p. 382-385.

négocier que lui impose la Cour suprême du Canada serait automatiquement jugée contraire au paragraphe 1(4) a) de la *Loi fédérale sur la clarté*, bien que parfaitement conforme à l'avis de la Cour et aux obligations supralégislatives qui s'en dégagent. Soulignant cette contradiction explicite entre les motifs de la Cour et le texte de la loi, José Woehrling considère que " le rejet d'une question comportant un mandat de négocier paraît heurter l'esprit de la décision de la Cour suprême ". Après tout, ajoute-t-il, " s'il y a bien quelque chose sur quoi celle-ci insiste, c'est la nécessité que la sécession fasse l'objet d'une négociation "[41]. Elle en fait même le critère unique permettant de distinguer une sécession contraire au droit constitutionnel canadien, dite " sécession unilatérale ", d'une sécession conduite dans le respect des principes et obligations constitutionnelles dégagés par la Cour[42]. Bref, en rejetant à l'avance toute référence à des négociations dans le libellé d'une question, le législateur fédéral se met en porte à faux avec l'essence même de l'avis rendu par la Cour suprême en 1998, soit l'obligation de négocier.

Ironie de l'histoire, par leur refus de la négociation, les autorités politiques fédérales contribuent à accroître les incertitudes et l'imprévisibilité quant aux suites du scrutin et réduisent, de ce fait, la clarté du référendum. Stephen Tierney le souligne à juste titre :

> It should also be borne in mind, however, that the confusion among voters in 1995 sprang not solely from the wording of the question, but from a range of factors, not least the federal government's refusal to contemplate negotiations on partnership.[43]

Au-delà du libellé d'une question, il existe en effet toute une série de facteurs politiques, liés à la qualité de la délibération politique, qui conditionnent la clarté de l'expression référendaire. Comme l'écrivent François Rocher et Nadia Verrelli :

---

41. " Dès lors, une question qui solliciterait un mandat de négocier et qui prévoirait un deuxième référendum pour soumettre à la population les résultats de la négociation répondrait pleinement, semble-t-il, aux exigences de la Cour suprême ". Woehrling, " Les aspects juridiques… ", 2002, p. 78 et 127.

42. En effet, au paragraphe 86 de son célèbre avis, la Cour définit la sécession unilatérale ainsi : " Le caractère " unilatéral " de l'acte est de première importance, et il faut bien comprendre le sens donné à ce mot. […] Ce qui est revendiqué comme droit de faire " unilatéralement " sécession est plutôt le droit de procéder à la sécession sans négociations préalables avec les autres provinces et le gouvernement fédéral. " *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 86.

43. Tierney, *Constitutional Referendums*, 2012, p. 317.

> Terms are not defined with unequivocal certainty, as the comprehension of these terms functions in the context in which they are used. […] democracy ought to be considered as a marketplace of open deliberations, where ideas and notions are not necessarily perceived in a uniform manner. Political debates are essentially ambiguous; the meaning of the terms used may be interpreted differently depending on the audience, places, context, and the moment of their use.[44]

Par définition, l'incertitude quant à l'issue exacte des négociations entourant la sécession entraîne une part inévitable d'ambiguïté politique[45]. L'idéal de clarté doit, à cet égard, se concilier avec la nature même du projet souverainiste québécois qui repose – comme l'a par ailleurs exigé la Cour suprême – sur une volonté de négocier de bonne foi. Dans ce contexte, interdire toute référence à la négociation dans le libellé de la question, c'est, en quelque sorte, interdire toute référence au cadre juridique établi par l'avis de la Cour…

1.2 La sécession sans nuance, sans compromis

Au-delà du mandat de négocier, le paragraphe 1(4) b) de la *Loi fédérale sur la clarté* prohibe toute référence à un accord politique ou économique entre un Québec indépendant et le reste du Canada. Suivant les termes de la loi, des projets nuancés[46], des projets comportant la recherche d'une nouvelle union d'États souverains ou proposant une conception plus souple et plus contemporaine de la souveraineté (par exemple, une souveraineté " partagée " dans une structure supraétatique) sont tout simplement jugés irrecevables par le Parlement fédéral. En légiférant ainsi, les autorités fédérales cherchent à imposer les termes du débat et proposent une conception " moniste " et simpliste de la souveraineté étatique tout droit sortie d'un autre siècle.

Alors que la Cour suprême, à l'occasion du renvoi de 1998, avait pris soin de formuler son avis en des termes suffisamment généraux

44. Rocher et Verrelli, " Questioning constitutional democracy… ", 2003, p. 213.

45. " Our third scenario is where clarity issues arise not so much from the wording of the question but from the uncertain intentions of political actors or a broadly unpredictable political environment that will result from the referendum. " Tierney, *Constitutional Referendums*, p. 236.

46. Comme le démontrent François Rocher et Nadia Verrelli : " a situation may be simultaneously complex and intelligible " : Rocher et Verrelli, " Questioning constitutional democracy… ", 2003, p. 213.

pour que l'obligation constitutionnelle qui s'en dégage puisse valoir pour d'autres projets que la sécession d'une province, la *Loi fédérale sur la clarté* se veut manifestement plus restrictive. C'est là, encore une fois, un détournement des obligations supralégislatives qui découlent du *Renvoi relatif à la sécession.* En effet, la " transférabilité " de l'obligation constitutionnelle à des projets de modification autre que la sécession pure et simple ressort à la fois du raisonnement de la Cour dans le renvoi de 1998 et de la lecture qu'en font un grand nombre d'auteurs[47]. Après tout, la Cour s'appuie, dans ce renvoi, sur des principes généraux ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble des initiatives constitutionnelles approuvées par une majorité claire de la population d'une province à l'occasion d'un référendum. Elle considère que les institutions démocratiques du Canada favorisent un " processus continu de discussion et d'évolution "[48] et souligne que ce droit – article 46 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* à l'appui[49] – emporte " l'obligation réciproque " des autres participants d'engager des discussions sur tout projet légitime de modification de l'ordre constitutionnel[50]. Loin de se limiter à la question de la sécession, la Cour mentionne enfin que " la tentative légitime, par un participant de la Confédération, de modifier la Constitution a pour corollaire l'obligation faite à toutes les parties de venir à la table des négociations "[51].

L'emploi de termes aussi généraux et englobants témoigne, de toute évidence, de la volonté de la Cour de définir une obligation de négocier ayant vocation à s'appliquer à d'autres questions que celle de la stricte sécession d'une province. Or, en interdisant tout projet

47. Taillon et Deschênes, " Une voie inexplorée… ", 2012; Woehrling, " Les aspects juridiques… ", 2002, p. 27; Patrick J. Monahan, " The Public policy role of the Supreme Court of Canada in the Secession Reference ", *R.n.droit.const.,* 11, 1999, p. 90; André Binette, " Quelle constitution pour le Québec ", *L'aut'journal*, 19 mars 2008; Jean-François Gaudreault-Desbiens, " The Quebec Secession Reference and the judicial arbitration of conflict narratives about law, democracy, and identity ", *Vermont Law Review*, 23, 1999, p. 834; Dwight Newman, " Reconstituting Promises to Negotiate in Canadian Constitution-Making ", *Nat'l J. Const. L.*, 10, 1999, p. 64; Gérald-A. Beaudoin (avec la collaboration de Pierre Thibault), *La Constitution du Canada : institutions, partage des pouvoirs, droits et libertés, Charte canadienne des droits et libertés,* 3e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 324; Tierney, *Constitutional Referendums*, 2012, p. 318.

48. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 150.

49. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), art. 46 (1) : " L'initiative des procédures de modification visées aux articles 38, 41, 42 et 43 appartient au Sénat, à la Chambre des communes ou à une assemblée législative. "

50. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par 69.

51. *Id.*, par. 88.

d'accord politique et économique entre États souverains, par le biais des paragraphes 1 (4) b) et 1 (6) de la *Loi fédérale sur la clarté*, les autorités fédérales restreignent excessivement la portée de l'obligation constitutionnelle de négocier.

Sans nuance et sans place pour des aménagements politiques et économiques conduisant aux différentes formes contemporaines de partage de la souveraineté, les responsables politiques fédéraux cherchent à instrumentaliser le libellé de la question. Ils tentent, de cette manière, de dénaturer le projet politique des souverainistes québécois qui, de la publication d'*Option-Québec*[52], en 1968 par René Lévesque, jusqu'au référendum de 1995[53], ont toujours cherché à établir, par la négociation des modalités de la souveraineté, de nouveaux rapports d'égal à égal avec le Canada[54]. Encore une fois, en n'imposant qu'une seule conception possible de la souveraineté étatique, le législateur fédéral confond la " clarté " avec la " radicalité " de la question. Sur ce point, Stephen Tierney se montre très critique à l'endroit de la législation fédérale :

> It seems in fact that the *Clarity Act*, s 1 is not concerned simply with the "clarity" of the question. In addition it seeks to constrain the constitutional options which can be presented to the people of a province in a referendum, whether these options are clear or not; because of course any referendum on partnership, shared sovereignty etc. is rendered futile if the prospective partners have made clear they will not negotiate towards such an arrangement. There is in fact nothing necessarily unclear in a question focussing on "a mandate to negotiate partnership" provided that voters know the other party will indeed take part in such negotiations. Certainly the Supreme Court only addressed the issue of secession and not of partnership, but through the *Clarity Act* the federal Parliament has taken the opportunity to preclude even the very possibility of a more nuanced partnership arrangement which may be favoured by the plurality of moderate nationalist opinion in Quebec.
>
> There are also doubts as to whether or not the *Clarity Act* does in fact faithfully reflect what the Supreme Court meant by a "clear" question. First, the

52. René Lévesque et al., *Option Québec*, Montréal, Québec, Les Éditions de l'Homme, 1968.

53. " Entente du 12 juin 1995 ", contenue dans *Projet de loi sur l'avenir du Québec incluant la Déclaration de souveraineté et l'entente du 12 juin 1995*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1995.

54. François Rocher et Nadia Verrelli le soulignent : " [...] the idea of a political and economic association with Canada was always linked to the sovereignty idea, although different forms were adopted depending on the time and the political players. " Rocher et Verrelli, " Questioning constitutional democracy… ", 2003, p. 219; Radmilovica, " Strategic Legitimacy Cultivation… ", 2000, p. 855.

> court did not suggest that a referendum would only be clear if its subject matter was restricted exclusively to the question of separation/secession. Certainly the court's opinion was rendered on the subject of secession, but it did not suggest that a province could not hold a referendum on partnership and it expressed no opinion upon whether the constitution of Canada would require the province's partners in Confederation to enter negotiations on such a partnership in the event of a Yes vote.[55]

Excluant toute référence à des négociations et toute question portant sur un projet nuancé, le contrôle mis en place par le Parlement fédéral vise non pas à améliorer le fonctionnement de la démocratie référendaire dans les provinces, mais bien à radicaliser les termes du débat à des fins politico-stratégiques[56], et ce, au mépris de l'avis de la Cour formulé en des termes suffisamment généraux pour fournir un cadre juridique valable à d'autres projets de modification constitutionnelle que la sécession pure et simple. Dans la mesure où la loi fédérale sert à justifier un éventuel refus de reconnaître les résultats d'un référendum sur la souveraineté, l'instrumentalisation du débat sur la clarté de la question à des fins partisanes, à laquelle se livre le législateur fédéral, semble relever davantage de l'opportunité politique que de considérations " purement " juridiques.

2. L'imprécision de la majorité

Outre la clarté de la question, l'avis de la Cour suprême repose également sur l'usage des termes " majorité claire " afin d'attirer l'attention, non pas sur la majorité quantitative (au sens de la conventionnelle majorité des voix exprimées), mais bien sur la dimension qualitative de l'expression référendaire. En effet, à la seule occasion où la Cour précise le sens du terme " majorité claire ", elle écrit : " Dans ce contexte, nous parlons de majorité " claire " au sens qualitatif. "[57] Elle ajoute que l'expression " claire par référendum " consiste en un scrutin " dénué

55. Tierney, *Constitutional Referendums*, 2012, p. 318.

56. Rocher et Verrelli, " Questioning constitutional democracy… ", 2003, p. 218 et 225.

57. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par 87. Comme le dénombre Yves-Marie Morissette, la Cour suprême du Canada a employé plus de 13 fois les termes " expression claire, par une majorité claire de Québécois " sans, toutefois, préciser le sens de ce concept. Morissette, *Le renvoi sur la sécession…*, 2001, p. 106.

de toute ambiguïté "[58] comme cela pourrait être le cas, selon nous, lors d'une élection portant sur plusieurs enjeux et conduisant à une majorité relative ou encore lors d'un référendum vicié par des irrégularités dans la campagne ou dans les opérations de scrutin. En ce sens, une majorité claire s'apprécie au regard de multiples aspects tels que le taux de participation, la qualité de la délibération, le bon déroulement des opérations de vote, le nombre de bulletins rejetés, le respect des règles de financement et de dépenses de campagne… soit tous ces aspects qui permettent, chacun à leur manière, d'accroître l'authenticité, la loyauté ou l'intégrité de l'expression référendaire qui se dégage de la majorité des voix exprimées[59].

Utilisant le flou créé par l'utilisation des termes " majorité claire ", les autorités fédérales ont, par la suite, instrumentalisé à leur profit cette notion en obligeant dorénavant la Chambre des communes à statuer, au cas par cas, sur le caractère suffisant de la volonté exprimée lors d'un référendum sur la sécession. En effet, l'article 2 de la *Loi fédérale sur la clarté* prévoit que la Chambre des communes " détermine " – après le vote – la clarté des résultats du scrutin. Sans indiquer à l'avance un pourcentage d'approbation requis, la loi précise un certain nombre d'éléments qui devraient être pris en considération par les parlementaires fédéraux dans leur analyse. Parmi ceux-ci, on trouve l'importance quantitative de la majorité des voix exprimées, de même que des considérations telles que le pourcentage des électeurs admissibles ayant voté au référendum, les résolutions ou déclarations officielles des gouvernements ou des assemblées législatives des provinces et territoires du Canada, du Sénat et des peuples autochtones du Canada ou l'avis des partis politiques représentés à la législature de la province concernée[60]. Un tel dispositif, imprécis et arbitraire, pose problème, entre autres, dans la mesure où il remet en question les conventions constitutionnelles qui avaient jusqu'ici été appliquées et génère davantage d'incertitude que de clarté.

58. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par 87.

59. Richard Ghevontian, " La notion de sincérité du scrutin ", *Cah. Cons. Const*, 13, 2002, p. 63; Fatin-Rouge Stéfanini, *Le contrôle du référendum…*, 2004, p. 189-194; Taillon, *Le référendum expression directe…*, 2012, p. 137-261.

60. *Loi fédérale sur la clarté*, art. 2, par. (2) et (3).

2.1 Une convention constitutionnelle sur la majorité requise

Ce contrôle politique de la clarté des résultats, organisé après le scrutin, nous apparaît, à bien des égards, arbitraire, imprécis, partial et, bien évidemment, tout sauf clair! Pour toute une série de raisons, ce dispositif – et surtout le discours politique qui l'accompagne – rompt avec les usages, pratiques, traditions et conventions constitutionnelles[61] qui avaient jusqu'à présent régi les référendums sur l'avenir politique et constitutionnel des provinces. En effet, le discours politique sous-jacent à ce dispositif, qui traduit, jusqu'à un certain point, l'intention du législateur, consiste pour l'essentiel en une remise en question de la dimension quantitative, soit la conventionnelle règle de la majorité des voix exprimées – un terrain que la Cour suprême avait pourtant pris soin de ne pas emprunter en insistant sur l'expression " majorité claire " au sens qualitatif du terme. Ainsi, pour les plus farouches opposants au projet de souveraineté du Québec, l'emploi des termes " majorité claire " s'est imposé comme un synonyme de " majorité renforcée ".

Se sont donc opérés un détournement des motifs de l'avis de la Cour et, surtout, une rupture avec les précédents applicables en ces matières notamment lors des référendums sur l'avenir politique et constitutionnel de Terre-Neuve (3 juin 1948 et 22 juillet 1948) et du Québec (20 mai 1980 et 30 octobre 1995). Loin d'être anecdotiques, ces précédents sont, dans l'ordre juridique canadien, le point d'ancrage de conventions constitutionnelles, soit de règles non écrites qui lient les acteurs politiques en droit constitutionnel canadien. Suivant les exigences établies par la Cour suprême du Canada, ces conventions existent lorsque sont réunis (1) des précédents (2) qui reposent sur une raison d'être et (3) pour lesquels les acteurs politiques ont le sentiment d'être liés[62]. Or, nous sommes d'avis qu'il existe, du moins qu'il existait, jusqu'à l'adoption de la *Loi fédérale sur la clarté*, une convention constitutionnelle suivant laquelle l'option réunissant plus de 50 % des votes validement exprimées lors d'un référendum sur l'avenir politique et constitutionnel d'une entité fédérée l'emporte.

D'abord, cette convention s'appuie sur plusieurs précédents, dont les résultats extrêmement serrés du référendum québécois du 30 octobre 1995 (soit une majorité de 50,58 % des votes exprimés en

61. Pour une analyse des conventions constitutionnelles que peut générer la pratique référendaire dans les démocraties parlementaires de tradition britannique, voir : Tierney, *Constitutional Referendums*, 2012, p. 107-108.

62. *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, p. 888-909.

faveur du " non ") ou encore ceux du référendum terre-neuvien du 22 juillet 1948 (52,3 % de majorité en faveur du changement de statut politique de cette colonie britannique) qui témoignent de l'effectivité de la règle du 50 % des voix exprimées dans des situations limites. Elle a ensuite pour raison d'être non seulement le principe démocratique, mais aussi le droit à l'égalité de chaque citoyen qui exprime son vote à l'intérieur d'une même circonscription. Enfin, bien que cela soit toujours la condition la plus difficile à démontrer[63], les acteurs politiques provinciaux, fédéraux, et même impériaux ont eu l'occasion, lors de ces précédents, d'exprimer leur sentiment d'être liés par des résultats référendaires de 50 % plus un des votes exprimés.

Au Québec, les responsables politiques – fédéralistes comme souverainistes, au pouvoir comme dans l'opposition – ont manifesté à plusieurs reprises leur sentiment d'être liés par la majorité conventionnelle de 50 % plus un. Cette règle a été confirmée à de multiples occasions, notamment par la voie législative, comme étant un principe fondamental de la démocratie québécoise. Une loi[64] de même que plusieurs résolutions de l'Assemblée nationale[65] ont été formellement adoptées afin d'expliciter cette adhésion des formations politiques représentées à l'Assemblée nationale à cette définition conventionnelle de la majorité.

Quant aux deux référendums terre-neuviens de 1948, ceux-ci représentent une preuve éloquente de l'effet contraignant de la règle conventionnelle. En effet, ces scrutins furent l'occasion d'un sérieux débat sur le degré de clarté de cette expression référendaire[66]. Pre-

63. *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S 793.

64. *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*, art. 4.

65. Notamment les suivantes : *Résolution de l'Assemblée nationale du Québec du 21 mai 1997 sur le référendum du 30 octobre 1995 et la loi sur la consultation populaire,* 35e légis., 2e sess. (Qc), en ligne : <http://www.saic.gouv.qc.ca/publications/Positions/Partie3/Document35.pdf> (consulté le 26 juin 2014); *Résolution unanime réaffirmant qu'aucun parlement ou gouvernement ne peut réduire les pouvoirs, l'autorité, la souveraineté et la légitimité de l'Assemblée nationale, et réclamant que le gouvernement fédéral s'abstienne d'intervenir et de contester la Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec devant la Cour supérieure du Québec*, le 23 octobre 2013, 40e légis., 1re sess. (Qc), en ligne : <http://www.saic.gouv.qc.ca/ institutionnelles_constitutionnelles/resolutions_assemblee_ nationale.htm> (consulté le 27 août 2014).

66. Centre d'information sur l'unité canadienne, *Pour mieux comprendre les référendums : six cas historiques : Australie, Terre-Neuve, Irlande, Norvège, Danemark, Royaume-*

mièrement, le choix de recourir à une question à trois volets (*statu quo*, gouvernement responsable ou adhésion au Canada) eut pour conséquence que l'option " retour au gouvernement responsable ", la plus populaire auprès des électeurs lors du référendum du 3 juin 1948, ne reçut qu'une majorité relative, soit 44,6 % (contre 41,1 % en faveur de l'adhésion à la fédération canadienne et 13,3 % en faveur du *statu quo*). Devant cette absence de majorité claire, la tenue d'un second référendum apparu nécessaire afin de dégager un résultat sans ambiguïté. Ce deuxième scrutin s'imposa notamment parce que " the British government had stipulated that a clear majority would be needed; should a second ballot be required "[67]. Il faut dire que l'appréciation de la clarté de l'expression référendaire impliquait, dans ce cas, non seulement les élus terre-neuviens, mais aussi les autorités britanniques, qui exerçaient, à l'époque, une forte tutelle coloniale, et les autorités politiques canadiennes directement concernées par l'éventualité d'une adhésion à la fédération canadienne[68].

Sur ce point, Vincent Lemieux rapporte qu'il y eut, avant le vote, un débat sur le type de majorité que devait recueillir l'option victorieuse pour qu'elle engage le gouvernement du Royaume-Uni et celui du Canada. D'après cet auteur, le Royaume-Uni précisa alors " qu'il se sentirait lié par tout vote majoritaire en faveur de la confédération, si faible soit-il ". Toutefois, le gouvernement canadien et le gouvernement de Commission de Terre-Neuve n'avaient pas de position aussi explicite. Finalement, après le résultat relativement serré de 52,3 % de " oui " contre 47,6 % de " non ", le gouvernement du Royaume-Uni, celui du Canada et celui de la Commission déclarèrent conjointement que " le résultat était clair et que des démarches seraient entreprises pour le mettre en application "[69]. Ainsi, après avoir posé l'exigence

Uni, Ottawa, Centre d'information sur l'unité canadienne, 1978, p. 12; Daniel Proulx, " La modification constitutionnelle de 1997 relative aux structures scolaires au Québec : une mesure opportune et juridiquement solide ", *R. du B.*, 58, 1998, p. 41-94; Gérald-A Beaudoin, *Le fédéralisme au Canada*, coll. " Bleue ", Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 362; Bibliothèque et Archives Canada, *La Confédération canadienne*, en ligne : <https://www.collectionscanada. gc.ca/confederation/023001-3060-f.html#g> (consulté le 18 avril 2014).

67. Patrick Boyer, *Direct Democracy in Canada : The History and the Future of Referendum*, Toronto, Dundurn Press, 1992, p. 121.

68. Avant l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982,* l'adhésion d'une nouvelle colonie britannique à la fédération canadienne était régie par l'article 146 de la *Loi constitutionnelle de 1867,* 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

69. Vincent Lemieux, " Le référendum et la démocratie au Canada ", dans Peter Aucoin (dir.), *Le gouvernement représentatif et la réforme des institutions*, étude n° 38, Ottawa,

d'une majorité " clearly and beyond all possibility of misunderstanding "[70], et constaté l'ambiguïté que suscitait la majorité relative qui se dégageait du référendum à trois options du 3 juin 1948, les autorités canadiennes ont salué et donné suite à une majorité de 52,3 % des votes exprimés. Cela constitue, depuis, un précédent important dans l'histoire canadienne qui témoigne non seulement du droit des Terre-Neuviens de décider librement de leur avenir, mais aussi de l'autorité d'un résultat faiblement au-dessus du seuil de majorité de 50 % plus un des votes exprimés.

Ces précédents, qui reposent sur l'égalité politique de chaque citoyen et le principe démocratique, liaient les responsables politiques québécois et canadiens jusqu'à ce que les autorités fédérales décident de rompre avec ces conventions. Cette rupture s'est exprimée de multiples manières. Il y eut, d'abord, les déclarations de Jean Chrétien et de son ministre des Affaires intergouvernementales, Stéphane Dion, peu après le référendum de 1995[71], puis l'adoption de la *Loi fédérale sur la clarté* et l'interprétation préconisée par le gouvernement fédéral du *Renvoi relatif à la sécession du Québec* qui, sans énoncer d'exigences précises, ont contribué à accréditer cette forme de remise en question de la majorité conventionnelle[72]. Enfin, dans les provinces du reste du Canada, plusieurs seuils de majorité renforcée ont été appliqués depuis les années 2000' dans des scrutins portant sur des aspects matériels de la constitution de ces provinces[73], participant, de ce fait,

Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1985, p. 141.

70. Boyer, *Direct Democracy…*, 1992, p. 122.

71. Radmilovica, " Strategic Legitimacy Cultivation… ", 2010, p. 857.

72. Rocher et Verrelli, " Questioning constitutional democracy… ", 2003, p. 216.

73. Des majorités qualifiées ont également été exigées dans trois provinces lors de récents référendums sur la réforme du mode de scrutin. En Colombie-Britannique, lors des référendums du 17 mai 2005 et du 12 mai 2009, la proposition de réforme électorale devait réunir au moins 60 % des voix exprimées dans 60 % des 79 circonscriptions de la province. À Île-du-Prince-Édouard, pour le référendum du 28 novembre 2005, le gouvernement a exigé un seuil de 60 %. Vu la taille de la province, on n'a pas osé exiger de répartition territoriale… En Ontario, lors du référendum du 10 octobre 2007, on a imposé une majorité d'au moins 60 % des voix exprimées à l'échelle de la province ainsi qu'une majorité de plus de 50 % dans au moins 60 % des circonscriptions de l'Ontario. *Loi sur le Référendum relatif au système électoral*, L.O. 2007, c. 1, art. 4 et 5; André Barnes et James R. Roberston, *Les projets de réforme électorale dans diverses provinces du Canada*, PRB-04-17F, Ottawa, Service d'information et de recherche parlementaires, 2007, p. 7-9, en ligne : <http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/prb0417-f.pdf.>; Elections BC, *Statement of Votes : Referendum on Electoral Reform May 17 2005*, Victoria, Elections BC, 2005, p. 17

à l'établissement de nouveau standard démocratique et rompant avec la majorité conventionnelle du 50 % plus un qui s'était auparavant appliquée dans ces provinces. Autrement dit, le spectre de la sécession a incité le reste du Canada à prendre position en faveur des majorités renforcées et à recourir à celles-ci pour certains référendums organisés dans leurs champs de compétence.

Ce non-respect des conventions, bien qu'il puisse être constaté par les tribunaux canadiens, ne peut être juridiquement sanctionné par ces derniers, et ce, en raison de la nature particulière des conventions constitutionnelles comme source du droit constitutionnel canadien. La convention constitutionnelle relative à l'effet contraignant d'une majorité de 50 % plus un des votes exprimés s'inscrit – comme toutes les conventions constitutionnelles – en décalage ou en contradiction avec le droit constitutionnel écrit et formel. Il s'agit d'une évolution des pratiques qui n'avait pas été anticipée par des textes qui restent en apparence toujours en vigueur[74]. Forcés de choisir entre l'application du droit formel et cette évolution conventionnelle, les tribunaux peuvent suggérer le respect des conventions constitutionnelles, mais ils ne sont à terme pas en mesure d'en forcer l'exécution.

En l'espèce, la contradiction réside dans l'effet consultatif (ou non exécutoire) du référendum tel que reconnu depuis longtemps par la jurisprudence canadienne. Effectivement, au Canada, le référendum n'a pas vocation à remplacer ou à se substituer aux autorités constituées qui assurent la sanction royale des lois, comme l'ont d'ailleurs bien établi les tribunaux[75]. Les résultats référendaires sont, du moins en théorie, une expression de la volonté des électeurs qui ne s'impose pas automatiquement ou directement aux autorités légales

74. C'est pour cette raison que les tribunaux canadiens reconnaissent l'existence et l'importance des conventions constitutionnelles sans pour autant pouvoir sanctionner leur non-respect. En effet, les conventions restreignent l'étendue du pouvoir discrétionnaire dont dispose, en vertu des textes, un organe constitué. *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, p. 881 (motifs des juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Chouinard et Lamer). Les tribunaux sont tenus d'appliquer le texte de la Constitution, et non la convention, norme créée par les pratiques politiques. Nicole Duplé résume ainsi la place des conventions dans l'ordre juridique canadien : " Les conventions de la constitution sont des règles que les acteurs politiques doivent suivre sous peine de perdre leur légitimité alors même qu'ils agiraient conformément au droit. La sanction des conventions constitutionnelles est administrée par les acteurs politiques qu'elles lient ou, ultimement, par l'opinion publique. " Nicole Duplé, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 65.

75. Dans *Re : The Initiative and Referendum Act,* [1919] A.C., p. 935-946 ; *Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995, p. 1006 ; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 87.

que sont les représentants de la Reine (gouverneur général et lieutenant-gouverneur)[76]. En raison de la protection constitutionnelle de la charge de Reine et de ses représentants, s'est donc imposée l'idée selon laquelle seul le référendum dit " consultatif ", c'est-à-dire un scrutin dont les résultats ne sont pas directement exécutoires, est conforme au droit constitutionnel canadien[77]. Parce qu'elle a en pratique pour conséquence de lier les acteurs politiques par l'expression sans ambiguïté d'une majorité de voix, la convention constitutionnelle limite l'étendue de la discrétion dont disposent les organes constitués et contredit, en ce sens, le droit constitutionnel formel.

Ce décalage entre le droit constitutionnel formel et la majorité conventionnelle qui s'est cristallisée en convention constitutionnelle à travers les précédents de 1948, de 1980 et de 1995, est, jusqu'à un certain point, révélateur de l'inconstitutionnalité de la *Loi fédérale sur la clarté*. En effet, les évolutions qu'une convention constitutionnelle opère en marge du droit constitutionnel formel (en l'occurrence les effets contraignants d'une majorité de 50 % plus un des votes exprimés lors d'un référendum) ne peuvent être modifiées par une simple loi du Parlement fédéral. Seule une modification de la Constitution formelle pourrait opérer un tel changement. Agir autrement reviendrait à imposer formellement aux organes constitués un seuil de majorité obligatoire à partir duquel ces organes verraient l'exercice de leurs pouvoirs constitutionnels contraints par une procédure référendaire qui, en l'état actuel des choses, ne dispose d'aucun fondement en droit constitutionnel canadien, où le référendum est formellement " consultatif ". En d'autres termes, ce qu'une convention fait évoluer, le législateur ne peut unilatéralement le défaire sans entrer en contradiction avec le droit constitutionnel formel auquel cette convention se rattache. C'est donc parce que la convention constitutionnelle sur l'effet contraignant d'une majorité de 50 % plus un est en décalage

76. Patrick Taillon, " Pour une redéfinition du référendum consultatif ", *R.I.D.C.*, 1, 2007, p. 143-156.

77. Julien Côté, *La consultation populaire au Canada et au Québec*, 3e éd., Québec, Directeur général des élections du Québec, 2000, p. 12; Lemieux, " Le référendum et la démocratie… ", 1985, p. 136; Beaudoin, *Le fédéralisme…*, 2000, p. 151; Mollie Dunsmuir, *Référendums : l'expérience canadienne dans un contexte international*, coll. " Étude générale BP-271F ", Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 1992, p. 32; Benoît Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, Scarborough, Carswell, 1996, p. 164-166; Jacques-Yvan Morin et José Woehrling, *Les Constitutions du Canada et du Québec. Du régime français à nos jours*, t. 1, Montréal, Les Éditions Thémis, 1994, p. 501-502; Henri Brun et Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, 4e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 227-228; Boyer, *Direct Democracy…*, 1992, p. 90.

avec le droit constitutionnel formel, qui prévoit que les organes constitués (du moins le lieutenant-gouverneur et le gouverneur général) ne sont pas liés par les résultats référendaires[78], que cette convention ne peut être codifiée ou modifiée par une simple loi ordinaire telle que la *Loi fédérale sur la clarté.*

Cet argument fondé sur les rapports complexes entre convention et Constitution risque de s'avérer également exact à l'encontre de la *Loi 99*, à une différence près. Certes, la codification dans cette dernière de la règle de la majorité des voix exprimées, tout comme celle de la majorité claire dans la *Loi fédérale sur la clarté,* heurte le droit constitutionnel formel. Toutefois, contrairement à la *Loi fédérale sur la clarté* qui impose un nouveau standard démocratique en modifiant à la fois la majorité conventionnelle (50 % plus un) et l'état du droit formel (l'effet purement consultatif du référendum), la *Loi 99* se limite, par de simples dispositions déclaratoires, à réitérer les termes d'une convention constitutionnelle effective. Autrement dit, elle décrit l'état du droit constitutionnel lorsque celui-ci se conjugue aux conventions et au principe démocratique.

2.2 Un seuil indéterminé et indéterminable

La remise en question du seuil de 50 % plus un que cherche à opérer la *Loi fédérale sur la clarté*, en plus de contrevenir aux conventions constitutionnelles qui se dégagent des usages et de la pratique, souffre d'une cruelle imprécision. La loi crée les conditions permettant d'imposer un pourcentage plus élevé que la majorité conventionnelle de 50 % plus une des voix exprimées[79] sans pour autant mentionner l'ampleur des appuis nécessaires. Au contraire des autres États ayant recours aux majorités renforcées – où les règles du jeu sont explicites

78. *Re : The Initiative and Referendum Act* ; *The King* c. *Nat Bell Liquors Ltd*, [1922] 2 A.C. 128; Henri Brun, François Chevrette, Raynold Langlois et Maurice Pinard, *Mémoire d'un comité du Barreau à la Commission de la présidence du conseil, de la constitution et des affaires intergouvernementales sur le livre blanc sur la consultation populaire au Québec*, Montréal, Barreau du Québec, Service de la recherche et de la législation, 1977, p. 2.

79. *Loi fédérale sur la clarté*, art. 2 (2) a) : " Dans le cadre de l'examen en vue de déterminer si une majorité claire de la population de la province a déclaré clairement qu'elle voulait que celle-ci cesse de faire partie du Canada, la Chambre des communes prend en considération : a) l'importance de la majorité des voix validement exprimées en faveur de la proposition de sécession […] ".

et font l'objet d'un consensus politique préalable[80], le dispositif mis en place par la *Loi fédérale sur la clarté* conduit à une appréciation politique et subjective, effectuée après le scrutin, par des parlementaires ayant été personnellement engagés dans les débats référendaires. En ce sens, la *Loi fédérale sur la clarté* est un exemple inédit de majorité à pourcentage indéterminé et qui reste indéterminable[81], même après le dépouillement des boîtes de scrutin, puisque la majorité requise dépend de l'appréciation discrétionnaire faite après coup par les parlementaires fédéraux. L'objectif de clarté prétendument affiché par le législateur fédéral s'en trouve bien évidemment affecté, dans la mesure où le dispositif est employé de manière à jeter un doute sur la majorité conventionnelle du 50 % des voix exprimées plus une, tout en suscitant la confusion la plus complète quant au le seuil de majorité requis qui, lui, reste indéterminé et indéterminable tout au long des opérations de votation.

Il faut dire que le caractère arbitraire et imprécis du dispositif mis en place par la *Loi fédérale sur la clarté* tient pour beaucoup au choix du moment où ce contrôle est exercé. Comme le prévoit le paragraphe 2 (1) de la loi, la Chambre des communes détermine " *après* la tenue d'un référendum […] si, dans les circonstances, une majorité claire de la population de la province " [nos italiques] s'est prononcée en faveur de la sécession. Le législateur fédéral conditionne ainsi son obligation de négocier énoncée par la Cour à une appréciation politique des résultats, effectuée *a posteriori*, plusieurs jours après la fin du dépouillement du vote[82]. De cette manière, les responsables

80. Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Le référendum en Europe, analyse des règles juridiques des États européens*, rapport nº 287/2004 adopté par le Conseil des élections démocratiques lors de sa 14e réunion (Venise, 20 octobre 2005) et la Commission de Venise lors de sa 64e session plénière (Venise, 21-22 octobre 2005), en ligne : <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD (2005) 034.aspx> (consulté le 26 juin 2014); Taillon, *Le référendum expression directe…*, 2012, p. 267-369; Félix-Antoine Dumais-Michaud, *Pour une catégorisation et une classification critique des majorités renforcées au Canada*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2013; Louis Massicotte, " La réforme de la procédure référendaire québécoise : la réflexion sur quelques enjeux ", dans Pierre F. Côté (dir.), *Démocratie et référendum : la procédure référendaire. Actes du colloque du département de science politique de l'Université de Montréal*, Montréal, Québec Amérique/Département de science politique, Université de Montréal, 1992, p. 130-136.

81. Dumais-Michaud, *Pour une catégorisation…*, 2013.

82. Cette volonté de préserver une marge d'appréciation politique des résultats se dégage des propos du ministre responsable de la loi. Ce dernier déclarait : " Aussi est-il [*sic*] impossible de déterminer cette majorité claire aujourd'hui, dans la quiétude d'un Canada uni, en dehors de toute turbulence référendaire, car les circonstances dans lesquelles

politiques fédéraux arrivent à changer à la fois les règles du jeu démocratique en cours de route, par une rupture avec la règle conventionnelle du 50 % plus un, et à s'octroyer, du même coup, une capacité extraordinaire à réécrire ou, à tout le moins à préciser, les règles du jeu une fois que l'épreuve référendaire a été disputée[83]. Cela constitue un double affront aux yeux de bien des nationalistes québécois, dans la mesure où les autorités fédérales se placent dans une posture où, après avoir fait campagne afin de convaincre une majorité de Québécois d'adhérer à leur projet politique, ils se réservent le droit de déterminer, en cas d'échec, qu'une majorité contraire à leur conviction n'en est pas une. Quoi qu'il arrive, le Parlement fédéral dispose de la marge de manœuvre pour prétendre que les résultats, pour une raison ou pour une autre, ne sont pas suffisamment clairs.

Pour les autorités politiques fédérales, cette forme de majorité indéterminée et indéterminable représente une façon bien utile de ne pas s'exposer prématurément à des critiques sur le caractère arbitraire de la majorité exigée, tout en conservant une marge de manœuvre considérable quant à la définition au cas par cas de ce seuil de majorité. Il n'empêche qu'un tel dispositif témoigne aussi de la difficulté à imposer précisément un autre seuil que celui du 50 % plus une des voix exprimées. Comme le soulignent Anthony Bradley, Carlos Closa Montero et Kaarlo Tuori dans leur avis sur le Monténégro pour la commission de Venise, il n'existe pas de normes internationales ou de définition généralement admise de ce qui constitue une majorité suffisamment renforcée[84]. Est-ce 55 %, 60 %, 65 %...? Au-delà de la majorité des voix exprimées, il n'y a à notre avis pas de standard logique et rationnel qui s'impose[85].

Ce n'est donc pas un hasard si les rédacteurs de la *Loi fédérale sur la clarté,* après avoir remis en cause la règle conventionnelle

cette évaluation politique devrait être faite nous sont inconnues ". Stéphane Dion, " Un projet de loi " raisonnable " ", *La Presse*, 15 décembre 1999, p. B3.

83. Comme l'écrit Stéphane Courtois : " Par cette procédure, Ottawa n'entend ni plus ni moins se donner un instrument lui permettant de trancher les résultats serrés aux effets potentiellement déstabilisateurs ". Courtois, " Entre légitimité et stabilité… ", 2002, p. 66.

84. Anthony Bradley, Carlos Closa Montero et Kaarlo Tuori, *Avis sur la compatibilité avec les normes internationales applicables de la législation en vigueur au Monténégro concernant l'organisation de référendums, Avis adopté par la Commission européenne pour la démocratie par le droit (commission de Venise) lors de la 65e session plénière, 16-17 déc. 2005,* p. 8; Andreas Auer, Georgio Malinverni et Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse,* coll. " Précis de droit Staempfli ", vol. 1, Berne, Staempfli, 2000, p. 204.

85. Patrick Taillon, *Le référendum expression directe…*2012, p. 239-255

du 50 % plus un, se sont abstenus de préciser un seuil de majorité requis[86], privilégiant une appréciation toute subjective des résultats. Après tout, il est bien plus facile de critiquer la règle du 50 % plus un que de définir avec précision un seuil de majorité renforcée. Conscients de l'opposition unanime de la classe politique québécoise au seuil de majorité renforcée[87], les responsables politiques canadiens ont vraisemblablement considéré que de suggérer un seuil précis risquait de les exposer à de solides et sévères critiques. Selon François Rocher et Elisenda Casanas Adam, " la loi fédérale a plutôt cherché à accroître la marge d'incertitude en accréditant l'idée que le gouvernement fédéral fixera la barre à une hauteur vertigineuse avant de s'asseoir à la table des négociations "[88].

Parce qu'il s'avère généralement difficile de défendre rationnellement et objectivement un seuil de majorité renforcée plutôt qu'un autre, une majorité à pourcentage indéterminé et indéterminable, comme le proposent les autorités canadiennes dans la *Loi fédérale sur la clarté,* dissimule donc plus facilement son caractère irrationnel. Si Vincent Lemieux qualifiait les majorités renforcées de " conditions arbitraires de validité du vote "[89], c'est qu'elles ont en fait toutes les apparences d'une " manipulation " des règles du jeu référendaire. Comme le soutient Louis Massicotte dans un texte sur les majorités renforcées, rédigé quelques années avant l'adoption de la *Loi fédérale sur la clarté*, il n'est ni très habile ni équitable de modifier ces règles. Il écrit :

> […] rien ne justifie qu'on impose à l'option adverse des exigences dont on se dispense soi-même. Peu de choses rendent les électeurs aussi cyniques que le spectacle de ces politiciens qui changent les règles du jeu au gré de la conjoncture.[90]

---

86. " […] the federal government simply states that an absolute majority would not suffice " Rocher et Verrelli, " Questioning constitutional democracy… ", 2003, p. 216.

87. Voir notamment : *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*; *Loi sur la consultation populaire*, L.R.Q., c. C-64.1; *Résolution de l'Assemblée nationale du Québec du 21 mai 1997 sur le référendum du 30 octobre 1995*; Raymond Giroux, " La majorité référendaire : Brun en appelle à l'Assemblée nationale ", *Le Soleil*, mercredi 15 mars 2006, p. A3.

88. Rocher et Casanas Adam, " L'encadrement juridique… ", 2015.

89. Du moins, c'est ce que Vincent Lemieux écrivait, bien des années avant l'adoption de la *Loi fédérale sur la clarté*, à propos des majorités renforcées : Lemieux, « Le référendum et la démocratie… », 1985, p. 133.

90. Massicotte, " La réforme de la procédure référendaire… ", 1992, p. 130-136. Ces propos rédigés avant l'adoption de la *Loi fédérale sur la clarté* n'ont toutefois pas empêché

Cette manipulation des règles fondamentales du jeu démocratique est d'autant plus grave dans le cas de la *Loi fédérale sur la clarté* qu'elle s'accompagne d'une imprévisibilité liée à la manière dont législateur introduit un contrôle *a posteriori* de la clarté des résultats. Le seuil de majorité requis reste alors inconnu tout au long de la campagne référendaire, ce qui n'améliore en rien la clarté des débats et la qualité de la délibération[91].

Difficiles à définir, les majorités renforcées sont tout aussi difficiles à justifier. De tels seuils heurtent généralement plusieurs principes fondamentaux de l'ordre juridique. Ils représentent une grave atteinte au principe d'égalité des citoyens. Plutôt que de compter les votes, les majorités renforcées nous incitent à les soupeser, à leur accorder à terme une importance qui varie en fonction des choix exprimés. L'influence de chaque électeur sur le résultat n'est dès lors plus la même selon qu'il se prononce pour ou contre l'option privilégiée par les règles de majorité renforcée[92]. Or, au nom de quel principe ou de quelle conception de la légitimité peut-on considérer le vote de certains électeurs comme moins déterminant que d'autres? Les majorités renforcées compromettent la neutralité du scrutin en avantageant un camp au détriment d'un autre.

Elles introduisent entre les électeurs une inégalité fondée sur les convictions politiques. Effectivement, elles opèrent une distinction, fondée sur l'un des motifs analogues à ceux énumérés à l'article 15 de

Louis Massicotte de soutenir quelques années plus tard l'adoption de la *Loi fédérale sur la clarté*. Michel Venne, " " Majorité claire ". Un professeur propose 50 % + 1... des électeurs inscrits ", *Le Devoir*, 8 septembre 1998, disponible en ligne : <http://www.vigile.net/archives/3e/Omajorite/venneinscrits.html> (page consultée le 27 août 2014).

91. En ce sens, la *Loi fédérale sur la clarté* ajoute confusion et incertitude là où la majorité conventionnelle du 50 % plus un établissait des balises claires. C'est dans cette optique que Scott Reid, journaliste au *National Post*, qualifie cette loi par les termes " Obscurity Act ". Il écrit : " the *Clarity Act* does not provide us with such clarity. The *Clarity Act* simply employs delay tactics, without giving effect to the Supreme Court ruling. " Scott Reid , cité par Rocher et Verrelli, " Questioning constitutional democracy… ", 2003, p. 225.

92. Dénonçant cela, Ernst-Wolfgang Böckenförde écrit : " L'égalité juridique exige l'égalité numérique. Si tous les citoyens doivent avoir des droits de participation politique égaux et, de ce fait, des chances égales d'influence politique, alors toute opinion politique doit être pesée à la même aune. Des différenciations qualitatives, qu'elles soient fondées sur l'intensité de la participation au processus démocratique ou sur une distinction de la *pars sanior* et *pars major,* ne sauraient se produire. Sur la base de l'égalité démocratique, les suffrages ne peuvent être — du point de vue juridique — que comptés et non soupesés. " E.-W. Böckenförde, *Le droit, l'État et la constitution démocratique,* Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2000, p. 292.

la *Charte canadienne des droits et libertés*[93] (les convictions politiques) qui a pour effet de dévaloriser et de discriminer certaines idées politiques, ainsi que les personnes qui les défendent. Elles portent atteinte à l'idée selon laquelle chaque électeur doit être considéré comme le détenteur d'une égale part de liberté politique[94]. En fonction de l'option privilégiée par les règles de majorité renforcée, l'impact ou le degré d'influence de chaque vote à l'intérieur d'une même circonscription n'est plus le même. On accorde alors plus de poids au vote de certains électeurs, soit ceux qui soutiennent l'option privilégiée, par les règles de majorité renforcée. Les majorités renforcées introduisent donc un biais structurel : elles favorisent l'une des options au détriment d'une autre. La procédure référendaire perd ainsi de sa neutralité[95].

Cette atteinte au droit à l'égalité des électeurs et cette discrimination fondée sur les convictions politiques qui résultent de l'imposition d'une majorité indéterminée et indéterminable ne peuvent par ailleurs se justifier au regard de l'article 1er de la *Charte canadienne des droits et libertés*[96]. En effet, les moyens employés par le législateur afin d'atteindre ses fins ne présentent aucun lien rationnel avec l'objectif de clarté. Le vote d'une résolution – après le vote – ne fait qu'accroître l'imprévisibilité et les incertitudes quant à l'issue du vote. Le moyen choisi est donc manifestement disproportionné! Parmi les moyens à sa disposition, le législateur n'a, de toute évidence, pas opté pour l'un des moins attentatoires, puisqu'il existe bien d'autres solutions permettant de garantir la clarté, la loyauté et l'intégrité de l'expression référendaire sans pour autant compromettre la neutralité du scrutin,

93. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982.*

94. Une majorité renforcée " est antidémocratique parce qu'elle nie le principe de l'égalité des électeurs en donnant plus d'influence aux partisans du *statu quo* qu'à ceux du changement de statut politique. Elle crée deux catégories de citoyens et deux échelles de valeur des idées politiques. Elle institue l'injustice en règle de gouvernement. " Denis Monière, " Élection référendaire ou référendum. Pourquoi on ne peut pas faire naître un pays par une élection ", *Le Devoir*, 27 et 28 mai 2006, en ligne : <http://archives.vigile.net/06-5/26.html#13> (consulté le 26 juin 2014).

95. Elaine Spitz, *Majority Rule*, Chatham (NJ), Chatham House Publishers, 1984, p. 212.

96. L'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* autorise les atteintes aux droits et libertés jugées raisonnables dans une société libre et démocratique. Ces limites doivent, entre autres, comporter un lien rationnel, représenter une atteinte minimale dans la poursuite d'un d'une préoccupation urgente et réelle et, enfin, générer plus d'effets positifs pour la collectivité que d'effets négatifs sur l'individu limité dans ses droits. *R.* c. *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, par. 68 à 71 (motifs du juge en chef Dickson pour la majorité).

le droit à l'égalité de chaque électeur et sans introduire un avantage disproportionné pour un camp au détriment d'un autre.

Ce biais structurel qu'introduit la *Loi fédérale sur la clarté* soulève, en dernière analyse, un problème inhérent de ce type de contrôle exercé par un organe politique, soit celui du manque de *neutralité* et d'*indépendance*. En l'espèce, le Parlement fédéral est à la fois parti à la négociation et juge de la clarté du résultat[97]. Or, sur une question aussi délicate que la sécession d'une province, nul doute que le fédéral n'est ni indépendant ni impartial. Dans la mesure où l'examen de la clarté de l'expression référendaire n'est pas un processus qui s'opère en dehors de toutes considérations politiques, il ne peut guère en être autrement. De toute évidence, l'attitude des autorités centrales quant au référendum organisé par une province est orientée bien plus en fonction des rapports de force qui animent les relations entre le pouvoir fédéral et les entités fédérées que par des principes juridiques. Les intérêts partisans, l'existence d'une majorité stable dans chacune des chambres et le jeu de la discipline de parti exercent un impact non négligeable sur la manière dont un organe politique examine un référendum organisé par un autre ordre de gouvernement. Dans ce contexte, l'appréciation politique de l'expression référendaire est inévitablement instrumentalisée au service des intérêts partisans des parlementaires fédéraux chargés du contrôle.

Conclusion

En décalage et en contradiction avec l'avis de 1998 de la Cour suprême du Canada, la *Loi fédérale sur la clarté* met en place un dispositif imprécis et arbitraire, qui confond la clarté avec la radicalité de la question et qui, à notre avis, rompt avec les pratiques et conventions constitutionnelles existantes relatives à l'effet politiquement contraignant de la majorité des voix exprimées lors d'un référendum. En légiférant ainsi, le Parlement fédéral agit *ultra vires,* dans la mesure où il tente, par une simple loi fédérale, de modifier des normes supralégislatives non écrites qui sont incorporées à la Constitution du Canada et qui, par conséquent, ne peuvent être modifiées que dans le respect des procédures instaurées par la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

97. Francis Hamon, " *Le contrôle du référendum* ", dans Francis Hamon et Olivier Passelecq (dir.), *Le référendum en Europe : bilan et perspectives Actes du colloque organisé les 28-29 janvier à la Maison de l'Europe de Paris,* Paris, L'Harmattan, 2001, p. 215.

L'obligation constitutionnelle de négocier de bonne foi les modalités de la sécession se trouve ainsi limitée par les paragraphes 1 (6) et 2 (4) de la loi qui interdisent au gouvernement fédéral d'entreprendre des négociations en cas de vote négatif de la Chambre des communes quant à la clarté de la question ou de la majorité référendaire. Fondée sur des critères plus restrictifs que ceux énoncés par la Cour suprême dans le renvoi de 1998, la loi tente d'opérer une modification unilatérale du droit constitutionnel formel.

Du fait de son objet, de ses effets, des techniques rédactionnelles employées et des normes qu'elle cherche à modifier, la *Loi fédérale sur la clarté* n'est pas une loi comme les autres. Certes, il s'agit d'une loi " ordinaire ", au sens où elle a été édictée suivant la procédure normale d'adoption des lois fédérales, mais dont le contenu – matériellement constitutionnel – vise à " neutraliser " les effets de normes supralégislatives qui, conformément à la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982,* ne peuvent être modifiées que dans le respect des procédures spéciales de modification. Le Parlement fédéral cherche ainsi à conduire une réforme " paraconstitutionnelle "[98], c'est-à-dire à modifier par la voie législative l'état du droit constitutionnel canadien établi dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. Cette façon de faire s'inscrit dans une tendance lourde au Canada qui consiste à utiliser la loi ordinaire pour conduire des réformes institutionnelles relevant du domaine exclusif des procédures complexes de modification et nécessitant un accord fédéral-provincial.

98. Le concept de para-constitutionnalité est inspiré en partie de la définition qu'en donne Johanne Poirier dans ses travaux sur les ententes intergouvernementales. Pour reprendre ses termes, une " fonction para-constitutionnelle désigne une fonction s'inscrivant en marge ou en complément de normes constitutionnelles. Il peut s'agir de contourner, compléter, interpréter, déjouer ou éviter les normes ou la nécessité de réformes institutionnelles ". Johanne Poirier, " Quand le non-droit fait la loi : les ententes entre partenaires fédéraux et l'hypothèse du pluralisme juridique ", Site collaboratif de recherches sur l'avenir du droit public, Centre de droit public de l'ULB, en ligne : <http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/index. php?id=14&tx_ttnews[pointer]=1&cHash=bf631284> (site consulté le 16 juillet 2013); Catherine Mathieu et Patrick Taillon, " Aux frontières de la modification constitutionnelle : le caractère para-constitutionnel de la réforme du Sénat canadien ", R.Q.D.C., 5, 2013, en ligne : <http://www.aqdc.org/pub/cms_volume_tablemat.php?id_volume=5> (consulté le 18 avril 2014); Catherine Mathieu, *La réforme du Sénat en marge des procédures multilatérales de modification constitutionnelle*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2013, p. 8, 11, 12, 27, 54, 59, 63, 108, 140 et 141.

La *Loi fédérale sur la clarté* se rapproche, en ce sens, de plusieurs autres lois du même type. La loi sur les vétos régionaux[99], les lois provinciales rendant obligatoire la tenue d'un référendum préalablement à l'approbation par ces provinces de toute modification formelle à la Constitution du Canada[100] et les lois sur les élections à date fixe[101], adoptées au cours des dernières années, sont des exemples de ce type de législation. Certaines de ces lois ont d'ailleurs été contestées – avec succès – devant les tribunaux. On peut penser aux recours entrepris à l'encontre des tentatives fédérales de réforme du Sénat et de modification à la *Loi sur la Cour suprême* qui, à terme, ont fait l'objet de deux renvois dans le cadre desquels la Cour suprême a invalidé les réformes

99. La *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, L.C. 1996, c. 1; Andrew Heard and Tim Swartz, " The Regional Veto Formula and Its Effects on Canada's Constitutional Amendment Process ", *C.J.P.S.,* 30, 2, 1997.

100. Parmi ces lois se trouvent celles adoptées par la Colombie-Britannique (*Referendum Act*, R.S.B.C. 1996, c. 400 et *Constitutional Amendment Approval Act*, R.S.B.C. 1996, c. 67) et l'Alberta (*Constitutional Referendum Act*, R.S.A. 2000, c. 25). Voir aussi Sébastien Grammond, " Une province peut-elle subordonner l'approbation d'une modification constitutionnelle à la tenue d'un référendum ", *C. de D.*, 38, 3, 1997; Patrick Taillon, *Les nouveaux obstacles juridiques au renouvellement du fédéralisme canadien*, étude préparée pour le compte de l'Institut de recherche sur le Québec, Montréal, I.R.Q., 2007; Nancy Côté, *Referendums and constitutional amendment in Canada*, North York, Osgoode Hall Law School, York University, 2000.

101. En plus du Parlement fédéral, qui a adopté la *Loi modifiant la Loi électorale du Canada*, L.C. 2007, c. 10, la majorité des provinces ont également adopté des lois prévoyant la tenue d'élections à date fixe : *Constitution (Fixed Election Dates) Amendment Act, 2001*, S.B.C. 2001, c. 36 (Colombie-Britannique); *An Act to Amend the House of Assembly Act and the Elections Act, 1991*, S.N.L. 2004, c. 44 (Terre-Neuve-et-Labrador); *An Act to amend the Election Act, the Election Finances Act and the Legislative Assembly Act, to repeal the Representation Act, 1996 and to enact the Representation Act, 2005*, S.O. 2005, c. 35 (Ontario); *Elections and Plebiscites Act*, S.N.W.T. 2006, c. 15 (Territoires du Nord-Ouest); *An Act to Amend the Election Act, S.P.E.I. 2007*, c. 29 (modifiée par S.P.E.I. 2008, c. 9) (Île-du-Prince-Édouard); *Loi modifiant la Loi sur l'Assemblée législative*, L.N.-B. 2007, c. 57 (Nouveau-Brunswick); *An Act to amend The Legislative Assembly and Executive Council Act, 2007,* S.S. 2008, c. 6 (Saskatchewan); *The Lobbyists Registration Act and Amendments to The Elections Act, The Elections Finances Act, The Legislative Assembly Act and The Legislative Assembly Management Commission Act*, S.M. 2008, c. 43, annexe B (Manitoba). Le Parlement du Québec a adopté, en juin 2013, la *Loi modifiant la Loi électorale afin de prévoir des élections à date fixe*, L.Q. 2013, c. 13. Voir aussi Adam M. Dodek, " The Past, Present and Future of Fixed Election Dates in Canada ", *J.P.P.L.,* 4, 2009; Andrew Heard, " Legality and Fiction about Federal Fixed-Date Elections ", *J.P.P.L.*, 2, 2009; Edward McWhinney, " Les élections à date fixe et les pouvoirs du gouverneur général d'accorder la dissolution ", *Revue parlementaire canadienne,* 31, 1, 2008; Doug Stoltz, " Élections à date fixe, dissolution du Parlement et tribunaux ", *Revue parlementaire canadienne,* 33, 1, 2010; Guy Tremblay et Hubert Cauchon, " Les élections à date fixe mais flexible au Canada ", *C. de D.*, 51, 2, 2010.

paraconstitutionnelles conduites unilatéralement par le législateur fédéral[102].

À l'instar des autres lois paraconstitutionnelles, la *Loi fédérale sur la clarté* poursuit un objectif contradictoire : conserver intactes les normes supralégislatives tout en faisant évoluer significativement et substantiellement, au moyen de la loi ordinaire, des pratiques politiques pourtant régies par la Constitution. Le titre complet de la loi – *Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec* – témoigne d'ailleurs de cette volonté affichée de présenter la loi comme une simple loi de mise en œuvre. Or, de deux choses l'une, soit la législation paraconstitutionnelle est inopérante parce que contraire aux normes supralégislatives protégées par les procédures multilatérales de modification, soit elle peut – sous l'effet d'une interprétation conforme à la Constitution – produire des effets atténués et, à bien des égards, incertains. Ainsi, la *Loi fédérale sur la clarté* est soit inconstitutionnelle, car elle modifie (comme nous le croyons) la portée des exigences supralégislatives énoncées par la Cour suprême du Canada à l'occasion du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, soit elle est juridiquement inutile parce qu'interprétée de manière conforme au droit constitutionnel canadien en atténuant ses effets.

Dans cette seconde hypothèse, la *Loi fédérale sur la clarté* pourrait être valide au regard de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* relative aux procédures de révision constitutionnelle, mais elle pose malgré tout un problème quant au partage des compétences législatives[103]. Les aspects infraconstitutionnels de la *Loi fédérale sur la clarté* contreviennent en effet à la règle suivant laquelle la législation relative aux élections et référendums tenus à l'échelle provinciale

102. D'autres contestations sont en cours. C'est le cas de la *Loi de 2013 sur la succession au trône* par laquelle le Parlement fédéral tente de modifier seul les règles de désignation du chef de l'État dont la contestation sera entendue en Cour supérieure en juin 2015. *Loi de 2013 sur la succession au trône*, L.C. 2013, c. 6; Bill 110, *Bill to Make succession to the Crown not depend on gender; to make provision about Royal Marriages; and for connected purposes*, sess. 2012-1013.

103. Selon François Rocher, Nadia Verrelli et plusieurs autres, la *Loi fédérale sur la clarté* constitue " the infringement upon matters that are strictly provincial in nature versus the prerogative of the federal government to take action upon such a matter ". Rocher et Verrelli, " Questioning constitutional democracy… ", 2003, p. 221; Ryan, " Consequences of the Quebec Secession Reference… ", 2000.

relève de la compétence exclusive des provinces[104]. Sous réserve des normes constitutionnelles pertinentes, modifiables par procédure spéciale, il revient aux législatures des provinces – et non au Parlement fédéral – de réglementer les élections et les référendums organisés à l'échelle provinciale[105]. Le Parlement fédéral n'a donc aucune compétence pour imposer un contrôle fédéral de la clarté de la question et des résultats qui entrave l'exercice de la compétence exclusive des provinces relative à l'organisation de scrutins électoraux et référendaires à l'échelle provinciale[106].

Il y a donc un partage à respecter entre, d'un côté, la législation et l'organisation du référendum, qui relèvent du Parlement du Québec, et la négociation des modalités de la sécession qui, elle, entre dans le domaine du pouvoir constituant. Certes, la législature provinciale a compétence pour légiférer sur certaines questions relatives à l'organisation d'un référendum consultatif devant conduire à une initiative constitutionnelle et à des négociations. Cependant, le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* a, de toute évidence, établi que l'obligation de négocier devait relever non pas de la compétence des autorités fédérales ou des autorités provinciales, mais bien de celle du pouvoir constituant. En clair, les acteurs politiques dont il est question dans le renvoi de 1998 quant à l'appréciation de la clarté de l'expression référendaire ne peuvent être seulement et uniquement les acteurs politiques provinciaux ou fédéraux[107]. Il en va ainsi en droit constitutionnel canadien, en raison de la nature supralégislative de l'obligation constitutionnelle de négocier, mais aussi en droit international, où la reconnaissance de la sécession *de facto* s'opère en fonction de l'appréciation des autres États de la volonté de faire sécession[108].

Tout compte fait, la *Loi fédérale sur la clarté* pose d'importants problèmes de constitutionnalité, tant sur le plan de son contenu (dispositif imprécis, excessif, arbitraire, potentiellement contraire à

104. Mathieu et Taillon, " Aux frontières de la modification… ", 2013, p. 44-46. Pour une analyse jurisprudentielle de cette compétence, voir : *Haig* c. *Canada (Directeur général des élections*, notamment au paragraphe 61 (motif de la juge L'Heureux-Dubé).

105. *Loi constitutionnelle de 1982,* art. 45 qui remplace, depuis 1982, l'article 92 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1867.*

106. Seul le pouvoir constituant – et non le législateur fédéral – peut limiter ou encadrer cette compétence provinciale à régir ses propres institutions démocratiques. *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 41 e) et 45.

107. Rocher et Verrelli, " Questioning constitutional democracy… ", 2003, p. 217 et 221.

108. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 140-146.

l'égalité politique de chaque électeur…) que sur celui de son mode d'adoption. Édictée unilatéralement par le Parlement fédéral, cette loi empiète, sous certains aspects, sur la compétence législative des provinces quant à l'organisation des scrutins électoraux et référendaires tenus à l'échelle provinciale et, sous d'autres aspects, sur la compétence exclusive du pouvoir constituant de modifier, dans le respect de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les normes supralégislatives – écrites ou non écrites – qui composent le droit constitutionnel canadien.

Alors que le gouvernement du Québec a, ces dernières années, contesté – souvent avec succès – plusieurs des initiatives fédérales[109], il est quelque peu étonnant de constater qu'il s'abstienne d'exploiter ces arguments relatifs au caractère *ultra vires* de la *Loi fédérale sur la clarté*[110]. Mis sur la défensive par le litige soutenu par le gouvernement fédéral à l'encontre de la *Loi 99*, le gouvernement québécois pourrait encore répliquer par sa propre contestation de la *Loi fédérale sur la clarté*. Cela contreviendrait cependant à la politique adoptée jusqu'à présent dans ce dossier qui consiste à miser sur la souveraineté du peuple et non sur les tribunaux canadiens. Pour les nationalistes québécois, il s'agit d'éviter de confier une question hautement politique à des juges qui sont tous unilatéralement nommés par l'exécutif fédéral pour interpréter les tenants et les aboutissants d'une Constitution adoptée, en 1982, sans l'accord du Québec. C'est là une part de l'ambiguïté du projet souverainiste québécois qui, comme le souligne Stephen Tierney[111], cherche à s'appuyer – sans le reconnaître explicitement – sur le cadre juridique canadien.

109. *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66; *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61.

110. Henri Brun, " Le Clarity Act est inconstitutionnel ", *Le Devoir*, 23 février 2000, p. A7.

111. Tierney, *Constitutional Referendums*, 2012, p. 104 et p. 107.

Législation

Textes constitutionnels

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.).

Textes fédéraux

Loi abrogeant la Loi de clarification, projet de loi nº C-457 (dépôt et 1re lecture – 25 octobre 2012), 1re sess., 41e légis. (Can.).
Loi concernant les modifications constitutionnelles, L.C. 1996, c. 1.
Loi de 2013 sur la succession au trône, L.C. 2013, c. 6.
Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec, L.C. 2000, c. 26.
Loi modifiant la Loi électorale du Canada, L.C. 2007, c. 10.
Loi sur la modification constitutionnelle démocratique, projet de loi nº C-470 (dépôt et 1re lecture – 28 février 2013), 1re sess., 41e légis. (Can.).

Textes provinciaux

An Act to Amend the Election Act, S.P.E.I. 2007, c. 29 (modifiée par S.P.E.I. 2008, c. 9) (Île-du-Prince-Édouard).
An Act to amend the Election Act, the Election Finances Act and the Legislative Assembly Act, to repeal the Representation Act, 1996 and to enact the Representation Act, 2005, S.O. 2005, c. 35 (Ontario).
An Act to Amend the House of Assembly Act and the Elections Act, 1991, S.N.L. 2004, c. 44 (Terre-Neuve-et-Labrador).
An Act to amend The Legislative Assembly and Executive Council Act, 2007, S.S. 2008, c. 6 (Saskatchewan).
Constitution (Fixed Election Dates) Amendment Act, 2001, S.B.C. 2001, c. 36 (Colombie-Britannique).
Constitutional Amendment Approval Act, R.S.B.C. 1996, c. 67. (Colombie-Britannique).
Constitutional Referendum Act, R.S.A. 2000, c. 25 (Alberta).
Elections and Plebiscites Act, S.N.W.T. 2006, c. 15 (Territoires du Nord-Ouest).
Loi modifiant la Loi électorale afin de prévoir des élections à date fixe, L.Q. 2013, c. 13 (Québec).
Loi modifiant la Loi sur l'Assemblée législative, L.N.-B. 2007, c. 57 (Nouveau-Brunswick).
Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec, L.R.Q., c. E-20.2 (Québec).

Loi sur la consultation populaire, L.R.Q., c. C-64.1 (Québec).
Referendum Act, R.S.B.C. 1996, c. 400 (Colombie-Britannique).
The Lobbyists Registration Act and Amendments to The Elections Act, The Elections Finances Act. The Legislative Assembly Act and The Legislative Assembly Management Commission Act, S.M. 2008, c. 43, annexe B (Manitoba).
Résolution unanime réaffirmant qu'aucun parlement ou gouvernement ne peut réduire les pouvoirs, l'autorité, la souveraineté et la légitimité de l'Assemblée nationale, et réclamant que le gouvernement fédéral s'abstienne d'intervenir et de contester la Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec devant la Cour supérieure du Québec, 23 octobre 2013, 40e légis., 1re sess. (Qc).
Résolution de l'Assemblée nationale du Québec du 21 mai 1997 sur le référendum du 30 octobre 1995 et la loi sur la consultation populaire, 21 mai 1997, 35e légis., 2e sess. (Qc).

Jurisprudence

Attorney-General for New South Wales c. *Trethowan and Others*, [1932] A.C. 526.
Haig c. Canada (Directeur général des élections), [1993] 2 R.C.S. 995.
Re : The Initiative and Referendum Act, [1919] A.C.
Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6, 2014 CSC 21.
Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, 2010 CSC 61.
Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, 2011 CSC 66.
Renvoi relatif à la réforme du Sénat, 2014 CSC 32.
Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217.
Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution, [1982] 2 R.C.S 793.
Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 R.C.S. 753.

Doctrine

Monographique et ouvrages collectifs

Auer, Andreas, Georgio Malinverni et Michel Hottelier. *Droit constitutionnel suisse,* vol. 1, coll. " Précis de droit Staempfli ". Berne : Staempfli, 2000.
Beaudoin, Gérald-A. *Le fédéralisme au Canada*, coll. " Bleue ". Montréal : Wilson & Lafleur, 2000. (avec la collaboration de Pierre Thibault). *La Constitution du Canada : institutions, partage des pouvoirs, droits et*

libertés, Charte canadienne des droits et libertés, 3e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2004.

Böckenförde, E.-W. *Le droit, l'État et la constitution démocratique.* Bruxelles/Paris : Bruylant/LGDJ, 2000.

Boyer, Patrick. *Direct Democracy in Canada : The History and the Future of Referendum*. Toronto : Dundurn Press, 1992.

Brun, Henri et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4e éd. Cowansville : Éditions Yvon Blais, 2002.

Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel.* 5e éd., Cowansville : Éditions Yvon Blais, 2008.

Brun, Henri, François Chevrette, Raynold Langlois et Maurice Pinard. *Mémoire d'un comité du Barreau à la Commission de la présidence du conseil, de la constitution et des affaires intergouvernementales sur le livre blanc sur la consultation populaire au Québec*. Montréal : Barreau du Québec, Service de la recherche et de la législation, 1977.

Commission européenne pour la démocratie par le droit. *Le référendum en Europe, analyse des règles juridiques des États européens,* rapport no 287/2004 adopté par le Conseil des élections démocratiques lors de sa 14e réunion (Venise, 20 octobre 2005) et la Commission de Venise lors de sa 64e session plénière (Venise, 21-22 octobre 2005) [en ligne]. Commission de Venise. URL : http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD (2005) 034.aspx (consulté le 26 juin 2014).

—. *Justice constitutionnelle et démocratie référendaire*, Actes du Séminaire UniDem organisé à Strasbourg les 23 et 24 juin 1995. Strasbourg : Éditions du Conseil de l'Europe, 1996.

Côté, Nancy. *Referendums and constitutional amendment in Canada*. North York : Osgoode Hall Law School, York University, 2000.

Dumais-Michaud, Félix-Antoine. *Pour une catégorisation et une classification critique des majorités renforcées au Canada*, mémoire de maîtrise. Québec : Faculté des études supérieures, Université Laval, 2013.

Duplé, Nicole. *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*. Montréal : Wilson & Lafleur, 2004.

Hogg, Peter. *Constitutional law of Canada*. *2011 Student edition.* Toronto : Thomson Carswell, 2007.

Lévesque, René (et al.). *Option Québec*. Montréal, Québec : Les Éditions de l'Homme, 1968.

Lijphart, Arend. *Democracies. Patterns of Majoritarian and Consensus Government in Twenty-One Countries*. New Haven : Yale University Press, 1984.

Mathieu, Catherine. *La réforme du Sénat en marge des procédures multilatérales de modification constitutionnelle,* mémoire de maîtrise. Québec : Faculté des études supérieures, Université Laval, 2013.

Monahan, Patrick. *Doing the Rules : An Assessment of the Federal Clarity Act in light of the Quebec Secession Reference*, coll. " C.D. Howe Institute commentary " nº 135. Toronto : C.D. Howe Institute, 2000.

Morin, Jacques-Yvan et José Woehrling. *Les Constitutions du Canada et du Québec. Du régime français à nos jours*, t. 1. Montréal : Les Éditions Thémis, 1994.

Morissette, Yves-Marie. *Le renvoi sur la sécession du Québec : bilan provisoire et perspectives*, coll. " Histoire et société ". Montréal : Éditions Varia, 2001.

Pelletier, Benoît. *La modification constitutionnelle au Canada*. Scarborough : Carswell, 1996.

Setälä, Maija. *Referendums and Democratic Government: Normative Theory and the Analysis of Institutions*. Houndmills : Palgrave MacMillan, 2005.

Seymour, Michel. *Le pari de la démesure. L'intransigeance canadienne face au Québec*. Montréal : l'Hexagone, 2001.

Spitz, Elaine. *Majority Rule.* Chatham (NJ) : Chatham House Publishers, 1984.

Stéfanini, Marthe Fatin-Rouge. *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle,* coll. " Droit public positif ". Aix-en-Provence/Paris : Presses universitaires d'Aix-Marseille/Economica, 2004.

Taillon, Patrick. *Le référendum expression directe de la souveraineté du peuple? Essai critique sur la rationalisation de l'expression référendaire en droit comparé*, coll. " Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle ". Paris : Dalloz, 2012.

—. *Les nouveaux obstacles juridiques au renouvellement du fédéralisme canadien*, étude préparée pour le compte de l'Institut de recherche sur le Québec. Montréal : I.R.Q., 2007.

Tierney, Stephen. *Constitutional Law and National Pluralism*. New York : Oxford University Press, 2004.

—. *Constitutional Referendums*. Londres : Oxford University Press, 2012.

Turp, Daniel. *La nation bâillonnée. Le plan B ou l'offensive d'Ottawa contre le Québec*, coll. " Partis pris actuels ". Montréal : VLB éditeur, 2000.

Articles de revues et études d'ouvrages collectifs

Choudhry, Sujit and Robert Howse. " Constitutional Theory and The Quebec Secession Reference ". *Can. J. L. & Jurisprudence,* vol. 13, nº 2, 2000, p. 143-169.

Courtois, Stéphane. " Entre légitimité et stabilité : le débat sur la majorité requise dans l'éventualité d'un troisième référendum ". *Arguments*, vol. 2, 2002, p. 58-71.

Delwaide, Karl. " La législature québécoise peut-elle implanter un système complet d'initiative et de référendum ". *C. de D.*, vol. 22, 1981, p. 695-721.

Deschênes, Alexis. " Une voie inexplorée de renouvellement du fédéralisme canadien : L'obligation constitutionnelle de négocier des changements constitutionnels ". *C. de D.*, vol. 53, nº 3, 2012, p. 461-522.

Des Rosiers, Nathalie. " From Quebec Veto to Quebec Secession: The Evolution of the Supreme Court of Canada on Quebec-Canada Disputes ". *Can. J. L. & Jurisprudence,* vol. 13, nº 2, 2000, p. 171-183.

Dion, Stéphane. " Le Renvoi relatif à la sécession du Québec : des suites positives pour tous ". *Revue québécoise de droit constitutionnel,* vol. 6, 2014 [à paraître]

—. " La sécession et les vertus de la clarté ", *Revue de droit d'Ottawa*, vol. 44, nº 2, 2014, p. 387-419

Dodek, Adam M. " The Past, Present and Future of Fixed Election Dates in Canada ". *J.P.P.L.,* vol. 4, 2009, p. 215-239.

Facal, Joseph. " Droit, démocratie et autodétermination : réflexion autour du Renvoi relatif à la sécession du Québec ". *Revue québécoise de droit constitutionnel*, vol. 6, 2014 [à paraître].

—. " Considérations sur l'évolution récente des relations politiques entre le Québec et le Canada ", dans G. Gagnon, Alain (dir.), *D'un Référendum à l'autre : Le Québec face à Son destin,* coll. " Prisme ". Québec : Presses de l'Université Laval, 2008, p. 131-140.

Flauss, Jean-François. " Droit constitutionnel et droit international : le contrôle de la validité internationale des initiatives populaires en Suisse ". *R.F.D.C.,* vol. 23, 1995, p. 625-636.

Garant, Patrice. " Les limites du droit à la sécession L'Avis de la Cour internationale de justice sur le Kosovo et la stabilité des fédérations " [en ligne]. *Étude présentée pour le compte de l'Idée fédérale*, 2010. URL : <http://www.ideefederale.ca/wp/wp-content/uploads/2010/12/kosovo-fr-15nov.pdf> (site consulté le 1er août 2014).

Gaudreault-Desbiens, Jean-François. " The Quebec Secession Reference and the judicial arbitration of conflict narratives about law, democracy, and identity ". *Vermont Law Review*, vol. 23, 1999, p. 793-884.

Ghevontian, Richard. " La notion de sincérité du scrutin ". *Cah. Cons. Const*, 2002, vol. 13, p. 83-91.

Grammond, Sébastien. " Une province peut-elle subordonner l'approbation d'une modification constitutionnelle à la tenue d'un référendum ". *C. de D*. vol. 38, nº 3, 1997, p. 569-605.

Hamon, Francis. " *Le contrôle du référendum* ", dans Hamon, Francis et Olivier Passelecq (dir.)*, Le référendum en Europe : bilan et perspectives Actes du colloque organisé les 28-29 janvier à la Maison de l'Europe de Paris.* Paris : L'Harmattan, 2001.

—. " Vox imperatoris, vox populi ? Réflexion sur la place du référendum dans un État de droit ", dans Braibant, Guy (dir.)*, L'État de droit : Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*. Paris : Dalloz, 1996, p. 389-402.

HEARD, Andrew. " Legality and Fiction about Federal Fixed-Date Elections ". *J.P.P.L.*, vol. 2, 2009, p. 199-205.

LAJOIE, Andrée. " La loi sur la Clarté dans son contexte ", dans G. GAGNON, Alain (dir.), *Québec : État et Société*, t. 2, coll. " Débats ". Montréal : Québec Amérique, 2003, c. 7.

—. " Le sens de l'expression " question claire " dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* ". *L'Action nationale*, vol. 1, 2000.

MASSICOTTE, Louis. " La réforme de la procédure référendaire québécoise : la réflexion sur quelques enjeux ", dans CÔTÉ, Pierre F. (dir.), *Démocratie et référendum : la procédure référendaire. Actes du colloque du département de science politique de l'Université de Montréal*. Montréal : Québec Amérique/Département de science politique, Université de Montréal, 1992, p. 117-136.

MATHIEU, Catherine et Patrick TAILLON. " Aux frontières de la modification constitutionnelle : le caractère para-constitutionnel de la réforme du Sénat canadien ". *R.Q.D.C.*, vol. 5, 2013, p. 7-49.

MCWHINNEY, Edward. " Les élections à date fixe et les pouvoirs du gouverneur général d'accorder la dissolution ". *Revue parlementaire canadienne,* vol. 31, nº 1, 2009, p. 15-16.

MONAHAN, Patrick J. " The Public policy role of the Supreme Court of Canada in the Secession Reference ". *R.n.droit.const.,* vol. 11, 1999, p. 65-105.

NEWMAN, Dwight. " Reconstituting Promises to Negotiate in Canadian Constitution-Making ". *Nat'l J. Const. L.*, vol. 10, 1999, p. 1-40.

PELLETIER, Benoît. " Le renvoi relatif à la sécession du Québec : conséquences juridiques et législatives ", dans THIBAULT, Pierre, Benoît PELLETIER et Louis PERRET (dir.), *Les mélanges Gérald-A Beaudoin*. Cowansville : Éditions Yvon Blais, 2002, p. 382-385.

POIRIER, Johanne. " Quand le non-droit fait la loi : les ententes entre partenaires fédéraux et l'hypothèse du pluralisme juridique " [en ligne]. Site collaboratif de recherches sur l'avenir du droit public, Centre de droit public de l'ULB. URL : <http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/ index.php?id=14&tx_ttnews[pointer]=1&cHash=bf631284> (site consulté le 16 juillet 2013).

PROULX, Daniel. " La modification constitutionnelle de 1997 relative aux structures scolaires au Québec : une mesure opportune et juridiquement solide ". *R. du B.*, vol. 58, 1998, p. 41-94.

QVORTRUP, Mads. " Are Referendums Controlled and Pro-hegemonic ? ". *Political Studies*, vol. 48, nº 4, 2000, p. 821-826.

RADMILOVICA, Vuk. " Strategic Legitimacy Cultivation at the Supreme Court of Canada: Quebec Secession Reference and Beyond ". *Canadian Journal of Political Science*, vol. 43, nº 4, 2010, p. 843-869.

ROCHER, François et Elisenda Casanas ADAM. " L'encadrement juridique du droit de décider : la politique du confinement judiciaire en Catalogne et au Québec ", dans TAILLON Patrick et Eugénie BROUILLET (dir.), *Un regard qué-*

bécois sur le droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay, Cowansville : Édition Yvon Blais, 2015 [à paraître].

Rocher, François et Nadia Verrelli. " Questioning constitutional democracy in Canada: from the Canadian Supreme Court reference on Quebec secession to the Clarity Act ", dans Gagnon, Alain-G, Montserrat Guibernau et François Rocher (dir.), *The Conditions of Diversity in Multinational Democracies*. Montréal : Institute for Research in Public Policy, 2003, p. 207-239.

Ryan, Claude. " Consequences of the Quebec Secession Reference: The Clarity Bill and Beyond. ". *C.D. Howe Institute Commentary*, nº 139, 2000.

Stoltz, Doug. " Élections à date fixe, dissolution du Parlement et tribunaux ", *Revue parlementaire canadienne,* vol. 33, nº 1, 2010, p. 15-18.

Swartz, Tim. " The Regional Veto Formula and Its Effects on Canada's Constitutional Amendment Process ". *C.J.P.S.* vol. 30, nº 2, 1997, p. 339-356.

Taillon, Patrick. " Pour une redéfinition du référendum consultatif ". *R.I.D.C.*, vol. 1, 2007, p. 143-155.

Tierney, Stephen. " The Constitutional Accommodation of National Minorities in the UK and Canada : Judicial Approaches to Diversity ", dans Gagnon, Alain-G, Montserrat Guibernau et François Rocher (dir.), *The Conditions of Diversity in Multinational Democracies*. Montréal : Institute for Research in Public Policy, 2003, p. 169-206.

Tremblay, Guy et Hubert Cauchon. " Les élections à date fixe, mais flexible au Canada ". *C. de D.*, vol. 51, nº 2, 2010, p. 425-443.

Turp, Daniel. " Le Droit du Québec à l'autodétermination et à l'indépendance : La loi sur la Clarté du Canada et la Loi sur les droits fondamentaux du Québec en collision ", dans Labouz, Marie-Françoise (dir.), *Intégration et identités nord-américaines*, Montréal, 2001, p. 138-149.

Van Ert, Gibran. " International Recognition in the Supreme Court of Canada's Québec Reference ". *Can. Y.B. Int. L.*, vol. 36, 1998, p. 335-346.

Documents gouvernementaux

Barnes, A., et J. R. Roberston, *Les projets de réforme électorale dans diverses provinces du Canada* [en ligne], PRB-04-17F. Ottawa : Service d'information et de recherche parlementaires, 2007. URL : <http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/prb0417-f.pdf.> (consulté le 18 avril 2014).

Bibliothèque et Archives Canada, *La Confédération canadienne* [en ligne]. Ottawa : Collections Canada. URL : https://www.collectionscanada.gc.ca/confederation/023001-3060-f.html#g (consulté le 18 avril 2014).

Bradley, Anthony, Carlos Closa Montero et Kaarlo Tuori, *Avis sur la compatibilité avec les normes internationales applicables de la législation en vigueur au Monténégro concernant l'organisation de référendums.* Avis

adopté par la Commission européenne pour la démocratie par le droit (commission de Venise) lors de la 65e session plénière, 16-17 déc. 2005.

Brun, Henri. " Les conséquences territoriales de l'accession du Québec à la souveraineté ", dans Ministère du Conseil exécutif (Bureau de coordination des études), *La mise à jour des études originalement préparées pour la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec (1990-1991) et pour la Commission parlementaire d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté (1991-1992)*, vol. 1. Québec : Ministère du Conseil exécutif, 2002, p. 477 à 490.

Canada, comité législatif chargé d'étudier le projet de loi C-20. *Témoignages* [en ligne]. 36e légis., 2e sess., 24 février 2000, p. 1230-1320 (M. Maurice Pinard). URL : <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040068&Language=F#T1230> (site consulté le 26 août 2014).

—. *Témoignages* [en ligne]. 36e légis., 2e sess., 22 février 2000, p. 1740-1750 (M. Patrick Monahan). URL : <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=104 0054&Language=F#T1740> (site consulté le 2 août 2014).

—. *Témoignages* [en ligne]. 36e légis., 2e sess., 21 février 2000, p. 2025-2040 (M. Yves-Marie Morissette). URL : <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040054& Language =F#T2025> (site consulté le 2 août 2014).

—. *Témoignages* [en ligne]. 36e légis., 2e sess., 22 février 2000, p. 1414-1425 (M. Gil Rémillard). URL : <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040057&Languag e=F#T1415> (site consulté le 2 août 2014).

—. *Témoignages* [en ligne]. 36e légis., 2e sess., 24 février 2000, p. 1340-1350 (M. Robert Young). URL : <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040068&Language=F#T1340> (site consulté le 2 août 2014).

—. *Témoignages* [en ligne]. 36e légis., 2e sess., 22 février 2000, p. 1616-1630 (M. Peter Hogg). URL : <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040057&La nguage=F#T1616> (site consulté le 2 août 2014).

—. *Témoignages* [en ligne]. 36e légis., 2e sess., 21 février 2000, p. 1550-1640 (M. Guy Lachapelle). URL : <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040054&Language=F#T1550> (site consulté le 26 août 2014).

Centre d'information sur l'unité canadienne. *Pour mieux comprendre les référendums : six cas historiques : Australie, Terre-Neuve, Irlande, Norvège, Danemark, Royaume-Uni*. Ottawa : Centre d'information sur l'unité canadienne, 1978.

Côté, Julien. *La consultation populaire au Canada et au Québec*, 3e éd. Québec : Directeur général des élections du Québec, 2000.

Dunsmuir, Mollie. *Référendums : l'expérience canadienne dans un contexte international*, coll. " Étude générale BP-271F ". Ottawa : Bibliothèque du Parlement, 1992.

Elections BC. *Statement of Votes : Referendum on Electoral Reform May 17 2005*. Victoria : Elections BC, 2005.

Entente du 12 juin 1995, contenue dans *Projet de loi sur l'avenir du Québec incluant la Déclaration de souveraineté et l'entente du 12 juin 1995*. Québec : Éditeur officiel du Québec, 1995.

Lemieux, Vincent. " Le référendum et la démocratie au Canada ", dans Aucoin, Peter (dir.), *Le gouvernement représentatif et la réforme des institutions*, étude nº 38. Ottawa : Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1985.

Morin, Jacques-Yvan. " La constitution d'un Québec souverain ", dans Ministère du Conseil exécutif (Bureau de coordination des études), *La mise à jour des études originalement préparées pour la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec (1990-1991) et pour la Commission parlementaire d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté (1991-1992)*, vol. 1. Québec : Ministère du Conseil exécutif, 2011, p. 597 à 607.

Scott, Stephen A. " Autodétermination, sécession, division, légalité : observations ", dans Ministère du Conseil exécutif (Bureau de coordination des études), *La mise à jour des études originalement préparées pour la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec (1990-1991) et pour la Commission parlementaire d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté (1991-1992)*. Québec : Ministère du Conseil exécutif, 2001.

Woehrling, José. " Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec ", dans Ministère du Conseil exécutif du Québec (Bureau de coordination des études), *La mise à jour des études originalement préparées pour la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec (1990-1991) et pour la Commission parlementaire d'étude des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté (1991-1992),* 4 vol. Québec : Ministère du Conseil exécutif, 2002.

Articles de journaux

Binette, André. " Quelle constitution pour le Québec? ". *L'aut'journal*, 19 mars 2008.

Brun, Henri. " Le gouvernement du Québec devrait contester par renvoi la constitutionnalité de la loi ". *Le Devoir*, 23 février 2000.

Dion, Stéphane. " Un projet de loi " raisonnable " ". *La Presse*, 15 décembre 1999, p. B3.

Giroux, Raymond. " La majorité référendaire : Brun en appelle à l'Assemblée nationale ". *Le Soleil*, 15 mars 2006, p. A3.
Larouche, Stephan, " C -20 ou [la volonté] de se soustraire à l'avis de la Cour suprême. " *Le Devoir*, 22 août 2000.
Monière, Denis. " Élection référendaire ou référendum. Pourquoi on ne peut pas faire naître un pays par une élection ". *Le Devoir*, 27 et 28 mai 2006.

RESUM

La Llei de claredat planteja greus problemes, tant en termes de contingut (les seves disposicions són imprecises, excessives, arbitràries, possiblement siguin contràries al principi d'igualtat política entre votants, etc.), com en termes de la forma en què va ser adoptada. Promulgada unilateralment pel Parlament federal, la llei està vulnerant, en alguns aspectes, la facultat que tenen les assemblees legislatives provincials per organitzar eleccions i referèndums a escala provincial i, en alguns altres aspectes, la competència exclusiva del poder constituent per modificar, d'acord amb la Part V de la Constitució de 1982, les normes supralegislatives –escrites o no– que conformen el dret constitucional canadenc. Malgrat que diversos autors han criticat o elogiat l'adopció de la Llei de claredat, aquest estudi té com a objectiu qüestionar, no tant l'oportunitat política d'aquesta llei, sinó la seva constitucionalitat. En l'examen de les discrepàncies existents entre els requisits esmentats pel Tribunal Suprem del Canadà en referència a la secessió del Quebec de 1998 i els establerts per la Llei de claredat, el nostre propòsit és demostrar que la modificació de normes supralegislatives per recomanació del Tribunal Suprem pertany al poder constituent i no pas al Parlament federal.

Paraules clau: referèndum; Canadà; Quebec; sobirania; democràcia; autodeterminació; dret a decidir; nació subestatal; majoria; estat de dret.

RESUMEN

La Ley de claridad plantea graves problemas, tanto en términos de contenido (sus disposiciones son imprecisas, excesivas, arbitrarias, posiblemente sean contrarias al principio de igualdad política entre votantes, etc.), como en términos de la forma en queé fue adoptada. Promulgada unilateralmente por el Parlamento federal, la ley está vulnerando, en algunos aspectos, la facultad que tienen las asambleas legislativas provinciales para organizar elecciones y referéndums a escala provincial y, en algunos otros aspectos, la competencia exclusiva del poder constituyente para modificar, conforme a la Parte V de la Constitución de 1982, las normas supralegislativas –escritas o no– que conforman el derecho constitucional canadiense. Aunque varios autores han criticado o elogiado la adopción de la Ley de claridad, este estudio tiene como objetivo cuestionar, no tanto la oportunidad política de esta ley, sino su constitucionalidad. En el examen de las discrepancias existentes entre los requisitos mencionados por el Tribunal Supremo de Canadá en referencia a la secesión de Quebec de 1998 y los establecidos por la Ley de

claridad, nuestro propósito es demostrar que la modificación de normas supralegislativas por recomendación del Tribunal Supremo pertenece al poder constituyente y no al Parlamento federal.

Palabras clave: referéndum; Canadá; Quebec; soberanía; democracia; autodeterminación; derecho a decidir; nación subestatal; mayoría; estado de derecho.

ABSTRACT

The Clarity Act poses significant problems, both in terms of content (its devices are imprecise, excessive, arbitrary, possibly against the political equality of each voter…), and in terms of how it was adopted. Enacted unilaterally by the federal Parliament, the act is encroaching, in some respects, on the power of provincial legislatures to organize elections and referendums held on a provincial scale and, in some other respects, on the exclusive power of the constituent to amend, in compliance with Part V of the Constitution Act, 1982, the supralegislative norms – written or unwritten – that make up the Canadian constitutional law. While several authors have criticized or praised the adoption of the Clarity Act, this study aims to challenge, not so much the political opportunity of this law, but its constitutionality. In examining the gap between the requirements mentioned by the Supreme Court of Canada in the Reference re Secession of Quebec of 1998 and those set by the Clarity Act, our purpose is to demonstrate that the amendment of the supralegislative norms set out by the Supreme Court reference belongs to the constituent power rather than the federal Parliament.

Keywords: referendum; Canada; Québec; sovereignty; democracy; self-determination; right to decide; sub-state Nation; majority; rule of law.