

SUJIT CHOUDHRY

Lauréat Trudeau 2010

Université de New York

BIOGRAPHIE

Sujit Choudhry est professeur de droit Cecelia Goetz à l'École de droit de l'Université de New York. Il a obtenu des diplômes en droit des universités d'Oxford, de Toronto et Harvard. Il a reçu la bourse Rhodes et a servi à titre d'auxiliaire juridique auprès du juge en chef de la Cour suprême du Canada, Antonio Lamer. M. Choudhry est l'un des principaux experts constitutionnels au Canada et est une sommité internationale en matière de droit constitutionnel comparé. Il a publié plus de soixante articles, rapports et chapitres de livres. M. Choudhry est l'éditeur de *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation* (Oxford University Press, 2008), *The Migration of Constitutional Ideas* (Cambridge University Press, 2007) et *Dilemmas of Solidarity: Rethinking Redistribution in the Canadian Federation* (University of Toronto Press, 2006). Il fait partie des comités de rédaction pour les revues *International Journal of Constitutional Law* et *Constitutional Court Review* en plus d'être membre du comité consultatif pour la série «Cambridge Studies in Constitutional Law». M. Choudhry s'implique beaucoup dans le domaine des politiques publiques. À l'échelle internationale, il agit comme membre de l'équipe d'experts en médiation des Nations Unies. De plus, il a été consultant pour l'Institut de la Banque mondiale et a travaillé à titre d'expert constitutionnel pour les transitions constitutionnelles en Égypte, en Jordanie, en Lybie et en Tunisie (auprès de l'Institut international pour la démocratie et l'assistance électorale), ainsi qu'au Népal (auprès du Programme des Nations Unies pour le développement et de l'Association du barreau népalais) et au Sri Lanka (auprès du Forum des fédérations et du Centre

canadien de politiques alternatives). Au Canada, M. Choudhry a été membre du comité consultatif pour la gouvernance de Toronto, lequel a proposé d'importantes réformes structurelles au gouvernement municipal, et a siégé au conseil d'administration d'Aide juridique Ontario, un des plus grands programmes publics d'aide juridique au monde. Il a été avocat constitué au dossier dans l'affaire *Charkaoui* (certificats de sécurité) et dans les affaires *Khadr 1* et *Khadr 2* (détenus de Guantanamo) devant la Cour suprême du Canada. En 2011, il a été nommé spécialiste de l'année par l'Association du barreau de l'Asie du Sud à Toronto. Sujit Choudhry a obtenu le prix Trudeau en 2010.

RÉSUMÉ

On dit que la constitution d'un pays est une incarnation ou un écho à son histoire particulière, ses valeurs, sa culture et, évidemment, à son identité. Ces vingt dernières années, on a toutefois constaté une intensification des recherches sur le droit constitutionnel comparatif. Comment doit-on réconcilier la vision largement partagée de la suprématie de la constitution d'un État et la migration importante des idées constitutionnelles à travers le monde? Sujit Choudhry examine l'importance de l'engagement à la source de la rédaction de la Charte et l'émergence d'un « modèle canadien » dans la foulée du débat souverainiste des années 1990. Il réfléchit également à l'influence de son identité d'immigrant — en soi le produit de la mondialisation — sur ses travaux qui traitent de la Constitution du Canada.

CONFÉRENCE

« La mondialisation de la Constitution canadienne »

Université de l'Alberta

LE 11 AVRIL 2012

Un matin d'hiver glacial, en décembre 1991, j'ai croisé Pierre Trudeau sur l'avenue des Pins à Montréal et je lui ai timidement souhaité une bonne journée. Le destin voulait qu'il soit très présent à mon esprit. Le Canada se trouvait alors au cœur d'une de ses multiples introspections constitutionnelles. L'intérêt du public pour cet enjeu était particulièrement intense au Québec. L'accord du lac Meech venait de connaître son échec de juin 1990 et les négociations constitutionnelles pour l'accord de Charlottetown étaient en cours.

J'étais venu à l'Université McGill, en 1988, pour étudier la biologie et me lancer dans la recherche médicale. Mais, pour un étudiant de McGill à la fin des années 1980 et au début des années 1990, il était très tentant de décrocher un second diplôme en politique constitutionnelle canadienne. Nous débattions des détails du pouvoir fédéral de dépense, des subtilités de la réforme du Sénat et des répercussions de la disposition qui reconnaît la société distincte dans la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte). Les manifestations dans le cadre de l'adoption du projet de loi 178 sur la législation linguistique au Québec avaient paralysé le centre-ville de Montréal et alimentaient, sur le campus, un vif débat au sujet de la disposition de dérogation.

Quelques semaines avant de croiser Trudeau, j'avais passé une longue soirée à dévorer *Le fédéralisme et la société canadienne-française*¹. Je me souviens encore de mon admiration devant son érudition, son aplomb, son ampleur et sa remarquable intuition. Mais ce qui me frappait particulièrement était la façon dont Trudeau situait la politique constitutionnelle canadienne dans un contexte mondial élargi. Un chapitre, «La nouvelle trahison des clercs,» abordait plusieurs sujets, dont la politique constitutionnelle du nationalisme québécois dans le contexte historique des projets de construction de nation dirigés par l'État, la montée du nationalisme des minorités comme bouclier face à ces projets et la politique constitutionnelle comme produit de la concurrence entre nationalismes. Il y avait profusion d'exemples provenant des nouvelles nations en Asie et en Afrique. Il semblait que le dilemme canadien n'était pas uniquement un problème propre au Canada.

Cet essai et la vie de Trudeau soulèvent une question. Dans les années 1940, Trudeau a quitté le Canada pour étudier à l'étranger — à Harvard, à Paris et au London School of Economics —, puis il a voyagé dans le monde avant de revenir au Canada en 1949. Il se considérait comme «un citoyen du monde», terme qui évoque une sorte de cosmopolitisme sans racines. Mais cette expression s'oppose à la conception prédominante que l'on a des constitutions, habituellement considérées comme le reflet de l'histoire, de la culture et de l'identité propres à une nation. En réalité, Trudeau a été au cœur de la politique constitutionnelle du Canada pendant un quart de siècle.

Si j'avais la chance de rencontrer Trudeau aujourd'hui, je lui poserais cette question : existe-t-il un moyen de concilier le principe d'une constitution mondiale avec celui de la spécificité constitutionnelle nationale ? C'est ma carrière universitaire qui motive cette question. Je m'intéresse à la Constitution canadienne. Mais je suis

1. Pierre E. Trudeau, *Le fédéralisme et la société canadienne-française* (Montréal : HMH, 1967).

également un spécialiste du droit constitutionnel comparé. Il y a deux enjeux qui me fascinent particulièrement : le rôle que jouent les éléments comparatifs dans la rédaction et l'interprétation d'une constitution et la politique constitutionnelle dans le contexte du nationalisme et de la sécession. J'ai tenté de démontrer que le travail comparatif permet de mieux comprendre ces deux phénomènes, au Canada comme à l'étranger. La vie même de Trudeau aide à comprendre cette question. « La nouvelle trahison des clercs » trouve son origine dans une conférence présentée par Trudeau à l'École normale de Paris en 1947². Je soupçonne fortement qu'étant à l'étranger, dans un contexte politique et constitutionnel radicalement différent, Trudeau a pu capter plus facilement la logique du fédéralisme multinational canadien.

Dans ma conférence, je souhaite réfléchir sur ces deux thèmes et aborder un troisième point. Je suis le fils d'immigrants qui n'ont aucun ancêtre parmi les peuples fondateurs du Canada. Je souhaite évoquer le fait que l'immigration de pair avec l'accélération de l'urbanisation donnent lieu à de nouveaux enjeux constitutionnels qui définiront le programme constitutionnel du Canada au XXI^e siècle. Le lien avec le thème général de ma conférence est que l'immigration est une manifestation de la mondialisation et qu'elle deviendra une nouvelle façon de comprendre la mondialisation de la Constitution canadienne.

La migration des idées constitutionnelles

C'est un peu par hasard que je suis devenu un spécialiste du droit constitutionnel comparé. Au moment où je désertais mon avenir de chercheur médical pour me consacrer au droit, j'ai obtenu une bourse Rhodes pour aller à Oxford. C'est là que j'ai décidé d'étudier le droit. À la longue, j'ai cumulé des diplômes en droit du Royaume-Uni, du Canada et des États-Unis. De plus, alors que j'étais encore

2. Tel que démontré par Max et Monique Nemni dans *Trudeau Transformed: The Shaping of a Statesman, 1944-1965* (Toronto: McLelland and Stewart, 2011).

étudiant, j'ai travaillé pendant un été sur les enjeux constitutionnels dans le contexte de la transition en Afrique du Sud. Naturellement, à chaque étape de ce parcours, j'apportais avec moi mon bagage constitutionnel et j'y puisais pour mieux comprendre le problème que j'avais sous les yeux.

Au cours de ma vie, il y a eu un changement important dans la pratique constitutionnelle. Les politologues s'entendent habituellement pour dire que la démocratisation s'est effectuée en trois vagues. La première a commencé dans les années 1880 aux États-Unis et s'est terminée en 1926. La deuxième a débuté juste avant la victoire des alliés en Europe et a continué pendant la décolonisation de l'après-guerre jusqu'au milieu des années 1960. La troisième a commencé au milieu des années 1970 avec le renversement de la dictature au Portugal, suivi de l'Espagne, de la Grèce et de l'Amérique latine, puis des pays communistes de l'Europe de l'est et centrale, jusqu'en Afrique du Sud et plus tard en Asie et en Afrique. Le printemps arabe est peut-être le départ d'une quatrième vague de démocratisation, mais il est encore trop tôt pour le dire.

Les transitions démocratiques coïncident habituellement avec l'adoption de nouvelles constitutions, et le processus d'établissement d'une constitution est de nos jours très mondialisé. La mondialisation de la pratique constitutionnelle actuelle implique l'utilisation d'éléments comparatifs à toutes les étapes du cycle des constitutions modernes comme, par exemple, leur interprétation et le processus de rédaction.

Quand j'ai commencé à travailler dans ce domaine, le problème auquel faisaient face les spécialistes du droit constitutionnel comparé était qu'on ne s'entendait pas sur les questions fondamentales quant aux points de comparaison et quant à la façon d'entreprendre la tâche. Il y avait deux écoles de pensée : le particularisme et l'universalisme.

Pour les particularistes, la mondialisation des pratiques constitutionnelles modernes n'est pas une bonne chose, car cela va à

l'encontre du concept selon lequel une constitution émerge de la nation, l'incarne et aspire à en refléter les circonstances nationales particulières. Le dialogue autour d'une constitution est une pratique politique particulière et locale qui porte sur *cet* endroit, sur qui *nous* sommes et sur ce que *nous* voulons devenir. Les adeptes de ce point de vue considèrent que les constitutions ne devraient être conçues et interprétées qu'en fonction de sources de référence internes liées à l'histoire et aux traditions politiques d'une nation. Pour eux, le travail comparatif est une bizarrerie qui n'a aucune pertinence, ou pire, qui constitue une forme d'impérialisme juridique.

Les universalistes se trouvent à l'autre extrémité. Ils stipulent que les garanties constitutionnelles proviennent d'un bassin universel. L'émergence d'un consensus entre des systèmes juridiques étrangers est une preuve de la véracité ou de la pertinence d'une disposition constitutionnelle donnée. Selon eux, les tribunaux devraient interpréter des textes constitutionnels protégeant des droits qui transcendent les frontières entre nations. Tous les tribunaux constitutionnels devraient faire partie d'un exercice interprétatif qui s'engage à mettre en place le même ensemble de principes.

Ce débat est étonnamment polarisé, particulièrement aux États-Unis où il constitue un enjeu de plus dans la division entre conservateurs et libéraux. Les conservateurs accusent les libéraux de faire la promotion d'un projet de convergence constitutionnelle qui porte atteinte à la souveraineté américaine. Les libéraux alimentent ces craintes en considérant le travail comparatif comme une façon d'affirmer la participation des États-Unis à la communauté des démocraties libérales. Il est évident que cet enjeu revêt un caractère politique.

Le débat est devenu stérile et futile, car il a peu à voir avec le monde concret. Pendant plusieurs années, j'ai examiné attentivement comment les acteurs constitutionnels — rédacteurs, tribunaux et conseillers juridiques — se servent d'éléments comparatifs, et j'ai recensé les raisons qu'ils évoquent en faveur du travail

comparatif³. J'ai effectué ce travail de recherche grâce au matériel provenant du Canada, de l'Inde, de l'Afrique du Sud et des États-Unis. Il s'en dégage une troisième méthode de travail comparatif, que je nomme le modèle dialogique. Au départ, les revendications des particularistes, au sujet du caractère distinctif des constitutions, sont essentiellement relatives; une constitution et son interprétation ne sont uniques que dans la mesure où elles se comparent à d'autres constitutions ou interprétations. Les éléments comparatifs sont des grilles d'interprétation, des outils d'introspection constitutionnelle qui aident à repérer ce qui est particulier ou distinctif dans un ordre constitutionnel donné. Si, dans le travail de comparaison, nous nous demandons *pourquoi* une constitution étrangère a été rédigée et interprétée de telle façon, cela nous permet de mieux comprendre pourquoi *nous* avons raisonné comme *nous* l'avons fait.

Les acteurs constitutionnels peuvent convenir que les propositions domestiques et étrangères sont suffisamment semblables entre elles pour justifier l'adoption d'un modèle étranger. Cependant, ils ne suivent pas ce modèle parce qu'ils y sont contraints, mais bien parce qu'ils en sont convaincus, en partie pour sa cohérence au regard des propositions constitutionnelles nationales. Réciproquement, les

3. Voir Sujit Choudhry, «Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation», *Indiana Law Journal*, vol. 74 (1999), 819-892; S. Choudhry, «The *Lochner* Era and Comparative Constitutionalism», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2 (2004), 1-55; S. Choudhry, «Worse than *Lochner*?», dans C.M. Flood, K. Roach et L. Sossin (dir.), *Access to Care, Access to Justice: The Legal Debate over Private Health Insurance in Canada* (Toronto: University of Toronto Press, 2005), 75-100; S. Choudhry, «Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law», dans S. Choudhry (dir.), *The Migration of Constitutional Ideas* (New York: Cambridge University Press, 2006), 1-36; S. Choudhry, «How To Do Comparative Constitutional Law in India: Naz Foundation, Same Sex Rights, and Dialogical Interpretation», dans S. Khilnani, V. Raghavan et A. Thiruvengadam (dir.), *Comparative Constitutionalism in South Asia* (Oxford University Press: New Delhi, à paraître).

acteurs constitutionnels peuvent repérer des éléments comparatifs dans un ordre constitutionnel fondamentalement différent. Le processus de comparaison permet d'être plus conscient des différences et de mieux les comprendre. L'apprentissage entre les nations ne consiste pas seulement à transposer des modèles constitutionnels positifs. L'expérience constitutionnelle comparative sert aussi à repérer et à éviter des modèles d'échec constitutionnels.

J'ai mis au point ce cadre de travail en grande partie grâce à un examen approfondi du scénario de rédaction de l'article 7 de la Charte. Cette disposition garantit pour chacun le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Pendant près de quinze ans, il y a eu de nombreuses révisions de l'ébauche de l'article 7. L'expérience constitutionnelle des États-Unis inquiétait les rédacteurs de la Charte, mais pour deux raisons différentes.

L'équivalent américain de l'article 7 sont des dispositions d'application régulière des modifications 5 et 14 de la Constitution américaine. La différence avec l'article 7 est qu'elles protègent la propriété plutôt que la sécurité des personnes, et qu'elles mettent la privation de ces intérêts sous réserve des dispositions d'application régulière, et non selon le principe de justice fondamentale. La Cour suprême des États-Unis a interprété l'application régulière de sorte à inclure d'importants contrôles, mais il y a deux types de cas d'application régulière: ceux qui protègent la liberté économique contre les réglementations gouvernementales et ceux qui protègent, contre une intromission gouvernementale, l'autonomie décisionnelle sur des enjeux tels que la reproduction et l'éducation des enfants.

Au Canada, il y a eu concurrence entre deux ensembles de propositions, chacun adoptant un point de vue différent sur les parties de l'expérience constitutionnelle américaine à éviter. Pour un de ces ensembles, l'argument était que la Charte devait éviter la protection fondamentale de la liberté économique et de l'autonomie décisionnelle, de sorte à empêcher les tribunaux d'employer un

pouvoir indéfini pour faire des conjectures dans les jugements sur les politiques publiques législatives. Le second ensemble — proposé initialement par Trudeau — portait plus précisément sur le danger potentiel de la Charte en matière de réglementation économique. Finalement, la Charte comporte des éléments des deux ensembles de propositions et présente des ambiguïtés qui ont donné lieu à des contentieux constitutionnels pendant près de vingt ans.

Dans l'ensemble, la mondialisation constitutionnelle ne vise pas la négation du caractère distinct des discours constitutionnels nationaux ni l'homogénéisation de l'ordre politique et juridique. Dans la pratique, quand les conseillers constitutionnels étrangers appuient une transition constitutionnelle, je crois qu'ils doivent emprunter la même démarche. J'ai eu la chance de travailler sur le terrain au Sri Lanka et au Népal, et bientôt je mettrai mon expérience au profit des transitions en Jordanie, dans la région du Moyen-Orient et de l'Afrique du nord, ainsi qu'au Vietnam. La tâche des spécialistes étrangers n'est pas de prôner ou favoriser des pratiques exemplaires internationales. Notre rôle est plutôt modeste : clarifier les leçons et les répercussions des expériences constitutionnelles étrangères de sorte à faciliter les choix nationaux.

Le monde désire-t-il plus de Canada ?

En septembre 1996, j'étais auxiliaire juridique du juge en chef Antonio Lamer de la Cour suprême du Canada. Un jour, le « chef », comme on l'appelait, nous a convoqués à son bureau. Il a agité un bout de papier en disant : « Regardez ce que M. Rock nous a envoyé ! » La feuille contenait les questions de référence concernant le cadre juridique de la sécession du Québec. C'était le début du fameux *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁴ qui a été déposé en 1998. À la cour, je n'avais rien à voir avec ce cas. Après mon stage d'un an, j'ai

4. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, Cour suprême du Canada.

été à Harvard où je me suis concentré sur mon travail et je n'y ai plus vraiment pensé.

Le jugement a été rendu en août 1998. La Cour suprême avait reçu comme mandat de répondre aux trois questions suivantes : La sécession unilatérale du Québec est-elle légale en vertu du droit constitutionnel canadien ? Est-elle légale en vertu du droit international ? Dans l'éventualité d'un conflit entre le droit canadien et le droit international, lequel des deux a-t-il préséance ? Je m'attendais à un jugement bref de quelques pages pour la première question, puisque la réponse sautait aux yeux. La Constitution canadienne crée le Québec, délimite son territoire, institue ses organes législatif et exécutif, leur confère certains secteurs de compétences et affermit sa suprématie sur tout exercice des pouvoirs publics. La Constitution n'accorde à aucune province le droit de sécession unilatérale. Une sécession impliquerait une modification constitutionnelle. Or, notre Constitution prévoit cinq procédures de modification. Toutes, hormis une, nécessitent le consentement du gouvernement fédéral. Il existe une procédure de modification à laquelle les provinces peuvent recourir unilatéralement, mais elle se limite aux questions internes de la province et de ses institutions et elle ne s'applique pas à la sécession. Dès lors, la réponse à la première question aurait dû être un non catégorique.

Le jugement de la cour était très étonnant⁵. L'affaire n'était pas résolue en fonction du texte de la Constitution, mais plutôt en fonction de quatre principes sous-jacents : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit ainsi que le respect des minorités. La cour employait ces principes pour élaborer un cadre constitutionnel, non écrit bien que contraignant, pour la sécession du Québec. Si une majorité claire des Québécois votait oui à une question référendaire claire en faveur de la sécession, cela ne mènerait pas à la sécession. Cela entraînerait plutôt l'obligation

5. *Idem.*

réciproque des autres parties de la Confédération de négocier des modifications constitutionnelles pour répondre à ce souhait. Dans ces négociations et pour l'accord final, il faudrait tenir compte des quatre principes constitutionnels non écrits. Au bout du compte, ce cadre constitutionnel est juridiquement contraignant mais judiciairement inexécutable. Il est clair que la cour ne voulait pas se trouver de nouveau dans un tel marasme constitutionnel.

Ce jugement est vraiment bizarre et s'écarte de toute convention de la pratique constitutionnelle au Canada. Le texte constitutionnel doit normalement être le point de départ de tout argument constitutionnel ; et il n'y a aucune mention de référendums, de majorités claires, de questions claires ou de sécession. De plus, le texte offre une réponse simple à la première question. La seule façon de comprendre le jugement est de penser que la cour a modifié la constitution pour créer une disposition permettant la sécession. Mais dans notre Constitution, ce sont les institutions politiques qui ont la compétence de modifier la Constitution. Ainsi la vraie question qui vient à l'esprit est pourquoi la cour a-t-elle assumé cette tâche au lieu de laisser aux acteurs politiques le soin de modifier la Constitution ?

J'ai passé quelques années à tenter de comprendre l'énigme de ce jugement. J'en suis finalement venu à la conclusion que la cour avait réagi face à une importante lacune de l'ordre constitutionnel canadien⁶. Pour comprendre les causes de cette lacune, il faut

6. Voir Sujit Choudhry et R. Howse, « Constitutional Theory and the Quebec Secession Reference », *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 13, n° 2 (2000), 143-169; S. Choudhry, « Old Imperial Dilemmas and the New Nation-Building: Constitutive Constitutional Politics in Multinational Polities », *Connecticut Law Review*, vol. 37 (2005), 933-945; S. Choudhry, « Popular Revolution or Popular Constitutionalism? Reflections on the Constitutional Politics of Quebec Secession », dans T. Kahana et R. Bauman (dir.), *Legislatures and Constitutionalism: The Role of Legislatures in the Constitutional State* (New York: Cambridge University Press, 2006), 480-498; S. Choudhry et J.-F. Gaudreault-DesBiens, « Frank Iacobucci as Constitution-Maker: From the Quebec Veto Reference, to the Meech Lake Accord and the Quebec Secession Reference »,

plonger dans la théorie constitutionnelle. En politique, il y a souvent des désaccords au sujet du contenu des politiques publiques. Une des fonctions de la constitution est de canaliser ces désaccords vers des institutions qui aboutissent à des décisions que la communauté politique accepte. Mais pour que les décisions institutionnelles mènent à des ententes, elles doivent être prises d'une certaine façon. Les décisions doivent constituer et régler la vie politique tout en demeurant impartiales face aux positions politiques présentes. Si les procédures de gestion du différend politique étaient elles-mêmes remises en question du point de vue politique, il serait difficile de transposer les ententes institutionnelles en ententes politiques. Semblablement, les règles qui régissent les modifications constitutionnelles sont un ensemble de procédures qui ne peuvent mener à une entente constitutionnelle que dans la mesure où elles sont considérées comme impartiales face aux choix constitutionnels en jeu.

Le problème est que les procédures politiques, y compris celles qui visent les modifications constitutionnelles, ne sont pas vraiment neutres. En déterminant quels individus et communautés peuvent participer à la prise de décision politique, et quels rôles ils y jouent, les règles de modification de la constitution prévoient le lieu définitif de la souveraineté politique et établissent la base de l'identité d'une communauté politique. Dans les débats sur les modifications constitutionnelles, si la proposition en jeu remet en question la

University of Toronto Law Journal (2007), 165-193; S. Choudhry, « Does the World Need More Canada? The Politics of the Canadian Model in Constitutional Politics and Political Theory », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5 (2007), 606-638; S. Choudhry, « Referendum? What Referendum? », *Literary Review of Canada*, vol. 15, n° 3 (2007), 7-9; S. Choudhry, « Ackerman's Higher Lawmaking in Comparative Constitutional Perspective: Constitutional Moments as Constitutional Failures? », *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6 (2008), 193-230; S. Choudhry et N. Hume, « Federalism, Devolution and Secession: From Classical to Post-Conflict Federalism », dans T. Ginsburg et R. Dixon (dir.), *Research Handbook on Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar Publishing, 2011).

doctrine de la communauté politique quant aux règles de modification, ces mêmes règles deviennent alors un enjeu de politique constitutionnelle et ne peuvent jouer le rôle qu'on attend d'elles. Je qualifie ce type de situation de *politiques constitutionnelles constitutives*. Dans ces situations, il est très difficile de maintenir les ententes sur les règles de modification constitutionnelle si les acteurs ne sont pas d'accord sur la nature d'un changement donné. En fait, l'ensemble du système constitutionnel peut s'effondrer.

C'est, en gros, ce qui s'est passé au Canada au milieu des années 1990. Le gouvernement fédéral considérait qu'une modification de la constitution était nécessaire pour toute sécession. Les souverainistes du Québec remettaient en question le principe selon lequel l'indépendance devrait se soumettre aux règles de modification. Ces règles présupposent que le Québec est un élément constitutif de la fédération canadienne qui fonctionne comme une communauté politique infranationale dotée d'un droit d'autonomie gouvernementale important, mais limité, au sein du Canada. Mais c'est justement cette vision constitutionnelle que le mouvement de souveraineté du Québec rejetait, parce la question essentielle était de savoir si le Québec devait demeurer dans le Canada ou devenir un État indépendant. Puisque les souverainistes souhaitaient rompre l'ordre constitutionnel du Canada, il était difficile de les imaginer en train de participer à un processus régi par cet ordre.

Le Renvoi relatif à la sécession du Québec aide à mieux comprendre la crise constitutionnelle canadienne des années 1990. En général, on dit que la crise était une question *de fond* — une lutte entre différentes logiques constitutionnelles au sujet de la Charte, de l'égalité des provinces et de l'identité distincte du Québec. Mais le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* fait voir la nature procédurale de la crise, dans laquelle le quasi-effondrement du système constitutionnel canadien peut être attribué à un manque d'entente commune sur les règles qui régissent les modifications constitutionnelles.

Cette histoire comporte un important aspect mondial. Au début des années 1990, des théoriciens tels que Will Kymlicka et Charles Taylor ont commencé à faire la promotion à l'étranger du dénommé « modèle canadien » de démocratie fédérale multinationale. Le gouvernement fédéral a par la suite emboîté le pas avec la création du Forum des fédérations. La montée du modèle canadien s'est accrue avec les événements de l'Europe de l'est et centrale. Le renversement des dictatures communistes a entraîné de graves conflits ethniques entre majorités et minorités dans les États en processus de démocratisation. Dans la recherche de solutions, le fédéralisme multinational semblait un candidat idéal.

Mais les défenseurs du fédéralisme multinational faisaient face à un grand problème. Trois des anciennes dictatures communistes de l'Europe de l'est et centrale — la Yougoslavie, l'Union soviétique et la Tchécoslovaquie — avaient été des fédérations multinationales avant la transition à la démocratie et toutes trois ont commencé à se désintégrer peu après la transition. En revanche, les États unitaires, où le nationalisme servait de clivage pour les conflits de politique interne, ne se sont pas morcelés. Ainsi, loin d'être la solution, le fédéralisme multinational n'était peut-être pas un bon moyen de prévenir la dissolution d'un État. Qui plus est, puisque seules les fédérations multinationales se sont fragmentées — et toutes l'ont fait — le fédéralisme multinational avait peut-être l'effet néfaste d'alimenter la sécession, alors qu'il avait été conçu pour la prévenir. L'essentiel de l'argument est que les sous-unités fédérales offrent une base de pouvoir institutionnel aux minorités nationales, laquelle sert de tremplin pour aspirer au statut d'État.

L'expérience de la région remettait en question le fédéralisme multinational comme stratégie viable en Europe ou ailleurs. La meilleure façon d'affronter les échecs d'Europe de l'est et centrale était donc de repérer des endroits où le fédéralisme multinational fonctionnait, comme le Canada. Les succès ou les échecs du Canada devenaient des enjeux importants dans le débat international sur

la possibilité de trouver un accommodement entre nationalismes majoritaires et minoritaires au sein d'un seul État.

Ce qui me rendait perplexe était la montée du modèle canadien dans la théorie politique et la politique constitutionnelle alors que le pays connaissait sa pire crise constitutionnelle. J'en ai conclu qu'il ne s'agissait pas d'une coïncidence. Plusieurs défenseurs du modèle canadien reconnaissent l'existence de la crise, mais pour eux, la promotion internationale du modèle canadien était un moyen de résoudre les problèmes intérieurs. Trancher en faveur du succès nécessaire du modèle canadien était une intervention politique qui jouait sur deux fronts distincts, mais liés entre eux. C'était une intervention de politique internationale — offrir un modèle pratique et viable pour traiter la question du nationalisme minoritaire, lequel avait été la source d'instabilité politique en Europe centrale et de l'est comme ailleurs. Les interventions publiques de Kofi Annan et de Mikhaïl Gorbatchev dans le débat sur l'unité nationale canadienne démontraient l'importance du succès du modèle canadien pour une communauté internationale aux prises avec le potentiel destructeur du nationalisme.

Mais il s'agissait aussi d'une intervention de politique constitutionnelle intérieure — affirmer que le Canada avait découvert une solution pratique pour l'accommodement du nationalisme minoritaire au sein d'un ordre constitutionnel démocratique et libéral; c'était là une raison pour faire en sorte que nos arrangements fonctionnent. Occasionnellement, les politiciens canadiens ont tenté de placer l'exemple canadien au centre de la politique étrangère en le présentant comme un pilier de l'aide au développement des sociétés profondément divisées. Cela était en partie motivé par le désir d'accroître l'influence du Canada à l'étranger grâce à l'exercice du pouvoir de conviction. Mais il y avait aussi un objectif proprement national dans cette stratégie. Si le prestige du modèle canadien rayonnait à l'étranger, il gagnait également en importance au pays même.

La mise en contexte de la montée du modèle canadien avec en toile de fond la crise constitutionnelle a d'importantes répercussions pratiques. En faisant la promotion à l'étranger du modèle canadien, il y a un risque de tomber dans « la vente en porte-à-porte du Canada, » c'est-à-dire d'épurer l'expérience constitutionnelle et de présenter le Canada comme un modèle idéal que tout pays aux prises avec des problèmes similaires devrait suivre. Un fait est certain, le Canada est un grand succès : c'est un des plus vieux pays du monde, il a su réagir originalement à des forces qui ont déchiré d'autres pays et il a atteint un degré de prospérité et de liberté remarquable. Mais l'histoire montre qu'il a aussi connu des crises existentielles. Quand les spécialistes canadiens vont à l'étranger, ils devraient aborder ouvertement et courageusement ces aspects. Il n'est tout simplement pas sérieux de faire autrement auprès d'auditoires étrangers, qui sont souvent très au fait de ce qui se passe au Canada.

Immigrants ethniques et constitution canadienne

En 1984, le premier ministre de l'Ontario Bill Davis annonçait devant l'Assemblée législative un changement majeur dans la politique de l'éducation. Pendant plusieurs décennies, l'Ontario avait financé les écoles catholiques romaines jusqu'à la 10^e année, mais pas les autres écoles confessionnelles. Le premier ministre annonçait donc le prolongement du financement public des écoles catholiques jusqu'à la fin du secondaire, tout en continuant de refuser le financement pour les autres écoles confessionnelles. Les leaders des partis de l'opposition se sont exprimés en faveur du prolongement du financement intégral, faisant du projet un fait accompli. Le projet est devenu loi dès l'année suivante, et elle est toujours en vigueur de nos jours.

À l'époque, j'étais en 9^e année, et je me souviens très bien de l'outrage ressenti. C'était une discrimination fondée sur la religion, et le financement public intégral ne faisait qu'empirer les choses. On a affirmé que le financement des écoles catholiques romaines était une violation en vertu de la disposition concernant le droit

à l'égalité, soit l'article 15 de la Charte qui allait entrer en vigueur l'année suivante. L'inconstitutionnalité potentielle de la politique a mené le gouvernement provincial à poser un ensemble de questions de référence à la Cour d'appel de l'Ontario, puis l'affaire s'est retrouvée devant la Cour suprême du Canada.

*Le Renvoi relatif au projet de Loi 30*⁷ est la première affaire constitutionnelle à laquelle je me suis intéressé. Quand la Cour suprême a rendu son jugement, en 1987, j'en ai attentivement lu un extrait dans la *Toronto Star*. La décision se fondait sur deux motifs. Premièrement, bien que la législation soit soumise à l'article 15, la Constitution en soi ne l'est pas. La cour soutenait que le financement intégral des écoles catholiques romaines était une exigence de la Constitution, et qu'il s'agissait d'une forme de discrimination religieuse prescrite Constitutionnellement et à l'abri d'une analyse fondée sur la Charte. Deuxièmement, la cour soutenait que même s'il n'y avait aucun devoir constitutionnel de pourvoir le financement intégral aux écoles catholiques, le pouvoir provincial d'accorder un tel financement était tellement essentiel en vertu des compromis de la Confédération qu'il survivait aux dispositions mêmes de la Charte.

Ce qui me frappait était la façon dont la cour conceptualisait la discrimination en question. Une chose est sûre, les arrangements de financement de l'Ontario sont discriminatoires parce qu'ils font fi des écoles dirigées par les protestants, les juifs, les musulmans, les hindous et autres non-catholiques. Plusieurs de ces religions sont nouvelles au Canada, en raison de l'immigration. Cela veut dire que la politique a également comme effet de discriminer les Néocanadiens en fonction de leur statut d'immigrants. De plus, puisque la cour a soutenu que ces obligations sont inscrites constitutionnellement, elles ne peuvent être changées sans avoir recours au processus législatif habituel.

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

Ce dernier point a d'importantes répercussions politiques. La démographie est le miroir de l'avenir. Les changements démographiques peuvent mener à des changements du pouvoir politique. Si ce n'étaient des obstacles constitutionnels, les changements démographiques conduiraient à un changement dans les arrangements de financement pour les écoles confessionnelles en Ontario. Le caractère constitutionnel de ces politiques les protège donc des changements qui reflèteraient la nature évolutive du Canada.

Mais les leçons de l'histoire canadienne montrent que nous courons un risque si nous n'adaptions pas nos arrangements constitutionnels afin qu'ils reflètent la nouvelle réalité démographique. Jetons un coup d'œil à 1867. La Confédération était l'union de deux colonies indépendantes de l'Amérique du Nord britannique. Mais elle impliquait la division d'une de ces colonies, le Canada-Uni. Cette province avait été créée en 1840 par la fusion du Bas-Canada et du Haut-Canada. Chaque moitié était représentée par un nombre égal de membres à l'Assemblée législative. Au début, la population du Canada-Est était plus nombreuse que celle du Haut-Canada. On s'opposait donc à ce système de représentation en réclamant une représentation selon la population. Dix ans plus tard, la distribution s'était inversée: la population du Canada-Ouest était plus nombreuse et réclamait à son tour la représentation selon la population. Les désaccords sur cette question fondamentale ont mené plus tard à l'impasse législative de 1864. Il fallait un nouvel ordre constitutionnel pour mettre fin à la paralysie politique. Cartier et le Parti bleu s'étaient d'abord opposés à la représentation selon la population, mais ils ont dû se rendre à l'évidence; les tendances démographiques qui avaient motivé cette requête étaient inévitables et irréversibles.

Quelles leçons tirer de 1867? Par-dessus tout, la Confédération a été un moment de lucidité, motivé par les changements démographiques, qui a permis d'adapter les institutions pour mieux envisager l'avenir. Les dissensions entre, d'une part, les arrangements

constitutionnels ancrés dans le passé du Canada et, d'autre part, les changements démographiques, sont loin d'être terminés.

Au cours des dernières années, ces questions sont devenues une de mes principales préoccupations de recherche, mais j'aborde les enjeux constitutionnels issus des changements démographiques d'une façon un peu différente. L'aspect que je souhaite ajouter est la diversité ethnique du Canada, qui est principalement un produit de l'immigration et qui constitue une autre manifestation de la mondialisation et de son impact sur le développement constitutionnel.

Notre Constitution est de plus en plus déphasée par rapport à certains faits démographiques importants.

Premièrement, la population du Canada est de plus en plus urbaine, mais se concentre dans un petit nombre de provinces et de régions urbaines. Quatre-vingt-un pour cent de la population réside dans des zones urbaines (agglomération de recensement ou AR) et 69 % vit dans les plus grandes (région métropolitaine de recensement ou RMR). Quarante-six pour cent de la population vit dans les métropoles, soit Toronto, Montréal, Vancouver, Calgary et Edmonton. Entre 1981 et 2011, la population du pays est passée de 24,3 à 33,5 millions d'habitants. Quatre-vingt pour cent de la croissance totale a eu lieu en Alberta, en Colombie-Britannique et en Ontario. Toutes les autres provinces ont connu un déclin de population au cours de la même période.

Deuxièmement, la population du Canada se trouve transformée par la présence d'une immigration de minorités visibles. Entre 2001 et 2011, les deux tiers de la croissance de la population étaient attribuables à l'immigration. Les projections indiquent que presque la totalité de la croissance proviendra de l'immigration dès 2031. La proportion de Canadiens nés à l'étranger est d'environ 20 % et continue d'augmenter. Ces immigrants font principalement partie de minorités visibles, reflet d'un changement des pays d'origine pour l'immigration au Canada. En 2006, les minorités visibles comptaient

pour 16 % de la population, et les projections portent ce chiffre à 33 % en 2031.

Finalement, l'urbanisation et l'immigration des minorités visibles sont deux phénomènes entrelacés. Entre 2001 et 2006, 97 % des immigrants ont choisi de s'installer dans les RMR, dont 69 % dans les trois plus grandes, soit Toronto, Montréal et Vancouver. Les schémas d'installation des immigrants provoquent une division démographique entre le Canada urbain et le Canada rural. Près de 95 % des Canadiens nés à l'étranger vivent dans des RMR ou des AR, contre 78 % des Canadiens nés au Canada. Quatre-vingt-seize pour cent des minorités visibles vivent dans des RMR, comparé à 68 % de la population totale.

Ces tendances démographiques sont bien installées. À court terme, certaines variations peuvent se produire, mais à long terme la tendance est claire et inévitable. Un nouvel enjeu pour la politique constitutionnelle du *xxi*^e siècle est la façon dont nos institutions réagiront à ces profonds changements démographiques. Pour l'essentiel, la question va comme suit: est-ce que le vote, le pouvoir politique et les dépenses publiques suivent les choix de résidence et de travail des gens, qui modifient ainsi la distribution géographique de la population du Canada?

Le poids de l'immigration dans ce nouveau type de politique constitutionnelle est très important. Les arrangements constitutionnels du Canada sont validés par des faits profondément ancrés dans le passé constitutionnel du pays. Ces faits s'articulent autour d'un ensemble d'arrangements, de pactes et de textes historiques entre les peuples fondateurs du Canada, ce qui est logique dans le cadre du projet constitutionnel du pays. La décision de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif au projet de Loi 30* reflète ce type de logique inhérente à nos arrangements constitutionnels et à nos pratiques politiques.

Mais pour de nombreux Néo-canadiens, cette logique constitutionnelle ne veut pas dire grand-chose⁸. En invoquant les valeurs libérales de dignité et de non-discrimination, ils remettent de plus en plus en question ces faits dans de nombreux secteurs. Par exemple, pensons au débat sur la disposition qui reconnaît la société distincte dans l'accord du lac Meech et à son remplacement par la « clause Canada » dans l'accord de Charlottetown. Le regard des Néo-canadiens sur le Canada et sur l'ordre constitutionnel est différent, car ils sont conscients que le passé peut mener à une forme de non-respect, justifié simplement par son « historicité. » Ils ont l'impression que pour être légitime et pertinente, la loi fondamentale du Canada devrait refléter l'identité et les besoins actuels de la nation. Je suis convaincu de ne pas être le seul à penser de la sorte et, selon moi, de plus en plus de Canadiens de mon cru — immigrant, ethnique, urbain — le pensent aussi. Avec l'accélération de l'immigration, le nombre de personnes partageant ce point de vue sur les arrangements constitutionnels du Canada ne fera qu'augmenter.

J'ai soulevé ces questions pour procéder à l'analyse de deux enjeux : la représentation politique et la politique sociale⁹.

En premier lieu, pensons à la représentation politique. Les règles qui régissent la distribution des sièges à la Chambre des communes, tant entre les provinces qu'à l'intérieur de chacune d'elles, ont donné lieu à d'énormes déséquilibres dans la taille des circonscriptions. Bien que tous les Canadiens adultes jouissent du même droit de

8. J'ai décrit la base théorique de cet argument dans S. Choudhry, « National Minorities and Ethnic Immigrants: Liberalism's Political Sociology », *Journal of Political Philosophy*, vol. 10 (2002), 54-78.

9. Voir Sujit Choudhry, « What is a Canadian? », dans I. Studin (dir.), *What is a Canadian?* (Toronto: McLelland & Stewart/Douglas Gibson Books, 2006), 117-123; S. Choudhry, « Redistribution in the Canadian Federation: The Impact of the Cities Agenda and the New Canada », dans S. Choudhry, J.-F. Gaudreault-DesBiens et L. Sossin (dir.), *Dilemmas of Solidarity: Redistribution in the Canadian Federation* (Toronto: University of Toronto Press, 2006), 45-56;

vote, le poids de chaque vote varie considérablement. Ces variations sont délibérées. La raison derrière ce système est d'empêcher les électeurs des zones urbaines et des provinces les plus peuplées d'annuler le vote des électeurs des petites provinces et des régions rurales. Si on ajoute les minorités visibles à cette équation, les choses se compliquent considérablement. La très grande majorité des membres des minorités visibles habite en zone urbaine dans les provinces les plus peuplées. Dans le contexte de la réforme électorale, on peut dire que l'avantage accordé aux intérêts des minorités rurales et des petites provinces se fait au détriment des intérêts des minorités visibles, qui ont elles aussi droit à la protection.

Dans l'arène de la politique sociale, j'ai déjà dit que les changements démographiques peuvent avoir les répercussions que je mentionne ici. J'ai décrit le système de transfert fédéral-provincial comme la constitution fiscale du xx^e siècle, laquelle s'ajoute à notre constitution politique du xix^e siècle. Ce système s'appuie sur des liens de solidarité avec l'« autre Canada » — soit l'idée selon laquelle nos concitoyens partout au pays ont droit à des services de base, peu importe où ils sont nés et où ils habitent. Jadis, l'autre Canada était Corner Brook, Prince George, Rimouski ou Yellowknife. Mais on trouve maintenant de plus en plus l'autre Canada près de chez soi, dans les enclaves de pauvreté des zones urbaines qui revêtent de plus en plus un caractère racial et qui forment, du moins en partie, une des difficultés auxquelles font face les immigrants dans leurs tentatives d'intégration au marché du travail. Si les caractéristiques

S. Choudhry et M. Pal, « Is Every Ballot Equal? Visible Minority Vote Dilution in Canada », *IRPP Choices*, vol. 13 (2007), 1-30; S. Choudhry, « Constitutional Change in the 21st Century: A New Debate over the Spending Power », *Queen's L.J.*, vol. 34 (2008), 375-390; S. Choudhry et M. Mendelsohn, *Voter Equality and Other Canadian Values: Finding the Right Balance* (Toronto: Mowat Centre for Policy Innovation, 2011); S. Choudhry et M. Pal, *The Impact of Regionally Differentiated Entitlement to EI on Charter-Protected Canadians* (Toronto: Mowat Centre Employment Insurance Task Force, 2011).

de la citoyenneté sociale forment la base du système de transfert fédéral-provincial, alors des changements dans ces caractéristiques, qui accentuent des liens de solidarité à un niveau beaucoup plus local, peuvent avoir de profondes répercussions sur la constitution fiscale du Canada. Il est peut-être temps de destiner le type d'énergie et de ressources que nous avons longtemps investies dans les projets de développement du Nord et de l'Atlantique vers les populations immigrantes démunies des grandes villes. Le fossé grandissant entre les institutions de représentation et les schémas émergents d'identité politique serait manifeste dans un nouveau débat sur le fédéralisme fiscal, un débat qui donnerait la parole aux représentants des grandes pressions démographiques qui souhaitent un changement constitutionnel.

J'ai pu observer comment ces points de vue tranchent nettement avec la façon conventionnelle de penser la constitution au Canada. Comme c'est souvent le cas, j'ai dû quitter le Canada pour m'en rendre compte. Mon moment de révélation constitutionnelle a eu lieu au Sri Lanka, où je faisais partie d'un groupe de spécialistes étrangers. Je pensais que le système canadien d'accommodation ethnoculturelle pouvait servir de modèle pour le Sri Lanka afin de régler les conflits ethniques entre Tamouls et Cinghalais.

Dans nos présentations, nous proposons souvent une forme d'autonomie territoriale pour la minorité tamoule dans le nord-est de l'île au sein d'un Sri Lanka uni, semblable à la situation du Québec au Canada. Quand nous parlions du fédéralisme comme solution potentielle aux problèmes du Sri Lanka, les auditeurs répliquaient souvent en disant qu'au Sri Lanka, le fédéralisme serait considéré comme une porte grande ouverte vers la sécession. En réponse, je défendais le fédéralisme avec enthousiasme, grâce à une interprétation simultanée en cinghalais. J'affirmais que le Québec était loin de représenter une menace pour la viabilité du Canada, car si la province n'avait pas été créée en 1867, le Canada n'existerait peut-être pas de nos jours.

Au cours de ma visite au Sri Lanka, j'ai répété souvent cet argument. Il s'agit d'une des expériences les plus formidables de ma carrière.

Cette expérience renferme en soi un enseignement général sur la culture constitutionnelle. Quand des citoyens vivent dans un ordre constitutionnel, ils s'engagent dans une pratique sociale très complexe. Cette pratique provient de l'histoire politique concrète d'une société, une histoire qui explique l'origine des institutions, qui explique pourquoi elles existent et comment elles fonctionnent. Cette pratique est le point de départ de tout dialogue constitutionnel.

Mais la question est la suivante : les Canadiens sont-ils assujettis à jamais aux démarches prescrites par leur passé constitutionnel ?

Permettez-moi de revenir à Trudeau pour y répondre. Trudeau a fait une entrée remarquée sur la scène politique du Québec avec la publication de son ouvrage *La grève de l'amiante*¹⁰ en 1956. Il y présentait une critique cinglante de l'élite québécoise qu'il accusait de ne pas voir les nouvelles réalités de l'industrialisation et de l'urbanisation. Le modernisme de Trudeau était étroitement associé à sa vision du monde. Il affirmait que le Québec devait s'ouvrir à de nouvelles idées, des idées qui provenaient du monde entier, qui remettaient en question la vénération de la tradition pour la tradition. Il ne fait aucun doute pour moi que Trudeau adhérerait aujourd'hui à une critique moderne de notre cadre constitutionnel. Et, à titre de grand défenseur d'un Canada ouvert, tolérant et accueillant, il serait en faveur du droit pour tous les Canadiens, anciens comme nouveaux, de s'engager activement dans le dialogue constitutionnel.

10. Pierre E. Trudeau, « La province de Québec au moment de la grève » dans *La grève de l'amiante* (Montréal : Éditions du Jour, 1970).