

Appartenances, institutions et citoyenneté

Appartenances, institutions et citoyenneté

Sous la direction de
Pierre Noreau et José Woehrling

2005



Wilson & Lafleur Itée
40, rue Notre-Dame Est
Montréal (Québec) H2Y 1B9
(514) 875-6326
(sans frais) 1-800-363-2327

Catalogage avant publication de Bibliothèque et Archives Canada

Noreau, Pierre, 1957-

Appartenances, institutions et citoyenneté

ISBN 2-89127-693-0

1. Droits de l'homme – Canada. 2. Canada – Langues – Droit. 3. Citoyenneté – Canada. I. Woehrling, José. II. Titre.

KE4381.N67 2005 342.7108'5 C2004-942098-4

Canada

Nous reconnaissons l'aide financière du gouvernement du Canada par l'entremise du Programme d'aide au développement de l'industrie de l'édition (PADIE) pour nos activités d'édition.

« Gouvernement du Québec – Programme de crédit d'impôt pour l'édition de livres – Gestion SODEC »

Typographie et mise en pages : Interscript, division de Dynagram

©Wilson & Lafleur Ltée, Montréal, 2005
Tous droits réservés

Dépôt légal

1^{er} trimestre 2005

Bibliothèque nationale du Québec
Bibliothèque nationale du Canada

ISBN 2-89127-693-0

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	VII
 Chapitre 1 – Intégration sociale et citoyenneté	
Juan RODRIGUEZ-DRINCOURT: La politique d'immigration et le problème des immigrés illégaux en Espagne	3
Alain MASKENS: Résilience des idéologies mono-identitaires : le cas de la Belgique	13
Micheline MILOT: Religions minoritaires, droits et citoyenneté	25
Geneviève NOOTENS: État, lien civique et minorités nationales : à propos de quelques conditions de l'institutionnalisation de la reconnaissance	43
Pierre NOREAU et Élisabeth VALLET: Le droit comme ressource des minorités nationales : un modèle de mobilisation politique du droit	55
 Chapitre 2 – Aménagements institutionnels de la diversité	
Xavier ARBÓS: Le constitutionalisme espagnol et le fédéralisme.....	81
Hugues DUMONT: La mobilisation du droit comme instrument de changement du cadre national en Belgique.....	89
Andrée LAJOIE: Garantir l'intégration des valeurs minoritaires dans le droit : une entreprise irréalisable par la voie structurelle.....	109
Jean LECLAIR: L'aménagement institutionnel de la diversité : « Petites collec- tivités locales » ou nations ? Qui sont les titulaires du droit inhérent des peuples autochtones à l'autodétermination ?	127
Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR: The Spanish Autonomic Experience	141
Alan TRENCH: A Limited Measure of Diversity : Institutional Arrangements for Devolution to Scotland and Wales	147

VI *Appartenances, institutions et citoyenneté*

Stephen TIERNEY :	
Sub-State Nations in a Unitary State : Mobilising Law for a Devolved Scotland	161

Chapitre 3 – Projection et présence internationales des entités autonomes

Louis BALTHAZAR :	
Projection et présence internationales du Québec.....	177
Josep Maria CASTELLÀ ANDREU :	
Projection et présence internationales des entités autonomes : le cas de l’Espagne	187
André LECOURS :	
Diversité culturelle et relations internationales : les cas du Québec et de la Région Wallone/Communauté française de Belgique.....	207
Stéphane PAQUIN :	
De l’importance internationale de la paradiplomatie.....	219

Chapitre 4 – Politiques linguistiques et droits linguistiques

Antoni MILIAN-MASSANA :	
Les modalités linguistiques de fonctionnement d’une organisation supranationale : le cas de l’Union européenne	241
Daniel PROULX :	
Les droits linguistiques au Canada : un nouveau paradigme	259
Joseph-G. TURI :	
Langues et droit dans le monde.....	281
José WOEHLING :	
Conflits et complémentarités entre les politiques linguistiques en vigueur au Québec, au niveau fédéral et dans le reste du Canada.....	295

INTRODUCTION

Appartenances, institutions et citoyenneté : une problématique¹

Les quinze dernières années ont été caractérisées par des changements politiques considérables. En Europe, on a assisté à un double processus d'élargissement et d'approfondissement de la construction européenne. En Amérique du Nord, un autre processus d'intégration, pour le moment limité au plan économique, s'est poursuivi et élargi avec la renégociation de l'Accord de libre échange entre le Canada et les États-Unis pour y inclure le Mexique et en faire l'Accord de libre échange nord-américain (ALÉNA). Déjà, les négociations ont commencé pour élargir cette zone de libre-échange à certains pays d'Amérique du Sud (ZLÉA).

Par ailleurs, les compétences de l'État font fréquemment l'objet d'un transfert progressif à des entités infra-nationales (entités fédérées, régions, collectivités décentralisées) ou, du moins, celles-ci réclament elles ce genre de dévolution avec une insistance grandissante. Le retrait et le désengagement de l'État, présentés un peu partout comme conséquences nécessaires de la crise des finances publiques, prennent souvent la forme d'un transfert de responsabilités, soit en faveur des acteurs privés soit en faveur d'entités fédérées, régionales ou décentralisées.

Dans le même temps, la démocratie, la primauté du droit, le constitutionalisme et ses accessoires ont fait des progrès rapides dans un grand nombre d'États, après l'effondrement du monde bipolaire. Mais, même dans ce domaine, l'internationalisation des droits de l'homme par l'adoption de conventions internationales et par la mise en oeuvre de mécanismes judiciaires ou quasi judiciaires supranationaux ou internationaux constitue un autre facteur d'affaiblissement des compétences nationales.

Parallèlement, un processus d'affirmation nationale s'est développé sur le continent européen : les nouveaux États nations se sont multipliés de manière considérable en peu de temps. Si ces restructurations territoriales ont permis à certaines minorités nationales d'obtenir leur propre État, elles ont fait apparaître de nouvelles minorités au sein des États nouveaux et elles ont entraîné le développement de divers instruments

1. Ce livre est d'abord le produit du travail individuel collectif des auteurs. L'organisation du colloque qui en est l'origine a cependant bénéficié aussi du soutien de Fonds québécois de recherche sur la société et la culture, du Conseil de recherche en sciences humaines du Canada, de l'Institut international de droit linguistique comparé, du ministère des Finances du Québec, du ministre délégué aux affaires intergouvernementales canadiennes, du ministère des Relations avec les citoyens et l'immigration, de l'Association internationale des études sur le Québec, du Centre de recherche en droit public et du Programme d'études sur le Québec de l'Université McGill.

internationaux destinés à protéger les droits minoritaires. Paradoxalement, leur application soulève des problèmes pour certains pays de vieille tradition démocratique et libérale dans lesquels les problèmes minoritaires ont été traditionnellement niés ou occultés, ou encore ont fait l'objet de compromis politiques internes laborieusement négociés mais difficiles à ajuster aux nouvelles exigences internationales.

Les problèmes liés au statut des langues se multiplient. Plusieurs phénomènes sociaux, économiques et politiques expliquent cette tendance. Les migrations qui se produisent sur une grande échelle créent des situations durables de multilinguisme et compliquent l'intégration des immigrants. Les revendications linguistiques des mouvements régionalistes justifient parfois, de la part des États, une réaction consistant à affirmer le statut de la langue majoritaire comme seule langue officielle, comme c'est le cas en France ou dans de nombreux États fédérés américains. La globalisation des marchés et la généralisation de certains modèles culturels, favorisées par les moyens de communication modernes, font planer des risques d'uniformisation culturelle et suscitent un peu partout des réflexes d'affirmation et de défense des identités et des langues nationales, phénomène qui touche sans doute de façon encore plus marquée les langues minoritaires sur leur propre territoire, fragilisées par le choix des immigrants d'adopter la langue majoritaire. On assiste donc à une multiplication des situations dans lesquelles des politiques linguistiques explicites sont mises en œuvre pour régler le statut respectif de la langue majoritaire et des langues minoritaires.

Enfin, la « globalisation » tend à rendre les frontières poreuses et à diminuer la capacité des États souverains de réglementer efficacement les activités relevant de leur juridiction. Dans plusieurs domaines, les normes étatiques sont progressivement remplacées par des normes mises en place, soit par des organismes internationaux ou supranationaux, soit par des acteurs économiques de nature privée, selon des modes « alternatifs » de réglementation.

Les mutations et restructurations territoriales qui viennent d'être rappelées (territoires politiques, géographiques, juridiques ou symboliques) entraînent également le réaménagement des appartenances et de la citoyenneté dans le sens du pluralisme et de la diversité. Le caractère pluriethnique de la population des pays occidentaux est en constante augmentation; s'y posent des problèmes d'intégration des immigrants et de gestion de la diversité ethnoculturelle. Dans les pays fédéraux, régionalisés ou fortement décentralisés, au sein desquels existe généralement une forte diversité régionale, apparaît une certaine rivalité entre l'appartenance des citoyens à leur entité géographique d'origine ou de résidence (l'identité régionale) et leur appartenance à l'entité étatique (l'identité nationale). Enfin, les situations de minorités nationales elles-mêmes sont multipliées et exacerbées.

Toutes ces situations soulèvent la problématique de la reconnaissance des droits culturels collectifs qui portent sur l'identité des personnes et leur appartenance à des groupes distinctifs, ou encore sur la réalisation de la citoyenneté dans des sociétés caractérisées par la diversité religieuse, ethnique et raciale. La participation à part entière des citoyens est-elle compatible avec le maintien de l'identité culturelle des groupes, et en particulier des minorités ? Certains considèrent qu'il y a là un paradoxe, la reconnaissance de droits culturels aux minorités leur paraissant être une menace à l'existence même d'une citoyenneté commune, par la fragmentation des identités. Il est vrai que les droits culturels minoritaires peuvent engendrer des projets autonomistes, voire sécessionnistes. La dimension culturelle de la citoyenneté comporterait ainsi une tendance à la fragmentation sociale et politique.

Néanmoins, les droits culturels et communautaires apparaissent aujourd'hui comme des droits de l'homme, puisqu'ils peuvent être déduits des droits fondamentaux les plus classiques (liberté de religion; droit à l'égalité). Une citoyenneté unique et individuelle, appliquée dans un contexte de pluralisme ethnique, risque d'entraîner des conséquences oppressives et injustes, parce qu'elle oblige les minoritaires à s'aligner sur le modèle hégémonique de la majorité; elle leur refuse la reconnaissance de leur identité. L'État démocratique et libéral ne peut cependant satisfaire le besoin de reconnaissance des individus en reconnaissant uniquement l'universalité de l'identité; il doit le faire aussi pour les composantes communautaires de cette identité. Il s'ensuit que les définitions libérale et communautaire des droits minoritaires s'opposent.

Tout ce qui précède tend à confirmer que la problématique de la diversité est une problématique de la complexité. À ces descriptions de phénomènes importants et connus succède la difficulté des modes par lesquels sont traduites ces réalités d'un régime politique à l'autre ou selon les ordres et les traditions juridiques.

Un travail commun sur ces réalités sociales, politiques, juridiques et internationales débouche sur autant de questionnements différents :

- Comment les rapports sociaux de citoyenneté se structurent-ils en regard des aménagements possibles de la diversité sociale ?;
- Quels compromis institutionnels permettent l'expression ou le dépassement de cette diversité de références ?;
- En quoi le droit en tant que système de normes et la justice en tant qu'institution offrent-ils ou interdisent-ils un débat continu sur les conditions et les conséquences de la diversité sociale ?;
- Comment ces réalités débordent-elles du champ des États nationaux pour s'exprimer dans l'ordre des rapports internationaux ?

Dans une perspective transversale, susceptible de mettre en dialogue tous ceux qui entendent contribuer au débat sur les conditions sociales, politiques, internationales et juridiques de la diversité, d'autres questions méritent d'être posées : à quoi peut-être mesurée la qualité de la cohabitation entre minorités et majorité ? La capacité de cohabiter de citoyens issus d'aires culturelles, sinon d'univers de référence différents, est-elle mieux assurée dans le cadre de normes (sociales, institutionnelles ou juridiques) prédéfinies et susceptibles de s'imposer à tous sur la longue durée ou, au contraire, par la redéfinition continue de ces normes de référence, qui invite à lier le débat sur les conditions de la diversité à une conception évolutive de la normativité ?

Et finalement, au chapitre de l'élaboration de ces normes de référence, cette cohabitation est-elle mieux assurée dans le cadre d'institutions propres à chaque groupe – fondées sur le territoire ou le statut personnel – et bénéficiant de ressources propres ou, au contraire, est-elle plutôt facilitée par la participation à des institutions communes susceptibles de servir de lieu de négociation et de médiation ; approche qui pose plus directement le problème des conditions de la participation civique et de celles de l'établissement d'une culture de convergence ?

C'est à la résolution de ces dilemmes qu'étaient conviés les participants d'un colloque organisé à Montréal (Québec), les 26 et 27 septembre 2002, par le Groupe de recherche sur les sociétés plurinationales (GRSP²) en collaboration avec l'Institut international de droit linguistique comparé (Montréal) et le Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal. Quatre thèmes y auront été exploités portant respectivement sur :

- L'intégration sociale et la citoyenneté ;
- Les aménagements institutionnels de la diversité ;
- La projection et la présence internationales des entités autonomes ;
- Les politiques linguistiques et les droits linguistiques.

2. Fondé en 1995, le GRSP est principalement engagé dans l'étude de la reconnaissance de la diversité au sein des démocraties plurinationales. Le groupe rassemble des experts en politique canadienne et québécoise, en philosophie politique, en droit et en politique comparative provenant de plusieurs universités canadiennes. L'ensemble de leur expertise permet de mieux appréhender les défis engendrés par la diversité, que ce soit en Belgique, au Canada, en Espagne ou au Royaume-Uni. Les principales activités du GRSP comprennent notamment des publications universitaires, des symposiums, des invitations aux chercheurs d'universités étrangères ainsi que la formation et l'encadrement des étudiants diplômés. Intégré à la Chaire de recherche du Canada en Études québécoises et canadiennes (CRÉQC) de l'Université du Québec à Montréal, le GRSP est financé par le Fonds pour la formation de chercheurs et l'aide à la recherche du Québec (FCAR/FQRS) et par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSHC).

Tous ces grands enjeux sont autant d'angles d'analyse des phénomènes inventoriés. Les discussions menées dans les ateliers ont permis de faire le point sur l'univers des idéaux et des aménagements possibles de la diversité sociale. On trouvera dans cet ouvrage le fruit de ces débats et de ces investigations. Ont également participé à ces travaux, à titre de commentateurs dans les différents ateliers : Pierre Coulombe, Alain Gagnon, Jacques-Yvan Morin, Johanne Poirier, François Rocher et Joseph-Yvon Thériault.

Pierre Noreau
Centre de recherche en droit public
de l'Université de Montréal

José Woehrling
Faculté de droit de
l'Université de Montréal

CHAPITRE 1

Intégration sociale et citoyenneté

LA POLITIQUE D'IMMIGRATION ET LE PROBLÈME DES IMMIGRÉS ILLÉGAUX EN ESPAGNE

par

Juan RODRÌGUEZ-DRINCOURT

Professeur titulaire de droit constitutionnel à l'Université
de Las Palmas de Gran Canaria (Espagne)

Introduction

Depuis une douzaine d'années, les questions reliées à l'immigration et à l'intégration des immigrants sont devenues des thèmes centraux pour le droit public aussi bien en Espagne que dans des pays voisins comme la France ou l'Italie. Ce sont des questions complexes qui doivent être prises en compte par l'Union européenne et par les autorités publiques nationales, régionales et communales.

I. Le défi de l'immigration clandestine

L'Espagne doit faire face à un réel défi. Le nombre de clandestins interceptés à leur arrivée aux Canaries a connu une forte augmentation, passant de 2200 en 2000 à 4000 en 2001. Ces immigrants viennent de l'Afrique du Nord (Maroc, Sahara occidental) ainsi que des pays de l'Afrique subsaharienne. Le problème est que la lutte pour le contrôle de l'immigration ne devrait pas signifier une réduction de la protection des droits fondamentaux des immigrants. S'il convient de « combattre » quelque chose, ce ne sont pas les immigrés clandestins, faibles et trompés, qui réclament notre solidarité, mais les hommes d'affaires qui exploitent les immigrants en situation irrégulière et les réseaux de trafic d'immigrants.

Dans la lutte contre l'immigration clandestine, il semble intéressant d'observer la longue expérience des États-Unis. Le service de naturalisation et d'immigration américain (*Immigration and Naturalization Service*) réalise depuis des décennies un difficile travail de contrôle. Les données qu'il communique appellent au pessimisme et sont préoccupantes pour l'observateur européen en quête de modèles pour l'avenir. Aux États-Unis, le contrôle des frontières constitue un échec partiel, bien qu'il soit moins complexe que son équivalent européen et qu'il dispose pour cette lutte d'un budget annuel qui est cinq fois supérieur à celui que consacrerait l'Union européenne aux réfugiés et à l'immigration dans les cinq prochaines années.

Dans le cadre communautaire, dix ans ont passé depuis la *Résolution sur le racisme et la xénophobie* du 10 octobre 1991 du Parlement européen dans laquelle on affirmait « l'urgence d'une politique commune d'immigration ». Évidemment, le troisième pilier de la maison européenne n'a pas été élevé avec la détermination et l'urgence que réclamait cette affaire. La Commission a gelé systématiquement sa mise en œuvre en laissant le loisir d'agir aux États avec lesquels elle a travaillé dans des groupes comme celui de Trevi. L'hésitation et les bonnes intentions ont primé les politiques concrètes et stables dans le temps. Pour sa part, l'espace Schengen est né en introduisant des concepts juridiques aussi peu souhaitables que « l'étranger indésirable » et en aspirant à rendre compatibles la liberté et la sécurité, mais sans définir de véritable politique.

L'immigration irrégulière est un problème de portée communautaire qui requiert des politiques fermes et concertées qui ne peuvent être à la merci de majorités changeantes dans les États membres. C'est un problème commun et partagé. Un immigrant clandestin qui entre en Espagne peut se rendre ensuite en France ou en Italie et vice-versa. De plus, les moyens économiques et logistiques nécessaires dépassent sans cesse davantage les possibilités de chaque État européen. La création d'un Service européen de l'immigration s'impose en même temps qu'un authentique statut général et commun des travailleurs étrangers avec une véritable coordination et une programmation en matière de contingents migratoires, faisant preuve d'une générosité suffisante.

Par ailleurs, tout ce qui précède constitue de la « médecine palliative » et il ne fait pas de doute que le grand défi à relever est celui d'une véritable aide au développement en faveur du tiers monde sur le mode d'une « médecine curative » qui agisse sur les causes. Dans ce domaine, les politiques que la Communauté européenne réalise depuis plus de quarante ans ont également été un échec et doivent être profondément repensées. Ainsi, par exemple, Lomé a été présenté comme l'une des grandes avancées de l'aide au développement de l'UE, une coopération chiffrée à plus de 50 milliards de dollars destinée à plus de 70 pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique. La réalité est que, bien que le livre vert de Lomé qualifie les résultats « d'inégaux », les indicateurs économiques de ces pays n'ont pas bougé. En tout cas, l'effort économique important de « Lomé IV » doit servir d'expérience pour réorienter cette politique vitale de solidarité qui constitue une obligation réelle qui s'impose aux Européens.

La législation des États-Unis constitue une incontournable référence¹. Or, si jusqu'en 1960, les immigrants qui arrivaient aux États-Unis étaient facilement assimilés par le marché du travail, à partir des années

1. À la fin du XIX^e siècle et jusqu'en 1930 se produit une immigration massive. Les immigrants se comptent par millions. Entre 1875 et 1930, 30 millions d'immigrants entrent aux États-Unis. Déjà dans les années 20, on crée un système de quotas, une politique d'immigration par origine nationale qui va se pratiquer aussi au Canada. Aux États-

70 et surtout 80, avec la croissance de l'immigration illégale, les États-Unis ont approuvé l'IRCA (*Immigration Reform and Control Act*) en 1986 avec l'objectif de réduire l'immigration illégale. La législation américaine présente quelques lignes fondamentales qui seront sûrement prises en compte par les législations européennes, dont l'espagnole : sanctions contre les entreprises qui emploient des étrangers irréguliers, contrôle des frontières et régularisations périodiques. La plus importante des sanctions fait partie de ce que l'on appelle les politiques de l'intérieur², qui ne sont pas seulement des politiques d'inspection, mais surtout une tentative pour décourager les attentes de l'immigrant irrégulier. On prend des mesures pour rendre difficile l'emploi de l'immigrant irrégulier. La lutte contre l'effet d'appel que suppose un emploi facile pour le sans-papiers est menée en rendant difficile son embauche. Il ne fait pas de doute que, comme cela se vérifie aux États-Unis, c'est la mesure qui paraît la plus dissuasive pour l'immigrant potentiel. La difficulté de trouver un emploi est beaucoup plus efficace que les mesures prises aux frontières.

L'examen des politiques de l'IRCA permet de tirer des conclusions importantes :

- Indiscutablement, la lutte contre l'immigration clandestine doit être européenne sans quoi elle ne fonctionnera pas ;
- Le contrôle des frontières est plus facile aux États-Unis qu'en Europe et pourtant c'est un échec ;
- Il semble important de créer en Europe un service semblable à l'INS ;
- Il est nécessaire de renforcer les politiques intérieures.

Ceci dit, revenons à la situation de l'immigration en Espagne. C'est un problème moindre que dans d'autres pays. En Espagne, les étrangers représentent 2 % de la population totale, alors que c'est 9 % aux États-Unis, 16 % au Canada, 22 % en Australie et 8 % en France. Il est vrai qu'ils se concentrent dans des communautés déterminées : Madrid, Valence, les Baléares, les Canaries. D'autre part, le flux à partir des pays du Maghreb, qui constituent une source importante de l'immigration irrégulière, augmentera probablement. Avec des taux de chômage de 20 % et une moyenne de 3,5 à 4 enfants (par oppositon à un taux de 1,2 en Espagne) et avec 15 % de la population qui a moins de 16 ans, il faut s'attendre à ce que l'immigration irrégulière venant de ces pays continue, car il faudrait créer plus de 20 millions d'emplois dans les prochaines décennies pour que le marché du travail puisse absorber ces travailleurs en Afrique même.

Unis, environ 70 % de l'immigration va provenir de pays européens, principalement de l'Irlande, du Royaume-Uni, de l'Allemagne et de l'Italie. Depuis les années 60, ce processus a changé de telle sorte que lors de ces 25 dernières années, l'immigration européenne est devenue presque insignifiante.

2. La lutte à l'intérieur contre l'engagement s'est adoucie avec le SAW (*Seasonal Agricultural Workers*), un programme pour les engagements agricoles.

L'évolution du droit des étrangers en matière d'immigration illégale a été remarquable. La Loi de 1985 sur les droits et libertés des étrangers en Espagne avait choisi un modèle législatif d'immigration réduite et temporaire, en rendant difficiles les voies de l'immigration régulière et en empêchant les noyaux stables d'étrangers, sans même envisager le regroupement familial. C'est une loi représentative de la situation des années 80, époque à laquelle la progression rapide de l'immigration en Espagne n'avait pas encore commencé. Déjà en 1990, on avait pris conscience du problème, comme le démontre un rapport présenté au Congrès (le Parlement espagnol). Dans cette communication de 1990, sous le titre « Situation des étrangers en Espagne; grandes lignes de la politique des étrangers », on affirme que l'Espagne ne peut recevoir un flux massif et incontrôlé d'immigrants sans hypothéquer gravement la cohésion sociale et la possibilité d'intégration des étrangers. On y trace les grandes lignes d'une politique de l'immigration: contrôle des frontières; lutte contre l'exploitation illégale; actions d'intégration sociale; coordination administrative en matière d'étrangers; dimension communautaire de la politique des étrangers; aide au développement.

Ceci dit, l'étape décisive fut la Loi organique 4/2000 relative au droit des étrangers et à l'intégration sociale (LODYLE). Cette loi constitue une approche radicalement nouvelle. On y assume la présence stable d'immigrants en Espagne, on accepte une augmentation modérée de l'immigration et on augmente les droits des étrangers en même temps qu'on crée des instruments pour leur intégration. La loi, il faut le signaler, a été adoptée avec l'appui d'associations d'immigrants et d'ONG qui avaient fortement protesté contre la loi précédente de 1985.

La Loi 4/2000 représente un progrès substantiel. Elle constitue un saut qualitatif dans la position de l'étranger avec une pleine reconnaissance des droits de la personne à leur égard et en établissant pratiquement l'égalité entre étrangers et nationaux; le très important article 3.1 affirme que les étrangers jouiront en pleine égalité avec les Espagnols des droits et libertés du titre I de la Constitution, de manière à ce que tout traitement discriminatoire soit illégal. En outre, la loi institue un système de permis de travail et de résidence qui favorise l'immigration stable et un ensemble de mesures en matière d'immigration irrégulière. Dans ce dernier domaine, la Loi 4/2000 représentait un effort pour diminuer les situations d'irrégularité. L'embauche par offre directe de l'employeur est devenue beaucoup plus facile pour les offres de travail à des personnes connues ou à des amis de personnes qui sont déjà en Espagne. De plus, devant la perte de travail qui empêchait de renouveler le permis de travail, apparaît la régularisation temporaire par application de l'article 29.3. La suppression de l'expulsion comme sanction du simple défaut de papiers peut faciliter la dénonciation de trafiquants d'immigrants qui engagent des irréguliers. La loi a en effet durci le traitement du délit de trafic d'immigrants. On introduit des sanctions très graves pour les transporteurs qui amènent en Espagne des immigrants sans que soient respectées les conditions

d'entrée, ce qui correspond d'ailleurs aux obligations assumées par l'Espagne en tant que signataire de l'*Accord de Schengen*.

Dans la lutte contre l'immigration irrégulière, la Loi organique 8/2000 a également entraîné une transformation importante des procédures de sanction envers les étrangers en situation irrégulière. La loi envisage trois procédures de sanction : l'expulsion proprement dite, qui s'applique à ceux qui se trouvent en Espagne en situation irrégulière³; le renvoi pour les étrangers qui essaient d'entrer en Espagne de façon irrégulière; le retour pour ceux qui ne sont pas acceptés à la frontière.

II. La coordination de la politique entre les divers paliers de gouvernement

La Loi 8/2000 est une loi nationale applicable aux immigrants de toutes les Communautés autonomes d'Espagne. Mais les Communautés autonomes ont un rôle important à jouer en matière d'immigration irrégulière parce que plusieurs de leurs fonctions basées sur certaines de leurs compétences ont une incidence substantielle en matière d'immigration. En particulier, les Communautés autonomes ont un rôle essentiel à jouer sur l'aspect social du problème, qui est devenu très important, car l'éducation, la culture et l'assistance sociale sont toutes des matières dans lesquelles les Communautés autonomes ont des compétences importantes. Par ailleurs, il est prévisible qu'avec le temps les politiques d'immigration des diverses Communautés autonomes deviennent spécifiques, comme c'est le cas pour celles des provinces du Canada. Une telle différenciation entre les Communautés autonomes est nécessaire pour plusieurs raisons : le volume de populations étrangères, les problèmes de la population concernée, les paramètres économiques et sociaux de la Communauté autonome en cause.

Ainsi s'impose sans cesse davantage une politique de coordination des pouvoirs politiques en matière d'immigration. La plus grande partie des politiques publiques requiert la participation des mairies, des Communautés autonomes et de l'État, et ce, de façon très complexe comme le montre par exemple le fait que, pour un programme de politique de logements pour immigrants, qui constitue une initiative de dimensions modestes, doivent participer le ministère des Affaires sociales, le Conseil d'Intégration sociale et l'Institut du Logement pour la Communauté autonome, la mairie, l'Assemblée municipale et l'Entreprise municipale du Logement. C'est pourquoi le Conseil Supérieur de Politique de l'Immigration qui assure la coordination entre les administrations (État, Communautés autonomes et municipalités) joue un rôle très important. En définitive, une nouvelle façon d'aborder la question s'impose en Espagne. Elle passe par des accords entre l'État et les Communautés autonomes.

3. Voir l'art. 57.1 LO 8/2000.

III. Les droits et libertés des étrangers en situation illégale en Espagne

On peut craindre que la lutte contre l'immigration irrégulière et le contrôle des frontières ne finissent par avoir un effet négatif sur le respect des droits de l'homme. Les étrangers en situation irrégulière forment une catégorie particulièrement vulnérable dont le traitement permet de mesurer en quelque sorte le respect des droits fondamentaux⁴. Au nom de la lutte contre l'immigration clandestine, les droits fondamentaux peuvent trop facilement être limités ou niés. Ainsi, le droit aux soins de santé est dénié aux immigrants qui sont en situation irrégulière en Espagne ainsi que le droit au revenu minimum garanti. De même, les immigrants irréguliers n'osent pas inscrire leurs enfants à l'école.

La Loi organique 8/2000, du 22 décembre, sur les droits et libertés des étrangers en Espagne entend offrir un cadre global pour le traitement du phénomène migratoire en fixant les droits des étrangers légaux et clandestins en territoire espagnol. Elle détermine les principes généraux relatifs à l'entrée et au séjour des étrangers. Ces principes sont développés par le règlement d'exécution de la loi qui a été approuvé par le décret 864/2001. La Loi 8/2000 constitue une réforme de la loi précédente relative aux étrangers (Loi 4/2000). La réforme a été motivée par la situation et les caractéristiques de la population étrangère en Espagne et en prévision de l'évolution au cours des prochaines années.

La Loi 8/2000 présente, à mon avis, une dangereuse extension de la discrétion administrative par une norme imprécise en matière de documentation d'objet et de documentation de séjour et qui permet n'importe quelle régulation réglementaire. On introduit des conditions discriminatoires en matière de regroupement familial puisque celui-ci n'est applicable qu'aux étrangers en situation régulière et, de plus, avec certaines conditions qui font que tous les étrangers réguliers ne bénéficient pas de ce droit et qu'il est limité aux conjoints, enfants mineurs et ascendants pour autant qu'ils disposent d'un logement adéquat, de moyens suffisants et que la personne qui les regroupe ait résidé légalement un an en Espagne et qu'elle dispose d'une autorisation pour au moins un an de plus. Indubitablement, le législateur espagnol a opté dans cette législation pour une réponse au défi de l'immigration fondée sur un régime de sanctions et une politique administrative centrée sur la discrétion, l'insécurité et l'arbitraire comme le démontre la confuse et contradictoire politique de sanctions et de poursuite des infractions. Au moins, l'étranger en situation irrégulière bénéficie-t-il, en principe, d'une procédure administrative qui lui garantit le droit d'être entendu et le droit de faire appel de toutes les décisions prises à son égard.

4. P. CRUZ VILLALON, « Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros y las personas jurídicas », *Revista Española de Derecho Constitucional*, 35, 1992.

Un problème constitutionnel s'est posé à propos de l'expulsion dite « préférentielle ». Dans ce cas se pose évidemment la question de savoir si cette expulsion dans les premières 72 heures de détention, sans intervention judiciaire, peut entraîner la violation du droit à la liberté personnelle. Le Tribunal constitutionnel, dans sa décision 174/1999, a affirmé que cette procédure n'est pas contraire à la Constitution. Cette même procédure d'expulsion préférentielle paraît cependant constitutionnellement douteuse par rapport à une décision précédente (115/1987) qui a déclaré inconstitutionnelle la négation de l'effet suspensif du recours contre les mesures d'expulsion. Assurément, devant cette politique, des recours de défense de la part de l'étranger en situation irrégulière, comme l'*habeas corpus* prévu à l'article 17.4 de la Constitution, sont préservés. En effet, le Tribunal constitutionnel, dans les décisions 12/1994 et 21/1996, l'a déclaré applicable aux étrangers en situation irrégulière.

Il est indiscutable qu'en Espagne se sont produites, avec la Loi 8/2000, des limitations aux droits fondamentaux des étrangers. Peut-on en contester la constitutionnalité? Une première chose qu'on peut souligner est que le Tribunal constitutionnel a déclaré que le droit à la vie, à l'intégrité physique et morale, à la liberté de penser et à l'intimité (il ne s'agit pas d'une liste fermée) étaient des valeurs intimement liées à la dignité de la personne. Sur ces points, il ne saurait donc y avoir de différence entre nationaux et étrangers. Cependant, il existe d'autres droits qui, bien qu'également liés à la dignité de la personne, ne le sont pas aussi intimement. Par conséquent, le législateur peut à leur égard établir des différences entre nationaux et étrangers, pour autant qu'il ne vide pas le droit en cause de son contenu essentiel.

Une autre considération touche l'efficacité de ces mesures législatives dans la lutte contre l'immigration irrégulière. De ce point de vue, les statistiques montrent que le statut des droits fondamentaux reconnus aux étrangers irréguliers n'a pas d'incidence sur l'entrée des clandestins. Aujourd'hui, on ne peut pas soutenir sérieusement que la restriction des droits fondamentaux contribue aux efforts pour le contrôle des flux migratoires.

La Loi organique 8/2000 ne reconnaît pas aux étrangers en situation irrégulière le droit de réunion, ce qui produit un débat constitutionnel puisque l'article 21 de la Constitution, tel qu'interprété dans la décision du Tribunal constitutionnel 115/1987, est considéré comme une disposition garantissant des droits dont le bénéfice ne peut être restreint aux seuls nationaux. L'on ne saurait oublier que, dans la jurisprudence du Tribunal constitutionnel⁵, le droit de réunion est défini comme une manifestation collective de la liberté d'expression exercée à travers une association provisoire, donc ayant une forte relation avec le principe de dignité de la personne. De son côté, la liberté d'association comme droit ayant à la fois une

5. Décision 85/1988.

dimension individuelle et une dimension collective est un droit presque aussi inaliénable dans sa nature que le droit à la liberté personnelle. De plus, le droit d'association n'est pas seulement important pour promouvoir la participation à la vie politique, il est aussi essentiel dans la vie sociale.

L'on ne doit pas oublier que, dans sa décision 115/1987, le Tribunal constitutionnel a signalé que le pouvoir que l'article 13.1 de la Constitution reconnaît au législateur au sujet de l'aménagement des modalités d'exercice des droits fondamentaux des étrangers l'oblige cependant à respecter au moins les prescriptions constitutionnelles, car on ne peut estimer que ce pouvoir permette au législateur de façonner librement le contenu des droits directement reconnus aux étrangers par la Constitution. En ce sens, on doit comprendre que l'exclusion des immigrants en situation irrégulière du bénéfice des droits de réunion et d'association est inconstitutionnelle.

Un autre problème est l'exclusion des étrangers en situation irrégulière du bénéfice du droit à l'aide juridique. Dans cette question, étant donné la façon dont la dignité de la personne est affectée, il doit à mon avis y avoir un traitement égal entre Espagnols et étrangers, quelle que soit la situation de ces derniers. De l'article 24 de la Constitution et des articles 20 et 22 de la Loi 8/2000, l'on peut faire découler avec certitude la pleine reconnaissance de la protection judiciaire effective de l'étranger en situation régulière. Cependant, la position de l'étranger en situation irrégulière est plus confuse, car l'article 22.1 de la Loi 8/2000 prévoit le droit à l'assistance juridique gratuite dans les procédures de renvoi et d'expulsion pour tous les étrangers qui se trouvent sur le territoire et qui ont reconnu qu'ils sont en situation irrégulière, alors que son article 22.2 limite l'assistance juridique gratuite pour insuffisance économique aux étrangers résidents, ce qui en exclut les irréguliers. Cet article 22.2 paraît très douteux du point de vue du droit constitutionnel.

À cette dernière question s'ajoute celle des garanties dans la procédure d'expulsion et de renvoi. Cette procédure prévoit la possibilité d'un renvoi sans procédure judiciaire et l'impossibilité absolue dans certains cas de suspension de l'acte administratif de renvoi ou d'expulsion, ce qui de façon évidente est une violation de la protection judiciaire effective. En ce sens, on ne doit pas oublier que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est très établie sur ce point et qu'elle affirme même dans certains cas l'interdiction de l'expulsion⁶, ce dont la loi organique n'a pas tenu compte. La Cour a assis une jurisprudence claire sur cette question essentielle sur la base de l'article 3 de la *Convention européenne des droits de l'homme* et affirme que, dans des circonstances

6. Voir par exemple *Vilvarajh c. Royaume-Uni*, 30 octobre 1991.

déterminées, l'expulsion ou le renvoi peut équivaloir à un traitement inhumain ou dégradant⁷.

Le régime des droits fondamentaux des étrangers irréguliers présente de grandes difficultés d'interprétation qui viennent de sa nouveauté. En effet, une bonne partie de la jurisprudence du Tribunal constitutionnel en Espagne, des tribunaux des pays voisins ainsi que de la Cour européenne des droits de l'homme a été adoptée en pensant aux étrangers en situation régulière et est donc difficile à transposer au cas des étrangers illégaux. Ceci produit incontestablement des doutes et de la confusion dans l'interprétation, confusion que la Loi organique 8/2000 augmente en introduisant, par exemple, une dissociation confuse entre bénéfice et exercice des droits, ce qui entraîne une forme d'exclusion de ces droits.

7. Voir le cas exemplaire de *D. c. Royaume-Uni*, 2 mai 1997.

RÉSILIENCE DES IDÉOLOGIES MONO-IDENTITAIRES : LE CAS DE LA BELGIQUE

par

Alain MASKENS

Médecin et essayiste, Citoyen de Bruxelles

Chacun d'entre nous devrait être encouragé à assumer sa propre diversité, à concevoir son identité comme étant la somme de ses diverses appartenances, au lieu de la confondre avec une seule, érigée en appartenance suprême, et en instrument d'exclusion, parfois en instrument de guerre¹.

Amin Maalouf

C'est un des paradoxes de notre époque : les individus semblent reconnaître et apprécier de plus en plus la diversité de leurs sources d'enrichissement culturel, la multiplicité des appartenances qui fondent leur identité particulière. Dans le même temps, leurs élites politiques ont peine à suivre cette évolution : le vieux rêve de la nation homogène n'a pas fini de les hanter. J'aimerais attirer ici l'attention sur cette divergence entre les changements de nos sociétés et la vision de leurs élites.

Dans leur introduction à ce colloque, José Woehrling et Pierre Noreau ont rappelé les grandes mutations politiques, économiques et sociales qui entraînent aujourd'hui le réaménagement des appartenances et de la citoyenneté dans le sens du pluralisme et de la diversité. Dans la première partie de ce texte, je me contenterai d'évoquer brièvement ces mutations, en adoptant çà et là des éclairages moins habituels. En miroir, nous verrons apparaître quelques-unes des dimensions nouvelles des appartenances et de la citoyenneté. Dans une seconde partie, j'illustrerai le contraste qu'oppose à cette évolution le caractère mono-identitaire du discours politique prédominant. Cette illustration fera principalement appel à des exemples issus de l'évolution récente des institutions belges.

Citoyenneté *pluristratifiée*, appartenances multiples

La globalisation, entendue au sens socioculturel ou même économique, est souvent présentée comme un phénomène nouveau. Ne faut-il pas

1. Amin MAALOUF, *Les identités meurtrières*, Paris, Grasset, 1998, p. 205.

plutôt l'envisager comme l'extension progressive d'un processus ancien? De la cour des papes à celle des tsars, déjà la toile se tissait. Voyages, courriers, multilinguisme, communication interculturelle et, jusqu'à un certain point, liberté de penser et de pensée furent longtemps l'apanage d'une petite élite. Il en fut de même du commerce, que certains étendirent au niveau intercontinental bien avant l'invention des nations modernes.

L'extension de ces activités ou potentialités à des couches de plus en plus larges de nos sociétés constitue l'une des caractéristiques les plus marquantes de notre époque. En quelque sorte, l'accès au monde devient commun. L'on voit se dessiner ce qui constitue peut-être la vraie nouveauté : non la globalisation, mais, plutôt, ce qui aujourd'hui rend possible sa progression : la formidable émergence du local. Désormais, les plus petits villages sont proches du monde, par transport physique ou communication électronique. La proportion d'individus bénéficiant d'une formation avancée y atteint des niveaux élevés. Quiconque possède un ordinateur relié à Internet dispose d'une meilleure capacité de communication que, il y a un demi-siècle seulement, Eisenhower dans son poste de commandement des forces alliées. La capacité intellectuelle que représente aujourd'hui une seule région, par exemple la Catalogne, la Wallonie ou encore le Québec, est supérieure à tout le potentiel européen du Moyen-Âge. Il en va de même pour la productivité économique. Dès lors, une communauté régionale dispose aujourd'hui des ressources humaines et autres que requiert un haut degré d'autonomie, et du niveau de conscience collective permettant de la revendiquer.

Dans le même temps, l'évolution de nos sociétés reste profondément ancrée dans un des héritages les plus marquants des États-nations modernes : la division du monde contemporain en entités souveraines, délimitées par des frontières territoriales. Les territoires des États et les nationalités qui en résultent reconnaissent des définitions universelles. Les règles qui établissent la nationalité des individus sont précisées par le droit international et les droits nationaux. La très grande majorité des êtres humains sont officiellement citoyens d'un pays reconnu par l'ONU, et ont acquis cette qualité de citoyen en suivant les règles en vigueur dans le pays concerné (naissance, nationalisation). Ce concept de *citoyenneté formelle* comme affiliation à l'un de ces États, est bien intégré par les individus, de même que le concept apparenté de « résidence légale », appartenant à un territoire précis, qui va impliquer la participation aux services et devoirs liés à ce lieu. Par définition, le lieu de résidence fait partie du territoire d'un État. Dans notre époque d'émergence du local, il est de plus en plus imbriqué dans un jeu de subdivisions territoriales aux compétences complémentaires : communes, sociétés intercommunales, villes, entités urbaines, autorités métropolitaines, provinces, régions... Le lieu de résidence indique également l'appartenance à des instances supranationales, vers lesquelles les États ont délégué et délèguent une partie de leur souveraineté.

Tout naturellement donc, les individus sont entrés aujourd'hui dans un vécu de *citoyenneté pluristratifiée*, basée sur le lieu de résidence et l'affiliation à un État. Cette citoyenneté va de pair, ou devrait aller de pair avec la mise en place d'espaces de débat démocratique correspondant aux divers niveaux de gestion et de gouvernement, depuis le niveau local jusqu'au supranational². L'émergence du local et le renforcement du global se reflètent bien ici. Ils reposent l'un et l'autre sur le concept toujours central de citoyenneté formelle, liée aux territoires.

À l'inverse, les appartenances communautaires ont, de leur côté, acquis de plus en plus d'indépendance par rapport à ceux-ci. Là aussi, le phénomène n'est pas nouveau : certaines communautés diasporiques sont là pour nous le rappeler. En règle générale, toutefois, l'appartenance à des communautés culturelles était, par le passé, fortement liée à l'appartenance territoriale : *cuius regio, eius religio*. Aujourd'hui, cette contrainte vole en éclats. Chacun peut de plus en plus opter pour des appartenances ouvertes, flexibles et plurielles, dans le cadre de communautés déterritorialisées. Ces appartenances multiples favorisent une riche diversité individuelle parmi les citoyens d'un même État, d'une même région, d'une même ville.

Dans ce contexte, l'on peut à nouveau revisiter une des « idées reçues » sur la mondialisation. Il est vrai que l'on voit se répandre au niveau mondial un petit nombre de modèles culturels prédominants, au détriment de modèles autrefois bien typés, protégés et perpétués dans leur région d'origine. Les différences entre régions étaient alors bien marquées, offrant une diversité intéressante à découvrir pour l'élite internationale capable de voyager ou de lire le *National Geographic Magazine*. Mais, en leur centre, guère de variété : un même moule culturel, et peu d'options pour la majorité de leurs membres, enfermés dans ce niveau local. La petite communauté fut homogénéisante, sans laisser à l'individu d'autre option que celle de la culture prédominante. Les États totalitaires représentent sans doute l'expression la plus extrême de cette volonté d'homogénéisation, toujours présente à quelque degré dans la pensée nationaliste. Aujourd'hui s'est ouverte une possibilité immense de variété locale, car les options culturelles sont largement déterritorialisées, et, pour un même individu, les possibilités de contact avec leur diversité se sont multipliées. De plus, la culture mondiale dominante, si elle se marque par des tendances fortes et des risques importants d'impérialisme ou de manipulation, offre dans le même temps un grand nombre d'options, un espace de créativité sans précédent, une variété presque illimitée de rencontres possibles. Options individuelles, mais options com-

2. « The task must be to sustain and encourage [the new spaces of democratic discourse] at multiple levels, corresponding to the multiple levels of functional government. » M. KEATING, « So many nations, so few states : territory and nationalism in the global era », dans A.-G. GAGNON et J. TULLY Eds., *Multinational Democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 64.

munautaires également : les appartenances et les regroupements ne sont plus aujourd'hui limités aux seules communautés disponibles sur le lieu de résidence.

Paradoxalement, cette séparation de plus en plus nette entre territoire et possibilités d'affiliations culturelles pourrait remettre en valeur ce qu'il y a d'essentiel dans cette communauté particulière qu'est la communauté de proximité, celle-là même qui constitue la plus évidente des appartenances, l'appartenance à l'espace de notre existence physique : lieu de résidence, village, quartier, ville, tribu nomade, etc. Car c'est là que l'individu vit sa vie, et participe de la vie collective de base. C'est là que se jouent les plus fortes solidarités. Quand survient la tornade, le gel, la maladie, la panne de courant ou le tremblement de terre, que l'on parle grec ou turc, flamand ou français, français ou anglais, les mêmes liens, fondamentaux, vitaux, sont appelés à jouer. Quand on parle d'implanter un aéroport ou un incinérateur, tout le monde est concerné. Et quand arrive la grande fête, le carnaval, tandis que les autres identités sont remisées avec discrétion sous les masques bariolés, c'est le lieu, la rue, le quartier, la ville de nouveau qui deviennent la première appartenance.

L'individu d'aujourd'hui s'insère donc dans la société par le double jeu d'une citoyenneté pluristratifiée et d'appartenances multiples. Né en un lieu et dans une communauté particulière, il pourra de plus en plus interagir, dans son parcours de vie, avec des environnements culturels variés, choisir son appartenance culturelle parmi des options multiples.

Il faut ajouter à ce tableau une dimension importante. Citoyennetés formelles, appartenances imposées (famille, langue maternelle, nationalité d'origine, caractéristiques génétiques), ou encore appartenances choisies, toutes sont soumises à un facteur déterminant : le *sentiment* d'appartenance. Entièrement subjectif, il ne relève d'aucune frontière ni réglementation. Il peut être multiple. Beaucoup de citoyens belges résidant en région flamande se sentent à la fois Flamands et Belges³. Bien souvent, un Italien immigré, belge de nationalité et wallon de résidence, pourra se sentir Italien de cœur. Tel autre citoyen belge pourra se sentir Wallon tout en résidant temporairement à New York, où il parle le plus souvent en anglais. Certains se sentiront en plus Européens, d'autres mettront en avant leur appartenance à une communauté religieuse ou linguistique.

Formelles ou subjectives, imposées ou choisies, discrètes ou fortes, la multiplicité des appartenances permet aujourd'hui une grande richesse et diversité des individus et de leurs communautés ou associations.

3. J. BILLIET, « Les Opinions politiques des Flamands », *La Revue Générale*, mai 1999, p. 9-17.

Idéologies *mono-identitaires*

Paradoxalement, cette évolution n'a pas freiné les stratégies de pouvoir axées sur la promotion de sentiments d'appartenance à des groupes homogènes et exclusifs, sur la base notamment de critères ethniques, raciaux, religieux ou linguistiques. Subjectif et donc manipulable, le sentiment d'appartenance peut en effet être mobilisé en faveur de telle appartenance plutôt que de telle autre. On peut ainsi progressivement réduire les individus à une seule de leurs composantes identitaires. Et, dès lors, les catégoriser en clans exclusifs : *les nôtres* et *les autres*; les Montaigu et les Capulet; les Chrétiens et les Musulmans; les Catholiques et les Protestants; les Flamands et les Francophones; les Bons et l'*Axe du Mal*. Rappelons-le, les armées ne se mobilisent que sous un *uniforme*.

Il est intéressant de mettre cette réflexion en perspective avec l'idée contemporaine du « repli » identitaire, tel qu'il serait favorisé par la mondialisation. Il est bien compris que l'appartenance à des communautés est fondamentale pour le développement et le bien-être des individus. Mais cela n'implique nullement l'adhésion à une communauté unique et homogène. Lorsqu'il a pu faire l'expérience d'une société plus diverse et dès lors plus ouverte, l'individu demande rarement à se replier sur une société plus fermée, plus homogène. Ce sont plutôt les élites politiques qui peuvent être tentées par la mobilisation identitaire des populations. Elles s'emploieront alors à ériger une appartenance particulière en un absolu, et à en faire la base de la réflexion et de l'action publiques ou politiques. Cette appartenance se mue alors dans l'imaginaire collectif en une « identité » pure et exclusive, fondée sur une différenciation originelle et fondamentale. C'est ce que j'ai proposé d'appeler les *idéologies mono-identitaires*⁴. Ce terme précise bien l'essence du danger lié à ces idéologies, qui réside non dans le fait de revaloriser *des* racines, *des* appartenances, mais plutôt de vouloir résumer les individus à *une seule* de leurs identités possibles. Englobant le concept de « racisme », il s'étend à l'ensemble des critères identitaires (race, mais aussi langue, religion, nation, culture...) que l'on pourrait exploiter pour mobiliser contre « l'autre ».

L'approche mono-identitaire connaît évidemment des degrés divers. Elle peut s'exprimer dans le discours, dans les structures et l'action politiques, dans les institutions, ou, à un degré supérieur, dans les tentatives de mobilisation conflictuelle.

En ce qui concerne le discours, il faut bien noter que le langage politique dominant ne prend pas bien en compte la propension naturelle des individus et des sociétés à la diversité, aux échanges, au métissage.

4. A. MASKENS, *Monoflamands et Monowallons : Errances et dangers des idéologies mono-identitaires*, Bruxelles, La Longue-Vue, 2000.

Ce langage finit par prendre une valeur normative, enfermant les individus dans des choix limités aux identités pures. Ainsi, au Canada :

[...] the omnipresence of substantive accounts of Aboriginal, *Québécois* and Canadian identity is conducive to the exclusion or marginalization felt by citizens who do not share those accounts. In multicultural and multinational contexts, justice requires the availability of a pluralist language that may favor the development of intercultural virtues⁵.

En Belgique, il en va de même, l'individu étant irrévocablement catégorisé dans un des deux groupes identitaires admis par le langage dominant, les flamands ou les francophones. Par exemple, chaque fois qu'une étude statistique nationale est publiée, la presse s'empresse de mettre en exergue la comparaison entre les moyennes obtenues pour ces deux groupes. En outre, elle les exprime non comme une moyenne, dont le lecteur saurait qu'il ne peut tirer de conclusion pour un individu donné, mais comme une caractéristique des individus : « *le Wallon* » est moins productif, « *le Wallon* » dépense plus pour sa santé, « *le Flamand* » est plus xénophobe... Et l'on introduit petit à petit la notion artificielle du « *Wallon* » du « *Flamand* », base d'une identité imaginaire et nettement définie.

Ce discours, parfois involontaire, reflète pourtant une vision monolithique de l'identité répandue parmi les élites politiques, où elle a pu prendre des formes parfois virulentes. Ainsi, Jules Destrée, honoré aujourd'hui comme un des plus illustres politiciens et hommes de lettres wallons, écrivait en 1923 à propos des Bruxellois (après avoir indiqué qu'il n'existait en Belgique point de Belges, mais seulement des Flamands et des Wallons) :

Une seconde espèce de Belges s'est formée dans le pays, et principalement à Bruxelles. Mais elle est vraiment peu intéressante. Elle semble avoir additionné les défauts de deux races, en perdant leurs qualités. Elle a pour moyen d'expression un jargon innommable dont les familles Beulemans et Kakebroek ont popularisé la drôlerie imprévue [...] Cette population de la capitale, dont quelques échantillons épars existent en province, n'est point un peuple : c'est un agglomérat de métis [...] En réalité, le métis est insensible à l'appel de la race, à l'amour de la terre et des aïeux⁶.

Cette parole préfigurait sans doute les institutions belges actuelles, dans lesquelles le citoyen bruxellois ne peut, s'il le souhaite, assumer une identité plurielle, obligé d'opter pour une carte d'identité soit flamande, soit française : les cartes bilingues français/néerlandais sont illégales. Ceci n'est pas anodin. Rappelons-le, à l'époque de Destrée, l'administration

5. D. KARMIS et J. MACLURE, « Two Escape Routes from the Paradigm of Monistic Authenticity : Post-imperialist and Federal Perspectives on Plural and Complex Identities », *Ethnic and Racial Studies*, 24, 3, 2001, p. 361-385.

6. J. DESTREE, *Wallons et Flamands, la querelle linguistique en Belgique*; Paris, Plon, 1923, p. 20-21 et p. 132.

belge a instauré au Rwanda un système de cartes d'identité reprenant l'origine « raciale » de l'individu — Hutu, Tutsi, ou Twa —, établie sur la base de la lignée paternelle. Pourtant, il est clairement établi que jusqu'alors, ces catégories étaient d'ordre social plutôt que raciales, et qu'elles étaient relatives et susceptibles de modifications. Par cette mesure administrative, les individus furent catégorisés de manière nette et définitive. Ceci fut un premier pas significatif dans le découpage de la société rwandaise en tranches d'humanité verticales, parallèles et distinctes⁷. On sait où ce découpage a mené la communauté rwandaise.

Le mono-identitaire dans le système politique et les institutions belges

Sur le plan des forces politiques, l'exemple belge est à nouveau intéressant. Dans ce pays, le système politique a évolué vers le mono-identitaire, tout entier centré sur l'identité linguistique. En effet, si le pays compte bien sept entités fédérées : l'État fédéral, trois Régions (Flandre, Wallonie et Bruxelles) et trois Communautés (flamande, française et germanophone), la base du pouvoir politique est uniquement linguistique. La frontière qui sépare les entités n'est pas d'essence régionale, elle est linguistique. Les partis ne sont pas régionalisés : ils sont communautarisés. Le système électoral est communautarisé : un politicien de Flandre est élu sur la seule base de l'électorat néerlandophone ; un politicien de Wallonie est élu sur la seule base de l'électorat francophone. Un politicien de Bruxelles doit obligatoirement opter pour une des deux communautés linguistiques, même s'il est bilingue. Rien, dans la dynamique du pouvoir, ne vient donc soutenir le fédéral (ce qui serait le cas si, par exemple, les partis étaient fédérés au niveau national). Et rien ne vient soutenir le régional (ce qui serait le cas si les partis étaient structurés en entités régionales et non communautaires).

Les institutions qui se sont mises en place ont donc tout naturellement favorisé une recherche de l'homogénéité linguistique. Cette recherche est bien illustrée dans la réalité constitutionnelle des communautés linguistiques belges, assez différente de l'image que tentent d'en donner les autorités belges elles-mêmes. Ainsi, sur le site Internet officiel du gouvernement belge, on peut lire :

La répartition des compétences au travers des réformes successives de l'État a évolué selon deux axes principaux. Le premier se rattache à la langue et, de manière plus large, à la culture. Les Communautés en sont issues. Le concept de « Communauté » renvoie aux *personnes qui la composent et aux liens qui les réunissent*, à savoir la langue et la culture. Notre pays connaît trois langues officielles : le néerlandais, le français et l'allemand. La Belgique actuelle est donc composée de

7. H. M. HINTJENS, « When identity becomes a knife. Reflecting on the genocide in Rwanda », *Ethnicities*, 1, 2001, p. 25-55.

trois Communautés : la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone. *Elles correspondent à des groupes de population*⁸.

À cette lecture, on pourrait croire que les institutions communautaires flamandes peuvent soutenir un théâtre flamand à Namur ou encore que les institutions communautaires françaises peuvent ouvrir une école à Anvers. Il n'en est rien. En contradiction avec leur définition d'une Communauté, les textes officiels et la Constitution précisent bien que les Communautés correspondent à des entités territoriales — non à des groupes de personnes :

Le territoire des Communautés.

La Communauté française exerce ses compétences dans les provinces wallonnes, déduction faite des communes germanophones, et à Bruxelles; la Communauté flamande exerce ses compétences dans les provinces flamandes et à Bruxelles; la Communauté germanophone exerce ses compétences dans les communes de la région de langue allemande, toutes situées dans la Province de Liège⁹.

Ainsi, sur le territoire de la Région flamande, seule la Communauté flamande est compétente. Sur le territoire de la Région wallonne, et à l'exception des neuf communes de langue allemande, seule la Communauté française est compétente. Le concept communautaire au sens propre, tel que défini par le gouvernement lui-même (*des personnes et les liens qui les unissent*), n'existe donc en Belgique que sur le territoire officiel de la Région bruxelloise (environ 10 % de la population), où Communauté flamande et Communauté française sont toutes deux compétentes. Partout ailleurs, le territoire est soumis à un *pouvoir* culturel défini comme unilingue. Comme l'écrit Sue Wright :

The states that are commonly cited as models for linguistic equality (e.g. Switzerland and Belgium) are usually operating the territoriality principle which means that although the states may be officially multi- or bilingual the individual regions are monolingual, as are many of their citizens¹⁰.

À Bruxelles même, la solution retenue traduit l'idéologie mono-identitaire prédominante, et la volonté de soumettre cette Région multiculturelle à la volonté politique des deux grands groupes communautaires — au sein desquels les politiciens bruxellois, obligatoirement catalogués francophones ou néerlandophones, ne constituent chaque fois qu'une petite minorité. Trois points méritent d'être soulignés ici.

8. Site officiel du gouvernement belge en ligne : [<http://www.fgov.be>]; l'italique est ajouté par l'auteur de cet article.

9. Site officiel du gouvernement belge en ligne : [<http://www.fgov.be>].

10. S. WRIGHT, « Language and Power: Background to the Debate on Linguistic Rights », *Journal on Multicultural Societies*, 3, 1, 2001.

Tout d'abord, on notera que, malgré le statut de langue nationale de l'allemand en Belgique, la Communauté germanophone n'est pas compétente sur le territoire bruxellois.

Un deuxième aspect de cette idéologie est représenté par la frontière de la Région bruxelloise. Elle correspond au découpage linguistique d'une région millénaire, le Brabant, en une zone flamande, une zone francophone et une zone bilingue. C'est cette dernière seulement qui allait devenir le territoire de la Région bruxelloise. Née de la sorte, la frontière régionale ne correspond même pas à la limite de l'actuelle agglomération bruxelloise, dont elle sépare artificiellement le centre de la périphérie. Sur les plans historique, social, économique et structurel, elle ne correspond à aucune réalité. Seule zone bilingue tolérée par des partis politiques basés sur l'appartenance linguistique, on n'a concédé à la Région bruxelloise que 0,5 % du territoire national.

Il faut enfin souligner l'absence d'une institution communautaire bruxelloise autonome, équivalente aux Communautés flamande et française. Ceci entraîne des conséquences assez étendues, dans la mesure où, en Belgique, les institutions communautaires sont responsables non seulement de la culture, mais également, et plus largement, des « matières personnalisables » qui comprennent, d'une part, la politique de santé (médecine préventive et curative) et, d'autre part, l'aide aux personnes (la protection de la jeunesse, l'aide sociale, l'aide aux familles, l'accueil des immigrés...). L'ensemble de ces domaines de la vie publique est dès lors *cloisonné*¹¹ en un réseau « flamand » et un réseau « francophone ». Ainsi, au niveau culturel, même les activités liées aux arts plastiques ou à la musique relèvent des deux réseaux unilingues. Il n'existe pas de réseau d'enseignement officiel bi- ou multilingue. Les organisateurs d'activités culturelles mixtes rencontrent d'énormes difficultés à obtenir des subsides communautaires. De même, il n'est pas possible d'obtenir la subsidiation d'un club sportif, s'il n'affiche clairement une appartenance linguistique unique. Les immigrés ne sont pas accueillis par un organe représentatif de la communauté des Bruxellois : ils devront d'emblée opter pour une des deux communautés linguistiques (on notera que la langue d'origine de 30 % des résidents bruxellois n'est pourtant ni le français ni le flamand). Mais surtout, les médias relevant de la culture, il n'y a pas à proprement parler de support populaire tangible à la citoyenneté bruxelloise dans sa réalité interculturelle. Deux chaînes de télévision publiques bruxelloises coexistent, l'une gérée par la Communauté flamande, l'autre par la Communauté française. Ce cloisonnement linguistique ne correspond pourtant pas au souhait des populations concernées. Une récente enquête vient de montrer que la majorité

11. D. KARMIS et A.-G. GAGNON, « Federalism, federation and collective identities in Canada and Belgium : different routes, similar fragmentation », A.-G. GAGNON et J. TULLY Eds., dans *Multinational Democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 161.

des Bruxellois, dans chacune des catégories linguistiques, est favorable à l'organisation d'un enseignement bilingue et au regroupement des politiciens bruxellois au sein de partis rassemblant les diverses appartenances communautaires¹².

Ainsi, la réalité belge donne raison à Karmis et MacLure lorsqu'ils écrivent :

The paradigm of monistic authenticity has proved to be very resilient. While the recent years have been marked by an explosion of perceptively interdisciplinary works emphasizing the historical and increasingly plural and complex character of identity, political and social elites' interpretations of given identities have continued to be largely dominated by attempts at identifying *one* authentic and immutable source of identity¹³.

Pour un changement de paradigme

Cette approche mono-identitaire de certaines élites politiques ne constitue sans doute rien d'autre qu'une perpétuation de la longue préhistoire et histoire des groupes humains et de leurs meneurs. L'appartenance au groupe allait de pair avec la survie de l'individu. L'identification claire de l'autre constituait un enjeu vital, et la défense du groupe, un comportement profondément ancré. À mesure que grandissaient les groupes, l'identification familiale ou tribale dut être remplacée par des paramètres d'identification plus larges : race, langue, religion, costume, drapeau, autant d'instruments mobilisateurs aux mains des élites.

La réalité contemporaine impose toutefois un changement de paradigme. À une époque de confluence et d'interdépendance des populations, peut-on prendre le risque de s'accrocher à cette stratégie ancestrale et conflictuelle ? Peut-on impunément jouer avec ces ressorts profonds de l'âme humaine, prompts à libérer émotions, peurs et violences ? Malheureusement, dans plusieurs régions d'Europe et notamment en Belgique, comme nous venons de le rappeler, le discours mono-identitaire demeure aujourd'hui très influent. Peut-être est-ce là un des facteurs qui favorisent le niveau élevé des scores électoraux de l'extrême droite dans ces mêmes régions¹⁴.

Faut-il pour autant opter pour une vision purement cosmopolite et individualiste de la société contemporaine ? Ce serait méconnaître l'importance fondatrice des appartenances communautaires. Ce serait

12. R. JANSSENS, « Taalgebruik in Brussel. Taalverhoudingen, taalverschuivingen en taalidentiteit in een meertalige stad », *Brusselse Thema's*, 8, Brussel, Vubpress, 2001.

13. D. KARMIS et J. MACLURE, *loc. cit.*, note 5.

14. Dans l'actuel (novembre 2002) Parlement régional de Flandre, 22 des 124 membres (18 %) appartiennent au « Vlaams Blok », parti d'extrême droite. Au Parlement de la Région bruxelloise, sur 11 membres flamands, 4 (36 %) proviennent de ce même parti.

négliger l'impact et la richesse possible des appartenances locales telles qu'elles se redéfinissent aujourd'hui, prenant mieux leurs distances vis-à-vis des allégeances culturelles. Une communauté régionale où coexistent des cultures diverses peut créer des liens de convivialité et de solidarité allant bien au-delà du seul *accord public sur les questions de justice politique et sociale* de l'État neutre de Rawls. Elle peut tout à la fois garder ses références culturelles historiques et les enrichir des courants nouveaux qui l'habitent.

En quelque sorte, aux extrêmes que constituent l'individualisme cosmopolite, d'une part, et le communautarisme culturel ou ethnique, d'autre part, ne faut-il pas opposer une approche dialectique qui valorise à la fois la communauté de proximité, donnée par le lieu de résidence, et les affiliations culturelles diverses de ses membres, de plus en plus indépendantes de celui-ci? Accepter, valoriser la diversité que permet le monde d'aujourd'hui sans renoncer à construire des liens forts au sein de la communauté locale ou régionale, voilà sans doute un des défis majeurs de nos sociétés contemporaines.

RELIGIONS MINORITAIRES, DROITS ET CITOYENNETÉ

par

Micheline MILOT

Département de sociologie
Université du Québec à Montréal

Le maintien de l'identité culturelle des groupes minoritaires est-il compatible avec la participation à part entière des citoyens à la vie démocratique ou, au contraire, constitue-t-il une menace directe à l'idéal d'une citoyenneté commune? On peut formuler la question autrement en se demandant, comme l'exprime D. Schnapper, « jusqu'à quel point l'espace commun de la citoyenneté, lui, peut-il être multiple ou divers? »¹. Cette question se pose avec une acuité particulière dans le cas des groupes religieux, tant ceux historiquement minoritaires que ceux volontairement constitués en retrait de la société (et que l'on désigne souvent, péjorativement, comme « sectes »). Ces groupes requièrent des instances publiques une reconnaissance de « droits collectifs » qui s'opposent, par leur nature même, à une conception unique et universelle de la citoyenneté. Ces requêtes sont en quelque sorte *emblématiques* de la problématique plus générale de la diversité et de la citoyenneté, et ce, à plus d'un titre. Qu'il s'agisse de groupes qui ont maintenu, à travers le temps, une identité très forte et un style de vie complètement en marge de la société (tels les juifs hassidiques) ou de groupes religieux minoritaires de formation et/ou d'implantation récentes au Québec, ils présentent des caractéristiques plus accentuées que la plupart des minorités culturelles ou ethniques en ce qui a trait à la *consistance* du groupe, à la *fonction identitaire* que remplit l'appartenance à celui-ci et, surtout, à la *volonté* de se démarquer des références normatives de la vie sociale environnante. Par ailleurs, leurs revendications particularistes sont en général formulées au nom de la *liberté de conscience et de religion*, l'une des libertés fondamentales parmi les premières à avoir été reconnues historiquement et parmi les plus délicates à soumettre à l'interprétation juridique.

À ces caractéristiques s'ajoute une dimension qui paraît plus problématique, surtout dans une perspective libérale et universaliste: pour un individu, le fait ou le choix de faire partie d'un groupe religieux ou spirituel, dont les doctrines s'avèrent réfractaires ou même explicitement hos-

1. D. SCHNAPPER, *La démocratie providentielle. Essai sur l'égalité contemporaine*, Paris, NRF essais, Gallimard, 2002, p. 189.

tiles aux principes libéraux de l'individualisme démocratique, peut le conduire à renoncer à ses libertés civiles (comme la participation démocratique) et même à sa liberté de pensée (en se référant exclusivement à la pensée d'un gourou), l'une des vertus démocratiques les plus essentielles à la délibération politique. Ainsi, malgré l'engagement envers la liberté de conscience et de religion que manifestent les démocraties, les États se trouvent constamment mis en demeure de trouver des solutions morales, juridiques et politiques qui soient légitimes et viables par rapport aux problèmes qu'engendre continûment la diversité des convictions et des valeurs, jusque dans ses replis les plus extrêmes.

Je voudrais soulever deux ordres de questions, reliées entre elles, qui concernent directement la problématique de la citoyenneté et de l'intégration : le premier concernant le lien entre la citoyenneté et l'adhésion aux principes de la démocratie libérale; le second abordant la tension entre la reconnaissance de particularismes religieux et la commune appartenance politique. Nous verrons que les conceptions dominantes de la citoyenneté, la place dévolue au juridique dans la délibération publique et la perception sociale de la diversité génèrent des modèles normatifs et des effets sociaux fort différents en ce qui a trait à l'intégration citoyenne.

I. Les groupes religieux minoritaires dans la modernité avancée

Pour mieux cerner le caractère « emblématique » de la pluralité religieuse au regard de la diversité des appartenances culturelles, il convient d'explicitier les dimensions particulières de l'appartenance religieuse dans les sociétés modernes. On dénombre au Québec environ 500 groupes religieux ou spirituels (ou pouvant sociologiquement être considérés comme tels²). La diversité des convictions morales et religieuses n'est pas un fait nouveau, mais elle se profile maintenant sous des traits inédits et multi-formes, dans un marché symbolique largement dérégulé. La diversité religieuse, depuis la Conquête anglaise de la Nouvelle-France par les Britanniques (1759), se limitait principalement aux membres d'une même famille chrétienne — divisée entre catholiques et protestants — et à une petite minorité de juifs. La pluralité religieuse est amenée, depuis un quart de siècle surtout, par une immigration plus diversifiée et par l'appartenance à des communautés ou à des groupes de nature religieuse ou spirituelle nouvellement apparus dans le paysage socio-religieux traditionnel du Québec. La prolifération de croyances, de recherches de sens

2. Cette nuance entend souligner que plusieurs groupes ne se définissent pas comme religieux, mais en présentent les principales caractéristiques sociologiques : croyances en une certaine transcendance ou en une dimension extrasociale de l'existence, rites collectifs réguliers, maître ou gourou à la tête d'une communauté d'adhérents, règles morales ou éthiques qui orientent le comportement en fonction des croyances auxquelles ils adhèrent.

et d'adhésions se déploie simultanément au déclin du pouvoir social des grandes traditions religieuses. Ainsi, la construction de sens s'effectue de plus en plus hors des cadres de références — et de régulation — traditionnels.

Ces phénomènes de reconfiguration du religieux et du spirituel ne concernent pas uniquement des populations marginalisées socialement ou économiquement qui trouveraient dans le communautarisme de type religieux un lieu d'intégration sociale. Au contraire, ce sont généralement des classes moyennes, voire aisées, intégrées culturellement, professionnellement et économiquement à la modernité, ou du moins, ouvertes aux possibilités de celle-ci par leur éducation, qui accueillent le plus largement ces nouveaux courants religieux ou spirituels, dont la plupart ont pris naissance dans les campus universitaires et les mouvements de la contre-culture américaine³. Le déploiement de la rationalité scientifique et technique a eu un effet indiscutable sur le croire religieux, non pas tant en réduisant son espace, mais plutôt en modifiant profondément ses *structures* et en déplaçant ses assises de *légitimation*.

Dans ce contexte de mutation, les multiples demandes de reconnaissance de type identitaire et les manifestations publiques de l'appartenance religieuse ont eu tendance à s'accroître, sans connaître toutefois l'inflation que certaines analyses alarmistes appréhendaient lors de l'apparition des nouveaux mouvements religieux dans les années soixante-dix. Néanmoins, la volonté de différenciation qu'expriment ces groupes est de nature à ébranler l'idéal d'universalisme de la citoyenneté. En outre, les communautés ou les regroupements qui se constituent autour de références religieuses représentent l'un des lieux de construction de sens et de normativité morale qui surgissent souvent en réaction et en résistance aux tendances dominantes de la société. Dès lors, que des conflits de normes surgissent avec la société environnante devient inévitable.

Il faut donc se demander comment les démocraties peuvent composer avec la nouvelle donne du pluralisme du croire. La régulation des nouvelles requêtes « différencialistes » en ce domaine se fait en fonction des traditions politiques de chaque société et des modèles d'intégration qui y sont à l'œuvre : assimilation, refoulement du religieux hors de la sphère publique, plus ou moins grande tolérance à l'égard des manifestations des croyances marginales, acceptation ou refus du rôle public des religions, etc. Les effets sociaux qui en découlent diffèrent en fonction du type de traitement accordé à la diversité religieuse. À cet égard, on oppose parfois trop simplement le modèle républicain français au modèle communau-

3. D. HERVIEU-LÉGER, « Productions religieuses de la modernité : le phénomène du croire dans les sociétés modernes », dans B. CAULIER (dir.), *Religion, sécularisation, modernité. Les expériences francophones en Amérique du Nord*, Sainte-Foy, P.U.L., 1996, p. 37-58.

tarien anglo-saxon. Or, en y regardant de plus près, on s'aperçoit que, malgré des différences notables de traitement et d'acceptation du pluralisme dans chacune des aires géopolitiques correspondantes, les aménagements comportent toujours une tension entre les deux tendances.

Enfin, soulignons que la gestion de la diversité religieuse (comme de la diversité en général) acquiert une dimension internationale, en même temps que les groupes de convictions se trouvent de plus en plus constitués en réseaux transnationaux (on peut évoquer à ce titre l'Église du Révérend Moon, l'Église de scientologie, etc.). On constate d'ailleurs qu'en matière de reconnaissance de droits culturels ou collectifs, les traités internationaux relatifs aux droits de la personne, les diverses conventions qui en découlent ainsi que les institutions à vocation transnationale (Comité des droits de l'homme des Nations Unies, Cour européenne des droits de l'homme) exercent une pression morale constante sur les législations des pays signataires, bouleversant des cadres juridiques solidement ancrés.

II. Quand l'appartenance religieuse apparaît plus fondamentale que l'appartenance citoyenne

L'intégration citoyenne est-elle une variable dépendante de l'adhésion aux principes libéraux, en particulier l'exercice de l'autonomie individuelle et la réflexivité critique, lesquels devraient permettre à chacun de prendre une distance critique, voire d'exprimer une contestation personnelle, par rapport aux coutumes, aux conceptions du monde ou aux principes religieux de son propre groupe d'appartenance⁴? Sur ce point, il est clair que pour plusieurs groupes religieux, encourager une telle critique individuelle signifierait la fin de la conception doctrinale qui fonde leur propre identité en tant que groupe. Ils rejettent cet idéal libéral de la réflexivité critique, puisqu'il entre en contradiction directe avec leur propre conception du bien, selon laquelle il est néfaste de s'en remettre à son propre jugement — toujours empreint d'égoïsme et dévié par les passions irrationnelles — pour évaluer ce qu'est la vie bonne.

Jusqu'où l'État peut-il aller dans ses interventions pour faciliter ou freiner l'expression des particularités identitaires de groupes qui récusent, à différents degrés, l'idéal normatif des sociétés de droit? Faut-il s'attendre à ce que les convictions profondes des individus et les comportements qui en découlent se conforment, sinon d'emblée, à tout le moins graduellement, aux principes démocratiques qui règlent la vie sociale, même si les groupes auxquels appartiennent les individus doivent, pour y parvenir, réinterpréter leurs doctrines et leurs valeurs? À travers ce questionnement, c'est bien de citoyenneté qu'il s'agit, des normes exige-

4. Voir W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, Montréal, Boréal/La Découverte, 2001, p. 217-243.

bles pour la cohabitation et des conditions nécessaires à l'intégration. L'enjeu fondamental, en définitive, consiste alors à savoir comment résoudre la tension entre la liberté de pensée et la liberté de conscience et de religion, dans le cadre d'un État de droit, et d'évaluer les effets sociaux qu'entraîne le type de solution envisagé.

*La liberté de pensée et la liberté de religion :
un dilemme juridique et démocratique*

Si les États s'efforcent, de diverses manières, d'adopter des mesures législatives pour réguler la tension entre les droits individuels et collectifs, selon le modèle plus ou moins radical du libéralisme auquel ils adhèrent et la conception de la citoyenneté promue, la diversité des appartenances religieuses entraîne un questionnement sur le rapport entre la liberté de pensée et la liberté de religion qui pousse à leurs limites les principes fondamentaux de la vie démocratique. Est-il légitime moralement et acceptable politiquement que des groupes religieux, ou des groupes dénommés sectaires, limitent certains droits politiques et certaines libertés fondamentales de leurs membres ? Une telle action apparaît totalement illégitime au regard d'une théorie libérale radicale, puisque la contrainte interne exercée sur les membres d'un groupe contrevient aux principes de l'autonomie personnelle et de la réflexivité critique de chaque individu, qualités fortement associées à la pleine participation démocratique. Mais le problème, justement, est que de nombreuses minorités religieuses ne partagent tout simplement pas ces principes qui risquent d'avoir un effet délétère sur l'orthodoxie de la doctrine prônée par le groupe. À cela s'ajoute le fait que l'appartenance à la société civile est généralement ressentie par les individus (et ceci vaut pour les citoyens en général) comme plus fondamentale, dans une perspective morale, que l'appartenance à la société politique. Dès lors, un État démocratique est-il tenu de reconnaître des droits collectifs à une minorité qui exerce des contraintes internes sur ses membres⁵ ? Au contraire, peut-il exiger des groupes religieux minoritaires qu'ils agissent avec leurs membres en tenant compte des principes libéraux et des droits fondamentaux comme conditions préalables à la recevabilité de leurs revendications ? Il n'existe certes pas « une » bonne réponse à ces questions, car celle-ci dépend du type de libéralisme dominant dans telle ou telle démocratie.

Pour J. Rawls⁶, il est clair qu'« imposer » le libéralisme ou une doctrine sectaire, c'est du pareil au même. C'est d'ailleurs l'argument que soustiennent, devant les tribunaux américains, plusieurs groupes religieux fondamentalistes qui s'opposent à l'orientation séculière de l'école publique

5. Étant entendu ici que la violence physique, les sévices sexuels ou tout comportement portant atteinte à l'intégrité physique d'autrui tombent directement sous la coupe du droit criminel.

6. J. RAWLS, « Justice as Fairness : Political not Metaphysical », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 14, n° 3, 1985, p. 223-251 ; *Libéralisme politique*, Paris, PUF, 1995 [traduction de *Political liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993].

car, pour eux, l'« humanisme séculier » n'est pas une doctrine neutre. Rawls convient néanmoins que, compte tenu de sa conception politique de la personne, il ne peut admettre qu'un groupe, qu'il soit majoritaire ou minoritaire, restreigne le droit de ses membres à réévaluer leur conception de la vie bonne et des fins ultimes. En revanche, il considère que certains individus croient sincèrement et fermement que leur propre conception du bien ne puisse être révisée⁷. Cette situation, selon laquelle les conceptions de la vie bonne sont sujettes à controverse, est inévitable et, comme le rappelle G. Haarscher⁸ en se fondant sur la théorie de Rawls, « l'unanimité n'est en tout cas sûrement pas logiquement nécessaire, et [...] par conséquent il est impossible de fonder l'idée de justice — qui doit être valable pour tout le *laos* — sur une conception partagée de la vie bonne ».

Dans les instruments internationaux relatifs aux droits de la personne, tout comme dans plusieurs législations nationales, la liberté de pensée est reconnue comme tout aussi fondamentale que la liberté de conscience et de religion et on ne permet aucune restriction à celles-ci de la part des États, si ce n'est dans les limites de l'ordre social et du droit d'autrui. Mais la reconnaissance formelle de ces libertés ne résout toutefois pas les difficultés que pose leur interprétation dans les contextes juridiques nationaux, où une hiérarchie de ces libertés peut s'établir dans la *praxis*. Le conflit de normes qui risque de surgir peut être exprimé comme suit : au nom de la liberté de conscience et de religion, un groupe religieux a-t-il droit à la protection de l'État, et ce, même si la doctrine de ce groupe entraîne une limitation importante de la liberté de pensée de ses membres ? Si la liberté de conscience est entendue, conformément aux théories libérales, comme la liberté de l'individu d'avoir des croyances dont le contenu s'oppose aux libertés fondamentales, il faut s'attendre à ce qu'il puisse accepter, par exemple, que ses libertés civiles et politiques, de même que sa liberté de pensée, soient restreintes par le groupe auquel il appartient. Dans un tel cas, l'État peut-il légitimement intervenir pour ramener l'individu dans « le droit chemin » de la citoyenneté politique, laquelle présuppose qu'il adhère à certaines vertus démocratiques dont la liberté de pensée est l'une des plus essentielles à la délibération politique ? Pour illustrer à quel point ce problème se situe au cœur du débat sur les questions de l'intégration citoyenne et du pluralisme, examinons quelques éléments de comparaison entre la France et le Canada à ce sujet. On verra qu'en arrière-fond de ce questionnement se profile, en fait, la volonté plus ou moins radicale de l'État de « normaliser » la citoyenneté et la capacité d'intégrer socialement la diversité culturelle.

Communautarisme, pluralisme et intégration politique

On pourrait « typifier » comme suit la différence entre la France et le Canada en matière de régulation de la diversité religieuse. La France

7. *Id.*, p. 246.

8. G. HAARSCHER, *La laïcité*, coll. Que sais-je?, Paris, PUF, 1996, p. 113.

manifeste une volonté de « régulation-protection »⁹, basée sur une conception implicitement chrétienne du religieux *normal*, compatible avec une citoyenneté universaliste; on détecte dans l'Hexagone une anxiété vis-à-vis des groupements marginaux; le politique est l'instance principalement concernée par la régulation du pluralisme. Les rapports de force se déroulent donc dans l'arène politique (et de là, médiatique), avec pour conséquence une confrontation acerbe entre plusieurs groupes religieux minoritaires et l'État. On y reconnaît l'opposition, dont les linéaments remontent aux Lumières, entre la volonté démocratique de garantir la liberté de croyance et celle, moins explicite, « d'arracher les consciences à l'influence de représentations jugées radicalement contradictoires avec la raison et l'autonomie »¹⁰. L'État français semble adopter une position volontariste et proactive, en interprétant son rôle de protection des droits individuels comme un devoir de surveillance, et d'intervention le cas échéant, auprès des groupes « potentiellement dangereux » au regard de la liberté de pensée de leurs membres. Cette perspective s'est traduite par la création d'un Comité interministériel sur les sectes¹¹, qui a publié un rapport parlementaire (dénommé Gest-Guyard, en 1996) dans lequel il établit une liste de groupes religieux, spirituels ou parfois thérapeutiques qui représenteraient une menace pour l'ordre public ou pour les droits de la personne¹². La liberté de pensée prime la liberté de conscience dans la définition du « bon citoyen » et dans l'interprétation de ce que la régulation étatique peut s'autoriser.

9. Voir D. HERVIEU-LÉGER, *La religion en miettes ou la question des sectes*, Paris, Calmann-Lévy, 2001.

10. *Id.*, p. 22.

11. Jean-Paul Willaime souligne, à juste titre, que l'épithète « sectaire » appliquée à un groupe qui exige une grande implication de ses membres et ne se présente pas comme socialement conforme aux modes de vie de l'environnement suppose une certaine stigmatisation sociale dévalorisante pour ce groupe, puisque aucun ne se qualifie lui-même comme tel. À elle seule, cette désignation témoigne des appréhensions et des suspicions que suscite l'existence de ce groupe au regard de la société dans laquelle il évolue. Voir : J.-P. WILLAIME, « Les définitions sociologiques de la secte », dans F. MESSNER (dir.), *Les sectes et le droit en France*, Paris, PUF, 1999, p. 21-46.

12. Il s'agissait, disait-on, d'une étape dans la poursuite d'un objectif plus large visant à faire « régresser le sectarisme ». Ultérieurement, le rapport du 7 février 2000 de la Mission interministérielle de lutte contre les sectes (MILS) définissait la secte par sa structure totalitaire et l'atteinte aux droits des individus qui se placent en dépendance complète et exclusive de petits univers « autonormés ». On y retrouvait tant l'Église de scientologie que des Églises pentecôtistes ou adventistes. Une telle liste visait les formes associatives considérées comme en conflit avec les normes et les valeurs de la société démocratique, mais elle ne pouvait même pas être contestée, par voie judiciaire, par celles qui s'y trouvaient nommées et ainsi, stigmatisées, puisqu'il ne s'agissait pas d'un texte légal. Si la voix de certains juristes tente d'ouvrir la problématique de l'accommodement à la diversité religieuse, plusieurs, au contraire, fondent leurs analyses sur ce postulat de dangerosité des groupes dits sectaires. Pour un aperçu général de la problématique, voir F. MESSNER (dir.), *id.* Voir également : N. GUILLET, « L'appartenance à une secte et les droits et libertés de la personne en droit français », (1999) 40 *C. de D.* 887-909; P.-H. PRÉLOT, « Les religions et l'égalité en droit français », (1999) 40 *C. de D.* 849-886.

D'un point de vue juridique nord-américain, sans doute cette manière de présumer un tel « malaise dans la civilisation » pour justifier une régulation politique des groupes minoritaires serait-elle perçue comme une tactique pour contourner subrepticement la question fondamentale de la liberté de conscience. Il faut dire aussi que le type de pluralisme qui s'est mis en place au Canada fut, à la base, un aménagement rendant possible la cohabitation forcée des différentes religions et des groupes culturels, alors que la laïcité française semble éprouver de la difficulté à se désenclaver de l'idéal normatif qui l'a d'abord définie dans sa conquête de légitimité en opposition à l'hégémonie du catholicisme. Mais encore, souligne le sociologue J.-P. Willaime, l'État français est toujours structuré selon une tradition de régulation centraliste et monopolistique; en outre, sur la question des groupes religieux minoritaires, « l'État peut s'appuyer, avec l'aide des médias, sur une opinion publique peu tolérante à l'égard des formes militantes et englobantes du religieux »¹³.

Le Canada démontre une attitude de « neutralité accommodante » à l'égard des groupes minoritaires, fondée sur une conception multiculturelle (et multireligieuse) de la nation, et il manifeste peu d'inquiétude par rapport à ceux-ci; une plus grande place est dévolue au juridique comme instance de régulation des rapports sociaux induits par la diversité. L'instance judiciaire apparaît aux groupes religieux comme un forum où ils peuvent faire entendre leur demande de reconnaissance et, souvent, voir attester leur droit à la différence. La résolution de conflits se fait, en général, de manière plus apaisée. Au Canada et au Québec, l'identification publique de groupes religieux « présumés » potentiellement dangereux au chapitre de la liberté de pensée et de religion serait sans aucun doute jugée contraire à la Constitution. L'État serait blâmé d'abandonner sa position de neutralité en décrétant ce qui est religieusement correct ou conforme aux valeurs plus communément partagées. Dans la perception sociale, en général, les sectes ne constituent pas en elles-mêmes une menace pour leurs propres membres ou pour la société (même si certains individus peuvent le penser). Les gestes répréhensibles — violence physique, escroquerie financière, séquestration, etc. —, accomplis à l'intérieur d'un groupe religieux ou au nom d'une croyance, tombent dans le domaine du droit criminel, civil ou administratif.

M. Wieviorka, tout comme certains auteurs canadiens tels W. Kymlicka et Taylor, critique les positions de principe voulant que les spécificités culturelles soient reconnues dans la mesure de leur compatibilité avec les normes et les valeurs de la société démocratique. Il craint qu'une telle perspective ne renvoie qu'à un républicanisme qui se veut

13. J.-P. WILLAIME, « Débat sur les sectes et perception sociale du religieux en France », (2000) 59 *Conscience et liberté* 73.

pacificateur dans un premier temps, mais qui considère la différence comme un « comportement qu'il s'agit *in fine* de faire reculer »¹⁴ ou que l'on souhaite voir se décomposer à moyen terme. La volonté d'assurer « absolument » la liberté de pensée contre les croyances considérées comme autoritaires comporte tous les ingrédients d'une possible répression de la liberté de religion, n'incitant pas à l'intégration mais plutôt au repli défensif des membres des groupes minoritaires. Ainsi, les conceptions dominantes de la citoyenneté peuvent avoir des effets pervers sur l'intégration promue par ces mêmes conceptions.

Au Canada, le recours au dispositif de l'accommodement raisonnable rend possible le maintien de la norme, lorsque celle-ci s'avère fondée, mais également son adaptation dans les cas où elle produirait des effets discriminatoires non intentionnels, sur une personne ou un groupe de personnes¹⁵. Il contribue à maintenir des traits culturels ou religieux particuliers des groupes minoritaires, tout en facilitant la résolution de conflits de normes et en amenuisant les effets de la contrainte sociale. Cette obligation de chercher des accommodements concernant les prescriptions religieuses particulières des individus s'inscrit à la fois dans les objectifs d'une politique multiculturelle qui entend protéger le droit à la différence (sans établir de hiérarchie entre les croyances d'un catholique et celles d'un adepte d'un groupe religieux minoritaire) et dans le prolongement logique de la reconnaissance pleine et entière des droits fondamentaux.

Dans les sociétés occidentales, où les problèmes d'intégration citoyenne s'accroissent avec la diversité grandissante des groupes en présence, on pourrait être tenté de voir dans les pratiques d'accommodement un encouragement au communautarisme et à la fragmentation sociale. Ces craintes ne sont pas dénuées de fondement dans la mesure où certains groupes qui bénéficient de ces accommodements pour leurs membres peuvent interpréter en ce sens les arrangements consentis par l'État et les institutions publiques. Mais les accommodements (désignés comme « raisonnables » dans la pratique juridique canadienne) et le droit de cité aux particularismes religieux qui en découlent, m'apparaissent plutôt en corrélation étroite avec des modes moins conflictuels de rapports entre les minorités et la majorité. Autrement dit, la reconnaissance des composantes religieuses de l'identité favorise des formes moins agressives, défensives et exclusives de l'appartenance à un groupe religieux ou présumé sectaire. Mais encore, cette reconnaissance qui transite généralement par le droit rend possible, sociologiquement parlant, que certaines composantes importantes de l'identité ne deviennent pas incompatibles avec une appartenance citoyenne. Il me semble que c'est là que le droit,

14. M. WIEVIORKA, « Culture, société et démocratie », dans M. WIEVIORKA (dir.), *Une société fragmentée? Le multiculturalisme en débat*, Paris, Éditions La Découverte, 1996, p. 40.

15. Voir J. WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », (1998) 43 *McGill L.J.* 325-401.

en tant que forum et ressource de la participation politique¹⁶, revêt un rôle fondamental, tant pour la vie démocratique que pour l'intégration à celle-ci de la part des groupes minoritaires.

Le juridique comme forum de participation démocratique

L'adaptation du politique à la diversité concerne en premier lieu la capacité d'intériorisation culturelle du pluralisme dans la société elle-même. Mais également, le recours au droit pour repenser les conceptions de la citoyenneté (et partant, les formes que prend la neutralité/laïcité des instances étatiques) apparaît tout aussi nécessaire qu'inévitable. L'analyse de P. Noreau¹⁷ concernant le droit comme vecteur politique de la citoyenneté acquiert, dans la problématique des groupes minoritaires religieux, une dimension particulièrement intéressante. Rappelons ici les principaux postulats de l'auteur : le droit est une ressource politique mobilisable qui offre un levier dans les rapports entre majorité et minorités ; l'institution judiciaire constitue une arène et même une alternative possible du débat public ; le droit est l'enjeu d'un débat continu sur les conditions de la vie collective et, partant, sur la définition des conditions de la citoyenneté.

Malgré la tendance au communautarisme et l'effet présumé délétère que représenteraient les revendications différencialistes des groupes religieux minoritaires, je soutiens que le fait pour leurs adhérents d'avoir accès à ce forum particulier de débat que constitue le tribunal, implique une évolution à la fois du droit et des normes internes aux groupes, évolution qui va dans le sens des principes fondamentaux d'une démocratie radicale. Tout d'abord, le simple fait de recourir aux Chartes des droits et libertés de la personne, produits par excellence de la modernité politique pourtant rejetée par plusieurs groupes minoritaires, comporte indubitablement pour ces groupes une *participation* à l'un des forums fondamentaux de la démocratie — dans la mesure où l'on accepte de voir dans le juridique une composante d'une vie politique forte. Autrement dit, la démarche elle-même participe de la vie démocratique, même si ce n'est pas là le but visé par les membres de ces groupes. En outre, cette démarche témoigne de la *légitimité* qui est accordée à l'institution judiciaire. L'analyse sociologique des recours menés par des groupes fondamentalistes fait apparaître qu'une « accommodation » donnant satisfaction aux revendications des croyants peut, paradoxalement, induire une révision interne des principes doctrinaux de ces différents groupes. En d'autres mots, ce n'est pas tant le résultat du recours juridique que le fait d'avoir

16. P. NOREAU, « Le droit comme vecteur politique de la citoyenneté. Cadre d'analyse pour l'étude des rapports collectifs entre majorité et minorités », dans M. COUTU et al. (dir.), *Droits fondamentaux et citoyenneté. Une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire?*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2000, p. 323-359.

17. *Id.*, p. 328-331.

un lieu de débat pour se faire entendre qui « crée » un mouvement participatif à la réflexivité critique, laquelle se répercute dans les modes de fonctionnement du groupe même. Les analyses de terrain permettent d'apprécier, dans la réalité empirique des comportements, la recomposition effective des règles religieuses et de la cohérence interne des groupes qui recourent aux instances juridiques pour obtenir une reconnaissance de certains particularismes.

Une interaction entre les logiques juridique et religieuse nourrit paradoxalement la vie démocratique. La médiation par le juridique permet certes aux groupes religieux, réfractaires aux principes démocratiques, de tenter d'obtenir une attestation de principes qui, selon une conception universaliste de l'intégration et de la citoyenneté, devraient se cantonner dans la sphère privée. Mais ce processus de la médiation par le droit concourt justement à produire de nouvelles interprétations des rapports entre les sphères publique et privée, entre l'individu et le groupe, entre les différentes composantes de l'appartenance. Le croyant ou le groupe religieux qui obtient d'un tribunal l'inscription dans les pratiques sociales — ou dans la loi — de ses revendications de « minoritaire » entre par le fait même dans la vie politique, à sa manière certes, mais d'une manière qu'il serait erroné de tenir pour négligeable ou de cantonner dans une étroite interprétation « d'ayants droit participant à l'effritement du lien social ». Au contraire, on peut soutenir, avec P. Noreau¹⁸, que « [l']interprétation de la norme juridique y constitue à la fois un enjeu et une ressource politiques [...] La fonction judiciaire y trouve une signification politique qui déborde la simple mise en œuvre du droit public ».

Cela ne suppose pas, contrairement aux nombreuses craintes formulées en ce sens, que l'État se transforme en république de juges et la société, en un tribunal permanent; cela signifie que les instances juridiques sont en mesure d'assumer un rôle complémentaire à celui de l'État, sans être prises en tenailles entre l'humeur de la population, advenant des décisions impopulaires, et l'orientation idéologique du parti au pouvoir. Il faut dire qu'au Canada, les droits de la personne sont constitutionnalisés — quoique de manière moins individualiste que ne l'établit le *Bill of Rights* américain. Et les décisions rendues, notamment par la Cour suprême du Canada, témoignent d'une indépendance interprétative par rapport au politique, ce qui en accroît considérablement la crédibilité et la portée sociale, politique et culturelle. En ce sens, le juridique m'apparaît une constituante fondamentale de la délibération sociale et politique en matière de religion, et les interprétations des droits qu'il élabore favorisent une intériorisation culturelle de la valeur des droits fondamentaux de manière plus efficace que la puissance politique ne pourrait le faire.

18. *Id.*, p. 326.

III. La reconnaissance des particularismes religieux encourage-t-elle une fragmentation de l'espace social?

La dynamique démocratique de la participation citoyenne et de l'intégration peut prendre des formes différentes, certaines transitoires, d'autres adjuvantes à un sentiment d'appartenance qui transcende l'identification communautaire. Si certains groupes religieux ou spirituels optent pour un repli quasi total par rapport à l'environnement social, il est rarissime de rencontrer des exemples « purs » en cette matière. Dans la modernité avancée, l'adhésion à un groupe religieux remplit diverses fonctions en correspondance avec différentes modalités des rapports sociaux : recherche de repères éthiques que ne fournissent plus les institutions religieuses traditionnelles, d'identité autre que celle octroyée par la vie professionnelle ou le rang social, de fraternité pour contrer l'individualisme ambiant, voire l'anomie, de soutien temporaire après des épreuves que les groupes sociaux naturels (comme la famille) n'assument plus, etc. C'est la modernité elle-même qui, par ses contradictions, ses dysfonctionnements, ses promesses illusoire d'égalité et de réussite, nourrit ces modes d'appartenance.

Il ne faut pas nier pour autant les dérives et les dérapages qui ont eu lieu dans certains groupes religieux ou spirituels. Il est toujours surprenant, pour la rationalité moderne, de voir des adultes se placer volontairement en situation de soumission et d'abandon à quelque gourou, au point de commettre un homicide ou même de se suicider... Mais toute proportion gardée, ces horreurs sont moins fréquentes dans les groupes religieux que dans la société en général (pensons en particulier à la violence familiale).

Des modes « alternatifs » d'appartenance

Une intégration, même partielle, n'est-elle pas possible par des lieux alternatifs et parfois transitoires d'appartenance? Sociologiquement, il semble bien que des formes intermédiaires d'intégration peuvent être offertes par certaines entités collectives de la société civile, dont les groupes religieux minoritaires. F. Khosrokhavar, examinant les liens entre l'universalisme abstrait promu en France et l'islamisation des jeunes immigrés musulmans, conçoit également qu'il y a une part de mythe dans cet universalisme dont l'accès n'est justement pas universel :

La nation, au nom de l'universel, proclame l'intégration de tous mais, dans les faits, les abandonne dans l'exclusion tout en leur déniait la possibilité d'avoir recours aux mécanismes communautaires et particularistes¹⁹.

19. F. KHOSROKHAVAR, « L'universel abstrait, le politique et la construction de l'islamisme comme forme d'altérité », dans M. WIEVIORKA (dir.), *Une société fragmentée? Le multiculturalisme en débat*, Paris, Éditions La Découverte, 1996, p. 117.

Selon l'auteur, il est nécessaire que les puissances politiques reconnaissent positivement des formes « intermédiaires » de l'intégration grâce auxquelles certaines couches défavorisées pourront accéder à la citoyenneté et à l'intériorisation des normes de l'universel abstrait.

Dans cet ordre de questionnement, A. Touraine affirme l'importance que doit prendre la « démocratie culturelle », selon laquelle « la conception étatique de la nation doit être substituée à une conception sociale et culturelle. La nation ne se définit plus par la création de l'espace unifié de la citoyenneté au-dessus de la diversité sociale et culturelle, une abstraction universaliste, mais au contraire, par la recherche de la communication interculturelle et de la solidarité sociale »²⁰. Pour lui, le multiculturalisme ne signifie ni la fragmentation de la société en une multitude de petites communautés ni la ségrégation des religions ou des groupes ethniques; il n'a de sens, au contraire, « que s'il est défini comme la combinaison d'une unité sociale et d'une pluralité culturelle sur un territoire donné »²¹. Ainsi, comme plusieurs auteurs d'inspiration libérale modérée, il en appelle à la reconnaissance de l'intérêt universel de chaque culture qu'il oppose aux droits civiques purement universalistes, dépassant ainsi les modalités anciennes et étroites de la tolérance.

A. Renaut et S. Mesure prolongent cette réflexion en rappelant qu'il ne suffit pas de « proclamer » les droits à l'identité culturelle, encore faut-il que les démocraties libérales puissent offrir de nouveaux espaces de liberté « à travers une politique de démocratie culturelle »²². Celle-ci devrait toutefois être assortie de trois conditions: que les individus ne soient pas « assignés » à une entité culturelle particulière, que le contenu même des cultures particulières n'entre pas en contradiction avec les droits humains fondamentaux et, enfin, que les droits culturels soient liés aux individus et non aux groupes (religieux ou ethniques). Cette dernière condition s'oppose à une reconnaissance de « droits collectifs », tel que le propose W. Kymlicka²³.

Ce débat engage une tension dialectique entre la reconnaissance de l'autonomie individuelle et la tolérance à l'égard des choix individuels non conformes, tension qui se répercute sur la participation citoyenne et le respect des droits fondamentaux. La puissance publique peut décider de mettre l'accent sur l'une ou l'autre de ces deux valeurs fondamentales de la démocratie et de la théorie libérale; quand elle le fait, elle doit généra-

20. A. TOURAINE, *Pourrons-nous vivre ensemble? Égaux et différents*, Paris, Fayard, 1997, p. 279.

21. A. TOURAINE, « Faux et vrais problèmes », dans M. WIEVIORKA (dir.), *Une société fragmentée? Le multiculturalisme en débat*, Paris, Éditions La Découverte, 1996, p. 295.

22. A. RENAUT et S. MESURE, *Alter Ego. Les paradoxes de l'identité démocratique*, Paris, Flammarion, 1999, p. 283.

23. W. KYMLICKA, *op. cit.*, note 4.

lement accorder moins d'importance, en termes de protection et de droits, à la seconde. Kymlicka, malgré son allégeance personnelle en faveur de l'autonomie individuelle, convient toutefois qu'« en fondant une théorie libérale sur l'autonomie individuelle, on risque de s'aliéner ces groupes [non libéraux] et de saper les fondements de leur allégeance aux institutions libérales, tandis qu'un libéralisme fondé sur la tolérance peut offrir une base plus stable et plus large pour asseoir la légitimité du gouvernement »²⁴.

*Une relative et inévitable fragmentation*²⁵

Les obstacles que rencontre la reconnaissance pleine et entière de la pluralité sociale découlent en grande partie d'une perception des appartenances communautaires en tant que potentiellement nocives pour l'appartenance citoyenne. Mais force est de constater qu'il n'y a pas d'opposition autre que théorique entre la tendance communautarienne et la tendance universaliste de la citoyenneté. Autrement dit, la réalité concrète des sociétés, qu'elles se définissent comme républicaines ou multiculturelles, est constituée d'un amalgame de ces deux tendances.

Il m'apparaît que l'État ne devrait pas se sentir menacé par le degré variable d'adhésion de ses citoyens à la communauté politique. L'autonomisation libérale des groupes de pensée et de convictions ne dissout pas la légitimité politique²⁶, mais peut amener l'État à revoir un certain nombre de ses propres présupposés politiques. N'est-ce pas l'une des caractéristiques essentielles des sociétés démocratiques libérales que d'être réceptives aux visions du monde qui remettent en question les fondements de leur propre régime? Il y va de la capacité de concevoir l'unité nationale dans une relative fragmentation, laquelle met à l'épreuve les prémisses les plus radicales de la démocratie.

Une telle adaptation du politique au pluralisme ne concerne pas uniquement le régime juridique. Il s'agit pour les démocraties d'allier une conception de la nation culturelle, historiquement constituée dans sa singularité, à celle de la nation civique pluriethnique. Si l'État doit éviter de se trouver « colonisé » par l'une ou l'autre des conceptions de la vie bonne qui se manifestent dans la sphère publique, ne lui est-il pas possible de construire démocratiquement une identité dans la diversité, et même dans une relative fragmentation? Je pense que la diversité des appartenances dans la société civile n'entraîne pas automatiquement l'éclatement

24. *Id.*, p. 220-221.

25. Je reprends ici quelques éléments développés plus longuement dans M. MILOT, *Laïcité dans le Nouveau Monde. Le cas du Québec*, Turnhout, Brepols Publishers, Bibliothèque de l'École des Hautes-Études, 2002, ch. v.

26. Voir M. GAUCHET, *La religion dans la démocratie. Parcours de la laïcité*, coll. Le Débat, Paris, Gallimard, 1998.

de la communauté politique et l'effritement du lien social. Il me semble toutefois qu'il existe un rapport directement proportionnel entre un régime politique visant une citoyenneté de type universaliste et qui poursuit de rigoureuses politiques d'assimilation, et une attitude de repli défensif de la part des groupes religieux minoritaires ou socialement perçus comme non conformes.

Kymlicka affirme à cet effet que les principes traditionnels des droits de la personne doivent être complétés par une théorie du droit des minorités puisque, selon lui, ces deux types de droits ne s'opposent pas :

Une théorie libérale des droits des minorités doit donc expliquer comment ces droits coexistent avec les droits de l'être humain et en quoi ils se révèlent limités par les principes de la liberté individuelle, de la démocratie et de la justice sociale²⁷.

L'auteur critique néanmoins la conception communautarienne selon laquelle les individus ne sont plus libres de remettre en cause leurs propres croyances, dans les groupes où l'autorité prime le libre-arbitre. La solution qu'il propose est théoriquement intéressante, bien que sans doute difficile à réaliser concrètement : viser l'intégration des droits individuels et collectifs, selon une conception « non communautarienne » de la communauté. Cette perspective me semble porteuse d'une certaine ouverture en ce qui concerne les groupes religieux qui interdisent à leurs membres de réviser les conceptions de la vie bonne auxquelles ils ont adhéré. Mais pour y arriver, il faut trouver des mécanismes institutionnels qui évitent aux groupes religieux un repli défensif et une rétention aliénante de leurs membres.

J. Carens apporte une autre dimension au débat en soutenant que le régime démocratique libéral doit respecter la diversité, mais qu'il ne peut être, et n'a pas à être, également en accord avec toutes les valeurs et les modes de vie. L'unanimité ne peut se faire sur le sens de l'existence, mais uniquement à propos de la *justice* politique. L'État se doit de protéger toutes les conceptions de la vie bonne dans la mesure où elles n'impliquent pas de violence à l'égard d'autrui. Une telle perspective suppose une distinction importante entre deux aspects de la culture publique d'une société démocratique, que Carens différencie ainsi : une culture de groupe, comme la culture d'un groupe religieux et ethnique, et la culture politique publique d'un État démocratique libéral²⁸. La reconnaissance du pluralisme exigera que nous respections, d'une certaine façon, la culture interne d'un groupe, même lorsque cette culture se révèle patriarcale ou autrement incompatible avec l'égalité des sexes. Il ne s'agit pas, toutefois, d'approuver les différences fondées sur le sexe dans la culture politique publique.

27. W. KYMLICKA, *op. cit.*, note 4, p. 16.

28. J. CARENS, « Immigration et démocratie libérale », dans F. GAGNON, M. MCANDREW et M. PAGÉ (dir.), *Pluralisme, citoyenneté et éducation*, Montréal, Harmattan, 1996, p. 107.

Cette acceptation d'une relative fragmentation de l'espace politique n'entraîne pas *de facto* la dissolution de celui-ci. L'État se doit d'ailleurs de prendre les moyens pour soutenir, expliciter ou définir son point de vue au sujet des normes et des valeurs démocratiques, et il dispose à cet effet d'un large éventail de moyens, éducatifs ou autres, qui rendent inutile le recours à la contrainte ou à la violence.

Les droits culturels

Dans son analyse du devenir de la démocratie « providentielle », D. Schnapper aborde de front la question de l'égalité, en soulignant à quel point l'égalité réelle entre les citoyens est devenue prioritaire par rapport à l'égalité formelle que prétendait assurer l'État aux individus-citoyens. La demande de reconnaissance de l'*homo democraticus*, elle la désigne comme une « ethnicisation croissante de la vie sociale », selon laquelle « la revendication des droits réels des individus concrets s'étend, [et qui] répond à l'aspiration de l'individu démocratique à se voir pleinement reconnu dans sa singularité »²⁹. Devant le défi que constitue la démocratie qui reconnaît ainsi des droits culturels ou identitaires, il ne s'agit pas toutefois, pour D. Schnapper, de valoriser l'institutionnalisation de droits culturels³⁰, ce qui aurait pour effet, selon elle, de réifier les appartenances particulières et d'« induire un processus de revendications sans fin et finalement de déboucher sur la fragmentation sociale »³¹; ne peuvent être institutionnalisés que les droits à « des pratiques sociales, religieuses et linguistiques ».

Dans les États de droit, il m'apparaît inévitable qu'il y ait toujours une tension contradictoire et nécessaire entre l'affirmation de certains particularismes et la reconnaissance de valeurs communes, voire universelles. À ce propos, J.-Y. Thériault parle de radicalisation de la démocratie et souligne à juste titre qu'« une citoyenneté fragmentée est la conséquence normale d'une démocratie radicale. Elle est liée à l'individualisme (à la fois comme principe philosophique fondateur de la modernité, et comme fait sociologique) par l'effet de la déstructuration qu'opère celui-ci sur les entités collectives. De telles entités collectives ne disparaissent pas dans une société d'individus, mais se fragmentent en une myriade de

29. D. SCHNAPPER, *La démocratie providentielle. Essai sur l'égalité contemporaine*, Paris, NRF essais, Gallimard, 2002, p. 217-218.

30. Soulignons que ces droits culturels sont déjà reconnus depuis 1966 par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, à l'article 27: « Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue ».

31. D. SCHNAPPER, « Comment reconnaître les droits culturels? », dans W. KYMLICKA et S. MESURE (dir.), *Comprendre les identités culturelles*, Paris, PUF, Revue de philosophie et de sciences sociales, n° 1, 2000, p. 264.

réalités et perdent leur caractère d'évidence ce qui oblige les individus à les reconstruire politiquement. La démocratie moderne, hier comme aujourd'hui, est donc un éternel processus de décomposition/recomposition de la société»³².

Comment alors maintenir un équilibre entre la reconnaissance du droit des individus à mener une « vie bonne » selon leurs propres convictions, en ayant les ressources pour le faire, et éviter que ce droit individuel se déploie au détriment du collectif?

La réflexion sur la diversité humaine ne peut, me semble-t-il, trouver des réponses définitives aux questions que ne cessent de soulever des situations inédites et complexes liées à la cohabitation de groupes différenciés et exigeant une reconnaissance publique de cette différence. La pluralité religieuse croissante et la demande de reconnaissance des différentes conceptions de la vie bonne entraînent les sociétés dans une recherche constante d'équilibre entre les droits individuels et les valeurs communes nécessaires au lien social.

Dans le cas spécifique des groupes religieux minoritaires, surtout ceux qui prônent une conception de la vie bonne à distance des principes de la démocratie libérale, deux conditions m'apparaissent préalables à la délibération politique et juridique. En premier lieu, les exigences radicales de la démocratie libérale supposent que l'on accepte une certaine « variabilité » dans l'adhésion même aux différents principes libéraux. En second lieu, on doit bien reconnaître que les individus, libres de s'associer, ne sont pas « obligés d'être libres », et peuvent volontairement désirer faire l'économie de la réflexivité critique en adhérant à un groupe de convictions qui restreint certaines de leurs libertés. Par contre, — et c'est là l'un des aspects où l'on peut affirmer que la démocratie ne peut sans cesse travailler « contre elle-même », pour paraphraser ici le titre d'un ouvrage de M. Gauchet³³ — il faut viser l'intégration de ces entités sociales dans la même unité politique et, pour ce faire, éviter les contraintes excessives à l'égard des groupes religieux minoritaires qui auraient pour effet des stratégies défensives et des exclusions encore plus coûteuses. Toutefois, on ne saurait admettre les traitements qui sont incompatibles avec les lois et la dignité humaine (comme l'excision, l'esclavage, le viol, etc.).

Ceci dit, M. Weber avait bien entrevu le destin des sociétés modernes : la lutte permanente entre des valeurs qui n'ont d'autre fondement que les convictions de ceux qui les défendent. C'est ce qu'il a désigné, métaphoriquement, par l'expression « polythéisme des valeurs ». Dans un tel monde, les valeurs ne cessent de s'affronter parce que les croyances

32. J.-Y. THÉRIAULT, « La citoyenneté fragmentée est-elle incontournable? », dans M. COUTU et al. (dir.), *Droits fondamentaux et citoyenneté. Une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire?*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2000, p. 180.

33. M. GAUCHET, *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002.

qui leur servent d'assises se proposent comme absolues. Et, comme le soutenait Weber, les valeurs ultimes ne peuvent cohabiter que par le « compromis », qui ne correspond pas à une conciliation sur le plan des idées, mais à un *modus vivendi*, pragmatique et temporaire, par définition. Inévitablement, l'organisation du pouvoir doit composer avec cette nouvelle donne. Le défi sociologique, politique et juridique est de savoir définir, selon chaque tradition nationale, une nouvelle articulation entre les identités et le politique, afin de préserver l'espace de la citoyenneté commune et la capacité de cohabiter ensemble.

ÉTAT, LIEN CIVIQUE ET MINORITÉS NATIONALES : À PROPOS DE QUELQUES CONDITIONS DE L'INSTITUTIONNALISATION DE LA RECONNAISSANCE¹

par

Geneviève NOOTENS

Département des sciences humaines
Université du Québec à Chicoutimi

Ce texte fait l'hypothèse que si la « conciliation » de la participation citoyenne et de la diversité culturelle est si problématique dans les États nationaux, c'est précisément à cause des postulats véhiculés par le modèle de l'État. En d'autres mots, au-delà de la crainte que la reconnaissance de la diversité mène à une fragmentation de la vie sociale et politique qui ferait perdre son sens à la citoyenneté, il y a un cadre préexistant de compréhension du politique qui tend à enfermer notre jugement dans des catégories données, et à restreindre la portée des efforts théoriques de redéfinition du politique.

Je vais d'abord discuter de l'apparent paradoxe d'une critique de l'État-nation qui s'accompagne d'une volonté d'institutionnaliser la reconnaissance des minorités (en particulier les minorités nationales). J'en profiterai pour faire quelques remarques sur le modèle de l'État-nation. Je soulignerai ensuite certaines propositions récentes susceptibles de contribuer à la reconceptualisation du politique, et terminerai en traitant brièvement de l'entente de principe à laquelle sont parvenus le gouvernement du Québec et certaines communautés innues, en regard de ces normes alternatives de justification.

1. Le « paradoxe » de la reconnaissance de droits nationaux et culturels

Il y a plusieurs manières de formuler ce paradoxe. Je l'énoncerai ici, pour des questions d'espace, de manière quasi caricaturale : on ne peut, de manière cohérente, critiquer l'État-nation pour la « coloration » culturelle particulière qu'il impose au politique tout en soutenant que les minorités

1. Je tiens à remercier le fonds FCAR pour la subvention qui m'a permis de travailler à ce texte.

peuvent légitimement demander la reconnaissance de certains droits sur la base de leur appartenance ethnoculturelle; la reconnaissance politique de minorités culturelles au sein d'un État fondé en principe sur le lien civique aurait ainsi quelque chose d'incongru, pour reprendre les termes de Nicole Gallant². Selon ce type d'argument, il faut faire prévaloir le lien civique global, ce qui implique la neutralité de la citoyenneté et le doute quant à la pertinence d'allégeances civiques qui lui feraient concurrence. La crainte de la fragmentation tend ainsi à être associée à un discours sur le caractère nécessairement universel des caractéristiques de la citoyenneté et d'une certaine forme d'association politique. On invoque la suffisante présence d'une culture politique commune pour maintenir le vouloir vivre ensemble qu'exige la stabilité de l'État.

Dès qu'on s'attarde à ce qu'implique en pratique la consolidation des États nationaux, il saute cependant aux yeux que les conséquences d'une citoyenneté unique dans un contexte de pluralisme national et culturel tendent à être oppressives et injustes. Dans beaucoup d'États, les éléments fondamentaux de cette culture publique commune sont le fruit d'un processus de consolidation qui s'est accompli aux dépens des minorités nationales et des communautés historiques de culture distincte, en fonction de certains traits spécifiques à la culture majoritaire (notamment grâce à l'éducation publique obligatoire). Ainsi, ceux qui défendent le caractère « neutre » de la citoyenneté, d'une culture politique commune, semblent-ils devoir attribuer à certains biens institutionnels (participatoires), comme la langue, une valeur instrumentale. Mais la langue (pour ne prendre que cet exemple) n'est bien souvent instrumentale que du point de vue des cultures majoritaires chez qui elle n'est pas menacée. On a amplement souligné, d'ailleurs, le rôle crucial de l'appareil politique dans la viabilité d'une culture³.

Ce constat implique notamment, à mon sens, que le modèle de la tolérance religieuse, basé sur la séparation de l'Église et de l'État, ne constitue pas un bon modèle pour traiter la question de l'institutionnalisation de la reconnaissance. Certains auteurs sont en effet tentés de faire appel à cette analogie pour soutenir la valeur politique du seul lien civique dénué de toute connotation ethnoculturelle. N. Gallant par exemple soutient que reconnaître politiquement un groupe fondé sur un lien ethnoculturel dans un État civique est aussi incongru que reconnaître un pouvoir politique à un groupe religieux dans un État laïc⁴. Or, non seulement, comme je l'ai mentionné, on ne peut éviter de teinter l'appareil politique, mais le recours aux droits individuels ne permet pas de résoudre certai-

2. N. GALLANT, « De l'incongruité de la reconnaissance d'une autodétermination politique des minorités ethnoculturelles dans le contexte d'une citoyenneté fondée sur le lien civique », Table-ronde du CIRCEM, Ottawa, mars 2002 (non publié).

3. Voir par exemple W. KYMLICKA, « Misunderstanding Nationalism », *Dissent* (hiver 1995).

4. N. GALLANT, *loc. cit.*, note 2, p. 23.

nes des questions les plus controversées concernant les minorités culturelles. Dans l'état actuel des choses, la garantie pour les individus de pouvoir professer librement leur religion et de pouvoir s'associer à cette fin est généralement suffisante pour assurer l'exercice de la liberté de conscience. Mais l'appartenance nationale, reléguée au privé, ne bénéficie pas de l'accès à la sphère publique, qui permet de donner des orientations politiques collectives à une communauté, et ne la protège pas de la tyrannie de la majorité. Il serait par conséquent erroné de se fonder sur l'analogie avec la tolérance religieuse pour institutionnaliser les relations entre groupes ethnoculturels (et particulièrement les minorités nationales) dans l'État.

D'autre part, en ce qui concerne l'analogie avec la tolérance religieuse, il faut aussi rappeler que la théorie moderne des obligations politiques trouve précisément son origine dans les arguments défendant la tolérance religieuse⁵. L'histoire des idées politiques montre ainsi les liens étroits qui existent entre l'émergence de la forme libérale de tolérance et la consolidation de l'État territorial souverain en Europe occidentale. Par conséquent, il faut comprendre que la théorie moderne des obligations politiques entretient un lien étroit avec une forme organisationnelle (l'État unifié) qui a notamment deux particularités. En premier lieu, elle est par définition étrangère à l'idée d'une reconnaissance constitutionnelle de corps légalement constitués qui joueraient un rôle de médiation entre elle-même et les citoyens. L'État moderne se prévaut en effet d'une relation non médiée avec l'individu comme citoyen. L'historiographie étatique officielle, comme le souligne Keating, a d'ailleurs fait de l'abolition des traditions de partage de la souveraineté entre l'État et des corps intermédiaires un critère essentiel de la modernité politique, suivant une conception qui ne permet pas d'intégration institutionnelle ou de constitution légale de corps intermédiaires entre le citoyen et l'État autres que ceux dont l'existence peut être justifiée par certains droits individuels reconnus, tels que le droit d'association. Les impacts de cette conception sur les relations entre groupes nationaux à l'intérieur d'un territoire peuvent être atténués par des mécanismes institutionnels (le mode de scrutin, les conventions concernant la composition du cabinet, etc.), mais certains groupes peuvent être mis en minorité de manière permanente, et ce, même dans des systèmes fédéraux.

En second lieu, l'autre particularité qu'il importe de souligner ici concerne l'idéal de la souveraineté territoriale. Le poids de cet idéal semble croître constamment à partir des Traités de Westphalie (lorsque s'affirme l'interdépendance entre l'affirmation de la souveraineté en tant que contrôle d'un territoire par un dirigeant et la reconnaissance de la souveraineté comme principe constitutif du système d'États), et ce, bien

5. Voir à cet égard Q. SKINNER, *The Foundations of Modern Political Thought*, vol. two: *The Age of Reformation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978.

que les compréhensions historiques de la souveraineté comme principe gouvernant les relations entre États se caractérisent par une certaine volatilité⁶. Si bien que ce qui n'était au départ guère plus qu'une différenciation spatiale devint rapidement une différenciation fonctionnelle, et que l'idéal de la souveraineté territoriale s'affirme comme le leitmotiv des affaires politiques européennes dans la seconde partie du XIX^e siècle⁷. Cet idéal en vient à modeler les pratiques sociales elles-mêmes, notamment grâce à l'homogénéisation des populations, et à influencer les transformations subséquentes du système d'États. L'identité politique s'avère dès lors fonction d'une forme exclusive de juridiction territoriale.

La forme organisationnelle de l'État unifié est en bonne voie de structuration avant les grandes révolutions du XVIII^e siècle et la diffusion du principe des nationalités au XIX^e siècle. L'introduction de l'idée moderne de nation correspond dans ce cadre à un changement relatif à la source de légitimité politique à l'intérieur de l'État souverain. Le principe des nationalités sera en effet formulé d'une manière qui ne défie pas l'unité de l'État : il s'attaque non pas au pouvoir *de* l'État, mais bien à *l'origine du pouvoir dans l'État*, fournissant ainsi à ce dernier un nouveau support de légitimité⁸. L'État moderne lie la souveraineté au territoire; le principe des nationalités stipule que toute nation a droit à son État souverain. Se trouvent dès lors en place les liens idéologiques et théoriques profonds entre identité, politique et territoire, qui sont toujours au fondement du modèle étatique⁹.

6. Murphy suggère en effet de distinguer les compréhensions de la dimension territoriale de la souveraineté de son rôle dans la régulation des relations interétatiques. A.B. MURPHY, « The Sovereign State System as Political-Territorial Ideal: Historical and Contemporary Considerations », dans T.J. BIERSTEKER et C. WEBER (eds.), *State Sovereignty as Social Construct*, Cambridge University Press, 1996, p. 91.

7. *Id.*, p. 87-94.

8. S. PIERRÉ-CAPS, « L'Union européenne, *demos* et légitimité : de l'État-nation à la multination », (1998) 1 *Civitas Europa. Revue juridique sur l'évolution de la nation et de l'État en Europe* 35-54.

9. Sur le plan du système interétatique, l'application du principe des nationalités apparaît, notamment aux lendemains de la Première Guerre mondiale, essentiellement arbitraire et dictée surtout par des considérations économiques et stratégiques. Macartney évalue que les traités de paix négociés à la suite du conflit laissent, ou transfèrent, en situation de minorités nationales entre 25 et 30 millions de personnes (C. MACARTNEY, *National States and National Minorities*, New York, Russell and Russell, 1968, p. 211). Après la Seconde Guerre mondiale, le droit à l'autodétermination des peuples sera en pratique largement limité aux peuples des colonies d'outre-mer réclamant l'indépendance (A.B. MURPHY, *loc. cit.*, note 6, p. 105). Lors des négociations de paix, les délégués britanniques et américains s'opposeront à ce qu'on accorde aux minorités nationales des droits tels que ceux qui étaient contenus dans les traités placés sous l'égide de la Société des Nations. Les vastes et inhumains transferts de population seront entérinés par les Alliés, un bon nombre de dirigeants s'entendant alors sur le principe que la meilleure manière de gérer le problème des minorités, lorsqu'on ne peut les assimiler, est de s'en débarrasser. Churchill déclarera par exem-

Ces raisons expliquent que le modèle de l'État unifié permette difficilement la reconnaissance des droits collectifs des minorités culturelles. Le discours des droits individuels est porté par le discours sur la souveraineté de l'État, et par la relation non médiée dont il se prévaut avec les citoyens. Kymlicka et Straehle ont ainsi raison de souligner que les politiques de consolidation de l'État peuvent très bien être mises en œuvre aux dépens des minorités nationales sans qu'il y ait pour autant violation des droits individuels au sens strict¹⁰. Par conséquent, la critique de l'État-nation et la protection des droits des minorités n'apparaissent pas contradictoires, bien au contraire. Reconnaissons plutôt que le modèle de l'État-nation et son appropriation par des majorités nationales ont été l'un des plus puissants facteurs de l'assimilation des minorités dans l'histoire contemporaine, par l'intermédiaire de pratiques souvent déplorables (et sous couvert de la « neutralité » d'une culture publique commune). C'est cette incapacité à remettre en question le modèle de l'État-nation qui a conduit par exemple à entériner des transferts de population (entre la Grèce et la Turquie, dans l'entre-deux-guerres, ou le déplacement des populations allemandes après la Deuxième Guerre) plutôt que la recherche de solutions réellement multinationales.

2. Pour se dégager du paradoxe : quelques conditions d'aménagement de la diversité

Il faut donc repenser le modèle de l'État pour accommoder l'expression de la diversité dans des sociétés multiculturelles et multinationales. Les travaux de Kymlicka et de Tamir avaient déjà fourni, en partie au moins, les bases d'un nouveau paradigme libéral, celui de l'État multinational. Ces travaux restent cependant insuffisants, en ce qu'ils ne soulignent pas les liens historiques étroits du libéralisme avec la forme organisationnelle de l'État unifié, ni n'adoptent de point de vue critique quant à l'impact de certains des éléments fondamentaux de cette forme politique (notamment le principe de territorialité et l'idéal de la souverai-

ple dans un discours aux Communes portant sur le déplacement des frontières de la Pologne vers l'Est que « expulsion was the method which, so far as we have been able to see, will be the most satisfactory and lasting. There will be no mixture of populations to cause endless trouble... A clean sweep will be made » (cité par C. MACARTNEY, *op. cit.*, note 9, p. 505-506). Les responsables de l'élaboration de la Charte des Nations Unies semblent avoir alors plus ou moins accepté l'idée que la protection des minorités devait prendre la forme de la défense des droits humains, et non des droits nationaux (*Id.*, p. 507).

10. W. KYMLICKA et C. STRAEHLE, « Cosmopolitanism, Nation-States, and Minority Nationalism: a Critical Review of Recent Literature », (1999) 7 *European journal of Philosophy* 65-88.

neté) sur la reconnaissance des minorités¹¹. Ils critiquent essentiellement la persistance au XX^e siècle d'un modèle élaboré au XIX^e par la rencontre du libéralisme et du nationalisme¹².

Trois aspects d'une critique du modèle conventionnel de l'État unifié me semblent particulièrement importants pour assurer la réalisation d'associations constitutionnelles multinationales. Le premier se trouve dans les travaux de Tully lui-même; il s'agit du constitutionnalisme « commun ». Les travaux de Tully nous rappellent en effet les liens étroits entre le constitutionnalisme moderne, la tradition contractualiste et la négation de traditions distinctes d'association¹³, particulièrement en ce qui concerne les Premières Nations. Rappelons qu'il explique notamment comment Locke utilisa le contraste entre état de nature et sociétés politiques pour justifier l'appropriation par les Européens des terres américaines et les guerres contre les peuples autochtones d'Amérique du Nord¹⁴. À ses yeux, le langage moderne du constitutionnalisme a été développé depuis le XVII^e siècle de manière à exclure et/ou à assimiler la diversité culturelle au nom de l'uniformité¹⁵. Même les changements aux règles et aux conventions se situent et sont justifiés « en référence à l'arrière-plan large et relativement stable de conventions coutumières qui ne sont pas remises en cause par des discussions critiques »¹⁶. Chez Tully, le constitutionnalisme « élargi » se présente comme un processus discursif, un dialogue interculturel qui permet aux citoyens (libres et autonomes) de renégocier constamment leur association sur la base de trois conventions, soit la reconnaissance mutuelle, le consentement et la continuité culturelle (ces trois conventions se situent donc à la base du constitutionnalisme « commun », et doivent guider les négociations interculturelles sur des formes justes d'association constitutionnelle)¹⁷.

11. Tully suggère lui aussi que les travaux de Kymlicka, comme ceux de Walzer ou de Resnick, quoique bienvenus, négligent « the first step of questioning the sovereignty of the authoritative traditions and institutions they serve to legitimate ». J. TULLY, *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 53.

12. Ces travaux se situent de plus essentiellement du point de vue d'une théorie de la justice, alors que Tully suggère qu'il faut aussi étudier les luttes politiques du point de vue des questions de reconnaissance, et non simplement de la distribution (J. TULLY, « Struggles over Recognition and Distribution », (2000) 7 *Constellations* 469.

13. Voir par exemple J. TULLY, *Strange Multiplicity*, *op. cit.*, note 11, p. 36, et surtout p. 41.

14. J. TULLY, *op. cit.*, note 11.

15. *Id.*, p. 31.

16. *Id.*, p. 40; traduction libre. « So [...] we can say that the language of constitutionalism is held in place in spite of, and even as a result of, the continual challenges to aspects of it, by customary linguistic usage, normal activity and institutionalisation » (*Id.*). Cette interrelation entre le langage du constitutionnalisme et les institutions publiques des sociétés modernes complique considérablement la possibilité de défier les formes prévalentes de reconnaissance constitutionnelle.

17. *Id.*, p. 30.

Le second élément qui puisse contribuer à articuler une conception différente est la remise en cause du principe de territorialité¹⁸. Pour illustrer cette possibilité, j'utilise à titre indicatif (donc, sans prétendre que ce modèle puisse régler tous les problèmes liés à la reconnaissance des minorités nationales) le modèle développé par Karl Renner au siècle dernier. Pour Renner, la coexistence des nations dans l'État multinational requiert d'une part l'organisation des nations en entités publiques non territoriales aux droits autonomes étendus¹⁹ et d'autre part la remise en question d'une conception qui ne reconnaît que l'État et l'individu, le citoyen pris isolément²⁰. La nation est ici non pas d'abord une collectivité territoriale, mais bien une association de personnes. L'appartenance nationale se fonde sur la déclaration individuelle librement consentie, qui justifie de saisir la nation comme une entité et d'en faire une personne juridique. L'union des nations constitue l'État. La constitution doit conséquemment assurer la reconnaissance et la garantie juridique des sphères de compétence nationale (elles doivent participer à l'administration publique sur des bases constitutionnellement définies, sous peine de se retrouver sans protection contre le pouvoir étatique)²¹.

Si la base de ce modèle est le principe de personnalité plutôt que le principe de territorialité, c'est que Renner croit fermement que différentes nations ne peuvent coexister dans l'État multinational que si aucune d'elle ne prétend, ni ne peut prétendre, à l'exclusivité territoriale. À ses yeux comme à ceux de Bauer, le principe de territorialité ne peut donc

18. J'ai défendu ailleurs l'idée qu'il faut remettre en cause l'épistémologie territorialiste, c'est-à-dire la généralisation du modèle organisationnel de l'État unifié, puisqu'il s'agit d'une représentation sociale spécifique de l'espace, historiquement construite et articulée, qui limite la légitimité des formes de l'action politique en ne permettant de concevoir celle-ci que comme forme spécifique et exclusive de juridiction territoriale. Il ne faut pas non plus négliger le fait qu'en tant que mode de contrôle sur les personnes et les ressources, la territorialité masque des rapports de pouvoir (G. NOOTENS, « Identité, citoyenneté, territoire : la fin d'un paradigme? », dans J. MACLURE et A.-G. GAGNON (dir.), *Repères en mutation. Identité et citoyenneté dans le Québec contemporain*, Montréal, Québec Amérique, 2001, p. 105-125).

19. Renner présente la nation comme un sujet juridique. À ses yeux, le droit civilise les moyens utilisés lors des conflits et en humanise les objectifs. D'où la nécessité d'incorporer la nation dans un système de droit supranational.

20. Il utilise le terme « atomiste-centraliste » pour désigner le fait que le développement de l'État-nation a conduit à la destruction des corps intermédiaires et à l'instauration d'une relation État/citoyen dénuée de ces médiations caractéristiques d'époques antérieures de l'histoire de l'Europe occidentale et centrale (ce qui s'est réalisé notamment grâce à l'absolutisme dans des États comme la France, bien que les grandes révolutions démocratiques aient contribué à augmenter considérablement le degré de centralisation issu de ce processus).

21. Le principe de nationalité se présente alors comme un principe d'organisation interne plutôt que de fondement de l'État. En d'autres mots, il s'agit de substituer le droit individuel à l'autodétermination au droit à l'autodétermination nationale relativement à l'organisation interne de l'État dans un contexte où coexistent plusieurs nations sur un territoire étatique.

être constitutif de la nation, car « L'autodétermination nationale sur la base du principe de territorialité [provoque] des luttes nationales sans cesse renouvelées »²².

Il ne saurait être question de suggérer que ce modèle constitue une panacée, notamment parce qu'il ne prévoit pas de mécanismes de dialogue entre nations à l'intérieur de l'État (alors qu'il faut éviter le cloisonnement ethnoculturel/national) et qu'il cadre mal avec la réalité complexe des identités contemporaines. Il ne s'agit donc pas à strictement parler de l'État plurinational au sens où l'entend Keating, c'est-à-dire d'une perspective qui admettrait que le concept de nationalité soit lui-même pluriel et prenne des significations différentes selon les contextes²³. Cependant, le modèle élaboré par Renner contribue à identifier la part des conflits nationaux qui incombe au modèle même de l'État moderne; pour lui, en effet, la responsabilité des luttes nationales et de l'assimilation des minorités incombe d'abord au modèle de l'État-nation, qui comporte une manière spécifique de relier l'individu à l'État et la volonté des nations de s'assurer l'exclusivité sur un territoire dans ce cadre²⁴.

Le troisième élément qui peut contribuer de manière significative à redéfinir le cadre politique de manière à rendre compte de la diversité des allégeances et des appartenances est à mon sens le pluralisme légal. Le pluralisme légal, tel qu'il est défini par exemple par Keating et MacCormick, se réfère à de multiples lieux d'autorité, fondés dans des ordres

22. O. BAUER, *La question des nationalités et la social-démocratie*, Montréal/Paris, Guérin Littérature/Arcantère, 1987, p. 350. Le modèle vise notamment à écarter l'idée même de majorité et de minorité sur un territoire dit « national » (le statut de minorité nationale dépend en effet de la présomption qu'une majorité nationale souveraine dirige l'État, comme le souligne Nimni, en fondant la reconnaissance mutuelle sur l'existence d'entités souveraines dont l'autonomie est juridiquement garantie pour autant qu'elles renoncent à l'exclusivité territoriale et à une application intégrale du principe des nationalités (E. NIMNI, « Nationalist Multiculturalism in Late Imperial Austria a Critique of Contemporary Liberalism: the Case of Bauer and Renner », (1999) 4 *Journal of Political Ideologies* 289-314.

23. M. KEATING, *Beyond Sovereignty. Plurinational Democracy in a Post-Sovereign World*, Montréal, Programme d'études sur le Québec de l'Université McGill, 2001.

24. Si on lui a accordé relativement peu d'importance, c'est d'une part parce qu'il a remis en cause l'État national pendant une période de gloire de ce dernier, et qu'il a été élaboré dans des circonstances politiques et idéologiques ne correspondant pas à la manière dominante de concevoir la modernité politique et les relations internationales à l'époque contemporaine. Comme le souligne Pierré-Caps dans la préface à la traduction française de *La nation, mythe et réalité*, pour Renner, à moins de repenser le droit à l'autodétermination, il y a une incompatibilité entre un authentique droit des minorités et le modèle politique et juridique de l'État-nation. C'est un diagnostic partagé par MacCormick: « I should like to suggest that the problems associated with nationalism lie more with the state and with statism than with the nation [...] The principle of national self-determination becomes morally and practically problematic because (or when) it is coupled to the concept or doctrine of the absolutely sovereign state » (N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, 1999, p. 190).

normatifs légitimes qui ne sont pas nécessairement organisés hiérarchiquement, c'est-à-dire à l'idée que peuvent coexister des ordres juridiques normatifs distincts (une dispersion de l'autorité)²⁵. Le pluralisme constitutionnel se définit par la présence d'une pluralité d'ordres normatifs institutionnels, chacun doté d'une constitution effective (minimalement, des normes encadrant l'exercice des pouvoirs gouvernementaux) et chacun reconnaissant la légitimité des autres dans leur propre sphère, sans qu'aucun ne prétende à la primauté constitutionnelle²⁶. MacCormick donne notamment l'exemple de l'Union européenne en tant que *commonwealth* composé d'États qui ne sont plus totalement souverains et dont les relations ne dépendent pas d'un jeu à somme nulle dont l'enjeu serait la souveraineté. Il considère l'ordre juridique européen comme un réseau de systèmes juridiques reconnaissant mutuellement leur validité mais sur des bases parfois divergentes (le droit communautaire pour la Cour de justice européenne, le droit constitutionnel domestique pour les cours nationales)²⁷.

L'objectif n'étant pas ici d'évaluer la rigueur de l'argument de MacCormick du point de vue des théories du droit, je me contente d'évoquer cette possibilité puisqu'il apparaît nécessaire, dès lors qu'on remet en question le modèle conventionnel de l'État (notamment son monopole de la souveraineté et la manière dont il définit et/ou restreint la sphère des obligations politiques), de se pencher également sur la possibilité de la coexistence de diverses sphères d'autorité qui ne soient pas mutuellement exclusives et ordonnées hiérarchiquement de manière définitive. Autrement dit, cela peut appuyer la possibilité que les pouvoirs soient exercés non par une seule structure organisationnelle, dans un cadre normatif unitaire, mais bien de manière diffuse²⁸.

MacCormick rappelle avec raison que l'État moderne a été décrit depuis Hobbes comme la seule alternative à l'anarchie des relations entre

25. MacCormick privilégie une conception où l'État et le droit sont des ordres normatifs qui coexistent. Il suggère d'adopter un point de vue diffusionniste, qui requiert une théorie légale pluraliste en regard de laquelle « [d]es systèmes distincts peuvent coexister sans qu'aucun n'ait à nier l'indépendance ou le caractère normatif de l'autre » (N. MACCORMICK, *id.*, p. 75; traduction libre). Voir aussi Benda-Beckmann, 2001 : cela comporte d'admettre la possibilité théorique de plus d'un ordre légal, fondés sur des sources différentes de validité, et maintenus par des formes organisationnelles autres que l'État. Dans la conception statiste, les autres ordres normatifs sont par définition inférieurs. Voir F. VON BENDA-BECKMANN, « Legal Pluralism and Social Justice in Economics and Political Development », (2000) 32 *Bulletin of the Institute of Development Studies* 48.

26. N. MACCORMICK, *id.*, note 24, p. 104.

27. *Id.*, p. 102.

28. Tully parle de souveraineté « dans un sens non absolu » pour désigner « l'autorité d'un peuple culturellement diversifié ou d'une association de peuples de se gouverner par leurs propres lois et de leur propre manière à l'abri de toute subordination externe » (J. TULLY, *op. cit.*, note 11, p. 195).

individus. En effet, ce portrait de l'État véhicule l'idée que la société civile est incapable de s'organiser par elle-même, sans contrôle politique sur les conflits (la forme initiale de ces conflits qui déchirent la société civile étant évidemment représentée par les conflits religieux). Ce qui permet à l'État non seulement de soutenir ses prétentions à monopoliser la violence et à concentrer la souveraineté, mais également d'apparaître comme un pouvoir neutre²⁹. Mais « si l'unité idéologique de l'État souverain traditionnel est laissée de côté, de nouvelles possibilités s'ouvrent »³⁰.

3. En guise de conclusion : l'entente de principe Québec/Innus

Il ne s'agit pas ici de faire une présentation exhaustive de l'entente, ni d'en analyser les aspects juridiques, mais bien de souligner quelques-uns des éléments de cette entente qui vont dans le sens d'une association constitutionnelle multinationale remettant en question certains des principes associés au modèle conventionnel, unifié, de l'État moderne.

Quatre éléments m'apparaissent particulièrement dignes de mention, dans cette optique. Tout d'abord, l'entente de principe ne se fonde pas sur l'extinction des droits ancestraux. Le projet de préambule du traité stipule en effet que les négociations visent à concilier la présence antérieure des Premières Nations concernées et la souveraineté de la Couronne, et que les parties veulent assurer par voie de traité (plutôt que par voie judiciaire) « la reconnaissance, la confirmation et la continuation des droits ancestraux des Premières Nations de Mamuitun et de la Première Nation de Nutashkuan, y compris le titre aborigène, et non leur extinction »³¹. Ensuite, le régime territorial est de nature complexe. Les terres accordées aux Innus en pleine propriété (Innu Assi) ne représentent en effet qu'environ 525 km carrés pour Mashteuiatsh, Essipit et Betsiamites, plus environ 2 510 km carrés pour Nutashkuan³². Ce sont les terres en pleine propriété (Innu Assi) qui constituent l'assise territoriale

29. Voir notamment P. HIRST, *From Statism to Pluralism*, UCL Press, 1997, p. 228, et D. MOGGACH, « Concepts of Sovereignty: Historical Reflections on State, Economy, and Culture », (1999) 59 *Studies in Political Economy* 180.

30. N. MACCORMICK, *op. cit.*, note 24, p. 135; traduction libre.

31. La Commission Erasmus-Dussault avait notamment recommandé que les gouvernements cessent d'exiger l'extinction des droits ancestraux et/ou du titre aborigène lors des négociations de nouveaux traités. Notons également qu'il s'agit là d'un traité qui est conçu pour un milieu en partie urbanisé, où sont imbriquées différentes communautés dont il faut assurer la coexistence, et non pour un milieu nordique.

32. Sur lesquels le Québec, contrairement à ce qui est le cas pour les trois autres communautés innues parties à l'entente, conservera la propriété des ressources hydrauliques ainsi que des minéraux et des droits tréfonciers. Il y a donc en fait 525 km carrés sur lesquels les communautés innues posséderont « tous les attributs de la pleine propriété du sol et du sous-sol, incluant le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement de ces terres et, notamment, d'exploiter les ressources fauniques, aquatiques, hydriques, hydrauliques, forestières, floristiques qui s'y trouvent » (art. 4.2.3).

de l'autonomie gouvernementale innue et le lieu principal d'exercice de l'autorité autochtone³³. Les Premières Nations se voient en outre attribuer des sites patrimoniaux situés sur le domaine public (en plus de ceux de pleine propriété) et assujettis à une réglementation mutuellement agréée, ainsi que des parcs qu'ils administreront de manière exclusive. Les droits accordés aux Innus sur le territoire autre que les terres en pleine propriété sont beaucoup plus limités (activités traditionnelles, participation à la gestion des ressources naturelles (voir la section 6.5 de l'entente de principe), pourcentage des redevances perçues par Québec quant à l'exploitation des ressources naturelles, volume de bois réservé et volume de mégawatts réservé...)

L'entente de principe prévoit également un processus continu de dialogue et de révision. Par exemple, elle prévoit qu'en cas de confirmation par un tribunal d'appel de l'existence d'un droit ancestral après l'entrée en vigueur de la législation de mise en œuvre du Traité, les parties devront négocier de bonne foi pour voir s'il y a lieu de modifier le Traité; que dans l'éventualité où une autre Première Nation se verrait conférer par un accord sur des revendications territoriales entré en vigueur ou par une loi du Parlement fédéral « des pouvoirs législatifs substantiellement plus étendus que ceux prévus au présent Traité », les communautés innues pourront demander un réexamen des dispositions portant sur l'autonomie gouvernementale (s'il reste plus de trois ans avant le réexamen du Traité); que le traité porte sur l'effet et les modalités d'exercice des droits ancestraux, sans les définir ni en déterminer l'assise territoriale (voir le projet de préambule). Finalement, l'entente stipule également, sur la base du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, que « [c]haque des Premières Nations adoptera sa propre Constitution, suivant un processus démocratique » (art. 8.1.1)³⁴.

33. Les Innus acceptent qu'aucune de leur terre ne soit sous juridiction exclusive du Parlement fédéral en vertu de l'article 91(24) de la Constitution, et que la *Loi sur les Indiens* ne s'applique plus à eux. À leurs yeux, cela représente la fin de la tutelle fédérale (A. NEPTON, négociateur pour Mashteuiatsh). Cependant, ils ont dû accepter que le territoire exclusif soit relativement petit, afin d'« éviter les crises qu'auraient pu causer des expropriations » (R. KURTNESS, cité dans *Le Quotidien*, jeudi 13 juin 2002, p. 3).

34. Ces constitutions devront être conformes au cadre des compétences et pouvoirs établis dans le Traité, et couvrir au moins les matières suivantes : statut et règles d'appartenance et de citoyenneté innue, choix des dirigeants, exercice du pouvoir de légiférer et composition de l'organe législatif, publicité des lois et règlements, imputabilité et reddition de comptes, droits d'appel et de recours, mécanismes de ratification et de modification constitutionnels. Les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire seront exercés par chacune des Premières Nations. La section 8.3 de l'entente prévoit quelles seront les compétences législatives innues. Il serait trop long ici d'énumérer ces matières; on peut consulter le texte de l'entente à partir du site Web du gouvernement du Québec. Mentionnons simplement que les lois innues relatives à la pratique des activités reliées au mode de vie traditionnel s'appliquent aux Innus sur tout le territoire traditionnel; elles s'appliquent sur les terres en pleine propriété à toute personne qui s'y trouve.

Il ne s'agit pas de remettre en cause le fait que la citoyenneté nécessite un « monde commun », mais (et j'ai souligné que nous disposons à la fois d'outils conceptuels et d'espaces d'action pour ce faire) la manière dont cette idée a pris corps et s'est institutionnalisée. Nous devons notamment, à mon sens, faire le pari qu'il ne peut qu'être favorable à la vitalité d'une société démocratique que les différentes communautés nationales développent des allégeances civiques, même si celles-ci devaient éventuellement entrer en concurrence avec l'allégeance à l'État consolidé. La citoyenneté risque de ne devenir qu'un trait juridique si nous ne dépassons pas le cadre du modèle monolithique de l'État pour nous ouvrir à des formes plus riches, plus différenciées, du politique. Le principe de territorialité par exemple (souvent présenté comme condition essentielle de la modernité politique) ne protège pas nécessairement les identités nationales minoritaires. Il peut reconduire la minorisation, à de multiples niveaux, contribuer à consolider les identités et à accroître la polarisation. Un principe purement personnel ne constitue par contre pas une panacée pour résoudre la question des minorités nationales. Mais il y a entre les deux tout un éventail de possibilités que nous sommes loin d'avoir explorées.

Les lois adoptées en vertu du paragraphe 8.4.4.1 viii) (le droit de la famille) s'appliquent aux Innus des Premières Nations où qu'ils se trouvent en dehors des terres en pleine propriété, pourvu qu'ils « acceptent volontairement cette application et que ces lois soient compatibles avec les lois du lieu en la matière » (8.3.3.4); les pouvoirs accordés auront donc dans certains cas une portée personnelle plutôt que territoriale. L'entente prévoit les matières dans lesquelles les lois innues doivent respecter les standards minimaux prévus par les lois canadiennes et/ou québécoises (à moins d'ententes spécifiques); par exemple, la protection des forêts, des plantes et des produits agricoles, la qualité des produits alimentaires. En ce qui concerne l'application, la prépondérance et l'harmonisation des lois, voir la section 8.4. La Constitution canadienne, y compris la Charte, continue de s'appliquer aux Innus, à leurs territoires et à leurs instances gouvernementales. Les lois canadiennes et québécoises d'application générale, ainsi que la Charte québécoise, continuent de s'appliquer, avec certaines réserves en cas d'incompatibilité.

LE DROIT COMME RESSOURCE DES MINORITÉS NATIONALES : UN MODÈLE DE MOBILISATION POLITIQUE DU DROIT

par

Pierre NOREAU

Directeur du Centre de recherche en droit public
Université de Montréal

et

Élisabeth VALLET

Chercheure post-doctorale au CRDP
Université de Montréal

Introduction

C'est une banalité que d'affirmer que le problème des rapports entre majorité et minorités est au fondement des théories modernes de la démocratie. Pourtant, résolu de diverses façons selon qu'on s'inspire de Locke, de Rousseau, de Madison, de Tocqueville ou de Marshall, il alimente, aujourd'hui encore, la littérature contemporaine sur les différentes formes de la démocratie libérale pluraliste. Les théories fondées sur le fédéralisme et les études de droit constitutionnel ont tour à tour favorisé une approche structurelle du problème. On s'y est surtout intéressé aux aménagements institutionnels de la diversité, aménagements qui sont notamment au fondement des régimes fédéraux¹. À l'exception des descriptions souvent remises à jour sur le difficile problème de la répartition des compétences constitutionnelles, qui fait le fonds de commerce des manuels de droit public, la question a peu évolué jusqu'à l'avènement des chartes. Celles-ci allaient cependant favoriser une conception différente des conditions de cohabitation entre majorité et minorités. Le recours au concept d'accommodement raisonnable et à la reconnaissance de droits déterritorialisés a graduellement permis un élargissement de la

1. A.-G. GAGNON, M. GUIBERNAU et F. ROCHER, *The Conditions of Diversities in Multi-national Democracies*, Montréal, Institut de recherche en politiques publiques, 2003.

problématique². Il a permis de redécouvrir l'existence de compromis structurels et juridiques que les études sur le fédéralisme avaient souvent laissés de côté jusque-là. On pense notamment ici à la reconnaissance et à l'exercice de droits autonomes³ ou à une approche du droit plus proche de celle que proposent les différentes formes du pluralisme juridique⁴.

En soi, le recours aux normes consacrées par les chartes a surtout servi à la résolution de situations personnelles touchant les membres de différentes minorités. Le droit y est souvent mobilisé sur la base d'enjeux individuels. Cela étant, la visibilité accordée à ces cas particuliers a souvent élevé leur situation personnelle au rang de dossier-témoin (*Test case*) pour l'ensemble de leur minorité d'appartenance. Dans les pays où le droit public tire ses origines de la common law, ce glissement est d'autant plus perceptible que le précédent jurisprudentiel sert, entre les différentes juridictions, de système d'ajustement mutuel. Le recours aux normes établies par les chartes a ainsi pu servir de point d'appui à la revendication collective de droits.

Par extension, ce détour du côté des ordres juridiques déterritorialisés semble autoriser un élargissement des bases du travail théorique réalisé jusque-là sur les rapports entre minorités et majorité, en tenant compte de la fonction structurante de l'État de droit : le droit peut apparaître dorénavant comme une ressource politique⁵. On transcende ici le principe de la neutralité axiologique du droit pour aborder la norme juridique comme l'enjeu d'un conflit entre majorité et minorités. Cela étant dit, l'évolution récente des diverses formes de recours au droit rompt également avec l'idée d'un ordre juridique totalement soumis au contrôle de la majorité, comme le laisse supposer la perspective souvent rencontrée dans les études canadiennes et américaines conduites dans le champ « *Ethnicity and Law* »⁶.

2. Voir à ce propos J. WOEHLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », (1998) 43 *McGill L.R.* 325-401.

3. S. PIERRÉ-CAPS, « Karl Renner et l'État multinational. Contribution juridique à la solution d'imbricolos politiques contemporains », (1994) 27 *Droit et société* 421-441.

4. P. NOREAU, « Le droit comme vecteur politique de la citoyenneté. Cadre d'analyse pour l'étude des rapports collectifs entre majorité et minorités », dans M. COUTU, P. BOSSET, C. GENDREAU et D. VILLENEUVE, *Droits fondamentaux et citoyenneté : une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire?*, Oñati/Montréal, Thémis/Institut international de sociologie du droit, 1999, p. 323-359.

5. M. W. MCCANN, « Legal Mobilization and Social Reform Movements : Notes on Theory and its Application », (1991) *Studies in Law, Politics and Society* 225-254.

6. Pour un exemple canadien, voir : J. V. ROBERTS et A. N. DOOB, « Race, Ethnicity, and Criminal Justice in Canada », dans M. TONRY (ed.), *Ethnicity, Crime, and Immigration : Comparative and Cross-National Perspectives*, Chicago, The University of Chicago Press, 1997, p. 469-519. On s'y intéresse notamment au cas autochtone et à la communauté noire. Pour une discussion sur le sujet et un exposé des thèses qui s'opposent sur ces enjeux aux États-Unis, on consultera R. C. MONK (ed.), *Taking Sides* —

Cette tendance, d'user du droit comme d'une ressource politique, favorise par extension une relecture de la situation juridique et politique des minorités nationales, y compris celle des minorités territorialisées. On parle encore ici de « mobilisation du droit »⁷. La chose, comme on le verra, peut cependant être entendue de diverses façons, puisque la norme juridique peut tout à la fois servir de revendication unificatrice (l'exigence d'une reconnaissance du droit de dire le droit), de lieu d'affirmation d'une forme d'autonomie politique, ou de barrage pour la protection judiciaire des acquis politiques d'une minorité.

Le texte que nous proposons porte plus spécifiquement sur le cas du Québec, de la Corse et de l'Écosse. Ces trois entités regroupent des minorités en voie de reconnaissance ou en situation d'affirmation ou de protection d'un statut politique acquis à des périodes différentes.

Le dénominateur commun de l'étude est ici la *territorialisation* des minorités. Nous écartons, pour les fins de l'analyse, le cas des minorités dispersées, dépourvues de prolongement territorial, pour n'axer la réflexion que sur les minorités concentrées et pourvues de racines territoriales. Cette démarche permet d'embrasser simultanément les cas du Canada, de la France et de la Grande-Bretagne dans une perspective comparée dont la pertinence se justifie à l'aune de l'évolution structurelle et politique qu'ont connu ces trois États. Il s'agit plus particulièrement d'une étude inspirée par la sociologie politique du droit proposée par Jacques Commaille⁸.

1. Minorité : De la reconnaissance juridique d'un fait social

L'État moderne, qu'il soit de type fédéral, autonome ou unitaire, est encore aujourd'hui souvent confronté à la montée d'une contestation interne, mouvements souvent territorialisés, qui érodent sa souveraineté, sa légitimité⁹. Il est de prime abord intéressant de constater que les théoriciens du « Nation Building » ont présumé que la modernité induirait le

Clashing Views on controversial Issues in Race and Ethnicity, Columbus, The Dushkin Publishing Group Inc., 1996, p. 242-259. Dans une perspective historique, on consultera également, sur le système judiciaire ontarien, C. J. MOSHER, *Discrimination and Denial: Systemic Racism in Ontario's Legal and Criminal Justice Systems, 1892-1961*, Canada, University of Toronto Press, 1998. Pour les États-Unis, on lira S. WALKER, C. SPOHN et M. DELONE, *The Color of Justice: Race, Ethnicity, and Crime in America*, Californie, Wadsworth Publishing Company, 1996.

7. D. J. BLACK, « The Mobilization of Law », (1973) 2 *Journal of Legal Studies* 125-149.

8. J. COMMAILLE, « De la sociologie juridique à une sociologie politique du droit » dans J. COMMAILLE, L. DUMOULIN et C. ROBERT (dir.), *La juridicisation du politique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2000, p. 29-46.

9. Pour une analyse générale, voir P. SOLDATOS, « Réflexions sur le devenir de l'État-nation : phénomènes de crise et de rationalisation », dans J.-C. MASCIET et P. SOLDATOS (dir.), *L'État-nation au tournant du siècle : les enseignements de l'expérience canadienne et européenne*, Montréal, Chaire Jean Monnet — Université de Montréal, 1997, p. 17-37.

primat de la conscience nationale sur les différences ethniques. Dans cette perspective, l'activisme culturel constitue, par nécessité politique, une anomalie¹⁰. Le droit allait également servir cette idée, en devenant, paradoxalement, le vecteur des valeurs, sinon de l'idéologie de la majorité¹¹. En contrepartie, le droit, en tant que ressource politique, risquait de devenir l'enjeu d'un conflit d'appropriation d'exercice et d'interprétation entre majorité et minorités¹². La diversité du phénomène minoritaire est un écueil de taille : la notion de minorités peut revêtir une acception large et comprendre les minorités historiques, linguistiques et territoriales ainsi que les minorités diffuses incluant les minorités religieuses et ethnoculturelles. Peuvent alors être définies comme minorités :

[...] des groupes non dominants de la population qui possèdent des caractéristiques ethniques, linguistiques, religieuses, stables se différenciant nettement du reste de la population et qui désirent les conserver¹³.

10. W. R. BEER, « Internal Colonialism and Rising Expectations: Ethnic Activism in Contemporary France », dans R. L. HALL (ed.), *Ethnic autonomy — Comparative dynamics, The Americas, Europe and the Developing World*, New York, Pergamon Press, 1979, p. 202. Parmi ces théoriciens du « Nation Building », l'auteur cite Deutsch, Pye, Almond and Powell et Kautsky. Voir dans le même sens, D. MCCRONE, « Explaining Nationalism: the Scottish Experience », dans A. H. RICHMOND, *After the Referenda: the Future of Nationalism in Britain and Canada*, York University, Report on a joint international seminar — University college of North Wales, Bangor, 5-9 novembre 1981, p. 86-87.
11. Voir sur ce point, C. R. SUNSTEIN, *The Partial Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, cité par A.-G. GAGNON, « Fédéralisme et identités nationales : le passage obligé de l'État-nation à l'État plurinational », dans J.-C. MASCLET et P. SOLDATOS (dir.), *op. cit.*, note 9, p. 301.
12. Le droit international allait favoriser la reconnaissance de cet enjeu. On y trouve les paramètres du débat juridique sur l'autonomie politique des minorités. Le problème des minorités y est notamment repris sous le couvert de la notion de peuple. Consacré par la Charte des Nations Unies (article premier), le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes n'est, en application de la résolution 1514 XV de l'Assemblée générale des Nations Unies, reconnu qu'aux « peuples soumis à une subjugation, à une domination, et à une exploitation étrangère ». Le territoire sécessionniste n'ayant pas, à la différence du territoire colonial, « un statut séparé et distinct de celui du territoire qui l'administre, toute sécession se heurte au principe fondamental de l'intégrité territoriale des États » (N. Q. DINH, P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 1999, p. 52). Aussi, les tenants d'une plus grande autonomie affirment-ils plus généralement que, « devant le désir de liberté des peuples, le droit n'a jamais constitué un obstacle décisif » (D. Turp, « Le droit à la sécession : l'expression du principe démocratique », dans A.-G. GAGNON et F. ROCHER (dir.), *Réplique aux détracteurs de la souveraineté du Québec*, Montréal, VLB édition, coll. études québécoises, 1992, p. 49-68). La question est en définitive d'ordre politique.
13. G. KOUBI, « Penser les minorités en droit », dans A. FENET (dir.), *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 254. Voir dans des termes sensiblement similaires la définition proposée par le professeur Capotori en 1971 (*Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, Doc. NU. E/CN.4/Sub.2/1986/7). La question de la minorité recouvre celle de l'individu minoritaire sans pour autant se superposer exactement : on peut en effet, comme cela est le cas dans la perspective classique française, garantir les droits du minoritaire tout en ignorant tota-

On sait que la définition peut être encore étendue bien au-delà des dimensions historiques, linguistiques, religieuses ou ethniques du phénomène. C'est notamment le cas si l'on entend y inclure les groupes définis en fonction de leur orientation sexuelle ou les groupes « minorités », si l'on prétend prendre en compte la situation particulière des femmes. Cependant, un fait demeure : la seule dimension quantitative n'est pas suffisante, loin s'en faut, pour définir ce qu'est une minorité, des dimensions relationnelles entrent en jeu¹⁴. On peut alors retenir une définition plus large encore :

Une minorité est un groupe social dont les spécificités culturelles, distinctes de celles de la société étatique globale, vont cimenter la cohésion, la chose étant d'autant plus prévisible s'il existe — à ses dépens — un rapport de domination sociale¹⁵ auquel répond une forme de résistance collective¹⁶.

Cette définition propose qu'on tienne compte des dimensions politiques du phénomène : le fait d'une domination et d'une résistance. C'est une perspective que nous entendons retenir ici. Une plus juste compréhension des choses suppose par ailleurs qu'on combine les facteurs objectifs (spécificités culturelles, religieuses, linguistiques, critères quantitatifs) et subjectifs (sentiment d'appartenance, volonté de conserver les spécificités) de la situation minoritaire. « L'auto-qualification » devient ainsi une partie importante du phénomène, notamment si on entend retenir les dimensions politiques de la situation minoritaire pour réfléchir aux conditions qui président à la mobilisation politique du droit. C'est un aspect dont nous entendons également tenir compte. Le détour du côté de ces « nouvelles minorités » vient de ce qu'il met en évidence des

lement ceux de la minorité. La CPJI précise cependant en 1928 que la question de l'appartenance à un groupe minoritaire est « une question de fait et non de pure volonté » (Avis consultatif du 3 mars 1928, Compétence des tribunaux de Dantzig, série B, n° 15, p. 32-33). De toutes les manières, l'usage de la notion de minorité correspond « au rejet d'une dénomination de ces groupes en tant que peuples ». G. KOUBI et I. SCHULTE-TENCKHOFF, « Peuple autochtone et minorité dans les discours juridiques : imbrications et dissociations », (2000) 45 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 6.

14. La difficulté réside notamment dans la détermination du seuil en deçà duquel il y a groupe minoritaire, et au-delà duquel ce n'est plus le cas. Elle trouve également son origine dans les glissements qu'a pu connaître la notion même de minorité au cours des quarante dernières années. Sur ce dernier point, voir : A. LAJOIE, *Quand les minorités font la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 2002, p. 20-24.
15. Cette dimension de domination sociale comme élément de qualification de la minorité fait, semble-t-il, son apparition dans les termes mêmes du *Traité de Versailles*. Voir J. A. LAPONCE, *The protection of Minorities*, Berkeley, University of California Press, 1960.
16. Le sentiment d'appartenance et la revendication des spécificités juridiques qui en découleraient constituent alors un élément permettant d'identifier la minorité. Voir J. VANDERLINDEN, « L'utopie pluraliste, solution de demain au problème de certaines minorités? », dans *Minorités et organisation de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 665.

caractéristiques du phénomène qui sont souvent éclipsées par la présence de critères fixes qui font perdre de vue le caractère dynamique des rapports entre minorités et majorité.

Si une telle définition peut potentiellement conduire à l'étude d'une multitude de phénomènes, nous nous limitons cependant, nous l'avons dit, aux minorités définies dans un sens plus traditionnel et mettant en cause l'unité territoriale ou la cohérence politique et juridique de l'État. Néanmoins, d'autres difficultés apparaissent alors. En effet, du point de vue strictement politique et juridique, l'idée même de minorité dépend assez largement de la conception qu'on se fait de l'État¹⁷. On pense notamment ici aux minorités dites « nationales » auxquelles nous nous intéressons de plus près. Faut-il par exemple y intégrer les peuples autochtones qui, du point de vue du droit international, bénéficient d'un statut spécifique? On tente généralement de distinguer juridiquement le cas des minorités nationales de celui des peuples aborigènes. Cela étant, les définitions peuvent se superposer exactement, s'exclure ou simplement se recouper selon l'angle qu'on privilégie¹⁸, et si l'identification politique d'une minorité n'est pas toujours aisée, il en va de même de sa définition juridique¹⁹.

Devant la diversité du phénomène, on doit savoir restreindre le champ de l'analyse; c'est pourquoi l'étude se limitera aux minorités « territorialisées » et plus particulièrement aux minorités *historiques* territorialisées. Cette qualification est certainement applicable aux Corses, aux Écossais et aux Québécois au sein de leur État respectif²⁰. La comparaison de ces cas est en effet instructive. Outre le fait que le Québec et l'Écosse présentent, en regard du droit public, des similitudes du fait de leur inscription dans une même tradition juridique et parlementaire, la Corse et l'Écosse ont une proximité évidente en tant qu'entités au sein d'États non fédéraux. L'analyse comparée de « l'activisme juridique » de ces minorités se fonde — par-delà les différences²¹ que l'on peut bien

17. F. ROCHER, « Citoyenneté fonctionnelle et État multinational; pour une critique du jacobinisme juridique et de la quête d'homogénéité », dans M. COUTU, P. BOSSET, C. GENDREAU et D. VILLENEUVE, *op. cit.*, note 4, 2000, p. 201-235.

18. Sur cette distinction, voir G. KOUBI et I. SCHULTE-TENCKHOFF, *loc. cit.*, note 13, p. 1-27. « Alors que la définition des peuples autochtones s'attache à des facteurs historiques enracinés dans l'espace et dans le temps, la notion de minorité ne détiend pas de sens qu'au sein d'une relation d'échange ou d'opposition ponctuelle », *op. cit.*, p. 26.

19. G. KOUBI, « Penser les minorités en droit », dans A. FENET (dir.), *loc. cit.*, note 13, p. 253; G. SOULIER, « Droits des minorités et pluralisme juridique », (1993) 18 *Revue de la recherche juridique — Droit prospectif* 625-630.

20. Sur la pertinence de l'analyse comparatiste, voir: A.-G. GAGNON, « Fédéralisme et identités nationales: le passage obligé de l'État-nation à l'État plurinational », dans J.-C. MASCLET et P. SOLDATOS (dir.), *op. cit.*, note 9. Sur la définition de la nation et du groupe ethnique, voir: W. CONNOR, « A Nation is a Nation, is a State, is an Ethnic Group, is a... », (1978) 1 *Ethnic and Racial Studies* 377-400.

21. Et notamment le fait que les stratégies disponibles et envisageables ne sont pas identiques et parfois seulement similaires, et que l'arsenal juridique est très différent.

évidemment observer — sur une même lutte pour l'obtention d'une réforme constitutionnelle susceptible de garantir la reconnaissance de leur identité et la dévolution de pouvoirs accrus²². Car le dénominateur commun de ces trois minorités est indéniablement leur relation de dépendance au pouvoir central. La comparaison permet cependant, aussi, la prise en compte de différents modes de mobilisation du droit, qui caractérisent eux-mêmes vraisemblablement des moments différents du rapport entre minorités et majorité.

Des formes d'autonomie des peuples et autres minorités nationales

L'étude de minorités établies dans les frontières d'États différents pose le problème de la comparaison des systèmes juridiques. On verse rapidement, alors, dans de complexes analyses de droit comparé où la description des normes posées l'emporte sur l'étude des rapports politiques. Pour contourner le problème, il apparaît opportun d'aborder la question en la mettant à l'abri de la qualification a priori offerte par le droit constitutionnel national. Car si celui-ci reflète le produit d'un certain rapport de force entre minorité et majorité, il ne facilite pas une définition dynamique des conditions continues de leurs relations. C'est pourquoi les formes de mobilisation du droit plutôt que la définition des droits constitutionnellement reconnus, nous apparaissent présenter une perspective intéressante.

En dehors de l'indépendance, de la libre association et de l'intégration à un État, l'acquisition de « tout autre statut politique » est également pour un peuple le moyen d'exercer son droit à disposer de lui-même²³. Il y a donc, à côté du droit à l'autodétermination classique, externe, « un droit d'autodétermination interne à l'État qui se concrétiserait en un statut d'autonomie »²⁴. Pour autant, aucune constitution occidentale ne reconnaît expressément le droit de sécession et, le plus souvent, elles le prohibent²⁵.

22. Pour une justification partielle, voir N. MCEWEN et L. TURGEON, « Leçons écossaises pour le Québec », *Le Devoir*, 8 juin 2000.

23. Voir à ce titre, la résolution 1541 XV du 15 décembre 1960 de l'Assemblée générale des Nations Unies.

24. F. LEMAIRE, « La question de la libre détermination statutaire des populations d'outre-mer devant le Conseil constitutionnel », (2000) 116 *Revue de droit public* 911.

25. Dans ce domaine, le juge constitutionnel a un rôle déterminant. Ainsi, la sécession en France doit procéder en deux temps : dans un premier temps, les populations intéressées doivent être consultées sur la base d'une question claire et sans équivoque, mais la décision finale appartient dans un second temps au seul Parlement français. CC 87-226 DC du 2 juin 1987. Néanmoins, la décision du 9 mai 1991 semble restreindre cette faculté à l'outre-mer.

Traduites du point de vue des mouvements minoritaires, les revendications territoriales peuvent elles-mêmes emprunter diverses formes. Le séparatisme, l'autonomisme, le régionalisme, le nationalisme et l'indépendantisme sont au nombre de ces orientations associées diversement aux mouvements minoritaires²⁶. Placés côte à côte sur un même axe, régionalisme, autonomisme, fédéralisme et indépendantisme expriment une différence de degré : toute revendication identitaire n'est pas nécessairement séparatiste, elle le devient « en désespoir de cause »²⁷. On comprend cependant par là que, situées sur le même axe, les deux extrémités du *continuum* se réfèrent néanmoins à des réalités politiques différentes, du point de vue des revendications comme de celui des résultats attendus.

Nous tentons pour notre part d'aborder ces mouvements d'affirmation politique en fonction de ce qu'ils supposent une référence au droit. En effet, si les revendications minoritaires peuvent être abordées comme l'origine de conflits politiques, elles ne font pas l'économie d'une référence à la norme juridique ne serait-ce que parce qu'elles s'expriment dans le cadre d'ordres constitutionnels déjà établis. Dans le cas particulier de cette étude, nous nous intéressons surtout aux revendications concernant

26. On retrouve d'ailleurs parfois l'ensemble de cette terminologie dans les mouvements identitaires (voir J.-C. VIALLE, « Division chez les séparatistes », dans C. BIDÉGARAY (dir.), *Europe occidentale : Le mirage séparatiste*, Paris, Economica, 1997, graphique A, p. 157). Revêtu d'une connotation négative, l'accusation de séparatisme « est un moyen commode pour disqualifier une revendication identitaire » (C. BIDÉGARAY, « Du séparatisme : Réflexions liminaires sur un concept ambigu », dans C. BIDÉGARAY (dir.), *op. cit.*, p. 11). L'emploi même du terme laisse entendre que le propos est tenu par un partisan de l'unité, opposé aux défenseurs de la périphérie. Le concept porte donc en lui une forte charge subjective (D.-L. SEILER, « La naissance des formations indépendantistes en Europe occidentale », dans C. BIDÉGARAY (dir.), *op. cit.*, p. 47) qui impose sa disqualification en tant qu'outil d'analyse. D'autant plus qu'en Europe de l'Ouest, « la revendication territoriale plus qu'une affirmation d'identité [...] est un moyen de négocier avec l'État. Dans la plupart des cas, la menace séparatiste n'est qu'un recours ultime dans une négociation que l'on souhaite pacifique. C'est la raison pour laquelle les mouvements adoptent toutes sortes d'appellations euphémisées qui évitent de connoter la rupture » (C. BIDÉGARAY, *ibid.*). Le concept se rapproche de l'idée d'indépendantisme. D'ailleurs, l'indépendantisme, comme le séparatisme, correspond à la volonté d'accéder à la souveraineté mais ne pâtit peut-être pas, contrairement à ce dernier, d'une trop forte connotation négative. Ces deux cas de figure se distinguent cependant de l'autonomisme et du régionalisme car, là où séparatistes et indépendantistes souhaitent changer d'État, les autonomistes et régionalistes veulent changer l'État. L'autonomisme a pour but de faire accéder un territoire spécifique à un *statut dérogatoire* et spécifique au sein même de l'État : l'objectif est ici d'obtenir une réelle autonomie de gestion qui suppose elle-même une véritable autonomie financière. La notion de communauté autonome correspond à la réalisation de cette revendication et le fédéralisme offre une multitude d'exemples de ce type d'aménagement politique institutionnalisé. Moins poussé, le régionalisme vise simplement le renforcement de l'*autonomie administrative* des institutions régionales. On réfère ici à une autonomie politique limitée. On apparentera le régionalisme à l'aspiration à une décentralisation modérée dans le cadre d'un État unitaire classique, qui, d'ailleurs, en est parfois lui-même l'instigateur.

27. J.-W. LAPIERRE, « L'État-Nation, la crise du trait d'union », dans C. BIDÉGARAY (dir.), *op. cit.*, note 26, p. 102.

l'aménagement de pouvoirs spécifiques au sein d'États existants, c'est donc la revendication en faveur d'une forme ou d'une autre d'autonomie politique qui nous intéresse, soit au sein d'États fédéraux (comme c'est le cas du Québec au sein du Canada) ou d'États qui, à l'origine, sont plus ou moins centralisés, comme c'est le cas de l'Écosse au Royaume-Uni et de la Corse en France. Le droit, abordé comme ressource mobilisable, nous servira ici d'indicateur de la gradation des mécanismes et des stratégies d'affirmation politique des minorités.

2. De la mobilisation du droit : une hypothèse longitudinale

Il est délicat de prétendre comparer les évolutions régionalistes, autonomistes ou indépendantistes de minorités présentes au sein d'États différents. Des distinctions importantes subsistent entre un État récent, comme le Canada, un État recomposé, comme la Grande-Bretagne, et un vieil État-nation, comme la France²⁸. Pour autant, la résolution du problème minoritaire semble revêtir une certaine unité : il est évident que le traitement des revendications minoritaires et territoriales passe par la reconnaissance du caractère multiculturel des États²⁹. Cette reconnaissance semble inéluctable — en Europe tout au moins — tant du fait de l'ampleur du mouvement d'autonomisation que du fait de la prégnance de la construction communautaire « dans sa dynamique fédéraliste »³⁰. L'écueil est surmontable, mais le risque est réel : il faudra s'attacher à montrer les éléments de convergence sans négliger de souligner les différences fondamentales. La présence, ou l'absence de vecteurs institutionnels et partisans, ne permet pas de dégager a priori des variables explicatives de l'émergence, du succès ou de l'échec des formations indépendantistes³¹. On ne peut se satisfaire de l'existence des structures partisans pour fonder l'analyse. C'est là tout l'intérêt d'établir un lien entre le degré d'intégration du groupe et sa capacité à mobiliser le droit. L'analyse comparée des minorités corse, écossaise et québécoise est en ce sens

28. La France est « le plus vieil État-nation d'Europe ». A. DUHAMEL, « La peur du changement », *Le Point*, n° 1458, 25 août 2000, p. 45.

29. Même si les spécificités ne peuvent être ignorées, il est évident qu'il y a ici un mouvement convergent justifiant l'analyse comparatiste. Voir en ce sens, D. MCCRONE, *loc. cit.*, note 10, p. 96.

30. J.-P. BESSET, « Occitanie : 50 fois la population corse, mais pas de communauté de destin », *Le Monde*, 24 août 2000, p. 10. L'Europe « est un facteur d'accélération pour l'émergence de régions naturelles dont les intérêts coïncident », selon les termes du maire de Banyuls, cité par I. DE CHIKOFF, « La catalanité, revendication paisible », *Le Figaro*, 11 août 2000, p. 5. Pour autant, l'Europe risque de s'enfermer dans ses propres contradictions. En se construisant, et pour se réaliser, elle cherche à dépasser les particularismes locaux. « Comment pourra-t-elle s'affirmer face à la résurgence d'identités ethniques et de régions qui réclameront bientôt des droits spéciaux au nom de leurs spécificités? ». G. MARCOU, « Menace sur l'État Républicain », *Le Monde*, 8 août 2000, p. 10.

31. Voir D.-L. SEILER, *loc. cit.*, note 26, p. 66.

pertinente. Chacune est engagée dans un mouvement de mobilisation du droit, tout en s'inscrivant à des moments différents dans la séquence de leur reconnaissance respective. La variable « temps » est ici un indicateur intéressant et motivant de l'analyse prospective que nous proposons.

Les acteurs sociaux tendent à investir l'espace juridique à des fins politiques. Ainsi, le droit peut être perçu non plus comme un système hiérarchisé de normes juridiques, mais bel et bien comme une ressource politique. La mobilisation collective du droit peut cependant prendre plusieurs formes³².

3. Les diverses formes de la mobilisation du droit

Dans un premier temps, nous avons tenté d'établir la liste des formes possibles de mobilisation — c'est-à-dire de référence symbolique ou d'usage instrumental — du droit à des fins politiques. Au moins six types différents de mobilisation du droit sont apparus plus courants s'il faut rendre compte de l'usage politique que peuvent en faire les minorités historiques territorialisées :

1. la dénonciation du juridique majoritaire;
2. la revendication de droits politiques spécifiques;
3. la mobilisation législative de droits acquis à titre de juridictions exclusives;
4. la négociation et l'exercice de juridictions partagées;
5. la négociation de l'exercice de pouvoirs délégués;
6. la demande de garanties judiciaires de droits reconnus.

Il nous est apparu utile de regrouper ces différentes formes de mobilisation en trois catégories analytiques touchant respectivement : 1) la revendication (pacifique ou violente) de droits collectifs nouveaux; 2) l'exercice de droit acquis (que ceux-ci soient exclusifs, partagés ou délégués); et 3) la confirmation — judiciaire — de droits déjà reconnus. Une première étude exploratoire des cas étudiés allait révéler l'intérêt heuristique de ces catégories. On raisonne donc ici en rythme ternaire sur la base de droits revendiqués, exercés, reconfirmés.

3.1 *La revendication collective de droits*

La première de ces modalités de mobilisation, **la revendication**, confine essentiellement à la demande de reconnaissance de droits politiques spécifiques et territorialisés. Elle caractérise l'action de tout mouve-

32. Pour les aspects théoriques de la mobilisation, voir : M. W. McCANN, *loc. cit.*, note 5; É. LE ROY, « Les usages politiques du droit », dans C. COULON et D.-C. MARTIN (dir.), *Les Afriques politiques*, Paris, La Découverte, 1991, p. 109-120; D. J. BLACK, *loc. cit.*, note 7.

ment d'affirmation minoritaire, fondé sur la définition et l'affirmation d'une identité particulière, associée à la revendication de juridictions correspondant aux aspirations autonomistes des minorités étudiées³³. On peut spontanément associer cette forme de *recours au droit*, c'est-à-dire, aux pratiques les plus proches de la mobilisation collective, aux revendications de minorités ne bénéficiant d'aucun statut politique spécifique. Le droit est surtout utilisé pour autant qu'il cristallise un certain nombre d'objectifs partagés, mais également comme procédé d'objectivation des demandes minoritaires et facteur d'unification du groupe. Le mouvement autonomiste dépasse alors l'affirmation culturelle ou identitaire pour emprunter une forme susceptible de connaître une expression institutionnelle précise, fondée à la fois sur la reconnaissance d'une autorité (et d'une institution) législative ou quasi législative et la définition de juridictions spécifiques. On comprend que cette forme de référence au droit caractérise d'abord la revendication de minorités en quête de reconnaissance et que, d'une certaine façon, le droit y est d'abord mobilisé comme *ressource symbolique* avant de l'être en tant que ressource instrumentale. Le but de la mobilisation est la constitution d'un rapport de force favorable. La référence au droit tend surtout à consacrer une série de droits politiques spécifiques qui, une fois établis et reconnus, s'imposent à la majorité³⁴. Cela étant, les exemples qui tendent à démontrer qu'elle peut également caractériser toute initiative prise en faveur de nouveaux pouvoirs par une minorité nationale reconnue et bénéficiant déjà d'un certain nombre de droits politiques spécifiques abondent. On pense par exemple aux revendications traditionnelles du Québec sur un grand nombre de juridictions nouvelles³⁵. Dans tous les cas, cependant, il est clair qu'une telle initiative nécessite une grande mobilisation collective, que celle-ci soit organisée dans le cadre de mouvements revendicatifs ou par la mobilisation unanime des institutions établies comme instances représentatives de la minorité. Plus radicale, la mobilisation armée exprime, dans cette perspective, le refus de l'ordre juridique majoritaire et constitue l'expression d'une rupture avec lui³⁶. Le droit sert encore ici, dans ses dimensions symboliques, comme repoussoir. La multiplication des activités illégales devient en contrepartie une expression du rejet de l'ordre juridique et politique de la majorité et vaut par conséquent, en soi, comme expression de la volonté politique minoritaire. Du

33. P. BIRNBAUM, *La logique de l'État*, Paris, Fayard, 1982, p. 175-189.

34. É. VALLET, « La vulnérabilité et le droit constitutionnel », dans F. COHET-CORDEY (dir.), *Vulnérabilité et droit : le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 57-64.

35. Voir par exemple, M. CHEVRIER, *Le fédéralisme canadien et l'autonomie du Québec : perspective historique*, Études et dossiers du ministère des Relations internationales du Québec, [<http://www.mri.gouv.qc.ca/francais/bibliotheque/index.html>].

36. Voir X. CRETTEZ, « Violence et politique de la reconnaissance », (2000) 47 *Pouvoirs locaux* 58-63; X. CRETTEZ et J. FERRET (dir.), *L'Europe à l'épreuve des séparatismes violents*, Paris, IHESI — La Documentation Française, 1999.

côté de la majorité, le thème de la sécurité publique, y compris de la sécurité des membres de la minorité elle-même, justifie également la référence au droit pour cause de sédition, d'atteinte à la sécurité de l'État, de haute trahison et d'insurrection appréhendée³⁷. Dans la foulée des arrestations et des condamnations, la revendication d'une reconnaissance du statut de prisonnier politique en faveur des militants incarcérés comme criminels de droit commun, constitue une retraduction politique de la pratique juridique majoritaire³⁸. Le droit sert encore ici de ressource politique, sinon de champ d'expression du conflit entre minorités et majorité.

3.2 *L'exercice de pouvoirs politiques particuliers*

La deuxième forme possible de la mobilisation est l'**exercice** même d'un pouvoir ou de pouvoirs déjà reconnu(s). Cette dimension de la mobilisation implique évidemment que la revendication antérieure de droits collectifs ait été totalement ou partiellement couronnée de succès. Elle suppose un réaménagement antérieur des droits politiques de la majorité en faveur de la minorité. L'enjeu réside alors dans l'exercice d'un véritable pouvoir sur la définition de la normativité juridique³⁹. La minorité bénéficie dans cette hypothèse d'une partie — d'un démembrement — du pouvoir législatif ou d'un pouvoir réglementaire particulier; c'est-à-dire *le droit partiel de dire le droit* dans certains champs de compétence constitutionnels. On touche ici toute la question de l'effectivité du droit, c'est-à-dire des conditions de mise en œuvre ou de mise en application du droit. Il s'agit d'une perspective à mi-chemin entre les formes symbolique et instrumentale du recours au droit⁴⁰. Un tel recours est d'ordre symbolique dans la mesure où il constitue chaque fois une réaffirmation des droits collectifs minoritaires et d'une consécration du groupe par l'exercice qu'il fait de ses pouvoirs politiques. Il est cependant instrumental dans la mesure où cette mobilisation du droit répond à des besoins concrets et spécifiques de la minorité. On verra plus loin qu'un mouvement lent, qui conduit éventuellement l'exercice du droit à trouver sa justification dans une perspective de plus en plus instrumentale, s'impose.

La mobilisation institutionnelle du droit — l'exercice d'une juridiction législative sinon réglementaire particulière — est cependant elle-même l'occasion d'une réaffirmation du conflit entre minorité et majorité.

37. Ainsi, par exemple, en France, le séparatisme n'est pas un fait politique simplement, mais une infraction et un délit, en application de l'article 88 de l'ancien code pénal. Et, en application du nouveau Code pénal en vigueur au 1^{er} mars 1994, est répréhensible tout acte de violence de « nature à porter atteinte à l'intégrité du territoire national ».

38. Voir par exemple, sur ce point, F. JOHANNÈS, « Les nationalistes posent leurs conditions à la poursuite du processus de paix », *Le Monde*, 7 août 2001; « Corse, les "prisonniers politiques" rapprochés de leur famille », *Libération*, 30 septembre 2002.

39. Voir A. JEAMMAUD, « Les règles juridiques et l'action », Recueil Dalloz-Sirey, n° 2, 1993, Chroniques p. 207-212.

40. M. W. MCCANN, *loc. cit.*, note 5.

Dans le cas d'une *juridiction exclusive*⁴¹, la chose s'affirme d'elle-même dans la mesure où la reconnaissance de droits collectifs particuliers est l'expression même d'un mode de vie différent de celui de la majorité. Cela étant, elle s'exprime également dans l'appel que les instances représentatives de la minorité peuvent faire du respect des droits qui leur ont été reconnus : décision unanime de l'Assemblée nationale (au Québec) et déclarations publiques diverses réaffirmant l'intégrité de la juridiction minoritaire⁴².

L'exercice de *juridictions partagées* est au contraire en constante redéfinition. Elle réédite, dans cette sphère institutionnalisée de la mobilisation du droit, le conflit qui oppose la minorité à la majorité. Ici, l'issue du conflit peut emprunter trois formes. Dans un premier cas de figure, il peut tenir de la négociation ou de la revendication de sous-espaces normatifs exclusifs (*semi-autonomous field*) au sein de la juridiction partagée (sorte de *modus vivendi* fondant un principe de non-ingérence⁴³). Dans un deuxième cas de figure, il peut impliquer la prise d'initiatives concurrentes dans le même champ de la juridiction⁴⁴. Il peut finalement impliquer l'établissement d'actions initiées conjointement par les instances majoritaire et minoritaire, chacune bénéficiant d'un droit de *veto* sur la décision à prendre.

Finalement, l'exercice de la juridiction peut être le simple produit d'un *pouvoir délégué*, comme c'est souvent le cas lorsque les aménagements du pouvoir sont établis sans modification du cadre constitutionnel. Les instances minoritaires se voient encore ici reconnaître une marge de manœuvre plus ou moins grande sur la juridiction, selon qu'on leur confie la mise en œuvre ou la simple mise en application de normes établies au sein des institutions majoritaires. Les études et les conditions d'effectivité du droit démontrent que la signification du droit peut alors faire l'objet d'importantes négociations qui sont souvent déterminantes dans

41. Pour reprendre l'analyse de L. PILETTE, *La constitution canadienne*, Montréal, Boréal Express, 1993, p. 72-74, on peut distinguer les compétences exclusives, les compétences exclusives minorées par une compétence ponctuelle du central, les compétences divisées et les compétences concurrentes.

42. C'est par le biais de résolutions ou de motions unanimes que l'Assemblée nationale du Québec va tenter de défendre une juridiction exclusive devenue partagée : l'unanimité est un support essentiel de cette stratégie. Ainsi, à titre d'exemple, mentionnons l'opposition maintes fois réaffirmée à la *Loi constitutionnelle de 1982* (la dernière motion ayant été adoptée en ce sens le 17 avril 2002), la motion demandant au gouvernement fédéral de respecter les compétences constitutionnelles du Québec au sujet de l'entente judiciaire entre la France et le Québec, la motion sur l'importance de la francophonie au Québec (20 mars 1998), la motion confirmant la validité du processus référendaire (21 mai 1997).

43. On pense notamment au Québec au domaine de l'immigration, depuis l'entente survenue en 1978, entente dite Cullen-Couture.

44. Ce fut notamment le cas, au Québec, au début des années 70, dans le domaine des communications télévisuelles.

l'étendue des pouvoirs finalement exercés. Cela étant, il faut reconnaître qu'il s'agit de la forme la plus fragile que peut emprunter la reconnaissance politique, ne serait-ce que parce qu'elle peut être à tout moment remise en question par la majorité.

On comprend immédiatement les liens qui existent entre ces conditions d'exercice (de mobilisation) du droit et les distinctions entre statut dérogatoire et autonomie administrative. Ces juridictions répondent de même à différentes expressions du mouvement minoritaire selon qu'il vise l'autonomie (et la déconcentration du pouvoir) ou la régionalisation (ou la simple décentralisation de ces pouvoirs), l'autonomisme et le régionalisme supposant des revendications politiques d'étendue différente⁴⁵.

3.3 *La recherche d'une confirmation judiciaire d'autonomie politique*

Troisième forme de la mobilisation, la **judiciarisation** s'inscrit ici comme le dernier recours dans l'ordre de mobilisations politiques du droit. Abordée ici du point de vue des droits politiques de la minorité, elle concerne essentiellement le recours aux tribunaux en vue de la confirmation judiciaire de droits qu'on croyait acquis, mais dont l'exercice est politiquement ou matériellement compromis par la majorité (le centre). Elle prend notamment la forme d'une dénonciation judiciaire de l'ingérence de la majorité dans les juridictions de la minorité. Le conflit est alors souvent conduit en référence au droit constitutionnel⁴⁶. On comprend que cette virtualité n'a de sens qu'une fois épuisé le recours politique aux pratiques usuelles de la mobilisation des institutions et des membres de la minorité : décision unanime prise au sein des instances représentatives de la minorité, appel à l'opinion publique, recours à la consultation publique ou à la consultation populaire, constitution de coalitions organisées au sein de la minorité et dénonciation médiatique des ingérences des pouvoirs centraux. Ainsi, cette solution de dernier recours met la minorité en situation de fragilité institutionnelle (et démontre la fragilité de sa légitimité) ne serait-ce que parce qu'elle suppose qu'on confie l'issue du conflit entre majorité et minorité à l'arbitrage d'instances judiciaires (intervenant à titre de cour constitutionnelle) sur lesquelles la majorité a généra-

45. Voir par exemple sur ce point le glossaire de X. CRETTEZ, « L'ethno-nationalisme en Europe occidentale », (2000) 843 *Problèmes politiques et sociaux* 6.

46. Voir à ce titre, A. LAJOIE, P. MULAZZI et M. GAMACHE, « Les idées politiques au Québec et le droit constitutionnel canadien », dans A. LAJOIE et I. BERNIER, *La Cour suprême comme agent de changement politique*, Études Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, vol. 47, Ottawa, Approvisionnements et services Canada, 1986, p. 1-110; S. PIERRÉ-CAPS, *Nation et peuples dans les constitutions modernes*, Nancy, PUN, 1987; A. MOYRAND, « Théorie de la souveraineté partagée », dans J.-Y. FABERON et G. AGNIEL (dir.), *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, Notes et études documentaires n° 5113-14, 2000, p. 29-38.

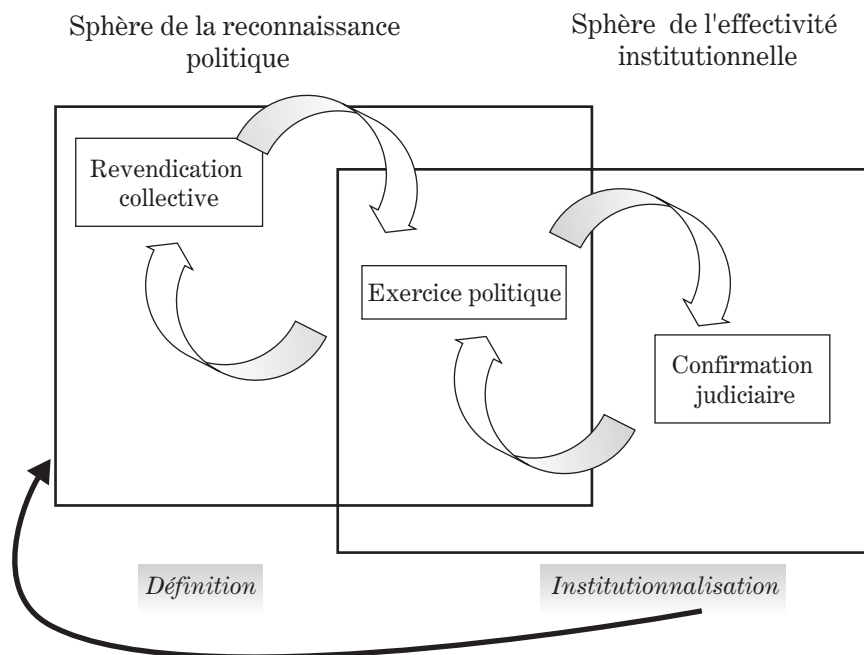
lement plus de contrôle que la minorité. *La mobilisation du droit est alors, dans une certaine mesure, le recours au droit de la majorité pour la reconnaissance de droits minoritaires.* On constate cependant du coup l'institutionnalisation inévitable de la mobilisation minoritaire et sa traduction entière dans les catégories du droit. La judiciarisation des conflits entre minorité et majorité constitue ainsi une des formes possibles de l'institutionnalisation du mouvement minoritaire, sa retraduction dans les catégories juridiques offertes par la majorité et, partant, sa récupération partielle dans l'ordre juridique majoritaire, le recours aux tribunaux nationaux constituant ici une forme de légitimation de cet ordre juridique dominant et l'expression d'une claire intégration de la minorité aux institutions politiques et publiques de la majorité. L'échec évident de cette stratégie judiciaire peut éventuellement faire la démonstration des incapacités du droit de la majorité à accommoder la minorité. Elle peut alors conduire à une nouvelle mobilisation minoritaire, favoriser sa désinstitutionnalisation et son réalignement sur la base de revendications plus radicales, susceptibles de redonner plus d'autonomie à la minorité (ou de lui redonner son autonomie perdue). Le tout suppose cependant que soient encore réunis les fondements sociologiques du groupe minoritaire et les conditions idéologiques et structurelles de la mobilisation collective. La revendication minoritaire redevient alors une question de rapport de force.

4. Modèle d'interprétation et hypothèse générale

Étant associés à des formes différentes de mobilisation du droit, la revendication de droits particuliers, l'exercice de juridictions spécifiques (exclusives, partagées ou déléguées) et la judiciarisation paraissent se distinguer comme autant de phases successives, mais rien n'interdit théoriquement que ces formes de la mobilisation du droit puissent être exploitées simultanément. L'étude exploratoire des cas particuliers du Québec, de la Corse et de l'Écosse suggère cependant de distinguer deux sphères différentes de l'action collective, abordées comme deux moments politiques différents : d'une part, la sphère de la reconnaissance politique au cours de laquelle la minorité nationale cherche à faire reconnaître ses droits; et d'autre part, la sphère de l'effectivité institutionnelle au cours de laquelle la minorité cherche à institutionnaliser ses droits, c'est-à-dire à en valider l'exercice et à en assurer l'effectivité (Figure 1).

La première de ces sphères s'inscrit dans l'interaction des étapes de la revendication et de l'exercice du droit. Ces deux usages du droit participent essentiellement de la mobilisation du droit comme *symbole* et sont intimement liés. Les droits y sont revendiqués parce qu'ils sont la condition d'un pouvoir en définition et, une fois acquis, sont exercés en tant qu'expression de l'autonomie normative de la minorité. Ils participent tous deux au processus de sa reconnaissance. On est ici en situation de production de sens. Ainsi, le processus de définition des droits ne s'arrête pas

FIGURE 1
SPHÈRE DE LA RECONNAISSANCE ET SPHÈRE DE L'ACTION
INSTITUTIONNELLE



avec la reconnaissance politique (et/ou constitutionnelle) de ces droits, mais s'inscrit également dans les premières formes dans lesquelles ils sont exercés. Par conséquent, dans toute institution bénéficiant de pouvoirs nouveaux (on pense par exemple à telle assemblée régionale ou à tel parlement nouveau), l'extension donnée dès le départ à ces juridictions est un élément important qui participe entièrement de leur définition politique. La tolérance — ou l'intolérance — des institutions majoritaires vis-à-vis de l'extension possible de cet exercice est par elle-même un indicateur de la reconnaissance qu'on accorde aux droits de la minorité. Les mobilisations publiques une fois épuisées, la participation électorale pour la désignation des détenteurs du pouvoir minoritaire, la capacité des élus de mobiliser l'opinion publique et la revendication en faveur d'un accroissement continu des juridictions existantes peuvent favoriser assez longtemps le maintien de l'exercice des droits dans la sphère de la reconnaissance politique. Une forme de support mutuel peut ainsi être assuré suivant deux formes possibles de mobilisation du droit : l'exercice du droit de dire le droit (l'exercice) étant établi sur la base d'une mobilisation crédible de la minorité, en tant que collectivité particulière.

L'évolution des rapports entre institutions minoritaire et majoritaire fait qu'on passe presque inévitablement de cet équilibre premier (sur ce premier type de rapport de force collectif) à un autre, plus institutionnalisé, fondé sur la conjonction des activités liées à l'exercice politique de pouvoirs législatifs spécifiques et à la confirmation judiciaire de cette juridiction. L'exercice législatif, utilisé comme expression de la volonté politique minoritaire, sinon comme expression de l'existence même de la minorité, conduit de façon presque incontournable à la mise en forme (à la fixation, puis à la ritualisation) lente de la vie politique et juridique de la minorité. L'exercice du droit cesse inévitablement de constituer la réédition symbolique des mobilisations antérieures pour rencontrer leur forme définitive et fonder une activité plus instrumentale, où le recours au droit retrouve les dimensions pratiques et fonctionnelles auxquelles on le ramène habituellement. Le débat sur le droit devient de plus en plus un débat institutionnel, mené entre spécialistes (élus, parlementaires, grands fonctionnaires) et la valeur de l'activité normative se mesure de plus en plus à son effectivité sinon à son efficacité⁴⁷. Graduellement, selon une tendance connue en droit, une forme d'enfermement qui confine l'exercice de l'activité juridique à une activité toujours plus *autopoïétique* s'impose⁴⁸. Les nouvelles orientations du droit s'établissant en fonction des normes antérieures, l'impératif de cohésion devient graduellement en soi une garantie d'efficacité en même temps qu'une condition de l'étalement normative sinon de l'intégrité des institutions. L'instance chargée d'exercer les responsabilités de dire le droit tend également à se spécialiser et à s'appuyer sur un personnel politique stable, alors que la mobilisation collective apparaît moins nécessaire, ce qui conduit — par extension — la classe politique naissante à y recourir de moins en moins. Par avancées successives, le droit devient sa propre référence et les solutions aux problèmes politiques — liés notamment à l'étendue et à la mise en œuvre de la juridiction — sont de plus en plus abordés comme des problèmes d'ordre juridique : de la sphère de la reconnaissance, la mobilisation passe à la sphère de l'effectivité institutionnelle (cf. Figure1). C'est dans la course de ce mouvement général que le recours à la judiciarisation apparaît comme une modalité légitime et utile de mobilisation du droit. Les problèmes d'ordre politique trouvant dorénavant une traduction commode dans la sphère des enjeux juridico-institutionnels. La régression de la sphère politique à la sphère des institutions, puis de la sphère des institutions à la sphère du droit lui-même, apparaît ainsi un mouvement prévisible, à la fois causé et justifié par l'épuisement de la mobilisation collective et comme une condition même de cette démobilisation.

47. Voir A. JEAMMAUD, *loc. cit.*, note 39.

48. On se réfère notamment ici aux travaux de Niklas Luhmann et de Gunther Teubner. Lire notamment J. CLAM, *Droit et société chez Niklas Luhmann*, Paris, Presses universitaires de France (coll. Droit, éthique et société), 1997, p. 239-293, et G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, Paris, Presses universitaires de France (coll. Les voies du droit), 1993, p. 25-42.

C'est sur la base de cette hypothèse générale que l'on analysera les cas corse, québécois et écossais. Ceux-ci ont l'avantage de se situer à différents niveaux de ce *continuum*, ne serait-ce que du fait que leur reconnaissance politique est acquise à des moments différents, éloignés dans le temps. Ainsi, alors que la Corse est en passe de se voir reconnaître une forme d'autonomie relative susceptible de conduire à une lente différenciation de la normativité juridique sur son territoire et sur le continent dont les pouvoirs restent encore à définir⁴⁹, l'Écosse bénéficie déjà d'un statut plus abouti, conclusion d'un processus déjà engagé à la fin des années 70, différé à l'époque Thatcher⁵⁰ avant d'être repris par le gouvernement Blair⁵¹. Pour sa part, le Québec offre l'exemple d'une minorité dont la reconnaissance est acquise⁵² depuis plus longtemps et dont les modes de recours au droit tendent à s'institutionnaliser. Le Tableau 1 rend compte de la position respective de ces trois cas de figure. L'hypothèse de travail est dynamique : elle se fonde sur un mouvement continu entre les différentes étapes de la mobilisation avec une présomption globale de régression de la sphère de la reconnaissance vers celle de l'institutionnalisation. Il s'agit donc ici d'étudier les conditions du passage d'une étape à l'autre.

TABLEAU 1
MOBILISATION MINORITAIRE ET CAS À L'ÉTUDE

	Corse	Écosse	Québec
Revendication collective			
Exercice politique			
Confirmation judiciaire			

L'hypothèse générale n'implique pas par définition un mouvement unilatéral d'une sphère à l'autre (c'est-à-dire de la reconnaissance à l'institutionnalisation). De façon plus réaliste, il est vraisemblable qu'il s'agisse là de deux moments d'une même mobilisation, qui ne peuvent être à l'abri de mouvements circulaires ou d'un certain équilibre dans le temps. Les

49. À ce titre, voir le dossier spécial de la revue *Pouvoirs locaux* : « Corse, une région autonome dans la République », *Pouvoirs locaux*, n° 47, décembre 2000, p. 49-118. Voir également le projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République, présenté au nom du président de la République par J.-P. RAFFARIN, et par D. PERBEN, Sénat, Session ordinaire 2002-2003, Annexe au procès-verbal de la séance du 16 octobre 2002.

50. G. LEYDIER, « Les années Thatcher en Écosse. L'union remise en question », (1994) 44 *Revue française de science politique* 4-9.

51. P. SCHLESINGER, « L'Écosse fait sa révolution tranquille », *Le Monde diplomatique*, avril 1998, p. 11.

52. L. BALTHAZAR, « Les nombreux visages du nationalisme au Québec », dans A.-G. GAGNON, *Québec : État et société*, Montréal, Éditions Québec Amérique inc., (coll. Dossiers Documents), 1994, p. 27-31.

sphères de la reconnaissance et de l'institutionnalisation s'équilibreraient ainsi l'une et l'autre dans une forme de dialectique de la mobilisation collective et de l'action institutionnelle. Ainsi, rien n'interdit que l'épuisement des recours institutionnels (notamment l'inefficacité des mobilisations judiciaires pour faire valoir des droits politiques qu'on croyait acquis) serve de fondement à un retour plus spontané des mobilisations collectives antérieures et, avec elles, à une relance des mouvements revendicatifs, fondés en valeurs plutôt qu'en finalité. C'est notamment le cas si les fonctions électives sont, au sein des instances politiques, occupées par des acteurs considérés comme velléitaires et trop préoccupés d'entretenir de meilleurs rapports avec le centre. Par ailleurs, rien n'interdit qu'une mobilisation publique vienne appuyer une initiative judiciaire initiée par les institutions représentatives de la minorité en faveur de l'intégrité des pouvoirs reconnus⁵³. Bref, il existe éventuellement, à certaines périodes, un équilibre des sphères de la mobilisation et de l'institution. Cela étant dit, il semble que l'on puisse, sur une période de quelques années, proposer l'hypothèse d'une régression continue dans les formes de mobilisation du droit, d'abord comme symbole puis comme instrument, suivie d'une remobilisation collective, sous certaines conditions favorables que nous avons rapidement décrites.

Cette hypothèse peut être complétée par une seconde, qui pourrait l'expliquer. Car si un éventuel jeu de bascule de la sphère de la reconnaissance à celle de l'institution peut être observé, c'est vraisemblablement du fait de l'évolution des conditions d'exercice des droits législatifs reconnus à la minorité, qui joue dans ce modèle d'explication un rôle central et constitue le point nodal entre la revendication et la confirmation judiciaire de droits politiques spécifiques. Nous avons vu que *l'exercice politique* du droit peut connaître une extension variable selon que les pouvoirs reconnus sont exclusifs, partagés ou délégués. Il s'agit encore ici d'une forme de régression. L'intérêt de recourir à cet angle d'analyse réside dans la possibilité de réintégrer le problème des *rapports de force* dans l'analyse de l'hypothèse d'institutionnalisation. En effet, le lent passage de la sphère de la revendication politique à celle de l'institution judiciaire peut potentiellement être conçu comme le produit du mouvement minoritaire lui-même. Ce passage peut être vu comme une conséquence de sa propre action et de sa propre évolution, mais ce mouvement peut également être abordé comme le produit des rapports de force asymétriques entre le centre et la périphérie, c'est-à-dire entre la minorité territorialisée et la majorité contrôlant les institutions politiques nationales. On peut supposer qu'en l'absence d'une mobilisation populaire continue (et d'un maintien dans la sphère de la reconnaissance), l'équilibre des rapports institutionnels risque de se rompre en faveur de l'État central et favoriser une autre régression susceptible, elle, de faire de l'exercice de cer-

53. On pense notamment, au Québec, aux mobilisations entourant la contestation des récentes modifications à la Loi fédérale sur les jeunes contrevenants.

tains pouvoirs exclusifs reconnus aux minorités des pouvoirs partagés, du fait de l'ingérence du gouvernement central dans les juridictions pourtant reconnues à la minorité⁵⁴. Peut éventuellement s'ensuivre une mutation de ces juridictions partagées en juridictions déléguées, les institutions politiques minoritaires devenant graduellement des sous-traitants de l'État central. Bien sûr, l'absence de reconnaissance constitutionnelle de tels droits politiques vient renforcer cette tendance et risque même de diminuer les velléités d'y recourir, du fait de leur assujettissement à la bonne volonté des institutions politiques centrales qui les ont établies. C'est l'hypothèse du « coup de force », qui est d'autant plus prévisible que l'activité institutionnelle s'est lentement substituée à la mobilisation populaire au sein du mouvement minoritaire. On peut également supposer qu'une juridiction partagée (quelles que soient les modalités du partage qui fondent les rapports minorité-majorité) risque plus facilement — qu'une juridiction exclusive — de se voir ramenée au niveau des juridictions déléguées. En amont, la lente redéfinition (imposée *de facto* ou constitutionnellement consacrée) d'une juridiction exclusive en tant que juridictions partagées serait le préambule à sa réduction ultérieure au rang des juridictions déléguées.

Les modalités par lesquelles transitent ces rapports de force (qui sont des expressions du conflit entre minorité et majorité) peuvent éventuellement prendre diverses formes, qui, toutes, constituent des modalités de mobilisation du droit par la majorité. Car si le droit peut constituer une ressource pour la minorité, il en est également une pour la majorité⁵⁵. Ainsi, si on entend pousser plus loin l'analyse, il est raisonnable d'envisager que les modalités d'exercice de ces rapports de force varient selon que le centre politique recourt à une conception instrumentale ou symbolique du droit. Dans une perspective instrumentale, l'État central peut s'imposer institutionnellement soit par la force des structures administratives qu'elle établit, soit par sa capacité d'investir financièrement le champ de juridiction de la minorité. Dans le premier cas, le centre est susceptible d'encadrer sinon de concurrencer l'action des structures administratives minoritaires du fait de ses moyens et de son expertise. Il peut être tenté de s'imposer dans le champ en l'occupant, par la mise sur pied de ses propres services ou de ses propres normes. Dans un deuxième cas de figure, il peut cependant aussi alimenter une forme de dépendance matérielle ou financière de l'administration minoritaire vis-à-vis de l'État central en s'offrant sous certaines conditions à soutenir financièrement ses activités et en alimentant du coup la dépendance normative de la minorité par rapport à la majorité. Le conflit peut également être transposé sur le terrain de la légitimité, c'est-à-dire du droit entendu comme symbole. Le centre peut alors tenter de créer chez les membres de la

54. Voir É. LE ROY, *loc. cit.*, note 32.

55. Voir D. J. BLACK, *loc. cit.*, note 7.

minorité un conflit de loyauté du fait de la mise en compétition de ses propres initiatives dans un champ reconnu à la minorité. Il peut également envisager un éventuel rapatriement de la juridiction, ce qui est plus susceptible de survenir dans l'hypothèse de pouvoirs délégués (plutôt qu'exclusifs ou partagés). Cependant, dans d'autres cas, on peut théoriquement envisager que la chose puisse survenir soit dans la foulée d'une modification unilatérale de la Constitution, supportée par la majorité, soit par l'adoption de normes d'application générale, susceptibles de limiter l'exercice de certaines juridictions partagées. Que la mobilisation du droit majoritaire soit instrumentale ou symbolique, elle peut être réalisée tantôt graduellement, tantôt dans le cadre d'un coup de force. Ces différentes modalités de mobilisation du droit expliquent que le recours au judiciaire puisse être envisagé comme la seule issue offerte à la minorité⁵⁶, notamment lorsque les institutions minoritaires constatent les difficultés d'une mobilisation populaire continue de ses membres.

Conclusion : Discussion critique et retour sur l'hypothèse

L'exposé qui précède est fondé sur une hypothèse forte : la tendance à l'institutionnalisation graduelle du mouvement minoritaire. En regard des différentes formes de mobilisation du droit, cette institutionnalisation suppose le passage d'une référence plutôt symbolique à la normativité juridique vers des formes toujours plus instrumentales de recours au droit, à la faveur de juridictions spécifiques reconnues, puis graduellement restreintes par la majorité. Parallèlement, le recours au droit, qui sert d'abord d'expression de l'identité et de la revendication minoritaire, devient un outil fonctionnel du pouvoir politique minoritaire, consacré institutionnellement. On peut dans le même sens s'attendre à un essouffement lent des mobilisations collectives qui alimentaient le mouvement minoritaire original. Il s'accompagne d'une forme de plus en plus fonctionnelle et autoréférentielle de recours au droit, débouchant éventuellement sur la réduction du conflit minorité-majorité à un simple conflit de juridiction. Le recours au système judiciaire, même dominé par les institutions majoritaires, devient alors la seule forme de mobilisation du droit offerte à la minorité. La destinée prévisible de tout mouvement minoritaire, même territorialisé, ne serait par conséquent pas différente de celle de tout mouvement social : son institutionnalisation, sa réduction à quelques enjeux et à quelques pratiques juridiques instrumentales. On sait cependant que plusieurs minorités nationales ont échappé à cet horizon pendant des décennies (sinon pendant des siècles), ce qui invite à la prudence..., bien que notre hypothèse rende compte d'une dimension importante de la condition minoritaire, condition qui, hors de l'affirmation

56. S. TIERNEY, *Mediating Diversity in Multi-national Societies: the Judicial Safety-valve?*, Contribution au colloque « Les aménagements institutionnels de la diversité », Saint-Marc-sur-Richelieu, 20-22 septembre 2001.

indépendantiste, reste toujours une condition politiquement (et institutionnellement) dépendante.

Cette hypothèse forte ne rend sans doute pas compte de l'ensemble du processus, et doit être nuancée de plusieurs façons. C'est à l'établissement de ces nuances importantes qu'est consacrée l'étude comparative que nous entreprenons à partir des cas québécois, écossais et corse.

Indiquons d'abord — et cette variante de l'hypothèse de régression est en partie évoquée plus haut — que le mouvement général vers la réduction du mouvement minoritaire à une simple mobilisation institutionnelle et judiciaire n'exclut pas l'inscription de cette tendance dans le cadre d'un cycle politique beaucoup plus long. La tendance à la régression juridique et institutionnelle ne rendrait alors compte que d'une partie de la trajectoire suivie par la mobilisation minoritaire. C'est cet aspect cyclique qui permet la remobilisation ultérieure de la minorité, une fois épuisés tous les recours juridiques offerts aux institutions politiques minoritaires. Ici, le cas du Québec paraît encore intéressant. Bien que, avec la fin des années 90, le recours judiciaire semble avoir été graduellement envisagé comme une solution à un certain nombre de problèmes rencontrés dans les rapports entre les juridictions provinciale et canadienne, il ne s'agit pas en soi d'une innovation. Un rapide tour d'horizon des relations Québec-Canada permet de découvrir que si le recours à l'arbitrage judiciaire des champs de juridiction a été évité pendant une trentaine d'années, à partir du milieu des années 60, il était plus souvent envisagé dans l'immédiat de l'après-guerre. L'épuisement de ce cycle institutionnel aurait lui-même favorisé le redéploiement de formes plus collectives de mobilisation, du type de celles sur lesquelles l'État québécois a pu compter jusqu'au milieu des années 80 et à la suite desquelles la réinstitutionnalisation des relations majorité-minorité a pu être envisagée comme une issue inévitable.

Autre modalité susceptible de conduire à un assouplissement de l'hypothèse de régression, on peut envisager que l'institutionnalisation de la mobilisation minoritaire du droit est fonction de la nature des enjeux entourant le conflit majorité-minorité. Ainsi, sur les questions touchant à des dimensions culturelles, linguistiques ou identitaires fortes, peu sujettes à laisser place au compromis, il est moins vraisemblable que la régression institutionnelle et juridique du conflit survienne, alors qu'elle est plus facilement envisageable dans le cas d'enjeux d'ordre fonctionnel ou économique. Il s'agit d'une hypothèse à explorer, encore qu'il convient de reconnaître que, en regard de l'affirmation minoritaire, la grande force de la régression institutionnelle tient de ce qu'elle favorise systématiquement la réduction des enjeux culturels et identitaires à ses dimensions économiques ou juridiques. Tout conflit entre majorité et minorité risque dès lors d'être réduit à ses dimensions fonctionnelles, situation qui, par à-coup, réduit les velléités mobilisatrices. Cela étant, il ne faut pas nier qu'une partie plus ou moins étendue de la revendication minoritaire reste

peu susceptible de connaître une réduction institutionnelle et que, dans les limites des conditions sociologiques de l'action collective, la régression totale du mouvement minoritaire (son institutionnalisation complète) est peu probable.

Cette dernière modulation de l'hypothèse de régression nous incite à en explorer une autre : celle de la cohabitation des formes de la mobilisation du droit. Il s'ensuivrait que sur un enjeu donné (dans un champ particulier de l'affirmation minoritaire) où les institutions politiques minoritaires se trouvent impliquées, il est peu probable que la réduction du conflit à ces seules dimensions institutionnelles élimine toute autre forme de mobilisation et qu'on assiste éventuellement (dans des proportions variables en fonction de la nature des enjeux) à une combinaison de diverses formes de mobilisation du droit. La mobilisation institutionnelle du droit ne constituerait dès lors qu'une forme d'action parmi d'autres, dans le répertoire des pratiques minoritaires, de sorte que la régression institutionnelle ne constituerait pas un mouvement aussi latéral que ce que suppose l'exposé que nous en avons fait.

Dernier élément, il est vraisemblable que l'hypothèse de régression puisse être nuancée à l'aide d'un étude plus détaillée des effets de contexte (des références politiques actives à moyen terme) et des effets de conjoncture (références actives à plus court terme) qui, toujours difficiles à prévoir et même à analyser, offriraient néanmoins l'occasion de nuancer le caractère apparemment inévitable de l'hypothèse de régression.

C'est essentiellement à l'établissement de ces nuances qu'est consacrée la recherche que nous entendons mener dans les prochaines années sur les cas québécois, écossais et corse dans une perspective comparative et dynamique des rapports entre minorité et majorité, sinon entre nationalisme majoritaire et minoritaire.

CHAPITRE 2

Aménagements institutionnels de la diversité

LE CONSTITUTIONNALISME ESPAGNOL ET LE FÉDÉRALISME

par

Xavier ARBÓS

Professeur de droit constitutionnel — Faculté de droit —
Universitat de Girona (Catalogne — Espagne)

1. Introduction

Parmi les tâches des spécialistes du droit constitutionnel, la gestion de la diversité semble être de celles dont l'urgence est indiscutable. Les « démocraties multinationales »¹ d'aujourd'hui n'avaient pas été prévues par les catégories d'une science juridique dont la dogmatique reste à évoluer. Les philosophes, les sociologues et les politologues multiplient les apports, et le juriste interpellé doit faire l'effort de traduire les propositions normatives qui proviennent d'autres disciplines dans le langage du droit. Souvent, c'est le droit constitutionnel qu'on sollicite, dans l'espoir que le texte constitutionnel serve au moins à apaiser ce genre de tensions. Dès que le problème de la diversité concerne des États où l'homogénéité nationale est discutée, l'on se tourne vers les expériences fédérales².

Ce n'est pas que les États fédéraux soient nés pour résoudre des problèmes de diversité, mais la distribution territoriale du pouvoir qui leur est inhérente semble appropriée pour garantir une autonomie territoriale à des minorités. Parfois, le système de distribution des compétences met dans les mains des législateurs des États fédérés la capacité de légiférer sur les éléments définitoires de l'identité collective. C'est ainsi que le groupe qui est minoritaire dans le cadre d'ensemble de l'État fédéral peut être majoritaire au plan de l'État fédéré; en plus, il peut prendre en main la sauvegarde de son identité à condition d'avoir des compétences appropriées à ce but. Le succès des fédérations n'est pas total; le cas

1. A.-G. GAGNON et J. TULLY (eds.), *Multinational Democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

2. A.-G. GAGNON, « The Political Uses of Federalism », dans A.-G. GAGNON et M. BURGESS (eds.), *Comparative federalism and Federation. Competing Traditions and Future Directions*, London, Harvester and Wheatsheaf, 1993, p. 15-44.

canadien montre les limites de la formule fédérale³. Aussi, il est vrai qu'elle peut être un instrument raisonnablement utile pour gérer la diversité; il y a aussi des exemples de réussite, comme la Suisse.

Ceci dit, pour qu'une fédération ait l'opportunité de commencer à gérer la diversité, il faut tout d'abord l'implanter. Le fédéralisme comme mouvement politique peut être défini par ce but, mais il doit se battre contre ceux qui en contestent les mérites. Ce combat idéologique est mené par des dirigeants politiques, mais ils trouvent dans le discours savant des arguments raffinés pour leur cause. À l'arrière-garde du débat partisan, la doctrine constitutionnelle fait partie de la culture juridique⁴; et ce que les experts en droit constitutionnel disent sur la Constitution en vigueur ou sur les projets de réforme devient un critère, parmi d'autres, sur ce qui est faisable ou désirable dans le système politique. Bien entendu, les réflexions des juristes se présentent comme étant un critère de légitimité au-dessus de la mêlée partisane⁵. Tout de même, la doctrine a certainement un rôle dans la formation des valeurs et des préjugés de ceux qui, sortis des universités, deviendront des dirigeants politiques et des décideurs. Voilà pourquoi il me semble intéressant de présenter les traits essentiels de la doctrine constitutionnelle espagnole par rapport au fédéralisme et à la formule fédérale.

2. La Constitution espagnole de 1978 et le fédéralisme

La Constitution espagnole de 1978 est une tentative de conciliation des sentiments nationaux différents et des demandes d'autonomie qui ont des racines très profondes. Ce texte offre un modèle qui peut être assimilé à une fédération, et il représente l'expérience constitutionnelle la plus stable de toute notre histoire. Si l'« État des autonomies » de la Constitution de 1978 a eu un succès remarquable (malgré la persistance du terrorisme basque), on peut se demander pourquoi l'histoire constitutionnelle espagnole ne s'est pas inspirée plus tôt du fédéralisme⁶. On peut suggérer deux raisons : tout d'abord, la I^{re} République de 1873 eut un projet de Constitution fédérale qui ne fut jamais mis en vigueur, et l'échec

3. Par exemple, G. LAFOREST, «The Nature of Sovereignty: Reply to my Critics Concerning *Trudeau and the End of a Canadian Dream* » et S. DION, «The Supreme Court's Reference on Unilateral Secession: A Turning Point in Canadian History », dans R. BEINER et W. NORMAN (eds.), *Canadian Political Philosophy*, Don Mills, Ont., Oxford University Press, 2001, p. 298-310 et p. 311-317.

4. L. M. FRIEDMAN, *Law and Society. An Introduction*, Englewood Cliffs, NJ, Prentice Hall, 1977, p. 7-8.

5. J. COMMAILLE, *L'esprit sociologique des lois. Essai de sociologie politique du droit*, Paris, P.U.F., 1994, p. 25.

6. En évoquant cette possibilité, je ne peux résister au plaisir de rappeler l'anecdote que raconte John C. Hamilton, fils d'Alexander Hamilton, à propos du succès des *Federalist Papers*, « No other edition was published in the United States until the year eighteen hundred and two, three or more translations — the first in seventeen hundred

de la République fut aussi celui du parti fédéraliste de Pi i Margall; ensuite, les bases du mouvement fédéraliste en Catalogne inclinèrent vers des positions autonomistes⁷.

La première occasion d'un arrangement constitutionnel et stable des problèmes associés à la diversité nationale a été celle de la II^e République de 1931. Le système permet la constitution de régions autonomes, mais il ne s'organise pas dès le début dans un cadre de distribution générale du pouvoir sur le territoire. C'est un état unitaire, qui admet l'autonomie d'un ou de plusieurs de ses territoires s'ils la demandent. « La République constitue un État intégral, compatible avec l'autonomie des Municipalités et des Régions », dit le troisième paragraphe de l'article premier. L'expression « État intégral » (« Estado integral ») voulait désigner une formule explicitement différente du fédéralisme. Le juriste socialiste Jiménez de Asúa, président de la commission de rédaction de l'assemblée constituante l'expliquait ainsi :

De façon délibérée, nous n'avons pas voulu déclarer dans notre Charte constitutionnelle que l'Espagne est une République fédérale : nous n'avons pas voulu le déclarer parce qu'aujourd'hui, tant l'unitarisme que le fédéralisme se trouvent en crise ouverte, théorique et pratique. [...] Nous ne parlons pas d'État fédéral parce que fédérer, c'est réunir. Ce sont les États qui vivaient séparés et qui ont voulu se réunir en collectivité qui se sont fédérés⁸.

Du point de vue de la doctrine espagnole, qui était très influencée par celle de l'Allemagne, on trouve une raison supplémentaire pour ne pas accepter le modèle fédéral, dans la mesure où il pouvait être un instru-

and ninety two — having, in the meantime, appeared in Paris during the exciting discussions which then occupied the minds of people of France. Talleyrand appreciating it, said to the Duc of Aranda, envoy at the French Court from Spain — “Vous avez lu Le Fédéraliste?” — “Non”, replied D'Aranda. — “Lisez donc — lisez,” was the significant answer.» J. C. HAMILTON, « Historical notice », dans A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *The Federalist*, Philadelphia, J.B. Lippincott & Co., 1877, p. IX-CLXV (p. LXXXVIII). En réalité, il s'agit du compte d'Aranda (Pedro Abarca de Bolea), qui fut ambassadeur en France de 1773 à 1787, et qui pouvait se trouver à Paris à l'époque où l'anecdote est située. Le compte d'Aranda ayant eu beaucoup d'influence auprès du Roi Carlos IV, l'hypothèse est donc séduisante.

7. Sur la I^{re} République et le fédéralisme espagnol, voir L. LE FUR, *État fédéral et Confédération d'États*, Paris, Éditions Panthéon Assas, 2000 (fac-similé de l'édition de 1896), p. 310-312; A. PÉREZ AYALA, « La I República. Marco político y proyecto constitucional », *Revista de Estudios Políticos*, n. 105, 1999, p. 29-71. Sur la rupture entre le fédéralisme espagnol de Pi i Margall et les Catalans autonomistes, voir V. ALMIRALL, *Explicaciones. Cartas políticas*, Barcelona, Imprenta El Principado, s.a. (1881).

8. Dans D. SEVILLA ANDRÉS, *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, Madrid, Editora Nacional, 1969, vol. II, p. 203-213 (p. 206 et 207). Dans le même discours (p. 207), il disait qu'ils avaient emprunté l'expression « État intégral » au juriste allemand Hugo Preuss.

ment du nationalisme dominant. Carl Schmitt faisait une interprétation du modèle fédéral où l'homogénéité nationale en était un élément essentiel. Francisco Ayala, qui en 1934 écrivait l'introduction à la traduction espagnole de la *Verfassungslehre*, soutenait que le modèle d'État intégral était incompatible avec le fédéralisme tel que présenté par Schmitt⁹.

L'approche des constituants de la République a été suivie en 1978. La dictature de Franco s'était caractérisée par son unitarisme radical, et les constituants de la démocratie ont voulu résoudre au moins les demandes d'autonomie de la Catalogne et du Pays Basque. Ils l'ont fait en donnant la possibilité de former des Communautés autonomes. De même qu'en 1931, elles n'existaient qu'à partir de la Constitution, après un processus où la demande d'autonomie devait être formalisée. Et tout comme en 1931, les forces politiques majoritaires renoncèrent à proposer un modèle fédéral explicite. En fait, les allusions au modèle fédéral ont été faites au fur et à mesure que l'on discutait des compétences qu'on pouvait attribuer aux futures Communautés autonomes et, surtout, de l'interdiction de fédération entre elles (art. 145.1 du texte final).

Au Congrès, le député basque d'Euskadiko Eskerra, Francisco Letamendía, prit la parole pour souligner le fait qu'on fermait la porte à l'État fédéral. Après lui, le conservateur Manuel Fraga critiqua le point de vue selon lequel il n'y a aucune alternative entre l'État unitaire et l'État fédéral, car à son avis « l'État régional [...] fut celui qu'on a voulu construire en 1931 et celui qu'on veut construire maintenant ». Il ajouta le point de vue selon lequel la fédéralisation d'un État unitaire signifie le diviser.¹⁰ Notons que ce même raisonnement était celui de Jiménez de Asúa aux Cortès de la République de 1931. Pérez Llorca, du parti Union du Centre Démocratique qui était au gouvernement, soutint le point de vue de Fraga. De leur côté, les socialistes et les communistes expliquèrent que, bien qu'étant favorables en principe à un État fédéral, ils considéraient que le moment n'était pas encore arrivé pour le proposer. Les forces majoritaires des nationalismes basque et catalan n'ont pas voulu réclamer l'État fédéral. Des Catalans, seulement M. Cañellas, de la démocratie chrétienne, et M. Barrera, républicain, se sont exprimés en faveur

9. F. AYALA, « Presentación », dans C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 13-18. La vision de Carl Schmitt sur les fédérations se trouve aux p. 345-371. Au sujet de l'influence de la doctrine allemande, voir F. TOMÁS Y. VALIENTE, « El "Estado integral", nacimiento y virtualidad de una forma poco estudiada », dans ses *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, vol. III, p. 2041-2054.

10. *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, n. 88, 14 juin 1978, p. 3259 et suiv. Un point de vue critique sur la possibilité de distinguer l'État fédéral de l'État régional est exposé dans M. HERRERO DE MIÑÓN, « Introducción », à G. JELLINEK, *Fragmentos de Estado*, Madrid, Civitas, p. 13-51 (p. 38).

du fédéralisme. Le consensus s'est donc bâti autour de l'État unitaire ouvert à la possibilité de formation de Communautés autonomes. Ce qui allait devenir l'« État des autonomies »¹¹.

3. Du « juriste persan » aux politologues américains

Le modèle constitutionnel présentait une grande complexité. Il était indéterminé, dans le sens que la distribution territoriale du pouvoir n'était pas régulée par le texte de la Constitution, mais par un « bloc de constitutionnalité » formé par le texte constitutionnel et la législation qui le développait : les Statuts d'autonomie de chaque Communauté autonome, les lois qui établissent le contenu des domaines de compétences de l'État et des Communautés, et, bien entendu, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle chargée de régler les conflits. Pedro Cruz Villalón rédigea un article brillant où il utilisait la métaphore des *Lettres persanes* de Montesquieu : un « juriste persan » serait arrivé en Espagne, et il n'aurait rien compris au système autonome s'il s'était limité à considérer le seul texte de la Constitution¹². C'était au début des années 80, période où le système autonome n'était pas encore devenu la formule généralisée. Cette possibilité posait des problèmes. La complexité du système risquait d'être insoutenable si le contenu de chaque autonomie était différent. C'est dans ce contexte que l'on vit apparaître le modèle fédéral, promu par un des professeurs de droit administratif parmi les plus respectés, Eduardo García de Enterría.

Au dessus des problèmes de qualification théorique, le problème politique réel semble demander d'autres solutions. Nous sommes chaque fois plus nombreux à considérer que la formule fédérale déclarée, c'est-à-dire celle qui renvoie toute la configuration du système à la constitution, même si elle est complétée par les États, est assez supérieure à celle que notre constitution a adoptée. La formule fédérale est aussi le point d'arrivée du système dans un futur qui n'est pas lointain¹³.

11. La position de Gregorio Peces-Barba, socialiste, se retrouve dans *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, n. 88, 14 juin 1978, p. 3262-3263 ; celle des communistes, représentés par Jordi Solé Tura, p. 3265 ; celle d'Anton Cañellas, au n. 60, 8 mai 1978, p. 2070 et suiv. ; celle d'Heribert Barrera, à la p. 2080. Une perspective comparée de l'État des autonomies se trouve dans C. BIDÉGARAY (dir.), *L'État autonome : forme nouvelle ou transitoire en Europe ?*, Paris, Economica, 1994, p. 149-155.

12. P. CRUZ VILLALÓN, « La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa », *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n. 4, 1981, p. 53-63.

13. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, « Prólogo a *Les autonomies régionales dans la constitution espagnole* », Paris, Economica 1981 », dans ses *Estudios sobre autonomías territoriales*, Madrid, Civitas, 1985, p. 411-416 (p. 411).

Il donna aussi des précisions à propos du type de fédéralisme qu'il jugeait préférable, et aussi un point de vue « général » sur l'État fédéral¹⁴ : le fédéralisme comme relations intergouvernementales, qui exclut l'existence de compétences exclusives quoi que les textes constitutionnels en disent. L'autorité de référence est celle de Michael D. Reagan et John G. Sanzone dans *The New Federalism* :

Federalism — old style — is dead. Yet federalism — new style — is alive and well and living in the United States. Its name is *intergovernmental relations*.

Old-style federalism is a legal concept, emphasizing a constitutional division of authority and functions between a national government and state governments, with both levels having received their powers independently of each other from a third source — the people. New-style federalism is a political and pragmatic concept, stressing the actual interdependence and sharing of functions between Washington and the states and focusing on the leverage that each actor is able to exert on the other¹⁵.

Il est clair que ce texte considère la régulation juridique du partage des compétences comme quelque chose de secondaire, et il est extrêmement surprenant que le juriste García de Enterría soit en faveur de cette conception du fédéralisme. D'autant plus que ce professeur de droit administratif a été un apôtre de l'approche strictement juridique du droit constitutionnel¹⁶. Cette approche interdit d'utiliser des catégories qui ne soient pas strictement juridiques, et c'est pourquoi il est si difficile de comprendre pourquoi García de Enterría néglige la dimension normative des règles constitutionnelles du fédéralisme. Cette version de la doctrine fédéraliste aboutit donc à la perte de la garantie constitutionnelle de l'autonomie, du moment où elle détermine qu'elle est non pertinente.

Ces mêmes années, une association de hauts fonctionnaires de l'État choisit le pseudonyme « Javier de Burgos » pour écrire un livre à titre « fédéraliste » : *España: por un Estado federal*¹⁷. Or, le contenu fédéraliste de ce texte inquiéterait les auteurs des *Federalist Papers*. D'abord, le choix du pseudonyme tombe dans le sarcastique. Javier de Burgos fut l'auteur de la division provinciale de 1823, qui suivit des critères similaires à ceux qui ont présidé à l'implantation des départements en France. Les anciennes collectivités, les anciens royaumes furent brisés pour le

14. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, « Estudio preliminar a la obra colectiva “La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el derecho comparado y en la Constitución española”, 1980 » dans ses *Estudios sobre autonomías territoriales*, *id.*, p. 375-399 (p. 389-390).

15. M. D. REAGAN et J. G. SANZONE, *The New Federalism*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1981, p. 3.

16. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, « Prólogo », dans *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, p. 19-34 (p. 26).

17. J. DE BURGOS, *España: por un Estado federal*, Barcelona, Argos-Vergara, 1983.

meilleur service de la centralisation. Surtout, et au-delà des considérations anecdotiques, le plus significatif est contenu dans la liste de propositions de réforme; la première réclame de doter le Parlement espagnol de facultés normatives supérieures à celles des Communautés autonomes. Voilà un État fédéral où les pouvoirs législatifs des États membres restent soumis à ceux de la fédération¹⁸!

4. Le débat postconstitutionnel. L'État des autonomies, catégorie autonome

La réflexion sur le modèle fédéral continue toujours dans la doctrine espagnole, où le « fédéralisme coopératif/rerelations intergouvernementales » est devenu dominant dans les années 90¹⁹. Il semble clair que l'État des autonomies est devenu une catégorie autonome qui, du point de vue du droit constitutionnel, n'est pas assimilée à la fédération²⁰. En vue du modèle de fédéralisme proposé par García de Enterría, les autonomistes jugeront probablement la perspective de la Constitution de 1978 préférable. Au moins, elle donne l'espoir de trouver une garantie aux pouvoirs des Communautés autonomes. Les relations intergouvernementales, on l'a vu dans le texte canonique de Reagan-Sanzon, ne prennent pas trop au sérieux les textes constitutionnels.

Néanmoins, les débats de la science politique ont interpellé les constitutionnalistes espagnols. Les problèmes de la diversité ne s'effacent pas aux portes d'une notion juridique, et la recherche est devenue interdisciplinaire. C'est le cas de la recherche sur l'asymétrie²¹ et sur les « faits différentiels »²². Les constitutionnalistes espagnols se posent des questions qui sont communes à celles de leurs collègues qui enseignent dans

18. J. DE BURGOS, *id.*, p. 195. Il y a un lapsus (freudien?) dans la terminologie du texte. Le nom que la Constitution de 1978 donne au Parlement est « Cortes Generales »; le texte utilise l'expression franquiste « Cortes Españolas ».

19. J. J. GONZÁLEZ ENCINAR, « El Estado federal asimétrico y el fin del Estado », dans A. MONREAL (ed.), *El Estado de las autonomías*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 49-62 (p. 59-60); voir aussi E. AJA, *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, Alianza Editorial, 2003, p. 29-30.

20. Voir le texte de celui qui est maintenant le président de la Cour constitutionnelle, M. JIMÉNEZ DE PARGA, « El Estado de las Autonomías », dans CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *La Constitución española. 20 años de democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 441-452.

21. E. FOSSAS, « Asimetría y plurinacionalidad en el Estado autonómico », dans E. FOSSAS et F. REQUEJO (eds.), *Asimetría federal y Estado plurinacional*, Madrid, Trotta, 1999, p. 275-301; J. J. GONZÁLEZ ENCINAR, *loc. cit.*, note 19.

22. E. FOSSAS, « El concepto de hecho diferencial », dans G. JAUREGUI, *Estado autonómico y hecho diferencial de Vasconia*, Donostia, Eusko Ikaskuntza, 2000, p. 33-42; J. GARCÍA ROCA, « ¿A qué llamamos, en Derecho, hechos diferenciales? », *Cuadernos de Derecho Público*, n. 11, 2000, p. 73-109; J. F. LÓPEZ AGUILAR, « Hechos diferenciales y federalismo competitivo », *Revista de Derecho Político*, n. 48-49, 2000, p. 15-29.

d'autres pays. Pour une certaine école de droit constitutionnel, qui fait de la pureté de la dogmatique juridique un signe distinctif, il peut y avoir une certaine résistance à répondre à des questions posées par les politologues ou les sociologues. Le besoin d'ouvrir des espaces dans notre langage juridique existe tout de même. Il faut préparer la culture juridique pour qu'elle soit capable un jour d'intégrer des espoirs et de résoudre des problèmes.

LA MOBILISATION DU DROIT COMME INSTRUMENT DE CHANGEMENT DU CADRE NATIONAL EN BELGIQUE*

par

Hugues DUMONT

Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles)
Doyen de la Faculté de droit

La transformation progressive de l'État belge, initialement unitaire, en un État fédéral, entre 1970 et 1993, ainsi que les tensions actuelles qui pourraient l'acheminer à terme vers un modèle confédéral, offrent sans aucun doute un terrain d'observation intéressant pour alimenter le thème de réflexion retenu par ceux qui ont pris l'initiative du présent ouvrage. L'on voudrait y contribuer en soutenant deux propositions.

L'examen des changements institutionnels et sociaux que le cadre « national » belge a connus fait d'abord apparaître le droit étatique, non pas comme un instrument de ces changements, mais au contraire comme un objet de conquête de ceux-ci (Section I). En effet, le droit public belge ne s'est pas converti au fédéralisme et n'a donc pas dirigé l'État et la société belges dans la voie fédérale, sans subir d'abord plusieurs violations significatives de ses prescriptions par des normes que l'on qualifiera de para-légales (§1). Ces violations ont été plus ou moins délibérément organisées par les acteurs de la vie politique, administrative, juridictionnelle et sociale qui se sont battus pour faire triompher l'idée de droit fédérale contre l'idée de droit unitaire officielle. Telle est la première branche de la première proposition que l'on exposera (§2). Pour ce faire, l'on s'appuiera sur une théorie du changement juridique centrée sur la notion de « para-légalité » dont on rappellera l'essentiel en guise de préliminaire méthodologique.

Pour compléter cette première proposition, nous montrerons que l'histoire est en train d'en offrir une deuxième illustration. Aujourd'hui, l'État belge proclame officiellement son attachement au modèle fédéral, comme l'atteste l'article premier de sa Constitution. Mais une idée de droit para-légale d'inspiration confédérale est déjà à l'œuvre. Les premiè-

* Le présent texte tient compte de l'état du droit au 20 septembre 2002.

res victoires qu'elle a remportées permettent de prévoir à terme un débordement du modèle fédéral hors de ses limites (§3).

La deuxième proposition abordera le droit public belge devenu fédéral comme un instrument de changement du cadre « national » (Section II). On dit souvent que la Belgique serait « le seul exemple de « fédéralisme réussi » basé sur une division ethnique dualiste »¹, et on ne compte plus les louanges adressées au droit public pour sa contribution à cette réussite. Il est indubitable que les responsables politiques belges ont acquis une véritable expertise dans l'art de mobiliser le droit pour démembrer pacifiquement un État *step by step*. Mais toute la question est de savoir si l'ordre juridique qu'ils ont institué n'est pas en train de payer son efficacité dans la régulation des conflits « communautaires » au prix d'une dénaturation de la fonction constituante et d'un dérèglement du couple nationalité-citoyenneté.

Avec François Ost, l'on admettra que « seul un ordre juridique capable de durer ou, à tout le moins, de maîtriser son propre changement est en mesure d'instituer la société et de nouer le lien social »². Nous montrerons alors qu'aussi bien l'emballement du rythme des révisions constitutionnelles (§1) que l'évidement des concepts de nationalité (§2) et de citoyenneté (§3) fédérales offrent des indices assez sûrs de la précarité grandissante de la société belge.

Section I. Le droit étatique comme objet du changement

§1. *Les outils de l'analyse*

Il convient tout d'abord de présenter brièvement le concept de théorie du droit, la « para-légalité », qui sera utilisé dans cette première section. Il est le fruit d'un travail de réélaboration³ appliqué à celui d'« infra-droit » dû aux sociologues du droit Jean Carbonnier⁴ et André-Jean Arnaud⁵.

-
1. S. JAUMAIN, « Regards croisés sur les expériences belge et canadienne », dans *La réforme de l'État... et après? L'impact des débats institutionnels en Belgique et au Canada*, éd. par S. Jaumain, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1997, p. 3.
 2. F. OST, « Le temps virtuel des lois contemporaines ou comment le droit est traité dans la société de l'information », dans *Journal des tribunaux*, 1997, p. 57.
 3. Réalisé dans H. DUMONT, *Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis — Bruylant, 1996, vol. 1, p. 37-51. Voir concernant ce travail les commentaires de O. PAYE, « Regards sociologiques critiques sur l'approche interdisciplinaire du droit », *Droit et Société*, 44/45, 2000, p. 261-272.
 4. Cf. J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., 1978, p. 213 et suiv.
 5. Cf. A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique. 1. Où va la Sociologie du droit?*, Paris, LGDJ, 1981, p. 20-33, 323-387, 429-438.

Par ce terme de « para-légalité », nous proposons d'entendre un ensemble de normes juridiques présentant les quatre caractéristiques suivantes : 1° il s'agit de normes considérées comme légitimes et effectivement pratiquées par un mouvement social ou par une élite ; 2° une partie d'entre elles ne sont pas conformes à des exigences fondamentales de la légalité étatique ; 3° elles constituent ensemble un système juridique parallèle et concurrentiel au système du droit étatique ; 4° il est possible, moyennant certaines conditions, que ce rapport de concurrence les conduise à faire irruption dans ce système étatique et à s'y imposer en tout ou en partie, de manière stable ou précaire.

Les théories contemporaines du système juridique enseignent que la dynamique juridique n'est réductible ni à des processus purement internes à l'ordre juridique, ni à des déterminations externes que lui imposerait une instance sociale quelconque. Elle résulte plutôt « de la tension dialectique entre le droit et le fait »⁶. Ce qu'on vient d'appeler « l'ordre juridique » se réduit, à la lumière de la théorie de la para-légalité, à un ordre juridique particulier : celui de l'État. Et ce qu'on vient d'appeler approximativement « le fait » ou le « social » cache en réalité des ordres juridiques non étatiques, et en particulier dans le contexte de cette étude, des systèmes para-légaux. « La tension dialectique entre le droit et le fait » doit se comprendre alors comme un ensemble de relations entre le droit étatique et l'ordre social tel qu'il est structuré par ces systèmes juridiques para-légaux.

Cet ensemble de relations peut être analysé en une suite de trois « mouvements ». Le premier rend compte d'un processus de changement de la légalité étatique résultant d'une pression victorieuse exercée sur celle-ci par la para-légalité. Le second suit le trajet inverse : il montre que le droit étatique ainsi modifié exerce à son tour un effet régulateur sur le social et la para-légalité. Et le troisième résulte de ce que cette dynamique se poursuit nécessairement : ainsi, les mutations du social et des systèmes para-légaux ne manquent pas d'exercer de nouveaux effets sur la légalité étatique.

§2. *La subversion du modèle unitaire par le modèle fédéral*

La première proposition concerne la transformation progressive de la structure unitaire de l'État belge en une structure fédérale, rapidement suivie de la subversion — en cours actuellement⁷ — de cette structure fédérale par un modèle concurrent inspiré du confédéralisme.

On sait que c'est dans le secteur culturel que l'idée de droit fédérale a reçu sa première consécration au sein du droit étatique belge. Dans un

6. J. CHEVALLIER, *L'ordre juridique*, cité par M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., 1988, p. 161.

7. *Infra*, §2.

ouvrage publié en 1996, l'on s'est attaché à rappeler les grandes étapes de la genèse de cette autonomie culturelle depuis la fondation de l'État unitaire de 1830 jusqu'à la révision constitutionnelle de 1970. L'application du concept de para-légalité à cette histoire a permis de distinguer et d'articuler la part de l'analyse sociologique et de l'analyse juridique qu'elle justifie. Des temps forts ont été mis en exergue : notamment les années 1932-1938, et bien sûr la décennie 1960-1970. C'est particulièrement au cours de ces périodes que l'on voit le mouvement social flamand faire progresser son idée de droit fédérale en arrachant du droit étatique officiellement encore unitaire des réalisations anticipées de celle-ci. Certes, la règle constitutionnelle reste intacte pendant ce temps. Mais on a pu observer qu'en dessous, les couches législative, réglementaire, administrative et jurisprudentielle du droit étatique accueillent, grâce à la complicité plus ou moins délibérée des organes responsables, des réformes déjà décisives.

On connaît les mots historiques prononcés par le premier ministre Gaston Eyskens en 1970 : l'État unitaire est dépassé par *les faits*. Il faut corriger cette assertion. L'État unitaire était déjà dépassé à ce moment par *le droit*, et par le droit étatique lui-même. La greffe de l'idée para-légale de fédéralisme culturel sur ce droit était déjà entamée, et avec succès⁸.

On se contentera ici d'en donner un exemple assez parlant⁹. L'homogénéité linguistique territoriale représente un cas exemplaire d'idée de droit para-légale au départ, qui a réussi progressivement à se tailler une place de choix au cœur du droit positif étatique. La législation de 1962-1963 occupe dans cette progression une position charnière. Elle représente ce moment précis où s'opère le passage décisif de la para-légalité au droit étatique. Car l'homogénéité linguistique territoriale constitue la cristallisation d'une représentation de l'ordre social désirable en Belgique, portée par le mouvement flamand, à l'encontre du droit positif en vigueur. L'article 30 de la Constitution, qui consacre la liberté d'emploi des langues, est en effet radicalement incompatible avec elle. L'esprit de cette disposition, adoptée à une époque qui ignore complètement la dualité des Communautés, consiste à ne voir dans l'emploi des langues qu'un problème de liberté individuelle. L'épreuve de force avec le droit positif commence avec la campagne de 1960-1961 contre le recensement linguistique qu'imposait la loi de 1932. Les motions votées par des centaines de conseillers communaux flamands et transmises par les bourgmestres au gouvernement font comprendre à celui-ci qu'un recensement se heurterait au boycott d'un grand nombre de communes flamandes. Résultat : la loi du 24 juillet 1961 supprime le recensement.

L'épreuve de force avec le droit positif se poursuit avec l'adoption de la loi du 30 juillet 1963 concernant le régime linguistique dans l'enseignement. On peut douter de sa conformité avec la Constitution, dans la

8. Cf. H. DUMONT, *op. cit.*, note 3, n^{os} 52 et suiv., 69 et suiv., n^{os} 104 et suiv., n^{os} 280 et suiv.

9. Pour des références plus complètes sur cet exemple, voir *id.*, n^{os} 282-285.

mesure où elle s'applique non seulement aux écoles créées par les pouvoirs publics, mais aussi aux établissements subventionnés de l'enseignement privé, alors que l'article 30 de la Constitution ne permet au législateur de régler l'emploi des langues que « pour les actes de l'autorité publique et les affaires judiciaires ».

L'épreuve de force avec le droit positif atteint, aussitôt après cette loi du 30 juillet 1963, son point culminant avec l'article 41 de la loi du 2 août 1963 réglant l'emploi des langues en matières administratives. Il exige que les actes et documents imposés par la loi et les règlements aux entreprises, ainsi que ceux qui sont destinés à leur personnel, soient établis dans la langue de la région où elles ont leur siège d'exploitation. Le ministre de l'Intérieur de l'époque a tenté de justifier cette disposition au regard de l'article 30 de la Constitution, en prétendant que « les dirigeants d'entreprises en viennent à partager quelque peu, dans la société moderne, l'exercice de l'autorité publique »¹⁰. Cette interprétation progressiste, pour le moins originale en droit positif belge, ne peut que prêter à sourire. L'inconstitutionnalité est ici patente. La loi n'en a pas moins été adoptée, pour que « l'homogénéité linguistique et culturelle ne soit pas battue en brèche sur le plan de la vie économique et sociale »¹¹. La tension entre l'ordre constitutionnel belge et l'idée de droit flamande se solde ainsi par la victoire de la seconde sur le premier. La constitutionnalisation des lois du 30 juillet 1963 et du 2 août 1963 par l'article 129, §1^{er}, introduit dans la Constitution en 1970, confirmera cette victoire. Mais on notera que c'est encore au prix d'une irrégularité. En effet, cet article 129, §1^{er} a modifié implicitement l'article 30, alinéa 2.

§3. *La subversion du modèle fédéral par la modèle confédéral*

On a montré comment le vieux modèle unitaire avait été subverti par une idée de droit para-légale d'inspiration fédérale. Plusieurs indices donnent à penser que l'histoire est en train de se répéter aujourd'hui, à la seule différence que cette fois, c'est une idée de droit confédérale qui se développe dans la para-légalité en parallèle et en concurrence avec l'idée de droit fédérale désormais reconnue par le droit étatique¹². Précisons d'emblée que, par ce propos, l'on ne veut pas seulement répéter, à la suite de plusieurs observateurs, que la Belgique étant dominée par deux grandes Communautés, ses nombreuses institutions paritaires présentent fatalement, sur le plan politique, quelques ressemblances avec des institutions confédérales toujours menacées par le droit de *veto* d'une de leurs

10. Cité par P. MAROY, « L'évolution de la législation linguistique belge », (1966) *Rev. Dr. Publ.* 490.

11. Rapport de la Commission de l'Intérieur du Sénat, cité par P. MAROY, *id.*, p. 490.

12. Pour quelques balises sur cette voie, cf. H. DUMONT, *op. cit.*, note 3, vol. 2, n^{os} 1030 et suiv.

composantes. Cette observation a été faite depuis plusieurs années et il est inutile d'y revenir¹³. Ce que l'on voudrait souligner, c'est, plus profondément, la présence agissante dans les marges du droit étatique d'une idée de droit confédérale assumée volontairement par certains acteurs politiques. Pour ceux-ci, la logique fédérale n'est plus l'idéal régulateur qui doit animer le fonctionnement des institutions, qu'elles soient paritaires ou non.

Que signifie cette logique fédérale et en quoi se distingue-t-elle de la logique confédérale? Elle signifie que l'État fédéral respecte l'autonomie de ses composantes, mais pas au point de perdre son unicité. À la différence d'une confédération d'États, il reste capable de prendre des décisions au nom d'un intérêt général qui ne se réduit pas toujours et nécessairement à la seule expression des volontés concordantes de tous ses membres. Autrement dit, si toutes les décisions s'inscrivent dans le modèle d'un droit entièrement négocié qui donne à chaque partenaire un droit de *veto*, on est de toute évidence dans la logique confédérale. La différence entre le fédéralisme et le confédéralisme renvoie ainsi à la définition du concept même d'État, tant il est vrai que le confédéralisme associe *des* États souverains, tandis que le fédéralisme est un mode de structuration des collectivités politiques autonomes, mais non souveraines d'un État. Or, comme l'a rappelé Olivier Beaud, il est impossible de définir l'État sans faire notamment référence à la souveraineté interne « qui se manifeste par des actes unilatéraux », lesquels « traduisent un rapport de subordination entre l'auteur et l'adressataire de la norme »¹⁴.

L'exemple le plus révélateur à nos yeux d'une percée de l'idée de droit para-légale d'inspiration confédérale dans le droit étatique belge, nous le trouvons dans la réforme de 1993 issue de divers pactes politiques à propos de la question des traités mixtes¹⁵. Ceux-ci se définissent comme des traités portant sur des matières ressortissant, dans l'ordre interne belge, à la fois à la compétence de l'État, des Communautés ou des Régions. On mesure l'importance du sujet quand on s'avise de ce que la plupart des traités qui sont conclus dans le cadre des Communautés européennes entrent dans cette catégorie. L'article 167, §4, de la Constitution se contente de confier au législateur spécial le soin d'arrêter les modes de conclusion de ces traités. Cette méthode constitutionnelle classique ne se heurte à aucune objection. Il n'en va pas de même de la loi spéciale du

13. Consulter les références, *id.*, n° 1034, note 180. Pour mémoire, citons notamment la composition paritaire du Conseil des ministres (art. 99 de la Constitution), la double majorité requise par les lois spéciales (art. 4 de la Constitution) et le mécanisme de la sonnette d'alarme (art. 54 de la Constitution).

14. O. BEAUD, « La notion d'État », dans *A.P.D.*, 1990, p. 131.

15. Pour des références plus complètes sur cette question, lire H. DUMONT, « Droit public, droit négocié et para-légalité », dans Ph. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 457-489.

5 mai 1993. Au lieu de régler elle-même les modalités en question comme il était de son devoir de le faire, elle se contente de confier à son tour cette mission à un accord de coopération à conclure par l'autorité fédérale, les Communautés et les Régions.

Dans son avis sur la proposition qui est à l'origine de cette disposition, la section de législation du Conseil d'État émet les observations suivantes :

Conformément à l'article 92bis, §1^{er}, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, un tel accord n'a d'effet qu'après avoir été approuvé, selon le cas, par une loi (ordinaire) ou par un décret. Il s'ensuit qu'en renvoyant à un accord de coopération ayant l'objet susindiqué, la proposition de loi spéciale subdélègue au législateur ordinaire le pouvoir que la Constitution a confié au législateur spécial au lieu de régler directement la question ».

La doctrine a sobrement relayé cet avis en qualifiant le procédé de « critiquable » du point de vue constitutionnel¹⁶, ou regrettable¹⁷ ou encore inélégant¹⁸. Si l'on se souvient du principe constitutionnel classique de l'interdiction des subdélégations de pouvoirs, il est permis de parler plus franchement d'un procédé inconstitutionnel.

Cette subdélégation couplée avec une « procédure de contractualisation »¹⁹ révèle très clairement une percée de l'idée de droit confédérale. On en est d'autant plus convaincu lorsque l'on prend connaissance du contenu de l'accord de coopération signé le 8 mars 1994 en vertu de ladite subdélégation²⁰. Comme on pouvait l'imaginer, les négociateurs n'ont pu s'entendre que sur une procédure prévoyant l'assentiment des traités mixtes par les assemblées législatives de *toutes* les collectivités concernées.

Certes, tous les États fédéraux connaissent et favorisent même la pratique des accords de coopération. Mais quand on est incapable d'arrêter des principes directeurs dans les règles constitutionnelles et légales suprêmes de l'État, quand on ne s'entend que sur une obligation de négocier un accord de coopération, quand celui-ci ne réussit lui-même qu'à fonder d'autres obligations de négocier, quand on ne se prémunit en rien contre l'hypothèse d'un échec de ces négociations en chaîne — pourtant

16. R. ANDERSEN, « Les compétences », dans *La Constitution fédérale du 5 mai 1993*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 142. On retrouve les mêmes termes sous les plumes conjuguées de J.-V. LOUIS et A. ALEN, « La Constitution et la participation à la Communauté européenne », dans *R.B.D.I.*, 1994/1, p. 86, note 25.

17. Y. LEJEUNE, « La conduite des relations internationales », dans *La Belgique fédérale*, F. DELPÉRÉE (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 348 et 354.

18. Ph. GAUTIER, « La conclusion des traités », dans *R.B.D.I.*, 1994/1, p. 43.

19. Selon l'expression de F. DELPÉRÉE, « Intervention à la table ronde », dans *Les réformes institutionnelles de 1993. Vers un fédéralisme achevé?*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 430.

20. *Mon.b.*, 6 mars, 23 mai, 26 juin, 19 juillet et 17 décembre 1996.

prévisible eu égard au droit de *veto* qu'elles confèrent à toutes les composantes de l'État —, et quand on institue cette caricature de droit négocié tous azimuts dans un domaine aussi fondamental que les relations extérieures, il est difficile de nier que le seuil de la logique confédérale est atteint. La doctrine n'a d'ailleurs pas manqué de le relever²¹. On est donc bien devant un exemple significatif de droit négocié para-légalement et greffé sur l'ordre juridique étatique malgré son inconstitutionnalité.

Section II. Le droit étatique comme instrument du changement

Nous avons rappelé qu'avant de constituer un instrument de changement du cadre national, le droit public belge a d'abord été un champ de luttes et un objet de conquêtes pour les acteurs sociaux qui ont voulu ce changement. Et nous venons d'ajouter que ces tensions entre le droit étatique et des idées de droit para-légales n'ont pas cessé, l'enjeu du conflit s'étant simplement déplacé du fédéralisme au confédéralisme.

Nous pouvons aborder maintenant le droit constitutionnel belge, non plus en tant qu'objet, mais en tant qu'instrument de changement du cadre national et de régulation des tensions entre les Communautés.

Il convient d'abord de constater que le fédéralisme n'a jamais été perçu en Belgique comme un authentique projet politique commun, mais seulement comme un mode de pacification pragmatique²². Toutes les réformes ont bien moins résulté de la vision claire d'un avenir institutionnel déterminé, souhaitable à long terme, que d'une succession de crises aiguës à résoudre pragmatiquement.

C'est seulement une élite flamande — puissante, il est vrai, notamment grâce à ses relais dans la société civile — et une élite wallonne — plus restreinte : c'est celle qui a voulu l'autonomie régionale pour lutter contre le déclin économique de la Wallonie — qui ont réussi à infléchir progressivement le modèle unitaire vers le modèle fédéral. Aussi, la fédéralisation de l'État ne peut pas être réduite à un processus qui serait parti

21. Voir en ce sens K. RIMANQUE, « Le confédéralisme », dans *La Constitution fédérale du 5 mai 1993*, op. cit., note 16, p. 34-35; F. DELPÉRÉE, loc. cit., note 19, p. 430-431 et A. ALEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Deurne, Kluwer, 1995, n° 793.

22. Cf. en ce sens A. ALEN, « Le fédéralisme belge », dans *Le fédéralisme. Approches politique, économique et juridique*, Bruxelles, De Boeck Université, 1994, p. 174; H. DUMONT, « État, Nation et Constitution. De la théorie du droit public aux conditions de viabilité de l'État belge », dans H. DUMONT, C. FRANCK et al. (dir.), *Belgitude et crise de l'État belge*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1989, p. 108; X. DELGRANGE et H. DUMONT, « Le rythme des révisions constitutionnelles et l'hypothèse de l'accélération du temps juridique », dans Ph. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'accélération du temps juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, p. 434-435, J.-C. SCHOLSEM, « Le fédéralisme en Belgique », dans *R.I.E.J.*, 1989/22, p. 128.

de la base pour atteindre le sommet. Elle s'est réalisée malgré les résistances ou les réticences de divers milieux et de bon nombre de citoyens.

Pour ces milieux et ces citoyens, le droit public devenu fédéral a été un instrument de changement social autoritaire, décrété par le haut. C'est dans les milieux francophones de Flandre, dans la Région de Bruxelles-Capitale et, dans une moindre mesure, dans la Région wallonne, que les nostalgiques de l'État unitaire ont été les plus nombreux. Ce n'est pas sans peine qu'ils ont dû s'adapter aux effets de la fédéralisation telle qu'elle a été conçue et appliquée. On songe notamment à l'interdiction pour les francophones domiciliés sur le territoire de la Région flamande de bénéficier des décrets de la Communauté française, au rattachement des communes dites périphériques sises autour des 19 communes bruxelloises à la Région flamande, alors qu'elles sont majoritairement composées de francophones, à la scission selon une ligne de clivage communautaire de la province du Brabant, ou encore des listes électorales pour les élections européennes, fédérales et régionales bruxelloises.

On peut penser aussi à diverses manifestations d'une dynamique centrifuge et dualiste qui, à la différence des précédentes, n'étaient pas commandées en droit par la fédéralisation de l'État, mais qui n'en ont pas moins eu lieu dans ce contexte : la scission de tous les partis politiques, la « non-politique » appliquée aux établissements culturels et scientifiques qui demeurent fédéraux, le sort défavorable réservé aux institutions socioculturelles bruxelloises qui entendent conserver un statut bicommunautaire, ou encore la scission des fédérations sportives nationales.

Tous ces phénomènes qui manifestent une véritable dualisation de la société belge ont suscité des résistances ou au moins des regrets dans plusieurs milieux qui ont eu le sentiment de les subir. Mais le résultat est d'ores et déjà acquis de manière irréversible : si, au sens juridique du terme, le fédéralisme belge est mononational, il est devenu sociologiquement de plus en plus binational²³. C'est dans ce contexte sociopolitique qu'il faut comprendre la montée en puissance de l'idée de droit para-légale d'inspiration confédérale qui a été présentée dans la première section.

C'est aussi dans ce contexte qu'il faut saisir la deuxième proposition que nous voudrions développer dans la présente section : l'ordre juridique belge ne réussit à réguler pacifiquement les conflits communautaires qu'au prix d'une dénaturation de la fonction constituante et d'un dérèglement du couple nationalité-citoyenneté.

23. Pour faire le point sur cette évolution divergente des deux principales Communautés, lire H. DUMONT, « Organisée en État, la communauté est capable de prendre des décisions », dans *La Revue générale*, Bruxelles, février 1999, p. 29-35, avec les références citées.

§1. *L'emballlement du rythme des révisions constitutionnelles*

La fédéralisation de l'État belge a été de pair avec un véritable emballlement du rythme des révisions constitutionnelles²⁴. Deux séries de chiffres en fournissent un aperçu. Pour les comprendre, il faut savoir qu'une législature qui dure en principe quatre ans n'est constituante que si une déclaration de révision a été adoptée à la fin de la législature précédente²⁵. D'une part, au cours de ces 34 dernières années, entre 1968 et 2002, le *Moniteur* a enregistré plus de déclarations de révision, soit 7, qu'au cours des 136 premières années du Royaume, soit 5. Depuis 1985, toutes les législatures sans exception se sont terminées par une déclaration de révision. D'autre part, et plus significativement, le nombre des modifications adoptées passe de 34 pour la première séquence (1831-1968) à 126 pour la seconde (1968-2002). Pour apprécier la portée de ces chiffres, il convient de savoir aussi que la Constitution originale comprenait 139 articles et qu'elle en comprend aujourd'hui 201, sans parler des dispositions transitoires.

À cette évaluation quantitative, il importe d'ajouter les considérations qualitatives suivantes. Premier constat : l'article 195 de la Constitution, qui institue la procédure de révision, est très fréquemment méconnu. Le pouvoir constituant dérivé use d'une panoplie de techniques para-constitutionnelles pour éluder les deux premières séquences de la « valse à trois temps » que forment la déclaration préalable, la dissolution et la révision. Tantôt, c'est la préconstituante qui étend à l'excès le cadre qu'elle est censée imposer à la constituante; tantôt, c'est la constituante elle-même qui donne à ce cadre une interprétation plus qu'extensive. Quand ces sortes d'« extension de cadre » ne suffisent pas pour répondre à ses attentes, le pouvoir constituant dérivé hésite de moins en moins à procéder à de véritables « débordements de cadre » : il recourt alors à des « greffes » ou à des « révisions implicites ». Enfin, il arrive encore que le cadre, formé cette fois par la Constitution elle-même, soit évidé ou purement et simplement écarté : il est évidé quand la procédure de révision est partiellement « déconstitutionnalisée » par la vertu des lois de pouvoirs spéciaux; et il est carrément mis à l'écart quand le législateur ordinaire ou spécial va jusqu'à anticiper une révision constitutionnelle qui n'a pas encore eu lieu²⁶. L'article 195 est ainsi frappé d'un taux impressionnant d'ineffectivité.

24. Pour plus de développements sur ce thème, consulter X. DELGRANGE et H. DUMONT, *loc. cit.*, note 22, p. 413-468.

25. Cf. art. 195 de la Constitution : l'adoption d'une déclaration de révision par le pouvoir législatif fédéral entraîne automatiquement la dissolution des Chambres et la convocation des électeurs. Seules les nouvelles Chambres peuvent effectuer la révision des articles identifiés dans cette déclaration préalable.

26. Cette dernière hypothèse vient encore de se produire sous la législature en cours (1999-2003). Cf. à ce sujet H. DUMONT, « Les problèmes méthodologiques », dans F. DELPÉREÉ (dir.), *Les lois spéciales et ordinaire du 13 juillet 2001. La réforme de la Saint-Polycarpe*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 13-43.

Deuxième constat : il est aussi largement inefficace dans la mesure où les objectifs que le constituant originaire lui avait assignés ont été manqués. Il souhaitait que les révisions soient peu nombreuses, mûrement réfléchies par le préconstituant, soupesées par le corps électoral et puis promptement finalisées, de sorte que la Constitution resterait à jour. Nous avons montré dans une autre étude²⁷ que la pratique actuelle des révisions se situe aux antipodes de cette attente. Non seulement le rythme des révisions constitutionnelles s'est accéléré de manière spectaculaire au cours de ces 30 dernières années, mais en même temps il s'est dilué en se conformant à un échéancier qui ne connaît pas de fin, dans les deux sens du mot : le terme des révisions les plus décisives pour la structure de l'État est toujours postposé et la finalité de ces révisions demeure impensable.

G. Burdeau écrivait que la nation n'est rien d'autre qu'un « rêve d'avenir partagé »²⁸. Il faut souligner que cet avenir n'est en rien prédéterminé. La seule assurance — mais elle est essentielle — que le sentiment national procure, c'est celle de vivre l'avenir en question, quel qu'il soit, *ensemble*. Cela suppose un désir partagé et maintenu de débattre *ensemble* de la destinée de la collectivité. Cela ne veut pas dire que l'État-nation serait la seule forme de communauté politique appropriée à l'exercice démocratique de l'autonomie collective. L'immense majorité des États est du reste vouée à la plurinationalité (au sens sociologique du terme). Mais il semble bien qu'aucun État plurinational ne peut fonctionner démocratiquement sans un désir ressenti et inscrit dans la durée de délibérer ensemble en vue d'une action politique commune, un désir qui transcende en quelque manière la diversité des communautés nationales qu'il réunit.

On l'aura compris, ce qui mine aujourd'hui l'État belge, c'est précisément l'incertitude croissante qui affecte l'existence même de ce désir de continuer à délibérer ensemble. Le sens des révisions constitutionnelles qui se succèdent au rythme accéléré que l'on a évoqué ne peut donc que se limiter à la régulation au présent d'un clivage communautaire dont on s'interdit de penser l'avenir à long terme. On pourra bien sûr — et on ne s'en prive pas en Belgique — louer les vertus pacificatrices de cette navigation à vue qui a au moins le mérite de prémunir de la violence. Mais n'est-ce pas pervertir une Constitution que de la réduire à un moyen de régulation du seul temps présent ? Si l'on croit encore qu'une Constitution a pour vocation de durer, non dans toutes ses prescriptions, mais en tant que cadre propre à instituer un avenir, il faut bien reconnaître que la Constitution belge est largement menacée par cette perversion.

27. Cf. note 24.

28. G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. II, 3^e éd., *L'État*, Paris, L.G.D.J., 1980, p. 123.

§2. *L'instrumentalisation paradoxale du droit de la nationalité belge*

Un deuxième symptôme des dérèglements du droit public belge, abordé en tant qu'instrument de changement du cadre national, apparaît dans les récentes mutations du droit de la nationalité. Celui-ci a été profondément remanié à de nombreuses reprises depuis 1991. La dernière modification du Code de la nationalité date du 1^{er} mars 2000, alors que la précédente ne remonte qu'au 22 décembre 1998²⁹. Le sens général de ces modifications successives est clair : il s'agit d'élargir les causes d'attribution automatique de la nationalité qui produisent leur effet indépendamment de tout acte volontaire de l'intéressé, d'une part, et, d'autre part, de faciliter les modes d'acquisition de la nationalité qui supposent, eux, une démarche volontaire. L'objectif poursuivi est chaque fois le même : le législateur conçoit l'octroi de la nationalité comme un instrument d'intégration des personnes d'origine immigrée.

La loi du 1^{er} mars 2000 offre plusieurs exemples de la seconde technique. Elle est fondée sur un compromis politique très instructif pour notre propos parce qu'il a momentanément réconcilié partisans et opposants d'une ouverture de la citoyenneté aux personnes d'origine immigrée. Pour comprendre ce compromis, il faut savoir, *primo*, que depuis la révision de l'article 8 de la Constitution, le 11 décembre 1998, une simple loi peut accorder les droits de vote et d'éligibilité lors des élections communales aux ressortissants d'États non membres de l'Union européenne, mais, *secundo*, qu'un des six partis du gouvernement, à savoir les libéraux flamands auxquels appartient le premier ministre, est aussi hostile à cette ouverture partielle de la citoyenneté belge aux étrangers hors Communauté européenne, et que d'autres partis de la même coalition, en particulier les deux partis écologistes et le parti socialiste francophone, lui sont favorables.

Le compromis gouvernemental a consisté à assouplir une nouvelle fois les conditions d'acquisition de la nationalité belge pour favoriser l'accès à cette citoyenneté partielle. Le gouvernement a donc refusé d'emprunter la voie — pourtant ouverte par la Constitution et qu'il est permis de juger féconde³⁰ — d'un découplage entre la nationalité et la

29. Cf. not. B. LOUIS, « La genèse des réformes de 1998-1999 relatives à la citoyenneté et à la nationalité », *Administration publique*, 1999/2, p. 119-182; du même auteur, « La loi du 1^{er} mars 2000 modifiant certaines dispositions relatives à la nationalité belge : "une révolution par défaut" », dans *Administration publique*, 2001/1, p. 1-25; B. RENAULD, « La loi du 1^{er} mars 2000 modifiant certaines dispositions relatives à la nationalité belge, de réformes en réformes », (2000) *Revue belge de droit constitutionnel* 43 et suiv.; M.-C. FOBLETS, R. FOQUÉ et M. VERWILGHEN (dir.), *Naar de Belgische nationaliteit — Devenir belge*, Bruxelles-Antwerpen-Apeldoorn, Bruylant, 2002.

30. Eu égard à la légitimité des attentes d'un étranger intégré en Belgique et donc désireux de participer aux élections communales, mais soucieux de conserver sa nationalité d'origine et de ne pas en adopter une nouvelle. Sur les enjeux de philosophie politique de ce découplage entre nationalité et citoyenneté, voir les travaux précités de B. Louis.

citoyenneté belges. Mais en contrepartie de ce refus, le parti libéral flamand a dû accepter un assouplissement des conditions de fond de l'acquisition de la nationalité poussé au point d'entraîner la suppression de la condition classique consistant dans la volonté d'intégration³¹.

Résultat : la nationalité belge n'est pas loin de devenir une sorte de droit³² de toute personne qui souhaite l'obtenir pour n'importe quel motif. Un indice aussi élémentaire d'attachement à la « nation » que la connaissance minimale d'une des trois langues nationales, ou ne fût-ce que le souci d'acquérir cette connaissance, ne peut même plus être contrôlé, voire simplement encouragé, avant qu'il soit statué sur la demande³³. Pour l'essentiel, il suffit d'une manifestation de volonté et d'une durée de résidence en Belgique de trois ans seulement, moyennant le contrôle par le parquet de l'absence de « faits personnels graves ». Cette procédure est une des plus souples parmi celles en vigueur dans l'Union européenne³⁴. En pratique, la naturalisation est ainsi devenue le mode d'acquisition de la nationalité belge le plus usité, même si elle demeure *de iure* une faveur accordée par le pouvoir législatif de manière discrétionnaire.

Le paradoxe est piquant : le refus d'accorder la seule citoyenneté communale aux personnes d'origine immigrée est justifié par l'obligation pour celles-ci de s'intégrer dans la nation en acquérant la nationalité belge, mais au même moment la législation ne fait plus dépendre cette acquisition de la nationalité d'une forme quelconque de vérification de la réalité de la volonté d'intégration de la part du demandeur, et ce, alors que l'obtention de la nationalité ouvre l'accès à tous les droits politiques à tous les niveaux de pouvoir. Comme l'a bien observé Bruno Louis, pareille attitude « suscite l'interrogation : en désinvestissant ainsi la nation belge, certains flamands ne considèrent-ils pas déjà la nationalité belge comme surannée, surtout qu'au même moment, ils accentuent leur identité flamande ? »³⁵. Il faut savoir, en effet, qu'au moment où la notion de « volonté d'intégration » est rayée du *Code de la nationalité belge*, la Communauté flamande projette, pour sa part, de mettre sur pied des « contrats ou des parcours d'intégration civique (*inburgering*) » comprenant des cours d'orientation professionnelle et de connaissance élémentaire portant sur l'organisation sociale et la langue néerlandaise.

31. Il est vrai que les critères adoptés dans le passé pour vérifier le respect de cette condition, évidemment délicate à apprécier, étaient fort critiquables.

32. Juridiquement, il ne s'agit pas d'un droit subjectif si la nationalité est sollicitée selon la procédure de la naturalisation. Mais en pratique, on en est proche.

33. Cf. M.-C. FOBLETS, « “Een nieuw nationaliteits recht?” Enkele besluiten », dans *Naar de Belgische nationaliteit — Devenir belge*, op. cit., note 29, p. 551-553.

34. Cf. *id.*, p. 574.

35. B. LOUIS, « La loi du 1^{er} mars 2000 modifiant certaines dispositions relatives à la nationalité belge : “une révolution par défaut” », *loc. cit.*, note 29, p. 3.

§3. *L'érosion de la citoyenneté fédérale belge*

Le troisième et dernier symptôme que l'on voudrait présenter concerne la citoyenneté au sens large comprise comme l'ensemble des droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels fondamentaux.

Il est normal que l'avènement des Communautés et des Régions soit allé de pair avec l'institution de ce que l'on pourrait appeler des citoyennetés communautaro-régionales. La Constitution a reconnu à ces collectivités fédérées le pouvoir d'aménager, dans les limites de leurs compétences respectives, le régime de plusieurs droits fondamentaux. Il en va ainsi des droits et libertés des minorités idéologiques et philosophiques dans les matières communautaires³⁶, des droits linguistiques dans certaines matières que les Communautés peuvent régir à l'intérieur de leur région unilingue correspondante³⁷, ou de la liberté d'enseignement et du droit à l'instruction largement confiés aux Communautés³⁸.

En ce qui concerne le droit au respect de la vie privée³⁹, le droit à l'intégrité physique, morale, psychique et sexuelle des enfants⁴⁰, les droits économiques, sociaux et culturels⁴¹, ainsi que le droit d'accès aux documents administratifs⁴², les législateurs régionaux et communautaires ont aussi reçu expressément du constituant le droit d'intervenir dans les limites de leurs compétences matérielles et territoriales. Et depuis la dernière réforme de 2001, les Régions peuvent également intervenir dans le domaine des droits politiques puisqu'elles sont compétentes pour régir la composition, l'organisation, les attributions et le fonctionnement des collectivités locales⁴³. Elles disposent dès lors du pouvoir de régler le mode de scrutin, ainsi que les modalités du droit de vote et du droit à l'éligibilité pour les élections communales et provinciales.

Quant aux droits et libertés dont la Constitution n'attribue pas expressément l'aménagement à l'une ou l'autre catégorie de législateur, la Cour d'arbitrage a finalement décidé⁴⁴ que « c'est à chaque autorité qu'il appartient » d'assurer leur respect « en les concrétisant lorsqu'elle exerce les compétences qui sont les siennes »⁴⁵.

36. Cf. art. 11 de la Constitution.

37. Cf. art. 129 de la Constitution.

38. Cf. art. 24 et 127 de la Constitution.

39. Cf. art. 22 de la Constitution.

40. Cf. art. 22bis de la Constitution.

41. Cf. art. 23 de la Constitution.

42. Cf. art. 32 de la Constitution.

43. Cf. art. 6, §1^{er}, VIII, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles telle que modifiée par la loi spéciale du 13 juillet 2001.

44. Après un arrêt n° 13/91 en sens contraire du 28 mai 1991. Sur cet arrêt, consulter O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROECK, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 455-463.

45. C.A., arrêt n°124/99 du 25 novembre 1999, considérant B.4.4.

Dans les premières décennies qui ont suivi la percée du modèle fédéral en 1970, quoiqu'il ne se soit jamais appuyé sur une théorie explicite à ce sujet⁴⁶, le constituant semblait avoir eu le souci d'encadrer cette autonomie des Communautés et des Régions en leur imposant le respect d'un socle minimum de garanties fédérales, énoncées soit par la Constitution, soit par des lois fédérales. Il n'y avait là rien d'étrange : on sait que la garantie ultime des droits fondamentaux par le droit constitutionnel fédéral est un élément essentiel du fédéralisme tel qu'on le comprend d'ordinaire depuis l'adoption du célèbre XIV^e amendement de la Constitution des États-Unis.

Ainsi, la protection des minorités idéologiques et philosophiques ne peut être réalisée par les Communautés que dans le respect d'une législation fédérale adoptée en vertu de l'article 131 de la Constitution⁴⁷. De même, le constituant et le législateur fédéral demeurent les garants de diverses protections en faveur des minorités linguistiques⁴⁸. Ou, autre exemple, les compétences assignées aux Communautés en matière scolaire doivent respecter quelques grands principes issus du Pacte scolaire de 1958 et expressément énoncés dans l'article 24 de la Constitution⁴⁹.

Cette idée élémentaire d'une citoyenneté fédérale constituée par un socle de droits fondamentaux communs à tous les Belges, quelles que soient leurs appartenances communautaires ou régionales, n'était qu'imparfaitement réalisée, mais au moins pouvait-on croire⁵⁰ qu'elle était promise à quelques développements intéressants à la faveur d'une mise à jour du titre II de la Constitution consacré aux libertés publiques (« Des Belges et de leurs droits ») et de la législation fédérale qui en forme le prolongement. Or, c'est précisément le scénario inverse qui se réalise depuis 10 ans. En voici quelques indices.

Il est d'abord apparu qu'une mise à jour de ce titre de la Constitution, largement dépassé par l'évolution du droit international et jurisprudentiel des droits de l'homme, ne motive pas les responsables politiques qui se contentent de greffer quelques dispositions nouvelles mal rédigées sur un texte dont l'origine prestigieuse ne cache plus guère l'archaïsme⁵¹.

46. Les hommes politiques belges sont peu enclins à théoriser leur doctrine, quand ils en ont une.

47. Cf. H. DUMONT, *op. cit.*, note 3, vol. 2, n^{os} 556, 634 et 1036 et suiv.

48. Cf. J. VELAERS, *De bevoegdheidsverdeling in het federale België. Het gebruik van de talen*, Brugge, Die Keure, 2001.

49. Cf. J. DE GROOF, *La révision constitutionnelle de 1988 et l'enseignement*, Bruxelles, Story — Scientia-Cepess, 1990.

50. On pouvait aussi le souhaiter pour les raisons indiquées dans H. DUMONT, Ch. FRANCK et F. OST, « Belgitude et crise de l'État belge : de la boutade à la recherche d'une nouvelle citoyenneté », dans *Belgitude et crise de l'État belge*, *op. cit.*, p. 292 et suiv.; et H. DUMONT, *op. cit.*, note 3, vol. 2, n^{os} 1036 et suiv.

51. Cf. en ce sens S. VAN DROOGHENBROECK, « Pour une mise à jour du droit constitutionnel belge des libertés publiques et des droits de l'homme », dans *Administration publique*, 2001/2, p. 142 et suiv.

De même, des lois aussi révélatrices des garanties fédérales évoquées que celle dite du Pacte culturel, demeurent inchangées, dans la plus parfaite indifférence des acteurs politiques, alors que des évolutions politiques et sociales majeures appellent leur modernisation⁵².

On a pu observer ensuite que plusieurs droits nouveaux ont été confiés à la réglementation des législateurs régionaux et communautaires sans plus aucune garantie fédérale ou moyennant un dispositif fédéral déficitaire⁵³. Il en va ainsi en particulier des droits politiques confiés aux régions à propos des élections communales et provinciales⁵⁴. D'aucuns souhaitaient que la Constitution impose à toutes les régions un minimum de règles communes, notamment à propos des critères conditionnant la jouissance des droits à l'électorat et à l'éligibilité ou au sujet de l'obligation de vote⁵⁵. On peut discuter en l'espèce de la nécessité de cet encadrement sous l'angle de la logique fédérale et du droit public comparé. Mais force est de constater qu'il n'a pas été jugé utile.

On doit ensuite et surtout constater que la répartition des compétences entre l'État et les collectivités fédérées est de moins en moins cohérente dans le domaine des libertés publiques. On peut relever des incohérences ponctuelles. On doit aussi signaler une incohérence structurelle.

On se contentera d'un seul exemple pour évoquer les premières. À la compétence des Régions pour régler les élections communales, l'article 8, alinéas 3 et 4, de la Constitution apporte une exception notable : seul le législateur fédéral est habilité à régler les questions relatives au droit de vote des étrangers, ressortissant à la Communauté européenne ou non. Il en résulte que l'État et les Régions doivent s'entendre pour éviter toute distinction de traitement entre les électeurs belges et les électeurs étrangers ressortissant à l'Union européenne, sous peine d'encourir les foudres de la Cour de justice des Communautés européennes. L'autonomie fraîchement acquise des Régions est de ce fait largement stérilisée⁵⁶.

Quant à l'incohérence structurelle, elle tient dans ce qu'il faut bien appeler l'état de délabrement de la « théorie des matières réservées à la

52. Cf. H. DUMONT, « Le pluralisme "à la belge" : un modèle à revoir », dans *Revue belge de droit constitutionnel*, 1999/1, p. 23-31.

53. Ainsi les art. 22 et 22bis qui ont été insérés dans la Constitution respectivement en 1994 et en 2000, avec les commentaires de H. DUMONT, *id.*, p. 138.

54. À l'exception des principes énoncés dans l'article 162 de la Constitution et dans la loi spéciale précitée du 13 juillet 2001. Cf. à ce sujet J. SOHIER, « Le statut des collectivités locales », dans *Les lois spéciales et ordinaire du 13 juillet 2001*, *op. cit.*, note 26, p. 225-239.

55. Voir en ce sens F. DELPÉRÉE, « La nouvelle configuration de la Belgique », (2001) *Journal des tribunaux* 606 et suiv.

56. Cf. S. VAN DROOGHENBROECK, « Les aspects constitutionnels de la régionalisation du droit de vote et d'éligibilité des étrangers », note à paraître dans les *Cahiers du Centre interdisciplinaire de recherche en droit constitutionnel et de la culture* (CIRCC), Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis.

loi ». L'on s'en explique brièvement. Comme c'est traditionnellement la règle dans les démocraties libérales, le titre II de la Constitution — dont les dispositions originaires datent de 1831 — réserve régulièrement à « la loi » le soin d'aménager et de limiter les droits fondamentaux qu'il consacre. Quand il figure dans des dispositions antérieures à 1970, ce terme de « loi » pose inévitablement la question de savoir s'il faut l'interpréter aujourd'hui comme visant la loi fédérale ou les lois fédérées que sont les décrets et les ordonnances. À cette question fort simple, il est devenu rigoureusement impossible d'apporter une réponse un tant soit peu claire et sûre. La problématique était déjà complexe avant la loi spéciale du 13 juillet 2001, mais depuis l'adoption de celle-ci, elle est devenue, de l'aveu quasi unanime de la doctrine, proprement inextricable⁵⁷. On mesure sans peine les conséquences de cette insécurité juridique dans un domaine aussi sensible que les droits fondamentaux.

Si l'on ajoute que la dernière réforme de 2001 n'a pas seulement obscurci les contours de la citoyenneté fédérale, mais a introduit plusieurs incohérences supplémentaires dans le droit public belge qui ne manqueront pas d'alimenter d'autres réformes encore⁵⁸, on admettra que la contribution de ce dernier au changement du cadre national souffre décidément d'un dérèglement qu'il faut bien qualifier de structurel.

Conclusion

Une citoyenneté de type fédéral, un patriotisme constitutionnel et une culture politique commune suffisent-ils pour faire vivre un État pluri-national selon les exigences de la démocratie⁵⁹? Il est permis d'en douter⁶⁰.

57. Tout au plus peut-on espérer que des arrêts attendus de la Cour d'arbitrage démêlent au moins partiellement l'écheveau. Voir X. DELGRANGE, « Les matières réservées. Faut-il choisir entre rationalité et constitutionnalité? », dans *Les lois spéciales et ordinaire du 13 juillet 2001. La réforme de la Saint-Polycarpe*, op. cit., note 26, p. 45-66; J.-C. SCHOLSEM, « Les matières réservées par la Constitution à la loi: éléments pour un débat », dans *Administration publique*, 2002/2-3, à paraître.

58. Cf. en ce sens H. DUMONT, « Saint-Polycarpe ou l'impossible cohérence du fédéralisme belge », dans *Administration publique*, 2002/2-3, p. 217-222, à paraître.

59. On fait bien sûr ici allusion aux travaux de J. HABERMAS, notamment *Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique*, Paris, Fayard, 2000.

60. La place nous manque pour nous en expliquer. Disons seulement que nous rejoignons à plusieurs égards le scepticisme exprimé à ce propos par de nombreux auteurs, notamment — et ce n'est sans doute pas un hasard... — québécois: cf. M. COUTU, « Citoyenneté et légitimité. Le patriotisme constitutionnel comme fondement de la référence identitaire », (1998) 40 *Droit et Société* 631-646; J. POIRIER, « Pouvoir normatif et protection sociale dans les fédérations multinationales », (2001) 16 *Revue canadienne Droit et Société* 164; ainsi que les études de F. ROCHER et de J. WOEHLING présentées dans J. POIRIER, « Citoyennetés multiples, fragmentées et superposées: la recherche d'un point d'ancrage », dans *Revue belge de droit constitutionnel*, 2001/2, p. 139-154.

Un minimum d'« identité narrative »⁶¹ partagée, à la fois substantielle et dynamique, paraît indispensable. Une communauté politique plurinationale peut s'organiser selon les principes du fédéralisme. Il n'en demeure pas moins qu'elle doit pouvoir prendre des décisions qui font d'elle un sujet politique actif dans le domaine des intérêts de la fédération. Or, en démocratie, cette aptitude à prendre des décisions suppose nécessairement le consentement des membres de la communauté politique à participer ensemble aux processus de la décision collective. Elle suppose donc un *désir* de délibérer ensemble en vue d'une action commune⁶².

Au vu de notre démonstration, le danger qui menace l'État belge dans les prochaines années n'est pas difficile à deviner. Il consiste dans une érosion de ce désir et, ceci allant de pair avec cela, dans une perte continue de ce qui peut faire la substance d'une citoyenneté fédérale signifiante et d'un patriotisme constitutionnel vécu. Les seules grandes décisions que cet État serait encore capable de prendre porteraient alors sur de nouveaux transferts de compétences vers ses composantes. En allant toujours plus avant dans cette voie, il serait ainsi voué à disparaître faute de matières pour alimenter les controverses qui le font vivre aujourd'hui.

« Où serait le danger? », se demandent alors certains: « tout État n'est-il pas mortel? » Certes, mais admettons que cet État avait un beau défi à relever sur le plan éthique, un défi digne d'intérêt en cette époque de regain des nationalismes destructeurs: celui de montrer qu'il est possible de faire vivre deux nations de plus en plus distinctes sous un même toit politique⁶³.

Si l'on fait abstraction de cette dimension éthique et si l'on adopte une perspective purement fonctionnelle, le danger, c'est que ce processus centrifuge serait à la fois fatal et impossible à conduire jusqu'à son terme. Fatal en raison du nationalisme, flamand pour l'essentiel, qui ne se satisferait que de l'indépendance de la Flandre. Mais impossible parce qu'on ne voit pas comment, à moyen terme en tout cas, Bruxelles se laisserait diviser, annexer ou transformer en district européen. On se rapproche donc du mur, aucun scénario crédible n'ayant été formulé jusqu'à présent pour se sortir de ce qu'il faut appeler une impasse prévisible.

61. Sur la distinction entre identité argumentative et identité narrative, voir J.-M. FERRY, *Les puissances de l'expérience*, vol. 2, *Les ordres de la reconnaissance*, Paris, Cerf, 1991, p. 103 et suiv., 161 et suiv., et les réflexions critiques de J. LENOBLE, « Penser l'identité et la démocratie en Europe », dans J. LENOBLE et N. DEWANDRE (dir.), *L'Europe au soir du siècle*, Paris, Esprit, 1992, p. 293 et suiv.

62. Cf. H. DUMONT, « Compte rendu de l'ouvrage de Ph. Gérard, *Droit et démocratie* », dans *R.I.E.J.*, n° 39, 1997, p. 189-206.

63. Ce propos ne signifie pas que toutes les revendications séparatistes seraient toujours et en soi éthiquement critiquables. Nous faisons ici référence au contexte propre à la Belgique.

Si l'on devait néanmoins se risquer à faire des pronostics, mais l'exercice est particulièrement périlleux, les tendances actuelles donnent à penser que l'avenir le plus probable de l'État belge, ce qui ne veut pas dire le plus souhaitable, semble résider dans l'accentuation des tendances confédérales que l'on a relevées dans cette contribution. Il se transformerait ainsi en une structure aussi inédite que légère, empruntant moins d'éléments au modèle fédéral que d'autres au modèle confédéral. Cette structure ne serait pas loin de réduire le dit « État » à une carte de visite ou à une façade propre à articuler des autonomies, sans trancher le nœud gordien bruxellois, et à justifier l'unicité du siège dont il est tenu de se contenter à la table du Conseil des ministres de l'Union européenne.

Il reste à savoir si — et selon quel échéancier — les francophones se laisseraient conduire plus ou moins passivement dans ce scénario qui répond principalement aux attentes flamandes non indépendantistes, ou s'ils redresseraient la tête pour exiger alors une scission selon la seule ligne de clivage acceptable pour eux, à savoir celle qui sépare la Flandre de Bruxelles et de la Wallonie⁶⁴.

64. Voir à cet égard le numéro spécial consacré au manifeste de Ch. FRANCK, A.-P. FROGNIER, B. REMICHE et V. VAGMAN, *Choisir l'avenir*, dans *La Revue générale*, janvier 1997.

GARANTIR L'INTÉGRATION DES VALEURS MINORITAIRES DANS LE DROIT : UNE ENTREPRISE IRRÉALISABLE PAR LA VOIE STRUCTURELLE

par

Andrée LAJOIE

Professeure au Centre de recherche en droit public
Université de Montréal

Le regain d'intérêt pour le fédéralisme dans les pays membres de l'Union européenne a amené certains d'entre eux, qui ont des minorités territorialisées, à s'interroger sur la meilleure manière d'assurer la prise en compte par leurs tribunaux des valeurs de ces minorités. On cherche à y établir quels aménagements des structures judiciaires sont le plus susceptibles de garantir l'intégration des valeurs minoritaires dans le droit. Plusieurs croient que cet objectif peut être atteint par le biais du bilinguisme, de la territorialisation du système judiciaire, et de la participation territoriale dans la sélection des juges.

Dans cette optique, le cas canadien peut servir de point de référence. L'organisation de notre système judiciaire, dont une partie est même constitutionnalisée, englobe, parmi d'autres, ces trois caractéristiques, de sorte qu'il est pertinent de l'examiner afin d'établir quelles sont les conséquences concrètes, et les leçons qu'on peut en tirer. C'est le fruit de ma réflexion sur ces hypothèses structurelles que je veux livrer ici. Non pas que le modèle canadien puisse être considéré comme une réussite, car sur le plan de l'intégration des valeurs et des intérêts des minorités politiques, c'est loin d'être un succès.

1. Quelques hypothèses d'aménagements administratifs du pouvoir judiciaire

J'analyserai donc successivement le bilinguisme et même le bijuridisme, la territorialisation du système judiciaire, et la participation territoriale dans la sélection des juges, avant de tenter de cerner leur éventuelle influence sur l'intégration des valeurs des minorités politiques dans le droit canadien, pour tirer, en conclusion, quelques enseignements éventuellement exportables à d'autres fédérations.

1.1 *Bilinguisme et même... « bijuridisme »*

Au Canada, c'est la Constitution qui garantit le bilinguisme au sein du système judiciaire, notamment par l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui comporte la garantie linguistique suivante :

[...] dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par-devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada qui seront établis sous l'autorité de la présente loi, et par-devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de Québec, il pourra être fait également usage, à faculté, de l'une ou de l'autre de ces langues [français ou anglais]¹.

Il a été complété depuis par l'article 16 de la *Loi constitutionnelle de 1982* :

Le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada².

En raison de l'égalité de statut des langues elles-mêmes, prévue ici dans la Charte, la Cour suprême a récemment révisé son interprétation de ces garanties, renversant du même coup une décision antérieure³. Cette interprétation récente implique qu'au Canada, « toute personne », qu'elle soit ou non bilingue⁴, est libre de choisir la langue qu'elle désire utiliser en cour. Dans cette perspective, l'accès dans les deux langues au processus judiciaire et à la législation est garanti, non seulement dans les trois provinces abritant respectivement une majorité et d'importantes minorités francophones, mais aussi bien à toute personne résidant dans l'une des autres provinces⁵. Comme au surplus la *Loi constitutionnelle de 1867* ne se limitait pas à garantir le bilinguisme devant les tribunaux, mais en avait étendu le principe à la publication des lois canadiennes et québécoises⁶, une disposition relative aux droits linguistiques en général, soulevée dans le contexte des droits judiciaires, a donc été élargie de manière à s'appliquer au Manitoba⁷ et au Nouveau-Brunswick⁸ et elle est peut-être même applicable, désormais, à d'autres provinces, comme suite de la décision intervenue dans l'affaire *Beaulac*⁹.

1. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (U.K.), art. 133.

2. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., ch. 11), art. 16.

3. *Société des Acadiens c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549.

4. *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768.

5. C'est l'acception actuelle des droits linguistiques telle que confirmée dans l'arrêt *Beaulac*, une décision de la Colombie-Britannique précitée à la note précédente, par le juge Bastarache s'exprimant au nom d'une cour unanime.

6. « Les lois du parlement du Canada et de la législature de Québec devront être imprimées et publiées dans ces deux langues », *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 1, art. 133.

7. *Loi de 1870 sur le Manitoba*, 33 Vict., ch. 3 (Canada), art. 23, interprété par la Cour suprême dans *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

8. *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 1, art. 133.

9. *R. c. Beaulac*, précité, note 4.

Néanmoins, le fait qu'un justiciable puisse s'exprimer et être interpellé dans la langue officielle de son choix devant un tribunal qui applique une loi également formulée dans cette langue n'implique guère plus qu'une équité élémentaire dans le processus judiciaire. Cette concession, qui dénote une certaine condescendance, ne garantit aucunement que ses revendications seront acceptées, encore moins, ses valeurs reconnues. Pour illustrer ces propos, je reprendrais les paroles de l'ancien juge en chef Lamer, qui, interrogé sur son choix en matière de rédaction du jugement dans une cause dont une des parties était anglophone et l'autre, francophone, précisa qu'il avait choisi, par souci de politesse, d'écrire la version originale de son opinion dans la langue de la partie qui venait de perdre sa cause...

C'est donc pour mieux assurer la protection des droits linguistiques, de toute évidence, lacunaire, que le ministère fédéral de la Justice a récemment émis une politique de *bijuridisme*. Cet outil est conçu dans le but d'harmoniser des lois fédérales relatives au droit privé — en particulier le domaine de la propriété immobilière en common law — avec la législation correspondante du droit civil québécois. Le *bijuridisme* se définit grossièrement comme l'interaction des deux traditions juridiques et repose sur une méthodologie applicable tant à la rédaction des lois qu'à l'interprétation judiciaire.

Selon le sous-ministre associé responsable du programme¹⁰, une première implication méthodologique vient de l'analyse de l'interaction des lois fédérales avec le droit civil. À moins d'indication contraire du Parlement, les règles de droit civil en vigueur au Québec serviront, à titre supplétif, à interpréter la législation fédérale portant sur la propriété et les droits civils lorsque celle-ci est silencieuse, afin qu'elle puisse trouver application dans la province. Il faut noter, cependant, qu'il existe des exceptions à cette complémentarité, connues sous le nom de dissociations. La solution à ces difficultés peut être d'un ordre *unijuridique* lorsqu'une disposition législative est fondée sur une notion propre à la common law dans ses versions française et anglaise — ou *semi-bijuridique* s'il s'agit d'une disposition dont la version française trouve son fondement dans une notion propre au droit civil et la version anglaise, dans une notion ou une terminologie propre à la common law. Par exemple, l'utilisation des expressions « *special damages* », en anglais et « dommages-intérêts spéciaux », en français, à l'alinéa 31(3) de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*¹¹ illustre une situation *unijuridique* : l'expression « *special damages* » et son équivalent français, « dommages-intérêts spéciaux », sont toutes deux issues d'une notion propre à la common law. En droit civil, l'expression correcte serait plutôt « pertes

10. M. DION, *Canadian bijuridism and harmonization of the law*, Université d'Ottawa, 20 octobre 2000.

11. L.R.C. (1985), ch. C-50.

pécuniaires antérieures au procès », en français et « *pre-trial pecuniary loss* », en anglais.

Par ailleurs, l'utilisation des termes « *real property* » en anglais et « immeuble » en français à l'article 20 de la *Loi sur les immeubles fédéraux et les biens réels fédéraux*¹² est un exemple de *semi-bijuridisme*. La terminologie utilisée dans la version française (immeuble) est issue du droit civil alors que celle utilisée dans la version anglaise (*real property*) s'inspire d'une notion de common law. Cette disposition deviendra réellement *bijuridique* seulement si les termes « biens réels » sont ajoutés pour rendre compte de la common law en français et le terme « *immovable* » ajouté à l'anglais, pour rendre compte du droit civil en anglais.

La méthode est plus raffinée que je ne puis l'évoquer ici et je réfère donc les intéressés aux juristes du ministère fédéral de la Justice, seuls versés dans cette technique. Même les plus habiles usagers de ce dialecte concèdent, toutefois, qu'il a ses limites. Pour reprendre une fois de plus les paroles du sous-ministre associé, « [L]a tâche n'est jamais aisée lorsque les questions sont complexes car la législation fédérale doit cibler quatre auditoires simultanément tout en étant à la fois bilingue et bijuridique ». Pourtant, les quatre auditoires canadiens n'exigent que la transcription, d'une part, de la common law en anglais et en français et d'autre part, du droit civil en français et en anglais. Imaginez l'application de cette technique au Royaume-Uni où deux langues et quatre traditions juridiques demanderaient à être intégrées dans une gamme innombrable de versions d'un même texte de loi.

Pour répondre aux difficultés occasionnées par la pratique du droit dans un système juridique aussi complexe, l'Université McGill a institué au premier cycle un programme intégré droit civil/common law. Ce programme exige que les professeurs de droit privé enseignent systématiquement les notions de common law et de droit civil applicables à toute matière relevant du droit, tant au niveau provincial que fédéral, là où le partage des compétences l'impose. L'Université de Montréal a, pour sa part, institué un programme de deuxième cycle en common law comparatif (Canada/États-Unis). Il est possible que cette expérience interculturelle postmoderne soit couronnée de succès. Même dans cette éventualité, le résultat n'emporterait qu'une meilleure harmonisation des traditions civile et de common law, et ce, essentiellement dans le domaine du droit privé. Dans le meilleur des mondes, le bijuridisme ne pourrait toujours pas harmoniser les différences irréconciliables dans l'interprétation du partage des compétences dans la fédération, cette réalité incontournable que le droit public doit gérer dans sa double dimension de conflit entre cultures et d'enjeux de pouvoir.

12. L.C. 1991, ch. 50.

Avant d'aborder les effets limités du bilinguisme et du bijuridisme, il faut s'arrêter à d'autres méthodes d'harmonisation présentes dans le système judiciaire canadien.

1.2 Territorialisation du système judiciaire

Si le bijuridisme a des effets très limités et le bilinguisme s'avère une concession insuffisante, on pourrait toujours espérer que la représentation territoriale dans le mode de nomination des juges puisse emporter le résultat recherché. Le Canada a en effet institué des tribunaux fédéraux, provinciaux et conjoints dans un système judiciaire très complexe offrant toutes les apparences d'une autonomie judiciaire territoriale dévolue aux provinces. Cependant, le système des appels et la structure administrative responsable de la gestion de la carrière des juges annulent toute véritable autorité provinciale sur l'appareil judiciaire, et cela, malgré l'illusion créée à cet égard par l'organisation judiciaire formelle. Sans aller dans le détail de sa structure, l'étude des grandes lignes de ce système démontre qu'il ne répond pas aux problèmes de l'harmonisation des différences territoriales.

À première vue, la Constitution semble indiquer qu'en vertu du partage des compétences législatives, l'administration de la justice serait du ressort des provinces. En effet, elle prévoit que les provinces légiféreront sur :

L'administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant juridiction civile et criminelle, y compris la procédure en matières civiles dans ces tribunaux¹³.

Une lecture plus attentive éveillera toutefois un doute dans l'esprit de tout juriste normalement constitué, constatant par ailleurs qu'il existe d'autres tribunaux, en dehors des cours provinciales. La Constitution prévoit effectivement, quelques paragraphes plus loin, que :

Le parlement du Canada pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada¹⁴.

Ainsi, un système de tribunaux fédéraux s'est développé parallèlement à celui des provinces. Par ailleurs, la *Loi constitutionnelle de 1867* a institué un tribunal conjoint dont la responsabilité est partagée entre les niveaux fédéral et provincial.

13. *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 1, art. 92(14).

14. *Id.*, art. 101.

Tout d'abord, la Cour supérieure, avec ses « districts et comtés », existait avant la Confédération¹⁵. La *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit son maintien tout en ajoutant que ses juges seront nommés par le gouverneur général et que les autorités fédérales auront également la responsabilité de la carrière¹⁶ des juges ainsi nommés :

Le gouverneur-général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick¹⁷.

De plus, la gestion quotidienne des tribunaux, y compris les dépenses qui y sont reliées, sera assumée par les provinces.

Il est à noter que, malgré leur compétence sur l'administration de la justice, l'interprétation judiciaire de l'article 96 a cristallisé la juridiction de la Cour supérieure telle qu'elle existait en 1867¹⁸. Il s'ensuit qu'il est interdit aux législatures provinciales d'accorder à un tribunal, dont les juges sont nommés par une autorité provinciale, la juridiction sur toute matière qui, en 1867, appartenait à la Cour supérieure.

Il en résulte que, malgré l'apparence d'une autonomie judiciaire territoriale dévolue, entre autres, au système de droit civil québécois, tous les tribunaux provinciaux sont dans les faits limités dans leur compétence aux poursuites dont la valeur est inférieure à 70 000 \$, et ce, tant pour la Cour du Québec¹⁹ (y compris la Cour des petites créances²⁰), que pour le Tribunal administratif du Québec²¹ et les cours municipales²². Par opposition, toutes les poursuites dont la valeur excède 70 000 \$ sont entendues par la Cour supérieure²³. Les appels, pour leur part, reviennent à la Cour d'appel du Québec²⁴, également conjointe.

À cela, ajoutons que sont exclues de la compétence judiciaire des provinces les demandes portant sur les matières relevant de la Cour fédérale, créée en 1971 pour succéder à la Cour de l'Échiquier²⁵, héritée du système britannique. Mentionnons, enfin, que la Cour suprême du

15. *An Act to Amend the Laws relative to the Courts of Original Civil Jurisdiction in Lower Canada*, [1849] 12 Vict., ch. 38 (Province of Canada).

16. *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 1, art. 96.

17. *Id.*, art. 96.

18. *Vallin c. Langlois*, (1879) 3 R.C.S. 1 et (1879) 5 A.C. 115.

19. *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1.

20. *Loi favorisant l'accès à la justice*, L.Q. 1971, ch. 86, modifiant le *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25.

21. *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., ch. T-16.

22. *Loi sur la justice administrative*, L.R.Q., ch. J-3.

23. *Code de procédure civile*, précité, note 20, art. 31 et 34.

24. *Loi sur les tribunaux judiciaires*, précitée, note 21; *Code de procédure civile*, précité, note 20.

25. *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7.

Canada²⁶ entend en dernière instance tout appel sur des décisions importantes issues de la Cour d'appel fédérale ainsi que des cours d'appel des provinces. Les cours provinciales n'entendent, conséquemment, que les poursuites d'importance limitée, et ce, uniquement en première instance, les demandes plus importantes et les appels tombant sous la juridiction soit des tribunaux conjoints, soit des tribunaux fédéraux. La structure d'appel ainsi que la juridiction limitée des cours provinciales les empêchent donc de prononcer le jugement final sur des questions de leur ressort. Il en résulte que, même en supposant que les demandes ne se rendent pas jusqu'en Cour suprême, où la majorité des juges sont formés selon la tradition de common law, toute notion d'autonomie dans l'interprétation du droit civil devient pure fiction.

1.3 *Participation territoriale dans la sélection des juges*

La structure judiciaire prévoit, enfin, une participation territoriale — à la fois légale et *de facto* — dans le processus de sélection des juges. En vertu de la Constitution, les juges des cours provinciales inférieures sont nommés par les gouvernements provinciaux respectifs²⁷, alors que les juges de la Cour supérieure (conjointe) sont nommés par le gouvernement fédéral²⁸. Il y a également une coutume bien établie selon laquelle trois des neuf juges siégeant à la Cour suprême doivent venir du Québec et le poste de juge en chef est attribué alternativement à un francophone et à un anglophone.

Toutes les conditions étant pourtant réunies pour harmoniser les différences régionales, il demeure contestable que le Canada ait réussi dans cette entreprise. Nous verrons, en effet, qu'à moins de se contenter d'une conciliation formelle des différences territoriales, sans aucune intégration législative des valeurs minoritaires qui sous-tendent ces mêmes différences, il est impossible de prétendre à une réussite.

2. Une entreprise irréalisable par la voie structurelle

Si toutes ces caractéristiques structurelles du pouvoir judiciaire envisagées dans divers contextes fédéraux et présentes dans le système judiciaire canadien permettaient d'intégrer adéquatement les valeurs des minorités, notamment des minorités politiques, nous serions aujourd'hui en mesure de le constater... En fait, mes recherches ont démontré que la mesure — variable selon la minorité concernée, mais toujours modeste — dans laquelle les valeurs de ces minorités ont été de fait intégrées dans notre droit par la voie judiciaire, dépend non pas des aménagements

26. *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26.

27. *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 1, art. 92(14).

28. *Id.*, art. 98.

administratifs des structures du pouvoir judiciaire, mais de la superposition éventuelle de ces valeurs minoritaires avec les valeurs dominantes dans la société à un moment déterminé.

Pour y voir plus clair, il est nécessaire d'examiner l'accueil que nos tribunaux ont réservé aux revendications des minorités politiques, c'est-à-dire caractérisées par des cultures distinctes, des langues et des traditions juridiques particulières, comme c'est le cas de deux minorités politiques inégalement « territorialisées » au Canada, les Autochtones et les Québécois. Les Autochtones constituent 2,8 % de la population canadienne (1,1 % au Québec). Ils ont récemment obtenu la reconnaissance d'une certaine autorité sur les territoires de la Baie James, du Nunavut et du Nisga'a (l'ensemble de ces territoires abritant 5,6 % de la population autochtone, 0,01 % de la population canadienne). Les francophones, pour leur part, comptent pour 23,2 % de la population du Canada et 85 % d'entre eux habitent le Québec, province à laquelle les pouvoirs sont dévolus depuis la Confédération. Nous nous arrêtons, d'abord, aux résultats globaux qui se dégagent en cette matière de la jurisprudence pour ensuite tenter de les expliquer²⁹.

2.1 *Le sort des valeurs des Autochtones*

L'image de l'intégration judiciaire des valeurs autochtones qui se dégage de la comparaison entre celles que prônent les Autochtones et celles que reçoit la Cour fait voir que, dans l'ensemble, la plupart des valeurs portées par le discours autochtone sont intégrées au droit par la Cour. L'identité, la protection de l'environnement et des ressources fauniques, qui participent du concept de « terre nourricière », et le développement économique — mais non l'autosuffisance comme telle — qui forment une partie du noyau dur des valeurs autochtones, sont reçus sans détournement de sens et servent à valider une majorité de victoires autochtones, et il en va de même pour le respect et la justice. Quant aux couples de valeurs protection/confiance, et liberté d'expression/démocratie, ils sont également reconnus, mais moins souvent, par la Cour comme d'ailleurs dans le discours autochtone, et ce, sans favoriser nettement les Autochtones ou leurs « adversaires ».

Absentes parmi les valeurs entérinées par la Cour, l'autodétermination politique et la maîtrise du territoire, objectifs politiques prônés par les Autochtones, ne sont mentionnées qu'une seule fois à notre connaissance par la Cour, qui les rejette expressément. Ensuite, parmi les valeurs mobilisées uniquement par la Cour, il faut compter la prédominance des intérêts économiques des non-Autochtones, le couple des valeurs souveraineté canadienne/primauté du droit, et les effets contras-

29. Pour l'analyse détaillée des décisions impliquées et les références, voir A. LAJOIE, *Quand les minorités font la loi*, Paris, P.U.F., 2001.

tés et complémentaires de l'utilisation par la Cour de ces valeurs respectives. Car la Cour n'utilise pas ces deux valeurs de la même manière, ni au même effet : elle mentionne les intérêts économiques des non-Autochtones pour les limiter de manière à fonder les victoires autochtones en matière économique, alors qu'au contraire, c'est sans réserve qu'elle invoque la souveraineté canadienne et la primauté du droit pour justifier des défaites autochtones, notamment à propos des droits politiques les plus importants.

Cette différence de traitement et de résultats entre les décisions portant sur les droits politiques et les autres types de droits se reflète d'ailleurs tout aussi clairement dans la répartition des victoires et des défaites autochtones, qui, dans l'ensemble, ne favorisent pas les Autochtones pour lesquels les défaites sont globalement plus nombreuses (38) que les victoires (29)³⁰. Mais c'est surtout l'analyse en fonction des droits affectés, tour à tour politiques, fonciers ou économiques³¹, qui est révélatrice. En matière de droits politiques, tout d'abord, les défaites sont nettement prédominantes (10³², contre 4 victoires³³), de même qu'en matière de droits fonciers (9³⁴, contre 3 victoires³⁵), alors qu'en matière économi-

30. Excluant deux décisions où il n'y a ni victoire ni défaite autochtone : *Church c. Fenton*, (1880) 5 R.C.S. 239 et *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 323.

31. Excluant les mêmes deux décisions pour la même raison.

32. *P.G. du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349; *Association des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627 (égalité politique des femmes et des hommes autochtones); *Davey c. Isaac*, [1977] 2 R.C.S. 897 (droits politiques des Autochtones traditionnels); *Four B Manufacturing Co. Limited c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique et la Commission des relations de travail de l'Ontario*, [1980] 1 R.C.S. 1031 (autonomie à l'égard de la législation provinciale du travail); *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821 (*idem* re jeux de hasard); *Jack and Charlie c. La Reine*, (1985) 4 D.L.R. (4th) 96 (liberté religieuse); *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688 (identité autochtone); *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911 (droit de ne pas payer de douane sur les biens importés des États-Unis); *R. c. Wells*, [2000] 1 R.C.S. 207 (incidence de l'autochtonie sur la détermination de la peine) auxquelles il faut ajouter *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare et les requérants en adoption*, [1976] 2 R.C.S. 751, sur le statut d'Indien, refusé dans les faits.

33. *Re Eskimos*, [1939] R.C.S. 105 (reconnaissance du statut d'Indien); *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282 (égalité entre Autochtones et non-Autochtones en matière criminelle); *Corbière c. Canada*, [1999] 2 R.C.S. 203 (droits politiques des Autochtones hors réserve); *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025 (liberté).

34. *R. c. Bonhomme*, (1918) D.L.R. 690; *R. c. Easterbrook*, [1931] R.C.S. 210; *Paulete c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 628; *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554; *Canadien Pacifique Limitée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; *Ontario c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570; *Bande indienne des Opetchesah c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 119; *Calder c. P.G. de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *St. Catherines Milling & Lumber Co. c. La Reine*, (1887) 13 R.C.S. 577 et *Ontario Mining Co. c. Seybold*, (1901) 32 R.C.S. 1.

35. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *P.G. Canada c. Giroux*, (1916) 53 R.C.S. 172 et *Smith c. La Reine*, précité, note 34.

que³⁶, les victoires (22)³⁷ sont presque aussi nombreuses que les défaites (23)³⁸.

C'est dire que la Cour rejette très majoritairement les pourvois politiques, ne cédant d'ailleurs à cet égard que des droits liés au statut — des Inuits, des Indiens hors réserve ou des Autochtones en général à l'égard des non-Autochtones³⁹ — mais non au contrôle politique — notamment pas en ce qui concerne le droit de taxer ou l'exemption à l'égard de la juridiction de l'État canadien⁴⁰ — alors qu'elle a accueilli presque la moitié des réclamations économiques, y compris des exemptions fiscales⁴¹ analogues à celles qu'elle a refusées aux femmes et aux gais et lesbiennes.

36. Ces recours concernent presque uniquement des droits de chasse et de pêche, à cinq exceptions près : deux exemptions d'impôt (*R. c. Williams*, [1992] 1 R.C.S. 877 et *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29) et trois questions liées à des baux à long terme ou à des cessions de terre (*Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada*, [1995] 4 R.C.S. 344; *Guérin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Mitchell c. M.R.N.*, précité, note 32), toutes à ranger parmi les victoires autochtones.

37. *Prince & Myron c. La Reine*, [1964] R.C.S. 81; *Frank c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 95; *R. c. Sutherland, Wilson & Wilson*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Moosehunter c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 282; *R. c. Williams*, précité, note 36; *Nowegijick c. La Reine*, précité, note 36; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada*, précité, note 36; *Guérin c. La Reine*, précité, note 36; *Mitchell c. M.R.N.*, précité, note 32; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285; *Paul c. Paul*, [1986] 1 R.C.S. 306; *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159, y compris quatre victoires partielles : *Sparrow c. La Reine*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139 et *Badger, Kiyawasew & Ominayak c. La Reine*, [1996] 1 R.C.S. 771.

38. *Sikyea v. The Queen*, (1965) 2 C.C.C. 129; *Sigaearek E1-53 c. La Reine*, [1966] R.C.S. 645; *Daniel c. White & La Reine*, [1968] R.C.S. 517; *Cardinal c. P.G. de l'Alberta*, [1974] R.C.S. 695; *Myran, Meeches c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137; *R. v. Derriksan*, (1976) 71 D.L.R. (3d) 159; *Kruger & Manuel c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104; *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294; *R. c. McKinney*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *R. c. Mousseau*, [1980] 2 R.C.S. 89; *Elk c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 166; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *R. c. Horse*, [1988] 1 R.C.S. 187; *Horseman c. La Reine*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Howard*, [1994] 2 R.C.S. 299; *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *Bande indienne de St Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657; *Première Nation de Westbank c. B. C. Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134; *R. c. George*, (1966) 55 D.L.R. 386; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950 (participation des bandes non inscrites dans le Fonds ontarien des Premières Nations); *Bande indienne de Musqueam c. Glass*, [2000] 2 R.C.S. 633 (détermination de la valeur courante d'un terrain situé sur une réserve).

39. *Re Eskimos*, précité, note 33; *R. c. Drybones*, précité, note 33 et *Corbière c. Canada*, précité, note 33.

40. *Four B Manufacturing Co. Limited c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique et la Commission des relations de travail de l'Ontario*, précité, note 32; *Association des femmes autochtones du Canada c. Canada*, précité, note 32; *R. c. Pamajewon*, précité, note 32.

41. *R. c. Williams*, précité, note 36; *Nowegijick c. La Reine*, précité, note 36.

2.2 Le sort des valeurs des Québécois

Le sort réservé par la Cour suprême aux valeurs portées par les Québécois a varié non seulement selon la valeur considérée, mais également selon les époques, au gré de la conjoncture économique — notamment pour accommoder le développement de l'État keynésien — et politique — notamment en réaction à l'évolution du souverainisme au Québec.

S'agissant d'abord de l'identité québécoise, les pourvois où elle a été invoquée n'ont intégré ses exigences que dans la mesure où ils visaient des administrations subordonnées, comme les municipalités et les commissions scolaires, alors que cette intégration a été refusée pour les questions plus importantes qui concernent l'ensemble de la population québécoise. La dichotomie s'explique par la présence, sur le territoire québécois où se concentre la minorité francophone au Canada, d'une minorité anglophone, qui fait partie de la majorité anglophone au Canada. Or, cette minorité anglophone dispose au Québec de commissions scolaires distinctes et était majoritairement concentrée, à l'époque où la Cour énonçait cette jurisprudence, dans des municipalités distinctes où elle constituait la majorité, dans les régions de Montréal et des Cantons de l'Est : cette minorité anglophone n'était donc pas visée par la reconnaissance du pouvoir, des administrations déléguées qui le désiraient, de produire leurs documents uniquement en français⁴². Par contre, les anglophones sont minoritaires au plan des institutions provinciales québécoises et dans la société québécoise globale, d'où l'incitation pour la Cour de protéger le bilinguisme devant les tribunaux, la législature et l'administration provinciale, de même qu'en matière de publicité commerciale...

C'est par ailleurs au nom de l'une de ses valeurs propres qui traverse toute sa jurisprudence constitutionnelle — la souveraineté canadienne entendue au sens de la centralisation des compétences et pouvoirs aux mains des autorités fédérales — que la Cour a rejeté les trois cinquièmes

42. La situation qui risquait de changer à la suite d'une fusion de la majorité de ces municipalités dans le Grand Montréal est pratiquement revenue au *statu quo* à la suite d'une série de référendums, gagnés par les « défusionnistes », tenus dans la plupart des villes anglophones de la région montréalaise. Consulter à ce propos la *Loi portant réforme de l'organisation territoriale municipale des régions métropolitaines de Montréal, de Québec et de l'Outaouais*, L.Q. 2000, ch. 56. La validité de cette loi a été contestée jusqu'en Cour suprême par les municipalités de Baie d'Urfé et de Westmount, ex-banlieues montréalaises à majorité anglophone, mais en refusant son autorisation d'appel le 7 décembre 2001, la Cour a confirmé la décision de la Cour d'appel du Québec validant la fusion. Les défusions furent réalisées en juin 2004 à la suite de l'adoption du projet de loi 9 concernant la consultation des citoyens sur la réorganisation territoriale de certaines municipalités au lendemain de l'élection du gouvernement Charest.

mes des pourvois relatifs au partage des compétences politiques en provenance du Québec⁴³.

On pourrait être porté à croire que le sort de la minorité québécoise n'est pas pire à cet égard que celui des autres provinces réunies, dont le taux de succès en matière de partage des compétences politiques en Cour suprême est encore moindre⁴⁴. La tendance centralisatrice de la Cour existe en effet indépendamment de la conjoncture québécoise, et on l'a vue centraliser successivement les compétences relatives aux exigences de l'État gendarme — étendant au-delà de ses limites logiques la compétence en matière criminelle — puis keynésien, notamment en matière d'infrastructures (contrôle des loyers, infrastructures céréalières, aéroports, capitale nationale) et de contrôle économique (relations de travail, transport, institutions financières, économie, commerce, communications, aménagement, environnement)⁴⁵. Continuant sur cette lancée après la modification constitutionnelle de 1982, elle a plus récemment « fédéralisé » les compétences nécessaires à l'« union économique canadienne » envisagée par la Commission MacDonald et à la mise en œuvre de l'ALÉNA⁴⁶, comme ce fut le cas de la plupart des compétences associées à la mondialisation⁴⁷.

43. 31/58. Pour une analyse plus détaillée et les références aux décisions pertinentes, voir A. LAJOIE, P. MULAZZI et M. GAMACHE, « Les idées politiques au Québec et le droit constitutionnel canadien », dans Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada (Commission Macdonald), *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*, Ottawa, Approvisionnements et services Canada, 1986, p. 1-110.

44. 29/43. Pour une analyse plus détaillée et les références aux décisions pertinentes, voir « Les idées politiques au Québec et le droit constitutionnel canadien », *loc. cit.*, note 43.

45. Pour une analyse plus détaillée et les références aux décisions pertinentes, voir « Les idées politiques au Québec et le droit constitutionnel canadien », *loc. cit.*, note 43.

46. Voir A. LAJOIE, « L'avenir du fédéralisme canadien : implosion lente ou rapide? », à paraître dans Association italienne d'études canadiennes, *Actes du colloque « Il Canada del nuovo secolo »*, tenu en juin 2001 à Monopoli.

47. Sur les décisions rendues en matière de partage depuis 1982, on compte en effet 58,6 % de gains fédéraux : *P.G. Canada c. St-Hubert Base Teachers' Association*, [1983] 1 R.C.S. 498; *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733; *Renvoi relatif à The Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Procureur Général du Canada c. Transports Nationaux du Canada*, [1983] 2 R.C.S. 206; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *La Reine c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 227; *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401; *Bell Canada c. Québec (C.S.S.T.)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Quebec Ready Mix c. Rocois construction*, [1989] 1 R.C.S. 695; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*, [1990] 2 R.C.S. 838; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Renvoi : Régime d'assistance du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Canada (C.D.P.) c. Sun Life du Canada, Cie d'assurance-vie*, [1991] 3 R.C.S. 689; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des*

Mais ce serait se leurrer à la fois quant à l'importance relative et aux facteurs explicatifs de la centralisation à l'égard du Québec que de la tenir uniquement pour une manifestation régionale des tendances générales de la Cour à la centralisation.

Sur son importance, d'abord : plus accentuée en matière de partage des pouvoirs politiques, où le Québec recueille 16 victoires contre 21 défaites, elle s'oppose à son affirmation identitaire, ce qui n'est pas le cas pour les autres provinces. La chose est particulièrement marquée par la portée exceptionnelle de certaines des décisions par lesquelles la Cour a refusé d'intégrer le rôle politique particulier que le Québec réclame en matière méta-constitutionnelle, notamment en ce qui a trait à son droit de *veto* en matière de modification constitutionnelle⁴⁸, sans parler des conditions de validité d'un référendum portant sur son droit à la sécession⁴⁹. Sur les facteurs susceptibles de l'expliquer, ensuite : car il suffit d'observer l'évolution dans le temps de la centralisation effectuée par la Cour à l'égard des pourvois en provenance du Québec (par comparaison avec ceux du reste du Canada pour les mêmes périodes), pour constater une coïncidence qui n'étonnera que les positivistes pour lesquels les tribunaux appliquent déductivement des principes juridiques objectifs à des faits établis.

En effet, la centralisation constante qui a servi de réponse judiciaire aux réclamations des Québécois en matière de pouvoirs politiques n'a connu qu'un temps d'arrêt, la période qui va de 1960 à 1976, alors que les deux tiers des décisions constitutionnelles intervenues dans des litiges résultant de faits survenus au Québec donnent lieu à des gains devant la Cour suprême. Cette exception est d'autant plus spectaculaire qu'elle s'oppose à la tendance générale de la Cour en matière de partage au cours de ces quinze mêmes années, toujours centralisatrice pour les autres provinces, alors qu'elle impose, au plan qualitatif, un cran d'arrêt à trois des théories interprétatives les plus centralisatrices⁵⁰. Or, on le sait, cette période coïncide avec la montée du souverainisme au Québec, alors que le

Transports), [1992] 1 R.C.S. 3; *Association des assureurs-vie du Canada c. Association provinciale des assureurs-vie du Québec*, [1992] 1 R.C.S. 449; *Ontario Hydro c. Ontario (C.R.T.)*, [1993] 3 R.C.S. 327; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Hunt c. T. & N. P.L.C.*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Téléphone Guèvremont c. Régie des télécommunications du Québec*, [1994] 1 R.C.S. 878; *R.J.R.-Macdonald Inc. c. Canada (Procureur Général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783.

48. *Renvoi relatif à la Constitution du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 793 et *Renvoi relatif à la modification de la Constitution du Canada*, [1981] 1 R.C.S. 753.

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

50. Pour une analyse plus détaillée, voir « Les idées politiques au Québec et le droit constitutionnel canadien », *loc. cit.*, note 43.

mouvement indépendantiste se cristallise à la fois dans la formation d'un parti politique qui en vient à former l'opposition parlementaire, et dans des interventions extraparlémentaires qui ne récusent pas la violence. Après 1976, quand le Parti québécois formera le gouvernement, avec toutes les conséquences que cette institutionnalisation a entraînées, la jurisprudence de la Cour redeviendra centralisatrice à l'égard du Québec comme à l'égard du reste du Canada...

En revanche, et comme dans le cas des Autochtones, la Cour se montre infiniment plus ouverte à l'égard de l'autosuffisance économique des Québécois, accueillant la totalité de leurs réclamations en matière fiscale, qu'il s'agisse de valider la TVQ, la taxe sur les immeubles non résidentiels, ou des redevances perçues par la Régie des marchés agricoles⁵¹. Non seulement peut-on croire qu'il s'agit là, comme dans le cas des Autochtones, d'un *quid pro quo* contrebalançant les compétences politiques et territoriales refusées au Québec, mais compte tenu des particularités du partage des compétences fiscales entre les autorités fédérales et provinciales dans la Constitution canadienne, la Cour n'enlève pas pour autant à l'État fédéral l'assiette fiscale qu'elle ouvre aux provinces⁵².

Enfin, le traitement que la Cour réserve aux Québécois en ce qui a trait au territoire est encore identique à celui qu'elle a destiné aux Autochtones : tant qu'il s'agit de querelles interprovinciales, la Cour peut bien donner raison au Québec contre Terre-Neuve⁵³, mais cette ouverture trouve ses limites quand la souveraineté canadienne sur le territoire est en jeu, comme dans le cas du *Renvoi sur la sécession du Québec*⁵⁴.

Conclusion : Quelles leçons tirer?

En résumé, les résultats de l'intégration judiciaire des valeurs des minorités politiques ont varié selon l'époque et surtout selon la minorité considérée. Malgré le bilinguisme, le bijuridisme, la territorialisation apparente du système judiciaire et la participation territoriale dans la nomination des juges, la conciliation des différences régionales n'a pas été couronnée de succès dans les matières les plus importantes pour le Québec, c'est-à-dire dans les questions relatives au partage constitutionnel des compétences législatives et exécutives. Le leitmotiv de la Cour, depuis près d'un siècle et demi, fut celui d'une centralisation implacable, à

51. *St. Catherines Milling & Lumber Co. c. La Reine*, précité, note 34; *Ontario Mining Co. c. Seybold*, précité, note 34; *R. c. Bonhomme*, précité, note 34, *Calder c. P.G. de la Colombie-Britannique*, précité, note 34; *Canadien Pacifique Limitée c. Paul*, précité, note 34; *Guérin c. La Reine*, précité, note 36; *R. c. Sioui*, précité, note 33; *R. c. Marshall*, précité, note 37.

52. L'assiette des taxes indirectes est exclusivement fédérale, et celle des taxes directes est accessible aux deux ordres de gouvernement, sans limite prévue de partage entre eux.

53. *Renvoi relatif à The Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, précité, note 47.

54. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précipité, note 49.

l'exception de la période de quinze ans, entre 1960 et 1976, durant laquelle le Québec jouissait d'un rapport de force qu'il n'a jamais, depuis, su reproduire. Malheureusement, ce rapport de force temporaire était érigé sur des actes de protestation violente dont la répétition ne saurait être souhaitée. Les résultats obtenus par les Autochtones ne sont pas meilleurs, sauf en ce qui concerne la reconnaissance identitaire, et leurs revendications territoriales et politiques ne cheminent que très lentement, par la négociation et non par la voie judiciaire.

L'observation de ces résultats pourrait mener à la conclusion que notre Cour suprême est partielle en raison du contexte politique ou pour toute autre raison et conséquemment, c'est ce qui expliquerait qu'elle ait été incapable d'accommoder adéquatement les besoins de nos minorités. Je ne croirais toutefois pas que ce soit le cas. Loin de constituer une exception, les orientations de la Cour illustrent à quel point les valeurs dominantes d'une société exercent une influence sur l'interprétation judiciaire ou même sur toute activité d'interprétation, que ce soit dans l'art, la littérature ou les sciences sociales, mais tout particulièrement dans le droit. C'est la conclusion à laquelle je suis parvenue lorsque j'ai compris que pour systématiser la conduite de la Cour, il fallait se référer aux théories relatives à l'ensemble des activités d'interprétation et ne pas se limiter à l'interprétation judiciaire pour elle-même.

Après l'étude de différentes approches suggérées dans mon ouvrage *Jugements de valeurs*⁵⁵, j'ai favorisé l'approche proposée par l'herméneutique contemporaine. Dans cette perspective théorique, la production judiciaire de droit résulte de l'interaction, d'une part, d'un juge/interprète, qui détient auparavant une image coulée⁵⁶, une grille d'analyse issue de ses valeurs personnelles⁵⁷ mais nourrie par la communauté d'interprétation⁵⁸ à laquelle il appartient et d'autre part, d'une norme qu'il interprète en contexte⁵⁹, par la voie d'une narration⁶⁰, sous l'influence de la « surdétermination »⁶¹, exercée par les « horizons »⁶² tex-

55. Paris, P.U.F., coll. Les voies du droit, 1997.

56. K.E. BOULDING, *The Image*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1957; K.V. W. STONE, « The Post-War Paradigm in American Labor Law », (1981) *Yale L.J.* 1509.

57. L. HUNTER, « Bora Laskin and Labour Law: the Formative Years », (1984) 6 *Supreme Court L.R.* 431.

58. S. FISH, *Respecter le sens commun*, coll. La pensée juridique moderne, Paris, L.G.D.J., 1995.

59. P. RICOEUR, « Le problème de la liberté de l'interprète en herméneutique générale et en herméneutique juridique », dans P. AMSELECK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles/Aix-Marseille, Éditions Émile Bruylant/Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995.

60. R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), Belknap Press, 1986.

61. G. TMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. Les voies du droit, 1991.

62. H.G. GADAMER, *Vérité et méthode*, Paris, Éditions du Seuil, 1976.

tuels et historiques qu'on trouve exprimés dans les attentes d'« auditoires »⁶³ à la fois universels et spécialisés.

Pourtant, il ne suffit pas de comprendre que les juges, comme tous les interprètes quel que soit leur domaine, donnent toujours un sens social aux interprétations. Il faut, en plus, apprécier leur position particulière dans la société. Leur rôle dans le domaine normatif leur impose des contraintes importantes car, contrairement à l'interprétation littéraire ou artistique, le sens qu'ils donnent aux normes affecte la vie quotidienne de leurs destinataires. Ceux-ci, ont, en conséquence, tendance à nier toute légitimité aux juges du moment que leur interprétation ne coïncide pas avec leurs valeurs ou intérêts. Dans de telles circonstances, les juges peuvent intégrer les valeurs dominantes de la société sans porter atteinte à leur légitimité, à la crédibilité de la Cour à laquelle ils appartiennent ni même à l'efficacité de leurs décisions. D'autre part, la Cour a, à l'occasion, intégré des valeurs minoritaires ou marginales, dans le cas de minorités non territoriales⁶⁴, ainsi que de minorités territoriales à caractère politique⁶⁵, mais, là encore, seulement dans les cas où ces valeurs n'allaient pas à contre-courant des valeurs dominantes.

Si mes conclusions sont justes, trois conditions doivent être réunies pour qu'une minorité politique voie ses valeurs intégrées au droit par la voie judiciaire. D'abord, les avantages à obtenir ne peuvent entrer en conflit avec des valeurs dominantes telles que la paix sociale ou l'intégrité de l'État : aucun pouvoir politique réel ni aucun contrôle des terres ne sera accordé. Ensuite, les avantages demandés ne peuvent porter atteinte de façon substantielle à d'autres intérêts, notamment, en matière économique, à ceux de la majorité. Enfin, le seuil d'empiétement de ces intérêts variera en fonction du rapport de force que chaque minorité saura établir à un moment précis.

Par ailleurs, d'après mes résultats, la territorialisation des revendications ne semble pas faire de différence. Ainsi, les revendications d'autonomie politique et de contrôle des territoires mises de l'avant par le Québec, regroupant dans son territoire 85 % des Canadiens francophones, n'ont pas été accueillies plus favorablement que celle des Autochtones,

63. C. PERELMAN et P. FORIERS, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1978.

64. A. LAJOIE, M.-C. GERVAIS, É. GÉLINEAU et R. JANDA, « When Silence Is no Longer Acquiescence : Gays and Lesbians under Canadian law », (1999) 14 *C.J.L.S.* 101-126; A. LAJOIE, M.-C. GERVAIS, É. GÉLINEAU et R. JANDA, « Les valeurs des femmes dans le discours de la Cour suprême du Canada », (2000) 34 *R.J.T.* 563; A. LAJOIE, « I valori delle minoranze sociali nelle giurisprudenza costituzionale delle Corte suprema del Canada », dans G. ROLLA (dir.), *Lo sviluppo dei diritti fondamentali in Canada fra universalità e diversità culturale*, Milano, Giuffrè, 2000.

65. A. LAJOIE, É. GÉLINEAU, I. DUPLESSIS et G. ROCHER, « L'intégration des valeurs et des intérêts autochtones dans le discours judiciaire et normatif canadien », (2000) 38 *Osgood Hall Law Journal* 143-188.

qui sont pourtant regroupés dans trois territoires distincts, qui ne totalisent que 5,8 % de l'ensemble de leur population au Canada. La variable la plus significative apparaît encore ici être le poids politique et le rapport de force de la minorité, et ce, bien plus que la territorialisation des revendications minoritaires.

Étant donné que le poids de ces facteurs les met à l'abri de tout contrôle par la structure du pouvoir judiciaire, cette dernière ne peut jouer aucun rôle dans l'aménagement des valeurs minoritaires et majoritaires, quel que soit le schéma de son organisation. Le bilinguisme et le bijuridisme dans les tribunaux ne peuvent affecter que l'expression des valeurs minoritaires dont la communauté d'interprétation dominante tolérera l'intégration dans le droit par voie judiciaire. Pour ce qui est de la participation dans la nomination des juges, elle ne soustrait pas les juges au contexte social dans lequel ils travaillent, sous la direction « implicite et inférée »⁶⁶ du groupe dominant dans la société. Seule la territorialisation du système judiciaire aurait une chance d'emporter une amélioration. Il faudrait, dans ce dernier cas, que le système soit autonome et ait pleine juridiction sur toutes les matières sujettes au règlement judiciaire, à tous les niveaux, y compris l'appel devant une cour suprême. Ce système devrait, de surcroît, garantir que l'arbitrage se fasse entièrement au sein de la communauté d'interprétation constituée par la minorité en cause et hors de la portée des valeurs dominantes; bref, une concession emportant une réelle décentralisation que peu d'États-nations normalement constitués seraient susceptibles d'accepter... Pour le dire autrement, les sociétés ont les juges qu'elles méritent, ils ne peuvent être meilleurs ou pires, ils en sont seulement le miroir. L'intégration des valeurs minoritaires dans une société relève de sa culture politique tout entière.

66. R.A. MACDONALD, « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et inférentielle », (1986) 18(1) *Sociologie et sociétés* 47-58.

L'AMÉNAGEMENT INSTITUTIONNEL DE LA DIVERSITÉ

« Petites collectivités locales » ou nations? Qui sont les titulaires du droit inhérent des peuples autochtones à l'autodétermination?¹

par

Jean LECLAIR

Professeur, Faculté de droit
Université de Montréal

Dans un discours prononcé en mai 2002 à l'occasion d'une assemblée spéciale réunissant les chefs des Premières Nations (c'est-à-dire les chefs des conseils de bande)², l'ex-grand chef Matthew Coon Come a dénoncé le projet de loi fédéral sur la gouvernance des Premières Nations³. L'objet de cette loi est « d'offrir aux bandes des outils de gouvernance plus efficaces, en attendant la négociation du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale et sa mise en œuvre »⁴. Dans ce but, la loi déclare qu'un conseil de

-
1. Ce texte a été rédigé à l'automne 2002. Depuis cette date, Matthew Coon Come n'est plus le grand chef de l'Assemblée des Premières Nations. Quant au projet de loi étudié ici, il est mort au feuilleton au printemps 2004. Il n'en reste pas moins que les propos tenus ici demeurent tout à fait pertinents, et ce, pour les deux raisons suivantes. D'une part, parce que l'argumentaire du grand chef Coon Come à l'encontre du projet de loi est un calque de celui qu'invoquent les Autochtones depuis le milieu des années 70, argumentaire qui ne changera pas de sitôt. D'autre part, même si le projet de loi fédéral est mort au feuilleton, il y a fort à parier que son éventuel successeur sera de la même eau.
 2. *Opening Remarks for AFN National Chief Matthew Coon Come at the Special Chiefs Assembly on Governance*, 22 mai 2002.
 3. *Loi sur la gouvernance des premières nations*, projet de loi C-61.
 4. Aliéna 3(a) du projet de loi. On notera que le projet de loi parle de droit inhérent à « l'autonomie gouvernementale » et non à « l'autodétermination ». La différence est d'importance. Comme le soulignent avec justesse, les auteurs du Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones (Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, *Une relation à définir, première partie*, vol. 2, Ministère des Approvisionnements et des services du Canada, 1996, à la p. 195) : « Il est important de faire une distinction entre autodétermination et autonomie gouvernementale. Même s'ils sont étroitement reliés, les deux concepts sont distincts et ont des répercussions différentes dans la pratique. L'autodétermination désigne le droit d'une nation autochtone de choisir comment elle sera gouvernée : de déterminer, par exemple, si elle devrait se doter d'institutions gouvernementales distinctes ou se joindre aux gouvernements populaires qui regroupent

bande peut proposer l'adoption, par les électeurs de celui-ci, d'un code portant sur le choix des dirigeants, d'un autre portant sur le gouvernement de la bande, et enfin, d'un code portant sur la gestion financière et l'obligation de rendre compte⁵. Faute d'accomplir cette tâche dans un délai de deux ans après l'entrée en vigueur de la loi (plus précisément de son article 4), des normes fédérales seront imposées⁶.

L'objection la plus percutante du grand chef Coon Come est que ce projet de loi semble avoir été élaboré sans contribution véritable des principaux intéressés⁷, violant en cela l'obligation de consultation qui, conformément à l'arrêt *Corbière*⁸, doit présider à toute modification législative d'importance intéressant les Autochtones. Toutefois, son principal argument consiste à dire qu'une modification aux structures politiques autochtones ne doit pas emprunter le chemin de la législation fédérale, mais doit plutôt reposer sur une mise en œuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autodétermination⁹. Il en va ainsi en raison du rapport de nation à nation qui existe entre le Canada et les peuples autochtones. À l'appui de son argumentaire, il invoque les conclusions du rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones (Commission Dussault-Erasmus) déposé en 1996.

Dans les pages qui suivent, je vais tenter de mettre en relief le fait que ce dernier argument passe sous silence l'obligation qui incombe aux bandes indiennes de se départir d'une part de leur pouvoir au profit d'agents collectifs autochtones plus englobants, si elles aspirent un jour à

tant des autochtones que des non-autochtones. Par comparaison, l'autonomie gouvernementale est une conséquence naturelle de l'exercice du droit à l'autodétermination et désigne le droit des peuples d'exercer leur autonomie politique. L'autodétermination fait référence au pouvoir collectif de choisir, tandis que l'autonomie gouvernementale est l'une des conséquences de ce choix. »

5. Paragraphe 4)1) du projet de loi.

6. Paragraphe 32)1) et article 36 du projet de loi.

7. *AFN Summary Analysis: Validity of DIAND's Consultation Process for the First Nations Governance Legislative Initiative*, janvier 2002.

8. *Corbière c. Canada*, [1999] 2 R.C.S. 203.

9. À l'occasion d'un débat télévisé portant sur le projet de loi, le grand chef a précisé sa pensée : « It is no secret that the Assembly of First Nations and First Nations of this country reject the Governance Act, because it does not deal with governance. It does not deal with the urgent social and economic needs of our people. And certainly it will infringe or reduce our Aboriginal and treaty rights. The Indian Act amendment strictly comes from and stems from section 91.24 [de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui attribue au Parlement central une compétence exclusive à l'égard des « Indiens et des terres réservées pour les Indiens »]. It does not deal with section 35 [de la *Loi constitutionnelle de 1982*]. Section 35 deals with our Aboriginal and treaty rights. And certainly, that is what we would like to deal with because if you approach it that way, and deal with section 35, then that would certainly put the onus on the federal government to deal with their obligations and commitments to our First Nations people. » *Contact*, 14 avril 2002, Réseau de télévision des autochtones, transcription des débats : http://www.aptn.ca/en/ContactCurrentAffairs/Archives20012002/14Apr02_html.

l'exercice d'un droit à l'autodétermination. Bref, comme on le verra, il appartient aux peuples autochtones de mettre sur pied, avec l'aide des gouvernements fédéral et provinciaux, des agents collectifs aptes à exercer les droits et les responsabilités d'un troisième ordre de gouvernement. Les Premières Nations, c'est-à-dire, je le rappelle, les bandes autochtones, ne peuvent assumer, à elles seules, toute l'étendue des pouvoirs auxquels peut prétendre un troisième ordre de gouvernement.

En guise de préambule, un mot doit être dit au sujet de l'évolution des politiques fédérales en matière autochtone¹⁰.

La politique fédérale, celle qui a inspiré la *Loi sur les Indiens* jusqu'en 1951 et qui inspire encore la loi actuelle mais dans une moindre mesure, peut être résumée de la manière suivante : protection, civilisation et assimilation. Les Autochtones étant présumés incapables à défendre leurs propres intérêts, il fallait donc les protéger à l'encontre des agissements frauduleux des spéculateurs non Autochtones. Un statut spécial fut donc attribué aux terres de réserves¹¹. Seule la Couronne fédérale était réputée pouvoir en faire l'achat¹². À ce statut spécial des terres s'ajoutait un assujettissement intégral (« from cradle to grave ») des Autochtones aux autorités fédérales. Néanmoins, le statut spécial ainsi garanti aux terres de réserves et aux Autochtones eux-mêmes n'était pas destiné, dans l'esprit des fonctionnaires fédéraux, à demeurer. Une fois civilisés, croyait-on, les Indiens s'assimileraient au reste de la population. Fini alors le régime des réserves et tout ce qui y était associé. C'est pourquoi, en sus de son objectif de protection, la loi poursuivait une double finalité de civilisation et d'assimilation des Autochtones. D'où les mesures d'émancipation volontaire et involontaire, l'interdiction des pratiques traditionnelles (potlaches, danse du Soleil, etc.), l'imposition d'un système électif (conseil de bande), l'introduction forcée de la notion de propriété individuelle, etc.¹³.

Cette politique fédérale ne concevait pas les rapports entre le Canada et les peuples autochtones comme des relations de nation à nation. L'objectif était plutôt de mettre un terme à la différence autochtone. L'idée de renforcer l'autonomie politique autochtone ne venait à l'esprit de personne. Encore moins celle de la mise en place de structures gouvernementales conjointes autochtones/non-autochtones appelées à

10. S. M. WEAVER, « A New Paradigm in Canadian Indian Policy for the 1990s », (1990) 22 *Canadian Ethnic Studies* 8-18.

11. À propos des différents modes de création des réserves indiennes, lire R. A. BARTLETT, *Indian Reserves and Aboriginal Lands in Canada: A Homeland*, University of Saskatchewan Native Law Center, Saskatoon, 1990.

12. Avant même l'avènement des réserves indiennes, la *Proclamation royale de 1763* avait clairement établi que les droits des peuples autochtones relatifs aux territoires qu'ils occupaient ne pouvaient être aliénés qu'au profit de la Couronne.

13. J. L. TOBIAS, « Protection, Civilization, Assimilation: An Outline History of Canada's Indian Policy », (1976) 6 *The Western Canadian Journal of Anthropology* 13-30.

developper des politiques qui prendraient en considération le point de vue autochtone. De plus, les droits collectifs des Autochtones étaient perçus non pas comme des droits, mais comme des réclamations assujetties au bon plaisir du Prince. De toute façon, on estimait que ces droits trouvaient leurs fondements dans une culture traditionnelle appelée à disparaître. Dès lors, à quoi bon les reconnaître?

Non seulement cette première approche se fonde-t-elle sur une conception impérialiste du concept de culture, mais, plus important encore, elle a occulté le fait que l'État moderne canadien est « l'aboutissement d'un processus historique complexe mettant en jeu les multiples relations établies entre divers groupes d'autochtones et les colons français et britanniques » (p. 215)¹⁴. L'histoire constitutionnelle du Canada ne se résume donc pas, comme trop de Canadiens le croient encore, à l'entente fédérale intervenue en 1867. Le rôle des nations autochtones dans la construction du pays a été presque complètement ignoré. Pire, on leur a même refusé pendant longtemps les attributs associés à la pleine citoyenneté, plus spécifiquement, le droit de vote.

Néanmoins, la mobilisation politique des Autochtones à la fin des années 60, l'importante décision *Calder*¹⁵ rendue par la Cour suprême en 1973, l'enchâssement constitutionnel des droits ancestraux et issus de traités en 1982, et surtout la publication des rapports des commissions Penner en 1983 et Dussault-Erasmus en 1996, allaient entraîner une modification radicale du discours fédéral.

Le volumineux rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones (rapport Dussault-Erasmus) constitue un point tournant en matière de politique autochtone. On y déclare que les peuples autochtones ne se sont jamais départis de leur droit inhérent à l'autodétermination. Ce droit est inhérent « en ce qu'il tire ... son origine de la vie et des traditions collectives [des peuples autochtones], et non de la Couronne ou du Parlement. Plus spécifiquement, il découle du statut originel des peuples autochtones en tant que nations indépendantes et souveraines dans les territoires qu'elles occupaient, tel qu'il a été reconnu et rendu opérant dans les multiples traités, alliances et autres relations entre ces peuples et les Couronnes française et britannique » (p. 214)¹⁶. Le régime colonial, non plus que le régime fédéral mis en place en 1867, n'a privé les Autoch-

14. Toutes les références non attribuées autrement qui figurent dans le texte renvoient à : Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, *Une relation à définir, première partie*, vol. 2, Ministère des Approvisionnements et des services du Canada, 1996.

15. *Calder c. Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313.

16. « Les peuples autochtones sont les descendants des nations historiques du Canada, celles qui les premières ont occupé le pays en tant que peuples souverains et en ont géré les ressources. Il est inconcevable que, dans les terres mêmes dont ils sont originaires, les autochtones puissent jamais se voir refuser des droits ancestraux et issus de traités qui sont essentiels à leur existence en tant que peuple » (p. 225).

tones de ce droit. Enfin, poursuit la Commission, avec l'enchâssement constitutionnel des droits ancestraux en 1982, ce droit inhérent a été élevé au rang de norme constitutionnelle. Pour la Commission, la conclusion est inéluctable, « les peuples autochtones constituent l'un des trois ordres de gouvernement du Canada au même titre que les gouvernements fédéral et provinciaux » (p. 238).

Autrement dit, les droits collectifs autochtones ne confèrent pas simplement une immunité à l'encontre des lois adoptées par les législatures fédérale et provinciales, ils impliquent l'exercice de pouvoirs législatifs. La Commission distingue entre les domaines centraux de la compétence autochtone — qui recouvre en étendue l'actuelle compétence fédérale relative aux « Indiens et aux terres réservées pour les Indiens » — et les confins de cette compétence. Les domaines centraux visent toutes les questions « qui sont cruciales pour la vie et le bien-être d'un peuple autochtone, sa culture et son identité; qui n'ont pas d'incidences profondes sur les gouvernements voisins; [et] qui ne font pas par ailleurs l'objet d'un intérêt fédéral ou provincial transcendant » (p. 238). Les confins visent le reste de la compétence autochtone inhérente. La distinction entre les deux domaines est importante car, alors que la compétence autochtone sur les questions relatives aux confins « reste en suspens » (p. 248) tant que des traités ne sont pas signés, la compétence relative aux domaines centraux peut être mise en œuvre *immédiatement* par les nations (p. 238). Quoi qu'il en soit de cette distinction, la conclusion de traités est encouragée car, en leur absence, un doute pourrait surgir quant à la validité du pouvoir exercé par une nation autochtone. Dans cette perspective de rapport de nation à nation, les traités, on l'aura deviné, jouent un rôle capital.

Bref, en moins de 30 ans, de citoyens de seconde zone qu'ils étaient, les Autochtones sont devenus membres de nations détentrices d'un droit à l'autodétermination qui ne peut être exercé cependant « que dans le cadre du Canada » (p. 237). On a souvent recours au « wampum à deux rangs », pour décrire le rapport de nation à nation qui, dorénavant, devrait exister entre les non-Autochtones et les peuples autochtones. Les wampums étaient des ceintures faites de coquillages qui servaient, entre autres choses, à représenter symboliquement le contenu de certaines ententes diplomatiques. Le wampum à deux rangs de la confédération Haudenosaunee (iroquoise), remis aux Européens à plusieurs occasions, représente deux rangs de perles mauves sur fond blanc. Chaque rang de perles représente les trajets respectifs de deux canots voguant parallèlement dans la même direction¹⁷. L'un est piloté par les peuples autochtones

17. R.A. WILLIAMS Jr., « The Algebra of Federal Indian Law: The Hard Trail of Decolonizing and Americanizing the White Man's Indian Jurisprudence », (1986) *Wisc. L. Rev.* 219, à la p. 291 : « When the Haudenosaunee first came into contact with the European nations, treaties of peace and friendship were made. Each was symbolized by the Gus-Wen-Tah, or Two Row Wampum. There is a bed of white wampum which symbolizes

et l'autre, par les Européens. Trois perles relient les deux rangs. Elles représentent la paix, l'amitié et le respect. En somme, dans un même espace territorial, deux nations coexistent tout en demeurant autonomes.

En mettant l'accent sur l'existence de pouvoirs inhérents plutôt que délégués, la Commission avait donc pour objectif d'assurer une sphère d'autonomie politique constitutionnellement garantie aux nations autochtones. Cette autonomie lui apparaît essentielle, car la participation des Autochtones aux institutions déjà en place n'a jamais permis, et ne permettra jamais, de leur garantir les leviers décisionnels dont ils ont besoin (p. 413).

Mais la Commission n'est pas sans savoir que les rapports actuels entre le Canada et les peuples autochtones ne sont plus fondés sur une relation d'interdépendance, comme c'était le cas avant 1815 par exemple — date à partir de laquelle la fin des guerres coloniales nord-américaines rend inutiles les alliances militaires avec les peuples autochtones. En réalité, en raison de l'invasion de leurs territoires par les colons et de la politique d'assimilation décrite plus haut, les peuples autochtones vont entreprendre, dès la fin du XIX^e siècle, une rapide et terrible descente aux enfers. Autrement dit, affirmer que les nations autochtones sont dorénavant « l'un des trois ordres de gouvernement du Canada au même titre que les gouvernements fédéral et provinciaux » (p. 238) ne doit pas faire perdre de vue la désintégration des structures politiques et sociales traditionnelles de plusieurs nations autochtones et du rapport de dépendance et non d'interdépendance qui existe encore aujourd'hui entre celles-ci et les gouvernements non autochtones. La Commission n'était pas sans ignorer cette réalité. C'est pourquoi elle pose certaines conditions à l'exercice du droit à l'autodétermination. J'en mentionnerai deux qui se rapportent à notre propos aujourd'hui.

Premièrement, la Commission n'ignore pas que 126 ans d'application de la *Loi sur les Indiens* a eu pour conséquence l'effritement des structures politiques traditionnelles des nations autochtones. Quelque 600 bandes indiennes — qui se partagent environ 2300 réserves — coexistent actuellement sur le territoire canadien. C'est pourquoi la Commission est d'avis que seul peut briguer le statut de nation « un groupe assez important d'autochtones qui possède un sentiment commun d'identité nationale et qui constitue la population dominante d'un certain territoire ou groupe de ter-

the purity of the agreement. There are two rows of purple, and those two rows have the spirit of your ancestors and mine. There are three beads of wampum separating the two rows and they symbolize peace, friendship and respect. These two rows will symbolize two paths or two vessels, travelling down the same river together. One, a birch bark canoe will be for the Indian people, their laws, their customs and their ways. The other, a ship, will be for the white people and their laws, their customs, and their ways. We shall each travel the river together, side by side, but in our own boat. Neither of us will try to steer the other's vessel.»

ritoires » (p. 198). Il s'ensuit que le droit à l'autodétermination ne peut être exercé par les « petites collectivités locales », mais par l'ensemble des personnes qui composent la nation (p. 202 et 261). En l'absence de regroupement, la prestation de certains services publics serait trop onéreuse (p. 199 et p. 316). Une des tâches *préalables* à l'exercice du droit est donc la reconstitution des nations autochtones (p. 347-353). Il s'ensuit, et c'est capital, que l'exercice du droit inhérent est assujéti à la rédaction préalable d'une constitution nationale mettant en place une structure générale de gouvernement (p. 259 et p. 349-352). Structure de gouvernement qui, nous dit-on, « inclura des institutions non seulement nationales, mais également locales » (*ibid.*) Bien que la Commission propose trois modèles de gouvernement autochtone — le gouvernement fondé sur la nation, le gouvernement populaire et le gouvernement fondé sur une communauté d'intérêts (p. 270-308) — dans chaque cas, elle signale que le mode d'organisation interne de ces gouvernements devra comporter plusieurs paliers (nation, tribus, région, collectivité locale, famille ou clan (p. 282)) de manière à tenir compte de la composition très diversifiée des nations. Bien que très laconique, elle souligne que dans certains cas, un système fédéral (p. 200, 283-284, 296-297, 299) ou confédéral (p. 201, 290-291) pourrait faire l'affaire. Toutefois, quelle que soit la solution adoptée, des institutions gouvernementales plus larges sont essentielles (p. 260-261)¹⁸. La Commission n'est pas sans savoir que l'attachement à la collectivité locale pose un sérieux obstacle à cette reconstitution (p. 260). La Commission estime que le Canada compte présentement entre 60 et 80 nations autochtones (p. 201).

La Cour suprême a, depuis 1996, défini progressivement le sens à donner à ces notions floues que sont les droits ancestraux¹⁹. Contrairement à la Commission, elle n'a pas affirmé que l'exercice de droits ancestraux supposait une reconstruction préalable des nations autochtones. Les titulaires de droits ancestraux et de titre aborigène sont plutôt définis comme étant les « sociétés autochtones distinctives »²⁰, des « groupes autochtones »²¹, ou encore, des « collectivités » autochtones²². La Cour semble prendre grand soin d'éviter toute référence aux « nations »

18. Ces structures politiques devront également prévoir l'adoption de constitutions établissant « un système de poids et contrepois pour assurer le bon fonctionnement du gouvernement proposé ». Elles devront également comporter des processus décisionnels transparents et responsables envers les membres de la nation (p. 286 et 298). En effet, la Commission constate que les Autochtones se plaignent de la corruption et du népotisme des gouvernements autochtones actuels (p. 381-385).

19. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010 et *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507 constituent les deux décisions les plus importantes à ce sujet.

20. *Van der Peet*, aux par. 35, 42-43, 45, 49, 56 et 60 (opinion de la majorité rédigée par le juge en chef Lamer).

21. *Van der Peet*, aux par. 46, 51, 62-63, 65, 69, 72-73 et 79; *Delgamuukw*, aux par. 124, 132, 143, 150, 152, 157 et 168 et, plus particulièrement, le par. 128.

22. *Van der Peet*, aux par. 30, 34, 35, 42-43, 45, 49, 52, 56, 58, 60, 62-63, 69, 70-73, 79 et 86; *Delgamuukw*, aux par. 126, 129 et 155.

autochtones²³. Elle insiste d'ailleurs sur le fait que « [l']existence d'un droit ancestral dépend entièrement des coutumes, pratiques et traditions de la collectivité autochtone qui revendique le droit. [M]ême si les droits ancestraux sont des droits constitutionnels, cela n'enlève rien au fait capital que les intérêts que les droits ancestraux sont censés protéger se rapportent à l'histoire spécifique du groupe qui revendique le droit. Les droits ancestraux n'ont pas un caractère général et universel. Leur portée et leur contenu doivent être déterminés au cas par cas »²⁴. Est-ce à dire que la nécessaire reconstruction institutionnelle évoquée par la Commission n'a plus sa raison d'être? Je ne le pense pas. Les droits ancestraux, y compris le titre aborigène, peuvent être revendiqués par les petites collectivités locales, soit. Il n'en demeure pas moins que, en l'absence de tout regroupement institutionnel, ces petites collectivités ne seront jamais en mesure d'exercer la panoplie des pouvoirs qu'on associe à l'idée d'un troisième gouvernement²⁵.

Les Autochtones ne semblent pas s'être beaucoup intéressés à cette question des regroupements institutionnels²⁶. Or, comme le soulignait avec justesse Roger Gibbins, en matière de gouvernance autochtone, « [t]he price of self-government may well be the surrender of self-government to new and larger Indian governments »²⁷. En fait, cet auteur ne fait pas référence à la reconstitution d'agents collectifs nationaux — dont le nombre s'élèverait à près de 80 —, mais bien à l'obligation de créer des structures politiques regroupant ces différents agents. On parle donc d'une double délégation! En effet, comme le soutient Gibbins, pour pouvoir être intégrées au réseau de relations intergouvernementales provinciales-fédérales en tant que troisième ordre de gouvernement, les nations

23. Exception faite des références qui figurent aux par. 115 et 158 de l'arrêt *Delgamuukw*.

24. *Van der Peet*, au par. 69 (C'est le juge en chef Lamer qui souligne).

25. Pour une description de ces pouvoirs, lire les pages 236-248 du rapport.

26. Même en ce qui concerne la récente entente intervenue entre les deux ordres de gouvernement et les Innus, il est intéressant de noter qu'elle n'a pas été paraphée par toutes les Premières Nations innues. Voir *Entente de principe d'ordre général entre les premières nations de Mamuitum et de Nutashkuan et le gouvernement du Québec et le gouvernement du Canada*. Dans un commentaire intitulé « Manque de transparence et manque d'unité chez les Innus » publié dans *Le Devoir* (lundi 20 janvier 2003, A7), Armand McKenzie, ancien négociateur innu, affirmait que l'entente proposée n'allait pas assurer le règlement des différends avec la nation innue car, dit-il, « l'on propose, derrière une entente qualifiée de nation à nation, un accord qui couvre seulement une partie de la nation innue, soit quatre communautés sur neuf. La majeure partie, tant sur le plan des communautés que sur le plan territorial, est exclue du projet d'entente. [...] Il ne fait aucun doute que le manque d'unité au sein de la nation innue affaiblit ce groupe. Mais les Innus ont malheureusement opté pour une autonomie locale où, de manière absurde, l'on verra neuf gouvernements innus, avec neuf constitutions innues (sic), dotés de neuf régimes fiscaux!!! Une autonomie gouvernementale de deux cents personnes, personne n'y croit, sauf ceux qui essaient de nous le faire croire! ».

27. R. GIBBINS, « Citizenship, Political, and Intergovernmental Problems with Indian Self-Government », dans R. J. PONTING (éd.), *Arduous Journey: Canadian Indians and Decolonization*, McClelland and Stewart Ltd., Toronto, 1986, 369-377, p. 372.

doivent s'assembler. Or l'avènement de ces agents collectifs risque de rendre difficile, sinon impossible, l'application des méthodes traditionnelles de gouvernance fondée sur la recherche du consensus. Pour être efficace, l'agent collectif devra posséder une existence juridique distincte de celle des membres individuels (ou collectifs) qui le composent. Si on lui refuse pareille autonomie, il sera condamné à l'inertie²⁸. En d'autres termes, le moyen employé — reconstitution des nations — pour en arriver à une fin donnée — faire des peuples autochtones de véritables interlocuteurs dans une démocratie libérale et constitutionnelle — risque fort de modifier la nature même de ce qu'on voulait préserver, c'est-à-dire l'identité autochtone. Celle-ci n'est pas figée, soit. Mais l'objectif de la Commission n'en demeure pas moins d'assurer la préservation de ce qui distingue les Autochtones du reste de la population.

Rappelons que l'expérience des conseils tribaux laisse à penser que ces regroupements ne seront pas si faciles à mettre en place. En effet, en 1993, environ 500 bandes étaient regroupées en 80 conseils tribaux (un conseil tribal représentant en moyenne sept bandes)²⁹. Ces conseils ont été mis en place afin d'assurer certains des services anciennement offerts par le Ministère. Or il s'est avéré que, « [d]ans certains cas, [ils] se sont tout simplement effondrés. Dans d'autres, ils sont aux prises avec des problèmes de réorganisation »³⁰.

Le grand chef Coon Come parle bien peu de cette responsabilité qui incombe aux Premières Nations de mettre en œuvre un processus de regroupement institutionnel. Il en va de même du projet proposé par l'Assemblée des Premières Nations en réponse à l'initiative fédérale³¹. Ce

28. Cette tension entre tradition et modernité se manifestera également au stade de la rédaction de la constitution d'une nation donnée (p. 350) : « [L]a rédaction d'un code de citoyenneté et la création des organismes chargés de son application compteront parmi les premières tâches en vue de la reconnaissance comme nation. Une fois le code de citoyenneté rédigé, les personnes réputées avoir la citoyenneté au terme de ces processus participeront à la rédaction et à la ratification des lois fondamentales ou de la Constitution de leur nation. La structure du gouvernement et son mode de fonctionnement pourraient aussi être définis clairement dans le projet de constitution. La considération primordiale à cet égard est la mise en place d'un système de poids et contrepoids pour assurer le bon fonctionnement du gouvernement proposé. Beaucoup de systèmes de gouvernement traditionnels comportent ce genre de mécanisme interne, et nous nous abstenons donc de formuler des recommandations précises sur ce sujet. De toute évidence, l'un des défis auxquels sont confrontés les nations autochtones modernes consiste à adapter les mécanismes traditionnels à la situation d'aujourd'hui. »

29. R. C. DEPEW, *Les organisations des Premières nations : un cadre analytique — Un rapport établi à des fins d'orientation stratégique et générale*, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1994 : [http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/ra/rep/pdfs/FNorgs_f.pdf].

30. *Id.*, p. 5; voir également, p. 27.

31. ASSEMBLY OF FIRST NATIONS, *First Nations Governance — Draft Work Plans*, Décembre 2001, 24 pages.

plan — uniquement disponible en version anglaise — mentionne la nécessité d'établir des « regional entities » ou des « Treaty organizations and/or governments by Treaty area »³². Cependant, cette obligation ne s'impose pas, semble-t-il³³, en amont du processus de mise en œuvre du droit inhérent, mais en aval, c'est-à-dire au moment de la mise en œuvre des ententes-cadres préalablement intervenues entre les Premières Nations et le Canada.

Le deuxième problème posé par la reconnaissance de nations autochtones se rapporte à la double citoyenneté qu'elle suppose, autochtone et canadienne (p. 261). Même si la Commission ne cesse de faire référence au besoin d'assurer une sphère d'autonomie aux nations autochtones, elle n'est pas sans savoir que la définition de l'appartenance peut soulever le problème du respect des droits individuels. James Madison, il y a longtemps déjà, faisait remarquer que l'abus de pouvoir guette les petites communautés très homogènes plus que les collectivités plus peuplées³⁴. C'est très certainement une des raisons pour lesquelles le droit à l'autodétermination est reconnu aux nations et non aux petites collectivités locales, c'est-à-dire les bandes qui ne comptent en moyenne que 900 membres³⁵. De plus, comme la Commission définit les nations autochtones comme des groupes politiques et culturels et non comme des minorités raciales³⁶, elle juge impossible pour une nation autochtone d'exiger une

32. *Id.*, p. 9.

33. Le document épouse la forme d'un plan détaillé. La lecture n'en est pas toujours facile.

34. J. MADISON, *The Federalist*, The Franklin Library, Pennsylvania, 1997, Paper Number 10, p. 68-69 : « The other point of difference is, the greater number of citizens and extent of territory which may be brought within the compass of republican than of democratic government; and it is this circumstance principally which renders factious combinations less to be dreaded in the former than in the latter. The smaller the society, the fewer probably will be the distinct parties and interests composing it; the fewer the distinct parties and interests, the more frequently will a majority be found of the same party; and the smaller the number of individuals composing a majority, and the smaller the compass within which they are placed, the more easily will they concert and execute their plans of oppression. Extend the sphere, and you take in a greater variety of parties and interests; you make it less probable that a majority of the whole will have a common motive to invade the rights of other citizens; or if such a common motive exists, it will be more difficult for all who feel it to discover their own strength, and to act in unison with each other. Besides other impediments, it may be remarked that, where there is a consciousness of unjust or dishonorable purposes, communication is always checked by distrust in proportion to the number whose concurrence is necessary. »

35. R. C. DEPEW, *Les organisations des Premières nations...*, p. 15.

36. Voir p. 196-197 et 262. À la page 197, on peut lire ceci : « Bien sûr, il ne suffit pas qu'un groupe se proclame autochtone pour qu'il le soit automatiquement. Un groupe doit avoir des liens suffisamment étroits avec ceux qui habitaient le continent américain avant que les Européens ne s'y installent en grand nombre. Cette continuité peut être établie de diverses manières. Même si l'ascendance prédominante des membres du groupe est de toute évidence une considération importante, d'autres facteurs comme les traditions, la conscience politique, les lois, la langue, la spiritualité et les liens avec la terre entrent également en ligne de compte. Aucun facteur unique n'est décisif; c'est l'ensemble des caractéristiques qui compte. Pour qu'un groupe soit qualifié d'autochtone, il n'a pas à être composé d'individus ayant chacun un certain degré de sang prétendument autochtone. »

certaine « pureté de sang » à titre de condition préalable à la citoyenneté (p. 262). Elle affirme au contraire qu'« un groupe autochtone qui restreint le nombre de ses membres de manière arbitraire ne [pourra] prétendre au droit à l'autodétermination » (p. 199 et 204). La Commission va plus loin en spécifiant que la rédaction d'un code de citoyenneté est une étape *préalable* à l'adoption du projet de constitution³⁷. Un comité de reconnaissance, composé d'une majorité d'Autochtones (p. 352), aurait pour mandat de déterminer du caractère inclusif du code (p. 350). Enfin, la Commission recommande une application « pondérée » de la *Charte canadienne des droits et libertés* aux gouvernements autochtones (p. 250 et suiv.). Elle juge qu'en tant que citoyens canadiens, les Autochtones ont droit au bénéfice de la protection de la Charte. Toutefois, celle-ci devra être interprétée « en prenant largement en considération les conceptions philosophiques, les cultures et les traditions distinctives des autochtones » (p. 255). Encore ici, cependant, la question de la reconstitution des nations est au cœur du problème.

Enfin, la question de la reconstitution d'agents collectifs autochtones joue également au chapitre du financement des gouvernements autochtones. En effet, il y aura des gagnantes et des perdantes au sein des nations reconstituées. Ne serait-il pas, dès lors, approprié d'envisager une forme de péréquation intertribale, la péréquation étant un concept bien connu en droit constitutionnel canadien³⁸? Si tel est le cas, il faudra alors assurer la mise en place d'une structure politique dont les membres ne pourront pas se retirer à leur guise.

En somme, même si les petites collectivités locales se sont vu reconnaître le droit de revendiquer des droits ancestraux, le plus dur reste à faire, c'est-à-dire reconstituer des nations là où il n'existe encore que des groupes dispersés. En l'absence d'une telle réforme constitutionnelle, les peuples autochtones pourront difficilement prétendre au statut de troisième ordre de gouvernement. Quant à ces dernières, il me semble que l'on n'a pas encore épuisé toutes les possibilités offertes par le système actuel, dans la mesure où l'on peut maintenant exiger d'Ottawa qu'il consulte véritablement les nations autochtones. À ce titre, je pense qu'il faudrait examiner avec sérieux la proposition formulée à ce sujet dans le projet proposé par l'Assemblée des Premières Nations en réponse à la récente initiative fédérale³⁹. Même si l'APN ne privilégie pas une inter-

37. Voir la citation reproduite à la note 18.

38. La Commission évoque l'idée d'une redistribution des paiements de péréquation *fédéraux* à d'autres nations autochtones dans l'éventualité où les revenus d'une nation donnée sont suffisants (p. 329): « S'il advenait que les recettes du gouvernement d'une nation autochtone soient suffisantes pour qu'il puisse se passer des paiements de péréquation, il conviendrait d'envisager le transfert d'une partie des recettes à d'autres nations autochtones, autrement dit d'assurer un partage des richesses grâce à une péréquation entre nations autochtones. »

39. ASSEMBLY OF FIRST NATIONS, *First Nations Governance — Draft Work Plans*, p. 16-20.

vention législative, elle explique ce que signifierait une véritable consultation des Premières Nations.

Toutefois, il faut bien admettre que la logique imposée par le rapport de nation à nation rend illégitime, aux yeux des Autochtones, toute intervention législative fédérale⁴⁰. La puissance symbolique du mot « nation » est telle qu'elle fait obstacle — dans l'esprit de certains — à l'idée de cocitoyenneté. Or cette notion de cocitoyenneté est essentielle, car le financement de cette vaste entreprise sera assumé en majeure partie par les contribuables non autochtones. Un discours fondé sur une prétention radicale à la différence, comme l'est bien souvent le discours fondé sur l'idée de nation, n'est pas de nature à engendrer chez les non-Autochtones le degré d'empathie qu'on attend d'eux⁴¹. Le prix à payer ne s'exprime pas uniquement en termes économiques, mais également en termes politiques. Le gouvernement fondé sur la nation emporte de

40. Au cours du débat télévisé mentionné plus haut (*supra*, note 9), Alfred Taiaiake, directeur du Masters of Arts in Indigenous Governance program à l'Université de Victoria, en réponse à une question portant sur l'opportunité du projet de loi fédéral sur la gouvernance, a parfaitement exprimé le point de vue autochtone : « I think what gets lost in the discussion lots of times when we're talking in government circles and in political circles is the fact that native peoples are nations, and that the starting point for this relationship is nation-to-nation, and that if we just look at it in historical context, it is maybe 10 years old or 20 years old, it's easy to advocate a governance solution based on "capacity" and "good government." If we extend it back a little further, it's easy to talk legalese about the *Indian Act* and how we need to reform the *Indian Act*. But I think if we're going to represent authentically an indigenous perspective, we have to look at it from the perspective of human rights. We're peoples. We're nations and cultures, and we have rights that have never been extinguished, and we have to operate from that principle. And so, when we talk about reform to the *Indian Act*, we have to look at the root of the problem. The root of the problem is that relationship of dependency, and that assumption of superiority of the Canadian government over indigenous nations. And that's what we need to really focus on. For those people at home who are having trouble grasping the legalese and the technical language, it's real easy to imagine a situation where our people were strong and proud and free and unified at one time, and our people encountered the Bible and alcohol and all of the different things that we look towards at that horrible past that we've had, and we fell down on the ground. And along came the RCMP, or the Canadian government, and put their foot on our throat, and wrapped us up in chains. That chain is the *Indian Act*. Now, the chains have been released a little bit, and we're walking around a little freer, but we're still on a leash. We're still on that chain and now, they're pulling it a little tighter, and they're telling us: We want some more control over you again. We have to fight to break those chains, not to ask for a longer chain, long enough so that we can hang ourselves. »

41. A. C. CAIRNS, *Citizens Plus. Aboriginal Peoples and the Canadian State*, UBC Press, Vancouver, 2000, p. 94-95 : « Parallelism, the "nation" concept, and the treaty instrument positively recognize the distinct peoplehood of Indians, Inuit, and Métis and symbolize an ongoing nation-to-nation relationship that reflects and supports equality. While these are positive consequences, we need to ask how much of a common citizenship is compatible with nation-to-nation relationships, regulated by treaty, and modelled on the parallelism of the two-row wampum. Equality among nations is not the same as equality among citizens. It is not easy to have both at the same time. If the absence of a vital common citizenship is the price tag of parallelism, what will provide the empathy that makes us feel responsible for one another? »

sérieuses conséquences pour les citoyens non autochtones en territoire autochtone. En effet, la Commission recommande que « [l]orsque des autochtones décident d'établir un gouvernement fondé sur la nation : a) [...] les droits et les intérêts des habitants du territoire de la nation qui n'en sont pas citoyens ni membres soient protégés; [et] b) que cette protection soit assurée grâce à une *certaine représentation* au sein des structures et des processus décisionnels de la nation » (p. 309)⁴². Leurs droits politiques pourraient donc se limiter à n'être que consultés (p. 324). Cela est d'autant plus troublant lorsqu'on sait qu'au nombre des recommandations faites par la Commission figure l'obligation, pour tous les habitants non-citoyens du territoire d'une nation, de payer la totalité de leurs impôts à cette dernière (p. 321)⁴³.

En guise de conclusion, je tiens à souligner que l'idée de « nation » — concept hautement polysémique — n'est pas nécessairement un obstacle au développement d'un rapport de solidarité entre les communautés autochtones et non autochtones. Un approfondissement du concept de fédéralisme pourrait jeter une lumière utile et bienvenue sur la question des rapports entre ces communautés, le fédéralisme mariant à la solidarité la nécessaire autonomie de certains groupes politiques à l'égard de leurs affaires internes⁴⁴.

Le rapport de nation à nation proposé par la Commission royale sur les peuples autochtones suppose donc une reconstitution des nations, reconstitution qui doit intervenir *avant* que l'autonomie gouvernementale autochtone puisse réellement se déployer.

42. L'italique est de moi; voir également p. 276, 279, 284, 323-324.

43. La Commission reconnaît que l'exercice d'un pouvoir fiscal par les nations soulève le problème des paradis fiscaux. Elle propose des mesures permettant de contrer ce danger : p. 321-323.

44. Comme le disait récemment M^{me} Erica-Irene A. Daes, présidente du groupe de travail sur les populations autochtones de l'ONU [« The Concepts of Self-Determination and Autonomy of Indigenous Peoples in the Draft United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples », (2001) 14 *Saint Thomas Law Review* 259, 269]: « The goal [of self-determination] is neither the complete independence of Indigenous Peoples nor the kind of local autonomy which would lead to social or political isolation and continuing vulnerability of Indigenous Peoples. What most Indigenous Peoples seek, and the United Nations has so far endorsed, is a hybrid of autonomy. Indigenous Peoples must be able to participate effectively in the decision affecting their destiny at all levels, enjoying a large measure of control over their internal affairs, and in equitable sharing of power in national politics. »

THE SPANISH AUTONOMIC EXPERIENCE

by

Juan FERNANDO LÓPEZ AGUILAR

Professor of Constitutional Law,

University of Las Palmas de Gran Canaria

Minister of Justice in the Spanish government (since 2004)

Introduction

“Diversity and Unity” is the topic of this conference, and I would like to present a short survey of the Spanish experience of combining unity and diversity within a constitutional system that has not named itself as “federal”, but has turned out to be functionally federal.

To begin, a few words about the true nature of the Spanish Constitution of 1978. First and foremost, it is a written Constitution, a solemn document that was adopted after a very tight period of transition, from Franco’s death towards the doorsteps of the achievement of a pluralistic democracy. The whole operation had to simultaneously combine three different goals. First, a Parliamentary monarchy had to be built upon the democratic principle; all the powers, organs and political bodies of the State had to be legitimized by the freely expressed will of the people. The second goal, of course, was to guarantee fundamental rights and liberties and to provide an effective judicial protection for those rights. This was achieved by the creation of a Constitutional Court, with specific competence to protect fundamental rights by means of the so-called “constitutional complaint”, or *recurso de amparo*. The third goal was to organize the territorial structure of the State. This challenge would prove to be the most difficult one, because it had to overcome precisely the long-lasting difficulties of reconciling unity and diversity present throughout Spanish history in their three different expressions: symbolic, institutional, and relative to the distribution of powers. The Constitution itself did not contain any solution to the distribution of powers. Rather, it established various procedures through which it would be possible to reorganise the territorial and jurisdictional configuration within the Spanish State. The whole experience has resulted in an astonishing success. It was started immediately after the adoption of the Constitution on December 1978, and it must be recognized that almost 25 years after the Constitution was drafted, the process persists to this day. Such open-endedness is precisely one of the assets and one of the main features of the Spanish constitutional arrangements of 1978. In fact, the configuration of the Spanish constitutional territorial order remains an open-ended process.

The starting point for this process was set forth in the Preliminary Title of the Constitution, particularly in article 2 where it is recognized that Spain is "*a Nation of nations*". More precisely, it is a nation integrating nationalities and regions that have a constitutional right to attain a degree of self-government for the protection of their specific interests. They must enjoy this right of self-government according to the principles of the unity of the Nation and of the solidarity among them all. Thus, the territorial regime retained in the Constitution opened a path for the solution of our historical problem, the co-existence within a common Spain of various feelings of self-identification, of different cultures, of diverse linguistic communities, and of different institutional and juridical expressions of all of these features of cultural, linguistic, and political diversity.

The process was set in motion in 1979 by the adoption of the first two Autonomous Statutes (or territorial Constitutions), those of Catalonia and of the Basque Country, soon followed by the Galician (1980) and the Andalusian (1981) Autonomous Statutes, and thereafter by the rest, totalling 17 Autonomous Communities (1982-1983). Later, they were joined by the two Autonomous Cities on the northern coast of Africa, namely the historical Spanish Cities of Ceuta and Melilla.

The early nature of this institutional arrangement was extremely diverse in all aspects mentioned, institutional as well as pertaining to competences. However, according to a kind of constitutional convention, bipartisan agreements generally adopted by both the party in power and the main party in opposition (so called "*Autonomic Agreements*") worked in a manner which tended to homogenize the institutional architecture and the competences of the 17 Autonomous Communities. However, under a new constitutional theory based on the so called "*differential facts*", certain constitutionally protected differences, singularities or particularities have played the role of a constitutional check or boundary against complete uniformity of the 17 Autonomous Communities, which are not identical among themselves.

From a comparative point of view, it is important to notice that the reason why the word "*federalism*" was carefully avoided in the constitutional wording is the negative memory of many conflict-laden experiences with federalism in the Spanish constitutional past. Nonetheless, it must also be underlined that the devolutionary process has worked out in such a way that Spain has progressively adopted all of the institutional features of a true federal system. Namely, it consists of a central level of government — which in Spanish constitutional terms is called "the national level" — and 17 devolutionary levels which are political entities constituted on the basis of a so-called "Autonomic Statute" (a territorial Constitution), with both levels of government comprised in an overall superior Constitutional order. This is why the legal positivist approach is much less meaningful than the empirical one. Legal considerations are less useful than the social or political approach if we are to explain and under-

stand how the Spanish devolutionary process has progressed and worked, in its actual experience, over the more than 20 years that have passed since the Constitution was adopted. According to ordinary comparative standards, it can be said that the degree of power devolution to the Autonomous Communities has made all of them relevant political actors, intensively exercising their legislative competences. Accordingly, the 17 autonomic presidents play the role of territorially elected Prime Ministers who have the power to implement, influence, contest or resist the designing and execution of legislation of the State as a whole. Thus, it can be said that the territorial regime of the Spanish Constitution has allowed for the fulfilment of some deeply rooted nationalist ambitions, which played a significant role in articulating the devolutionary pressures during the transition period, by creating a Sub-State level of Government.

Indeed, most of the difficulties awaiting the Spanish Autonomic State have to do with the core issues of combining unity and diversity, on the one hand, and of accounting for the specific singularities and constitutional particularities called "*differential facts*", on the other. This must be borne in mind in analysing the main difficulties facing the consolidation of the Spanish constitutional experience and further federalization inside the current Autonomic State.

First, there is the need for an upper chamber to play a relevant role in favouring territorial integration, because the current Spanish Senate only very poorly plays the role of reviewing legislation that has been previously adopted by the lower chamber (the Congress). In fact, our present Senate simply does not play the constitutional role of a territorially representative Chamber. Its reform has been consistently demanded over the past 10 years, or even longer, by opposition parties and by political analysts, and has been the object of much debate. The second challenge would be how to strengthen and intensify the links of cooperation among the Autonomous Communities themselves, on the one hand, and between the Autonomous Communities and the national or central Government, on the other. An additional issue should be how to organise the participation of the Autonomous Communities within the European construction process, implying an active role for them in the European Union decision-making and decision-implementing process. In so far as some federal systems are currently member-states of the European Union, the means for the participation of sub-state levels are in fact already provided as empirical evidence. It is obvious that in Spain we still have a long way to go in this field. A fourth issue would be the fiscal and financial relations between the central state and the Autonomous Communities, which must have sufficient means to be able to exercise their competences. The same is true for municipalities.

The difficult issue for these four challenges ahead lies in the manner in which the system is able to find a wise combination of unity, meaningful solidarity, cohesion and equal standards in protecting fundamental rights,

on the one hand, and diversity, allowing room for singularities, differential facts as well as linguistic realities, on the other hand. Cultural features and historical institutions must be protected as well as financial regimes that have been inherited from history and received and protected by the Constitution. As difficult as it might seem, this is the real challenge that has to be met by the development of the Autonomic State.

Now, in a comparative approach, it is necessary to highlight three paradoxes that must be taken into account if we are to understand the contemporary Spanish constitutional debate.

The first paradox can be summarized as following. The main goal of the Spanish constitutional effort was to avoid the challenge of recognising some sort of a special status, some specific position, for those regions or cultural communities that in the past had demonstrated a marked will for self-government, chiefly Catalonia and the Basque Country, and in a lesser way Galicia. In order to avoid the recognition of these particular situations, a wide array of arrangements have been applied to all territorial entities and geographic regions of Spain, enabling each to acquire an equal status as Autonomous Communities, regardless of the historical experience of each grouping as well as their respective symbolic conditions thus far. In the end, a complete solution combining unity and diversity and the respect of particularities is still pending. The potential meaning of article 2 of the Constitution, where there is a mention of nationalities and regions, has still to be found after 25 years. It was in the process of accession to autonomy that a relevant difference has been made between Autonomous Communities, which were created according to article 143, and those created according to article 151. The fact is that those Autonomous Communities created according to article 151 are enjoying certain institutional capacities that are not shared by those created according to article 143; mainly the capacity of reviewing their own Statutes according to a procedure of referendum and that of deciding the duration of the legislature and the date for the holding of the regional elections (which in political terms means more media attention and no "political contamination" by other local or regional, or by national elections). In addition, from a substantial point of view, there is always the debate over the so called "*fiscal balances*", in view of the fact that the Basque Country and Navarra, as well as the Canary Islands under European Union law, have been enjoying specific fiscal regimes that were inherited by history, but are not shared by the rest of the Autonomous Communities.

The second relevant paradox resides in the fact that the democratic will, as expressed by the citizens in each Autonomous Community, has turned out to be at least as relevant as the differential factors, such as history or language, ethnic or cultural distinctiveness that have developed historically. This is why Spain has turned out to be a sort of quasi-federal or federalizing regime, although not only has it not named itself as "*fed-*

eral", but it most carefully avoids the concept of "*asymmetrical federalism*" inasmuch as "*asymmetry*" is most commonly understood in the Spanish political debate as leading to inequalities and imbalances, which should be seen as incompatible with the constitutional provision that gives the State the duty to provide for equal standards of fundamental rights and constitutional duties for all Spanish citizens, regardless of place of birth or residence (art. 149.1.1 CE).

The third paradox comes from the fact that although the time has come to face all these above mentioned issues, there is no likely perspective for any kind of Constitutional revision in sight. The reason of this situation is the threat of violence posed by a radical nationalist organisation, the Basque separatist ETA. The relevance of violence for the Spanish constitutional process must not be underestimated, because it affects every single political issue in Spanish contemporary affairs. The paradox is that violence has turned out to be an insurmountable barrier against any constitutional change. ETA has caused considerable bloodshed over the past 25 years. And yet it claims to be an organisation asking for «some accommodation» in favour of the Basque Country, actually working for the transformation of the Basque Country (Euskadi) into an independent State with the project of annexing Navarra and the Basque provinces in France. The very existence of ETA has turned out to be the political and even socio-psychological explanation for a nation-wide reaction of high conservatism as far as the Constitution is concerned, which has affected the positions taken by the main political parties, as well as the hegemonic political thinking and the dominant constitutional theory.

Curiously, Spain shares with Japan a high degree of conservatism as far as constitutional thinking is concerned. Major political parties have long been — and continue to be so far — extremely reluctant to any sort of constitutional revision or modification. After so many years of civil war, authoritarianism and dictatorship, the consciousness that it was very difficult to reach a Constitutional consensus, that it is so important to preserve the constitutional balance against its foes and enemies, has turned Spain, along with Japan, into the only contemporary and pluralistic democratic society in which Constitutional change has been consistently avoided — and is almost banned. Only one Constitutional amendment has been achieved since the adoption of the Constitution 25 years ago, relating to article 13 in order to conform with the European Union treaty of 1997 and the creation of the European citizenship concept. Violence and terrorism in the Basque Country have acted as an effective barrier against every possibility of perfecting the federal arrangements within the Spanish Autonomic State. As long as violence persists, no constitutional change is to be expected. In other words, political violence is not pushing constitutional change forward, but on the contrary, it is actually serving to block any potential progress. What is more, it is precisely such violence that is blocking any possible avenue for Basque singularity to find an acceptable form of accommodation.

A LIMITED MEASURE OF DIVERSITY: INSTITUTIONAL ARRANGEMENTS FOR DEVOLUTION TO SCOTLAND AND WALES*

by

Alan TRENCH

Senior Research Fellow, The Constitution Unit,
School of Public Policy, University College London

When the new Labour government was elected in the United Kingdom (henceforth “UK”) in May 1997, it moved quickly to implement its commitment to devolve power to Scotland and Wales. Referenda in those territories took place that autumn, and the mandates from the successful outcomes of those referenda coupled with the size of Labour’s Parliamentary majority meant that the devolution legislation completed its Parliamentary passage within eighteen months. The devolved institutions in Scotland and Wales assumed their functions in July 1999, and since then devolution has rapidly become an established part of the UK’s political landscape.¹ Yet new Labour’s enthusiasm for devolution sometimes seems rather shallow — this was an inherited commitment, made because of internal Labour Party politics in the early and middle 1990s. As a policy it is also rather at odds with the UK party’s concern to improve public services by increasing central authority and setting uniform national standards and targets. Devolution could be implemented easily because of the absence of a formal written constitution and the flexibility inherent in the Westminster Parliamentary system. That also means the devolution legislation could be amended or repealed by Westminster as well. However, any attempt to change the arrangements would raise major issues of legitimacy, given the endorsement they received by the pre-legislative referenda.

Devolution and constitutional reform have not been limited to Scotland and Wales. There has also been devolution in Northern Ireland, as part of the package of measures to provide for peace there following the

* This paper (finished in December 2002) has been written as part of a project on Inter-governmental relations in the Devolved United Kingdom, part of the research programme *Nations and Regions: the dynamics of devolution* based at the Constitution Unit and funded by the Leverhulme Trust.

1. For general introductions to devolution in the UK, see V. BOGDANOR, *Devolution in the United Kingdom*, Oxford UP, Oxford, 2nd ed., 2001 and N. BURROWS, *Devolution*, Sweet & Maxwell, London, 2000.

Belfast (or Good Friday) Agreement; the establishment of democratic government for Greater London (which, with about 8 million residents, has almost as many people as Scotland and Wales combined); and moves toward regional government for England.² There have also been constitutional reforms in other areas embracing human rights, freedom of information and reform of Parliament.

One characteristic of devolution is that it is asymmetrical. Not only do the devolved institutions in each territory have different powers, but a large part of the UK (England) has nothing comparable at all. At the same time, the devolved institutions clearly remain part of the UK's overall arrangements of governance. This paper will suggest that the scope for autonomous action by the devolved institutions is in fact limited. This is partly due to detailed aspects of the design or working of the devolved institutions, and partly to broader factors operating at UK level, which limit the autonomy of the devolved institutions.

Scotland's Devolved Institutions

The Scotland Act 1998 creates two key institutions to exercise devolved power in Scotland. One is the Scottish Parliament, with 129 members elected by a form of proportional representation (the additional member system), which has full legislative competence save where matters are reserved to the UK level. The second is the Scottish Executive, whose Ministers are accountable to the Parliament and depend on having a majority in the Parliament in the conventional Westminster way.³ One consequence of the electoral system chosen is that the Scottish Executive is a coalition of Labour and Liberal Democrats, an unusual experience for the UK.⁴ The Parliament has a number of other innovative features. These include an elaborate structure of subject committees, whose role includes scrutiny of all government legislation as the first stage of its Parliamentary passage and work to develop policy and proposals for legislation outside the Executive's programme. This ensures greater scrutiny than might otherwise be possible in a single-chamber legislature, and also for the expression of a wider range of views before the more formal con-

2. Devolution to Northern Ireland was implemented chiefly by the Northern Ireland Act 1998. The Mayor for London, Greater London Authority and London Assembly were established by the Greater London Authority Act 1998. Regional development agencies for the regions of England were established by the Regional Development Agencies Act 1998. A White Paper on regional government for England *Your Region, Your Choice: Revitalising the English Regions*, was published in May 2002 and the Regional Assemblies (Preparations) Bill was introduced in Parliament in November 2002.

3. For symbolic reasons, the Executive is not called a government. In every material respect it is one.

4. The UK has had coalition governments during and after World War I (1915-22), during the Great Depression (1931-37, although that was plainly a Conservative Government in all but name after 1935) and during World War II (1940-45).

sideration of legislation begins. Another novelty is the Petitions Committee, which considers petitions deposited by members of the general public and reports on them to the Parliament. A third is a formal Business Committee composed of party business managers to organise the allocation of Parliamentary time and business. Such measures were part of the blueprint for the Parliament in the report of the Scottish Constitutional Convention, which laid the groundwork for the Parliament, and in the White Paper which set out the UK Government's proposals for it.⁵

The legislative competence of the Scottish Parliament may be general in principle but it is limited by a number of provisions in the legislation, set out in Schedules 4 and 5 to the Act.⁶ In particular, the Parliament may not legislate for (*inter alia*) the following sorts of matters:

- Matters affecting the constitution itself, including the Union of Scotland and England and membership of the European Union (henceforth "EU");⁷
- Matters affecting high politics and the integrity of the state: foreign affairs, defence, and national security; nationality and citizenship; macro-economic management or currency;⁸
- Other matters affecting the UK's economy and its continued functioning as a single economic unit and labour market — for example, taxation, employment law, social security and welfare benefits, postal services, company law, competition law, the regulation of banking and financial services, or the regulation of professions such as medicine or architecture;⁹
- Other matters where consistency of treatment across the UK appears to be regarded as desirable — for example, broadcasting, equal opportunities and the prevention of discrimination on grounds of sex, race or disability, or the conduct of elections to the UK, European and Scottish Parliaments (but not local elections in Scotland);¹⁰
- Some issues of particular controversy or sensitivity in Scotland, notably abortion.¹¹

5. Scottish Constitutional Convention, *Scotland's Parliament. Scotland's Right*, Scottish Constitutional Convention, Edinburgh, 1995 and The Scottish Office, *Scotland's Parliament* Cm 3658, The Stationery Office, London, 1997 (the White paper).

6. The Scotland Act, and all other UK statutory materials, are available on the website of Her Majesty's Stationery Office, at [<http://www.hmsso.gov.uk/legis.htm/>].

7. See Scotland Act 1998, Schedule 4, par. 1(2), and Schedule 5, Part I, par. 1.

8. Scotland Act 1998, Schedule 5, Part I, paras. 7 and 9; Part II, Head B6; Part II, A1-A2 respectively.

9. Respectively, Scotland Act 1998, Schedule 5, Part II, Head A1; Head H1; Head F; Head C11; Head C1; Head C3; Head A3-A4; Head G.

10. Scotland Act 1998, Schedule 5, Part II, Head K1, Head L2 and Head B3 respectively.

11. Scotland Act 1998, Schedule 5, Part II, Head J1.

The choice of reserved matters is rather complex, and reflects a process of negotiation within the UK Government. One consequence is that any policy the Executive or Parliament wish to pursue is likely to require co-ordination with the UK Government. Higher education is devolved, for example; it is for the Parliament and Executive to decide on matters relating to universities, such as their funding or the total number of students. But most university research continues to be funded by UK-wide research councils, whose organisation and funding are reserved matters.¹²

The Parliament's powers are limited in other respects. It cannot alter its internal constitution — for example, the number of Members of the Scottish Parliament¹³ or the electoral system but also intramural matters such as the legislative process followed,¹⁴ the term of the Parliament (which is fixed and normally lasts four years),¹⁵ the relationship of the executive to the legislature,¹⁶ or even the number of deputies the Presiding Officer may have.¹⁷ It therefore does not have the internal autonomy that states or provinces in federal systems such as Germany or Canada normally have.

In addition, no bill (or other action by a devolved institution) may conflict with European Union law, “Convention rights” (those human rights protected under the European Convention on Human Rights protected under the Human Rights Act 1998) or the UK's international legal obligations.¹⁸ These restrictions do not apply to Parliament at Westminster which may legislate as it wishes.¹⁹

The restrictions on the Parliament's legislative competence are carefully policed. On the introduction of a bill into the Parliament, the Presiding Officer must certify (publicly) whether he considers it is within legislative competence. If the bill is an Executive bill, the Executive must

12. Scotland Act 1998, Schedule 5, Part II, Head C12. While the Scottish Parliament or Executive have the legal powers to fund research as well, use of that power would require them to find the funding from within their existing resources. There are of course also numerous private research funds and trusts.

13. Following a consultation exercise, the UK Government announced in December 2002 that it would amend the Scotland Act to maintain the size of the Scottish Parliament at 129 rather than allowing it to be reduced as a consequence of the reduction of the number of Scottish Members of Parliament at Westminster, as the Act originally provided.

14. Scotland Act 1998, sections 28 and 36.

15. Scotland Act 1998, sections 2-3.

16. Scotland Act 1998, sections 44-50.

17. Scotland Act 1998, section 19(2).

18. See Scotland Act 1998, section 29(2) for restrictions on legislative competence, section 54(2) for restrictions on Executive actions.

19. The House of Lords in its judicial capacity has declared an Act of Parliament to be void for breaching EU law; *Factortame Ltd. v. Secretary of State (No 2)*, (1991) 1 AC 603 HL. See also Case C-213/89 *Secretary of State for Transport, ex p Factortame*, ECJ.

also certify whether it considers the bill is within legislative competence.²⁰ When the bill completes its Parliamentary passage but before it can obtain Royal Assent and become law, the UK Government's law officers have the opportunity to consider the bill and refer the matter to the Judicial Committee of the Privy Council if in their view the bill is beyond competence.²¹ In practice, the UK Government's Scottish legal advisers scrutinise Scottish Parliament legislation in detail (clause by clause) from an early stage and communicate regularly with the Scottish Executive's legal advisers. On occasion they advise that certain provisions may cause difficulties, and those provisions are usually changed as a result. Consequently, the formal procedure to question legislation has never yet been used and there is a shared desire to avoid using it and instead to resolve any disagreements in private.²²

Moreover, the UK Parliament at Westminster remains able to legislate for devolved matters; devolution is not federalism, certainly not in the classical sense. This power is expressly preserved by section 28(7) of the Scotland Act. During the passage of the Scotland Bill, it was announced that the UK Government expected there to be a convention governing the exercise of such powers, and that is set out in the Memorandum of Understanding (the principal agreement between the UK Government and devolved administrations).²³ Paragraph 13 of the Memorandum states that "the UK Government will proceed in accordance with the convention that the UK Parliament would not normally legislate with regard to devolved matters except with the agreement of the devolved legislature" and the number of motions signifying such agreement by the Scottish Parliament is little less than the number of Acts passed by the Parliament.²⁴ That consent has always been given when it has been sought. Sometimes the consent has been needed because of one or two modest provisions in the Westminster bill which have had a limited effect on devolved matters. On other occasions, the changes have been significant, as with the new rules for expropriating assets derived from crime

20. Scotland Act 1998, section 31.

21. Scotland Act 1998, section 33. See also Schedule 6. The UK Government's Secretary of State also has a power to intervene under section 35.

22. Interviews with UK Government officials, spring 2002.

23. *Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements between the United Kingdom Government Scottish Ministers, the Cabinet of the National Assembly for Wales and the Northern Ireland Executive Committee*, Cm 5240, The Stationery Office, London, October 2001 (henceforth "Memorandum of Understanding").

24. The Parliament had passed 31 Sewel motions between June 1999 and June 2002, and 44 Acts of its own during the same period. A full list can be found in House of Lords Select Committee on the Constitution *Devolution: Inter-institutional relations in the United Kingdom Evidence complete to 10 July*, 2002 HL Paper 147, The Stationery Office, London, 2002, p. 138. For a discussion of issues relating to Sewel motions, see A. PAGE and A. BATEY, "Scotland's Other Parliament: Westminster legislation about devolved matters in Scotland since devolution", (2002) *Public Law* 501-23.

under the Proceeds of Crime Act 2002. Again, behind the formality of the Sewel motion procedure lies a great deal of intergovernmental discussion and negotiation, largely conducted by civil servants against a backdrop of a shared understanding of when Westminster should legislate and when it should not, and in which the UK Government largely drives the policy agenda. And none of this tells us what “normally” in the wording of the convention (as quoted above) means, or what would happen if the Scottish Parliament refused to approve Westminster legislation — as one day it surely will.

Wales's Devolved Institutions

Welsh devolution follows a completely different model to Scotland. One of the few similarities is that the same electoral system is used to elect the 60 members of the National Assembly for Wales, and with a similar outcome; the administration of the National Assembly is now in the hands of a Labour — Liberal Democrat coalition, although after an early unsuccessful experiment with a Labour minority administration.²⁵ There are two key differences. First, rather than having a separate legislature and executive, the National Assembly is a single body corporate and there is no legal separation between the two aspects of the organisation.²⁶ In practice the Assembly Members (AMs) have found this unworkable, and have sought to create a divide between the two sides within the one corporate shell. Thus the Assembly has delegated its powers through the First Minister to the Assembly Cabinet. That executive — known since 1 March 2002 as the Welsh Assembly Government — has separated itself and its officials from the deliberative side of the Assembly, supported by officials in the Presiding Office. The Presiding Office has its own budget, but its staff are civil servants whose professional accountability is to the Assembly's Permanent Secretary, and he works mainly for the Welsh Assembly Government. There are only a few staff in the Presiding Office to support Committee and policy work, a legacy of the fact that the Assembly was designed so that all AMs and not just Ministers could draw on civil servants for that task. In the words of the Welsh First Minister, this arrangement “stretches the elastic of the Government of Wales Act as far as it will go”. The split is not a legal split; the Assembly still acts as a single body, incurs liabilities as a single body, is sued as a single body, but AMs have little knowledge or control over much of what that body in fact does.

25. The best introductions to the situation in Wales are R. RAWLINGS, “The New Model Wales”, (1998) 25 *Journal of Law and Society* 461-509 and K. PATCHETT, “The New Welsh Constitution: the Government of Wales Act 1998”, in D. BALSOM and B. JONES (eds.), *The Road to the National Assembly for Wales*, University of Wales Press, Cardiff, 2000.

26. Government of Wales Act 1998, section 1 (2).

The second major difference with Scotland is in the powers which the National Assembly may exercise. These exist in most of the same areas as in Scotland — education, health, housing, local government, land-use planning, the environment, agriculture, fisheries and culture.²⁷ The main exceptions are policing, criminal law and criminal justice, and civil law — unlike Scotland, Wales does not have a distinct legal system. As in Scotland, the Assembly may not act in a way that is contrary to EU law, European Convention rights or international law.²⁸ However, the Assembly does not have powers to pass its own primary legislation. Rather, it may only make secondary legislation, within the framework of existing Acts of the Westminster Parliament set out in a number of places, including Transfer of Functions Orders made under section 22 of the Government of Wales Act 1988, and provisions in Acts of Parliament passed since 1998.²⁹ This approach reflects the UK Government's intention in establishing the National Assembly, which was to make the powers already exercised by the Secretary of State for Wales (a UK Minister) more open, democratic and accountable — but not to transform the nature of those powers.³⁰

While establishing the extent of the National Assembly's powers seldom raises conceptual problems, it causes great practical difficulties. One National Assembly official has likened the boundary between devolved and non-devolved matters to a jigsaw — a line that is jagged in three dimensions.³¹ With the exception of a website run by Cardiff University, there is no one place to go to see what the Assembly's powers are.³² To know what the Assembly's powers are often requires a huge amount of skilled legal research — certainly it is extremely difficult for a lay person to know what they are. The very precise way in which the Assembly's powers are defined serves to limit those powers considerably. The development of distinctive policies by the National Assembly requires either support from the UK Government so that the National Assembly can secure Parliamentary time and other resources for the passing of legislation for Wales, or great ingenuity on the part of the Assembly's lawyers to find existing powers which they can use instead.

27. The initial areas in which functions were transferred are identified in Schedule 2 of the Government of Wales Act 1998, but this does not limit what other functions might be transferred later.

28. Government of Wales Act 1998, sections 106-08.

29. The main transfer of functions to the National Assembly took place under the National Assembly for Wales (Transfer of Functions) Order 1999, SI 1999 n° 672. Further transfers have taken place subsequently under SI 1999 n° 2787, SI 2000 n° 253, SI 2000 n° 1829, SI 2000 n° 1830 and SI 2001 n° 3679.

30. *A Voice for Wales: The Government's proposals for a Welsh Assembly*, Cm 3718, The Stationery Office, London, 1997, chapter 1.

31. Sadly he did so under the Chatham House rule.

32. [<http://www.wales-legislation.org.uk>].

Neither is straightforward and both constrain the Assembly's autonomy. When it comes to Westminster legislation, the initiative of course lies with the UK Government — legislation is made following its programme, not the National Assembly's. Some time has been made available for Wales-only legislation, but it amounts to one bill every two years.³³ Securing even that time requires the support of the UK Government. It is unclear how it would work if different parties were in office in Cardiff and London, or if the same party was in office, but there was a serious disagreement between them.³⁴ There has been great variation in how Westminster legislation (usually for both England and Wales) accords powers to the Assembly. This relates both to the way such legislation addresses the Assembly — sometimes it acquires powers by a clause saying “as regards Wales, the powers of the Secretary of State shall be exercised by the National Assembly for Wales”, but not referring to the Assembly in the body of the legislation. More seriously, there is wide variation in the substance of the powers the Assembly gets — sometimes they are the same, sometimes less, and sometimes legislation implements a quite different policy for Wales altogether. For example, Part V of the Learning and Skills Act 2001 provided for money to be paid to support children at school in England between the ages of 13 and 19, but in Wales between 11 and 25. In effect, any bill touching on the National Assembly's powers is a constitutional bill, because it will alter the Assembly's powers to some extent.

The Assembly's own attempt to bring more consistency to new Westminster legislation affecting the Assembly, in the March 2002 report of the Assembly Review of Procedure (which included a set of principles to be followed in Westminster legislation) has met with stony silence from the UK Government, while for its part the Assembly has not tried to ensure compliance with the principles either.³⁵

The complexity of the Assembly's powers and their limited usefulness is illustrated if one looks at policy for the Welsh language — a major area of concern in Wales, and one of the key things that makes Wales dif-

33. The Children's Commissioner for Wales Act 2001 gained Royal Assent in April 2001. It is being followed by a NHS (Wales) Bill in the 2002-03 Parliamentary session. The Assembly's First Minister has described this as “a five hundred per cent improvement” on the situation before devolution; see House of Lords Select Committee on the Constitution Session 2001-02 *Devolution: Inter-institutional relations in the United Kingdom* Evidence complete to 10 July 2002 HL Paper 147 (The Stationery Office, London, 2002), evidence of Rt Hon R. Morgan AM, 27 May 2002, Q. 824.

34. For a discussion of liaison between the Assembly and the UK Government, see K. PATCHETT, “The Central Relationship: The Assembly's Engagement with Westminster and Whitehall”, in J. BARRY JONES and J. OSMOND (eds.), *Building a Civic Culture: institutional change, policy development and political dynamics in the National Assembly for Wales*, Cardiff, Institute of Welsh Affairs and Welsh Governance Centre, 2002.

35. The report can be found at [<http://www.wales.gov.uk/>]. See Chapter 4 and Annex 5.

ferent from other parts of the UK. The Assembly itself works bilingually, and tries (but does not always succeed) in issuing all its own documents and legislation in both English and Welsh.³⁶ However, this is restrained by a requirement to secure equal opportunities generally.³⁷ The status of the language is recognised in a number of statutes, notably the Welsh Language Act 1993, but also education legislation relating to the National Curriculum (which deals separately with Wales to accommodate the teaching of Welsh and the use of Welsh as a medium of instruction).³⁸ The National Assembly has a number of key powers under this legislation. But it does not have powers over broadcasting policy, which remains entirely in the hands of the UK Government — so the Assembly can do little directly to promote or protect the use of Welsh on television or radio. While the National Assembly can express its views about such matters, it does so effectively as a lobbyist that is part of government.

The problems caused by the National Assembly's confused powers available to it and its by its organisational structure led the Assembly to appoint in August 2002 a Commission, chaired by a former Labour MP, Minister and European Commissioner Lord (Ivor) Richard, to consider the Assembly's working and functions.³⁹ That will report after the May 2003 Assembly elections, and is expected by many observers to recommend that the Assembly should have primary legislative powers and be split into executive and legislative bodies. Whether it does, and how the UK Government will respond to such recommendations, will emerge in due course.

External Constraints on the Autonomy of the Devolved Institutions

Beyond the factors discussed above relating to the particular settlements, a number of other features of devolution in the UK serve to restrain the scope of the devolved institutions to develop their own approaches to policy or to reflect distinctive territorial identities. The key ones are:

1. The European Union

Many of the areas of policy devolved in Scotland or Wales are subject to considerable influence from the European Union. The detail with which EU policy is made often means that the devolved institutions have

36. See Government of Wales Act 1998, section 47.

37. Government of Wales Act 1998, section 48.

38. See (now) Education Act 2002, Part 7.

39. This was a commitment included in the Partnership Agreement between Labour and the Liberal Democrats in October 2000, but the need for change has now become pressing.

simply to implement those rules. They have little discretion to adopt different policies as a result. This applies notably in the areas of agriculture, fisheries, the environment and economic development (state aids). The devolved administrations (like similar bodies in other EU member states) therefore have little scope to pursue different policies in these areas.

When new EU policies are made, the devolved administrations can attend EU Council of Ministers meetings, if the UK Minister approves, and they can take part in the formulation of the UK's negotiating position for such meetings. But this happens in private, the devolved administrations are part of the UK delegation and cannot speak contrary to the UK line, and they must respect the confidentiality of any consultations in which they have taken part.⁴⁰ While the UK's devolved bodies have better access to EU institutions than say the Spanish autonomous communities, the UK Government retains great power in relation to EU business, and determines the UK's priorities regarding that business.

2. *Arrangements for Intergovernmental Relations Within the UK*

The Memorandum of Understanding sets out the key principles that the devolved administrations must respect in the conduct of intergovernmental relations. These include communication and consultation, co-operation, the exchange of information, statistics and research, and respect for the confidentiality of information supplied in confidence.⁴¹ All this is aimed to ensure that there will be "no surprises". In practice, intergovernmental relations tend to be informal, executive-oriented, and often conducted on an official level.⁴² As the UK Government has the upper hand in controlling access to information and conferring other benefits (such as attendance at EU Council meetings), these generally give the UK Government considerable advantages — it is far more able to take action if it considers the principles have been breached than a devolved administration is, and the consequences of such action will be far worse for the devolved administration than for the UK Government.

40. See Memorandum of Understanding Part B, *Concordat on Co-ordination of European Union Policy Issues*.

41. Memorandum of Understanding, par. 4-11.

42. For discussion of formal aspects of the system of intergovernmental relations in the UK, see R. RAWLINGS, "Concordats of the Constitution", (2000) 116 *Law Quarterly Review* 257-286; J. POIRIER, "The Functions of Intergovernmental Agreements: Post-devolution Concordats in a Comparative Perspective", (2001) *Public Law* 134-157 and R. HAZELL "Intergovernmental Relations: Whitehall rules OK", in R. HAZELL (ed.), *The State and the Nations*, Imprint Academic, Exeter, 2000. For discussions of its working in practice, see A. TRENCH, "Intergovernmental Relations: Whitehall still rules UK", in A. TRENCH (ed.), *The State of the Nations 2001*, Imprint Academic, Exeter, 2001 and A. TRENCH "Intergovernmental Relations: Officialdom still in Control", in R. HAZELL (ed.), *The State of the Nations 2003*, Imprint Academic, Exeter, 2003.

3. *The Allocation of Finance*

The devolved administrations rely for their finance largely on a block grant from the UK Treasury. They have very limited capacity to raise their own funds — the Scottish Parliament may vary income tax at the standard rate by 3%,⁴³ and both administrations can reduce their grants to local authorities, and make local authorities raise more of their own revenue. Otherwise the devolved institutions must depend on Whitehall for their funds. Most funding is allocated in accordance with a complicated formula known as the Barnett formula, which increases funding for the devolved institutions on a pro-capita basis in relation to changes in funding for similar programme areas in England.⁴⁴ The calculations are relatively automatic, and because the grants are block grants the devolved administrations may spend their funding as they wish once they receive it. However, the formula means that Scotland (which has a high per-capita level of both GDP and public spending) continues to do well, while Wales (with public spending of about the UK average, but low per-capita GDP and high levels of need by other indicators) can do little to change the situation. Consequently, the devolved administration do not have autonomy over their own finances or sources of revenue, they cannot use taxation as an instrument of economic policy, and they may not have the resources available to pay for the programmes they wish to adopt.

In addition, the UK Treasury retains the power to allocate other funding outside the scope of the Barnett formula. In doing so there appears to be no legal or administrative limits on how it may use its discretion in deciding what to do. For example, parts of Wales and Scotland and all of Northern Ireland receive funding from the European Commission under Objective 1 of the EU Structural Funds. The UK Government does not normally allocate extra money to a territory which secures Objective 1 status. However, exceptions have been made for one of Northern Ireland's two Objective 1 programmes, and for that for West Wales and the Valley (after the failure of the Treasury to confirm this triggered the departure of the National Assembly's first First Minister).⁴⁵ Scotland does not receive such extra money for its Objective 1 areas, nor do the parts of England which secure it.

43. Scotland Act 1998, section 73.

44. See *Funding the Scottish Parliament, National Assembly of Wales and Northern Ireland Assembly: a Statement of Funding Policy*, HM Treasury, London, 3rd ed., July 2002. For discussions of the financing of devolution, see D. BELL and A. CHRISTIE, "Finance — The Barnett Formula: Nobody's Child? ", in A. TRENCH (ed.), *The State of the Nations 2001*, *op. cit.* and D. HEALD and A. MCLEOD, "Beyond Barnett? Financing Devolution", in J. ADAMS and P. ROBINSON (eds.) *Devolution in Practice: Public Policy Differences in the United Kingdom*, London, Institute for Public Policy Research, 2002.

45. See A. TRENCH, "Intergovernmental Relations, Officialdom still in Control", *op. cit.*, p. 151.

4. *Administration and the Civil Service*

Great Britain retains a single Home Civil Service. Staff working for the National Assembly and the Scottish Executive remain part of a Great Britain-wide organisation whose head is the UK Cabinet Secretary.⁴⁶ The operational autonomy that all UK Departments have means the devolved bodies have considerable freedom in practice for matters such as levels of staffing or pay. The Civil Service Code provides that all civil servants are servants of the Crown and owe their loyalty to the administration in which they serve.⁴⁷ Membership of a single service appears to help officials recognise each other as being fundamentally similar, because it is seen as guaranteeing the principles of political impartiality and recruitment and promotion on merit. But the fact that the civil service is ultimately a UK matter (for which the minister is the UK Prime Minister) and that the professional ladder culminates in London creates at least a question about whose interests civil servants serve. That has caused no major problems to date, but when it is put to the test the present legal arrangements may not be adequate to allay those concerns.

5. *The Political Parties*

The Scottish National Party and Plaid Cymru — the Party of Wales (the Welsh nationalists) both operate only within Scotland and Wales respectively. The Liberal Democrats are organised federally. However, the Labour and Conservative parties continue to be organised on a UK basis. Their Scottish and Welsh arms have considerable autonomy, but especially in Labour the arm of the UK party is long and influential. While it is clear that there are tensions between Labour in Scotland and Wales on one hand, and at UK level on the other, the parties (especially Labour) continue to act in a relatively unified way. The reasons for this are not clear: it may be because of the common approach of Labour politicians, or the party's organisational control, or simply the desire not to embarrass the party so as to harm it in UK elections. The overall level of party control means that it is all the less likely that Labour-dominated territories will take a radically different approach to policy or institutional matters in the immediate future.

Conclusion: How Much Diversity is There Under Devolution?

Devolution was probably never designed to create a legal foundation for diversity as such. It was intended to deal with a number of politi-

46. Government of Wales Act 1998, section 34; Scotland Act 1998, section 51 and Schedule 5, par. 8. Northern Ireland has had a separate civil service since 1922.

47. Civil Service Code, 1999, par. 2. See also R. PARRY, "Devolution, Integration and Modernisation in the United Kingdom's Civil Service", (2001) 16 (3) *Public Policy and Administration* 53-67.

cal objectives, not all of them compatible with each other. In Scotland, part of that was securing a basis for Scotland to pursue different approaches to politics, while in Wales the structure reflected both the limited support for devolution in any form and the split within the Labour Party about whether it should happen. Certainly as far as Labour (and for that matter the Liberal Democrats) was concerned, devolution was also intended to operate within a UK context; it was a way of saving the Union by undermining political nationalism, not giving way to it. This helps to explain the complicated pattern of functions devolved to Scotland and Wales, and the extensive range of factors reserved to the UK level. The devolution arrangements create a distinct impression that they were designed to effect constitutional change without causing any substantial changes in administration. The extensive controls the UK Government retains over EU matters and finance add greatly to that.

Despite these reservations, in principle the legal frameworks for devolution in both Scotland and Wales give both territories considerable scope to develop and express their autonomy and diversity. So far only limited use has been made of these powers, however. After less than three years, it is early — too early — to judge to what extent the UK's devolution arrangements create a legal basis for the development of diversity. But there remain powerful convergent forces at work, and these must be considered when looking at devolution to a particular part of the UK.

SUB-STATE NATIONS IN A UNITARY STATE: MOBILISING LAW FOR A DEVOLVED SCOTLAND

by

Stephen TIERNEY

School of Law, University of Edinburgh

Introduction

The rapid process of constitutional change, which followed the election of the Labour Government in 1997, was in many senses made possible by the flexibility inherent in the unwritten nature of the UK constitution.¹ Paradoxically, however, this same flexibility leaves these constitutional amendments unentrenched and open to future legislative interference by Westminster. Two other consequences of the *ad hoc* nature of the UK constitution, and of the processes by which it is amended, are first, that the programme of widespread constitutional change since 1997 has not been imbued with any real measure of systematic coherence, and second, that no attempt has been made to develop a hierarchy of norms to replace, or at least modify, the centrist mantra of Parliament's legislative supremacy.

In this article Scottish devolution will be considered in the context both of the UK's unwritten constitution, and of the other constitutional changes which have also taken place recently: in particular, devolution to Wales and Northern Ireland, and the Human Rights Act 1998. The article will focus on the ways in which political actors have utilised law throughout the devolution process. It will address, in particular, the following issues: the application of law in bringing about devolution for Scotland; the way in which law is used to restrict the competence of the devolved institutions of Scottish government; and the ongoing mobilisation of law by political actors in the post-devolution era. In this third context, it seems likely that cultural and political cleavages will begin to crystallise around overtly legal issues. This is a probable consequence of the new institutional setting within which these cleavages are now re-contextualised;

1. P. OLIVER and A. TOMKINS, "Constitutional Change in the United Kingdom", in Mads Adenas ed., *The Creation and Amendment of Constitutional Norms*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2001.

in particular, we might anticipate heavily politicised disputes coming before the courts to a degree not seen before.

In Part 1, we will consider how devolution was implemented within the broader architecture of the UK's historic, unitary and unwritten constitutional arrangements; and in Part 2, we will address how law interacts with politics in processes of constitutional re-design in a plurinational democracy like the UK, in terms of asymmetry, the limiting of devolved competence, and the use made of referendums to effect change.

Part 1. Devolution and the Constitutional Architecture of the UK

a. “Created by Parliament but Driven by the Executive”

It is useful to begin by setting the emergence of a devolved Scotland in institutional context. As is generally the case in settled democratic states, constitutional reform in the UK since 1997 has been largely elite driven. What is particularly notable about the emergence of devolved government for Scotland, however, has been the influence of *central* elites, and in particular, that of the *executive*. This executive dominance is a manifestation of the UK's “elective dictatorship”,² and is also widely considered to be a feature of the Canadian body politic.³

In terms of processes of constitutional change, it is important to bear in mind therefore, that in both the UK and Canada the agenda has most often been set, and the mechanisms of change controlled, by executive elites — something which has of course been subject to considerable criticism during the period of “mega constitutional politics”⁴ in Canada in the 1980s and early 1990s. This is also evident in the recent UK experience where devolution for Scotland has been very much the product of Labour Party macro-policy, with the success or failure of devolution initiatives being dependent upon the electoral success, and subsequent parliamentary power, of Labour.

An indication of the central, executive-driven nature of the devolution proposals can be gleaned from the fact that when they were eventually offered to the people in a referendum, they were presented as a largely finalised package. The plan for devolution was published as a White Paper prepared by the Scottish Office and the Secretary of State for Scotland.⁵ Traditionally a “white” as opposed to a “green” paper deno-

2. L. HAILSHAM, *Elective Dictatorship*, London, B.B.C., 1976.

3. R. L. WATTS, “Federalism and Diversity in Canada”, in Yash Ghai ed., *Autonomy and Ethnicity: Negotiating Competing Claims in Multi-ethnic States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

4. *Id.*, at 30.

5. “Scotland's Parliament”, (1997) CM 3658. The same model of a white paper published prior to the referendum was also used in Wales: “A Voice for Wales”, (1997) CM 3718.

tes a policy proposal which is at an advanced stage of formulation and to which significant modification during the legislative process is not anticipated. Accordingly, it can be argued that, in contrast with the pre-referendum process in Quebec in 1995, there was little opportunity for ordinary citizens in Scotland to help shape the proposed model of devolved government.

b. *Popular Sovereignty and Devolution*

The existence now of parliamentary systems of government in both London and Edinburgh is leading to a new era of intergovernmentalism between strong executives. This has already been seen in the development of agreements between the two governments.⁶ Published in October 1999, these “concordats” are in fact a series of measures: first, a principal Memorandum of Understanding, which provides for the establishment of a Joint Ministerial Committee bringing together United Kingdom ministers and representatives of the devolved administrations;⁷ secondly, a number of separate concordats providing for “broadly uniform” arrangements in relation to the handling of a series of issues;⁸ and thirdly, bilateral interdepartmental concordats between the United Kingdom government departments and their Scottish counterparts. Although intended to guide intergovernmental relations, these arrangements are not legally binding. Neither Scottish ministers nor their colleagues in London are obliged to abide by the terms of the concordats in their relations with one another. Nevertheless, it is clear that given the broad political consensus which presently prevails between Edinburgh and London, they are heavily influential in structuring how these relationships work.⁹

Despite what has been said hitherto about the role of the London executive in the formal process by which devolution was implemented, it is important not to ignore the political dynamics which underpinned the

6. [<http://www.scotland.gov.uk/concordats/default.asp>]. “Blueprint to beat border disputes”, B.B.C. website, October 1, 1999.

7. The Memorandum is published as Cm. 4444, 1999; SE/99/36.

8. For example, European issues; issues concerning financial assistance to industry; international relations and the international role of the devolved administrations; and statistical work across the United Kingdom.

9. Interestingly, Scottish nationalists have criticised these arrangements suggesting that they are designed to prevent the Scottish Parliament developing any new powers. “SNP attacks devolution ‘diktats’”, B.B.C. website, October 8, 1999.

Although the devolved era promises to be one of strong executives and the emergence of a new era of intergovernmentalism, there is one factor which may to some extent mitigate such a development. This is the electoral system implemented for elections to the Scottish Parliament. This has led to coalition government, and observers are watching closely for any cultural shifts which may accompany these coalitions.

passage of the Scotland Act 1998, dynamics which have led to alternative visions of the normative source of Scottish self-government. To understand how these different visions of the origins of devolution have arisen (visions which may in time be articulated in the political mobilisation of law in competence disputes), it is necessary to identify two factors which qualify the notion that devolution finds its origin in central, executive elites. The first is the extra-parliamentary campaign for home rule which gathered momentum in Scotland particularly from the late 1980s onwards, and the second is the use of a referendum to validate the 1997 White Paper.

Turning to the first of these processes, devolution in political terms has its origins not in Whitehall, Westminster, or even in the hierarchy of the Labour Party, but in the extra-parliamentary Campaign for a Scottish Assembly which was launched in 1985. This resulted in the Claim of Right for Scotland, issued in 1988, which declared the right of Scotland to self government. The Claim of Right led in turn to the formation of the Scottish Constitutional Convention which was vested with the task of drawing up proposals for home rule.

The most significant document published by the Convention was "Scotland's Claim, Scotland's Right",¹⁰ which set out a detailed blueprint for devolution. This document has two particularly notable features. The first is a reiteration of the commitment to the "sovereignty" of the Scottish people (this is of particular interest bearing in mind the strong involvement of the Scottish Labour Party in the Scottish Constitutional Convention).¹¹ The second is that the document is remarkably similar to the model of devolution which was eventually set out in the White Paper in 1997, and which was, without too much modification, enacted through the Scotland Act. Looked at in this historical context, the origins of Scottish devolution are in many ways more organic than the formal parliamentary process might suggest. The model embodied in the White Paper of 1997 in fact stemmed from an extra-parliamentary process which, in its turn, had involved a broad cross-section of Scottish civil society, and which committed its signatories, including the Scottish Labour Party, to the principle of Scottish popular sovereignty.

The second issue which qualifies the idea of devolution as a centrally-led process, is the popular validation of the White Paper in a refe-

10. Published on 30 November 1995.

11. The Claim of Right was signed by every Scottish Labour M.P. at the time with only one exception. Although advocating the modern notion of popular sovereignty, "Scotland's Claim, Scotland's Right" also noted Scotland's differing constitutional tradition: "This concept of sovereignty [the Westminster model] has always been unacceptable to the Scottish constitutional tradition of limited government or popular sovereignty." See also, N. MACCORMICK, "Is there a Constitutional Path to Scottish Independence?", (2000) *Parliamentary Affairs* 53, 721-736, at 729-30.

rendum in 1997.¹² This expression of popular will serves to add political weight to the alternative vision of the devolution settlement as being one founded, at least in political terms, upon Scottish self-determination.¹³ Linking both of these initiatives, Scottish nationalists are able to argue that, in political if not legal terms, devolution is not simply a product of Westminster and its unitary, monistic and ultimately self-ascribed conception of constitutional sovereignty. This rival vision of popular sovereignty is one which, it seems, may be mobilised in future legal disputes over devolved competence, an issue which will be explored further below.

c. *Unmapped Territory: Constitutional Change Through an Unwritten Constitution*

In the UK today, we inhabit uncharted territory as constitutional actors, particularly judges, attempt to make sense of constitutional changes mediated through an unwritten constitution.¹⁴ When these changes involve devolution regimes which are themselves intended to accommodate the cultural and political cleavages which attend plurinational societies, then judicial actors may be tempted to use the gaps inherent in such an unwritten system further to alleviate remaining, or indeed resulting, disputes. The temptation to do this has been seen in Canada where the Supreme Court has used *lex non scripta* to make up for perceived gaps in the constitutional text - for example, in the areas of parliamentary privilege¹⁵ and secession.¹⁶ Furthermore, this process seems now to have encouraged lower courts to do likewise.¹⁷

There is no evidence of this level of judicial activism in the UK so far, but there has recently been enough of a cultural shift in general judicial attitudes and behaviour to suggest that predicting the outcome of future devolution disputes may well be a risky business. A growing assertiveness amongst the UK judiciary with regard to its own constitutional position vis-à-vis not only the executive but also Parliament, has manifested itself over the issue of human rights. Prior to the passage of the Human Rights Act 1998, judges voiced considerable disquiet over the UK

12. On the proposition: "I agree that there should be a Scottish Parliament", 74.3% voted Yes, against 25.7% who voted No. To the proposition: "I agree that a Scottish Parliament should have tax-varying powers", a Yes majority was again achieved by 63.5% - 36.5%.

13. I will return to the referendum issue below, in the context of possible future referendums in a devolved Scotland.

14. N. WALKER, "Constitutional Reform in a Cold Climate", in A. TOMKINS (ed.), *Devolution and the British Constitution*, London, Key Haven, 1998, at 61-88.

15. *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319.

16. *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217.

17. *Lalonde v. Ontario (Health Services Restructuring Commission)*, [1999] OJ 4488. See also M. WALTERS, "The Common Law Constitution in Canada: Return of *Lex Non Scripta* as Fundamental Law", (2001) 51 *University of Toronto Law Journal* 91-141.

Parliament's failure to enact a bill of rights.¹⁸ The result of this "human rights" activism is continuing uncertainty as to how the courts will react to other constitutional issues: for example, to a serious competence dispute between London and Edinburgh.¹⁹

Although no such cases have yet arisen, one case of interest is *Whaley v. Lord Watson of Invergowrie*²⁰ where the Court of Session had something to say not only about the status of the Scottish Parliament but also, in a subtle way, about that of Westminster. The presiding judge discussed the status of the Parliament thus:

... it is a body which, like any other statutory body, must work within the scope of those powers. If it does not do so, then in an appropriate case the court may be asked to intervene and will require to do so, in a manner permitted by the legislation. In principle, therefore, the Parliament like any other body set up by law is subject to the law and to the courts which exist to uphold that law.²¹

Although the Court referred to the Scottish Parliament as a creature of statute like any other statutory body, it also noted that it was entirely normal for a legislature to be subject to the law of the land and to the jurisdiction of the courts: "...a defined parliament is there to do not whatever it wants, but only what the law has empowered it to do." This is followed by what seems like a reference to the anachronistic nature of the UK's traditional arrangements, with the Court contrasting a limited legislature like the Scottish Parliament with "the odd, and perhaps unsatisfactory, context of "sovereign" or undefined powers".²² The court also observed that the relationship between Parliament and the courts was somewhat peculiar and that Westminster sovereignty was under attack from a different direction: "...the Westminster Parliament... is unusual in being respected as sovereign by the courts. And, now, of course, certain inroads have been made into even that sovereignty by the European Communities Act 1972."²³ There is no suggestion that the Scotland Act makes further inroads into that sovereignty but the Court of Session does contextualise the Scottish Parliament in terms of Commonwealth legislatures which have done so:

18. Lord BROWNE-WILKINSON, "The Infiltration of a Bill of Rights", (1992) *Public Law* 406; Sir Stephen SEDLEY, "Human Rights: A 21st Century Agenda", (1995) *Public Law* 386; Sir John LAWS, "The constitution: morals and rights", (1996) *Public Law* 622; Lord WOOLF, "Bringing home the European Convention on Human Rights", (1997) *Denning Law Journal* 1; Sir John LAWS, "The limitations of human rights", (1998) *Public Law* 254; Lord HOFFMAN, "Human Rights and the House of Lords", (1999) *Modern Law Review* 159 and Lord BINGHAM, *The Business of Judging: Selected Essays and Speeches*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

19. Such disputes have not yet arisen, largely because the Labour Party is in power both in London and (in coalition with the Liberals) in Edinburgh.

20. (2000) Session Cases 340.

21. *Ibid.*

22. *Id.*, at 358 per Lord Prosser.

23. Lord RODGER, *id.*, at 349.

... in many democracies throughout the Commonwealth, for example, even where the parliaments have been modelled in some respects on Westminster, they owe their existence and powers to statute and are in various ways subject to the law and to the courts which act to uphold the law. The Scottish Parliament has simply joined that wider family of parliaments.²⁴

Tantalising judgments like this will encourage those litigants who will increasingly seek to argue that Westminster's purportedly "sovereign" relationship vis-à-vis the courts is becoming increasingly anomalous in the new era of limited legislative power.²⁵

Part 2. Plurinational States and Constitutional Design

a. *Asymmetry*

The flexibility within the UK constitutional system which allowed devolution to be implemented so quickly and easily also allowed a considerable degree of asymmetry to be put in place without a structured opportunity for non-involved territories to object to the powers given to others. In particular, there was no process of negotiation amongst the four constituent nations of the UK, and most importantly, there was no forum for England as an entity to take part in the implementation of constitutional reform.²⁶ Through the asymmetrical model, only certain parts of the UK now have devolved government. In particular, government in England is not devolved. Furthermore, in the three territories, which are now partly self-governing, there are substantial differences in terms of the models of devolution which have been implemented — differences which are explained by the specific historical, political and demographic features of these regions.

For example, the model in Wales is one of executive devolution which is considerably weaker than the legislative devolution in Scotland and Northern Ireland. This reflects Wales' history of close institutional association with England and a demography that includes a large English

24. *Id.*, at 358.

25. S. TIERNEY, "Constitutionalising the Role of the Judge: Scotland and the New Order", (2001) *Edinburgh Law Review* 49-72. See also, M. ELLIOTT, "The Demise of Parliamentary Sovereignty? The Implications for Justifying Judicial Review", (1999) *Law Quarterly Review* 115, at 119.

26. In other words, as a unitary state the British constitution was amended without the need for specific territorial consent. This can be contrasted with Canada where there was considerable controversy concerning the amending formula prior to patriation (the Supreme Court's "substantial degree" of provincial consent test: *Patriation Reference* (Reference re Amendment of the Constitution of Canada), [1981] 1 S.C.R. 753), and where there is now much complexity in the amending formula contained in Part V of the Constitution Act 1982. P. OLIVER, "Canada, Quebec and Constitutional Amendment", (1999) *University of Toronto Law Journal* 49, 519-610.

population in Wales. Also very different from the Scottish model is that for Northern Ireland where the devolved arrangements reflect the primary aim of devolved government: conflict resolution. There is not space here to discuss this system in any detail, but in passing it can be said that it implements a “de Hondt” — based model in which intense efforts have been made to find constitutional machinery adequate to meet the demands of Northern Ireland’s bitter cultural divisions. As a model for conflict resolution, it is an intricate pattern which ties various different and heavily contested interests into a set of processes and outcomes from which gains and losses for each side are off-set against one other from time to time and from place to place throughout the detail of the whole settlement. Finally, in Scotland there is the creation of a Scottish Executive and a Scottish Parliament. The latter institution has the power to make law, a power which is supported by Scotland’s distinctive legal system.

b. *Limiting the Competence of Devolved Government in Scotland*

In terms of the so-called “retaining model”, the competence of the Scottish Parliament is not expressly articulated in the Scotland Act 1998. Rather those matters, which are retained by Westminster, are set out specifically in the Act with all others devolved.²⁷ Furthermore, the legislative power given to the Parliament is expressly qualified. For example, although section 28(1) empowers the Scottish Parliament to make laws, “to be known as Acts of the Scottish Parliament”, the power of Westminster remains in section 28(7) which states: “This section does not affect the power of the Parliament of the United Kingdom to make laws for Scotland.” In analysing this provision it is interesting to keep in mind the extra-parliamentary origins of Scottish devolution and the different visions of sovereignty which attended this process. One question which arises is: does Westminster retain the right to make laws for Scotland on reserved as well as devolved matters? By the traditional doctrine of parliamentary sovereignty the answer to this seems obvious, but in House of Commons debates on the Scotland Bill there was considerable confusion as to the intended effect of this sub-section.

If section 28(7) is to be construed as a restatement of the Parliament’s legislative omnicompetence (and the frequent assertions made by Government ministers during debate that sovereignty remains at Westminster²⁸ suggests it perhaps should be), then it would appear to contrast

27. Section 29 together with Schedule 5 detail those matters which are specifically *ultra vires* the Scottish Parliament, or specifically reserved to the UK Parliament.

28. See for example, the late Donald DEWAR M.P., “We accept that sovereignty within a devolved system lies with the United Kingdom Parliament.” H.C. Deb., vol. 299, col. 457, July 31, 1997 and again, H.C. Deb., vol. 305, col. 402-3, January 28, 1998 and Sam GALBRAITH M.P., H.C. Deb., vol. 304, col. 115, January 12, 1998.

with the Scottish Constitutional Convention's understanding of Scottish devolution as "a constitutional settlement in which the Scottish people, being sovereign, agree to the exercise of specified powers by Westminster but retain their sovereignty over all other matters."²⁹ At a minimum, the Convention's approach to the Scotland Act certainly appears to imply that the Westminster Parliament should not be in a position to legislate on devolved matters. The Convention, however, did seem to expect that, once created, the Scottish Parliament would assume an independent area of operation, leading in effect to a federal UK. Timothy Jones discusses the earlier assertion of popular sovereignty in the Claim of Right and concludes:

...it does not matter what view the U.K. Parliament takes of its own powers; as far as Scotland is concerned, the powers of Westminster would be limited to those agreed to by the Scottish Parliament... The ultimate logic of this approach is that actions of the Westminster Parliament could be declared *ultra vires* the constitutional settlement.³⁰

Enabling the courts to declare legislation of the UK Parliament unlawful was certainly a step too far for the Government and no such provision appears in the Scotland Act.

Section 28(7) (for much of the parliamentary life of the Bill it was clause 27(7)) drew criticism in Parliament both from those who would have preferred a more strident declaration that Westminster may not legislate in devolved areas and, on the other hand, from those who saw it as insufficient to preserve unequivocally the sovereignty of Westminster. Conservatives voiced concern that the Scottish Parliament could develop its own independent sphere of jurisdiction which it could also expand through manoeuvring its competence into reserved matters.³¹

We won't know how the courts will interpret what is now section 28(7) unless Westminster attempts to legislate on a reserved matter against the will of the Scottish Parliament. In the meantime, it is interesting to note that in institutional terms political disagreements over devolution, when they come before the courts, are most likely to be filtered through the Scottish courts and the Scottish legal system. The final word on "devolution issues" ultimately rests with the Judicial Committee of the Privy Council, but the structure of the system ensures that these will invariably be heard in Scotland before any final appeal to the Privy Council. The fact that Scottish courts will filter these cases is not insignificant. Like Quebec, Scotland retains its own quasi-civilian legal system; and it is in the forum of the Scottish courts that we might anticipate the most interesting instances of law being mobilised politically. The back-

29. "Scotland's Claim, Scotland's Right", *supra*. See, T.H. JONES, "Scottish devolution and demarcation disputes", (1997) *Public Law* 283, at 293.

30. T.H. JONES, *id.*, at 293.

31. H.C. Deb., vol. 305, col. 361, January 28, 1998.

ground to this is the lingering sense that Scotland retains not only its own legal system, but a vision of the UK constitution which differs from the British/English orthodoxy articulated by A.V. Dicey and almost universally accepted throughout the UK today. As Scotland's senior judge stated in the 1950s:

The principle of the unlimited sovereignty of Parliament is a distinctively English principle which has no counterpart in Scottish Constitutional Law... Considering that the Union legislation extinguished the Parliaments of Scotland and England and replaced them by a new Parliament, I have difficulty in seeing why it should be supposed that the new Parliament of Great Britain must inherit all the peculiar characteristics of the English Parliament but none of the Scottish Parliament...³²

In an effort to summarise what has been argued in this sub-section, it can be said that if serious competence disputes arise in the future, we might anticipate the mobilisation of two sets of arguments by nationalists in their attempts to resist encroachment upon the devolution settlement by Westminster. First, they will use the notion of the popular sovereignty of the Scottish people drawing upon the extra-parliamentary campaign for devolution in the 1980's and 1990's. Secondly, they will supplement these arguments with references to Scotland's distinctive legal tradition and, in particular, the notion that Scotland may have retained, latent within the structures of its legal system, its own historical interpretation of the nature of the UK as a "union state", stemming from the nature of the Union of Parliaments in 1707.

c. *Referendums and the Issue of Popular Sovereignty*

One issue over which a competence dispute could well arise in the event of an Executive including the Scottish National Party coming to power in Edinburgh would be if the Scottish Parliament then attempted to stage a referendum on further autonomy. Such a referendum might be held over the issue of "fiscal autonomy" or on more radical options including "independence". The power of the Scottish Parliament to stage such a referendum is not clear, and again, were a legal challenge to be presented by the UK Government over the holding of such a referendum, we could again expect the "popular sovereignty" and "Scottish constitutional tradition" arguments to be marshalled on the Scottish nationalist side of any litigation.

The issue of whether or not the Scottish Parliament has legal authority to authorise the holding of a referendum on further autonomy, and in particular on independence, arose with some force in the Westminster parliamentary debates on the Scotland Bill. As such, it became the vehi-

32. Lord President Cooper in *MacCormick v. Lord Advocate*, (1953) Session Cases 396, at 411.

cle for a broader debate on two related issues: the borders of devolved/reserved competence within the devolution settlement, and the question whether, following devolution, Westminster's monolithic sovereignty would find itself under challenge from rival Scottish conceptions of sovereignty.

The debate on future referendums stemmed from a Government amendment to the Scotland Bill. Schedule 5 par. 1 when the Bill was first published stated that: "The constitution, including... the succession to the Crown and a regency and the Parliament of the United Kingdom are reserved matters." However, the Government chose to introduce an amendment which replaced this general reservation with a seemingly more narrow provision restricting the reservation only to five listed aspects of the constitution.³³ Although the Government argued that the amendment was simply for purposes of clarification,³⁴ it nonetheless provoked considerable suspicion among Conservative Party MPs. They already considered devolution to be a slippery slope towards Scottish independence, and saw a move away from a catch-all reservation of the constitution as being potentially dangerous; they argued that such a move suggested that certain areas of the constitution were not outwith the Scottish Parliament's competence. The Conservatives argued that the general reservation was preferable also because any further definition of which matters were constitutional and which were not should be left to the courts.³⁵

It was in this context that the speculative issue of whether the devolved institutions in Scotland could stage a referendum on independence raised its head. One of the five constitutional matters now expressly reserved in Schedule 5(1), per the Government amendment, was "the Union of the Kingdoms of Scotland and England";³⁶ and in this context opposition MPs asked the Government whether the staging of referendums on Scottish independence would be caught by this reservation. The Government seemed very uncomfortable with this issue since it found itself under attack from two sides. On the one hand, the Conservatives were suspicious that the newly amended Schedule 5(1), by reserving to Westminster neither the constitution in its entirety nor the specific

33. The provision, per amendment 73 (moved by Scottish Office Minister Henry McLeish on 19 May 1998) and now contained in the Act (Schedule. 5(1)) reads: "The following aspects of the constitution are reserved matters, that is — (a) the Crown, including succession to the Crown and a regency, (b) the Union of the Kingdoms of Scotland and England, (c) the Parliament of the United Kingdom, (d) the continued existence of the High Court of Justiciary as a criminal court of first instance and of appeal, (e) the continued existence of the Court of Session as a civil court of first instance and of appeal." Hansard, vol. 312 Debates 19 May 1998 col. 787.

34. H. MCLEISH, Hansard, vol. 312 Debates 19 May 1998 col. 787.

35. M. ANCRAM, Hansard, vol. 312 Debates 19 May 1998 col. 789.

36. Schedule 5(1)(b) cited above.

power to hold referendums on further autonomy for Scotland, left open the possibility that the Scottish Parliament could stage such a referendum, and thereby undermine the Union. On the other hand, the Government was criticised by Scottish “nationalists”,³⁷ who saw the power to initiate referendums to be one which ought properly to belong to the devolved institutions. In advancing this argument there were recitations of the mantra of the “popular sovereignty” of the Scottish people, a notion with which nationalists were able to embarrass the Labour Government at various times during the Bill’s passage through Parliament, bearing in mind Labour’s involvement in the Scottish Constitutional Convention etc.

The Government had the opportunity in the course of parliamentary debate to clarify what its intentions were, but in ministerial answers to specific questions it is possible to detect a certain ambivalence. Initially, the Secretary of State suggested that such a referendum would be *ultra vires*: “A referendum that purported to pave the way for something that was *ultra vires* is itself *ultra vires*.”³⁸ But, mindful of the commitment to popular sovereignty which he along with most other Labour MPs had subscribed to, Mr. Dewar in the same answer seemed to qualify this apparently clear position:

But, as I said, the sovereignty of the Scottish people, which is often prayed in aid, is still there in the sense that, if they vote for a point of view, for change, and mean that they want that change by their vote, any elected politician in this country must very carefully take that into account.³⁹

Michael Ancram, leading the Conservative attack, remarked that “the jungle was becoming thicker by the moment”,⁴⁰ and that the Secretary of State’s remarks had left “great suspicion in the minds of all who heard him.”⁴¹ In the end, the Government seemed to reach a fudged position by suggesting that the holding of a referendum might be competent but that the Scottish Parliament did not have the power to pay for one.⁴²

37. This term is used to include not only members of the SNP but also those Labour and Liberal Democrat MPs who in debate reasserted their commitment to the “sovereignty” of the Scottish people.

38. Hansard, vol. 312 Debates 12 May 1998 col. 257. And see also Hansard, vol. 312 Debates 19 May 1998 col. 789.

39. In reply to a question by Conservative MP, Dominic Grieve, Hansard, vol. 312 Debates 12 May 1998 col. 257.

40. Hansard, vol. 312 Debates 19 May 1998 col. 789.

41. Hansard, vol. 312 Debates 19 May 1998 col. 835.

42. Mr. Dewar replied: “It is my view... It would not be competent for the Scottish Parliament to spend money on such a matter in those circumstances.” Hansard, vol. 312 Debates 12 May 1998 col. 258. See also H. McLeish, Hansard, vol. 312 Debates 19 May 1998 col. 804. The SNP took the view that the new Schedule 5(1) did not preclude the Scottish Parliament from authorising a referendum. A. Salmond, Hansard, vol. 312 Debates 19 May 1998 col. 795.

The legal issue is, therefore, still not clear. In one sense it seems that the Government could have avoided a lot of trouble by distinguishing between advisory and mandatory referendums, conceding that the Scottish Parliament could stage an advisory referendum on the issue of increased autonomy but that such a referendum would have no legal force since the Union was itself reserved.⁴³ However, it is easy to see why the Government was concerned not to concede the competence of even an advisory referendum. Neil MacCormick points out that the power of the Scottish Executive or Scottish Parliament to hold an advisory referendum would be “absolutely critical” given the political significance which a Yes vote would carry.⁴⁴ A second factor, which would add to the political weight of a Yes result even in an advisory referendum, is the curious fact that leading members of successive UK Governments in the past two decades have repeatedly confirmed the principle that the Scottish people could secede if they so wished.⁴⁵ Finally, the fact that the Labour Party, while in opposition committed itself to the principle of the “sovereignty” of the Scottish people, would make governmental opposition to a referendum result in which the Scottish people had voted in favour of increased autonomy very difficult to sustain in political if not in strictly legal terms.

In this sense, the Commons debate on the referendum issue echoes a report by the House of Commons Select Committee on Scottish Affairs, issued against the back-drop of the Scotland Bill, where these different visions of sovereignty were considered in this very context: “If the Scottish people expressed a desire for independence the stage would be set for a direct clash between what is the English doctrine of sovereignty and the Scottish doctrine of the sovereignty of the people.”⁴⁶ It is well known how such diverging visions of sovereignty between Quebec and English Canada made manifest in the referendum process of 1995, led to a reference to the Supreme Court of Canada. In the event that the Scottish Parliament or Scottish Executive sought to stage a referendum, even of

43. There are a number of politicians and commentators who have taken the view that an advisory referendum would be competent. For example, Jim WALLACE M.P., Hansard, vol. 312 Debates 19 May 1998 col. 800; A. SALMOND, Hansard, vol. 312 Debates 19 May 1998 col. 796; N. MACCORMICK, *supra*, 726; C. MUNRO, *The Scotsman*, 11 March 1998; M. WALTERS, “Nationalism and the Pathology of Legal Systems: Considering the Quebec Secession Reference and its Lessons for the United Kingdom”, [1999] *Modern Law Review* 62 371-396, at 386; J. E. MURKENS, P. JONES and M. KEATING, *Scottish Independence: Legal and Constitutional Issues*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2002, at 23. For a differing view see R. BRAZIER, “The Constitution of the United Kingdom”, (1999) *Cambridge Law Journal* 58, 96-128, at 106-107, who seems to suggest that even an advisory referendum on independence may be *ultra vires*.

44. MACCORMICK, at 726.

45. Alex Salmond in Commons debate cited such statements made by former Prime Ministers Thatcher and Major and by other Conservative Ministers then serving, Ancram and Jenkins. Hansard, vol. 312 Debates 19 May 1998 col. 797.

46. *The Operation of Multi-Layer Democracy*, Scottish Affairs Committee Second Report of Session 1997-1998, HC 460-I, 2 December 1998, par. 27.

an advisory nature, on increased autonomy, the lack of clarity in the Scotland Act on their powers to do so may result in UK courts addressing themselves in due course to similarly fundamental constitutional issues.⁴⁷

Conclusion

The debate over whether or not the Scottish Parliament can hold a referendum on independence some time in the future brought to the fore the different visions which exist within the UK of the constitutional relationship between Scotland and the rest of the UK, and of the nature of the devolution settlement. For some, the traditional doctrine of parliamentary sovereignty, with its reassuring simplicity, has made the issue of constitutional power and its distribution within the UK a very clear matter. Things, however, are changing. Membership of the European Union has made inroads on the doctrine and now it seems that devolution may have the potential to do likewise. The Scotland Act is a vitally important constitutional statute, and it can only in the most blindly positivist construction be conceived as a statute which Westminster can amend or repeal at will. The UK has now embarked upon a process of developing a quasi-written constitution, and the Scotland Act is one text through which an entirely new way of thinking about the constitution is developing. How the courts and other constitutional actors will respond to the challenge of developing a more mature and a more sophisticated constitutional discourse remains to be seen.

47. Some politicians anticipated this: "...at the end of the day, [it] might be a matter for the courts to interpret." 19 May 1998 col. 800, Jim Wallace M.P. (Mr. Wallace is now Justice Minister and Deputy First Minister within the Scottish Executive).

CHAPITRE 3

Projection et présence internationales des entités autonomes

PROJECTION ET PRÉSENCE INTERNATIONALES DU QUÉBEC¹

par

Louis BALTHAZAR
Professeur émérite
Université Laval

Parmi les entités autonomes qui se sont taillé une présence et un rayonnement sur la scène internationale, le Québec compte certainement comme l'une des plus actives et les mieux organisées. Le réseau québécois comprend en effet six délégations générales, cinq délégations, six bureaux, neuf antennes et quatre services spécialisés hors délégation².

On peut faire remonter l'activité internationale du Québec au XIX^e siècle. Dès les premières années de la fédération canadienne, la province francophone s'est donné un représentant à Paris, avant même le gouvernement central du Canada, soit en 1882. Quelques autres représen-

1. Ce texte reprend plusieurs éléments d'un chapitre plus développé sur la question. Voir « Les relations internationales », dans A.-G. GAGNON (dir.), *Québec: État et société*, Montréal, Québec Amérique, 2003.

2. « **La délégation générale du Québec** est une représentation [...] dirigée par un délégué général du Québec. Ce dernier est nommé par le gouvernement (décret du Conseil des ministres), par commission sous le grand sceau, dans tout pays qu'il désigne, pour représenter, sur le territoire qu'il indique, le Québec dans tous les secteurs d'activité qui sont de la compétence constitutionnelle du Québec...

« **La délégation du Québec** est une représentation [...] dirigée par un délégué du Québec. Ce dernier est nommé par le gouvernement (décret du Conseil des ministres) pour représenter, sur le territoire qu'il désigne, le Québec dans les secteurs qui lui sont attribués...

« **Le bureau du Québec** est un établissement [...] sous la responsabilité d'un directeur, membre de la fonction publique québécoise, qui est nommé par la ministre des Relations internationales et agit comme représentant de cette dernière.

« **L'antenne** est mise sur pied dans un pays étranger afin de fournir sur place des services au gouvernement du Québec, dans un ou des champs déterminés. L'Administration peut lui demander de rendre certains services à des particuliers ou à des sociétés québécoises. L'antenne est dirigée par un résident du pays et n'emploie pas de fonctionnaires du Québec. Elle n'a pas fonction de représentation.

« Des **services spécialisés**, dans des domaines comme l'économie, la culture et l'immigration, peuvent se trouver à l'intérieur ou à l'extérieur des délégations », (MINISTÈRE DES RELATIONS INTERNATIONALES, *Le Québec dans un ensemble international en mutation. Plan stratégique 2001-2004*, Québec, gouvernement du Québec, p. 6).

Voir aussi le site Web du ministère des Relations internationales: [<http://www.mri.gouv.qc.ca>].

tations s'ajoutèrent par la suite, soit à Londres, à Bruxelles et à New York. Il fallut attendre toutefois la Révolution tranquille de la décennie 1960 pour que se constitue un véritable réseau moderne. C'est donc en raison du remarquable éveil de la société québécoise au monde extérieur que le gouvernement du Québec a mis en œuvre une politique de relations internationales.

Plusieurs facteurs sont à l'origine de cette projection internationale d'une simple province fédérée. Nous retiendrons ici la simple volonté du plein exercice des compétences dévolues par la Constitution du Canada, ce qui entraîne, aux yeux des dirigeants politiques du Québec, une dimension internationale. Le Québec a d'abord profité des ambiguïtés de cette Constitution pour se donner une doctrine. Il a ensuite obtenu un statut international limité. Le gouvernement du Canada, pour sa part, a pu tolérer cette situation de fait, mais ne l'a jamais vraiment entérinée. Enfin, les orientations américaine et économique de la politique québécoise illustrent bien son pragmatisme, sa dimension paradiplomatique plutôt que protodiplomatique³.

1. Fragilité de l'État canadien

Le Québec a pu opérer d'autant plus facilement la relance de ses relations internationales que la tradition canadienne se prête assez bien à ce genre d'exercice. Dans la Constitution qui consacre la naissance du Canada moderne, l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, il n'est fait aucune mention de la politique étrangère, et pour cause. Le Royaume-Uni entendait conserver le contrôle des relations extérieures du nouvel État, dit Dominion, auquel il accordait la pleine autonomie interne, c'est-à-dire, le *home rule*. C'est d'une manière graduelle et à coup de progrès presque imperceptibles que le Canada en vient à assumer sa souveraineté dans ses relations avec l'étranger. En 1909, un ministère des Affaires extérieures est créé pour gérer les rapports avec les États-Unis, mais toujours sous la tutelle du gouverneur général britannique. En 1923, le Canada signe un traité, pour la première fois, sans la présence d'un haut-fonctionnaire britannique. En 1927, il ouvre une délégation à Washington, mais le chef de l'opposition à la Chambre des communes s'en indigne et y voit une mesure « séparatiste ». En 1931, de par le *Statut de Westminster*, le Canada acquiert son indépendance officielle, mais sa politique étrangère demeurera étroitement alignée sur celle du Royaume-Uni pour encore une vingtaine d'années.

3. On définit généralement la protodiplomatie comme étant celle qui cherche à rehausser le statut d'une entité politique non souveraine au moyen des relations internationales, à la limite, celle qui vise à promouvoir une éventuelle souveraineté politique complète. La paradiplomatie est entendue comme la simple pratique des relations internationales dénuée de toute intention politique.

En conséquence, au moment où le Québec en vient à légitimer ses activités internationales, le gouvernement fédéral du Canada n'exerce sa pleine juridiction en matière de politique étrangère que depuis une période toute récente. Le gouvernement du Québec peut donc se targuer d'une autonomie entière dans les domaines de sa compétence et faire appel à de nombreux jugements du Comité judiciaire du Conseil privé de Londres (l'instance ultime en matière constitutionnelle jusqu'à 1949) pour légitimer ses prétentions. C'est le ministre de l'Éducation du Québec, un juriste constitutionnaliste par surcroît, Paul Gérin-Lajoie, qui réclame, en 1965, l'extension des compétences de la province canadienne au domaine international.

Il n'y a [...] aucune raison, déclare-t-il, que le fait d'appliquer une convention internationale soit dissocié du droit de conclure cette convention. Il s'agit de deux étapes essentielles d'une opération unique. Il n'est plus admissible, non plus, que l'État fédéral puisse exercer une sorte de surveillance et de contrôle d'opportunité sur les relations internationales du Québec⁴.

Le gouvernement fédéral du Canada s'empresse aussitôt de répliquer par la voix de son ministre des Affaires extérieures, qui émet une déclaration écrite :

Le Canada ne possède qu'une personnalité internationale au sein de la communauté des nations. Il n'y a aucun doute que seul le gouvernement canadien a le pouvoir ou le droit de conclure des traités avec d'autres pays [...]⁵.

En de multiples occasions, par la suite, le gouvernement canadien a réitéré sa position et affirmé l'indivisibilité de sa politique étrangère. Au mieux, on se montre ouvert à Ottawa à associer les provinces à l'élaboration des politiques, à les consulter avant de négocier et de signer des traités dans les matières qui relèvent de leurs compétences, mais on entend faire valoir partout que le Canada ne possède qu'une seule personnalité internationale.

Le Québec, pour sa part, n'a pas cessé d'affirmer son droit à l'extension internationale de ses compétences constitutionnelles, bien qu'il se plie le plus souvent à l'encadrement du gouvernement fédéral, qui s'arroge toujours le droit d'autoriser toute nouvelle délégation du Québec à l'étranger. Une loi de l'Assemblée nationale du Québec, en décembre 2000, consacre « *l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec* ». Le plan triennal 2001-2004 du ministère des Relations internationales du Québec se réfère encore à la doctrine Gérin-Lajoie comme à l'expression fondamentale de sa légitimité

4. Cité par C. MORIN, *L'Art de l'impossible. La diplomatie québécoise depuis 1960*, Montréal, Boréal, 1987, p. 28.

5. Cité par C. MORIN, *id.*, p. 29.

internationale⁶. D'ailleurs, en dépit de la prétention du gouvernement du Canada, le Québec s'est vu octroyer un véritable statut international.

2. Le statut international du Québec

Pour une bonne part grâce à la diplomatie française, le Québec est parvenu à un statut à l'intérieur des organisations de la Francophonie. Cela n'a pu se produire que dans le cadre de difficiles négociations avec le gouvernement canadien.

L'Agence de coopération culturelle et technique (ACCT) a été créée à Niamey en avril 1970, à l'instigation de la France, comme une institution internationale permanente devant stimuler les efforts des pays entièrement ou partiellement francophones pour accroître l'usage de la langue française au moyen d'échanges divers en matière de culture et d'éducation et pour encourager la coopération entre ces pays. Dès le départ, il était impensable que le Québec n'en fasse pas partie, mais il était tout aussi impensable que le Canada n'y joue pas un rôle de premier plan.

Le premier ministre canadien, Pierre Elliott Trudeau (1968-1979; 1980-1984) a tenté d'imposer une présence canadienne unique à l'ACCT, mais grâce à la persévérance des fonctionnaires québécois et français, on en est venu à un compromis qui allait déterminer les modalités d'une présence québécoise unique et officielle, à l'intérieur d'une délégation canadienne. Ce compromis s'est traduit par l'adoption de l'article 3.3 de la Charte de l'Agence :

Dans le plein respect de la souveraineté et de compétence des États membres, tout gouvernement peut être admis comme gouvernement participant aux institutions, aux activités et aux programmes de l'Agence, sous réserve de l'approbation de l'État membre dont relève le territoire sur lequel le gouvernement participant concerné exerce son autorité et selon les modalités convenues entre ce gouvernement et celui de l'État membre⁷.

Le statut international du Québec demeure donc bien encadré par l'État membre canadien et ne peut être opérationnel sans un minimum de concertation entre les gouvernements d'Ottawa et de Québec. En dépit de moult accrochages entre les deux instances, cette concertation s'est imposée le plus souvent au gré des rencontres internationales et des politiques québécoises dont les objectifs sont très rarement différents de ceux du gouvernement canadien.

Des difficultés nouvelles sont apparues en ce qui a trait à l'Organisation de la Francophonie. Puisque cette institution devait recevoir un mandat plus large que celui de l'ACCT et dépasser le cadre des compétences

6. MINISTÈRE DES RELATIONS INTERNATIONALES, *op. cit.*, note 2, p. 21.

7. Cité par C. MORIN, *op. cit.*, note 4, p. 227.

de simples entités politiques fédérées, le premier ministre Trudeau y a vu encore l'occasion d'exclure le Québec en invoquant que seul le gouvernement souverain du Canada était habilité à traiter de questions générales de politique internationale, fût-ce dans le cadre de la Francophonie. Il aura fallu attendre qu'un gouvernement plus conciliant occupe le pouvoir à Ottawa pour que soit atteint un compromis. Ainsi, le 7 novembre 1985, les gouvernements de Brian Mulroney (1984-1993), à Ottawa, et de Pierre-Marc Johnson (1985), à Québec, conviennent que la règle suivante s'applique au déroulement des Sommets de la Francophonie, dont le Québec serait partie :

Sur les questions relatives à la situation politique mondiale, le Premier ministre du Québec est présent et se comporte comme un observateur intéressé. Sur les questions relatives à la situation économique mondiale, le Premier ministre du Québec pourra, après concertation et avec l'accord du Premier ministre du Canada, intervenir sur celles qui intéressent le Québec

[...]

Pendant la deuxième partie, le gouvernement du Québec participe aux débats et aux travaux à part entière, selon les modalités et la pratique suivies à l'Agence de coopération culturelle et technique (ACCT)⁸.

Cette atmosphère de conciliation n'a pas survécu au gouvernement Mulroney. Devant un Québec où le mouvement souverainiste devenait de plus en plus populaire, au début des années quatre-vingt-dix, la méfiance refit surface au ministère des Affaires étrangères du Canada. Un énoncé de politique publié à Ottawa en 1995 témoigne bien d'une volonté du gouvernement fédéral d'ignorer tout à fait le rôle international des provinces.

3. La politique officielle du gouvernement canadien

Dans son Livre blanc de 1995 sur la politique étrangère, le gouvernement canadien énonce ses objectifs comme si le Canada n'était pas vraiment une fédération. Nulle part dans ce document il n'est fait mention des prérogatives et compétences des gouvernements provinciaux, notamment en matière d'éducation, ne fût-ce que dans l'application des ententes internationales conclues par le Canada. Les provinces n'y sont mentionnées que comme l'une des instances, parmi d'autres, de la société canadienne⁹ et non pas comme l'un des deux niveaux de gouvernement de ce pays, comme en fait foi la Constitution canadienne. On va même jusqu'à faire allusion à « notre système d'éducation »¹⁰ sans aucune référence aux

8. *Id.*, p. 457.

9. *Le Canada dans le monde: énoncé du gouvernement*, Ottawa, Communications Canada, 1995, p. 44.

10. *Id.*, p. 13.

divers systèmes provinciaux du pays. On y énonce trois objectifs de la politique canadienne : promouvoir la prospérité et l'emploi, protéger la sécurité canadienne dans un monde stable et projeter les valeurs et la culture canadiennes dans le monde.

C'est ce troisième objectif qui fait problème pour le gouvernement québécois. Le document fédéral s'exprime entre autres ainsi : « Faire rayonner la culture canadienne et faire la promotion des industries canadiennes de la culture et de l'enseignement, pour qu'elles demeurent concurrentielles au pays et à l'étranger, sont des objectifs fondamentaux de la politique canadienne¹¹. » Aussi, dans son plan stratégique 2001-2004, le ministère des Relations internationales du Québec s'inscrit en faux contre la formulation précédente. Après avoir rappelé que le Québec collabore volontiers aux deux premiers objectifs du gouvernement canadien dans le plein respect des compétences fédérales exclusives, les responsables québécois écrivent : « [...] la formulation de cet objectif en matière d'enseignement, de culture et d'identité, n'a nullement été convenue avec le gouvernement du Québec, alors que ces sujets sont d'abord et avant tout de sa compétence¹². » Le document poursuit en se réjouissant toutefois que, dans la pratique, il arrive au ministère québécois d'unir sa voix à celle du gouvernement canadien dans la promotion de la diversité culturelle.

Le ministère fédéral se défend parfois de sa prétention à l'exclusivité sur la scène internationale en alléguant qu'il se doit de promouvoir l'unité canadienne à l'étranger et donc de s'opposer à tout ce qui y fait entrave. On accuse alors un gouvernement du Parti québécois (dont le but premier est de réaliser un jour la souveraineté du Québec) de s'employer à faire la promotion de la souveraineté hors de ses frontières. Il n'est pas sûr que cette accusation soit fondée, si l'on excepte la courte période pré-référendaire de 1994-1995, sous la gouverne de Jacques Parizeau. Après le référendum du 30 octobre 1995, surtout durant les années Bouchard (1996-2001), le gouvernement québécois a cherché plutôt à rassurer ses partenaires qu'à les gagner à sa cause, comme cela était le cas sous René Lévesque. Dans le plan stratégique de 2001, à tout le moins, il n'est fait aucune mention de l'option de la souveraineté.

La diplomatie canadienne peut se faire d'autant plus combative à l'endroit des activités du Québec sur la scène internationale que la population s'intéresse généralement assez peu aux relations internationales en dehors des périodes de crise. Les manœuvres du gouvernement canadien pour court-circuiter le Québec à l'étranger échappent le plus souvent à la population. Ainsi, dans des dossiers de politique intérieure, jamais Ottawa n'oserait minimiser le rôle des gouvernements provinciaux du pays comme on l'a fait dans le Livre blanc de 1995. Il est d'ailleurs toujours plutôt difficile pour le gouvernement du Québec de légitimer ses

11. *Id.*, p. 44.

12. MINISTÈRE DES RELATIONS INTERNATIONALES, *op. cit.*, note 2, p. 23.

activités à l'étranger et de démontrer qu'elles ne font pas double emploi avec celles du gouvernement fédéral.

La population s'intéresse d'abord aux retombées immédiates de ces activités. En conséquence, comme on l'a noté au cours de ce colloque, les éléments normatifs d'une politique internationale ont souvent tendance à se perdre au profit d'une approche pragmatique et empirique. Voilà pourquoi le Québec a dû souvent renoncer aux aspects les plus spectaculaires de sa diplomatie et de la confirmation de son statut. La politique québécoise s'est souvent concentrée sur des objectifs économiques concrets poursuivis dans le cadre d'échanges avec d'autres entités politiques non souveraines. Nulle part cela n'apparaît aussi évident que dans la dimension américaine de ses relations internationales.

4. La dimension américaine

C'est un fait indéniable que la relation la plus importante, la plus pressante, la plus immédiate pour le Québec est celle qu'il se doit d'entretenir avec son voisin géant, les États-Unis. Non seulement s'agit-il de la superpuissance qu'aucun acteur international ne peut ignorer, c'est encore le seul État (si l'on excepte les provinces canadiennes) avec lequel le Québec partage une frontière qui est en voie de devenir de plus en plus poreuse. C'est celui avec lequel les échanges économiques ont atteint, en 2001, près de 86 % du total du commerce international et sans doute aussi celui dont la culture et les institutions affectent le plus profondément toute la société québécoise.

Les relations du Québec avec les États-Unis sont devenues multiples, diverses et intenses. Paradoxalement, dans un État dont le gouvernement central ne reconnaît aucun autre véritable partenaire que le gouvernement canadien, les représentants du Québec ont dû faire preuve de beaucoup de diplomatie, le plus souvent bien davantage que les diplomates canadiens bien accrédités. Ces derniers, il est vrai, doivent s'efforcer constamment de combattre la tendance profonde des Américains, même en haut lieu, à ignorer leurs voisins du Nord, à les tenir pour acquis, voire à les considérer comme s'ils faisaient partie d'un même pays. Cela vaut aussi pour les Québécois, mais ces derniers apparaissent davantage comme étrangers et bizarres aux yeux des Américains quand ils se mettent à affirmer une culture distincte. Dans un pays où la maîtrise d'une langue étrangère est peu répandue, l'affirmation québécoise d'une langue officielle autre que l'anglais n'est pas facilement comprise, en dépit des progrès énormes de la langue espagnole dans plusieurs États de l'Union. Il a donc fallu que les représentants québécois s'appuient le plus souvent sur les institutions diplomatiques canadiennes, tout en faisant valoir le Québec comme une société distincte, en défendant les intérêts propres à cette société et en travaillant à la promotion de ses produits auprès des Américains.

Le gouvernement québécois a connu peu de succès dans sa tentative d'établir une présence politique à Washington. À peine a-t-on réussi à y créer en 1978 un bureau de tourisme dénué de toute visée politique, car Ottawa s'est toujours fermement opposé à ce qu'une province soit représentée dans la capitale américaine en faisant valoir la nécessaire indivisibilité de la diplomatie canadienne dans l'univers complexe des institutions nationales des États-Unis où se jouent des intérêts majeurs pour l'ensemble du Canada. En refusant d'octroyer des visas et en gagnant le pouvoir exécutif américain à sa cause, le gouvernement canadien a réussi à limiter la présence québécoise aux fonctions du tourisme et d'un *monitoring* discret de la part du conseiller aux affaires nationales de la délégation générale de New York.

Le gouvernement québécois, pour sa part, semble s'être résigné à ce profil bas. Même les administrations dirigées par le Parti québécois, voué à réaliser l'indépendance du Québec, se sont rarement employées à faire la promotion de l'option souverainiste aux États-Unis. On a compris très tôt, dès le premier mandat, du temps de René Lévesque, qu'il valait mieux rassurer les Américains sur les bonnes intentions québécoises à l'endroit des investissements et du marché. Cette campagne, qu'on a alors baptisée « Opération Amérique », est devenue, en quelque sorte, une entreprise permanente. Elle a porté des fruits. L'ouverture des marchés américains attribuable à l'Accord de libre-échange a contribué à faire croître les échanges commerciaux avec les États-Unis de façon spectaculaire. Le Québec s'est aussi créé un réseau de sympathisants aux États-Unis en encourageant, au cours des années quatre-vingt, la création d'une association d'études québécoises, l'*American Council for Quebec Studies*, et en multipliant ses appuis à divers intervenants francophones ou francophiles aux États-Unis, comme les professeurs de français.

Somme toute, malgré l'absence de reconnaissance politique officielle, les relations américano-québécoises sont devenues de plus en plus intenses et complexes au fil des ans. Si le Québec est peu présent à Washington, il est en revanche de plus en plus actif dans des institutions régionales comme la Conférence annuelle des gouverneurs de la Nouvelle-Angleterre et des premiers ministres de l'Est du Canada, le Conseil des gouverneurs des Grands Lacs ainsi que la Commission des Grands Lacs. Le Québec est aussi membre associé du *Council of State Governments* et s'intéresse aux activités de la *National Governors Association*. De plus, des relations bilatérales se sont tissées entre le Québec et ses homologues, les États américains. Les premiers ministres du Québec, tout particulièrement au cours des dernières années, ont multiplié les visites dans les États voisins, notamment dans l'État de New York, qui est devenu un partenaire majeur, de même que dans ceux de la Nouvelle-Angleterre, mais aussi dans des États aussi lointains que la Californie.

Enfin, le gouvernement du Québec suit de très près les dossiers économiques qui sont d'un intérêt majeur pour sa population, notamment

lorsque le Congrès des États-Unis tente d'imposer des restrictions aux exportations canadiennes en dépit de l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALÉNA). L'orientation économique de la diplomatie québécoise a toujours été primordiale

5. L'orientation économique

La doctrine Gérin-Lajoie justifiait l'action internationale du Québec en fonction du prolongement inévitable de ses compétences d'État fédéré sur le plan international. Ces compétences apparaissaient particulièrement évidentes en matière d'éducation, de langue et de culture. Aussi, les premières expressions d'une politique internationale québécoise se sont situées dans ces domaines. On a eu tôt fait, néanmoins, de prendre conscience que les intérêts propres au Québec s'étendaient à d'autres niveaux. D'abord et avant tout, au niveau économique. C'est là surtout qu'on pouvait faire accepter à la population les dépenses que suppose une politique internationale. C'est encore là que les effets de l'interdépendance n'ont pas cessé de se manifester depuis.

Rares sont les voyages officiels à l'étranger qui ne prennent pas une forte coloration économique. C'était une évidence sous des administrations du Parti libéral, fidèles au fédéralisme canadien, plus dociles à l'endroit d'Ottawa et peu enclines à doubler la diplomatie canadienne. C'était encore vrai aussi, le plus souvent, des gouvernements dirigés par le Parti québécois. Ainsi a-t-on vu le premier ministre Lévesque et ses ministres, peut-être pour se dédouaner quant à la méfiance qu'ils pouvaient susciter, insister davantage dans leurs discours et dans leurs actions sur les dossiers économiques que ne le faisaient leurs prédécesseurs¹³. Certes, le gouvernement de Jacques Parizeau, profondément engagé dans l'organisation et la campagne du référendum de 1995 sur la souveraineté-partenariat, a manifesté partout son orientation politique et manœuvré en vue de l'accession du Québec à la souveraineté. Il ne s'en est pas moins fortement soucié de l'essentiel maintien des institutions de l'intégration ou de l'interdépendance économique. Par la suite, dans une atmosphère où la préoccupation du rétablissement de l'équilibre budgétaire prenait toute la place, l'administration de Lucien Bouchard a même fermé des délégations et a voulu se concentrer sur la promotion des marchés pour les entreprises québécoises et l'accueil aux investissements étrangers. Une fois comblé le déficit budgétaire, le gouvernement de Bernard Landry a pu rouvrir les délégations et se donner une diplomatie plus active, mais l'objectif majeur des relations internationales demeure toujours la stimulation des exportations et l'encouragement aux entreprises

13. Voir L. BALTHAZAR, L. BÉLANGER, G. MACE et al., *Trente ans de politique extérieure : 1960-1990*, Québec, Éditions du Septentrion, 1993.

étrangères à venir s'installer au Québec, en faisant valoir de généreuses conditions fiscales et un approvisionnement privilégié en électricité.

Tout s'est passé comme si, dans les relations internationales du Québec, on redécouvrait sans cesse l'économie d'un gouvernement à l'autre; comme si périodiquement on décidait à nouveau qu'il fallait mettre l'accent sur le dossier économique, donnant l'impression qu'on ne l'avait jamais fait auparavant.

Il faut donc en conclure que, malgré les grandes déclarations des gouvernements québécois quant à leur rôle sur la scène internationale, malgré l'obtention d'un statut sous le patronage de la France, malgré les quelque dix-huit années de présence au pouvoir d'un parti tout orienté vers l'espoir d'une souveraineté à venir, les relations internationales du Québec sont demeurées concentrées bien davantage sur les besoins et nécessités d'un gouvernement provincial que sur la recherche d'un statut politique particulier dans le système international.

Conclusion

Le Québec aura donc bénéficié d'une tradition canadienne empreinte d'ambiguïtés pour revendiquer une certaine capacité internationale et obtenir un statut limité. Le gouvernement canadien aura tôt fait cependant de s'accaparer jalousement une politique étrangère qu'il veut homogène et indivisible. En conséquence, le Québec s'est vu privé, à plusieurs reprises, d'élaborer une véritable politique extérieure. Son rayonnement international n'en a pas moins connu une remarquable expansion au cours des ans. S'il faut cependant se demander si la protodiplomatie a été tolérée par le gouvernement fédéral du Canada, la réponse négative s'impose. Même la paradiplomatie a été considérablement mise à l'épreuve dans la mesure où un gouvernement dirigé par un parti souverainiste est toujours soupçonné de verser dans la promotion de son option.

PROJECTION ET PRÉSENCE INTERNATIONALES DES ENTITÉS AUTONOMES : LE CAS DE L'ESPAGNE*

par

Josep Maria CASTELLÀ ANDREU

Professor

Departament de Dret Constitucional i Ciència Política,
Universitat de Barcelona

Introduction

Depuis l'adoption de la Constitution de 1978 (ci-dessous CE) et son développement ultérieur, l'Espagne s'organise territorialement autour de 17 entités autonomes connues sous le nom de Communautés autonomes (ci-dessous CA) dotées d'une autonomie politique (législative et de direction politique) en vue d'assurer la gestion des compétences qui leur sont attribuées en vertu des Statuts d'autonomie de chacune d'entre elles. L'État autonome est la réponse du constituant de 1978 à la question de l'organisation territoriale de l'État et constitue une option originale en droit comparé, option qui ne correspond au sens strict à aucune des formes d'État composé connues, État fédéral ou État régional. Cette option tente de répondre à deux types d'aspirations des différents territoires qui constituent l'État, les « nationalités et les régions » (art. 2 CE). Or, ces aspirations ne coïncident que partiellement : en premier lieu, la reconnaissance de l'identité des nationalités dotées d'une personnalité historiquement différenciée (Catalogne, Pays Basque et Galice); en second lieu, la décentralisation ou le rapprochement du pouvoir et des citoyens, en vue de davantage de démocratie et d'efficacité dans la gestion des affaires publiques. Alors que la première aspiration était exclusive aux territoires ci-dessus mentionnés, la seconde était générale à tous les territoires qui font partie intégrante de l'État.

La CE attribue à l'État — entendu ici comme le collectif des institutions centrales — un ensemble de compétences enchâssées dans l'article 149.1 CE, auxquelles il faut ajouter, au moyen de la clause résiduelle de

* Ce travail s'inscrit dans le Projet PB98-1168 MEC « Estado e integración europea ».

l'article 149.3 CE, celles qui ne sont pas assumées par les CA. En revanche, la CE renvoie aux Statuts d'autonomie¹ pour ce qui est de la définition des compétences de chaque Communauté autonome, avec la limite des compétences étatiques. Conformément à la CE et aux Statuts, les compétences de l'État et celles des CA suivent un régime différent selon la matière concernée : dans certains cas, elles sont exclusivement exercées par chaque entité et, dans d'autres, elles sont concurrentes (si l'État se limite à légiférer sur les bases ou les principes de base et laisse à chaque Communauté autonome la législation de développement et la gestion) ou partagées (si la législation appartient à l'État et l'exécution ou la gestion administrative aux Communautés), avec une prédominance de ces dernières sur l'exclusivité, en particulier sur l'exclusivité des CA. En outre, l'État peut transférer ou déléguer à toutes ou à une des CA l'exercice de compétences que lui attribue la CE au moyen d'une loi (art. 150 CE), pratique plusieurs fois suivie ces dernières années.

Parmi les compétences qui appartiennent exclusivement à l'État figurent les « relations internationales » (art. 149.1.3 CE). La doctrine scientifique et la jurisprudence constitutionnelle se sont questionnées sur la portée de ce titre. Il est admis de restreindre les relations internationales à leur sens strict sans que cette interprétation n'affecte toute l'activité des pouvoirs publics ayant des répercussions à l'extérieur. Ce point de vue se justifie, d'abord, parce que la CE elle-même attribue aussi à l'État central d'autres compétences spécifiques liées à l'extérieur : santé extérieure et commerce extérieur, dont la portée, à son tour, est également interprétée de façon restrictive² et ensuite parce qu'en cas contraire toute compétence des CA affectée par un traité international ou ayant une incidence externe — ce qui est très fréquent dans n'importe quel domaine dans un monde interdépendant comme le nôtre — passerait à l'État central, ce qui déformerait le système de distribution des compétences établi par la CE et par les Statuts (cet ensemble est aussi appelé « bloc de constitutionnalité » depuis l'arrêt du Tribunal constitutionnel (ci-après TC) (TC 80/1993, du 8 mars)).

Ainsi, de ce fait, il a été entendu que les relations internationales sont celles qui ont lieu entre États ou bien entre ceux-ci et les organisations internationales, ce qui comprend traditionnellement le *jus legationis* ou représentation extérieure, la déclaration de guerre, le *jus contrahendi* ou *treaty making power*, la reconnaissance d'États et la res-

1. Loi organique de l'État dans l'élaboration, l'approbation et la réforme de laquelle intervient la nationalité ou la région qui est dotée par cette même loi d'institutions de gouvernement et de compétences pour la gestion de ses intérêts.

2. Ainsi déjà dans l'arrêt du Tribunal constitutionnel (TC) 125/1984, du 20 décembre, concernant le commerce extérieur, et l'arrêt 329/1994 du 15 décembre, concernant la santé extérieure.

ponsabilité internationale de l'État³. Ainsi, il est considéré par le TC que ce titre est « essentiellement politique et propre aux relations entre États », et ne se met en œuvre tant que « ne se trouve compromise la souveraineté nationale ni que ne soient engendrées des responsabilités de l'État vis-à-vis de tiers », ce qui empêche d'invoquer ce même titre à propos de questions comme la diffusion et la promotion des valeurs culturelles d'une Communauté hors d'Espagne ou l'échange de son patrimoine historique (arrêt du TC 17/1991, du 31 janvier). De plus, en dehors du Titre VIII CE, qui contient la liste des compétences étatiques, il existe d'autres préceptes de la CE régulant l'intervention du gouvernement et du Parlement dans cette matière qui « contribuent à profiler » la portée dudit Titre : l'attribution au gouvernement de l'État de la direction de la « politique extérieure » (art. 97 CE) et l'intervention obligatoire du Parlement espagnol pour le consentement de l'État à s'obliger par des traités internationaux, dans certains cas au moyen d'une autorisation, dans d'autres par l'obligation d'être informé de la prestation de consentement (art. 94 CE).

Une problématique partiellement différente de la précédente porte sur l'appartenance de l'Espagne à l'Union européenne depuis 1986. La doctrine et la jurisprudence constitutionnelles se sont demandées jusqu'à quel point les titres des relations internationales ou du commerce et de la santé extérieurs sont applicables aux matières communautaires⁴. Une application extensive du titre des relations internationales qui inclurait les activités liées au développement, à l'exécution ou à l'application de conventions internationales ou du droit dérivé européen conduirait à vider les CA de leurs compétences (arrêt 79/1992 du 28 mai). Il s'ensuit que le TC a répété jusqu'à satiété que l'intégration de l'Espagne dans les Communautés européennes ne nuit pas à la distribution interne des compétences⁵. Cependant, c'est l'État qui a toujours l'habitude de développer les directives communautaires dans le droit interne, même s'il s'agit de matières dont il n'a que la compétence pour légiférer sur les bases. De

3. Il en résulte ainsi de la jurisprudence du TC, qui a abordé la question, sans qu'il ait pourtant établi une liste exhaustive de celles-ci (voir les arrêts du TC 153/1989, du 5 octobre, 165/1994, du 26 mai), ce qui conduit le TC de manière plus discutable à inclure dans le champ de l'article 149.1.3 CE des questions ponctuelles comme celle de la représentation espagnole dans le domaine cinématographique, dans le premier arrêt cité, ou bien l'établissement de mesures qui régulent et coordonnent les activités de projection externe des CA pour éviter de porter atteinte à la direction de la politique extérieure qui appartient à l'État, dans le deuxième arrêt cité.

4. Si dans l'arrêt du TC 252/1988, du 20 décembre, la santé et le commerce intracommunautaires sont inclus à l'intérieur des titres extérieurs mentionnés, plus tard en revanche il se produit une modération ou une tendance à être plus prudent quant à l'application du titre relations internationales ; il en est ainsi dans l'arrêt 165/1994, du 26 mai, ou à propos du commerce extérieur dans les arrêts du TC 313/1994, du 24 novembre ou le 67/1996, du 18 avril.

5. Voir notamment les arrêts du TC 252/1988, du 20 décembre ; 153/1989, du 5 octobre ; 76/1991, du 11 avril.

plus, la régulation est trop détaillée et, ainsi, le résultat excède la compétence que la Constitution lui attribue.

Dans la perspective du droit communautaire, il est également entendu que les institutions communautaires ne s'occupent guère de la forme de l'exécution du droit communautaire, qui doit être décidée par chaque État en accord avec son propre système juridique (principe de l'autonomie institutionnelle).

Le « pouvoir d'intégration » appartient à l'État, c'est-à-dire que la décision quant à l'appartenance à l'Union et l'attribution à celle-ci de compétences dérivées de la Constitution, de même que la garantie de l'application des traités, incombent au Parlement et au gouvernement nationaux (art. 93 CE). Il en est ainsi du fait que l'Union européenne est une union d'États, liés entre eux par des traités internationaux (le droit institutionnel). Cependant, l'Union est une organisation internationale singulière : les normes créées par ses institutions (droit dérivé) s'appliquent directement aux citoyens des États membres (sauf les directives, qui n'ont pas cet effet direct automatique) et avec une suprématie par rapport au droit interne de l'État (principe qui a été l'objet de nombreux arrêts contradictoires en ce qui concerne la discussion sur la primauté du droit communautaire par rapport aux Constitutions des États membres), et les dites normes ont une incidence sur de très importants secteurs matériels.

Comme on vient de le voir, l'État dispose de la compétence exclusive en matière de « relations internationales ». À partir de cette constatation, se pose la question de la possibilité et de la portée d'une action extérieure des CA dans l'exercice de leurs compétences ou dans la défense de leurs intérêts, aussi bien dans le domaine général que dans celui spécifique à l'Union européenne. Alors que, dans un premier temps, le gouvernement central et quelques auteurs de doctrine (Pérez Calvo, 1993) ont envisagé cette possibilité avec précaution — refusée en bloc en arguant la compétence exclusive de l'État —, progressivement cette possibilité s'est ouverte une voie dans la doctrine. D'autre part, la jurisprudence du TC propose une position plus modérée, qui a pour but de délimiter plus précisément la portée de la compétence de l'État et de la distinguer d'autres activités des CA ayant une incidence extérieure, mais sans que ces activités n'affectent le noyau dur des relations internationales. Cependant, la problématique a été soulevée dans la majorité des occasions seulement en ce qui concerne le droit communautaire. De là l'intérêt d'analyser séparément les deux sujets dans l'exposé qui suit.

Le fondement de l'action extérieure des CA et de leur participation dans l'adoption du droit communautaire ne doit pas provenir du principe de collaboration entre l'État et les CA, ainsi que l'a soutenu le TC dans certains arrêts (79/1992, du 28 mai; 80/1993, du 8 mars) ou le législateur central (Exposé de motifs de la *Loi 2/1997 sur la régulation de la Conférence pour les affaires relatives aux Communautés européennes*), mais du propre principe d'autonomie des nationalités et régions prévu à l'arti-

cle 2 CE ou dans la structure de l'État autonome défini par la CE et les Statuts (voir l'arrêt du TC 165/1994, du 26 mai; Albertí, 1998). En effet, si les CA se voient attribuer des compétences pour la gestion de leurs intérêts, celles-ci comprennent en règle générale l'activité normative et exécutive à l'intérieur de leur territoire, mais peuvent aussi atteindre la défense et la promotion de la Communauté autonome à l'extérieur, à condition que soient sauvegardées les importantes fonctions étatiques dans ce domaine, comme celles dérivées des articles 93-96 CE (engagement international de l'État par l'élaboration de traités). L'autonomie gouvernementale, de ce fait, doit comprendre la capacité de décider des politiques propres vis-à-vis de l'État central non seulement sur le plan intérieur de l'État, mais aussi sur le plan international. Autrement dit, la Communauté qui bénéficie d'une compétence matérielle déterminée ne la perd pas lorsque celle-ci se situe sur le plan international. Cela paraît admis par le TC quand il soutient que le principe de territorialité — qui encadre l'exercice des compétences des CA — ne peut exclure l'exercice légitime de celles-ci lorsque la décision autonome produit un quelconque effet au-delà du territoire de la Communauté qui l'a adoptée⁶. Une fois établi ce principe de base, conforme aux principes structuraux de l'État autonome, il faudra envisager les formes d'actions que peut avoir la Communauté autonome par rapport à chaque matière concrète (exécution ou gestion de ce qui est décidé à l'extérieur de la Communauté autonome, ou bien participation dans la prise de décision).

À notre avis, la justification retenue pour l'action extérieure des CA conduit à ce que celle-ci puisse aller au-delà des compétences concrètes assumées par les CA. Dans le cas contraire, étant donné la complexité du système de distribution des compétences en Espagne, dans lequel les compétences qui correspondent à des degrés différents de partage entre l'État et la Communauté prédominent par rapport aux compétences exclusives, et étant donné en particulier la quasi-absence de réelles compétences exclusives des CA, l'action extérieure de celles-ci en serait vraiment très limitée. Pour cette raison, il nous semble qu'il faut en appeler à deux arguments fondamentaux pour appuyer la présence extérieure des CA. Premièrement, la projection extérieure des CA répond à la volonté de promotion et de soutien de leurs « intérêts » et de leur identité, ce qui est tout spécialement souhaité par les nationalités à personnalité propre. Deuxièmement, les CA faisant également partie de l'État espagnol global (pareillement à l'État central), elles doivent de la même manière participer à la fixation de la politique extérieure, qui est une politique d'État, d'État global ou total si l'on veut s'exprimer ainsi. Ce sont là des aspects

6. Arrêt TC 236/1991, du 12 décembre, et encore plus explicitement dans l'arrêt du TC 165/1994, du 26 mai: «[...] il ne peut d'aucune manière s'exclure que, pour mener correctement les fonctions qu'elle se voit attribuer, une Communauté doive réaliser des activités déterminées, non seulement sur son territoire mais aussi hors des limites territoriales de l'Espagne. »

fondamentaux dérivés du principe d'autonomie, lequel donne forme à l'État autonome. Il faut remarquer, cependant, que tant la jurisprudence du TC que la pratique étatique sont très éloignées de cette conception théorique.

1. Participation des Communautés autonomes aux relations internationales

En accord avec la doctrine de droit international et avec le TC, les relations internationales comprennent le droit de conclure des traités, d'établir des délégations diplomatiques et la responsabilité internationale de l'État. D'un point de vue strict, il est indubitable que ces facultés correspondent exclusivement à l'État central. C'est précisément le sens de l'article 149.1.3 CE, qui attribue cette compétence à l'État. Cependant, il convient de se demander si les CA peuvent influencer de quelque façon sur l'« action extérieure », notion plus large que celle de « politique extérieure » ou de « relations internationales ».

Jusqu'à présent, les CA ont développé divers types de fonctions à l'extérieur ayant soulevé des problèmes. Fondamentalement, ces fonctions peuvent se regrouper autour des secteurs suivants : (a) la participation à divers types d'événements internationaux (expositions commerciales, concours culturels); (b) l'établissement de délégations à l'étranger (question qui sera abordée à propos de l'Union européenne); (c) les visites institutionnelles d'autorités de la Communauté autonome dans d'autres pays; et (d) la signature d'accords de coopération avec d'autres entités régionales ou avec d'autres États, ce qui généra un conflit devant le TC⁷. Sur ce sujet, on renvoie à l'Accord de Bayonne de 1997 entre la France et l'Espagne pour les relations transfrontalières. Certains Statuts d'autonomie se limitent en règle générale à disposer que les institutions de gouvernement de la Communauté, en ce qui concerne des questions relatives à la langue de la Communauté et qui s'étendent à d'autres territoires, « pourront solliciter de la part du Gouvernement qu'il conclue et présente, en ce cas aux « Cortes Generales » [Parlement espagnol], pour autorisation, les traités ou conventions qui permettent l'établissement de relations culturelles avec des États dont font partie ces territoires et communautés » (il en est ainsi dans la rédaction de l'article 27.4 du Statut de Catalogne); il s'agit simplement d'un droit de pétition des CA.

7. Il s'agit de l'affaire du communiqué conjoint entre la Consejería de ordenación del territorio de la Xunta de Galicia et la Délégation de l'environnement dépendante du gouvernement danois, par lequel celui-ci soutenait financièrement des entreprises danoises contractant avec l'Administration de Galice, ce que le TC considéra comme violant le *jus contrahendi* inhérent aux relations internationales dans l'arrêt 137/1989, du 20 juillet, avec une opinion dissidente de quatre magistrats qui admettent la possibilité constitutionnelle de ce type d'accords qui n'interfèrent aucunement avec les relations internationales.

Avec ce type d'actions, les CA prétendent fondamentalement faire leur promotion à l'extérieur (économique, culturelle, touristique) et se projeter à l'international⁸. En particulier, en ce qui concerne les nationalités, c'est de leur caractère singulier et différencié dont elles prétendent faire la promotion. Cette promotion extérieure porte sur les matières sur lesquelles la Communauté autonome exerce sa compétence (comme le tourisme, l'industrie, l'éducation et la culture), mais ne se limite pas à celles-ci, puisqu'elle tend vers une action unitaire de promotion et de projection de la Communauté même et de ses traits les plus particuliers, et de relations institutionnelles avec d'autres entités étatiques ou régionales avec lesquelles elle partage des intérêts ou des éléments symboliques. Il s'ensuit qu'il est difficile, et en pratique irréaliste, de vouloir les limiter à leurs compétences au sens strict. Par conséquent, il faut recourir au concept plus générique et plus indéterminé de l'« intérêt ». C'est du moins cela qui se produit de façon évidente en ce qui concerne les trois nationalités : la Catalogne, le Pays Basque et la Galice.

Ces actions extérieures ou « paradiplomatiques » ont rencontré à de multiples occasions les réticences de l'État central, qui a tenté de les empêcher ou, du moins, de les circonscrire strictement dans le champ des compétences des CA. En effet, le TC a dû se prononcer sur de nombreux conflits, ce qui lui a donné l'occasion de progressivement préciser la portée des compétences étatiques en matière de relations internationales, de commerce et de santé extérieurs, et de prohiber l'intervention des CA dans ces domaines parfois interprétés de manière extensive (il en est ainsi dans l'affaire de l'accord entre la Xunta de Galice et le Danemark⁹). En revanche, les tâches de promotion extérieure des CA dans les matières de leurs compétences (participation à des expositions ou à des concours internationaux) ont été considérées comme conformes au système de distribution des compétences. Cependant, il est important de souligner qu'il y a une collaboration croissante du gouvernement de l'État central dans certaines des actions extérieures des CA, en particulier les visites institutionnelles des présidents de Communautés autonomes et d'autres autorités de celles-ci, lesquelles bénéficient du soutien du ministère des Affaires étrangères et des délégations diplomatiques espagnoles sur le territoire des pays visités. En ce qui concerne ce cas particulier, il existe un vide juridique qui est comblé dans la pratique par des usages, ce qui fait que le degré de collaboration finit par dépendre de facteurs externes au droit, comme la conjoncture politique des relations entre le gouvernement central et chaque gouvernement autonome.

Enfin, il convient de souligner la manière dont certaines CA (Catalogne, Pays Basque) revendiquent, sans succès jusqu'à présent, une présence au sein de la délégation espagnole à l'intérieur d'organisations

8. C'est ainsi qu'on peut comprendre l'opinion dissidente de l'arrêt 137/1989.

9. Voir *supra*, note 7.

internationales à caractère culturel (comme l'UNESCO), ou encore la création de sélections sportives autres qu'espagnoles. Jusqu'à présent, quelques progrès ont été réalisés dans le domaine culturel, tels que la collaboration entre l'Institut Cervantes et l'Institut Ramon Llull pour la promotion de la langue et de la culture catalanes à l'étranger, ou la participation du gouvernement catalan aux côtés du gouvernement étatique à la Maison d'Asie, créée en 2001 à Barcelone en vue du rapprochement économique et culturel de l'Espagne et des pays asiatiques.

2. Participation des Communautés autonomes à l'Union européenne

Une problématique particulière est celle des relations entre les CA et l'UE. À première vue, on pourrait penser qu'une telle relation n'existe pas. Si l'UE est une organisation d'États, ce sont ces derniers qui maintiennent les relations avec l'Union; ils participent à la formation du droit communautaire par leur présence au sein du Conseil de l'Union et sont responsables de son exécution interne vis-à-vis des institutions communautaires. Cependant, cette analyse ne correspond pas exactement à la réalité en ce qui concerne un État composé comme l'Espagne. Comme on l'a précédemment indiqué, il faut combiner les exigences dérivées du principe d'intégration de l'article 93 CE et celles du principe d'autonomie de l'article 2 CE (Pérez Tremps, 1998). Il s'ensuit le principe voulant que celui qui détient la compétence au niveau interne sur une matière déterminée doit la garder au moment de l'exécution ou de l'application du droit communautaire (participation en phase descendante). Ce principe doit se concilier avec le fait que l'État est responsable de l'exécution des obligations contractées, et que celui qui détient la compétence au niveau interne — la CA — doit pouvoir intervenir de quelque manière dans la fixation de la position de l'État par rapport aux organes communautaires (participation en phase ascendante), sans toutefois empêcher que les diverses positions internes convergent vers une position étatique unique, ce qui pose de nombreuses difficultés sur le plan politique et dans l'analyse théorique, et qui jusqu'à présent est demeuré sans solution. Examinons ces problèmes séparément.

2.1 Participation des CA à l'exécution du droit communautaire

Le TC a souvent réitéré que l'intégration de l'Espagne aux Communautés européennes ne nuit aucunement au système de distribution des compétences. Cela se complète par le fait évident que cette intégration a supposé des changements dans l'exercice des compétences constitutionnellement et statutairement attribuées à l'État central et aux CA et qui, à présent, sont exercées par les institutions européennes. Il s'ensuit que les matières qui correspondent en principe aux CA — ou à l'État — et sur lesquelles influe la norme communautaire doivent être exécutées par

l'entité compétente au niveau interne¹⁰. Ainsi, à première vue, on peut soutenir la neutralité de l'intégration européenne par rapport au système de distribution des compétences interne à chaque État. Cependant, de manière indirecte, l'État central se voit favorisé par ce schéma, en récupérant une partie de la compétence, dans la mesure où il est le seul à intervenir dans la détermination des politiques communautaires au sein des institutions européennes — en particulier le Conseil — (Roig, 2002 a). Les CA en revanche n'ont plus qu'à appliquer les normes de Bruxelles, sans pouvoir influencer sur leur fixation, quand bien même elles auraient les compétences normatives et statutaires en l'espèce. Ainsi, les compétences des CA dans les matières assumées par les Communautés européennes deviennent toutes des compétences exécutives ou de simple gestion. C'est la raison pour laquelle on peut parler d'une certaine déperdition ou d'une dépossession réelle des compétences des CA, du moins en ce qui concerne la détermination de la direction politique propre à chacune, ce qui constitue le sens fondamental du gouvernement autonome.

Une chose est claire pour le TC : l'exécution du droit communautaire n'est pas en elle-même une compétence spécifique de l'État qui pourrait être dérivée de la compétence de celui-ci sur les « relations internationales » ou de sa responsabilité dans l'exercice des obligations internationales (arrêts du TC 153/1989, du 5 octobre, et 79/1992, du 28 mai), et ne suppose pas non plus une amplification des compétences des CA au-delà de leurs listes de matières, ni une amplification des dispositions de leurs Statuts sur l'exécution des traités « en ce qu'ils affectent les matières attribuées à leurs compétences » (dans les termes du Statut de Catalogne, art. 27.3, et en termes similaires dans les autres Statuts) (arrêt du TC 252/1988). Il ne faut pas confondre, d'une part, la responsabilité de l'État pour l'éventuelle inexécution de ses obligations communautaires, même si l'origine de cette inexécution est le fait des autorités d'une ou de plusieurs CA, ce qui est la conséquence des exigences du droit international, avec, d'autre part, l'hypothèse bien distincte que par cette voie il assumerait des compétences qui constitutionnellement ou statutairement ne lui sont pas attribuées, ce qui contredirait les principes fondamentaux de l'État autonome. La solution à cet hypothétique problème se situe en droit interne où il existe des mécanismes pour obliger les CA à appliquer le droit communautaire aux matières sur lesquelles elles exercent leur compétence. De toute façon, les CA doivent collaborer avec l'État en procurant au gouvernement central les instruments indispensables pour accomplir la fonction que lui attribue l'article 93 CE (arrêt du TC 252/1988), ou bien en lui transmettant l'information requise par les institutions communautaires (arrêt du TC 172/1992, du 29 octobre).

10. C'est la doctrine formulée dans l'arrêt 252/1988, du 20 décembre, et réitérée dans de multiples autres arrêts comme le 76/1991, du 11 avril, et le 236/1991, du 12 décembre.

Ainsi il convient d'analyser si et comment les CA peuvent participer au processus d'adoption de décisions communautaires, au moins dans les matières sur lesquelles le système interne de l'État leur attribue des compétences, et essayer ainsi d'éviter le vide de compétences mentionné.

2.2 *Participation des CA à la prise de décisions de l'Union*

A. *Participation à travers l'État*

Une fois exposé le fondement de la participation des CA à l'adoption de décisions communautaires par l'entremise de l'État, c'est-à-dire que celles-ci font également partie de l'État et doivent participer aux côtés de l'État central à la détermination des politiques communautaires, en particulier lorsque leurs intérêts et leurs compétences se voient affectés par les dites politiques, nous devons à présent nous attacher aux problèmes que cette participation présente. Premièrement, quel type de participation est prévu ou est soutenu? On trouve ici toute une gamme de possibilités en différentes phases qui vont successivement de l'information par l'État sur les projets de normes communautaires qui se débattent au Conseil ou à la Commission, jusqu'à la participation aux négociations communautaires au sein de la délégation étatique. Deuxièmement, quel est le caractère des organes étatiques qui articulent la participation des CA, que ce soit en faveur d'une participation sectorialisée par matières concrètes ou bien généraliste et centralisée en un organe unique? Troisièmement, s'agit-il d'une participation multilatérale de toutes les CA, ou de la participation isolée de quelques CA en fonction de leurs traits d'identité caractéristiques?

La réponse à ces questions nous permettra d'observer pour quel modèle précis de participation des CA aux décisions communautaires a opté le législateur espagnol. Il n'existe aucune disposition constitutionnelle à ce sujet et les différents Statuts présentent une grande hétérogénéité et leurs dispositions sont limitées car, en général, elles se réduisent à édicter un devoir d'information à la Communauté autonome¹¹, le Statut le plus complet en cette matière étant celui des Canaries¹².

11. Par exemple, l'article 27.5 du Statut de la Catalogne énonce: « La Generalitat sera informée de l'élaboration des traités et conventions, comme des projets de législation douanière, dans la mesure où ils affectent les matières de son intérêt spécifique »; rien n'est précisé quant au droit européen dérivé.

12. Dont l'article 38 introduit, en sus de l'information, la possible émission d'un avis de l'organe de gouvernement des Canaries dans les matières de son intérêt; en outre, l'article 37.2 dispose que « le Gouvernement des Canaries pourra participer au sein des délégations espagnoles devant les organes communautaires européens lorsqu'il s'agit de thèmes d'un intérêt particulier pour les Canaries, conformément avec ce qu'établit la législation de l'État en la matière ».

En conséquence, le régime de participation des CA résulte clairement de l'Accord du 30 novembre 1994 de la Conférence pour les affaires relatives aux Communautés européennes sur la participation interne des Communautés autonomes aux affaires communautaires européennes au moyen des conférences sectorielles, qui fut signé par toutes les CA sauf le Pays Basque, auquel il ne s'applique pas, et de la Loi 2/1997 du 13 mars, par laquelle se régit la Conférence pour les affaires relatives aux Communautés européennes. À ces textes il faudra ajouter la création d'un conseiller pour les affaires autonomiques à la Représentation permanente espagnole devant les Communautés européennes (Décret Royal 2105/1996, du 20 septembre) et la présence de délégués des CA dans divers comités d'appui de la Commission depuis 1997. Dans tous ces cas, il s'agit de mécanismes de participation gouvernementale qui mettent en rapport le gouvernement de l'État et les gouvernements des CA et leurs administrations respectives.

En revanche, la participation aux affaires européennes par l'entremise du Parlement étatique espagnol répond plutôt à d'autres logiques qui ne prennent pratiquement pas en compte la dimension autonome de l'État¹³, avec la très limitée et peu efficace exception de la participation (réduite à des effets d'ordre informatif) à travers la Commission générale des CA, créée au Sénat par la réforme du Règlement du 3 mai 1994¹⁴. Cette sorte de fonction du Sénat s'oppose au modèle allemand dans lequel la participation aux affaires européennes des Länder s'articule principalement au moyen du Bundesrat.

Conformément à la norme mentionnée (Accord de 1994 et Loi de 1997), la participation des CA au processus d'adoption de la position espagnole sur les décisions communautaires tente de conjuguer deux approches : celle de la spécialité matérielle, établie dans les conférences sectorielles existant dans chaque secteur de l'Administration (il en est ainsi depuis l'Accord de 1994) et celle, plus générale, au moyen de la Conférence pour les affaires relatives aux Communautés européennes (en particulier depuis 1997). À cela il faut ajouter une troisième approche, pas très développée jusqu'à présent, mais prévue dans la Loi 2/1997, la coopération bilatérale entre l'État et une Communauté autonome déterminée

13. La loi 8/1994, du 19 mai, qui organise la commission mixte du Congrès des députés et du Sénat sur l'Union européenne, régit la participation du Parlement espagnol au processus d'adoption des normes communautaires et la réception de l'information *a posteriori* concernant le déroulement des négociations.

14. L'article 56 prévoit parmi les fonctions de cette Commission : « p) être informée par le Gouvernement et la Commission Mixte Congrès-Sénat pour les Communautés Européennes sur les processus d'adaptation normative ou les actes des organes de l'Union à portée régionale ou autonome; q) formuler au Gouvernement ses critères en ce qui concerne la représentation espagnole aux forums internationaux dans lesquels il y a une participation territoriale; r) connaître le montant et la distribution des Fonds de l'Union Européenne destinés à la correction des déséquilibres régionaux et effectuer le suivi de l'exécution des projets d'investissement qui se financent à sa charge. »

pour les questions qui l'affectent en exclusivité ou qui ont pour elle « un aspect singulier en fonction de sa spécificité autonome » (Disposition additionnelle 1).

En effet, en Espagne les Conférences sectorielles sont des organes de collaboration entre le gouvernement de l'État et les Conseils de gouvernement de toutes les CA. Elles sont de composition multilatérale et œuvrent dans un cadre sectoriel¹⁵. Elles sont créées en fonction d'une matière, ce qui coïncide souvent avec les différents départements ministériels; y participent le ministre étatique du secteur correspondant et les conseillers du même secteur de toutes les CA. Les fonctions des Conférences — d'échange d'information, de coordination dans l'exercice de compétences déterminées, de coopération et de négociation d'accords et de conventions — conduisent au développement du *principe de collaboration*, qui doit guider les relations entre l'État et les CA, principe qu'un secteur de la doctrine juridique et la jurisprudence constitutionnelle ont déduit de la CE (mais qui n'est pas explicitement prévu). Ce principe a été transposé par le législateur central dans l'article 4 de la Loi 4/1999.

L'Accord de 1994 opte pour l'établissement d'une procédure-cadre dans laquelle est déterminé le contenu nécessaire de la participation des CA grâce aux conférences sectorielles, tant dans la phase descendante que dans la phase ascendante, mais circonscrite à la « dimension interne » de la participation, c'est-à-dire celle qui a lieu au moment de la fixation de la position espagnole, et non au moment de la négociation directe au sein des institutions de l'Union. Chaque conférence sectorielle a développé la procédure-cadre de la participation des CA. Les conférences doivent se réunir en assemblée plénière au moins au début de chaque semestre pour analyser le programme de l'État, qui exerce la présidence du Conseil, de même que la Conférence sur les affaires relatives aux Communautés européennes (septième point). C'est un préalable pour rendre effective la procédure de participation, grâce à l'échange d'informations réciproques entre les Administrations (neuvième point). L'Accord différencie, lors de la mise en œuvre de la participation autonome, selon qu'il s'agit d'une compétence exclusive de l'État central, d'une compétence concurrente ou partagée entre État et Communautés autonomes, ou encore d'une compétence exclusive des CA (troisième point). Dans le premier cas, concernant les compétences exclusives de l'État au regard desquelles les CA invoquent « leurs intérêts », l'État central « informera celles-ci au moment opportun dans le cadre de la conférence sectorielle respective ». Si, au contraire, il s'agit d'une compétence exclusive des CA, la procédure suivie implique alors une obligation de l'État d'informer les conseillers autonomes des initiatives européennes dans le cadre de la matière concernée

15. Elles sont régulées dans l'article 5 de la Loi 30/1992, du 26 novembre, sur le régime juridique des Administrations publiques et la procédure administrative commune, modifiée par la Loi 4/1999, du 13 janvier.

et de concerter une « position commune » entre toutes les CA, qui sera prise en compte « de manière déterminante en vue de fixer la position négociatrice initiale de l'État » et qui sera défendue à Bruxelles par le ministre du gouvernement central. S'il s'agit d'une compétence concurrente ou partagée et si un accord est obtenu entre les CA et l'Administration de l'État, les conséquences seront les mêmes que dans l'hypothèse précédente. Dans ces deux derniers cas, il est prévu que si, en raison de la négociation, la position initiale de l'État diffère, celui-ci devra œuvrer en vue d'une nouvelle position commune, si les délais le permettent, et dans le cas contraire il devra expliquer les motifs du changement de position. Si aucune position commune n'est obtenue, l'Accord prévoit que l'État « prendra connaissance des arguments exprimés » par les CA, ce qui signifie que l'État bénéficie d'une marge de discrétion totale pour la défense de ses positions.

L'Accord précise ce qu'il faut entendre par « position commune » : le résultat de la concertation des positions des CA dont les compétences se voient affectées par l'affaire communautaire en question et qui se seraient prononcées de façon expresse sur son contenu (quatrième point). En conséquence, l'unanimité de toutes les CA n'est pas requise. En effet, seule l'unanimité des CA qui se sont prononcées est requise.

Devant la dispersion des organes de négociation qu'engendre ce modèle, l'hétérogénéité des résultats produits dans ces conférences et la nécessité d'une coordination générale de la politique communautaire, la Conférence sur les affaires relatives aux Communautés européennes (existant depuis 1988) reçut force de loi en 1997 et se vit renforcée¹⁶. Cette Conférence ne nuit pas au schéma antérieur prévu dans l'Accord de 1994 et se situe sur un plan plus général de coopération, de consultation et de délibération entre l'État et les CA, concentrées sur le processus de construction européenne ainsi que sur l'articulation de mécanismes pour rendre effective la participation des CA à la formation de la volonté de l'État (art. 3). La Conférence est formée par les conseillers de toutes les CA responsables des affaires communautaires et présidée par le ministre des Administrations publiques. En ce qui concerne l'État, y assistent également les secrétaires d'État de la Politique extérieure, celui chargé de l'Union européenne et celui des Administrations territoriales (art. 2).

Le modèle décrit n'offre aucune réponse à des questions comme celle de l'établissement d'une phase de concertation entre les CA séparément et a priori de la négociation avec l'État central dans les conférences sectorielles ou la Conférence sur les affaires relatives aux Communautés

16. Il ne s'agit pas d'un changement de modèle, mais seulement d'un renforcement de « l'articulation de ce mécanisme de coopération, garantissant un mécanisme pour l'intervention effective des Communautés Autonomes à l'élaboration et à l'exécution du droit communautaire ainsi qu'au développement du processus de construction européenne » (Exposition de motifs de la Loi de 1997).

européennes, ou celle de la revendication de certaines CA de disposer d'une présence directe au sein de la délégation espagnole au Conseil de l'UE et, dans les affaires de compétence, exclusives à elles, de diriger les représentants qu'elles désignent dans les négociations avec les autres États membres (aspect connu comme la dimension externe de la participation des CA). La première question n'est pas résoluble par la norme étatique et met en évidence une des caractéristiques — et sûrement carences — les plus notoires de l'État autonome espagnol : l'absence de mécanismes de participation ou de négociation horizontale entre les CA, séparément de l'État central (ce qui engendre de graves problèmes comme l'allocation à l'État central de la défense des intérêts supracommunautaires). Pour l'instant, on en est réduit à des initiatives informelles de concertation d'une efficacité douteuse. En revanche, la revendication d'une présence directe aux négociations et l'engagement de l'État à ce qui a été établi par les CA dans la négociation posent une autre sorte de problème ayant plutôt trait à la volonté politique de la part du gouvernement central (de l'actuel et de ses prédécesseurs).

Le schéma de la participation autonome décrit jusqu'à présent doit se compléter avec deux récents apports, d'incidence inégale. En premier lieu, la création au sein de la délégation espagnole à Bruxelles d'un conseiller pour les affaires autonomiques dans la Représentation permanente espagnole auprès des Communautés européennes. Il ne s'agit pas d'un représentant des CA, nommé par celles-ci, mais d'un fonctionnaire de l'État qui a pour mission d'informer les CA des questions qui peuvent relever de leur intérêt et de l'état de la négociation dans certaines affaires, et de dialoguer avec les bureaux des CA à Bruxelles. Les CA en revanche avaient revendiqué, et elles continuent à le faire, l'incorporation dans la dite délégation d'un de leurs représentants ou « observateurs autonomiques », pour développer une fonction de « pont » entre les CA, l'État et les Communautés européennes et « d'antenne informative » des CA à Bruxelles (au sein de la représentation officielle et non pas séparément, comme c'est le cas pour les bureaux de chaque Communauté, ce qui en augmenterait l'efficacité).

Enfin, l'État a permis ces dernières années de représentants proposés par les CA dans certaines de ses délégations participant à certains comités (environ 60 sur 263) de la Commission européenne. À la suite d'un accord daté de mars 2003, l'État a augmenté cette présence dans les comités de la Commission dont les responsabilités ont une influence particulière sur les questions autonomiques. Ces représentants ont pour rôle de transmettre directement l'information reçue aux CA. Il s'agit d'un important progrès dans la direction de la participation des CA, étant donné que ces comités étudient les phases préliminaires des projets de normes communautaires. En revanche, les CA revendiquent, jusqu'à présent sans succès, la présence de représentants dans les délégations espagnoles aux comités du Conseil des ministres, également importante à l'heure de déterminer le contenu des normes communautaires.

B. Participation directe des CA

Il est connu que l'Union est une organisation d'États. L'architecture institutionnelle de l'Union est fondée sur un équilibre de compétences et d'intérêts représentés par chacune des institutions communautaires. Mais les États membres se réservent la participation plus intense dans l'adoption des décisions communautaires, fondamentalement par l'entremise de leur présence au Conseil. Dans ce cadre, les régions européennes ont longtemps été absentes du processus de construction européenne et ne disposaient d'aucun organe pour représenter leurs intérêts spécifiques et faire entendre leur position quant aux politiques communautaires. Cette situation n'a changé qu'à partir des années 90 avec la création, dans le traité de l'Union européenne de 1992, du Comité des Régions (a). Parallèlement, les régions ont progressivement pris conscience de l'importance d'être présentes à Bruxelles, auprès des institutions communautaires (b). Enfin, la politique régionale communautaire a ménagé des espaces de participation directe aux régions pour la détermination d'aides pour des projets financés par des fonds communautaires (c). Voyons chacune de ces formes de participation, en nous référant plus particulièrement à la participation des CA espagnoles.

a. Le Comité des Régions

Le Comité des Régions (art. 263-265 du Traité de l'Union européenne ou TUE) n'est pas une institution communautaire au sens strict. Il se situe à un niveau inférieur à celui des grandes institutions comme le Conseil, la Commission, le Parlement, la Cour de justice et la Cour des comptes. Il s'agit d'un organe consultatif composé des représentants des régions et des entités locales des États membres. À chaque État correspond un nombre de représentants au sein du Comité sans que soient pris en considération ni le nombre ni la nature des entités régionales ou locales en cause (Huici, 2003). Cette composition a suscité de nombreuses controverses, car elle situe sur le même plan des régions qui disposent de compétences législatives et des entités locales qui ne disposent que de compétences administratives ou de gestion, ce qui ne fait pas l'affaire des premières. Même si les matières sur lesquelles le Comité des Régions doit être consulté par les institutions communautaires (Conseil et Commission) ont été élargies par les réformes des traités communautaires postérieures à 1992, ses fonctions, qui se résument à l'émission de rapports à caractère consultatif, n'ont pas été modifiées. Elles ne l'ont pas été d'ailleurs dans le projet de Traité pour la Constitution européenne de 2004.

L'Espagne dispose de 21 représentants au Comité, dont 17 pour les CA : 1 représentant pour chacune d'entre elles (son président) et 4 qui représentent les municipalités, conformément à la demande de la Fédération espagnole des municipalités.

Dans ce forum de participation, les CA peuvent fixer leurs positions unilatéralement, mais la capacité d'influence de chacune d'entre elles est

faible, tant en raison de la composition élevée de l'organe (222 membres) qu'en raison de la nature des fonctions qu'il assume et de sa faible incidence dans la détermination des politiques communautaires par les institutions de l'Union.

b. Les bureaux des CA à Bruxelles

Actuellement, toutes les CA disposent d'un bureau ou d'une délégation à Bruxelles. Elles tentent ainsi d'être informées directement des initiatives politiques communautaires développées au sein des institutions de l'Union, de réaliser un suivi des matières communautaires qui affectent leurs intérêts et de coordonner l'action extérieure de la Communauté autonome. Ainsi, chaque Communauté maintient une présence propre et différenciée, ce qui permet de faciliter le lien entre la Communauté autonome, la représentation permanente de l'État à Bruxelles et les institutions communautaires, ainsi que la projection communautaire en agissant comme un « lobby » face aux institutions communautaires dans la défense des intérêts de la Communauté autonome.

Le régime juridique de ces bureaux est divers, leur existence jusqu'alors remise en question par l'État central, étant aujourd'hui admise par la jurisprudence du TC (arrêt du TC 165/1994, du 26 mai). En effet, il s'agissait pour l'État central de délégations qui se confrontaient à la représentation officielle de l'État auprès des institutions communautaires, représentation qui devait centraliser toute l'activité espagnole par rapport à celles-ci. Le TC différencie les fonctions inhérentes aux relations internationales relevant de la représentation officielle des fonctions informatives et de projection des Communautés revenant aux délégations. Si jusqu'à cet arrêt les CA qui voulaient avoir une présence institutionnalisée à Bruxelles avaient l'habitude de recourir aux formules du droit privé (fondations, sociétés anonymes à capital public), depuis l'arrêt du TC, la question du régime juridique des délégations a perdu de l'importance. En effet, les CA ont opté pour une délégation institutionnalisée relevant de l'Administration de la Communauté (cas du Pays Basque), ou encore ont préféré des solutions qui combinent la présence du gouvernement de la Communauté et d'institutions de promotion économique ou culturelle à caractère public mais autonomes de la Communauté ou privées (Patronat Català pro Europa, pour ce qui est de la Catalogne).

c. Participation à la politique régionale

Celle-ci s'articule principalement, mais pas seulement, par l'entremise des fonds structurels, qui constituent une source de financement importante pour l'Espagne. Dans ce cas, c'est le droit communautaire lui-même qui établit la participation des régions avec le double objectif de faciliter l'information relative aux besoins des régions vers lesquelles est dirigée l'aide communautaire et de gérer les programmes approuvés. Cependant, chaque État peut moduler la forme de participation de ses

entités régionales. Dans le cas espagnol, les CA élaborent leurs propres plans de développement, qu'elles soumettent ensuite à l'État pour la fixation conjointe des nécessités financières, et elles élaborent aussi les programmes opératifs qui résument les cadres communautaires de soutien. Les CA participent aussi avec l'État aux comités de suivi et à l'évaluation de ceux-ci.

3. Situation actuelle et perspectives futures

Jusqu'à présent, nous avons tenté de décrire l'action extérieure des CA et les diverses modalités de participation des CA dans l'élaboration et l'exécution des politiques de l'Union européenne. Nous avons également mentionné quelques-unes des revendications que certaines CA en particulier — les nationalités — ont formulées, sans succès jusqu'à présent. En dernier lieu, il convient maintenant d'évaluer l'état actuel de la présence extérieure des CA, ainsi que de soulever certaines questions qui devront être abordées dans ce champ.

Après l'impulsion donnée à la participation des CA aux décisions communautaires en 1994 et suivie en 1997, la situation actuelle est plutôt stagnante, sans toutefois que l'on remarque une volonté politique de la part du gouvernement du Partido Popular de se confronter aux revendications des CA et de leur donner des réponses satisfaisantes.

Aussi, la Conférence sur les affaires relatives aux Communautés européennes n'est arrivée sur aucune matière à une position commune de toutes les CA en 2001. Ainsi, de manière très évidente dans la réunion du 13 décembre 2001, la proposition d'une position commune sur le processus de réforme de l'Union et sur la participation autonome aux Conseils des ministres n'a pas abouti pour le Conseil de Laeken (Roig, 2002 b). Les conférences sectorielles, au fonctionnement très inégal, n'ont pas réussi à créer en termes décidés une politique d'information et de négociation sur des matières concrètes. Au milieu de cette impasse, la création d'un conseiller pour les affaires autonomiques à la Représentation espagnole à Bruxelles ou la participation croissante des CA dans les comités de la Commission, sont des signes encourageants, même si de nombreuses CA — en particulier les nationalités et celles gouvernées par le PSOE — désirent aller au-delà, en s'appuyant sur les expériences allemande, autrichienne et belge, en particulier en ce qui concerne la présence directe des CA à la Représentation espagnole dans les négociations communautaires. Par conséquent, une tout autre problématique est posée par l'action extérieure des CA. En effet, cette action doit se différencier des relations internationales *stricto sensu* et, jusqu'à présent, elle est loin de se profiler en termes juridiques ou politiques.

Étant donné le caractère négatif de la situation actuelle, il convient de réfléchir à certaines questions qu'il faudrait affronter à l'heure d'aborder la participation des CA aux décisions communautaires et qui peuvent

êtres fondamentales, ou du moins, avoir une incidence sur l'absence de solution actuelle. Parmi celles-ci, deux questions se démarquent. En premier lieu, la participation des CA aux décisions communautaires doit-elle se rattacher aux compétences concrètes des CA, ou doit-on plutôt chercher un critère moins précis, mais qui permette une intervention plus ample, comme celui de l'intérêt des Communautés? D'un autre côté, la participation des CA doit-elle se poser en termes d'intervention multilatérale de toutes les CA, ou bien doit-on prévoir des mécanismes de participation spécifiques pour les nationalités, mécanismes liés à leurs faits différentiels reconnus et enchâssés dans la CE ou dans les Statuts d'autonomie négociés bilatéralement avec l'État? La réponse à ces questions est intimement liée à la configuration concrète de l'État autonome comme un type d'État composé spécifique créé à partir de la CE de 1978, au rôle que doivent tenir les CA qui sont également partie de l'État, et à la reconnaissance dont doivent bénéficier les nationalités au sein et à l'extérieur de celui-ci.

Ainsi, lorsqu'on prétend rattacher la participation des CA à l'adoption des décisions communautaires exclusivement aux compétences normatives dont elles disposent, il faut prendre en compte leurs faibles compétences exclusives, ou leurs plus nombreuses compétences concurrentes avec la participation au pouvoir législatif de l'État dans lesquelles celui-ci légifère sur les principes de base, ou la présence de compétences horizontales de l'État qui influent sur les compétences autonomiques (comme la coordination générale de l'économie ou l'égalité dans l'exercice des droits fondamentaux). La conclusion à laquelle on aboutit est que les champs matériels sur lesquels il est possible d'appliquer la construction théorique d'une participation active de la part des CA à la formation de la volonté de l'État sont très limités. Quant aux autres matières (exclusives de l'État et partagées avec faculté exécutive ou de gestion des CA), la participation des CA est d'habitude justifiée doctrinalement par le principe de collaboration entre les administrations publiques, et sa portée est plus limitée que dans les hypothèses précédentes. De là l'utilité de recourir à la notion d'intérêt des CA, concept plus ample que celui de compétence, qui permet d'étendre cette participation à des domaines sur lesquels les CA ne bénéficient pas d'une compétence exclusive¹⁷. Ce critère se voit renforcé par l'idée précédemment mentionnée qui veut que les CA sont une partie de l'État tout autant que l'État central. De ce fait, elles doivent participer à la détermination de la politique de l'État global, dont les relations internationales et la politique communautaire sont des pièces essentielles. Cela implique une progression dans la distinction

17. Voir à ce sujet l'interprétation large qu'a donnée le TC en ce qui concerne la capacité des institutions autonomiques de contester des lois étatiques, avec pour fondement le critère de l'affectation du domaine propre de l'autonomie (art. 33.2 de la Loi organique du Tribunal constitutionnel) et non de la compétence (depuis l'arrêt du TC 84/1982). Dans le même sens, voir J. Cano (1989).

entre l'État central et l'État global, distinction présente dans certaines théories classiques du fédéralisme et qui oblige à remettre en question les fonctions qu'exercent actuellement des institutions de participation multilatérale comme la Conférence sur les affaires relatives aux Communautés européennes. Cependant, cela ne peut dissimuler le fait que la charge de la responsabilité de la politique extérieure incombe au gouvernement central et que l'État est responsable sur le plan international de l'inexécution des obligations internationales contractées.

La concertation horizontale entre les différentes CA, à propos de laquelle existe un vide légal total, est encore marquée par des réticences et des méfiances réciproques et, souvent, la négociation bilatérale et directe avec l'État est préférée (c'est le cas des nationalités), ou bien les CA préfèrent que ce soit l'État qui les représente dans les négociations devant le Conseil de l'UE plutôt que de l'être par une autre Communauté. De là la nécessité de créer de nouvelles institutions interautonomiques pour faciliter la concertation entre CA, séparément de l'État¹⁸.

La question de l'action extérieure ou de la participation spécifique à l'adoption de décisions communautaires des nationalités, soutenue par les gouvernements nationalistes de Catalogne et du Pays Basque, en termes plus ou moins compatibles avec la participation multilatérale aux affaires communes, s'est concrétisée par des Commissions bilatérales de coopération créées en Catalogne, au Pays Basque et, depuis 2001, aux Canaries, mais l'option intégrale en faveur de ce modèle suscite les suspicions des autres CA. Son fondement, qui rejoint le débat sur l'asymétrie dans l'État autonome, se trouve dans la nécessité d'une défense effective des intérêts spécifiques de projection sur de multiples secteurs (langue, culture, fiscalité) et de la promotion et projection extérieures des nationalités mentionnées.

Dans la nouvelle situation politique résultant des élections catalanes et espagnoles qui ont respectivement eu lieu en novembre 2003 et en mars 2004, la question du rôle des CA dans l'organisation de l'État et dans la politique extérieure de celui-ci figure au premier plan de l'actualité. Le nouveau gouvernement espagnol a annoncé son intention de modifier la Constitution, notamment en ce qui a trait aux aménagements rendus nécessaires par l'adoption d'une Constitution européenne. Bien que plus de précisions n'aient pas encore été apportées, ce sera sûrement dans ce contexte que sera abordée la question de la participation des CA à l'adoption des décisions au sein de l'Union européenne. Par ailleurs, en Catalogne, en Andalousie et au Pays Basque ont débuté les débats parlementaires pour la réforme de leur Statut d'autonomie respectif.

18. Comme fondement de cette idée, il est intéressant de voir l'opinion dissidente du magistrat Viver Pi-Sunyer dans l'arrêt du TC 163/1994, du 26 mai, et dans l'arrêt 330/1994, du 15 décembre, dans lesquels il soutient que l'intérêt supracommunautaire ne devient ni un intérêt ni une compétence de l'État central.

Parmi les sujets qui seront débattus figure celui de la modulation des instruments de participation de chaque Communauté aux décisions européennes. Il est encore trop tôt pour savoir quel sera le résultat définitif de ces initiatives et pour apprécier l'importance du changement politique susceptible de se produire dans ce domaine.

Bibliographie

- ALBERTÍ ROVIRA, E. (1998), « La posición de las Comunidades Autónomas en la fase ascendente de la formación del derecho comunitario europeo », *La participación europea y la acción exterior de las Comunidades Autónomas*, en Pérez Tremps, P. (Coord.), Barcelona, Marcial Pons-Institutut d'Estudis Autonòmics, p. 487-498.
- CANO MATA, J. (1989), « El derecho de las Comunidades autónomas a ser informadas en la elaboración de los tratados internacionales que afecten a materias de su específico interés », *Revista de las Cortes Generales*, n° 18, p. 207-225.
- HUICI SANCHO, L. (2003), *El Comité de las regiones : su función en el proceso de integración europea*, Barcelona, Publicacions U.B. — Institut d'Estudis Autonòmics.
- PÉREZ CALVO, A. (1993), *Estado autonómico y Comunidad Europea*, Madrid, Tecnos.
- PÉREZ TREMPs, P. (Coord.) (1998), *La participación europea y la acción exterior de las Comunidades Autónomas*, Barcelona, Marcial Pons.
- PÉREZ TREMPs, P. (1998), « La participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos comunitarios europeos », en *Administraciones Públicas y Constitución*, en AAVV, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, p. 1077-1104.
- ROIG MOLÉS, E. (2001), « La diversidad de formas de participación autonómica en asuntos europeos y sus ejes definitorios », *Azpilikueta Cuadernos de Derecho*, n° 16, p. 197-225.
- (2002 a), *Las Comunidades Autónomas y la posición española en asuntos europeos*, Valencia, Tirant lo blanch.
 - (2002 b), « La conferencia para asuntos relacionados con la Unión Europea », *Informe Comunidades Autónomas 2001*, J. TORNOS (dir.), Barcelona, Instituto de Derecho Público, p. 526-544.

DIVERSITÉ CULTURELLE ET RELATIONS INTERNATIONALES : LES CAS DU QUÉBEC ET DE LA RÉGION WALLONNE/COMMUNAUTÉ FRANÇAISE DE BELGIQUE

par

André LECOURS
Université Concordia

La paradiplomatie, c'est-à-dire le développement par des gouvernements régionaux (ou subnationaux) de relations internationales, n'est pas un phénomène nouveau¹. Par contre, il apparaît particulièrement significatif dans un contexte de complexification de la politique dans le monde occidental. En effet, le niveau subnational devient de plus en plus important politiquement, tant au plan domestique², au plan supranational³ qu'un plan global⁴. Cette importance se manifeste dans les nouveaux cadres théoriques que se donnent les politologues; pensons, par exemple, au populaire concept de gouvernance à niveaux multiples⁵ qui met en relief l'action des gouvernements régionaux. Prenant appui sur cette perspective, il est possible d'avancer que la paradiplomatie s'inscrit dans la trajectoire présente et à venir de la politique des États occidentaux et qu'elle constitue donc une force politique dont l'importance se renouvelle. L'identification des causes profondes de la paradiplomatie et des mécanismes qui l'articulent devient une question de recherche importante.

Afin de bien appréhender les facteurs favorisant la paradiplomatie, il est important de faire une distinction empirique qui a des conséquences théoriques. Il existe deux types de paradiplomatie. Le premier, qui carac-

-
1. I. DUCHACEK, D. LATOUCHE et G. STEVENSON (dir.), *Perforated Sovereignities and International Relations: Trans-Sovereign Contacts of Subnational Governments*, New York and London, Greenwood Press, 1988; H. MICHELMANN et P. SOLDATOS (dir.), *Federalism and International Relations*, Oxford, Clarendon Press, 1990.
 2. J. LOUGHLIN et al., *Subnational Democracy in the European Union: Challenges and Opportunities*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
 3. J. LOUGHLIN et D. L. SEILER, « Comité des Régions et la supranationalité en Europe », *Études internationales*, (1999) 30 p. 763-780.
 4. F. ALDECOA et M. KEATING (dir.), *Paradiplomacy in Action. The Foreign Relations of Subnational Governments*, London, Frank Cass, 1999.
 5. L. HOOGE, G. MARKS et K. BLANK, « European Integration since the 1980s. State-Centric versus Multi-Level Governance », (1996) 34 *Journal of Common Market Studies* 341-378.

térise l'action des États américains et australiens, est surtout de nature économique. Il est axé sur la promotion des exportations et la recherche d'investissements étrangers. Le deuxième, qui correspond par exemple à l'action internationale du Québec, de la Flandre et de la Catalogne, est plus poussé mais aussi plus multidimensionnel. Ses visées sont non seulement économiques, mais aussi culturelles, sociales, scientifiques et surtout politiques.

Le présent texte se penche principalement sur ce deuxième type de paradiplomatie. Il cherche à voir quelles sont les forces qui sous-tendent les paradiplomaties les plus poussées et les plus multidimensionnelles et comment ces forces conditionnent la nature et les objectifs des régions qui présentent ce type de paradiplomatie. Les deux cas à l'étude sont ceux du Québec et de la Région wallonne (RW)/Communauté française de Belgique (CFB). L'argument central qui est développé est que la paradiplomatie de ces entités est fortement conditionnée par des forces domestiques liées à l'action politique territoriale et identitaire.

Le texte est divisé en quatre sections. La première discute de l'importance des variables internationales sur la paradiplomatie. Les deuxième et troisième traitent respectivement des cas de la RW/CFB et du Québec. La dernière propose quelques réflexions sur le sens que prend la paradiplomatie dans le monde occidental contemporain.

Paradiplomatie et processus internationaux

Les aspirations internationales des gouvernements régionaux se développent aujourd'hui dans un contexte international fort différent de celui qui prévalait il y a quinze ou vingt ans. Ce contexte présente au moins trois aspects qui pourraient expliquer pourquoi un grand nombre de gouvernements régionaux ont acquis des personnalités internationales dans les années 80 et 90 (Régions et Communautés belges, Régions françaises et italiennes, Communautés autonomes espagnoles, etc.) pendant que d'autres, le Québec par exemple, ont intensifié leur activité paradiplomatique.

Le premier aspect est la fin de la bipolarité de la guerre froide. La chute de l'URSS et de ses satellites a eu plusieurs conséquences marquantes, certaines tragiques (conflits ethniques, guerres civiles) et d'autres plus heureuses (les transitions démocratiques). La fin du système bipolaire a aussi entraîné des effets moins spectaculaires mais tout aussi significatifs. Elle a notamment ouvert la porte à l'émergence de toute une série de nouveaux acteurs internationaux (mouvements sociaux, groupes religieux, régions, villes...). En effet, les États sont moins défavorables à coexister avec d'autres types d'acteurs lorsqu'ils sont en présence d'un schéma international fluide, complexe et hétérogène que dans un contexte international rigide où une guerre à grande échelle représente un réel danger. De plus, la fin de la bipolarité a ouvert

la porte à d'autres enjeux que ceux de types diplomatico-militaires; pensons, par exemple, à l'environnement, à la culture et à l'économie, tous des domaines dans lesquels les gouvernements régionaux ont souvent des pouvoirs et des responsabilités constitutionnels.

Le deuxième aspect du présent contexte international qui favorise la paradiplomatie est la mondialisation. La nouveauté de ce phénomène qui, dans sa définition la plus large, recouvre des dimensions économique, culturelle, technologique et politique, est une question qui fait l'objet d'un débat. Par contre, il est raisonnable de prétendre que les dernières décennies ont vu une accélération de macroprocessus tout au moins comparable aux grands changements structurels de l'histoire contemporaine: une libéralisation des échanges qui se combine à une mobilité du capital et, dans une moindre mesure, une libéralisation toujours plus grande du travail; une innovation technologique qui se manifeste de manière particulièrement saillante dans les domaines des communications et du transport et qui facilite l'organisation et l'action politique transnationales; la multiplication des conférences et forums continentaux et internationaux organisés pour gérer des problèmes de nature globale.

La mondialisation favorise la paradiplomatie parce qu'elle contribue à décentrer l'État et à lui enlever une partie de son autonomie. Souvent, une partie de la capacité d'action perdue par l'État est récupérée par les gouvernements régionaux. La libéralisation des échanges, par exemple, draine l'autonomie de l'État en matière économique vers les marchés mondiaux, mais elle met aussi en relief le niveau régional comme intervenant dans l'économie mondiale⁶. Ainsi, le rôle diminué de l'État dans la régulation de l'économie a pour conséquence de donner aux gouvernements régionaux une plus grande responsabilité dans leur propre développement économique, ce qui se traduit souvent par des initiatives internationales. Le désengagement partiel de l'État des domaines social, culturel et autres résultant d'un parti pris favorable pour des budgets équilibrés et la réduction des dettes nationales contribue aussi à redéfinir le rôle politique des régions et, par voie de conséquence, l'importance de leur présence internationale.

Le troisième aspect de l'environnement international susceptible d'affecter la paradiplomatie est la construction de blocs politiques et/ou économiques de nature continentale/supranationale. En Europe, l'Union européenne (UE) représente une variable particulièrement importante. La relance de la construction européenne dans les années 80 et 90 en vue de créer une union toujours plus serrée a grandement contribué à faire des régions d'Europe des acteurs internationaux. Au premier chef, l'UE a stimulé la construction de gouvernements régionaux par l'établissement de ses fonds structurels. Ensuite, elle a créé, en partie par souci d'améliorer

6. T. COURCHENE (avec C. R. TELMER), *From Heartland to North American Region State*, Toronto, Centre for Public Management, University of Toronto, 1998.

la démocratie dans les institutions européennes et en partie pour se trouver des alliés dans sa croisade pour l'établissement d'une Europe fédérale, un Comité des Régions. Le Comité est politiquement impotent, ses attributions étant limitées à une fonction consultative. Il représente néanmoins une structure par laquelle les gouvernements régionaux peuvent court-circuiter l'État en opérant au niveau supranational. En d'autres termes, le Comité ne donne peut-être pas de pouvoirs aux régions, mais il leur permet d'être présentes au-delà de leurs frontières nationales.

En Amérique du Nord, la construction continentale s'est limitée à l'établissement d'une zone de libre-échange. Ses conséquences pour les régions canadiennes, américaines et mexicaines sont donc plus limitées puisqu'il n'existe pas de structures d'opportunités politiques par lesquelles elles puissent s'exprimer. Cela étant, la garantie, dans le cadre d'un accord de libre-échange continental, d'une plus grande libéralisation du commerce ajoute au poids des processus plus globaux associés à la mondialisation de l'économie et, par voie de conséquence, contribue à faire des régions des acteurs de l'économie mondiale.

Il est indéniable que ces trois dimensions du contexte international favorisent l'activité paradiplomatique. Elles peuvent être évoquées pour comprendre la montée de la paradiplomatie mais seulement dans une certaine mesure. En effet, un appel à ces facteurs internationaux ne saurait expliquer pourquoi certaines régions ont développé des paradiplomaties très poussées et multidimensionnelles, alors que d'autres se limitent à des contacts bilatéraux visant à promouvoir le développement économique. Après tout, la fin du système international bipolaire et la mondialisation de l'économie ont affecté tous les États occidentaux. On pourrait aussi ajouter que si les variables internationales étaient celles qui comptaient en priorité dans l'explication de la paradiplomatie, le Québec, ne bénéficiant pas de structures d'opportunités politiques supranationales, aurait une activité internationale moins développée que les régions européennes, ce qui n'est évidemment pas le cas.

Pour rendre compte des cas de paradiplomaties les plus poussés et les plus multidimensionnels, il est nécessaire de se tourner vers des facteurs de politique intérieure liés aux identités territoriales-culturelles. Les deux sections suivantes discutent de cette relation à la lumière des cas de la Wallonie et du Québec.

Entre la Région et la Communauté : paradiplomatie des entités fédérées de la Belgique francophone

La Région wallonne (RW) et la Communauté française de Belgique (CFB) comptent certainement parmi les paradiplomaties les plus développées et multidimensionnelles d'Europe. Les deux entités ont développé des relations bilatérales avec des partenaires de toutes les régions du monde : l'Europe de l'Ouest (la France, l'Allemagne, l'Italie, la Suisse...); l'Europe

centrale et de l'Est (la Bulgarie, la Hongrie, la Roumanie, la Pologne, l'Estonie, la Russie...); l'Amérique du Nord (le Québec, le Canada, les États-Unis, la Louisiane); l'Amérique latine (la Bolivie, le Chili, Haïti, Cuba et le Mexique); le Maghreb (le Maroc et la Tunisie); l'Afrique subsaharienne (le Burundi, le Burkina Faso, le Sénégal, la Guinée et d'autres); le Moyen-Orient (le Liban, Israël et l'autorité palestinienne); et l'Asie (le Vietnam, le Japon et la Chine). Afin d'appuyer ces contacts bilatéraux, les deux gouvernements possèdent une douzaine de délégations/centres. Il est important de faire remarquer que les relations bilatérales de la RW et de la CFB visent des États souverains plutôt que des gouvernements régionaux, ce qui indique déjà une forme de paradiplomatie qualitativement différente de beaucoup d'autres. À ce titre, mentionnons aussi que les deux entités sont impliquées, en vertu du cadre constitutionnel belge, dans le Conseil des ministres de l'UE. Elles participent aussi à des forums multilatéraux tels que la Francophonie et les agences onusiennes. Notons toutefois que les deux entités fédérées mènent aussi des relations de type transfrontalier (stimulées par le programme INTERREG) qui caractérisent surtout les paradiplomaties moins ambitieuses et plus fonctionnalistes. On pourrait donc dire que la RW et la CFB jouent sur différents tableaux : elles développent des relations avec des États souverains et affichent leur présence dans des organisations habituellement réservées à ceux-ci tout en n'abandonnant pas les activités plus modestes et/ou moins prestigieuses telles que la coopération transfrontalière⁷.

La paradiplomatie de la RW et de la CFB est une conséquence directe du « problème communautaire », et plus particulièrement du nationalisme flamand. En effet, c'est le Mouvement flamand qui fut l'initiateur des réformes de l'État entreprises en 1970. Sans lui, il n'y aurait pas de Région wallonne et de Communauté française de Belgique et donc pas de sujets de paradiplomatie. Plus précisément, les « régions belges » seraient demeurées de vieilles provinces et toutes les relations internationales qu'elles auraient pu établir auraient vraisemblablement été de nature économique et fonctionnelle. En d'autres termes, si le projet de construction d'un État belge unitaire (francophone) et d'un sentiment national belge fort et durable avait été totalement réalisé, les régions (provinces) belges auraient un statut politique et légal beaucoup plus faible qui rendrait beaucoup moins probable une paradiplomatie ambitieuse. Dans le contexte actuel, les unités fédérées de la Belgique bénéficient de la reconnaissance constitutionnelle de pouvoirs uniques en matière de relations internationales⁸. Le catalyseur des amendements constitutionnels traitant des relations internationales (principalement ceux de 1993

7. Commissariat général aux relations internationales/Division des relations internationales, *Rapport d'activités*, 2002.

8. Ces unités peuvent projeter, avec quelques restrictions telles que le respect des engagements internationaux de la Belgique, leurs pouvoirs domestiques sur la scène internationale et signer des traités dans les domaines qui leur sont réservés.

mais aussi de 2001 qui portent sur le commerce extérieur) a été le nationalisme flamand qui presse toujours pour une plus grande décentralisation de l'État. Dans le contexte de la continuelle réforme de l'État belge, les francophones, plus attachés à l'État central, réagissent aux demandes flamandes plutôt qu'ils n'initient les transformations⁹; sous cet angle, on peut presque prétendre que la paradiplomatie a été imposée aux entités fédérées de la Belgique francophone.

En Belgique, la dynamique politique communautaire est au centre de l'arrangement de la paradiplomatie des entités fédérées. La caractéristique la plus frappante de cet arrangement réside dans ce que, jusqu'à tout récemment, la RW et la CFB formaient deux sujets de paradiplomatie distincts, compétents dans leurs champs respectifs¹⁰. Chacun possédait sa propre structure administrative: la Direction des relations internationales (DRI) pour la RW et le Commissariat général aux relations internationales (CGRI) pour la CFB. Cette division reflète les formes qu'a prises le « problème communautaire » chez les francophones. Dans les discussions sur la réforme de l'État dans les années 70 et 80, les élites politiques francophones, plus préoccupées par le développement économique d'une Wallonie comparativement plus pauvre que la Flandre que par des questions culturelles et linguistiques, ont appuyé l'idée d'un modèle fédéral dont les unités seraient de nature territoriale (la Flandre, la Wallonie et Bruxelles). Les leaders flamands partageaient une vision (bi)communautaire de la Belgique, où Flamands et francophones seraient dans des unités communautaires différentes. Le compromis établi fut celui d'une fédération comprenant à la fois des unités territoriales (les Régions) et d'autres dont l'appartenance est liée à la langue (les Communautés). Alors que la Communauté et la Région flamandes se sont fusionnées, la RW et la CFB sont demeurées des entités distinctes, en partie en raison d'une méfiance réciproque entre Wallons et Bruxellois, issue de la trajectoire historique de l'État belge et du Mouvement wallon¹¹.

Peu après l'établissement des structures administratives chargées d'appuyer les relations internationales de la RW et de la CFB en 1982-1983, les deux organisations se sont heurtées à certains problèmes: leurs interlocuteurs comprennent souvent mal l'arrangement des relations internationales qui prévaut; les fonds disponibles sont, surtout pour la CFB, trop limités compte tenu de l'ampleur de la présence internationale

9. A. LETON, « Les conflits communautaires », dans *La Belgique. Un État fédéral en évolution*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 279-300.

10. La RW est compétente dans des champs tels que le développement économique, l'environnement et l'agriculture. Les compétences de la CFB touchent principalement la culture, la langue, l'éducation et la santé. Comme nous l'avons déjà mentionné, les compétences domestiques des entités fédérées sont aussi leurs compétences au niveau international.

11. V. VAGMAN, *Le mouvement wallon et la question bruxelloise*, Bruxelles, CRISP, 1434-1435, 1994.

recherchée¹². À ces obstacles s'ajoute l'ambiguïté des positionnements domestiques de la RW et de la CFB; des velléités de rapprochement se font sentir alors que les leaders francophones perçoivent le besoin de faire face de manière cohérente à une Flandre plus unifiée. Dans cet esprit, le domaine des relations internationales sert en quelque sorte de laboratoire dans la perspective d'un agencement plus ambitieux des institutions francophones. Avec la loi 1993, et dans le contexte de transferts de pouvoirs de la Communauté vers la Région, la dualité organisationnelle des relations internationales commence à être sérieusement mise en question et une consolidation est entreprise. En 1995, la DRI et le CGRI sont placés sous l'autorité d'un seul ministre (un arrangement qui sera par la suite abandonné) et des mécanismes de coordination sont créés. En 1997, les délégués établis à l'étranger commencent à opérer formellement pour le compte des deux entités. En 1998, la DRI et le CGRI sont placés sous une direction administrative (mais non politique) unique. En 2001, les organigrammes sont restructurés de manière à ce que chaque agent traite à la fois de dossiers communautaires et régionaux¹³.

Cette réorganisation de l'appareil administratif des relations internationales est significative parce qu'elle met en relief la centralité de l'identité politique/territoriale/culturelle dans la paradiplomatie de la Belgique francophone. Au cours des années 80, la paradiplomatie offre à la RW l'opportunité de construire l'identité d'une région au passé flou et à l'avenir incertain. Dans le cas de la CFB, dont les contours sont encore plus flous, elle lui permet de s'affirmer comme une entité politique autonome dont l'existence découle du fait français. En effet, confronté à de difficiles choix d'action résultant de contraintes budgétaires, le CGRI explique très clairement que les partenaires et forums francophones seront privilégiés¹⁴. Au cours des dernières années, la paradiplomatie s'est transformée en un instrument de construction de l'identité wallonne-bruxelloise plutôt que de l'identité wallonne ou d'une identité associée à la CFB. L'exercice de restructuration explore en quelque sorte une avenue institutionnelle et sociétale que peut emprunter la Belgique francophone. Sa logique est non seulement l'idée (vieille) que les francophones ont plus en commun qu'ils n'ont de différences, ce qui rendrait logique leur union politique, mais aussi que la force et la cohérence de l'identité flamande exigent une réponse. En d'autres termes, la question du côté francophone est : « Quelle image donnerons-nous à l'étranger face à l'unicité de la démarche flamande? »¹⁵.

12. Commissariat général aux relations internationales, *Rapport d'activités*, 1983-1989.

13. Commissariat général aux relations internationales, *Rapport d'activités*, 1983-1989, avant-propos; Commissariat général aux relations internationales/Division des relations internationales, *Rapport d'activités*, 2001, p. 1.

14. Commissariat général aux relations internationales, *Rapport d'activités*, 1990, p. 7.

15. Commissariat général aux relations internationales, *Rapport d'activités*, 1994, avant-propos.

La nouvelle paradiplomatie en Belgique francophone est officiellement celle de « l'espace Wallonie-Bruxelles », une expression utilisée depuis le milieu des années 80 par le CGRI. Ce changement amène évidemment des tensions et des ambiguïtés politiques et identitaires. Que représente cet espace? Il est, par exemple, intéressant de noter que le nom de « Communauté française de Belgique », avec les connotations linguistiques et culturelles qu'il implique, n'apparaît plus dans la nouvelle terminologie. Qui le nouvel espace représente-t-il en termes de communauté politique et d'identité? Cette question est particulièrement importante puisque les institutions distinctes de la RW et de la CFB continuent d'exister en tant qu'entités à part entière en dehors de la diplomatie et même à son sommet puisque la direction politique est assurée conjointement par les ministres-présidents des deux entités.

La paradiplomatie du Québec : promotion identitaire et luttes de pouvoir internes

Le Québec a probablement la paradiplomatie la plus développée et la plus multidimensionnelle qui existe. Son action internationale remonte aux années 60, ce qui en fait un précurseur en la matière. Ce statut unique explique que d'autres régions tentent d'apprendre de son expérience, notamment en ce qui a trait à la dynamique intergouvernementale introduite par l'activité paradiplomatique¹⁶. Le Québec a signé plusieurs centaines d'accords internationaux depuis 1964¹⁷. Ces accords couvrent virtuellement tous les champs dans lesquels le Québec est actif au niveau interne : la culture, le transport, le développement économique, les services sociaux, l'agriculture, etc. Les partenaires internationaux du Québec, à la fois des États souverains et des gouvernements régionaux, sont issus, comme dans le cas de la RW/CFB, de tous les continents. Sa représentation à l'étranger s'étend à 25 pays et déploie plus de 250 personnes.

La paradiplomatie du Québec est très largement une question d'identité. De manière plus précise, l'action internationale du Québec vise à promouvoir l'identité québécoise et à la mobiliser dans le contexte de luttes de pouvoir entre les niveaux de gouvernement. Il faut ajouter que lorsque le Parti québécois (PQ) forme le gouvernement, la paradiplomatie sert aussi à préparer le terrain pour des reconnaissances internationales advenant un éventuel résultat positif dans un référendum sur l'indépendance. Dans ce dernier contexte, mais aussi pour ce qui est de promouvoir et de mobiliser l'identité québécoise à des fins politiques, l'élément partisan est crucial. Le Parti libéral du Québec (PLQ) ne vise pas la sécession; il ne cherche donc pas l'appui d'États étrangers dans un processus

16. Commissariat général aux relations internationales, *Rapport d'activités*, 1988, p. 2.

17. MINISTÈRE DES RELATIONS INTERNATIONALES, *Répertoire des ententes internationales du Québec, 1964-2000*, 2000.

d'accèsion à l'indépendance. S'appuyant sur un programme politique différent du PQ, il est aussi moins énergique dans la promotion internationale de l'identité québécoise et a une approche différente des relations intergouvernementales. Il est intéressant de souligner que l'importance de la politique partisane sur la paradiplomatie est plus grande au Québec que dans la majorité des autres régions. Par exemple, en Belgique francophone (et c'est aussi le cas en Flandre), les relations internationales représentent probablement l'enjeu par rapport auquel il y a le moins de différence entre les partis.

Voyons maintenant comment la promotion de l'identité, la mobilisation identitaire nationaliste et la recherche d'appuis internationaux pour l'indépendance s'articulent dans la paradiplomatie québécoise.

La problématique identitaire du Québec est différente du cas wallon dans ce sens que l'identité québécoise n'a pas à être construite, étant déjà bien établie. Cela ne veut pas pour autant dire que les leaders politiques québécois ne cherchent pas à reproduire, à solidifier et à affirmer l'identité québécoise; et, dans ce contexte, la paradiplomatie représente un outil important. Officiellement, la mission du ministère des Relations internationales du Québec (MRI) « est de promouvoir et de défendre les intérêts du Québec sur la scène internationale »¹⁸. Pourtant, la paradiplomatie québécoise est plus clairement une question d'identité que d'intérêts, telle que la chose est traditionnellement définie dans le contexte de la politique étrangère. Dans ses relations bilatérales, par exemple, le Québec concentre ses actions sur les États souverains. Il privilégie les États prestigieux d'Europe de l'Ouest (la France, le Royaume-Uni, l'Italie, l'Espagne et l'Allemagne) ainsi que les États-Unis. Très clairement, le Québec voit dans ce type de relations bilatérales une affirmation de son caractère national. Le fait que ces États acceptent d'entretenir des relations de nature politique avec le Québec représente une reconnaissance implicite de sa légitimité comme acteur international; dans ce contexte, la reconnaissance de son caractère national est proche, puisque l'action internationale est traditionnellement associée au concept de nation (*nationhood*).

À l'extérieur de l'Europe de l'Ouest et des États-Unis, on remarque que les seuls autres États auxquels le Québec s'intéresse sont francophones. Cette approche est cohérente avec l'affirmation d'une identité qui est évidemment francophone. De plus, parce que plusieurs de ces États (en Afrique subsaharienne par exemple) sont moins développés, le Québec a la chance d'exercer un leadership et de rehausser ainsi son statut international. La même chose vaut, dans un contexte multilatéral, pour la Fran-

18. MINISTÈRE DES RELATIONS INTERNATIONALES, *Le Québec dans un ensemble international en mutation. Plan stratégique, 2001-2004*, 2001, p. 1.

cophonie. Pour ce qui est des États d'Asie, du Moyen-Orient et d'Afrique non francophone, le Québec n'y entretient que des partenariats économiques¹⁹.

Dans son plan stratégique, le MRI distingue quatre fonctions de l'action internationale : politique (ce sont les relations bilatérales et multilatérales); intégration (coordination de l'ensemble de la paradiplomatie); gestion (administration des ressources) et affaires publiques. Cette dernière fonction est plutôt unique, de par son caractère explicite et son importance, lorsqu'on compare différents cas de paradiplomatie²⁰. Elle consiste non seulement à promouvoir l'identité québécoise, mais également à lui donner une image positive. Comme le soulignent les documents du MRI :

S'agissant du Québec, Toronto et Ottawa, où se trouvent davantage de correspondants étrangers qu'à Montréal, fournissent souvent un prisme déformant. À moins de maîtriser le français, ces journalistes s'alimentent à partir des médias du Canada anglais. [...] Le ministère des Relations internationales a, pour cette raison, le devoir d'intervenir pour qu'une image exacte des réalités du Québec soit reflétée à travers le monde²¹.

Les leaders québécois (surtout ceux du PQ) sont particulièrement sensibles aux accusations d'intolérance linguistique ou de nationalisme ethnique, particulièrement lorsqu'elles circulent aux États-Unis. Ce souci de véhiculer une image/identité positive (ou, dans les mots du MRI, une image « exacte » du Québec) prend une place importante dans la paradiplomatie québécoise.

La paradiplomatie québécoise est également porteuse de conflits puisque, dans le cadre canadien, les provinces ne se voient pas reconnaître de compétences propres en matière de relations internationales et que plusieurs compétences sont *de facto* partagées. Le contexte institutionnel-constitutionnel canadien est donc très différent de celui de la Belgique où le fédéralisme répartit les compétences de manière beaucoup plus exclusive et où les entités fédérées ont des compétences propres en matière de relations internationales. En conséquence, l'État canadien ne voit pas d'un bon œil le développement par le Québec de relations internationales, tandis que l'État belge a (constitutionnellement) accepté la paradiplomatie. Il faut aussi mentionner que le fractionnement des relations internationales au Canada est vu de façon négative parce qu'il est associé à une asymétrie et à un exceptionnalisme politique qui sont rejetés par la

19. MINISTÈRE DES RELATIONS INTERNATIONALES, *Le Québec dans un ensemble international en mutation. Plan stratégique, 2001-2004*, 2001, p. 44-45.

20. D'après mes discussions informelles avec des agents de directions/ministères des Relations internationales d'autres gouvernements régionaux, on tend à percevoir la paradiplomatie du Québec comme étant fondamentalement axée sur la promotion plutôt que, par exemple, sur la coopération.

21. MINISTÈRE DES RELATIONS INTERNATIONALES, *Le Québec dans un ensemble international en mutation. Plan stratégique, 2001-2004*, 2001, p. 52.

vision canadienne dominante, et que la paradiplomatie québécoise est souvent vue comme étant une stratégie préparant le terrain pour l'indépendance. La situation est différente en Belgique où l'asymétrie et les velléités d'indépendance proviennent du groupe majoritaire flamand, ce qui a pour effet de réduire l'opposition effective aux modèles hétérogènes de gouvernance.

Dans ce contexte, l'action internationale du Québec sert aussi des objectifs de mobilisation politique. Le plan stratégique du MRI aborde spécifiquement les « contraintes » dérivant du contexte canadien; il adopte, à l'endroit du gouvernement fédéral, un langage des plus combatifs suggérant, par exemple, que l'objectif de la diplomatie fédérale de promouvoir la culture canadienne représente en fait une négation de la culture québécoise²². À une époque où le nationalisme québécois tente de se réarticuler pour faire une plus grande place à des enjeux de politiques publiques, les relations internationales offrent au gouvernement du PQ un argument différent en faveur de l'indépendance: selon ce discours, il serait nécessaire pour le Québec de devenir pleinement souverain afin de défendre ses intérêts sur la scène internationale, car le gouvernement fédéral le fait mal. Dans ce contexte, le gouvernement du PQ n'a rien à perdre à demander pour le Québec une voix dans une conférence ou un forum international: si le gouvernement fédéral accepte, il y gagne immédiatement en prestige; si le gouvernement fédéral refuse, il peut toujours dénoncer l'inflexibilité du fédéralisme canadien.

Finalement, la paradiplomatie québécoise a aussi, lorsque le PQ forme le gouvernement, la particularité d'être une « protodiplomatie », c'est-à-dire de rechercher des appuis politiques en vue d'une reconnaissance internationale lors d'une éventuelle déclaration d'indépendance. Cet objectif n'est pas formellement énoncé, mais est tout de même bien présent. La stratégie protodiplomatique du Québec apparaît double: il s'agit tout d'abord d'obtenir l'appui le plus clair possible de l'État français et, ensuite, la position la moins négative possible des États-Unis. Sur le premier plan, la protodiplomatie québécoise connaît un succès mitigé puisque la réponse de la France tient à une formule ambiguë (« nous accompagnerons le Québec, sans le devancer, dans le chemin qu'il choisira »). Sur le second plan, il est plutôt un échec, car la position américaine privilégiant un Canada uni n'a jamais changé.

Conclusion : Paradiplomatie et États multinationaux

La paradiplomatie constitue un mode d'interaction unique entre l'interne et l'externe. En effet, les régions comme acteurs internationaux ont une nature hybride: elles ne sont pas des États pleinement souve-

22. MINISTÈRE DES RELATIONS INTERNATIONALES, *Le Québec dans un ensemble international en mutation. Plan stratégique, 2001-2004*, 2001, p. 23-24.

rains qui bénéficient d'une voix internationale formelle, légale et reconnue; elles ne sont pas non plus des ONG (acteurs non étatiques) puisqu'elles disposent d'institutions politiques ancrées territorialement. La paradiplomatie ne correspond donc pas strictement à un processus d'aggrégation et d'articulation d'intérêts, tel qu'on a traditionnellement conceptualisé la chose en matière de politique étrangère de l'État central, ou encore à un mode d'action transnational du type de celui que préconisent, par exemple, les mouvements sociaux.

Le lien entre la paradiplomatie poussée et multidimensionnelle et les processus de construction, de promotion et de mobilisation d'identités territorialisées suggère que ce sont les États multinationaux (c'est-à-dire ceux où un groupe social s'affiche comme une nation distincte de celle que prétend représenter l'État central) plutôt que les États-nations qui porteront de la façon la plus caractéristique ce type d'interaction entre les affaires intérieures et internationales dont les régions sont les vecteurs. Il y a assez peu d'États occidentaux dont la politique est marquée par le multinationalisme (le Canada, l'Espagne, la Belgique, le Royaume-Uni), ce qui explique qu'il y ait peu de cas de paradiplomatie développée et multidimensionnelle. Sous cet angle, la paradiplomatie peut apparaître comme un phénomène marginal. Par contre, dans une perspective plus générale, il ne faut pas oublier que les États culturellement homogènes sont rares, ce qui fait que la politique d'une majorité d'États est conditionnée, ou est susceptible d'être conditionnée, par le multinationalisme. Les cas de la RW/CFB et du Québec peuvent être considérés comme les précurseurs d'une généralisation du phénomène de la paradiplomatie.

DE L'IMPORTANCE INTERNATIONALE DE LA PARADIPLOMATIE

par

Stéphane PAQUIN

Professeur associé au département d'histoire de l'Université
du Québec à Montréal et adjoint au titulaire à la chaire
Hector-Fabre d'histoire du Québec.

La paradiplomatie reste méconnue, mais le phénomène qu'elle représente est presque devenu banal : la ville de San Francisco sanctionne un pays étranger qui ne respecte pas les droits de l'homme ; le gouvernement du Québec inaugure une saison culturelle à Paris ; les entités subétatiques flamande et wallonne forment la délégation belge à l'OMC ; les États australiens assistent à une conférence de l'ONU sur le développement et l'environnement au sein de la représentation du gouvernement australien ; le *Land* du Bade-Wurtemberg participe aux missions de rétablissement de la paix au Bangladesh, en Russie, en Bosnie-Herzégovine, au Burundi et en Tanzanie ; Jordi Pujol, le président de la Catalogne, rencontre les leaders du G-7 sauf Jean Chrétien...

Même si le *phénomène* est très répandu et bien que la paradiplomatie soit réellement devenue un *phénomène* global, le caractère disparate et encore embryonnaire de la majorité des activités paradiplomatiques contribue à maintenir ce *phénomène* dans l'ombre sur le plan médiatique, mais aussi dans la littérature académique. En droit comme en relations internationales, à cause du postulat stato-centrique de ces disciplines, on minimise souvent l'importance des activités des entités subétatiques, car elles n'auraient pas les qualités requises pour être considérées comme de « véritables acteurs internationaux ».

Plusieurs auteurs décriront le *phénomène* paradiplomatique comme une pâle imitation de la diplomatie — la vraie, la seule — opérée par les États souverains. La paradiplomatie est ainsi présentée comme un *phénomène* de faible intensité ou comme une politique étrangère de second ordre¹. D'autres auteurs préfèrent classer les entités subétatiques dans la

1. S. PAQUIN, *Paradiplomatie et relations internationales. Théorie des stratégies internationales des régions face à la mondialisation*, Bruxelles, PIE Peter-Lang, 2004 ; B. HOCKING, « Patrolling the "Frontier" : Globalization, Localization and the "Actor-ness" of Non-Central Governments », dans F. ALDECOA et M. KEATING, *Paradiplomacy in Action. The Foreign Relations of Subnational Governments*, Frank Cass Publishers, Londres, 1999, p. 21.

catégorie « fourre-tout » des organisations non gouvernementales (ONG), même si ces dernières sont des acteurs gouvernementaux — donc représentatifs — et que le succès de certaines de leurs mobilisations leur confère une pertinence internationale encore ignorée dans la littérature². Cette négligence n'est pas le propre des théoriciens réalistes des relations internationales, même les transnationalistes marginalisent le phénomène et étudient encore la politique étrangère en se concentrant essentiellement sur l'État central³.

Le phénomène paradiplomatique est important, il est intensif, extensif et permanent. Les acteurs de la paradiplomatie et de la paradiplomatie identitaire ont une bonne marge d'autonomie, de nombreuses ressources, souvent plus que la vaste majorité des États souverains et ils ont de plus en plus d'influence sur la politique internationale⁴. L'impasse des théories actuelles sur ce qu'est un acteur international renforce le besoin de définir de nouveaux critères d'évaluation. Nous avons retenu quatre critères qui font que la paradiplomatie est un phénomène incontournable en droit et en relations internationales contemporaines⁵. Ces critères sont les suivants :

- 1 – L'extensivité, l'intensité et la permanence du phénomène;
- 2 – La représentation, les domaines d'action, le statut d'acteur et les outils de la paradiplomatie;
- 3 – L'autonomie, les ressources et l'influence;
- 4 – Les effets de la paradiplomatie sur les relations interétatiques contemporaines.

1 — L'extensivité, l'intensité et la permanence du phénomène

De nos jours, un nombre très impressionnant d'entités subétatiques sont actives en relations internationales. Ce sont les pays fédéraux qui, les premiers, ont vu naître le phénomène paradiplomatique. Les États fédéraux comme les provinces canadiennes, les États américains, les *Länder* allemands et les cantons suisses intensifieront leur présence interna-

2. Pour un exemple de cette tendance, voir J. DER DERIAN, *On Diplomacy: A Genealogy of Western Estrangement*, Oxford, Basil Blackwell, 1987.

3. F. CHARILLON, *Politique étrangère. Nouveaux regards*, Paris, Presses de sciences po, 2002.

4. Une paradiplomatie est mise en œuvre lorsqu'un mandat est donné par un gouvernement subétatique de négocier avec d'autres acteurs internationaux. La paradiplomatie identitaire est une paradiplomatie ou une politique étrangère subétatique dont l'objectif fondamental est le renforcement ou la construction de la nation minoritaire dans le cadre d'un pays multinational. La paradiplomatie identitaire est différente de la proto-diplomatie en ce sens que l'objectif n'est pas la réalisation de l'indépendance. L'objectif des entrepreneurs identitaires est d'aller chercher les ressources qui leur font défaut à l'interne en plus de chercher à se faire reconnaître comme nation au niveau international, processus essentiel de toute tentative de construction de la nation.

5. B. HOCKING, *loc. cit.*, note 1, p. 21.

tionale à partir des années 60. Ces entités subétatiques seront bientôt rejointes par les *Länder* autrichiens, les régions et les communautés belges, les États australiens, les communautés autonomes espagnoles, les régions françaises... Le phénomène ne se limite pas à l'Occident, on le rencontre également dans l'espace postsoviétique, en Asie du Sud-Est, en Amérique latine et en Afrique⁶.

La politique étrangère des entités subétatiques est variée dans ses objectifs, ses formes et son poids. Certaines politiques étrangères subétatiques sont plus ambitieuses que celles de nombreux pays souverains. La situation des entités subétatiques est cependant très différente d'un pays à l'autre; différente également au sein d'un même État⁷.

Les entités subétatiques possèdent souvent d'imposants réseaux de représentation à l'étranger, souvent plus importants que de nombreux États souverains. Le Québec possède 28 représentations internationales, la Catalogne en compte une cinquantaine. La Flandre est aujourd'hui la région la plus entreprenante et dynamique en matière de relations internationales. Le budget annuel accordé à sa politique étrangère (environ 200 millions d'euros) est plus du double de celui du gouvernement du Québec (105 millions de dollars canadiens)⁸ et le double de celui de tous les États américains réunis⁹. La Flandre compte, en 2004, 100 représentations à l'étranger; c'est-à-dire 45 de plus que Singapour, 49 de plus que la Finlande, 48 de plus que la Norvège et 35 de plus que l'État d'Israël.

Les entités subétatiques négocient et ratifient des quasi-traités ou « ententes », ou même, dans le cas des entités belges, de véritables traités avec des États souverains. Aujourd'hui, sur le plan bilatéral, environ 300 ententes internationales conclues entre le Québec et des gouvernements étrangers sont toujours en vigueur¹⁰. La vaste majorité de ces ententes l'ont été avec des pays souverains. Dans le cas de la Flandre et de la Wallonie, les États souverains se sont même érigés au rang de partenaires privilégiés avant les autres régions au statut comparable¹¹.

6. N. CORNAGO, « Exploring the global dimensions of paradiplomacy. Functional and normative dynamics in the global spreading of subnational involvement in international affairs », Workshop on Constituent Units in International Affairs, Hanover, Germany, October 2000. Document non publié.

7. E. PHILIPPART, « Le Comité des Régions confronté à la "paradiplomatie" des régions de l'Union européenne », dans J. BOURRINET (dir.), *Le Comité des Régions de l'Union européenne*, Paris, Éditions Economica, 1997, p. 6-13.

8. MINISTÈRE DES RELATIONS INTERNATIONALES, *Rapport annuel 1999-2000*, Publications du Québec, 2000.

9. E. H. FRY, « Québec Confronts Globalization: A Model for the Future? », *Québec Studies*, Fall 2000/Winter 2000, n° 30, p. 56.

10. Ces données proviennent du site Internet du ministère des Relations internationales : [http://www.mri.gouv.qc.ca].

11. Entretien avec Herbert Tombeur du ministère de la Flandre et de l'administration des Affaires étrangères, Bruxelles, juillet 2001.

Contrairement à la politique étrangère des États-nations, les entités subétatiques ne cherchent pas, par leur politique étrangère, à représenter sur le plan international la vaste gamme des intérêts internationaux des citoyens et des membres de la société civile. Ainsi, très peu de représentations régionales sont en mesure d'offrir des services de type consulaire.

2 — La représentation, les domaines d'action, le statut d'acteur et les instruments de la paradiplomatie

La représentation concerne les intérêts de dimension internationale que peut avoir un acteur. Les entités subétatiques détiennent de nombreux intérêts internationaux. En généralisant, cinq variables favorisent le développement de paradiplomaties. La première, et certainement la plus importante, est la crise de l'État-nation et la mondialisation. Les entités subétatiques développent des stratégies internationales dans le but de favoriser leurs exportations, mais aussi afin d'attirer les investissements étrangers.

La deuxième variable est le nationalisme et le régionalisme. Le nationalisme au Québec, en Catalogne et en Flandre permet d'expliquer en partie l'intensité des actions internationales de ces nations non souveraines. Ce facteur a d'ailleurs été largement sous-estimé dans la littérature sur le phénomène. Le Québec dispose aujourd'hui d'un budget équivalent à celui de tous les États américains réunis pour mettre en œuvre sa politique étrangère. Celui de la Flandre, nous l'avons dit, correspond pratiquement au double. Le Pays Basque est également très dynamique sur le plan international. Il ne faut cependant pas trop exagérer le phénomène : l'Écosse a une paradiplomatie de très faible intensité malgré un fort sentiment national¹². Cela est cependant appelé à changer.

Les processus d'internationalisation constituent la troisième variable en cause, car ils affectent directement les entités subétatiques dans leurs champs de compétence. Depuis toujours, semble-t-il, les questions de politique internationale sont dominées par des thèmes qui n'ont que très peu à voir avec les champs de compétence des entités subétatiques. Les rapports internationaux concernent essentiellement les problèmes de paix et de guerre, les questions commerciales ou de stabilité des monnaies. L'internationalisation de la scène internationale, qu'on peut observer au cours des années 60, conduit à une inévitable diversification de l'ordre du jour international. Depuis, les questions environnementales, de santé publique, de communication, de services sociaux, de transport, d'aménagement du territoire et de culture, domaines qui relèvent généralement des compétences des États subétatiques fédéraux ou des États à

12. S. PAQUIN, « Globalization, European Integration and the Rise of Neo-Nationalism in Scotland », (2002) 8 *Nationalism and Ethnic Politics* 55.

structure décentralisée, sont de plus en plus touchées par les contraintes de la nouvelle scène internationale. Les rapports entre les gouvernements centraux et subétatiques sont ainsi bouleversés par des changements structuraux, et ce, tant sur le plan international que sur le plan régional. L'internationalisation encourage le développement d'une politique étrangère sur le plan subétatique, car l'inaction dans le domaine reviendrait à laisser le champ libre à l'État central.

La quatrième variable tient au type de régime politique de chaque État. Plus nombreuses sont les compétences des entités subétatiques, plus les aspects de l'environnement international sont susceptibles d'interpeller les entités subétatiques. Le localisme, qui sous-entend un renforcement des compétences des entités subétatiques, et le régionalisme encouragent également le développement d'une politique internationale de la part des entités subétatiques. Après tout, si les entités n'avaient pas de compétences à défendre ou à internationaliser, le développement d'une paradiplomatie serait impossible.

Finalement, la cinquième et dernière variable porte sur la personnalité des décideurs. Sans Jordi Pujol, la paradiplomatie de la Catalogne n'aurait peut-être pas été considérée comme un élément prioritaire dans la construction de la nation catalane¹³. Même constat au Québec où Jean Lesage approuve, au milieu des années 60, les déclarations de son ministre, Paul Gérin-Lajoie, en faveur du développement international des compétences internes du Québec. En Écosse, par contre, la paradiplomatie en est restée à ses débuts, la priorité ayant été accordée aux questions de politique intérieure en raison de la dévolution.

La paradiplomatie est également un phénomène important, car elle touche à tous les domaines d'action internationaux, y compris les questions militaires, les enjeux entourant la coopération, le développement et la défense des droits de l'homme. La politique économique et commerciale, la promotion des investissements étrangers et l'attraction des centres de décision, la promotion des exportations, le développement de la science et de la technologie, l'énergie, l'environnement, l'éducation, l'immigration et la mobilité des personnes, les relations multilatérales, le développement international et les droits de l'homme sont également à compter au nombre des grands dossiers paradiplomatiques.

Sur le plan de leur statut d'acteurs internationaux, les entités subétatiques possèdent également certains avantages sur les États-nations. Ces avantages proviennent de leur statut ambigu, qui est à la fois, selon l'expression de James Rosenau, « sovereignty-bound » et « sovereignty-free »¹⁴. Leur localisation au sein d'un État souverain (*sovereignty-bound*)

13. S. PAQUIN, *Paradiplomatie identitaire en Catalogne*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2003.

14. J. ROSENAU, *Turbulence in World Politics. A Theory of Change and Continuity*, Princeton, Princeton University Press, 1990, p. 36.

leur permet d'avoir accès aux décideurs du gouvernement central, ce qui inclut les acteurs de la politique étrangère du pays. Partager la souveraineté avec le gouvernement central offre une raison de se construire une présence internationale. Contrairement aux autres ONG, elles peuvent même avoir un accès privilégié aux réseaux diplomatiques internationaux et aux négociations internationales. Le statut d'acteur *sovereignty-free* leur permet d'agir plus librement qu'un État indépendant. Elles bénéficient ainsi de certains des avantages reconnus aux ONG. Au Canada, le gouvernement de l'Ontario sur la question des pluies acides et celui de la Colombie-Britannique au sujet de la « guerre du saumon » ont ainsi directement défendu leur cause devant les juges américains.

Les entités subétatiques jouissent également d'un degré de légitimité plus élevé que les autres intervenants à l'échelon de l'État central. Cette légitimité est renforcée par le fait que, contrairement aux représentants d'États souverains reconnus, elles disposent de la latitude nécessaire pour prendre des positions fermes sur des sujets internationaux délicats. Elles peuvent plus facilement condamner le non-respect des droits de l'homme par exemple. Les gouvernements centraux doivent pour leur part adopter une approche plus nuancée et tenir compte de nombreux facteurs, comme l'existence de coalitions sur de nombreux enjeux¹⁵. L'ambiguïté du statut international des entités subétatiques leur confère un avantage inconnu des États souverains, qui leur permet d'opérer à l'intérieur des différents réseaux. Les entités subétatiques peuvent, à l'instar du gouvernement du Québec, participer simultanément aux sommets de Davos et de Porto Alegre, au Brésil¹⁶.

Les acteurs paradiplomatiques connaissent cependant de nombreuses contraintes, qui débordent la difficulté de se faire reconnaître comme acteur international. Comme ils ne sont pas des entités reconnues par le droit international, ils doivent négocier avec les autorités du gouvernement central les limites d'une partie de leur activité internationale, comme les relations formelles avec des représentants de pays souverains ou d'organisations internationales.

La gamme des instruments paradiplomatiques est, selon Éric Philippart, « aussi étendue que celle de la diplomatie classique, à l'exception notable du recours à la force militaire »¹⁷. En effet, les entités subétatiques envoient des missions d'études et de prospection à l'étranger, elles participent aux foires commerciales et à certains forums internationaux comme celui de Davos. Elles financent des campagnes de relations publi-

15. B. HOCKING, « Regionalism: An International Relations Perspective », dans M. KEATING et J. LOUGHLIN, *The Political Economy of Regionalism*, Frank Cass, Londres, 1995, p. 90.

16. É. DESROSIERS, « Mondialisation et solidarité : Gommer l'apparente contradiction », *Le Devoir*, 25 janvier 2002.

17. É. PHILIPPART, *loc. cit.*, note 7, p. 6.

ques pour accroître leurs exportations et attirer les investissements, elles mettent sur pied des visites officielles accueillant d'autres leaders régionaux ou représentants de pays souverains. Elles érigent un ministère compétent en matière de relations internationales, ouvrent des représentations ou des délégations à l'étranger, décident de politiques bilatérales et multilatérales de tous ordres, et édifient des institutions de coopération régionales ou transrégionales. Il arrive que certaines régions participent, au sein de la délégation de leur pays, à des rencontres d'institutions internationales comme l'ONU, l'OMC, l'Union européenne ou l'UNESCO. Les régions multiplient également les ententes ou les accords avec d'autres régions comme avec certains pays souverains¹⁸.

3 — L'autonomie, les ressources et l'influence

L'action internationale des entités subétatiques est souvent déterminée par les ressources qu'elles sont en mesure de mobiliser pour la poursuite de leurs objectifs internationaux. L'influence de chaque acteur tient à sa capacité à faire la différence dans un contexte et sur une question données¹⁹. Ces ressources procurent beaucoup d'autonomie. Certaines régions comme le Québec, la Catalogne, la Flandre, la Wallonie, la Californie ou la Bavière bénéficient, à ce chapitre, de plus de ressources que de nombreux pays souverains.

Comparons les entités subétatiques avec les pays souverains. Sur les 197 nations et territoires représentés aux Jeux olympiques de 1996 à Atlanta, plus de 40 ont une population de moins de 1 million d'habitants et 12 ne comptent qu'entre 1 et 2 millions d'habitants. Pour fin de comparaison, rappelons que 42 des États américains comptent une population supérieure à 1 million et que 32 d'entre eux ont une population supérieure à 2 millions d'habitants. En termes de production annuelle de biens et de services, deux États (Californie et New York) pourraient occuper l'une des 10 premières places au monde. Dix États américains se classeraient parmi les 25 premiers, 33 parmi les 50 premiers et les 50 États, parmi les 70 premiers États-nations de la planète. La Californie pourrait même faire partie du G-7, son PIB étant supérieur à celui du Canada et de l'Espagne²⁰.

Les États américains produisent en biens et en services pour plus de 8 trillions de dollars par année, alors qu'ils dépensent collectivement environ 1 trillion de dollars par année, un montant qui dépasse le budget

18. *Ibid.*

19. M. SMITH et B. HOCKING, *World Politics. An Introduction to International Relations*, Harvester, Wheatsheaf, 1995, p. 175 et suiv.

20. E. H. FRY, *The Expanding Role of State and Local Governments in U.S. Foreign Affairs*, New York, A Council on Foreign Relations Book, 1998, p. 4.

de la quasi-totalité des États-nations de la planète²¹. Le budget de la Californie est supérieur à celui du Mexique, qui possédait lors de son inclusion dans l'ALENA une économie de la taille de l'État du Massachusetts. Le budget de la Californie est légèrement inférieur à celui de la Russie, alors que le budget de l'État de New York est supérieur à celui des Philippines. Les États américains emploient collectivement 4,7 millions de personnes. Si on ajoute à ce calcul les employés municipaux et le personnel des districts, ce nombre augmente à 11,2 millions. Ces États jouissent également d'un des réseaux d'information les plus vastes et complets au monde. De nombreux États américains prétendent aujourd'hui être plus en mesure que le gouvernement fédéral américain d'aider les petites et les moyennes entreprises. Ce sont ces entreprises qui créent en ce moment la majorité des emplois aux États-Unis²².

En somme, certains États subétatiques et certaines grandes municipalités sont à compter au nombre des plus puissants acteurs économiques et politiques au monde. Mais la puissance financière en soi n'est pas tout. Il existe une ressource que les entités subétatiques possèdent généralement, qui ne relève pas du champ de compétence de l'État central : l'expertise bureaucratique. C'est souvent le cas en matière d'éducation, de formation de la main-d'œuvre ou de santé. Le gouvernement canadien n'a pas, par exemple, de ministre de l'Éducation. Lorsque les questions d'éducation font l'objet d'une conférence internationale, les provinces canadiennes sont d'un secours indispensable. Des organisations comme l'UNESCO ou l'Organisation internationale du travail œuvrent davantage dans les champs de compétence des provinces canadiennes que dans ceux du gouvernement fédéral.

4 — Les effets de la paradiplomatie sur les relations interétatiques contemporaines

Avec le développement de ces paradiplomaties, le monopole étatique sur lequel repose le système international westphalien est remis en question par les entités subétatiques. L'État territorial n'est plus le seul acteur capable de s'engager contractuellement au plan international, il n'est plus le seul à avoir accès aux organisations internationales. En outre, il ne détient plus le monopole de la représentation internationale. Dans de nombreux pays, les États centraux ont accepté de partager une partie de leurs prérogatives internationales. Au sein de l'Union européenne, c'est notamment le cas en matière de politique publique. Les entités subétatiques deviennent des acteurs de plus en plus pertinents en ce qui concerne les questions de sécurités militaires.

21. *Ibid.*

22. *Id.*, p. 50.

La fin des grands monopoles

La pratique de la politique étrangère est encore une fois bien différente de l'image que lui confèrent les théoriciens du fédéralisme et du droit international. De nombreux États fédéraux n'ont pas le monopole des relations internationales. Accorder à l'État fédéral le monopole absolu des relations internationales dans les régimes fédéraux comporte le risque de mettre en péril l'équilibre des pouvoirs entre les différents ordres de gouvernements au profit des autorités centrales. Limiter la capacité du gouvernement fédéral en matière de relations internationales risque au contraire de limiter la sphère de sa propre influence à l'échelle internationale. Ce problème est grandement exacerbé par la mondialisation, les processus de construction régionaux et par le développement du multilatéralisme sur le plan international. De nombreux régimes fédéraux ont ainsi limité le pouvoir des gouvernements fédéraux dans la conduite des relations internationales²³.

Aux États-Unis, estime le professeur Earl H. Fry, une des plus grandes erreurs des spécialistes des relations internationales est de supposer que la Maison-Blanche et le Congrès jouissent du monopole de la politique étrangère²⁴. Même s'il est vrai que la Constitution américaine accorde au gouvernement américain le droit de déclarer la guerre, de ratifier des traités et de réguler le commerce international, les 22 300 États, comtés et villes américaines gardent une grande latitude en regard des relations internationales. En 1998, les États américains détenaient approximativement 183 représentations à l'étranger comparativement à 4 en 1970²⁵. Les capitales les plus souvent ciblées sont Tokyo, Séoul, Londres, Francfort, et Mexico. L'ensemble des États américains dépensait, en 1994, 87,2 millions de dollars pour leur politique internationale.

Les actions internationales des États américains ne se limitent pas simplement à l'ouverture de représentations à l'étranger et aux politiques d'attraction des investissements. Tous les États américains ont contracté des ententes internationales avec des États souverains ou avec des entités subétatiques. Les 50 États américains ont également développé, conséquence de l'ALÉNA, des relations transfrontalières très denses avec les provinces canadiennes et les États mexicains. De plus, ils ont tous au moins un « État frère » ou « *sister-state* » et plus de 1 100 villes entretiennent 1775 jumelages impliquant les villes de 123 autres pays²⁶.

23. G. CRAVEN, « Federal constitutions and external relations », dans B. HOCKING, *Foreign Relations and Federal States*, Leicester University Press, Londres, 1993, p. 12-13.

24. Earl H. FRY, *op. cit.*, note 20, p. 3.

25. J. KINCAID, « The International Competence of US States and Their Local Government », dans F. ALDECOA et M. KEATING, *Paradiplomacy in Action. The Foreign Relations of Subnational Governments*, Frank Cass Publishers, Londres, 1999, p. 111.

26. *Ibid.*

Les *Länder* allemands sont parmi les entités subétatiques les plus actives aux plans européen et international. Sous les effets de la mondialisation, du régionalisme et de l'intégration européenne, les *Länder* allemands sont très diligents en politique européenne, mais ils ont également développé de nombreux liens hors de la zone européenne traditionnelle, notamment avec les régions transfrontalières d'Europe de l'Est²⁷. Depuis les années 70, un vaste réseau international a été institué. Ce sont les *Länder* frontaliers, économiquement et politiquement dominants (Bade-Wurtemberg, Bavière et Rhénanie-du-Nord-Westphale), qui ont initié le mouvement. Tous les *Länder* allemands sont aujourd'hui actifs à l'échelon international.

Quel est le contrôle de Berlin sur les accords que signent les *Länder*? En vertu de la loi fondamentale allemande, il est vrai que l'État allemand a prééminence dans toutes les relations extérieures. La politique étrangère et la politique de sécurité sont de la compétence de l'État allemand. De plus, depuis l'accord de Lindau de 1957, le *Bund* et les *Länder* ont mis sur pied une procédure dans la tradition de l'esprit de coopération du fédéralisme allemand qui permet au gouvernement fédéral de conclure des accords internationaux dans les champs de compétence des *Länder* en les informant et en les consultant au préalable. Une commission permanente fut créée en vue de superviser le processus de consultation entourant la signature de tels accords internationaux. L'accord de Lindau a permis aux *Länder* d'acquérir une influence considérable sur la conclusion des accords internationaux impliquant le gouvernement allemand tout en assurant l'unicité de la politique étrangère²⁸. Les *Länder* disposent cependant du droit de conclure des accords internationaux dans le domaine exclusif de leurs compétences. Cette prérogative n'est cependant pas absolue, elle est limitée par un droit de réserve de l'État allemand. À Stuttgart, un fonctionnaire confirme cette réalité et affirme qu'aucun accord avec des gouvernements étrangers ne peut se faire sans l'accord préalable du gouvernement fédéral. Cependant, le gouvernement fédéral ne s'est jamais opposé à la signature d'un accord. Il émet à l'occasion des remarques qui sont souvent sans conséquence. Comme le raconte un fonctionnaire : « Nous avons émis une déclaration conjointe avec la Russie au sujet de la coopération économique. Bonn était nerveux mais ne s'y est pas opposé²⁹. » D'après un fonctionnaire au ministère des Affaires étrangères (gouvernement fédéral), lui et ses collègues n'ont été mis au courant de ces accords qu'après leur ratification³⁰.

27. M. NAGELSCHMIDT, « Les relations internationales des Länder allemands et l'évolution du système fédéral dans l'Union européenne : le cas du Bade-Wurtemberg », *Études internationales*, vol. XXX, n° 4, décembre 1999, p. 679.

28. *Id.*, p. 683.

29. J. NEWHOUSE, *Europe Adrift*, New York, Pantheon Books, 1997.

30. *Id.*, (ma traduction).

Compte tenu de sa situation particulière sur le plan institutionnel, il n'est pas étonnant que ce soit en Belgique que la perte du monopole du gouvernement fédéral sur les relations internationales ait été la plus évidente³¹. Depuis 1993, « la Belgique est un État fédéral qui se compose de communautés et de régions », selon l'article premier de la Constitution. Ce système original, en ce qui a trait à sa structure fédérale, trouve une transposition dans la conduite des relations internationales. La dernière révision constitutionnelle qui visait à mettre fin aux débats sur le partage des compétences entre les communautés et les régions permettra à ces dernières de devenir de véritables acteurs internationaux, ce qui inclut le pouvoir de signer des traités avec des États souverains. Le roi, qui avait autrefois la compétence exclusive des relations internationales, l'exerce à présent « sans préjudice de la compétence des communautés et des régions de régler la coopération internationale, y compris la conclusion de traités, pour les matières qui relèvent de leurs compétences de par la Constitution ou en vertu de celle-ci »³². Comme le stipule l'article 127 de la Constitution du Royaume de Belgique, les compétences des communautés en relations internationales sont : « la coopération entre les communautés, ainsi que la coopération internationale, y compris la conclusion de traités pour les matières visées aux § 1° et 2° [matières culturelles, enseignement (avec exceptions)] »³³. Depuis la signature des accords de Lambertmont en juillet 2001, le commerce extérieur est également une compétence régionale.

Depuis la révision constitutionnelle de 1993, il existe trois types de traités en Belgique : 1) les traités relevant exclusivement des compétences du gouvernement fédéral, qui sont conclus et ratifiés par lui ; 2) les traités relevant exclusivement des compétences communautaires ou régionales et que les États fédérés ont la compétence de conclure et de ratifier. Du point de vue juridique, ces traités d'États fédérés ne sont pas subordonnés en Belgique aux accords fédéraux, ni au droit fédéral, ni à aucun contrôle politique du Parlement fédéral. Les Parlements des États fédérés approuvent les traités et les ratifient. 3) quand un accord concerne à la fois les compétences fédérales et les compétences communautaires et/ou régionales (les accords dits « mixtes »), le traité est conclu selon une procédure spéciale, convenue entre tous les gouvernements, et doit également être approuvé par tous les Parlements concernés³⁴.

31. Entretien avec Herbert Tombeur du ministère de la Flandre et de l'administration des Affaires étrangères, Bruxelles, juillet 2001.

32. É. PHILIPPART, « Gouvernance à niveau multiple et relations extérieures : le développement de la "paradiplomatie" au sein de l'Union européenne et la nouvelle donne belge », *Études internationales*, volume XXIX, n° 3 septembre 1998, p. 632.

33. A. ALEN et R. ERGEC, *La Belgique fédérale après la quatrième réforme de l'État de 1993*, 2^e éd., Ministère des Affaires étrangères de Belgique, Bruxelles, 1998, p. 57.

34. *Ibid.*

En plus du droit de conclure des traités tel qu'il est explicitement stipulé dans la Constitution, le droit de représentation agit également en tant qu'instrument pour le règlement de la coopération internationale. Il en résulte que les États fédérés belges ont également la possibilité de désigner leurs propres représentants à l'étranger, que ce soit ou non dans le cadre de postes diplomatiques et consulaires³⁵. Le statut et l'exercice des fonctions des représentants sont fixés par un accord de coopération conclu en 1995 entre les autorités fédérales et les États fédérés. L'ambassadeur belge n'a aucune autorité hiérarchique sur les représentants des entités fédérées³⁶.

De la participation aux organisations internationales

Contrairement à ce qu'affirment de nombreux auteurs, il arrive de plus en plus fréquemment que des entités subétatiques soient représentées au sein d'organisations internationales. Les gouvernements du Québec et du Nouveau-Brunswick et les entités francophones de Belgique sont représentés dans l'organisation de la Francophonie³⁷. Même la France « unie et indivisible » permet à ses territoires d'outre-mer de Nouvelle-Calédonie et de Polynésie d'avoir un siège propre au sein de la Conférence du Pacifique Sud (CPS)³⁸. La Polynésie et la Nouvelle-Calédonie, dont les tendances sécessionnistes sont notoires, siègent à la Conférence du Pacifique Sud aux côtés de pays souverains comme l'Australie, la Nouvelle-Zélande et les États-Unis. Le siège social de l'organisation se trouve, de façon tout à fait caractéristique, à Nouméa, la capitale de la Nouvelle-Calédonie. Au Quai d'Orsay, on avance que cette politique vise à « favoriser l'intégration régionale de ces territoires ».³⁹

La Nouvelle-Calédonie, un ancien Territoire d'outre-mer (TOM) dispose depuis mars 2003 (Titre XIII de la Constitution) d'institutions spécifiques qui incluent une citoyenneté calédonienne, une nouvelle répartition des compétences entre le gouvernement français et la Nouvelle-Calédonie, notamment dans le domaine des relations internationales. Le président du gouvernement calédonien peut négocier des accords avec les États du Pacifique, mais le pouvoir de signature lui est confié par les autorités de la République. Il possède également un droit de représentation auprès de ces États. On sait également que le gouvernement du Texas a participé à de nombreuses rencontres de l'OPEP.

35. Entretien avec Herbert Tombeur du ministère de la Flandre et de l'administration des Affaires étrangères, Bruxelles, juillet 2001.

36. A. ALEN et R. ERGEC, *op. cit.*, note 33, p. 57 et suiv.

37. F. MASSART-PIÉRARD, « Politique des relations extérieures et identité politique : la stratégie des entités fédérées de Belgique », *Études internationales*, vol. XXX, n° 4 décembre 1999, p. 713.

38. C. RIOUX, « De Bruxelles à Québec... via Nouméa », *Le Devoir*, mardi 6 avril 1999.

39. *Ibid.*

Ici il convient de ne pas confondre « organisations internationales » et « forums internationaux ». De nombreux leaders subétatiques assistent régulièrement à des rencontres internationales comme le World Economic Forum de Davos. Comme on l'a vu précédemment, il existe pour les entités subétatiques de nombreux canaux d'accès à l'Union européenne.

Ces entités peuvent aussi accéder aux organisations internationales par l'entremise de leur État. Le gouvernement australien s'est déjà fait représenter par une entité subétatique lors d'une conférence de l'ONU sur le développement et l'environnement. Des représentants de l'État du Tyrol feront partie d'une délégation autrichienne au cours des négociations tenues sous l'égide de l'ONU sur la question du Sud-Tyrol. En Suisse, les représentants des Cantons ont accès au Conseil européen et à la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg⁴⁰. Les régions belges, les *Länder* allemands et autrichiens ont également négocié avec l'État central des mesures qui leur assurent un accès aux institutions européennes par l'entremise de l'État-nation. C'est en Belgique que l'accès des entités subétatiques aux organisations internationales est le plus fréquent.

Les entités fédérées belges ont également le droit d'établir directement des politiques dans le domaine multilatéral. Elles siègent régulièrement au sein d'organisations internationales, il leur arrive même d'y présider des rencontres et d'y conclure des traités. Des accords ont été conclus avec l'ONU, le Conseil de l'Europe, l'OCDE, l'OIT, la CNUCED, l'UNESCO, l'OMS, l'OMC, le BENELUX...⁴¹. Les États fédérés ont le droit d'être représentés au sein de la délégation belge et au sein des représentations permanentes de la Belgique auprès des ces organisations. Depuis quelques années, au sein de certaines organisations internationales, les communautés wallonne et flamande sont représentées officiellement au sein de la délégation belge. Puisque les principes hiérarchiques ne jouent pas, les entités subétatiques belges jouissent d'un rôle plus important que l'ambassadeur nommé par le gouvernement fédéral. Dès qu'il est question de contenu, dans le cas d'un accord préalable, ce sont les représentants flamands ou wallons qui ont voix au chapitre. Pour l'instant, on ne note que très peu de conflits entre les deux communautés⁴². Tous les dossiers concernant la Francophonie ont ainsi été transférés par le gouvernement belge à la communauté wallonne. Enfin, il existe des organisations qui traitent des matières exclusivement communautaires ou régionales,

40. I. D. DUCHACEK, « Perforated Sovereignities: Towards a Typology of New Actors in International Relations », dans H. J. MICHELMANN et P. SOLDATOS, *Federalism and International Relations, The Role of Subnational Units*, Oxford, Oxford Press, 1990, p. 15.

41. F. MASSART-PIÉRARD, *loc. cit.*, note 37, p. 714.

42. Entretien avec Herbert Tombeur du ministère de la Flandre et de l'administration des Affaires étrangères, Bruxelles, juillet 2001.

comme la Nederlandse Taalunie ou l'UNESCO. Dans ce cas, la Belgique n'est représentée que par les ministres des États fédérés.

Il en résulte qu'en Belgique, les différents paliers de gouvernement ont conclu de nombreux accords de coopération en matière de représentation internationale et supranationale⁴³. L'accord le plus important concerne la participation de la Belgique aux conseils ministériels de l'UE, où les ministres des États fédérés peuvent représenter la Belgique et conclure des engagements en son nom⁴⁴. Le contenu des positions de la Belgique dans ces conseils est discuté entre tous les ordres de gouvernement dans une cellule spéciale de coordination au sein du ministère des Affaires étrangères. Dans certains cas, il faut tenir compte de l'existence de paliers de pouvoir et d'ordres juridiques non hiérarchisés. Comme le dit Éric Philippart, « [d]ans un grand nombre de cas, la Belgique ne peut plus participer de façon constitutive aux travaux du Conseil de l'UE sans qu'une position commune n'ait été préalablement adoptée par les différents niveaux de pouvoir concernés »⁴⁵. Cette situation ne s'est présentée que quatre fois depuis que ce système a été institué.

La délégation belge est souvent composée de représentants des instances subétatiques. Afin de s'assurer de la bonne conduite des opérations, on mettra sur pied un système de concertation et de coordination qui, même s'il donne un rôle important au ministère des Affaires étrangères, ne lui accorde aucune prépondérance. En pratique, il y a obligation de consensus, ce qui signifie que les communautés et les régions belges ont un droit de *veto* sur une bonne partie de la politique européenne de l'État belge⁴⁶.

Un système de rotation a été instauré entre les communautés et les régions pour que la Belgique ne soit représentée dans chaque conseil ministériel que par un seul ministre. Au cours de la récente présidence belge de l'Union européenne, une première est survenue dans l'histoire de l'Union européenne : des ministres d'États fédérés ont présidé officiellement l'UE⁴⁷. C'est ainsi que, sur la base de ces accords intrabelges, les ministres flamands de l'Éducation, de la Jeunesse et du Tourisme ont présidé le Conseil des ministres de l'Europe, alors que le ministre flamand de la Culture organisait un conseil ministériel culturel à caractère informel⁴⁸.

43. *Ibid.*

44. F. MASSART-PIÉRARD, « Les entités fédérées de Belgique. Acteurs décisionnels au sein de l'Union européenne », *Politique et Société*, vol. 18, n° 1, 1999, p. 25.

45. É. PHILIPPART, « Gouvernance à niveaux multiples et relations extérieures : le développement de la "paradiplomatie" au sein de l'Union européenne et la nouvelle donne belge », *Études internationales*, volume XXIX, n° 3 septembre 1998, p. 639.

46. *Id.*, p. 640.

47. Entretien avec Herbert Tombeur du ministère de la Flandre et de l'administration des Affaires étrangères, Bruxelles, juillet 2001.

48. *Ibid.*

Le partage des responsabilités en matière de politique étrangère

En vertu de la théorie politique et du droit international, les États sont supposés détenir le monopole des relations internationales. Les transformations du contexte international ont cependant modifié les paramètres de la situation et de plus en plus d'États sont aujourd'hui contraints, en matière de politique étrangère, de partager une partie de leurs responsabilités avec les entités subétatiques. C'est en Europe que le phénomène est le plus flagrant et il ne se limite pas qu'à la Belgique. Les *Länder* allemands et autrichiens ont négocié avec l'État central des mesures qui leur assurent un accès aux institutions internationales, par l'entremise de l'État-nation. En Espagne et en Italie, les régions ont réussi à se faire reconnaître un rôle dans le domaine de la politique européenne, quoique cette compétence n'ait pas fait l'objet d'une reconnaissance constitutionnelle. En règle générale, le rôle des entités subétatiques est vital lorsqu'il est question de mettre en œuvre les politiques européennes. Au sein de leur État respectif, ces régions ont ainsi pu influencer la politique européenne de celui-ci en matière de fonds structuraux⁴⁹. C'est le cas en France, aux Pays-Bas et au Royaume-Uni⁵⁰. Les petits pays centralisés comme la Grèce et l'Irlande subissent également de fortes pressions afin que l'État central reconnaisse un plus grand rôle aux acteurs subétatiques.

Malgré les variations, les régions européennes ont généralement réussi à se faire reconnaître un rôle en ce qui a trait à la politique européenne des États. Dans certains cas, on a institutionnalisé des canaux d'accès aux processus de prise de décision européens. Partout le monopole étatique a été remis en question. On a accordé une place pour la mobilisation subétatique au sein des institutions de l'État-nation. En cassant le monopole étatique garantissant à l'État central le rôle unique d'interlocuteur des institutions de l'Union européenne, les entités subétatiques ont créé un nouveau système, très variable selon les pays, au sein duquel les autorités centrales et subétatiques agissent de plus en plus en interaction.

L'extension de ce phénomène en Europe s'explique en partie par la prétention de nombreuses régions de faire des politiques européennes des questions « domestiques » plutôt que des questions de politique internationale. Les *Länder* allemands, par exemple, défendront l'idée de l'intégration européenne, donc de l'élargissement des champs de compétence des institutions européennes. Il s'ensuit que, en matière de politique européenne, certaines juridictions ne relèveront plus des relations étrangères, mais des politiques internes, ce qui modifie considérablement les relations de pouvoir au sein des États. Plus encore, les *Länder* soutiendront que dans leurs

49. C. JEFFERY, « Sub-National Mobilization and European Integration: Does it Make Any Difference », *Journal of Common Market Studies*, vol. 38, n° 1, 2001, p. 6.

50. A. SMITH, « The French Case: Exception of the Rule? », dans C. JEFFREY (ed.), *The Regional Dimension of European Union*, Londres, Frank Cass, 1997, p. 117 et suiv.

champs de compétence, ils doivent participer au processus de prise de décision, même si cela doit se faire à l'échelon européen.

D'autres régions européennes avanceront des arguments comparables. C'est le cas en Belgique, mais aussi en Autriche, en Espagne et en Italie. Partout, on prétend que les questions européennes sont désormais des questions de politique « domestique ». Suivant ce constat, les entités subétatiques revendiqueront le droit de participer à la politique étrangère des États dans leurs champs de compétence respectifs⁵¹.

De nombreux États édifieront des structures entre l'État central et les entités subétatiques pour permettre à ces dernières d'avoir plus d'influence en matière de politique européenne. En Autriche, en Belgique et en Allemagne, le droit des régions d'accéder au Conseil des ministres de l'Union européenne sera reconnu constitutionnellement. Dans de nombreux autres pays, on mettra sur pied des structures de coordination.

La capacité de l'État d'imposer des traités à l'interne

La capacité de l'État-nation de prendre des décisions obligatoires pour l'ensemble de la population d'un pays semble être aujourd'hui sérieusement remise en question par la diversification de l'« agenda » international et la paradiplomatie. Le problème de la Belgique et du Canada est accentué par le fait que, contrairement à ce qu'on a pu observer dans certaines autres fédérations, les engagements internationaux des gouvernements fédéraux n'entraînent pas automatiquement leur application par les provinces, les régions ou les communautés⁵².

Au Québec, le gouvernement a adopté en 2002 une loi qui oblige l'approbation par l'Assemblée nationale du Québec de tout traité fédéral qui affecte les champs de compétence du Québec⁵³. Comme le souligne Louise Beaudoin, alors ministre des Relations internationales du Québec : « [Avec cette loi] l'Assemblée nationale du Québec devien[t] le premier parlement de type britannique à être si étroitement associé au processus de conclusion des engagements internationaux⁵⁴. » Cette loi vise nommé-

51. C. JEFFERY, *loc. cit.*, note 19.

52. K. R. NOSSAL, *The Politics of Canadian Foreign Policy*, Scarborough, Prentice Hall Canada, 3^e éd., 1997, p. 295; H. A. LEESON et W. VANDERELST, *External Affairs and Canadian Federalism: The History of a Dilemma*, Toronto, Holt Rinehard and Winston, 1973.

53. Projet de Loi n° 52, *Loi modifiant la Loi sur le ministère des Relations internationales et d'autres dispositions législatives*, Assemblée nationale, deuxième session, trente-sixième législature. Éditeur officiel du Québec 2001. Cette loi a été adoptée à l'été 2002.

54. S. PAQUIN, « Les relations internationales du Québec et l'unité nationale », dans S. PAQUIN (dir.), *Les nouvelles relations internationales et le Québec en comparaison*, Bulletin d'histoire politique, vol. 10, n° 1, 2002, p. 85 et suiv. et R. DUTRISAC, « Les députés auront leur mot à dire sur les traités », *Le Devoir*, 15 novembre 2001.

ment toute entente en matière de commerce international, comme la future ZLÉA, les droits et libertés de la personne et tout traité international requérant un changement législatif ou réglementaire. Cette exigence touche également l'imposition de taxes et d'impôts nouveaux, ou toute obligation financière importante. Le gouvernement du Parti québécois avait fait savoir qu'il refuserait de ratifier un traité de libre-échange qui inclurait des clauses jugées néolibérales comme le chapitre 11 de l'ALÉNA. Louise Beaudoin a même proposé d'organiser un référendum au Québec sur la ratification de la *Zone de libre-échange des Amériques* (ZLÉA)⁵⁵. Le gouvernement du Québec n'aura jamais été aussi loin. En juin 2004, le Parlement du Québec a ratifié deux traités internationaux qu'avait contractés Ottawa, un avec le Chili pourtant en vigueur depuis sept ans et l'autre avec le Costa Rica, ratifié par Ottawa en 2001⁵⁶. Même si les libéraux ont approuvé ces traités, le Parti québécois a voté contre.

Le monopole militaire remis en question

Les entités subétatiques adopteront de nombreuses politiques internationales dans les « domaines réservés » de l'État. De nombreuses entités subétatiques, par exemple, émettent des sanctions contre certains gouvernements étrangers. Les provinces canadiennes et les États américains sont particulièrement actifs dans le domaine⁵⁷. Pour ne prendre que l'exemple des États-Unis, les actions internationales des villes et des États américains touchent de plus en plus régulièrement la cohérence de la politique étrangère américaine. Certaines positions ou actions vont littéralement à l'encontre des priorités ou des positions officielles du gouvernement américain. Ces démonstrations, même si elles ne sont pas fréquentes, rendent la tâche difficile pour Washington, qui ne peut parler d'une voix unique en politique internationale. Le problème est devenu si sensible que le président Clinton a demandé à la Cour suprême de rendre un jugement sur la question.

L'affaire sur laquelle la Cour suprême américaine était appelée à se prononcer concernait la Loi sur la Birmanie (Myanmar) votée par l'État du Massachusetts en 1996. La Cour suprême rendra un jugement unanime déclarant anticonstitutionnelle la loi de l'État du Massachusetts, car elle « compromise the very capacity of the president to speak for the nation with one voice in dealing with other governments »⁵⁸. La Cour suprême appuie sa décision sur la clause de la suprématie de la Constitu-

55. P. BRETON, « Québec songe à un référendum sur la ZLÉA », *La Presse*, 15 janvier 2003.

56. É. DESROSIERS, « Les temps changent », *Le Devoir*, 5 juin 2004.

57. C'est également le cas en Allemagne. Voir F. GREES, « Interstate Cooperation and Territorial Representation in Intermestic Politics », *Publius*, 26:1, Winter 1996, p. 55.

58. L. GREENHOUSE, « State Law on Myanmar Boycott is Voided. The Foreign Policy Issue », *The New York Times*, June 20, 2000.

tion, qui établit la primauté du Congrès sur celle des États. La loi du Massachusetts vise le gouvernement du Myanmar, ce qui entrave les objectifs diplomatiques du Congrès. La Cour suprême ne nie pas le pouvoir constitutionnel des États américains de prendre position en matière de politique étrangère. Elle soutient plus simplement que la loi du Massachusetts est irréconciliable avec une autre loi fédérale votée par le Congrès en 1996, et approuvée par le président en 1997. Ce jugement pourrait également annuler de nombreuses lois similaires votées par les villes de New York, de Los Angeles et de Philadelphie. L'embargo de la ville de Miami contre Cuba, plus restrictif que l'embargo du gouvernement américain, est probablement, aussi, inconstitutionnel.

Les États américains n'ont pas complètement désarmé après ce jugement. D'autres approches s'offrent, comme une politique de désinvestissement mettant en jeu les caisses de retraite des entreprises traitant avec le Myanmar. Les États peuvent également obliger les sociétés commerciales à révéler leurs intérêts au Myanmar et faire adopter au Congrès une loi autorisant ce type de sanctions dans le futur. C'est dans cette perspective que dès le mois de décembre de la même année, l'État du Massachusetts fera voter une autre loi dont l'objectif est de faire pression contre la junte militaire au Myanmar⁵⁹. La loi ordonne le désinvestissement des caisses de retraite de l'État dans toute société commerciale transigeant avec ce pays. Ces investissements représentent 36 milliards de dollars sur trois ans⁶⁰.

La paradiplomatie et le nouvel « agenda » sécuritaire

Les États ne sont pas les seuls acteurs influents en matière de sécurité militaire. Les entités subétatiques sont appelées à jouer un rôle significatif, car elles possèdent un atout que les États centraux n'ont souvent pas : l'expertise. Avec la transformation des questions de sécurité, les autorités centrales commencent également à s'intéresser à des enjeux qui, auparavant, relevaient de la compétence des acteurs subétatiques. Dans de nombreux cas, les autorités locales ou régionales ont l'impression d'être plus efficaces que l'État national.

Les entités subétatiques sont devenues des acteurs importants dans la réduction de tensions entre communautés ethniques en raison des transformations connues dans le dossier de la sécurité militaire. Elles sont des acteurs crédibles de la diplomatie préventive, notamment en matière de mise en œuvre des politiques de sécurité humaine et de réta-

59. C. NOBLE, « Massachusetts seeks again to bar Myanmar business », *Reuters Internet edition*, December 8, 2000.

60. *Ibid.*

blissement de la paix. La paradiplomatie est aujourd'hui un instrument utile malgré ses limites pour rétablir la confiance entre les communautés et garantir la stabilité de certaines régions. De nombreux aspects des politiques de rétablissement de la paix relèvent du champ de compétence et d'expertise des acteurs subétatiques⁶¹.

Le rôle des entités subétatiques est considérable. Celles-ci possèdent souvent l'expertise nécessaire pour mettre ces actions en place. Le gouvernement du Québec est mieux placé que celui du Canada pour former et pour mettre sur pied des corps policiers compétents. Ce sont ses spécialistes qui formeront en partie les policiers haïtiens après le rétablissement de la paix en 1994. Les forces policières québécoises seront même mobilisées pour maintenir l'ordre et la sécurité des citoyens pendant la transition. Le ministère des Relations internationales, par l'action de son secrétariat à l'aide internationale, dispose d'un programme qui a permis de financer de nombreux projets de coopération internationale destinés à renforcer la société civile dans des pays dévastés par la guerre ou par des catastrophes naturelles. Le ministère des Relations internationales du Québec a ainsi appuyé des projets au Guatemala, dans les régions des Grands Lacs africains et au Nicaragua. En 2000, grâce à ce programme, 30 organismes québécois de coopération internationale ont réalisé 74 projets dans les pays les moins favorisés de la Francophonie, de l'Amérique latine et des Antilles⁶².

L'action des entités subétatiques peut également être considérable dans la surveillance des élections et pour établir un nouveau régime juridique. Leur utilité est reconnue dans le rétablissement des bases de certains systèmes judiciaires, dans la reconstruction des infrastructures de transport, l'établissement d'institutions financières et économiques nécessaires au développement économique. Depuis les années 90, en coopération avec le ministère des Affaires étrangères, le *Land* du Bade-Wurtemberg participe aux missions d'intervention humanitaire au Bangladesh, en Russie, en Bosnie-Herzégovine, au Burundi et en Tanzanie. Le gouvernement allemand est généralement favorable à l'intervention dans ces domaines où les *Länder* et l'État allemand agissent de concert et de façon complémentaire⁶³.

61. N. CORNAGO, «Diplomacy and Paradiplomacy in the Redefinition of International Security: Dimension of Conflict and Co-operation», dans F. ALDECOA et M. KEATING, *Paradiplomacy in Action. The Foreign Relations of Subnational Governments*, Frank Cass Publishers, Londres, 1999, p. 40 et suiv.

62. MINISTÈRE DES RELATIONS INTERNATIONALES, *Rapport annuel 1999-2000*, Publications du Québec, 2000.

63. M. NAGELSCHMIDT, *loc. cit.*, note 27, p. 683.

Conclusion

De nombreux spécialistes des relations internationales et du droit constitutionnel soutiennent que la conduite des relations internationales est le monopole des États souverains. Dans les régimes fédéraux, certains spécialistes, comme le professeur K.C. Wheare, affirment que le monopole des relations internationales est un pouvoir « minimal » de tout gouvernement fédéral⁶⁴. D'autres auteurs, comme R. Davis, affirment que les questions de relations internationales sont l'épicentre des régimes fédéraux⁶⁵. Les raisons pour lesquelles on accorde, du moins dans la théorie, aux gouvernements centraux le monopole des relations internationales sont évidentes. Le principe fédéral favorise en soi le maintien d'une politique étrangère unifiée et efficace. La centralisation des affaires étrangères constituait aussi une exigence du droit international, car l'existence d'un système politique centralisé a longtemps été considérée comme la condition nécessaire pour que l'État-nation assure le rôle que lui assignent le droit et la pratique internationale. En effet, sans l'existence d'un centre capable d'exercer le monopole de l'autorité sur son territoire et auquel les citoyens portent une allégeance prioritaire, les relations interétatiques sont sérieusement compromises. Or, aujourd'hui, il semble que le maintien et le respect d'un droit interétatique soient défiés alors que la légitimité et l'efficacité des diplomaties établies sont remises en question⁶⁶.

Comme nous l'avons constaté, avec le développement de paradiplomaties multiples, le monopole étatique sur lequel repose le système international westphalien est remis en cause par les entités subétatiques. L'État territorial n'est plus le seul acteur capable de s'engager contractuellement avec des acteurs internationaux, il n'est plus le seul à avoir accès aux organisations internationales. En outre, il ne détient plus le monopole (*gatekeeper*) de la représentation internationale du pays. La capacité de l'État de prendre des décisions obligatoires pour l'ensemble de la population d'un pays semble ainsi en partie affaiblie par la paradiplomatie. La paradiplomatie est devenue un élément incontournable de l'étude des relations internationales.

64. K.C. WHEARE, *Federal Government*, Oxford, Oxford University Press, 1967, p. 169-170.

65. R. DAVIS, « The Federal principle reconsidered », dans A. Widdavsky (ed.), *American Federalism in Perspective*, Little Brown, 1967, p. 7, cité par G. CRAVEN, « Federal constitutions and external relations », dans B. HOCKING (dir.), *Foreign Relations and Federal States*, Leicester University Press, Londres, 1993, p. 10.

66. B. BADIE et M.-C. SMOUTS, *Le retournement du monde, Sociologie de la scène internationale*, 3^e éd., Paris, Presses de sciences po et Dalloz, 1999, p. 29.

CHAPITRE 4

Politiques linguistiques et droits linguistiques

LES MODALITÉS LINGUISTIQUES DE FONCTIONNEMENT D'UNE ORGANISATION SUPRANATIONALE : LE CAS DE L'UNION EUROPÉENNE

par

Antoni MILIAN-MASSANA
Professeur de droit administratif
à la Universitat Autònoma de Barcelona

I. Introduction : les accords commerciaux internationaux et les politiques linguistiques des États et des entités subétatiques

Aujourd'hui les politiques linguistiques qui prétendent être véritablement efficaces doivent faire front à, et doivent avoir influence sur, trois niveaux : d'un côté, le niveau interne ou étatique; de l'autre, le niveau international régional (ou continental); et, finalement, le niveau international universel (ou mondial).

Jusqu'aux années 80, les règles sur l'usage des langues édictées par les autorités étatiques ou par les autorités subétatiques (les collectivités fédérées ou régionales) suffisaient en principe pour les protéger de façon efficace. Cependant, depuis ces dernières années un nombre considérable de normes portant sur l'usage des langues échappent à la seule décision des autorités étatiques ou subétatiques. Certaines de ces règles étant adoptées au sein des organisations internationales intergouvernementales ou des organisations supranationales, la volonté des États y perd de l'importance, surtout dans les organisations supranationales au profit desquelles les États renoncent à une partie de leur souveraineté. Quant aux autorités subétatiques, leur capacité d'influence sur les décisions des organisations en cause est normalement nulle, ou quasi nulle, étant donné qu'elles doivent se contenter habituellement de les influencer indirectement par l'entremise des États, lesquels ne sont pas toujours sensibles aux intérêts subétatiques. La capacité d'influence des autorités subétatiques est également négligeable en ce qui concerne les règles linguistiques qui se dégagent des traités internationaux multilatéraux. Enfin, dans la mesure où les politiques linguistiques sont souvent promues par les entités subétatiques, où normalement se parlent les langues moins répandues, ces politiques risquent de perdre leur efficacité à cause des interférences provoquées par les exigences linguistiques des instruments internationaux. En ce sens, il ne faut pas oublier que dans les dimensions continentale et mondiale, du fait que l'un des buts qui prédominent consiste en l'élimination des entraves

aux échanges de biens ou de services, le multilinguisme est facilement perçu comme une barrière à faire disparaître. Ainsi, des interventions en droit interne telles que les quotas des médias de radiodiffusion et de télédiffusion fondés sur la langue, les quotas à l'écran établis sur la base de la langue, les exigences linguistiques en matière de services professionnels, les subventions octroyées en tenant compte de critères linguistiques ou, encore, les exigences linguistiques en matière d'étiquetage, peuvent être soupçonnées d'enfreindre les traités internationaux multilatéraux qui créent une zone de libre-échange, une union douanière, un marché commun, une union économique ou une union monétaire¹.

En définitive, les politiques linguistiques se trouvent affectées par certains accords internationaux. Paradoxalement, elles sont affectées plutôt par les accords à caractère commercial que par des accords ou traités portant sur la protection des langues ou des minorités linguistiques, traités d'ailleurs assez rares².

D'autre part, le *seul* phénomène de l'intégration internationale accroît les difficultés de survie des langues moins répandues. En effet, dans ce nouveau contexte, les situations de langues en contact augmentent et, par conséquent, la compétition entre elles s'accroît, ce qui bénéficie aux langues les plus répandues qui sont les seules à relier un nombre important de locuteurs. Petit à petit, nous assistons à l'abandon des autres langues.

1. Sur les différences entre une zone de libre-échange, une union douanière, un marché commun, une union économique et une union monétaire, voir, par exemple, J. WOEHRLING, « Politique linguistique et libre-échange : l'incidence de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis sur la législation linguistique du Québec (à la lumière de l'expérience de la Communauté économique européenne) », dans *Contextes de la politique linguistique québécoise (Analyses juridique, démographique, économique et culturelle présentées au séminaire du Conseil de la langue française, du 12 au 14 novembre 1992)*, Québec, Publications du Québec, 1993 (Dossiers du Conseil de la langue française, n° 36), 79-123, en particulier p. 111. Pour les menaces que font peser les accords commerciaux internationaux sur les politiques linguistiques internes, voir, par exemple, I. BERNIER, « La préservation de la diversité linguistique à l'heure de la mondialisation », (2001) 42 *Les Cahiers de Droit* 913-960.
2. L'unique protection active au niveau international universel est probablement la protection prévue aux articles 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et 17, 29.1 (c), et 30 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*. Voir A. MILIAN-MASSANA, « Els drets lingüístics reconeguts universalment en el dret internacional », dans *Els drets lingüístics a la nova Europa. Actes del II Simposi internacional de llengües europees i legislacions*, Barcelona, Editorial Mediterrània, 1996, 154-176; Y. LE BOUTHILIER, « Réflexions sur les insuffisances des instruments internationaux relatifs à la langue », dans S. LÉGER (dir.), *Vers un agenda linguistique : regard futuriste sur les Nations Unies*, Ottawa, Centre canadien des droits linguistiques, 1996, p. 561-577. Au niveau international régional, plus précisément en Europe, nous trouvons déjà des instruments plus complets et plus efficaces. C'est le cas de la *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires* (STE n° 148) et de la *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales* (STE n° 157), deux traités élaborés à l'intérieur du Conseil de l'Europe.

II. Le cas de l'Union européenne

L'Union européenne poursuivant, entre autres objectifs, l'objectif d'établir une union économique et monétaire, il s'y pose la question de la compatibilité entre les mesures linguistiques adoptées au sein des États membres et les règles du marché intérieur (libre circulation des marchandises, libre circulation des travailleurs, liberté d'établissement, libre prestation des services, libre concurrence). Malgré que le droit communautaire prévoit peu de règles sur l'usage des langues, il n'en conditionne pas moins les politiques linguistiques internes des États membres. Toutefois, dans le cas communautaire européen, il faut encore tenir compte d'un nouvel élément linguistique, qui ne se trouve pas vraiment développé dans les autres accords commerciaux internationaux.

Les buts plus ambitieux de l'intégration européenne par rapport à d'autres accords commerciaux internationaux³ ont rendu nécessaire la création, dès le début, d'institutions supranationales capables d'édicter des normes directement applicables dans l'ordre juridique des États membres, c'est-à-dire des normes qui s'incorporent directement aux systèmes juridiques nationaux, entrant en vigueur par leur simple publication au *Journal officiel des Communautés européennes*⁴, sans requérir aucune « réception » ni aucune mesure étatique d'exécution.

Étant donné que les règlements et les autres actes communautaires de portée générale doivent être compris par tous les citoyens européens, la fixation des langues officielles et de travail des institutions communautaires devient donc une décision capitale. Afin de garantir l'intelligibilité des textes communautaires⁵, la détermination des langues officielles et de travail a été faite en accord avec le critère suivant : *toutes les langues qui ont un statut de langue officielle sur l'ensemble du territoire d'un État membre sans partager ce statut avec une autre langue acquièrent la con-*

3. Par exemple, par rapport à l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce* ou *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), accord international universel, ou par rapport à l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALÉNA), accord international régional.

4. *Journal officiel de l'Union européenne*, à partir de l'entrée en vigueur du Traité de Nice.

5. L'intelligibilité des actes communautaires pour les citoyens est une exigence incontournable qui découle des principes de la sécurité juridique et de l'égalité ou non-discrimination que tout État de droit doit respecter. La Cour de justice a incorporé dans l'ordre juridique communautaire des principes généraux du droit, parmi lesquels se trouvent le principe de la sécurité juridique et le principe d'égalité. L'interdiction des discriminations selon la nationalité, qui est une expression spécifique du principe d'égalité, est prévue à l'article 12 du traité CE. Le lien entre la sécurité juridique et l'intelligibilité linguistique a été souligné par la Cour de justice dans l'arrêt CJ CE 18 février 1975 (*Alfonso Farrauto c. Bau-Berufsgenossenschaft*, 66-74, Rec. 1975, 157, p. 163).

*dition de langue officielle et de travail des institutions communautaires. Lorsqu'un État membre reconnaît plus d'une langue officielle pour l'ensemble de son territoire ou pour les institutions et organes centraux de l'État et que l'une quelconque d'entre elles est déjà, du fait qu'elle l'est pour un autre État membre, langue officielle et de travail des institutions communautaires, les autres n'acquièrent pas cette condition*⁶.

En effet, ce critère garantit qu'au moins une des langues officielles de l'Union soit toujours en coïncidence avec une des langues officielles internes de n'importe quelle partie du territoire de l'Union. Par conséquent, le critère garantit que les textes du droit communautaire susceptibles de produire un effet direct soient publiés de manière compréhensible pour tous les citoyens des États membres. Le résultat de l'application du critère formulé est que, à l'heure actuelle, le nombre de langues officielles et de travail de l'Union européenne est de onze. La dernière rédaction donnée à l'article premier des Règlements n° 1 du Conseil, du 15 avril 1958, se lit comme suit : « Les langues officielles et les langues de travail des *institutions* de l'Union sont l'allemand, l'anglais, le danois, l'espagnol, le finnois, le français, le grec, l'italien, le néerlandais, le portugais et le suédois⁷. » C'est donc son caractère supranational, de même que l'applicabilité directe et l'effet direct de certains textes du droit communautaire, qui explique le fait que l'Union européenne reconnaisse un nombre si important de langues officielles et de travail, réellement surprenant par rapport au nombre d'États membres qui la composent.

6. Le critère a été déduit de la pratique suivie dans les actes concernant les conditions d'adhésion et les adaptations aux traités, actes qui suivent les traités relatifs aux adhésions de nouveaux États membres. Voir A. MILIAN-MASSANA, « Le régime linguistique de l'Union européenne : le régime des institutions et l'incidence du droit communautaire sur la mosaïque linguistique européenne », *Rivista di Diritto europeo*, n° 3, 1995, 485-512, p. 487-491.

7. Article premier du *Règlement n° 1 du Conseil, du 15 avril 1958, portant fixation du régime linguistique de la Communauté européenne*, et article premier du *Règlement n° 1 du Conseil, du 15 avril 1958, portant fixation du régime linguistique de la Communauté européenne de l'énergie atomique*, tels que modifiés par les actes d'adhésion qui se sont succédé en vertu de l'adhésion de nouveaux États membres. Les cinq institutions communautaires sont le Parlement européen, le Conseil, la Commission, la Cour de justice et la Cour des comptes. Il ne faut pas confondre le Conseil, institution des Communautés appelée « Conseil de l'Union européenne », avec le Conseil européen. Le Conseil de l'Union européenne est l'institution de l'Union où sont représentés les intérêts des États membres et il « est formé par un représentant de chaque État membre au niveau ministériel, habilité à engager le gouvernement de cet État » [art. 203 du traité CE (ex-art. 146)]. Le Conseil de l'Union européenne se réunit rarement au niveau des chefs d'État ou de gouvernement (en pratique, seulement lorsque le traité CE le prévoit expressément). Par contre, le Conseil européen « réunit les chefs d'État ou de gouvernement des États membres ainsi que le président de la Commission » [art. 4 du *Traité sur l'Union européenne* (traité UE)]. Le Conseil européen « donne à l'Union les impulsions nécessaires à son développement et en définit les orientations politiques générales » (art. 4 du traité UE).

Dans l'Union européenne, les règles du marché commun ne sont pas le seul facteur susceptible d'affecter les politiques linguistiques des États membres. Tout au contraire, le régime linguistique institutionnel de l'Union apparaît comme un autre facteur qui conditionne ces politiques linguistiques et qui peut s'avérer décisif pour l'avenir des langues parlées dans l'Union. Dans les pages qui suivent, nous essayerons de faire une brève analyse du régime linguistique de l'Union européenne. Cette analyse nous permettra, d'une part, de comprendre l'importance pour l'avenir des langues du fait de se voir reconnaître le statut de langues officielles et de travail des institutions de l'Union; d'autre part, de montrer que l'Union établit en pratique une hiérarchie linguistique entre les langues européennes, même entre les langues officielles et de travail malgré la proclamation formelle de leur égalité⁸.

III. Les langues officielles et de travail des institutions communautaires et de l'Union européenne⁹: l'égalité *de iure* et l'inégalité *de facto*

Pour les langues parlées dans l'Union, le fait de se voir reconnaître la condition de langues officielles et de travail est fondamental puisque les langues officielles sont, en principe, les seules langues admises pour les communications entre les institutions et les citoyens européens. En effet, conformément aux Règlements n° 1 du Conseil, les conséquences et les effets de ce statut sont les suivants : l'obligation pour les États membres ou

8. Nous laissons donc de côté la question de l'incidence des principes communautaires (libre circulation des marchandises, libre circulation des travailleurs, liberté d'établissement, libre prestation des services, libre concurrence) sur les politiques linguistiques nationales. La bibliographie sur ce sujet est déjà abondante. Voir, par exemple, B. DE WITTE, « Surviving in Babel? Language Rights and European Integration », dans Y. DINSTEIN et M. TABORY, *The Protection of Minorities and Human Rights*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, 277-300, p. 287-300; du même auteur, « The European Community and its Minorities », dans C. BRÖLMANN, R. LEFEBER et M. ZIECK (ed.), *Peoples and Minorities in International Law*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, 167-185, p. 175-180; I. BERNIER, *loc. cit.*, note 1, p. 935-946; A. MILIAN-MASSANA, *loc. cit.*, note 6, p. 506-509; C. BOCH, « Language Protection and Free Trade: The Triumph of the Homo McDonaldus? », (1998) 4 *European Public Law* 379-402; G. TOGGENBURG, « Diritto comunitario e tutela delle minoranze in Provincia di Bolzano. Due aspetti inconciliabili di un (unico) sistema? », dans J. MARKO, S. ORTINO et F. PALERMO (dir.), *L'ordinamento speciale della Provincia autonoma di Bolzano*, Cedam, 2001, 139-194; F. PALERMO, « The Use of Minority Languages: Recent Developments in EC law and Judgments of the ECJ », (2001) 8 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 299-318; A. FENET, « Diversité linguistique et construction européenne », (2001) 37 *Revue trimestrielle de droit européen* 235-269, p. 251-252.

9. Il convient de noter que les institutions de l'Union européenne sont en réalité les mêmes institutions que celles des Communautés (art. 5 du traité UE).

les personnes relevant de la juridiction d'un État membre de rédiger, à leur choix, dans l'une des langues officielles, les textes adressés aux institutions de l'Union; les institutions ayant l'obligation de rédiger leur réponse dans la même langue (art. 2); l'obligation des institutions de l'Union de rédiger les textes adressés à un État membre, ou à une personne relevant de la juridiction d'un État membre, dans la langue de cet État (art. 3); l'obligation de rédiger « Les règlements et les autres textes de portée générale » dans les onze langues officielles (art. 4); et finalement, l'obligation de publier le *Journal officiel des Communautés européennes* « dans les onze langues officielles » (art. 5).

Donc, l'égalité des onze langues officielles et de travail est garantie par les Règlements n° 1. D'autre part, les textes des traités communautaires établis dans chacune de ces langues font « également foi »¹⁰. En ce qui concerne les diverses versions linguistiques des textes de droit communautaire, la Cour de justice des Communautés européennes a reconnu leur égalité dans les termes suivants : « [...] les textes de droit communautaire sont rédigés en plusieurs langues et [...] les diverses versions linguistiques font également foi »¹¹. Par conséquent, selon la Cour, l'égalité juridique des différentes versions dans les langues officielles vise l'ensemble des textes légaux de droit communautaire et non seulement les traités.

Mettant en œuvre l'habilitation prévue à l'article 6 des Règlements n° 1, qui ne leur permet en aucun cas de faire des dérogations aux règles contenues dans ces règlements, le Conseil, la Commission et le Parlement européens ont établi dans leurs règlements intérieurs des règles linguistiques destinées à adapter le régime linguistique général aux exigences particulières de leur fonctionnement. Ces règles, qui cherchent à garantir le respect des Règlements n° 1 dans la procédure d'adoption des actes et des accords, tendent à assurer l'égalité de toutes les langues officielles et de travail¹². En pratique, l'égalité des langues officielles et de travail, qui est une exigence *de iure*, n'est pas toujours vraiment respectée *de facto*,

10. Voir, par exemple, l'article 314 (ex-art. 248) du *Traité instituant la Communauté européenne* (traité CE), et l'article 225 du *Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique* (traité CEEA). En vertu de ces articles, la version irlandaise des traités fait également foi.

11. CJ CE 6 octobre 1982 (*SrlCILFIT et Lanificio di Gavardo SpA c. Ministère de la santé*, 238/81, Rec. 1982, 3415) (nos italiques).

12. Voir les articles 14 du *Règlement intérieur du Conseil*, adopté par la *Décision du Conseil*, du 22 juillet 2002, portant adoption de son règlement intérieur (2002/682/CE, *Euratom*); 18 et 12, deuxième alinéa, du *Règlement intérieur de la Commission* [C(2000) 3614], du 29 novembre 2000; et 112.2, 117, 139.6, 149.1, 165.4 et 174.3 du *Règlement du Parlement européen* (14^e édition).

spécialement pour certaines tâches du Conseil et de la Commission¹³, ce qui a provoqué dans certains cas l'intervention de la Cour de justice¹⁴.

La Cour de justice des Communautés européennes, en tant qu'institution des Communautés et de l'Union, est aussi soumise au régime linguistique général. Sans pouvoir pour le moment approfondir, notons seulement que les langues de procédure sont toutes les langues officielles de l'Union plus l'irlandais¹⁵.

Pour compléter cet examen du régime juridique des langues officielles et de travail, nous devons encore citer l'alinéa 3 de l'article 21 du traité CE, qui se lit comme suit : « Tout citoyen de l'Union peut écrire à toute institution ou organe visé au présent article ou à l'article 7 dans l'une des langues visées à l'article 314 et recevoir une réponse rédigée dans la même langue¹⁶. »

Cet alinéa, récemment inséré par le Traité d'Amsterdam, introduit une règle linguistique matérielle qui ressemble à celle formulée par l'article 2 des Règlements n° 1. Ce qui me semble essentiel de souligner concernant l'alinéa 3 de l'article 21 est le fait que les langues concernées sont les langues visées à l'article 314 du traité CE, c'est-à-dire les onze langues officielles et de travail plus l'irlandais. Il s'agit de la nouveauté la plus importante. Donc, en vertu du nouvel alinéa 3 de l'article 21 du traité CE, l'irlandais devient une langue quasi officielle (voir *infra*).

Enfin, l'alinéa 3 de l'article 21, outre de viser toutes les institutions, vise aussi le médiateur, le Comité économique et social et le Comité des Régions. Cela nous confirme que ces trois *organes* sont liés par les règles des Règlements n° 1, ou par les principes qui se dégagent de ceux-ci, malgré que les *organes* cités ne soient pas de véritables *institutions*. L'obligation pour le Comité économique et social, le Comité des Régions et le médiateur de respecter le régime linguistique des institutions des Com-

13. Voir A. MILIAN-MASSANA, *loc. cit.*, note 6, p. 493, note 21, et la bibliographie citée. Certains documents destinés au Conseil, ou que le Conseil adopte de façon non officielle, ne sont rédigés que dans un petit nombre de langues, habituellement l'anglais et le français, et parfois en allemand. Pour des données sur l'usage des langues au sein des institutions, voir aussi C. TRUCHOT, « Langues et supranationalité en Europe : l'influence linguistique de l'Union européenne », dans J. MAURIS (dir.), *Géostratégies des langues*, revue *Terminogramme*, n°s 99-100, 2001, 231-248, p. 235-238.

14. Voir CJ CE 15 juin 1994 (*Commission des Communautés européennes c. BASF AG e.a.*, C-137/92P, Rec. 1994, I-2555, p. I-2629 et suiv.); CJ CE 15 juillet 1970 (*ACF Chemie-farma NV c. Commission des Communautés européennes*, 41-69, Rec. 1970, 661, p. 689); et CJ CE 10 février 1998 (*République fédérale d'Allemagne c. Commission des Communautés européennes*, C-263/95, Rec. 1998, I-441, p. I-477, point n° 27).

15. Pour plus de détails sur le régime linguistique de la Cour de justice et du Tribunal de première instance, voir A. MILIAN-MASSANA, *loc. cit.*, note 6, p. 494-496, et la bibliographie citée.

16. Du point de vue formel, l'article 21.3 du traité CE représente une nouveauté majeure, étant donné que c'est la première fois qu'une règle linguistique matérielle est explicitement introduite au niveau des traités communautaires.

munautés nous pose la question délicate de savoir si tous les autres *organes* des Communautés sont aussi visés par les règles des Règlements n° 1. La question est pertinente vu que l'article premier des Règlements n° 1 prescrit, comme nous le savons déjà, que « [l]es langues officielles et les langues de travail des *institutions* de l'Union sont [...] ».

IV. Les langues officielles et de travail des institutions dans les organes ou agences communautaires : l'inégalité de iure

Une analyse du régime linguistique de tous les organes ou agences dépasserait les limites de ce travail. Toutefois, pour répondre à la question de savoir si les *organes* des Communautés sont nécessairement visés par les règles des Règlements n° 1, il nous suffira d'examiner, parmi le grand nombre d'organes qui existent, les régimes linguistiques de la Banque centrale européenne et de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles).

Le régime linguistique de la Banque centrale européenne (ci-dessous BCE)¹⁷ est prévu à l'article 17 du règlement intérieur, règlement modifié le 22 avril 1999. En ce qui concerne les instruments juridiques de la Banque centrale, le règlement établit que les orientations et les instructions de la BCE sont notifiées dans l'une des langues officielles des Communautés européennes. Par contre, les orientations et les instructions devant faire l'objet d'une publication officielle ou de la publication au *Journal officiel des Communautés européennes* sont traduites dans toutes les langues officielles des Communautés. Les règlements et les instruments juridiques dont la publication a été expressément décidée sont aussi publiés au *Journal officiel des Communautés européennes* dans toutes les langues officielles des Communautés¹⁸. Quant à l'ensemble des actes juridiques, l'article 17.8 dit ceci : « Les principes énoncés par le Règlement n° 1 du Conseil du 15 avril 1958 s'appliquent aux actes juridiques de la BCE prévus à l'article 34 des statuts. » L'article s'en remet aux *principes*, mais non au Règlement n° 1 *in toto*; en outre, mention est faite des actes juridiques énumérés à l'article 34 des statuts, c'est-à-dire seulement les actes juridiques qui ont des effets *ad extra* et qui doivent être

17. La Banque centrale européenne est un organe communautaire singulier, qui est prévu dans les traités et dont la nature ressemble à la nature juridique des institutions communautaires (d'où le fait que la Banque centrale soit considérée comme une quasi-institution). Cependant, deux caractéristiques la distinguent des institutions : le fait qu'elle possède la personnalité juridique et le fait que son but soit spécifique.

18. Les règlements de la BCE doivent être publiés au *Journal officiel des Communautés européennes* de la même manière que dans le cas des règlements des institutions (art. 34.2 des *Statuts du Système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne*). Voir, en plus, l'article 17.7 du *Règlement intérieur de la Banque centrale européenne*.

notifiés ou publiés¹⁹. En résumé, dans la Banque centrale européenne, seule *une* langue de travail est garantie et seulement certains instruments juridiques et certains actes juridiques (les règlements, les décisions, les recommandations, les avis, les amendes et les astreintes) bénéficient des *principes* énoncés par les Règlements n° 1. La langue de travail qui a été choisie par la Banque centrale est l'anglais, comme elle l'a elle-même expressément reconnu²⁰. Ce choix ne fait que confirmer la prédominance de l'anglais dans les affaires et l'anglais se profile ainsi comme la première langue de l'Union. Le règlement intérieur de la Banque centrale européenne distingue *de iure*, et non seulement *de facto*, entre les langues officielles et les langues de travail, tout en établissant une hiérarchie linguistique.

L'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur est un organe communautaire personnalisé de nature tout à fait différente, compte tenu qu'il a été créé par le droit communautaire dérivé²¹. Tandis que le régime linguistique de la Banque centrale fait, *de iure*, la dissociation ou séparation entre les langues *officielles* et les langues de *travail*, en réduisant au minimum celles-ci, le régime linguistique de l'Office représente une rupture majeure : la rupture, *de iure*, de l'égalité entre les langues *officielles*.

En effet, l'article 115 du Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil dit que les langues de l'Office sont l'allemand, l'anglais, l'espagnol, le français et l'italien, après avoir établi que les demandes de marque communautaire peuvent être déposées dans l'une des langues officielles de la Communauté européenne. Le demandeur doit indiquer une deuxième langue, qui est une des langues de l'Office, et dont il accepte l'usage comme langue éventuelle de procédure pour les procédures d'opposition, de déchéance et d'annulation. Des règles complexes destinées à la détermination de la langue de procédure pour les trois procédures ci-dessus mentionnées complètent l'article 115. Ces règles sont telles que la langue de procédure est habituellement l'une des cinq langues de l'Office.

19. Pour le régime linguistique de la Banque centrale européenne, voir M. À. ORRIOLS I SALLÉS, *El Banco Central Europeo y el Sistema Europeo de Bancos Centrales. Régimen jurídico de la autoridad monetaria de la Comunidad Europea*, Thèse de doctorat en voie de publication, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2000, p. 514-515.

20. Voir l'arrêt TPI 18 octobre 2001 (*X c. Banque centrale européenne*, T-333/99, Rec. 2001, II-3021, p. II-3091 et II-3092, les points n°s 185 et 186, et aussi p. II-3042 à II-3045, les points n°s 11, 19, 20 et 22). Dans l'arrêt, le Tribunal de première instance considère comme équivalentes la procédure administrative disciplinaire et l'activité administrative interne de la Banque, ce qui me semble inacceptable étant donné la nature juridique différente des deux activités.

21. Voir le *Règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire*.

L'article 115 a fait l'objet de nombreuses critiques, soit pour des motifs de légalité, soit pour des motifs d'opportunité²². Cependant, le Tribunal de première instance a déclaré que l'égalité des langues officielles n'est pas un principe de droit communautaire et, par conséquent, que l'article 115 du Règlement n° 40/94 ne viole pas le traité CE²³. Il en résulte donc que le principe d'égalité des langues officielles doit être considéré comme un mythe, que le Tribunal de première instance a, pour l'instant, fait tomber.

La prolifération des organes ou agences n'est pas étrangère à la crise de l'égalité des langues officielles. Tout au contraire, les considérations d'efficacité qui y prévalent favorisent la réduction du nombre de langues utilisées²⁴. Si la réduction des langues de travail est certainement souhaitable, nous ne pouvons pas en dire de même pour celle des langues officielles, car la sécurité juridique et la non-discrimination pourraient s'en trouver enfreintes. Cependant, la réduction du nombre de langues officielles serait peut-être admissible dans le cas de procédures dans des secteurs ou des activités très spécialisés ou de technologie complexe, qui visent normalement des personnes morales, et non l'ensemble des citoyens européens.

V. Les autres langues parlées historiquement au sein de l'Union européenne

De l'ensemble des langues non officielles, l'irlandais et le luxembourgeois sont les seules langues qui obtiennent une reconnaissance²⁵. Les autres langues, comme nous le verrons plus loin, ne sont pas effectivement reconnues.

22. Voir, par exemple, E. Vos, « Les agences et la réforme de l'administration européenne », *Revue française d'administration publique*, n° 95, 2000, 393-410, p. 405-407. Malgré que certains auteurs parlent d'une réduction des langues de *travail*, à mon avis, il est clair que les effets *ad extra* de l'article 115 du règlement impliquent une réduction du nombre de langues *officielles*.

23. TPI 12 juillet 2001 [*Christina Kik c. Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles)*] (OHMJ), T-120/99, Rec. 2001, II-2235].

24. Sur la question des régimes linguistiques des agences, voir E. Vos, *loc. cit.*, note 22, p. 405-407. Selon l'auteur, « [i]l y a un danger réel que le développement des agences entraîne un contournement des règles procédurales complexes concernant les exigences linguistiques applicables aux institutions communautaires, remettant en cause la garantie constitutionnelle d'un traitement équitable des différentes langues. Il convient donc de trouver un équilibre entre efficacité et légitimité des régimes linguistiques des agences à l'aune de l'article 21 CE » (p. 407).

25. L'irlandais et le luxembourgeois sont, pour le moment, les seules langues officielles dans l'ensemble d'un État membre qui ne se voient pas reconnaître le caractère de langues officielles et de travail des institutions des Communautés. Voir *supra* le critère suivi pour la détermination des langues officielles et de travail.

Pour l'irlandais, la reconnaissance prend plusieurs formes. En premier lieu, certaines normes juridiques sont publiées dans une version en langue irlandaise à laquelle il est attribué la même valeur authentique qu'aux versions publiées dans les langues officielles. Parmi les normes dont le texte en irlandais fait « également foi » dans l'ordre juridique communautaire se trouvent, par exemple, les traités CE, CEEA, UE, d'Amsterdam et de Nice, l'*Acte unique européen* (l'AUE), les traités qui les ont modifiés, complétés ou adaptés, y compris les traités relatifs aux adhésions aux Communautés, et à l'Union, ainsi que les règlements de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance. En deuxième lieu, la publication occasionnelle du *Journal officiel des Communautés européennes* en langue irlandaise, lorsqu'il s'agit de numéros destinés à contenir la version irlandaise des dispositions dont le texte en irlandais fait « également foi » dans l'ordre juridique communautaire. En troisième lieu, la reconnaissance de l'irlandais comme langue de procédure de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. En quatrième lieu, l'irlandais fait partie, conjointement avec les langues officielles, des programmes linguistiques institués par les Communautés. Et finalement, la reconnaissance de l'irlandais comme une des langues dans lesquelles tout citoyen de l'Union peut écrire aux institutions, au médiateur, au Comité économique et social et au Comité des Régions, et recevoir une réponse rédigée dans cette même langue. Comme nous l'avons mentionné auparavant, cette dernière reconnaissance, introduite par le Traité d'Amsterdam et qui semble capitale, fait de l'irlandais une langue quasi officielle.

Pour le luxembourgeois, la reconnaissance est moindre et son inclusion automatique dans les programmes linguistiques des Communautés est la seule chose à souligner.

Quant aux autres langues, régionales ou minoritaires, parlées historiquement au sein de l'Union européenne, leur reconnaissance est pratiquement inexistante. Elle se limite à des résolutions du Parlement encourageant la protection de ces langues, résolutions dont la portée est très limitée étant donné leur caractère non obligatoire pour les États. Comme résultats les plus saillants de cette préoccupation pour les langues régionales ou minoritaires, on peut signaler qu'en se fondant sur les résolutions du Parlement européen en faveur des langues et cultures minoritaires, la Commission a créé un poste budgétaire (B3-1060) destiné à favoriser ces langues. Cependant, ce poste budgétaire a été récemment paralysé à cause de la jurisprudence générale de la Cour de justice sur les dépenses communautaires²⁶. Il faut également mentionner la création du Bureau européen pour les langues moins répandues et du réseau Mercator, et le fait que la Commission ait demandé divers rapports sur les langues minoritaires.

26. Pour cette jurisprudence voir, par exemple, CJ CE 12 mai 1998 (*Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Commission des Communautés européennes*, C-106/96, Rec. 1998, I-2729).

Quant aux langues européennes autres que les langues officielles et de travail des institutions qui sont officielles dans une partie du territoire d'un État membre, la reconnaissance est aussi presque inexistante²⁷. Pour ces langues régionales et officielles, le fait de ne pas se voir reconnaître la condition de langues officielles de l'Union européenne entraîne des dérogations sérieuses aux droits linguistiques qui leur sont reconnus par les législations internes. En effet, puisqu'elles sont langues officielles dans leur région, les citoyens ont le droit de les utiliser dans les procédures administratives devant les autorités régionales. Cependant, il y a des normes communautaires qui établissent que seules les langues officielles des Communautés doivent être utilisées dans certaines procédures administratives communautaires. Dans ces cas, dans les situations où, en raison du partage interne des compétences entre l'État et la région, la procédure doit être engagée par l'Administration régionale, les citoyens, à cause de l'exigence communautaire, ne pourront pas utiliser la langue régionale officielle. Ils devront nécessairement utiliser la langue officielle de l'État. La langue officielle de la région perd ainsi, dans le territoire régional, son caractère officiel²⁸.

27. Par exemple, dans le cas du catalan, qui est la langue régionale officielle la plus reconnue, la reconnaissance est limitée, principalement, à la *Résolution du Parlement européen, du 11 décembre 1990, sur la situation des langues dans la Communauté et celle de la langue catalane*. Conformément à cette résolution, le Parlement européen demande au Conseil et à la Commission d'œuvrer pour atteindre les objectifs suivants : « [...] — la publication en catalan des traités et des textes de base des Communautés, — la diffusion en catalan de l'information publique relative aux institutions européennes par tous les moyens de communication, — l'inclusion du catalan dans les programmes établis par la Commission pour l'apprentissage et le perfectionnement des langues européennes, — l'utilisation du catalan dans les relations orales et écrites avec le public au(x) Bureau(x) de la Commission des Communautés européennes dans les Communautés autonomes concernées [...] ». La vérité est que cette résolution du Parlement, à laquelle il manque une force contraignante pour le Conseil et la Commission, a été peu suivie. Plus encore, dans un domaine crucial pour la langue catalane comme celui de son inclusion « dans les programmes établis par la Commission pour l'apprentissage et le perfectionnement des langues européennes », les réalisations ont été nulles. Voir, par exemple, le point 2, lettre b, de l'« Action 1 : “Comenius” : enseignement scolaire », et le point 2 de l'« Action 4 : “Lingua” : enseignement et apprentissage des langues », qui se trouvent à l'annexe de la *Décision n° 253/2000/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 janvier 2000, établissant la deuxième phase du programme d'action communautaire en matière d'éducation « Socrates »*. L'exclusion du catalan des programmes pour l'apprentissage des langues est particulièrement inacceptable et incohérente du fait qu'en Catalogne la langue véhiculaire dans l'enseignement primaire et secondaire est normalement la langue catalane, et du fait que plus du 50 % des cours universitaires sont faits en catalan. Sur la langue véhiculaire de l'enseignement en Catalogne, voir, par exemple, A. MILIAN-MASSANA, « Le régime juridique de la langue catalane en Catalogne. La Loi 1/1998, du 7 janvier, du Parlement de la Catalogne sur la politique linguistique », dans E. BOIX-FUSTER, A. MILIAN-MASSANA (dir.), *Aménagement linguistique dans les pays de langue catalane*, revue *Terminogramme*, n°s 103-104, 2002, 151-170, p. 156-159.

28. Comme exemple intéressant de ce phénomène, nous pouvons mentionner les conséquences linguistiques de l'application en Catalogne de la norme communautaire en matière de contrôle météorologique CE. Voir A. MILIAN-MASSANA, *loc. cit.*, note 6, p. 511, note 81.

En somme, pour les langues autres que les langues officielles et de travail des institutions de l'Union, il y a au moins cinq facteurs communautaires qui rendent encore plus difficile leur survie, déjà affaiblie par la seule addition de la dimension européenne. Ces facteurs sont : le manque de toute reconnaissance institutionnelle effective (exception faite pour l'irlandais); leur traitement habituellement inégalitaire par rapport aux langues officielles de l'Union dans le droit communautaire dérivé, malgré qu'il ne soit pas indispensable; leur exclusion des programmes linguistiques de l'Union pour l'apprentissage des langues (sauf dans le cas de l'irlandais et du luxembourgeois); l'effet négatif sur le caractère officiel interne dans le cas des langues régionales officielles; et, enfin, les effets linguistiques de la liberté du commerce.

VI. Les programmes linguistiques de l'Union européenne

Les États n'ont pas accordé de compétences en matière linguistique ni aux Communautés européennes ni à l'Union. Par conséquent, la seule compétence linguistique des Communautés et de l'Union est celle de fixer les règles sur l'usage des langues au sein de leurs institutions et de leurs organes et la compétence d'établir les aspects linguistiques qui sont accessoires aux règles de la liberté du commerce. Cependant, de nombreux programmes linguistiques ou des programmes qui prévoient des mesures concernant l'usage des langues ont été adoptés par les institutions communautaires sur la base des articles 149 (ex-art. 126), 150 (ex-art. 127), 151 (ex-art. 128) et 157 (ex-art. 130) du traité CE²⁹. Ces programmes peuvent constituer l'embryon d'une politique linguistique communautaire³⁰. Cependant, plus souvent qu'autrement, ils ne réussissent

29. Voir, par exemple, la *Décision n° 2001/48/CE du Conseil, du 22 décembre 2000, portant adoption d'un programme communautaire pluriannuel visant à encourager le développement et l'utilisation du contenu numérique européen sur les réseaux mondiaux ainsi qu'à promouvoir la diversité linguistique dans la société de l'information*; la *Décision n° 253/2000/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 janvier 2000, établissant la deuxième phase du programme d'action communautaire en matière d'éducation « Socrates »*; la *Décision n° 508/2000/CE du Parlement européen et du Conseil, du 14 février 2000, établissant le programme « Culture 2000 »*; la *Décision n° 1934/2000/CE du Parlement européen et du Conseil, du 17 juillet 2000, établissant l'Année européenne des langues 2001*; la *Décision 2000/821/CE du Conseil, du 20 décembre 2000, portant sur la mise en œuvre d'un programme d'encouragement au développement, à la distribution et à la promotion des œuvres audiovisuelles européennes (MEDIA Plus — Développement, Distribution et Promotion) (2001-2005)*.

30. Il convient de se souvenir que les programmes communautaires se trouvent dans la genèse de certaines des compétences qui ont plus tard été enchâssées dans le traité CE. C'est le cas, par exemple, de la matière de l'environnement. Voir L. PAREJO ALFONSO, « Origen y desarrollo del Derecho medioambiental en el ordenamiento comunitario europeo », dans J. PICÓN RÍSQUEZ, *Derecho medioambiental de la Unión Europea*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, 41-69, p. 42-51.

pas à favoriser l'égalité entre les langues européennes. D'un côté, certains programmes ont exclu *expressis verbis* les langues autres que les langues officielles et de travail (à l'exception de l'irlandais et du luxembourgeois)³¹; d'un autre côté, la majorité des programmes, bien qu'ils soient destinés à promouvoir le multilinguisme communautaire, ne bénéficient normalement qu'aux langues officielles les plus répandues.

À mon avis, il est indispensable et urgent que les institutions communautaires encouragent une réflexion destinée à rendre plus équitable la politique linguistique de l'Union. L'élargissement des Communautés prévu pour l'année 2004 et les travaux de la Convention européenne constituent d'excellentes occasions pour le faire. Toutefois, pour le moment, aucune des deux opportunités n'a été saisie³².

VII. Considérations finales

Avant les conclusions, nous tenterons de faire des suggestions destinées à corriger les abus les plus graves de la hiérarchie linguistique communautaire.

La sécurité juridique exige que le critère appliqué jusqu'à présent pour décider quelles langues acquièrent la condition de langues officielles des institutions de l'Union soit maintenu, même pour les pays candidats à l'adhésion. La réduction du nombre de langues officielles obligerait les États concernés à traduire les dispositions et les actes destinés à leurs citoyens, ce qui supposerait un simple transfert du coût, mais ajouterait le préjudice du manque de fiabilité des normes et le risque d'altérer, avec la dispersion des centres de traduction, l'application uniforme du droit communautaire. Par contre, le nombre de langues de travail doit être résolument réduit³³.

En ce qui concerne les langues qui n'ont pas le statut de langues officielles des institutions de l'Union, les institutions européennes devraient

31. Voir *supra*, note 27.

32. Par exemple, l'Union à 25 États membres rendra encore plus inéquitable la situation du catalan. Le nombre de locuteurs du catalan (6,470 millions) est supérieur au nombre de locuteurs du danois (5,150) et du finnois (4,722), langues déjà officielles des institutions communautaires, et bien supérieur au nombre de locuteurs du slovaque (5,498), du lituanien (3,049), du slovène (1,819), du letton (1,402), de l'estonien (0,948) et du maltais (0,360), langues qui se verront en principe reconnaître le statut de langues officielles des institutions de l'Union.

33. Toutes les propositions faites en vue de modifier le régime linguistique de l'Union portent sur les langues de travail. Voir, par exemple, M.-P. HEUSSE, « Le multilinguisme ou le défi caché de l'Union européenne », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 426, 1999, 202-207, p. 205-207.

faire de sérieux efforts pour en garantir l'usage et la conservation. Ainsi, les institutions européennes devraient prendre en compte, entre autres, certaines des mesures suivantes³⁴: a) faire en sorte de ne pas établir de différences de régime dans le droit dérivé entre les langues officielles et les langues non officielles, sauf lorsque cela est indispensable; b) inclure de manière proportionnée les langues non officielles, afin de ne pas opérer de discrimination, dans les programmes linguistiques européens qui ont pour but l'apprentissage et la diffusion des langues pour favoriser les communications entre les citoyens de l'Union; c) éviter les discriminations indirectes, en garantissant aux ressortissants membres d'une minorité linguistique d'un État membre de se voir toujours reconnaître, au moins, les droits linguistiques que ce même État reconnaît, comme conséquence de l'application des principes du droit communautaire, aux ressortissants d'un autre État membre; d) favoriser l'adoption de mesures destinées à éviter que les exigences linguistiques des procédures administratives d'origine communautaire provoquent des dérogations à l'exercice des droits linguistiques qui résultent du caractère officiel des langues régionales officielles; e) admettre l'octroi d'aides économiques par les États pour la protection des langues minoritaires dans la mesure où elles sont raisonnables et proportionnées³⁵, et procéder directement à l'adoption de mesures de soutien économique destinées à protéger et promouvoir l'emploi des langues régionales ou minoritaires; et f) inclure, pour certaines activités communautaires, les langues européennes non officielles de l'Union ayant une plus grande diffusion.

Au-delà des modifications qu'il conviendrait de faire aux traités instituant les communautés et au traité UE, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes peut jouer aujourd'hui un rôle déterminant dans la réalisation des objectifs qui viennent d'être mentionnés. Le libellé des articles 151 (ex-art. 128), 149 (ex-art. 126) et 87 (ex-art. 92) du traité CE, tel qu'il en résulte des modifications introduites par les traités UE et d'Amsterdam, permettrait à la Cour de faire des interprétations qui s'accordent avec les mesures indiquées. D'autre part, la Cour ne peut ignorer l'article 22 de la *Charte des droits fondamentaux de*

34. Les six mesures qui suivent dans le texte avaient déjà été proposées il y a sept ans dans mon travail « Le régime linguistique de l'Union européenne... », *loc. cit.*, note 6, p. 510-511. Malgré le passage du temps, elles sont encore d'actualité.

35. Dans une certaine mesure, cette possibilité peut être considérée comme recueillie dans la lettre d) insérée par le traité UE à l'ancien article 92, par. 3, du traité CE (maintenant art. 87, par. 3). Voir B. DE WITTE, « The European Community and its Minorities », dans C. BRÖLMANN, R. LEFEBER et M. ZIECK (dir.), dans *Peoples and Minorities in International Law*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 167, aux p. 177-180.

l'Union européenne, qui impose le respect de la diversité linguistique, et ce malgré la nature juridique singulière de la Charte³⁶.

Enfin, la reconnaissance des langues autres que les langues officielles de l'Union devrait varier, selon l'importance de la langue, entre, d'une part, l'adoption d'un ou de plusieurs des objectifs contenus dans la résolution du Parlement européen du 11 décembre 1990 et, d'autre part, l'attribution d'un statut semblable à celui dont dispose actuellement la langue irlandaise. À mon avis, c'est justement un statut semblable à celui de la langue irlandaise qui devrait en principe être octroyé au catalan, dans la mesure où celui-ci ne se voit pas reconnaître la condition de langue officielle des institutions de l'Union, qui est la condition qui devrait en réalité lui correspondre, en tant que langue parlée par plus de 6 millions de personnes, langue parlée dans trois États membres et langue officielle dans trois régions³⁷.

Parmi les modifications qu'il faudrait introduire aux traités afin de garantir une meilleure protection des langues, il y aurait, à mon avis, la substitution de la règle de l'unanimité de l'article 151 du traité CE (ex-art. 128) par la règle de la majorité qualifiée. Par ailleurs, la future Constitution pour l'Europe devrait contenir une disposition établissant le devoir de l'Union quant à la promotion de la diversité linguistique, ainsi que sa protection. Cette disposition renforcerait l'article 22 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* dans la mesure où elle permettrait explicitement l'adoption de mesures protectrices positives.

Le coût financier du multilinguisme communautaire est un des principaux arguments utilisés pour justifier les entorses et atteintes au principe de l'égalité des langues. S'il est vrai que le coût « linguistique » représente un pourcentage considérable des coûts administratifs, le coût financier des services de traduction et d'interprétariat ne représente, en

36. La nature juridique et les effets possibles de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* sont des questions qui échappent à l'objet de cette étude. Cependant, quelle que soit la réponse, il est évident que la Charte inspire, ou doit inspirer, toutes les décisions communautaires. Sur la nature juridique de la Charte, voir, par exemple, B. DE WITTE, « The Legal Status of the Charter: Vital Question or Non-Issue? », (2001) 8 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 81-89. Pour la genèse de la Charte, voir G. DE BÚRCA, « The drafting of the European Union Charter of fundamental rights », (2001) 26 *European Law Review* 126-138; L. MARTÍN-RETORTILLO, « Para una afirmación de los derechos fundamentales de la Unión Europea », (2000) 57 *Revista del Poder Judicial* 31-49. Il convient de signaler que l'article 22 de la Charte ne garantit pas la non-discrimination fondée sur la langue. La non-discrimination est déjà protégée par l'article 21. Par conséquent, l'étendue de l'article 22 couvre des mesures protectrices positives. Voir S. CASTELLÀ, « La protecció de les minories per la Unió Europea », dans *El dret a la diversitat lingüística. Reflexions al voltant de l'article 22 de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea*, Barcelona, Ed. Mediterrània, 2002, 47-74, p. 72-74.

37. Il faut indiquer que rien n'empêche le Conseil, statuant à l'unanimité, de modifier le critère qui a été suivi pour fixer les langues officielles, et ainsi de pouvoir reconnaître le statut de langues officielles à d'autres langues parlées dans l'Union.

réalité, qu'un pourcentage relativement peu élevé du budget global de la Communauté et un pourcentage insignifiant par rapport au Produit intérieur brut (PIB) communautaire. En réalité, le coût n'arrive pas à deux euros par citoyen européen et par année³⁸.

VIII. Conclusions

1. Malgré l'égalité des langues proclamée par l'Union, une hiérarchie à l'intérieur du groupe des langues officielles et de travail s'impose petit à petit. L'ordre de cette hiérarchie est le suivant : en premier, l'anglais; ensuite, le français et l'allemand; puis l'espagnol et l'italien; et, finalement, les six autres langues officielles et de travail. Le régime linguistique de l'Union ne fait que s'accommoder de la réalité linguistique inégalitaire existant dans l'Union européenne, ce qui favorise à son tour l'inégalité entre les langues européennes.

2. La primauté des critères étatiques dans l'Union a conduit à l'abandon quasi total des langues régionales et minoritaires. Ce fait a pour conséquences des situations inéquitables qu'il faut corriger. Il convient de conférer une certaine proportionnalité à la hiérarchie linguistique communautaire. Pour l'instant, l'expérience nous montre que le multilinguisme de l'Union est davantage l'expression des exigences des principes de la sécurité juridique et de l'égalité que l'expression d'une véritable volonté de multilinguisme.

3. L'application stricte du critère de détermination des langues officielles et de travail des institutions communautaires à une éventuelle Union formée, par exemple, par les trois parties de l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALENA), ferait de l'anglais et de l'espagnol les seules langues officielles et de travail de cette Union. Le français ne se verrait pas reconnaître un tel statut³⁹. Les conséquences pour le français pourraient être graves. Une norme similaire à la règle relative à l'étiquetage des denrées alimentaires contenue dans la directive 2000/13/CE du Parlement européen et du Conseil, du 20 mars 2000, empêcherait l'exi-

38. « In that year [1999], the total cost of the interpreting and translation services for all the institutions combined was € 685,9 million. Divide this by the population of the European Union, which is about 370 million, and you get a figure for the annual cost to each citizen of less than € 2, which is about the price of a cup of something in a café. This figure will not change much when more languages are introduced, since there will always be an increase in population and taxpayers when a new country joins. The cost of translation and interpreting every year is less than 1 % of the total budget for running the EU institutions and all the Union's policies. » K. CUNNINGHAM, *Translating for a larger Union — can we cope with more than 11 languages?*, p. 6, [En ligne], [http://www.europa.eu.int/comm/translation/reading/articles/pdf/2001_cunningham.pdf] (25 novembre 2002).

39. Cependant, en faveur de la reconnaissance du français, on pourrait invoquer que l'anglais n'est pas compris par tous les *citoyens* canadiens. En effet, une certaine proportion de la population québécoise est unilingue francophone.

gence de l'étiquetage en français à l'intérieur du Canada et, par conséquent, au Québec⁴⁰. Voilà un autre exemple qui nous montre que le seul critère de détermination des langues officielles et de travail qui s'applique dans l'Union européenne est insatisfaisant⁴¹.

40. Au Canada, en vertu du *Règlement sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation*, les renseignements devant figurer sur l'étiquette doivent être indiqués en anglais et en français.

41. Dans une Union instituée entre tous les États des Amériques, le français pourrait se voir reconnaître la condition de langue officielle parce qu'elle est déjà langue officielle en Haïti. Mais cette reconnaissance dépendrait de la condition octroyée au créole. D'autre part, il ne faut pas oublier que dans l'ensemble du continent américain, le français est parlé par à peine 2% de la population. Voir C. FRÉCHETTE, *Les enjeux et les défis linguistiques de l'intégration des Amériques*, Québec, Conseil de la langue française, 2001, p. 8. Aux pages 52 et 53 de ce texte, on peut trouver une liste des langues officielles des pays des Amériques.

LES DROITS LINGUISTIQUES AU CANADA : UN NOUVEAU PARADIGME

par

Daniel PROULX

Professeur à la Faculté de droit
de l'Université d'Ottawa

Dans l'invitation que les organisateurs de ce colloque nous lançaient, on nous posait, entre autres, les questions suivantes : « À quoi peut être mesurée la qualité de la cohabitation entre minorités et majorité ? La capacité de cohabiter de citoyens issus d'aires culturelles différentes est-elle mieux assurée dans le cadre de normes fixes et susceptibles de s'imposer à tous sur la longue durée ou, au contraire, par la redéfinition continue de ces normes de références qui invite le débat sur les conditions de la diversité à une conception évolutive de la normativité ? »

Ces questions me paraissent extrêmement judicieuses parce qu'elles posent tout le dilemme auquel ont dû faire face les tribunaux canadiens en matière de droits linguistiques au Canada depuis près d'un siècle. Certes, la Constitution canadienne a fixé (ou « enchâssé ») un certain nombre de garanties en matière de droits linguistiques susceptibles d'assurer leur réalisation sur la longue durée au profit des minorités historiques, à savoir les francophones ainsi que, au Québec, les anglophones **(I)**. Toutefois, la jurisprudence canadienne est marquée depuis ses débuts par une valse-hésitation incessante entre la théorie du compromis politique favorisant une interprétation stricte de normes jugées immuables (sous réserve de modifications constitutionnelles formelles générées par les acteurs politiques eux-mêmes) et celle des droits fondamentaux militant pour une interprétation contextuelle et évolutive de ces mêmes normes **(II)**.

Comme nous le verrons, la tendance lourde depuis une décennie va dans le sens de la redéfinition continue des normes linguistiques par la voie jurisprudentielle. Pour ce faire, les magistrats canadiens se sont mis récemment à la recherche de principes constitutionnels susceptibles d'insuffler aux droits linguistiques une dimension nouvelle ainsi qu'une capacité d'évolution et d'adaptation à des rapports minorité-majorité toujours en tension. En ce sens, il n'est pas exagéré, je crois, de parler d'un nouveau paradigme juridique en matière d'interprétation des droits linguistiques au Canada **(III)**.

I. Les textes constitutionnels

Un rappel succinct des principales normes constitutionnelles en matière linguistique paraît ici nécessaire pour la compréhension de mon propos. Enchâssées principalement, mais non exclusivement, dans deux lois constitutionnelles, soit celles de 1867 et de 1982, ces dernières reconnaissent des droits linguistiques à géométrie variable au Canada quant à leur contenu, d'une part, et quant à leur champ d'application d'autre part. En d'autres termes, la teneur de ces normes varie d'une province à l'autre de sorte qu'un groupe minoritaire de langue officielle peut jouir de certains droits linguistiques s'il se trouve dans certaines provinces, mais non s'il a pris racine dans d'autres provinces. Toutes ces variations s'expliquent bien sûr par le poids politique relatif de chacune de ces minorités au moment de l'entrée de leur province respective dans la fédération canadienne.

Tout d'abord, l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit, pour l'essentiel, des obligations de bilinguisme dans les domaines législatif et judiciaire pour le Québec et le gouvernement fédéral. La législation fédérale et québécoise doit être adoptée en français et en anglais (chaque parlementaire ayant le droit d'utiliser la langue de son choix pendant les débats) et les tribunaux fédéraux et québécois doivent fonctionner dans ces deux langues. On remarquera ici que seule la province de Québec est liée par des obligations visant à protéger sa minorité linguistique (anglophone) aux termes de cette disposition, encore que deux autres provinces, le Manitoba et le Nouveau-Brunswick, soient tenues aux mêmes prescriptions linguistiques en matière législative et judiciaire en vertu d'autres lois constitutionnelles¹.

Ensuite, la *Loi constitutionnelle de 1982* contient un chapitre spécial consacré aux langues officielles, chapitre constitué des articles 16 à 23 et enchâssant des normes linguistiques obligatoires non seulement dans les domaines législatif et judiciaire, mais également en matière de services administratifs et scolaires.

Côté législatif et judiciaire, la règle du bilinguisme est réitérée pour le Parlement fédéral, mais elle est imposée pour la première fois à la province du Nouveau-Brunswick pour le bénéfice de sa population acadienne, qui compte pour environ 30 % de sa population. En ce qui concerne les communications avec l'Administration publique, la Loi de 1982 confère au « public », et c'est une première sur le plan constitutionnel, le droit à l'emploi de l'une ou l'autre des deux langues officielles tant avec les insti-

1. Il s'agit de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* (qui a été ignorée et violée systématiquement par cette province pendant plus d'un siècle, comme nous le verrons plus loin) et des art. 16 à 19 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour le Nouveau-Brunswick.

tutions fédérales² qu'avec les institutions néo-brunswickoises. Enfin, l'article 23 garantit aux minorités linguistiques de langue officielle de toutes les provinces le droit à un enseignement et à des établissements scolaires dans leur langue dans la mesure où elles sont suffisamment nombreuses pour justifier la prestation, à même les fonds publics, de ce droit. On prendra bonne note de ceci toutefois : si cette norme impose des obligations linguistiques à tous les gouvernements provinciaux en principe, et c'est la seule à le faire du reste dans tout l'arsenal constitutionnel canadien, en pratique la condition relative à un nombre suffisant d'élèves de la minorité fait varier considérablement sa portée d'une province à l'autre en fonction des concentrations relatives de citoyens faisant partie de la minorité linguistique dans chacune de ces provinces³.

Il existe aussi, bien évidemment, des textes de nature législative qui prévoient des droits linguistiques spécifiques pour les minorités francophones et anglophone tant au niveau fédéral⁴ qu'au niveau provincial. À ce dernier niveau, c'est surtout au Québec⁵ et dans les provinces limitrophes de l'Ontario⁶ et du Nouveau-Brunswick⁷ que des normes spécifiques et tangibles existent soit pour combler les vides de toute protection constitutionnelle (c'est le cas de l'Ontario), soit pour compléter les garanties constitutionnelles (au fédéral, au Québec et au Nouveau-Brunswick).

II. L'interprétation des textes : une longue valse-hésitation

A) Premier temps : la lettre qui tue

Il n'est pas exagéré de dire que le premier arrêt ayant eu un impact majeur en matière linguistique fut caractérisé par une interprétation froide, littérale et désincarnée de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il s'agit

2. Aux termes du par. 20(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le droit à l'emploi de l'une ou l'autre langue est inconditionnel lorsqu'il est exercé pour communiquer avec l'Administration centrale, mais il n'est reconnu, en région, que là où la langue officielle en question fait l'objet d'une demande importante ou encore là où la vocation du bureau régional le justifie.

3. Voir en ce sens : P. FOUCHER, « Les droits scolaires des minorités linguistiques », dans G.-A. BEAUDOIN et E.P. MENDES (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 1996, p. 941; Y. LEBOUTHILLIER, « L'affaire Mahé et les droits scolaires : difficultés de mise en œuvre d'un droit proportionnel aux effectifs d'une minorité », (1990) 22 *Ottawa L.R.* 77.

4. Voir p. ex. : *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985), ch. 31 (4^e suppl.).

5. Voir p. ex. : *Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11. Malgré son titre, cette loi prévoit notamment des droits spécifiques pour la minorité anglophone à des écoles dans sa langue et le droit de communiquer dans sa langue avec les institutions gouvernementales québécoises.

6. Voir p. ex. : *Loi sur les services en français*, L.R.O., ch. F32.

7. Voir p. ex. : *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*, L.N.-B., ch. O-1.

de l'affaire *Mackell*⁸, rendue au début du XX^e siècle, et dans laquelle le Comité judiciaire du Conseil privé, tribunal britannique de dernier ressort ayant alors juridiction sur le Canada, a entériné une mesure législative ontarienne interdisant l'usage de la langue française dans les écoles séparées catholiques protégées par l'article 93 au profit de la minorité francophone de cette province en 1867.

La Cour a rendu jugement en refusant de voir tout lien entre religion et culture (langue y compris) dans l'interprétation de cette disposition constitutionnelle. Elle s'est ainsi exclusivement référée à la lettre de l'article 93 qui garantit le maintien d'écoles *confessionnelles* (catholiques en l'occurrence) dans les provinces où une loi en reconnaissait l'existence avant 1867, omettant par conséquent de tenir compte du contexte historique et du rôle-clé qu'a toujours joué la religion en Ontario en tant qu'outil de protection de la minorité francophone. De sorte que l'interprétation littérale privilégiée dans l'arrêt *Mackell* a véritablement conduit à la négation du droit à des écoles françaises dont jouissait la minorité francocatholique de l'Ontario même avant l'Union fédérale, comme cela avait été implicitement entendu par les parties à l'origine⁹. L'article 93 était en effet destiné à assurer l'existence d'écoles protestantes au Québec pour la protection de sa minorité anglophone et d'écoles catholiques en Ontario pour la survie de sa minorité francophone.

Cette injustice a été corrigée par la voie royale de la révision constitutionnelle de 1982 comme on le verra plus loin. Toutefois, du point de vue jurisprudentiel, il faudra attendre plus d'un demi-siècle et l'abolition du recours au Conseil privé en 1949 pour assister à un revirement majeur dans l'approche des tribunaux en matière d'interprétation de normes linguistiques de la Constitution canadienne.

B) *Deuxième temps : l'esprit qui vivifie*

La décennie 1975-1985 a été marquée par une interprétation large, libérale et évolutive de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette phase a débuté avec l'arrêt *Jones*¹⁰ dans lequel un citoyen du Nouveau-Brunswick hostile aux droits linguistiques contestait la validité constitutionnelle de la *Loi sur les langues officielles*, adoptée par le Parlement fédéral en 1969, parce qu'elle prévoyait le droit à des services administratifs fédéraux bilingues dans sa province. Selon lui, ces disposi-

8. *Trustees of the Roman Catholic Separate Schools for the City of Ottawa c. Mckell*, [1917] A.C. 62.

9. Voir en ce sens le jugement du juge Gonthier dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'instruction publique (Québec)*, [1993] 2 R.C.S. 511, aux p. 529-530 et celui de la juge Wilson dans le *Renvoi relatif au projet de loi 30 (Ontario)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, aux p. 1173-1174. Voir aussi *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, (2001) 56 O.R. (3d) 577, par. 82-86.

10. *Jones c. P.G. du Canada*, [1975] 2 R.C.S. 182.

tions législatives étaient inconstitutionnelles parce qu'elles allaient bien au-delà de ce que l'article 133 imposait au gouvernement fédéral en matière linguistique, cette norme devant être considérée comme étant fixe et limitée au bilinguisme législatif et judiciaire. Rejetant une approche aussi restrictive, la Cour suprême du Canada statua alors que l'article 133 constituait un « plancher, non un plafond » en ce qui concerne les obligations linguistiques imposées au gouvernement fédéral. De sorte que celui-ci demeure libre de faire évoluer à la hausse, à son rythme et à son gré, les droits linguistiques des minorités linguistiques partout au Canada dans ses domaines de compétence. Le principe du caractère progressif de la législation favorable aux droits linguistiques minoritaires, principe « enchâssé » par la suite dans la *Loi constitutionnelle de 1982* à son paragraphe 16(3), était donc affirmé pour la première fois dans l'affaire *Jones* en 1975.

La portée de l'article 133 au Québec a ensuite été testée dans les affaires *Blaikie* au tournant des années 80¹¹. Un citoyen anglophone y contestait la validité des dispositions de la *Charte de la langue française* adoptées par le législateur québécois en 1977, lesquelles disposaient que toute mesure de nature législative ou réglementaire devait être adoptée dans la seule langue française au Québec. Ladite Charte prévoyait l'établissement d'une version anglaise par la suite, mais précisait qu'en cas de conflit avec la version originale française, seule cette dernière avait force de loi. Adoptant une interprétation large et libérale de l'article 133, la Cour suprême du Canada a d'abord jugé qu'en ce qui concernait la langue de la législation, les dispositions de la Charte se trouvaient en contradiction flagrante avec la lettre de l'article 133 qui indique clairement que les « Acts »¹², c'est-à-dire les lois, de la législature québécoise doivent être bilingues. Il est vrai que cette disposition constitutionnelle n'oblige le législateur québécois qu'à « imprimer et publier » ses lois en français et en anglais et que la *Charte de la langue française* respectait cette obligation au pied de la lettre en assurant l'impression et la publication d'une version anglaise des lois. Cependant, comme le lui a rappelé la Cour, « ce qui doit être imprimé et publié dans les deux langues, ce sont les "lois", et un texte ne devient "loi" que s'il est adopté »¹³. En outre, ajoutera le plus haut tribunal, puisque l'article 133 prévoit que les « records and journals », c'est-à-dire les archives, comptes rendus et procès-verbaux de l'Assemblée, doivent être bilingues, la législature ne pourrait se conformer à cette prescription constitutionnelle si les projets de loi n'étaient déposés et adoptés que dans la seule langue française.

11. *P.G. du Québec c. Blaikie* (n° 1), [1979] 2 R.C.S. 1016 et *P.G. du Québec c. Blaikie* (n° 2), [1981] 1 R.C.S. 312.

12. Le second paragraphe de l'art. 133 se lit en effet comme suit : « The Acts of the Parliament of Canada and of the Legislature of Quebec shall be printed and published in both those Languages. »

13. *Blaikie* n°1, *supra*, note 11, p. 1022.

Poursuivant sur sa lancée, la Cour suprême a statué dans les arrêts *Blaikie* que l'article 133 vise non seulement les « lois » de la législature, comme se contente pourtant de l'exiger le texte explicite de cette disposition, mais également certaines formes de législation déléguée, à savoir les règlements adoptés par le gouvernement québécois lui-même, un groupe de ministres (le Conseil du Trésor par exemple) ou un ministre ainsi que les règlements pris par d'autres organismes administratifs dans la mesure où leur entrée en vigueur est soumise à l'approbation du gouvernement, d'un groupe de ministres ou d'un ministre du gouvernement. Cette interprétation large, généreuse et évolutive se justifie, selon la Cour, par l'évolution même qu'ont connue nos institutions au cours des ans. Dans notre régime constitutionnel fondé sur la responsabilité ministérielle de type britannique, l'intégration du gouvernement au Parlement est devenue telle qu'on ne peut, de façon réaliste, qu'assimiler les mesures prises par le gouvernement à celles qui ont été adoptées par la législature. En effet, l'hégémonie qu'a fini par exercer, avec le temps, l'exécutif sur le législatif dans ce type de régime parlementaire fait en sorte que « l'obligation imposée par l'article 133 [...] serait tronquée si l'on interprétait cet article de façon à ne pas le rendre applicable à ces règlements »¹⁴. Comme on le voit, la position de la Cour suprême du Canada se démarque donc nettement de celle du Conseil privé britannique par son ancrage dans le réel et par son souci d'assurer aux minorités une garantie conforme à l'évolution des institutions.

Enfin, pour clore cette décennie 1975-1985, notre Cour suprême a fait preuve d'une hardiesse digne de mention dans le fameux *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*¹⁵. Dans cette affaire « extrême », si on me permet d'utiliser ce qualificatif sportif, la Cour eût à se prononcer sur la validité d'une loi manitobaine *omnibus*, à savoir une loi de 1890 qui interdisait l'emploi de la langue française dans les lois et les tribunaux de cette province, alors que la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, c'est-à-dire le texte constitutionnel qui avait créé et annexé cette province au Canada, comportait une disposition équivalente à l'article 133 au profit de sa minorité francophone. Déclarer cette disposition invalide signifiait que toutes les lois manitobaines adoptées après 1890 étaient frappées de nullité et que toutes les institutions mises sur pied dans cette province depuis un siècle devenaient illégales du jour au lendemain! Bref, une telle déclaration judiciaire d'inconstitutionnalité allait forcément entraîner rien de moins que le chaos et un vide juridique catastrophique au Manitoba!

Déterminée à ce que les droits linguistiques conférés aux Franco-Manitobains par la Constitution soient respectés, la Cour suprême confirma néanmoins l'invalidité des prescriptions de la loi manitobaine de 1890 interdisant l'emploi du français et ordonna à la législature de réadop-

14. *Blaikie* n° 2, *supra*, note 11, p. 320-321.

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

ter toutes ses lois toujours en vigueur dans les deux langues officielles dans un délai de deux ans. Pendant cette période transitoire, et pour éviter un vide juridique incompatible avec un autre principe constitutionnel cardinal, celui de la primauté du droit qui requiert le maintien en tout temps d'un cadre normatif dans l'État, la Cour décida que les lois inconstitutionnelles seraient malgré tout maintenues en vigueur.

C) *Troisième temps: retour à la lettre qui tue*

À partir de 1986, la Cour suprême a décidé soudainement de faire un virage à 180 degrés en ce qui concerne l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 133 et à sa disposition jumelle applicable au Nouveau-Brunswick, l'article 19 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ce virage vise l'emploi des langues devant les tribunaux. Dorénavant, prévient le juge Beetz pour la majorité dans les arrêts *MacDonald*¹⁶ et *Société des Acadiens*¹⁷, les juges devront faire preuve de « retenue », c'est-à-dire de la plus grande réserve, dans l'interprétation des droits linguistiques garantis par la Constitution dans le domaine judiciaire.

C'est ainsi que, s'en tenant strictement à la méthode littérale, la Cour suprême du Canada est arrivée à la conclusion que le droit constitutionnel d'une partie de s'adresser à un tribunal dans la langue officielle de son choix n'incluait pas le droit d'être compris par le juge présidant ledit tribunal! Le raisonnement tenu était alors le suivant: « [...] ce qui est garanti par l'article 133, c'est la liberté de choix plutôt que le droit d'utiliser sa propre langue¹⁸. » L'article 133 ne reconnaît donc aucun droit auquel correspondrait une obligation de l'État, « il n'impose aucune obligation correspondante à l'État, ni à personne d'autre »¹⁹. En effet, selon la lettre de cette disposition constitutionnelle, la liberté de choisir sa langue est accordée uniquement à celui qui prend la parole, oralement ou par écrit, et cette liberté est reconnue tant au juge lui-même qu'aux parties. La lecture la plus stricte et la plus implacable de l'article 133 dicte donc qu'il ne protège que le droit du justiciable de s'exprimer dans la langue de son choix, non celui d'être compris par le juge, puisque celui-ci jouit simultanément du même droit. Il va donc sans dire qu'ainsi interprété, l'article 133 ne confère aucun droit d'obtenir un procès dans la langue officielle de son choix.

Qu'est-ce qui a bien pu amener la Cour suprême à adopter une interprétation aussi figée et étriquée des normes linguistiques en matière judiciaire? Il faut distinguer, je crois, deux ordres de considérations: les juridiques et les politiques.

16. *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 461.

17. *Société des Acadiens c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549.

18. *MacDonald*, *supra*, note 16, p. 486-487.

19. *Ibid.*

Du point de vue juridique, la Cour a alors insisté sur l'idée que les droits linguistiques ne constituent pas de véritables droits fondamentaux comparables à ceux qu'on trouve dans la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁰. Ainsi, contrairement aux garanties judiciaires comme le droit à l'avocat ou le droit à un interprète pour un accusé qui ne comprend pas la langue utilisée dans les procédures, lesquels se définissent par leur caractère individuel et universel, les droits linguistiques sont de nature très particulière en ce qu'il s'agit de droits socioculturels octroyés aux membres de certains groupes uniquement et non à tous, de droits spécifiques à l'histoire et à la géographie canadiennes et de droits qu'on ne peut opposer qu'au gouvernement fédéral ou à certains gouvernements provinciaux. En fait, ces derniers droits, conclura la Cour, ont été et demeurent au Canada le fruit d'un « compromis politique » arraché difficilement par les acteurs en cause et il ne convient pas d'en élargir la portée par la voie d'une interprétation jurisprudentielle large et évolutive. En revanche, une telle interprétation convient tout à fait aux garanties juridiques de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce que celles-ci tendent à être « plus fécondes parce qu'elles se fondent sur des principes »²¹. Du point de vue de la protection des minorités, la position de la Cour est évidemment déplorable, mais encore et surtout elle paraît juridiquement indéfendable si l'on considère que le caractère fondamental des principaux droits linguistiques a été consacré au Canada par leur incorporation dans la *Charte canadienne des droits et libertés* nonobstant leur nature relative et culturelle²².

C'est pourquoi on doit plutôt se tourner du côté politique pour comprendre la position de la Cour. Celle-ci ne peut s'expliquer que par le souci de ne pas exacerber les tensions linguistiques, souvent très vives au Canada, par une interprétation qui heurterait la majorité. Pour des raisons

20. Cette position correspond de fait à celle du droit international qui ne reconnaît aucun droit à un ressortissant d'un État d'utiliser la langue de son choix avec les institutions publiques. Voir: *Ballantyne, Davidson et McIntyre c. Canada*, communications 359/1989 et 385/1989, 31 déc. 1993; Rapport du Comité des droits de l'homme, Doc. Off. A.G. 48^e session, supp. No 40, p. 337-356, doc. N.-U. A/48/40 (1993). Un État ne peut toutefois interdire de façon discriminatoire l'usage d'une langue en particulier dans les rapports verticaux entre individus et gouvernements: *Diergaardt c. Namibie*, communication 760/1997, Doc. N.U. CCPR/C/69/D/760/1997 (6 déc. 2000). De sorte qu'il n'existe pas, en droit international, de droits linguistiques à communiquer avec les instances étatiques en l'absence de législation positive à cet effet dans un État. Les droits linguistiques, à cet égard, sont donc à distinguer nettement des libertés fondamentales, dont la liberté d'expression en particulier. Voir aussi J. WOEHRLING qui conclut dans son *Rapport général sur le droit des minorités en droit public interne* aux Journées mexicaines de l'Association Henri-Capitant tenues à Mexico et à Oaxaca en mai 2002 que la situation juridique n'est guère différente dans le droit interne des États: « [...] les droits fondamentaux ne sont pas interprétés, du moins dans les pays ayant fait l'objet d'un rapport, comme obligeant l'État à faire une certaine place aux langues minoritaires dans le fonctionnement de ses services publics... »

21. *Société des Acadiens*, *supra*, note 17, p. 578.

22. C'est ce que finira par admettre la Cour suprême treize ans plus tard dans l'affaire *Beaulac*, comme nous le verrons plus loin.

d'insécurité culturelle, la majorité francophone s'inquiète toujours au Québec de tout élargissement des droits linguistiques de sa minorité anglophone dotée d'une force d'attraction au moins aussi grande, sinon plus grande, que la sienne. Ailleurs au Canada, l'octroi même de droits linguistiques pour les minorités francophones est souvent perçu comme un irritant par la majorité anglophone, qui comprend mal pourquoi une minorité devrait bénéficier d'un traitement distinct. De plus, la politique officielle du multiculturalisme qui, depuis son enchâssement en 1982, a signé la mort du biculturalisme, a eu pour effet de reléguer aux oubliettes toute velléité de reconnaître au Québec un rôle ou un statut distinct en tant que foyer culturel des francophones au Canada, et elle est en passe d'achever le peu de bilinguisme qui reste dans les provinces à majorité anglophone au Canada. Dans un État multiculturel, en effet, toutes les minorités (et toutes les langues minoritaires) ne doivent-elles pas être sur le même pied? C'est, en tout cas, l'avis de beaucoup de Canadiens²³, même si une telle position fait bon marché de l'histoire canadienne et de la présence d'un peuple d'expression française au Canada bien avant la Conquête britannique.

D) *Quatrième temps : retour à l'esprit qui vivifie*

À compter de 1990, la Cour suprême procède à un nouveau changement de cap en revenant au principe de l'interprétation large, généreuse, contextuelle et évolutive des normes constitutionnelles en matière linguistique.

C'est ainsi que dans les affaires *Mahé*²⁴ et *Arsenault-Cameron*²⁵, qui traitaient du refus de gouvernements provinciaux anglophones de mettre sur pied des écoles françaises ou de reconnaître le droit de la minorité à la gestion de ces écoles, la Cour suprême du Canada reconnaîtra aux minorités linguistiques des droits très importants. Non seulement le droit à l'enseignement et à des établissements d'enseignement dans la langue de la minorité est-il confirmé, et ce, selon des critères d'évaluation du nombre suffisant d'élèves très favorables aux francophones²⁶, mais

23. Ce n'est cependant pas l'avis de tous les Canadiens. Voir p. ex. : C. TAYLOR, « The Politics of Recognition », dans A. GUTMAN (dir.), *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, Princeton (N.J.), P.U.P., 1994, p. 25.

24. *Mahé c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342.

25. *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3.

26. Le calcul du nombre suffisant s'établit à partir de l'évaluation du nombre d'élèves qui, *en définitive*, se prévaudront du programme d'enseignement ou de l'établissement réclamé. Pour déterminer ce nombre, il faut d'abord établir à combien de personnes s'élève la demande actuelle, c'est-à-dire le nombre d'enfants qui se prévaudront immédiatement de l'enseignement dans la langue de la minorité, puis quelle est la demande potentielle, soit le nombre d'élèves qui pourraient éventuellement, avec une bonne publicité et des efforts de recrutement soutenus par exemple exercer le droit à l'instruction envisagé. Une fois ces deux paramètres établis, le nombre d'enfants qui se prévaudront *en définitive* du droit constitutionnel garanti par l'art. 23 est un moyen terme entre la demande actuelle et la demande potentielle. *Mahé*, *supra*, note 24, p. 384-386.

également leur droit de gérer eux-mêmes ces établissements malgré le silence complet de l'article 23 sur la question.

Le choix de l'interprétation large et libérale de l'article 23 fut fondé sur l'impératif, en matière de droits constitutionnels fondamentaux, d'aborder ces normes en fonction de leur objet et du contexte. En l'espèce, la Cour a estimé que le but de l'article 23 était de remédier à l'érosion progressive des minorités linguistiques. L'identification d'un tel but réparateur est évidemment un élément-clé du changement d'attitude de la Cour. Il s'ensuit alors que cette disposition constitutionnelle doit donner aux minorités un accès égal à des établissements scolaires ou à un enseignement dans leur langue. Égalité qui, par ailleurs, ne doit pas être abordée de façon formelle, mais plutôt s'entendre de l'application d'un traitement différent et adapté s'il le faut, et doit éviter les comparaisons inadéquates avec la majorité dont la situation démographique et économique n'est pas comparable²⁷.

Enfin, comme les droits scolaires des minorités linguistiques ont une dimension collective évidente, la Cour statuera en 2000, dans l'affaire *Arsenault-Cameron*, que contrevient à l'article 23 la décision ministérielle de pourvoir au transport scolaire de certains élèves francophones dans un autre district scolaire, alors que leur nombre justifiait la mise sur pied d'une école dans leur propre district. Dans cette affaire, la décision du ministre était pourtant fondée sur l'objectif de regrouper les francophones dans une école plus populeuse afin de leur permettre d'avoir accès à davantage de services. La Cour a néanmoins jugé cette décision inconstitutionnelle parce que l'article 23 oblige les gouvernements à tenir compte non seulement des bénéfices individuels des droits à l'enseignement, mais également des bénéfices collectifs visés par ces droits, à savoir les avantages importants que procure la présence d'un établissement scolaire au sein d'une communauté linguistique minoritaire. De plus, le caractère collectif des droits conférés par l'article 23 signifie que ce genre de décision doit revenir non pas au gouvernement provincial, mais à la minorité linguistique elle-même²⁸.

Comme on le voit, les revirements jurisprudentiels de la Cour suprême du Canada en matière de droits linguistiques ne sont ni légers, ni anodins. On passe, en quelques années seulement, de la théorie des normes fixes et rigides à celle des normes souples et évolutives, puis on revient en force à la première pour retourner avec conviction à la seconde, le tout en un temps record !

27. Mahé, *id.*, p. 364; *Arsenault-Cameron*, *supra*, note 25, par. 27 et 31.

28. *Arsenault-Cameron*, *id.*, par. 29-30.

III. Un nouveau paradigme : la protection des minorités en tant que principe constitutionnel fondamental

La question qu'on peut se poser devant cette valse-hésitation jurisprudentielle incessante est celle-ci : la dernière tendance large et évolutive favorable aux droits des minorités linguistiques est-elle passagère ou, au contraire, indicative d'une ère nouvelle et durable en matière d'interprétation des droits linguistiques ? Il semble bien que, cette fois, la position récente de la Cour suprême s'inscrit dans la longue durée pour une raison évidente : elle s'appuie sur un changement de paradigme interprétatif qui ne pourra qu'avoir pour effet de rendre très difficile dorénavant les reculs majeurs que nous avons vus.

C'est dans un avis extrêmement important rendu par la Cour suprême du Canada en 1998, soit le *Renvoi sur la sécession*²⁹, que cette dernière a en effet « découvert » et énoncé pour la première fois dans l'histoire constitutionnelle canadienne l'existence d'un nouveau principe constitutionnel (dit « non écrit » ou « sous-jacent ») : la protection des minorités. La découverte de ce nouveau principe constitutionnel est susceptible, à mon avis, de modifier complètement la donne en matière de droits linguistiques. En effet, les principes constitutionnels, qu'ils soient « écrits » (comme le partage fédéral des compétences établi dans les lois et proclamations constitutionnelles) ou « non écrits » (comme la primauté du droit, la démocratie ou l'indépendance de la magistrature « découvertes » au fil des ans par les tribunaux et énoncées par eux), ont une force normative puissante, soit à titre de règles de droit exécutoires, soit en tant que fondements ou valeurs d'autres droits et obligations constitutionnels³⁰.

Qu'en est-il du principe constitutionnel non écrit de la protection des minorités ? Peut-il engendrer, comme le font en France les « principes à valeur constitutionnelle » reconnus par la Cour constitutionnelle³¹, des droits (en l'occurrence linguistiques) supplémentaires aux droits négociés avec soin et inscrits dans les textes constitutionnels ? Permet-il aux juges d'ajouter des garanties linguistiques à celles qui sont déjà prévues dans la Constitution écrite ? Une telle possibilité est bien sûr souhaitée par les représentants des minorités au Canada³², mais elle soulève évidemment

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

30. *Id.*, p. 249.

31. Voir p. ex. : Cons. const., Déc. n° 94-343/344, J.O. 29 juillet 1994, p. 11024. Dans cette décision, la Cour constitutionnelle a élevé au rang de principe à valeur constitutionnelle le principe de dignité, à savoir « la sauvegarde de la dignité humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation ». Sur ce concept, voir M.-L. PAVIA, « Le principe de dignité de la personne humaine : un nouveau principe constitutionnel », dans CABRILLAC, FRISON-ROCHE et RIVET (dir.), *Droits et libertés fondamentaux*, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1997, p. 99.

32. Voir en ce sens M. COUSINEAU, « Le Renvoi sur la sécession du Québec : la résurrection des droits linguistiques au Canada », (1999) 11 *National Journal of Const. Law* 147, aux p. 160 et 165.

le spectre du gouvernement des juges et, partant, la question de l'intégrité d'un autre principe constitutionnel cardinal : la nécessaire séparation, en démocratie, des pouvoirs législatif et judiciaire. Pour répondre à ces questions délicates, il faut d'abord se pencher sur le rôle, la portée et l'effet juridiques des principes sous-jacents de la Constitution canadienne.

A) *Le rôle et la portée des principes constitutionnels sous-jacents*

Dans le *Renvoi sur la sécession* de 1998 et dans le *Renvoi sur la rémunération des juges de la Cour provinciale* rendu un an plus tôt, la Cour suprême du Canada a mentionné que les principes constitutionnels non écrits jouent deux grands rôles : ils permettent soit de guider les tribunaux dans l'interprétation des textes constitutionnels (par exemple : la répartition des compétences entre le gouvernement fédéral et les provinces fédérées, les droits et libertés ou le rôle des institutions), soit de combler les vides ou les lacunes de ces textes³³.

Le premier rôle assigné aux principes non écrits ne pose aucun problème ; on peut même dire qu'il est assez évident et naturel pour un tribunal d'avoir recours à des valeurs et principes sous-jacents ou implicites pour interpréter des normes explicites. Cependant, le second rôle des principes non écrits, celui de « combler les vides des textes », paraît plus problématique. En effet, qu'est-ce qu'un vide ? Cette question a déjà fait couler beaucoup d'encre en doctrine canadienne³⁴.

Au sens large, une lacune ou un vide peut être entendu comme étant tout ce qu'on a omis d'inscrire dans le texte ou encore toutes les situations que la norme explicite ne vise pas. Abordé de cette façon, le rôle du principe constitutionnel non écrit consisterait alors à conférer aux juges le pouvoir de continuer eux-mêmes la rédaction des textes, là où le législateur constitutionnel s'est arrêté. Ainsi, par exemple, comme les lois constitutionnelles de 1867 ou de 1982 ne prévoient aucun droit linguistique pour la minorité francophone de l'Ontario ou de la Nouvelle-Écosse, il y aurait là un vide que le principe implicite de la protection des minorités permettrait au pouvoir judiciaire de combler. Celui-ci serait alors autorisé à reconnaître à ces minorités les mêmes droits que ceux qui ont été expli-

33. *Renvoi sur la sécession*, *supra*, note 29, p. 249 ; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, p. 69 et 75.

34. Voir p. ex. : J. LECLAIR, « Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles », (2002) *Queen's L.J.* 389 ; R. ELLIOTT, « References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada's Constitution », (2001) 80 *R. du B. can.* 67 ; M. WALTERS, « The Common Law Constitution of Canada: Return of *Lex non Scripta* as Fundamental Law », (2001) 51 *Univ. of Toronto Law J.* 91 ; S. CHOUDRY, « Unwritten Constitutionalism: Where do Things Stand? », (2001) 35 *Rev. can. de droit comm.* 113 ; P. MONAHAN, « The Public Policy Role of the Supreme Court of Canada and the Secession Reference », (1999) 11 *National Journal of Const. Law* 65.

citement accordés aux minorités linguistiques du Québec, du Nouveau-Brunswick et du Manitoba par ces lois constitutionnelles.

Il est vrai que la Cour suprême a mentionné dans le *Renvoi sur la sécession* que les principes non écrits sont non seulement investis d'une force normative puissante, mais qu'ils peuvent également, « dans certaines circonstances, donner lieu à des obligations juridiques substantielles, posant des limites substantielles à l'action gouvernementale ». La Cour a toutefois fixé une importante limite à la portée juridique des principes non écrits : ils ne peuvent contredire la loi en tant que telle ou être incompatibles avec elle³⁵. En d'autres termes, le texte explicite de la Constitution l'emporte toujours sur un principe implicite.

Voilà pourquoi la Cour fédérale a rejeté, en 1998 dans l'arrêt *Sanson*³⁶, la prétention selon laquelle seraient inconstitutionnelles les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoyant que les sénateurs du Parlement canadien ne sont pas élus mais nommés par le gouverneur général jusqu'à l'âge de 75 ans. Cet argument reposait évidemment sur le principe constitutionnel non écrit du caractère démocratique des institutions et de l'État canadiens. S'appuyant sur le *Renvoi sur la rémunération des juges*, la Cour fédérale rappela avec raison qu'en cas d'incompatibilité entre le texte écrit explicite (à caractère oligarchique en l'occurrence) et le principe non écrit (à contenu démocratique), c'est le second qui doit céder, non l'inverse.

Par ailleurs, comme il faut également tenir compte de deux autres principes constitutionnels cruciaux, soit la suprématie de la Constitution et la séparation des pouvoirs, ce ne peut être que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, à mon sens, qu'un principe non écrit permette à un tribunal de découvrir et d'imposer de nouvelles garanties de fond non prévues dans les textes comme tels.

Ainsi, par exemple, dans le *Renvoi sur la sécession*, la Cour suprême a statué que le principe non écrit de la démocratie devait, en cas de volonté exprimée clairement par la population d'une province à l'occasion d'un référendum en faveur de sa sécession du Canada, générer une obligation constitutionnelle nouvelle. S'agissant là de circonstances tout à fait exceptionnelles et non envisagées par les textes constitutionnels, la Cour s'est dite d'avis que les autres parties à la fédération devaient alors avoir, en démocratie, l'obligation constitutionnelle de négocier de bonne foi la sécession avec la province en question (ce qui implique, forcément, que le refus de négocier constituerait un geste inconstitutionnel).

35. *Renvoi sur la sécession*, *supra*, note 29, p. 249. Voir aussi : *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565, p. 594 et *Renvoi sur la rémunération des juges*, *supra*, note 33, p. 68.

36. *Sanson c. Canada*, (1998) 10 Admin. L.R. (3d) 178.

Cela dit, le principe démocratique non écrit n'a pas d'effet, et n'en a du reste jamais eu, sur les référendums en général, comme la Cour suprême l'a rappelé dans son *Renvoi sur la sécession*³⁷ et comme la Cour d'appel du Québec l'a confirmé dans son récent arrêt sur les fusions municipales³⁸. Le droit constitutionnel, aussi clair que bien établi à ce sujet, doit l'emporter sur un principe non écrit : de par le texte explicite des articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le pouvoir législatif appartient en exclusivité aux élus fédéraux et provinciaux dans la fédération canadienne et tout référendum ne saurait avoir en conséquence que valeur consultative. Un référendum ne produit donc, en temps normal, aucune obligation juridique et ne peut en aucune façon limiter la souveraineté des parlements élus³⁹.

B) *Le rôle et la portée du principe de la protection des minorités*

Qu'en est-il alors de la portée du principe constitutionnel de la protection des minorités dans le domaine des droits linguistiques? Deux décisions méritent d'être examinées à cet égard : les affaires *Lalonde* et *Beaulac*.

1. *L'affaire Lalonde*⁴⁰

Cette importante décision, mieux connue sous le nom de l'affaire de l'Hôpital Montfort, a été rendue par la Cour d'appel de l'Ontario le 7 décembre 2001. Dans cet arrêt, la Cour a jugé illégale et inconstitutionnelle la décision du gouvernement ontarien de réduire de façon draconienne les services offerts par l'hôpital Montfort, le seul hôpital entièrement francophone en Ontario, situé à Ottawa. Voilà une décision

37. *Renvoi sur la sécession*, *supra*, note 29, par. 87.

38. *Ville de Baie d'Urfée c. Québec*, [2001] R.J.Q. 2520; [2001] J.Q. No 4821 (QL). Dans cette affaire, Baie d'Urfée, qui était l'une des 27 municipalités qui ont été fusionnées à la Ville de Montréal en vertu de la Loi sur les fusions municipales, contestait sa fusion au motif, entre autres, qu'une telle mesure faite à l'encontre de la volonté des résidents de Baie d'Urfée contrevient au principe démocratique protégé par la Constitution. La Cour d'appel lui a répondu que la souveraineté, sur les questions municipales, appartenait en exclusivité aux législatures provinciales en vertu de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et qu'aucun référendum ne pouvait avoir d'effet juridique empêchant l'application de la loi provinciale dans ses champs de compétence.

39. Il est intéressant de noter ici, comme le fait voir Jean Leclair, note 34, qu'en dehors de la problématique de la sécession du Québec, seul le principe constitutionnel non écrit de l'indépendance de la magistrature a permis aux tribunaux d'imposer aux gouvernements des obligations juridiques de fond, et ce, il faut bien le noter, uniquement en matière de fixation de la rémunération des juges. Toutes les autres prétentions des juges liées à l'interprétation et à l'application du principe de l'indépendance de la magistrature ont été rejetées par la Cour suprême. De là à dire que la rémunération de nos magistrats est, aux yeux de ces derniers, une affaire aussi grave et exceptionnelle que le démantèlement de la fédération canadienne, il n'y a qu'un pas...

40. *Supra*, note 9.

qui a pris bien des Canadiens par surprise et pour cause : la Constitution canadienne ne prévoit, d'une part, aucun droit linguistique dans le domaine de la santé où que ce soit au Canada et, d'autre part, ne confère aucun droit linguistique, dans quelque domaine d'activité que ce soit, dans la province de l'Ontario.

On a donc invoqué, entre autres arguments⁴¹, le principe constitutionnel non écrit de la protection des minorités et invité la Cour d'appel à « combler les vides » des textes constitutionnels en les étendant, d'une part, à la province de l'Ontario et, d'autre part, au domaine hospitalier. Voici la réponse non équivoque que la Cour d'appel a servie aux représentants des Franco-Ontariens :

Cette démarche [combler les vides] ne sous-entend pas... que le juge s'arroge le rôle de Constituant, ce qui serait inacceptable. [...] Les principes non écrits de la Constitution ne confèrent pas aux juges le mandat de récrire le texte de la Constitution⁴².

Voilà une rebuffade pour le moins abrupte mais pleinement justifiée de la part de la Cour. Une telle façon d'aborder le rôle des principes non écrits est non seulement inacceptable dans un État démocratique fondé sur la séparation des pouvoirs politique et judiciaire, mais aussi incompatible avec la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. La Cour d'appel estimera, à bon droit, que la fonction de « combler les vides » assignée à un principe constitutionnel non écrit doit se limiter à adopter l'interprétation du texte constitutionnel qui soit la plus conforme à la logique sous-jacente du texte existant, puis à s'appuyer sur cette logique pour compléter le texte constitutionnel⁴³.

41. La Cour a en effet rejeté les arguments des Franco-Ontariens fondés sur le droit à l'égalité devant la loi (art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*) et sur le principe de progression vers le bilinguisme (par. 16(3) de la Charte). Sur l'art. 15, on a d'abord statué qu'il ne trouvait pas application en l'espèce parce qu'il s'agissait d'une revendication de droits linguistiques, lesquels constituent des droits spéciaux reconnus à un groupe particulier en dérogation du principe général d'égalité. Quant au par. 16(3), le principe de progression qui y est contenu empêchait les gouvernements, selon l'argument présenté, de régresser et d'abroger les droits linguistiques qu'ils avaient consentis à leur minorité. La Cour d'appel a opposé une fin de non-recevoir à cet argument, affirmant au contraire qu'il « n'existe aucun droit constitutionnel à la préservation d'une mesure prise volontairement, même si cette mesure s'accorde avec les valeurs prônées par la Charte ou favorise ces valeurs » (par. 94). En conséquence, l'hôpital « n'est pas constitutionnellement protégé par le par. 16(3) et l'Ontario peut [...] modifier le statut de Montfort en tant qu'hôpital communautaire sans contrevenir au par. 16(3) » (par. 95). À mon avis, la position de la Cour d'appel est tout à fait en accord avec les enseignements de la Cour suprême du Canada tant pour ce qui est de l'art. 15 qu'en ce qui concerne le par. 16(3) de la Charte.

42. *Lalonde, supra*, note 9, par. 120-121.

43. *Id.*, par. 119. La théorie de la logique sous-jacente a été proposée par Monahan, *supra*, note 34, p. 75-77. Voir aussi en ce sens : BRUN et TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 2002, p. 214-217 et 852-853.

Qu'est-ce à dire? Deux exemples tirés de la jurisprudence de la Cour suprême peuvent illustrer la portée de cet enseignement. Ainsi, dans le *Renvoi sur la rémunération des juges de la Cour provinciale*⁴⁴, la Cour suprême a ajouté au texte constitutionnel écrit, l'article 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* en l'occurrence, des garanties de sécurité financière pour les juges nommés par les provinces, alors que ces garanties ne sont accordées qu'aux juges nommés par le gouvernement fédéral. Cette extension aux juges provinciaux de garanties constitutionnelles expresses se justifie en raison du fait qu'ils ont graduellement acquis une compétence et un rôle semblables à ceux des juges fédéraux : ils peuvent en effet, tout comme ces derniers, trancher des questions d'ordre constitutionnel majeur remettant en cause la validité de lois ou de décisions gouvernementales tant provinciales que fédérales. L'extension judiciaire, en faveur des juges provinciaux, des garanties expresses conférées aux juges fédéraux paraît alors parfaitement acceptable parce qu'elle s'inscrit dans la logique même de l'article 100, lequel doit être abordé suivant le principe de l'interprétation large et évolutive fondée sur l'objet des normes constitutionnelles et sur le contexte.

Le second exemple nous provient d'affaires linguistiques comme telles, soit les arrêts *Blaikie*⁴⁵ concernant la langue de la législation au Québec. L'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* limite l'obligation de légiférer dans les deux langues officielles (le français et l'anglais) aux lois de la législature québécoise. Comme on l'a vu, la Cour suprême a également étendu cette obligation constitutionnelle aux règlements pris par le gouvernement. Non encore « découvert », le principe de protection des minorités aurait pu être invoqué avec profit pour parvenir aux mêmes fins puisque l'extension de l'obligation linguistique imposée à la législature du Québec par l'article 133 reposait sur la logique même de cette disposition. Selon cette dernière, en effet, ce sont les normes législatives des gouvernements supérieurs qui devaient être bilingues. Or, en 1867, ces normes n'émanaient, pour l'essentiel, que de la législature. Avec l'évolution des pratiques constitutionnelles et l'avènement des « lois-cadres » assurant la délégation massive de pouvoirs législatifs au profit des gouvernements, l'article 133 aurait été vidé d'une grande partie de sa portée et de son sens si on n'avait pas tenu compte de l'évolution des pratiques législatives depuis plus d'un siècle, surtout en régime parlementaire de type britannique où l'exécutif, en pratique, dicte sa volonté au législatif. En revanche, la Cour a refusé d'étendre les obligations linguistiques de l'article 133 aux règlements municipaux et scolaires. D'une part, cela n'aurait pas correspondu à la logique même de l'article 133 d'en étendre la portée à des organismes gouvernementaux inférieurs et, d'autre part, le silence de la Loi de 1867 quant aux obligations linguistiques de ces orga-

44. *Supra*, note 33.

45. *Supra*, notes 13 et 14.

nismes n'était pas un oubli, mais un choix délibéré du constituant. En effet, des lois préconfédératives imposant des obligations linguistiques aux municipalités existaient bel et bien avant 1867 et on a sciemment jugé préférable de ne pas leur accorder la protection constitutionnelle.

Si on applique cette approche, qui fut celle que la Cour d'appel de l'Ontario a privilégiée dans l'arrêt *Lalonde* et que la Cour suprême n'a pas jugé bon de modifier⁴⁶, qu'est-ce que cela signifie pour la problématique des droits linguistiques en Ontario, où la Constitution écrite ne prévoit strictement rien?

Tout d'abord, et négativement, il faut comprendre que les garanties expresses de la Constitution en matière linguistique, soit l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et les articles 16 à 23 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ne comportent pas de « vide » en soi lorsqu'elles excluent de leur protection 1° l'Ontario et 2° les services hospitaliers dispensés par les provinces. Il s'agit plutôt de choix constitutionnels clairement arrêtés par les acteurs politiques et que les tribunaux doivent respecter.

En revanche, et positivement, la Cour d'appel insiste pour faire jouer au principe constitutionnel de la protection des minorités deux rôles importants. Le premier consiste à imposer définitivement aux tribunaux une seule approche en matière de droits linguistiques, à savoir celle de l'interprétation large, libérale et évolutive. En d'autres termes, le principe de la protection des minorités devient un rempart contre les tentatives de retour à l'interprétation étroite et restrictive fondée sur la nature « politique » et « compromissaire » de ces droits à caractère socioculturel, comme celui auquel on a assisté à la fin des années 80 avec les arrêts *MacDonald* et *Société des Acadiens*. De plus, cette règle de l'interprétation large et évolutive s'applique non seulement aux garanties constitutionnelles comme telles, mais aussi aux droits linguistiques conférés par législation ou réglementation ordinaire. De sorte que lorsqu'une province ou le fédéral légifère en matière linguistique, les droits qui en découlent devront recevoir une interprétation dynamique et généreuse conforme au principe constitutionnel de la protection de la minorité linguistique, même s'ils ne sont aucunement enchâssés dans la Constitution canadienne.

Ce nouveau paradigme interprétatif me paraît extrêmement prometteur pour l'épanouissement des minorités linguistiques au Canada. Dans l'affaire *Lalonde*, il a effectivement donné d'excellents résultats. La *Loi sur les services en français*⁴⁷ adoptée par la législature ontarienne en 1986 prévoyait que la minorité francophone avait droit à des services hospitaliers complets dans sa langue à l'hôpital Montfort. Ayant recours au principe d'interprétation large de la protection des minorités, la Cour

46. La Cour suprême du Canada a en effet refusé l'autorisation de pourvoi logée par le gouvernement ontarien dans cette affaire.

47. *Supra*, note 6.

d'appel en a conclu que le gouvernement ontarien n'avait pas le pouvoir de diminuer les services offerts à cet hôpital à moins de faire la preuve de l'absolue nécessité d'une telle mesure. Or, comme on le sait, la nécessité constitue en droit la norme la plus exigeante qui soit et elle ne saurait être confondue avec le caractère raisonnable, utile ou pratique d'une mesure⁴⁸. Il est donc rare que l'État satisfasse une telle norme et, de fait, le gouvernement ontarien n'a pas réussi à se décharger d'une telle preuve dans le dossier de l'hôpital Montfort.

De plus, faisant appel à la technique de l'extension des garanties législatives explicites par le recours à la « logique sous-jacente » de ces dispositions, la Cour d'appel a statué que, comme la *Loi sur les services en français* de l'Ontario prescrit des services complets en français, cela inclut non seulement le maintien du droit strict aux dits services pour la minorité, mais également celui du droit à la structure nécessaire pour assurer la prestation de ces services de santé en français afin de faire en sorte que soient formés des professionnels de la santé francophones en nombre suffisant dans la province⁴⁹.

Par conséquent, bien qu'il n'ait pas conduit à la remise en cause de la législation ontarienne en tant que telle, vu l'absence complète de garanties linguistiques applicables à l'Ontario dans la Constitution, le principe de protection des minorités a en revanche permis à la Cour d'appel, avec l'appui implicite de la Cour suprême du Canada, d'imposer aux tribunaux une application dynamique et vigoureuse de la *Loi sur les services en français*. C'est là, à mon avis, une première retombée très encourageante du nouveau paradigme fondé sur le principe constitutionnel de la protection des minorités au Canada.

Ce principe constitutionnel a par ailleurs joué un second rôle non négligeable dans l'affaire *Lalonde*. Il a en effet justifié le contrôle de constitutionnalité des décisions administratives de nature discrétionnaire du gouvernement ontarien. Généralement à l'abri du contrôle de légalité lorsqu'elle agit dans le cadre de ses pouvoirs purement discrétionnaires⁵⁰, l'Administration publique peut donc désormais faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité dans l'exercice de tels pouvoirs si elle omet de tenir compte du principe de la protection des minorités.

48. Ceci est très clair au Canada en ce qui concerne le contrôle des justifications acceptables aux droits et libertés effectué en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Selon le contexte, l'importance relative du droit en cause et la gravité de la violation constatée, les tribunaux appliqueront soit un critère souple de « raisonabilité » (p. ex. : *Irwin Toy c. Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927), soit un critère strict de nécessité (p. ex. : *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103).

49. *Lalonde*, *supra*, note 9, par. 159-163.

50. Les décisions discrétionnaires de l'exécutif peuvent toutefois faire l'objet d'un contrôle judiciaire de légalité si elles sont empreintes de mauvaise foi ou fondées sur des considérations étrangères à la loi habilitante : *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

En l'espèce, c'est précisément ce qui arriva dans cette affaire. La Loi⁵¹ prévoyait en effet que la Commission de restructuration et le gouvernement pouvaient fermer un hôpital si l'intérêt public le commandait. Or, comme l'a précisé clairement la Cour d'appel, « afin de décider de ce qui est dans l'intérêt public, la Commission était tenue de prendre en considération le principe constitutionnel fondamental du respect et de la protection des minorités »⁵². Le gouvernement aurait donc dû prendre en considération dans sa politique de restructuration des hôpitaux, les caractéristiques uniques de l'hôpital Montfort en tant qu'institution indispensable non seulement pour les Franco-Ontariens en général, mais également pour la formation de médecins francophones dans cette province, ce qu'il a omis de faire en traitant cet hôpital comme n'importe quel autre, ni plus ni moins. Ayant jugé que le gouvernement ontarien s'était montré incapable de prouver que la protection des droits linguistiques de la minorité avait fait partie de l'équation dans ses plans de restructuration, la Cour a donc annulé les directives de quasi-fermeture de l'hôpital Montfort provoquée par une réduction draconienne des services offerts par cet établissement. De sorte que celui-ci est resté en place tel quel, avec tous ses services réguliers aux malades et la formation universitaire entièrement en français.

2. *L'affaire Beaulac*⁵³

Rendu par la Cour suprême elle-même en 1999, l'arrêt *Beaulac* illustre également l'incidence tangible du principe constitutionnel de la protection des minorités énoncé un an plus tôt dans le *Renvoi sur la sécession*.

Il s'agissait de définir la portée du droit à un procès bilingue garanti à l'article 530 du *Code criminel*. L'affaire avait lieu en Colombie-Britannique et l'accusé réclamait un juge s'exprimant en français, droit qui, on s'en souviendra, avait été refusé par la Cour suprême dans les affaires *MacDonald* et *Société des Acadiens*, malgré les prescriptions constitutionnelles plutôt explicites en ce sens de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵⁴. S'agissant d'interpréter une simple disposition législative fédérale, la Cour d'appel de Colombie-Britannique appliqua *a fortiori* la théorie restrictive du compromis politique fixe et refusa à l'accusé un juge s'exprimant dans la même langue que lui. Les droits de l'accusé étaient amplement remplis, selon elle, par la présence d'un inter-
prète.

51. *Loi de 1996 sur les économies et la restructuration*, L.O. 1996, ch. 1.

52. *Lalonde, supra*, note 9, par. 180.

53. *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768.

54. Voir, *supra*, notes 16 et 17 et le texte correspondant.

Or, non seulement la Cour suprême a-t-elle reconnu à l'accusé dans l'arrêt *Beaulac* le droit à un juge s'exprimant dans la même langue officielle que lui, mais elle a explicitement rejeté sa propre jurisprudence et la théorie restrictive du compromis linguistique énoncée dans les arrêts *Société des Acadiens* et *MacDonald* ! Qualifiant les droits linguistiques de droits fondamentaux au Canada en raison du « rôle essentiel que joue la langue dans l'existence, le développement et la dignité de l'être humain », la Cour ajouta que les droits linguistiques, qu'ils soient reconnus par une loi ou par la Constitution, « doivent dans tous les cas être interprétés de façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada »⁵⁵.

Ainsi, l'objet de la loi fédérale en question étant de donner un accès égal aux tribunaux pour les minorités linguistiques où qu'elles se trouvent au Canada, la Cour suprême statua qu'un procès bilingue ne saurait être considéré comme un privilège, mais bien comme un droit strict qui ne saurait être écarté pour des considérations de coûts ou d'inconvénients d'ordre administratif.

Assez étonnamment, la Cour n'a pas jugé bon d'avoir directement recours au principe constitutionnel sous-jacent de la protection des minorités dans l'arrêt *Beaulac*. Personne n'est dupe toutefois : le juge Bastarache s'est manifestement inspiré de ce principe nouveau, énoncé un an à peine auparavant, pour casser la jurisprudence antérieure de la Cour et redonner vie aux droits linguistiques de la minorité en matière judiciaire.

Conclusion

Au tournant du XXI^e siècle, nous sommes en train d'assister à une révolution jurisprudentielle au Canada en matière linguistique. Celle-ci a été d'abord favorisée par l'enchâssement d'une Charte des droits en 1982 avec sa section autonome sur les langues officielles. La Charte canadienne n'a toutefois nullement empêché la Cour suprême du Canada de revenir à l'interprétation restrictive des droits linguistiques explicitement reconnus par la Constitution en matière judiciaire en 1986. En revanche, elle a permis à la Cour de donner aux garanties linguistiques une interprétation large, contextuelle et très favorable aux minorités dans le domaine scolaire à compter de 1990.

La révolution en matière d'interprétation des droits linguistiques s'est ensuite définitivement consolidée et a effacé toute trace laissée par les arrêts de 1986 avec le *Renvoi sur la sécession* rendu en 1998. L'énoncé d'un nouveau principe constitutionnel relatif au respect et à la protection des minorités en tant que principe structurant et fondamental de la Cons-

55. *Beaulac*, *supra*, note 53, par. 13 à 25.

titution canadienne jette en effet les bases d'une nouvelle dynamique judiciaire en faveur des minorités linguistiques au Canada. Bien qu'une théorie générale de la protection des minorités reste à élaborer, on sait d'ores et déjà que l'affirmation même de l'existence du principe constitutionnel produit des résultats positifs et signifiants.

En théorie, la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Lalonde* aurait pu être la même sans avoir recours au principe de protection des minorités. La Cour suprême du Canada n'a-t-elle pas rendu un jugement favorable à l'interprétation large des droits linguistiques conférés par une loi dans *Beaulac* en l'absence de toute référence explicite audit principe constitutionnel non écrit? L'histoire nous enseigne toutefois qu'en l'absence d'un tel principe constitutionnel, rien ne forçait les tribunaux à opter pour une interprétation large et libérale de droits linguistiques sans aucune assise constitutionnelle explicite et que tout les orientait en fait vers une interprétation plus restrictive que celle qui fut finalement retenue par la Cour d'appel.

Par ailleurs, même si le principe constitutionnel non écrit de la protection des minorités ne permet pas aux tribunaux d'ajouter des droits linguistiques de leur propre chef dans la Constitution canadienne, sa reconnaissance par le plus haut tribunal du pays constitue une avancée majeure. D'une part, ce principe consolide pour des décennies le principe de l'interprétation large, libérale et évolutive de toute mesure constitutionnelle, législative ou réglementaire en matière de droits linguistiques. D'autre part, il assure la légitimité du contrôle judiciaire de l'action administrative ayant une incidence négative sur des droits linguistiques conférés par un règlement, par une loi ou par la Constitution.

Nouvelle valeur ajoutée de la Constitution canadienne et assise d'un nouveau paradigme en matière d'interprétation des droits linguistiques, le principe non écrit de protection des minorités constitue en outre, pour revenir à la question de départ⁵⁶, un compromis acceptable, dans une société démocratique, entre la nécessité de prévoir des normes fixes au niveau politique et l'importance d'interpréter ces normes de référence d'une manière large, souple et conforme à l'évolution de nos institutions.

De sorte qu'il ne reste plus qu'un aspect à régler dans la problématique canadienne en matière de droits linguistiques et de rapports majorité-minorité et c'est celui, très controversé, des droits linguistiques de la minorité francophone formant la majorité au Québec. La Constitution canadienne ne prévoit aucune protection pour eux. Le principe non écrit relatif aux minorités a peu d'application à leur égard puisqu'il concerne surtout les minorités à l'échelle provinciale. Pourtant, les Québécois forment au Canada et encore davantage à l'échelle continentale une minorité

56. Voir le premier paragraphe de l'introduction de ce texte.

linguistique extrêmement vulnérable⁵⁷. De plus, sa propre minorité linguistique conteste systématiquement depuis plus de vingt ans la législation linguistique visant à protéger la langue française au Québec avec passablement de succès.

Pourquoi la Constitution canadienne ne garantit-elle des droits linguistiques qu'aux anglophones au Québec, traitant à cet égard le Québec comme s'il était un État souverain et non une province du Canada et, par tant, une minorité dans un État englobant? Voilà une question que la majorité canadienne n'a jamais voulu aborder. Au contraire, les textes constitutionnels récents promeuvent le bilinguisme et l'égalité de statut des langues française et anglaise partout au Canada, selon un principe de symétrie ou d'égalité formelle qui fait complètement fi de la réalité, c'est-à-dire de la fragilité des acquis linguistiques pour les francophones du Québec depuis l'adoption des premières mesures destinées à protéger la langue française chez eux au tournant des années 70. Voilà un dossier complexe qui, comme le reste du contentieux constitutionnel, est cependant réglé par l'inaction politique et relégué dans les cours de justice. La balance penchera-t-elle davantage en faveur des droits des anglophones au Québec avec la reconnaissance du principe non écrit de la protection des minorités? La question est posée...

57. Cette vulnérabilité a été reconnue à deux reprises par la Cour suprême du Canada, soit une fois explicitement dans *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712, et une seconde fois implicitement par son refus d'autoriser le pourvoi dans *Entreprises W.F.H. ltée c. P.G. du Québec*, [2001] R.J.Q. 2557 (C.A. Qué.). Dans cette dernière affaire, les appelants étaient d'avis que les conclusions de fait tirées par la Cour suprême sur la vulnérabilité de la langue française au Québec dans l'arrêt *Ford* étaient aujourd'hui dépassées et prétendaient en conséquence que les restrictions apportées par la *Charte de la langue française*, *supra*, note 5, à l'emploi de la langue anglaise dans l'affichage commercial étaient aujourd'hui excessives. La Cour d'appel a rejeté l'argument et la Cour suprême n'a pas jugé bon d'autoriser le pourvoi.

LANGUES ET DROIT DANS LE MONDE

par

Joseph-G. TURI

Professeur et avocat

Secrétaire général de l'Académie internationale
de droit linguistique

I. Introduction

Dans le monde, il y a des milliers de langues et de dialectes, qui ne cessent d'évoluer à des rythmes différents. Il y a des langues internationales, des langues nationales, des langues régionales et des langues locales. Et il y a des langues dites « fortes » et des langues dites « faibles ». Excepté dans les contextes politiques territoriaux où une langue en particulier est la langue commune, les milieux culturels dans lesquels les êtres humains vivent sont forcément et fort heureusement imprégnés de nombreux contacts linguistiques entre plusieurs langues, qui coexistent de façon plus ou moins harmonieuse. Dans certains cas, ces contacts créent un enrichissement linguistique et culturel, individuel et collectif extraordinaire. Dans d'autres cas, cela peut créer des conflits linguistiques plus ou moins importants.

De plus en plus d'États modernes ont leur propre politique linguistique. Et de plus en plus, ces politiques linguistiques se traduisent par des législations linguistiques importantes. Les raisons en sont multiples. Il y a la floraison des droits fondamentaux, dont le droit à la différence et son corollaire principal le droit à la langue, la renaissance des particularismes culturels, à la fois individuels et collectifs, ainsi que l'importance de l'approche écologique, selon laquelle tout ce qui est naturel (et quoi de plus naturel qu'une langue) doit être protégé et valorisé. Il y a aussi la résurgence ou la recrudescence des nationalismes identitaires, fort légitimes en soi, mais parfois exacerbés, d'où le besoin de nombreux États d'établir un climat de cohésion linguistique à l'intérieur de leurs frontières. Il y a également et surtout la diversité linguistique et culturelle du monde, la réalité sociologique à la fois multiculturelle et multilingue de notre planète, faite de majorités et de minorités linguistiques, dont il faut tenir compte. Tout cela fait en sorte que les États deviennent interventionnistes en matière linguistique. Ces raisons contradictoires peuvent coexister sur un même territoire politique, ce qui n'est pas sans compliquer l'analyse des normes juridico-linguistiques. Et puis, il y a surtout deux raisons fondamentales à tout cela, qui sont la démocratisation de

l'enseignement et la mondialisation des communications, deux phénomènes et deux problèmes relativement nouveaux. Voilà pourquoi la langue est devenue et deviendra davantage un problème important.

II. Typologie des législations linguistiques

Les législations linguistiques des États modernes se traduisent dans des normes constitutionnelles (généralement fondamentales, écrites et supérieures aux autres normes), dans des normes ordinaires et dans des directives administratives. Qui plus est, dans plusieurs États fédéraux (où la souveraineté est partagée), voire dans des États plus ou moins décentralisés, les États membres, les États régionaux et les municipalités, donc tous les pouvoirs publics, ont des compétences importantes en la matière. Et puis il y a l'interprétation judiciaire et l'application administrative des législations linguistiques, qui deviennent de plus en plus nombreuses et importantes, et qui finissent parfois par aller, selon les cas et les circonstances, en deçà ou au-delà de l'esprit et de la lettre desdites législations. Par ailleurs, de nouvelles législations linguistiques pointent continuellement à l'horizon. Celles qui sont en vigueur ne cessent d'être modifiées de façon plus ou moins importante. Il y a des États qui ont des législations linguistiques ordinaires, sans pour autant avoir des législations linguistiques de nature constitutionnelle. C'était le cas en France avant 1992, année où la Constitution française de 1958 a été modifiée pour déclarer que « la langue de la République est le français ».

On peut classer les législations linguistiques en deux catégories, selon leur champ d'application : celles qui traitent de l'usage officiel, ou public, et celles qui traitent de l'usage non officiel, ou privé, des langues. On peut également les classer en quatre catégories, selon leurs fonctions : les législations linguistiques officielles, les législations linguistiques institutionnelles, les législations linguistiques standardisantes et les législations linguistiques libérales. Ce sont ces quatre dernières catégories que nous allons examiner plus en profondeur. Les législations qui remplissent toutes les fonctions sont des législations linguistiques exhaustives (par exemple, la *Charte de la langue française* du Québec, couramment appelée loi 101, adoptée en 1977), alors que les autres sont des législations linguistiques non exhaustives (par exemple, la *Loi sur les langues officielles*, adoptée par le Parlement canadien en 1988).

Législations linguistiques officielles

Les États modernes ont de plus en plus tendance à officialiser d'une façon ou d'une autre leur(s) langue(s) par le truchement de législations linguistiques dites officielles. On appelle *législations linguistiques officielles* les législations qui ont pour fonction de rendre d'usage officiel, *de jure*, explicitement ou implicitement, formellement ou substantiellement, dans un pays ou dans une région, une ou plusieurs langues identifiées ou

identifiables dans le champ de l'usage officiel des langues, et plus précisément dans un, plusieurs ou tous les domaines officiels de la législation, de la justice, de l'Administration publique et de l'enseignement. Lorsque plus d'une langue est officielle dans un État, le traitement juridique des langues peut être égal ou inégal. On parlera, dans ce cas, de symétrie juridique (par exemple, le Canada au niveau fédéral) ou d'asymétrie juridique des langues officielles (par exemple, l'Afrique du Sud au niveau fédéral).

Parmi les domaines officiels, celui de l'enseignement est certainement le domaine le plus important¹. Qu'il suffise de penser, à titre d'exemple, que le français est devenu vraiment la langue nationale et commune des Français non par l'effet de législations linguistiques françaises ponctuelles dans les domaines législatifs, judiciaires ou administratifs, mais à cause des lois Ferry des années 1880-1881. Les lois Ferry avaient créé l'obligation, la gratuité et la laïcité de l'enseignement public en français. La francisation linguistique de la France se réalisa dès lors assez rapidement. En général, l'enseignement se donne dans la ou les langues officielles ou nationales d'un pays. Lorsque l'enseignement public se donne dans différentes langues sur un même territoire, ce sont généralement les parents qui ont le choix de la langue d'enseignement. En Moldavie, par exemple, les Moldaves peuvent recevoir l'enseignement dans la langue de leur choix. Il existe cependant des exceptions à ce sujet, par exemple en Suisse, en Belgique, ainsi qu'au Canada et au Québec, où c'est l'État qui décide quels citoyens canadiens peuvent recevoir l'enseignement dans les écoles de langue officielle minoritaire. Fait à noter : les Constitutions parlent rarement de langue maternelle dans leurs dispositions, sauf, entre autres, en Biélorussie, en Estonie, en Lettonie, au Népal, au Paraguay, en Russie et en Turquie. Le concept de langue maternelle n'est pas facilement mesurable de façon objective sur le plan juridique, surtout dans des contextes linguistiquement diversifiés.

On peut qualifier d'officielles une ou plusieurs langues de différentes façons : en les dénommant formellement langues officielles ou langues nationales, en les désignant « la » ou « les » langues de certains domaines officiels ou en leur octroyant un statut juridiquement supérieur par rapport à d'autres langues, en déclarant par exemple que seuls certains textes officiels rédigés dans ces langues sont « authentiques ».

En principe, il y a des différences entre les langues *officielles* et les langues *nationales* d'un pays. La langue officielle d'un pays est la langue de l'État et de ses différents pouvoirs publics, alors que la langue nationale d'un pays est la langue historique parlée par ses citoyens, ou la langue parlée dans une région, ou la langue parlée par une communauté culturelle importante. Elles ne coïncident pas toujours du point de vue juridique. En pratique, les différences ne sont pas nécessairement claires

1. T. FLEINER, P. NELDE, J.-G. TURI, (dir.), *Droit et langues d'enseignement — Law and Languages of Education*, Bâle, Genève, Munich, 2001.

à ce sujet. Cela dépend de chaque contexte politique. En général, c'est la langue nationale la plus importante, ou les langues nationales les plus importantes, qui devient ou deviennent langue(s) officielle(s) dans un pays, ses régions ou ses territoires. Ce qui n'est pas encore le cas dans de nombreux pays, notamment dans certains pays de l'Afrique noire.

Plusieurs États modernes importants, comme l'Allemagne, l'Argentine, l'Australie, les États-Unis, la Grande-Bretagne, l'Italie, le Japon et le Mexique n'ont pas de langue officielle explicite du point de vue constitutionnel, même si leurs Constitutions et leurs textes officiels sont rédigés respectivement en allemand, en espagnol, en anglais, en italien et en japonais. Dans ces cas, on pourrait arguer que ces langues sont *de facto* les langues officielles de ces pays.

Dans certaines Constitutions, comme celles de l'Inde, du Népal, de la Croatie et de Singapour, on précise quel est l'*alphabet* officiel des langues officielles. On sait que certaines langues, comme l'hindi et l'ourdou, d'une part, ou le croate et le serbe, d'autre part, sont pratiquement la même langue, l'écriture seule étant différente. Il y a même des langues qui ont changé d'écriture au cours de leur histoire linguistique, comme le turc ou le malais. En Iran, l'iranien est défini comme étant la langue et l'écriture de l'État ainsi que la « lingua franca » de son peuple. En Chine, l'alphabet chinois « simplifié » devient l'alphabet chinois standard.

Cela nous amène à parler brièvement de la situation de l'ex-Yougoslavie, qui est particulièrement intéressante et intrigante à la fois. En Croatie, c'est le croate qui est la langue officielle. En République fédérale yougoslave (la Serbie et le Monténégro), c'est le serbe, avec ses variantes ekavien et ijekavien. En Serbie, c'est le serbo-croate alors qu'au Monténégro, c'est le serbe issu du dialecte ijekavien. En Bosnie-Herzégovine, il y a deux entités étatiques, la Fédération croate-musulmane et la République serbe de Bosnie. Dans la Fédération, ce sont le croate et le bosniaque qui sont langues officielles, alors que dans la République serbe, c'est le serbe. Or, du point de vue linguistique, le serbe, le croate et le bosniaque sont pratiquement la même langue. Il y a une différence, bien sûr, et c'est l'alphabet, qui est cyrillique pour le serbe et latin pour le croate et le bosniaque. Il s'agit d'un véritable casse-tête linguistique qui fait apparaître en l'occurrence la primauté du politique en matière linguistique.

En tant que telle, l'officialisation formelle d'une ou de plusieurs langues n'entraîne pas nécessairement des conséquences juridiques importantes. Le sens et la portée juridiques de l'officialisation d'une langue particulière dépendront du traitement juridique réel de la langue ainsi visée. Dans certains cas, l'officialisation d'une ou de plusieurs langues dans un contexte politique territorial n'est que de nature déclaratoire, non exécutoire par conséquent, et ne produit donc qu'un impact psychologique qu'il ne faut cependant pas négliger.

D'autre part, il ne faut pas manquer de souligner que la ou les langues officielles d'un pays ou d'une région ne sont pas nécessairement parlées par la majorité de leurs ressortissants. Cela est plus particulièrement vrai dans plusieurs pays ou régions de l'Afrique, où l'anglais, le français et le portugais sont souvent des langues officielles mais encore étrangères pour la majorité des citoyens. La même situation se retrouve à Porto Rico, où l'anglais et l'espagnol sont langues officielles, mais où la très grande majorité de la population ne parle que l'espagnol. En revanche, la langue officielle en Indonésie n'est pas le javanais, mais l'indonésien (en fait, le malais), *lingua franca* importante, parlée et comprise un peu partout au pays. La reconnaissance officielle d'une *lingua franca* importante s'avérerait moins dangereuse politiquement pour l'unité nationale que la reconnaissance officielle du javanais, qui demeure la langue la plus parlée au pays.

Une remarque s'impose au sujet des pays dits bilingues ou multilingues. Dans un pays bilingue ou multilingue, ce sont généralement les pouvoirs publics qui ont l'obligation de parler les langues officielles, les citoyens ayant le droit d'utiliser la langue officielle de leur choix dans les rapports avec les pouvoirs publics dans les cas où s'applique le principe de personnalité, mais étant, dans ces mêmes rapports, tenus d'employer la langue officielle du territoire dans les cas où s'applique le principe de territorialité (comme en Suisse ou en Belgique). Un État officiellement bilingue, cela ne veut pas dire que ses citoyens sont bilingues, loin de là.

Législations linguistiques institutionnelles

On appelle *législations linguistiques institutionnelles* les législations qui ont pour fonction de rendre d'usage courant une ou plusieurs langues identifiées ou identifiables dans le champ de l'usage non officiel ou privé des langues, et plus précisément dans les domaines non officiels du travail, des communications, de la culture, du commerce et des affaires. Le domaine des communications est certainement primordial, parce qu'il est souvent à la fois public et privé. Institutionnaliser une ou plusieurs langues, c'est faire de ces langues les langues normales et habituelles d'un pays ou d'une région en vue d'en faire éventuellement, mais pas nécessairement, la ou les langues communes. Il va sans dire que lorsqu'une langue est déjà véritablement langue commune, cette fonction d'institutionnalisation a moins sa raison d'être. La langue commune est la langue que les habitants d'un pays ou d'une région parlent habituellement entre eux en public. La fonction législative d'institutionnalisation linguistique ne vise généralement que *les communications et textes dits institutionnels* de nature multilatérale, donc de nature essentiellement impersonnelle, anonyme ou collective. Le Québec, la Belgique, la Catalogne, la France, la Lettonie, la Lituanie et la Malaisie ont, par exemple, légiféré linguistiquement à ce sujet, mais de façon inégale et différente. Parmi ces États, c'est surtout le Québec qui a légiféré de façon impor-

tante en la matière. Les autres États interviennent en général à ce sujet par des législations linguistiques ordinaires, partielles et comportant beaucoup d'exceptions, visant à protéger, dans la mesure du possible, les consommateurs et les travailleurs.

Législations linguistiques standardisantes

On appelle *législations linguistiques standardisantes* les législations qui ont pour fonction de normaliser l'usage général d'une ou de plusieurs langues identifiées ou identifiables dans des domaines très délimités, généralement des domaines officiels ou très techniques, et cela, par des normes habituellement peu contraignantes juridiquement. Certains pays ont créé des instruments internationaux de standardisation de leur langue, par exemple le Brésil et le Portugal (pour le portugais), la Belgique flamande et les Pays-Bas (pour le néerlandais), ainsi que le Brunei Darussalam, l'Indonésie, la Malaisie et Singapour (pour le malais). La standardisation linguistique peut s'avérer fort utile pour la survie et l'épanouissement de certaines langues moins répandues, de certaines langues faibles, vulnérables ou fragiles, et des langues essentiellement orales, qui souvent connaissent une variété de formes linguistiques qui peuvent, le cas échéant, nuire à leur épanouissement et à leur force de résistance internes.

Règle générale, les dispositions constitutionnelles en matière de langue ne visent la langue que du point de vue *quantitatif* (le « status » des sociolinguistes) et non la langue du point de vue *qualitatif* (le « corpus » des sociolinguistes), et ce, parce que la qualité de la langue est un phénomène culturel difficilement appropriable du point de vue juridique. Voilà pourquoi le droit linguistique, le plus généralement, ne vise la langue que dans la mesure où elle est « compréhensible » ou « intelligible »². Le principe de la compréhensibilité ou de l'intelligibilité linguistiques est à ce point important que l'État de New York a légiféré, en 1977 et en 1978, en matière de protection des consommateurs, en exigeant que des contrats en la matière soient rédigés en langue « understandable » ou « plain », même si les sanctions, en cas de non-respect, sont plutôt minimes³. La qualité de la langue est essentiellement du ressort de la persuasion, de l'exemple et de l'école. Il y a cependant des exceptions. Au Panamá et en Honduras, la Constitution prône la pureté de la langue espagnole. Dans la Constitution grecque de 1952, l'article 107 énonçait que « la langue officielle du pays est la langue dans laquelle est rédigée la constitution », cet article interdisant même toute tentative de corrompre la langue officielle. On n'avait pas écrit « en grec », car à cette époque-là la querelle entre le

2. Voir à ce sujet, entre autres, l'arrêt *Peeters* sur l'étiquetage de la Cour de justice européenne, du 18 juin 1991; *Mercator*, n° 1, mars 1992, p. 6-7.

3. Chapitre n° 747 des Lois de 1977 et Chapitre n° 199 des Lois de 1978 de l'État de New York.

grec classique (manifestation historique de *l'analogie* linguistique) et le grec démotique (manifestation historique de *l'anomalie* linguistique) était encore vive. Le grec démotique a fini par gagner la grande bataille linguistique qui a divisé les Grecs pendant des siècles.

Législations linguistiques libérales

On peut appeler *législations linguistiques libérales* les législations qui ont une double fonction : d'une part, celle de consacrer, explicitement ou implicitement, le droit à la langue comme droit fondamental et, d'autre part, celle de reconnaître et de protéger les minorités linguistiques. Il y a les droits linguistiques historiques (ou le droit à « une » langue déterminée), à savoir le droit de parler, de comprendre et d'être compris dans la ou les langues historiquement enracinées dans un pays ou dans une région (droit reconnu principalement dans le champ officiel des langues), et les droits linguistiques universels (ou le droit à « la » langue dans le sens large du terme), à savoir le droit de parler, de comprendre et d'être compris dans n'importe quelle langue (droit reconnu principalement dans le champ de l'usage non officiel des langues).

La reconnaissance juridique du droit à « une » langue par les États concernés peut être basée soit sur le principe de territorialité (généralement synonyme d'unilinguisme), et donc d'une façon impersonnelle ou objective, soit sur le principe de personnalité (généralement synonyme de multilinguisme), et donc d'une façon personnelle et subjective. Ces deux principes s'appliquent en général dans le champ de l'usage officiel des langues. Il convient de souligner que les droits linguistiques ne sont véritablement des droits juridiques que dans la mesure où ce sont des droits de nature exécutoire, c'est-à-dire s'ils comportent des obligations juridiques correspondantes, susceptibles d'être sanctionnées. Autrement, les droits linguistiques ne sont que des droits de nature déclaratoire. Par ailleurs, même si le droit à « la » langue n'est pas un droit absolu, les États sont réticents à le reconnaître clairement, sauf exception (dont l'Afrique du Sud).

Les droits linguistiques sont reconnus explicitement lorsqu'on les consacre, d'une façon ou d'une autre, dans différents domaines, par exemple ceux de la justice, de l'enseignement ou des communications. Ils sont reconnus également de façon explicite lorsque toute discrimination explicitement linguistique est interdite ou lorsque sont protégés les droits linguistiques des minorités linguistiques, comme c'est le cas dans plusieurs Constitutions modernes. Ils sont reconnus implicitement, comme manifestation virtuelle de la liberté d'expression, même si cette liberté linguistique implicite ne vaut généralement que dans le champ de l'usage non officiel des langues. Ils sont également reconnus implicitement lorsque est interdite toute forme de discrimination non spécifiquement linguistique, comme c'est le cas dans certaines dispositions de nombreuses Constitutions modernes.

Dans toutes les démocraties libérales, le droit de comprendre et d'être compris dans n'importe quelle langue, par l'intermédiaire d'un interprète, lorsqu'on est accusé et traduit devant une instance judiciaire, est un droit fondamental reconnu explicitement ou implicitement, dans ce dernier cas au nom du droit à un procès équitable.

Dans certains États, la discrimination linguistique est explicitement interdite (par exemple, dans l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec). Dans d'autres États, la discrimination est interdite de plusieurs façons, sans que soit explicitement mentionnée la discrimination linguistique (par exemple, dans l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*).

De nombreux États reconnaissent, d'une façon ou d'une autre, leurs minorités linguistiques. Cependant, les États n'identifient pas toujours leurs minorités linguistiques, ni leurs langues ou dialectes. Certains États les identifient, comme en Italie où douze langues minoritaires historiques viennent d'être reconnues explicitement par la Loi ordinaire n° 482, du 15 décembre 1999. Fait intéressant au sujet de cette loi italienne : pour la faire accepter plus facilement par l'opinion publique, il est proclamé, dans cette loi non constitutionnelle, que l'italien est la langue officielle du pays ! Lorsque les minorités ne sont pas identifiées, il s'agit, implicitement, des *minorités dites historiques*, à savoir des minorités enracinées depuis fort longtemps dans un pays ou dans une région. Certaines législations visent plus particulièrement les autochtones. Mais les autochtones ne constituent pas à proprement parler des minorités linguistiques. Les autochtones sont des peuples distincts ayant des droits territoriaux et personnels particuliers, souvent de nature collective. Plusieurs États sud-américains reconnaissent des langues aborigènes comme langues partiellement officielles ou nationales dans certains territoires, comme la Colombie, le Nicaragua et Panamá. L'Équateur et le Paraguay, pays officiellement multiculturels, reconnaissent officiellement le quechoua et le guarani comme langues nationales. Au Brésil, la Constitution reconnaît aux aborigènes plusieurs droits, notamment le droit de développer « leurs langues ». Au Mexique, société officiellement multiculturelle, on consacre le principe du développement des langues et des cultures indigènes. En vertu des Accords de San Andrés de 1996, la situation des indigènes mexicains s'est nettement améliorée, du moins en principe. En Australie, où le « multiculturalisme » est un principe fondamental, on reconnaît aux autochtones des droits linguistiques propres. Dans les trois territoires de la fédération canadienne, les langues amérindiennes sont langues officielles, avec l'anglais et le français.

Lorsqu'on reconnaît et protège juridiquement des minorités linguistiques, on vise surtout leurs membres et leurs organismes, pris individuellement, dans la mesure où ils sont directement ou indirectement l'objet d'enjeux linguistiques propres à leur communauté culturelle. Voilà pourquoi les droits linguistiques, tout en étant culturellement collectifs,

sont juridiquement individuels. Les droits linguistiques collectifs, dans la mesure où ils sont reconnus, appartiennent à tous les membres et à tous les organismes d'une minorité linguistique, abstraction faite de leur intérêt direct ou indirect dans les enjeux linguistiques propres à leur communauté. Mais ce type de reconnaissance est plutôt rare en droit linguistique comparé, du moins pour ce qui a trait aux minorités linguistiques.

Pour des raisons évidentes, les membres des minorités linguistiques ont intérêt à être bilingues. Les membres des majorités linguistiques ont généralement moins besoin d'être bilingues à l'intérieur de leurs frontières. L'exemple canadien vient ici à point. Au Canada anglais, les minorités francophones se doivent d'être au moins bilingues (français-anglais) dans leur intérêt. Au Québec français, la minorité anglophone a intérêt à être au moins bilingue (anglais-français). Par ailleurs, en Finlande, c'est la minorité suédoise qui est généralement bilingue (finnois-suédois). En Afrique du Sud, ce sont les Afrikaners qui sont généralement bilingues (afrikaans-anglais). Par ailleurs, les majorités locales, minoritaires au niveau national, ont également intérêt à être bilingues, par exemple les Catalans en Catalogne (catalan-espagnol) ou les Québécois francophones au Québec (français-anglais).

En Finlande, il suffit que 8 % des habitants ou 3000 résidents d'une municipalité soient de langue finnoise ou suédoise pour que cette municipalité soit reconnue bilingue (finnois-suédois), ce qui a pour conséquence d'obliger les pouvoirs publics à utiliser les deux langues, dans les domaines du champ de l'usage officiel des langues. En Suisse, une municipalité est traditionnellement considérée comme officiellement bilingue si 30 % de la population est de langue officielle minoritaire, comme c'est le cas pour la ville de Bienne-Biel, où le français (langue minoritaire) et l'allemand (langue majoritaire) sont langues officielles. Au Québec, pour qu'une municipalité puisse fonctionner également en anglais, en plus de devoir fonctionner obligatoirement en français, il faut que la minorité linguistique anglophone y soit majoritaire en nombre. Dans ce cas, la municipalité peut, sans y être obligée, utiliser la langue minoritaire reconnue en plus du français.

III. Le champ international du droit linguistique

Jusqu'au début du XX^e siècle, le latin et le français ont été des langues internationales importantes, particulièrement en Occident. Le français l'a été pour des raisons culturelles. En effet, avant la Deuxième Guerre mondiale, c'était la Grande-Bretagne qui était la plus grande puissance politique et économique dans le monde. Malgré cela, l'anglais n'était pas une langue internationale. De nos jours, en attendant la victoire souhaitable mais improbable de l'espéranto, les langues internationales les plus importantes sont l'anglais et le français, mais surtout l'anglais (en réalité, il faudrait dire l'anglo-américain), et cela, encore pour des raisons

également culturelles, et plus particulièrement à cause de la puissance du mythe culturel américain. Si « imposition » il y a eu à ce sujet, elle a été « naturelle ». Une langue ne peut s'imposer avec le temps qu'avec l'accord implicite ou explicite des personnes et des peuples concernés. À preuve, la renaissance des langues minoritaires et régionales en Europe occidentale et des langues nationales en Europe ex-communiste, et les législations linguistiques qui ont suivi. Les Russes n'ont pas été en mesure d'imposer le russe. Les Français n'ont pas fait disparaître l'arabe dans les pays du Maghreb. Les langues les plus parlées au monde sont le chinois et l'hindi-ourdou, mais cela n'en fait pas pour autant des langues vraiment internationales. Une langue qui devient internationale le devient temporairement et artificiellement, toute langue étant, naturellement, non internationale. À long terme, les conséquences pourraient s'avérer linguistiquement négatives pour une langue qui devient temporairement internationale. Il suffit de penser au latin, qui a donné naissance à plusieurs langues vulgaires, mais toujours « vivantes », et qui est devenu une langue savante et maintenant « morte ». Une langue internationale, en tant que telle, est une langue de communication internationale, rarement une langue d'expression culturelle. De toute façon, une autre langue un jour prendra la place de l'anglais dans les affaires internationales (peut-être, le portugais-brésilien). On parlera alors d'un nouvel impérialisme linguistique!

Cela dit, voyons maintenant comment fonctionnent linguistiquement les organisations internationales. Ces organisations font généralement une distinction entre langues officielles et langues de travail, tout en faisant des exceptions pour leurs bureaux régionaux et en tenant compte des situations particulières. S'il n'y avait pas des obstacles de nature économique parfois insurmontables, les organisations internationales seraient portées à faire coïncider les langues officielles et les langues de travail.

Aux Nations Unies, les langues officielles et les langues de travail de l'Assemblée générale, du Conseil de sécurité et du Conseil économique et social sont l'anglais, l'arabe, le chinois, l'espagnol, le français et le russe, alors que les langues de travail de la Cour internationale de justice, du Conseil de tutelle et du Secrétariat sont l'anglais et le français.

À l'UNESCO, les langues officielles de la Conférence générale sont l'anglais, l'arabe, le chinois, l'espagnol, le français, l'hindi, l'italien, le portugais et le russe, alors que les langues de travail sont l'anglais, l'arabe, le chinois, l'espagnol, le français et le russe. Ces dernières sont également les langues de travail du Conseil exécutif.

L'anglais, le français et l'espagnol sont langues officielles et langues de travail à l'Organisation mondiale du commerce. À l'Organisation mondiale de la santé, l'anglais, l'arabe, le chinois, l'espagnol, le français et le russe sont les langues officielles et les langues de travail de l'Assemblée mondiale de la santé. Au siège social de l'Organisation, les langues de travail sont le français et l'anglais.

À l'Organisation de l'aviation civile internationale, les langues de travail sont l'anglais, l'arabe, le chinois, l'espagnol, le français et le russe.

Les langues officielles de la Conférence et des Commissions du Bureau international du travail sont l'anglais et le français.

Les langues officielles de l'Europe des 25 sont 15. Quelles en seront les langues de travail ? Les langues du Conseil de l'Europe sont l'anglais et le français.

Pour ce qui a trait aux instruments internationaux à incidence linguistique, mentionnons-en quelques-uns.

L'article 2 et l'article 19 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948 consacrent respectivement l'interdiction de toute discrimination linguistique et la reconnaissance de la liberté d'expression. Les articles 2 et 5 du *Pacte international relatifs aux droits civils et politiques* de 1966, entré en vigueur en 1976, consacrent respectivement l'interdiction de toute discrimination linguistique ainsi que l'interdiction de toute restriction ou dérogation aux droits fondamentaux reconnus ou en vigueur dans tout État partie au Pacte faites sous prétexte que le Pacte ne les reconnaît pas ou les reconnaît à un moindre degré. Le Pacte s'applique également aux États membres des fédérations (article 50). L'article 19 du Pacte énonce :

Toute personne a droit à la liberté d'expression ; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.

L'article 4 du Pacte autorise des « mesures dérogatoires » seulement « dans la mesure où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation [...] sous réserve qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la langue ». L'article 27 du Pacte énonce :

Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue.

Cet article a une importance accrue depuis que le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a établi, dans son « commentaire général », du 6 avril 1994, qu'il ne s'appliquait pas seulement aux minorités dites historiques.

L'article 14 de la *Convention européenne des droits de l'homme* du 14 novembre 1950 interdit également la discrimination linguistique. Par ailleurs, le comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté en 1992, sous la forme d'une convention, la *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*. La Charte ne traite pas des langues parlées par les

nouveaux immigrants. L'objectif de la Charte est d'ordre essentiellement culturel, dans la mesure où elle considère que la protection et la promotion des langues régionales ou minoritaires, dans la vie publique, dans les contextes socio-économiques aussi bien que dans l'enseignement, constituent un aspect fondamental du patrimoine culturel européen. Le 10 novembre 1994, le comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté la *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales*.

IV. Conclusion

Les législations linguistiques ainsi que les interventions internationales qui ont cours de par le monde démontrent que la langue est devenue désormais un phénomène et un problème culturels juridiquement considérables. Voilà pourquoi nous croyons qu'il faut saisir l'occasion fournie par la future Convention internationale sur la diversité culturelle de l'UNESCO pour aller jusqu'à exiger ultérieurement une Convention internationale ou une Déclaration universelle en matière de droits linguistiques.

Il existe déjà des déclarations de droits linguistiques, par exemple la *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses ou linguistiques*, qui fut adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 19 décembre 1992. Mentionnons également la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, adoptée à Nairobi, au Kenya, le 18 juin 1981. Pour ce qui a trait aux autochtones, rappelons l'importante Convention n° 169 de 1989 de l'Organisation internationale du travail, relative aux peuples indigènes et tribaux, entrée en vigueur le 5 septembre 1991. Cette convention reconnaît aux peuples indigènes et à leurs membres, entre autres, des droits culturels particuliers, tout en prônant la sauvegarde et le développement des langues indigènes, particulièrement dans le domaine scolaire. Il y a également la *Déclaration des Nations Unies sur le droit des peuples autochtones* du 23 août 1993, où l'on reconnaît explicitement aux autochtones des droits particuliers, selon le cas individuels ou collectifs, en tant que peuples ou en tant qu'individus, entre autres dans le domaine des « langues propres » aux indigènes. Notons qu'il y a eu également des déclarations de droits linguistiques privées fort importantes, dont la Déclaration de Recife de 1987, la Déclaration de la Fédération internationale des professeurs de langues vivantes de 1992 ainsi que la Déclaration des droits linguistiques de Barcelone du 6 juin 1996, qui ont contribué de façon significative à faire en sorte que le droit à la langue soit reconnu d'avantage comme droit fondamental.

Mais il faut aller plus loin, avec une véritable Déclaration. Dans une éventuelle Déclaration universelle des droits linguistiques, on devra, selon nous, tenir compte de façon rigoureuse du champ de l'usage officiel des langues (pour encourager des interventions particulièrement dans le

domaine de l'enseignement), du champ de l'usage non officiel des langues (pour encourager des interventions relativement importantes dans le domaine des communications et relativement prudentes dans les autres domaines) ainsi que des différentes catégories de droits linguistiques (historiques et universels) et des différentes majorités et minorités linguistiques. Évidemment, il n'est jamais facile de définir ce qu'est une véritable minorité linguistique ou une véritable majorité linguistique. *Nous croyons que l'idéal serait que toutes les langues nationales d'un pays soient reconnues langues officielles, à des degrés et à des niveaux variant selon leur importance respective, et dans le respect, selon les cas, d'une certaine symétrie ou d'une certaine asymétrie entre les langues en contact.* En effet, dans certains cas, une forme de hiérarchie entre les langues officielles d'un État peut s'avérer souhaitable, voire nécessaire.

Il faut donc espérer que la future Convention internationale sur la diversité culturelle débouche plus tard sur une Déclaration universelle des droits linguistiques qui consacre solennellement que le droit à la langue est un droit fondamental inhérent à la nature humaine. La tour de Babel, autrement dit la diversité linguistique, est une réalité permanente de la condition humaine à la fois passionnante et déroutante, qui n'est pas du tout une malédiction divine, mais au contraire la manifestation par excellence du droit à la différence, donc du droit à la langue, chez les êtres humains. Par ailleurs, s'il est vrai qu'il y a des milliers de langues et de dialectes dans le monde, quelque 6000 selon l'Unesco (il suffit de penser que la Bible a été traduite en plus de 2000 langues et dialectes), il faut se rappeler toutefois que plus de 3000 langues ne sont parlées que par 4 % de la population mondiale (qui compte plus de 6 milliards d'êtres humains) alors que 75 % ne parlent que 23 « grandes » langues (« grandes », dans le sens quantitatif du terme), à savoir les langues chacune parlée par au moins 1 % de la population mondiale, c'est-à-dire par quelque 60 millions de personnes. Il s'agit des langues suivantes, classées par ordre décroissant de locuteurs : le chinois, l'hindi-ourdou, l'anglais, l'espagnol, l'arabe, le bengali, le portugais, le russe, le japonais, l'allemand, le français, le malais, le javanais, le télougou, le tamoul, le coréen, le vietnamien, le marathi, le turc, l'italien, le thaï, l'iranien et le goudjérati.

Même si les milliers de langues (et de dialectes) que les êtres humains parlent, et qui évoluent continuellement, ne sont pas nécessairement égales entre elles, puisqu'elles sont différentes à la fois qualitativement et quantitativement, elles doivent toutes être traitées de façon équitable, car elles sont toutes également dignes en soi. Cependant, il ne faut jamais oublier qu'une langue bien vivante n'a pas besoin de protection indue. En réalité, il faut protéger les minorités linguistiques et certaines majorités linguistiques, et promouvoir leurs langues, dans la mesure où elles sont culturellement vulnérables. L'intervention juridique est certainement de nos jours la voie royale pour planifier comme il se doit une politique linguistique convenable. Mais il ne faut pas encourager outre mesure le dirigisme linguistique. Car si on n'y prend pas garde, une

nouvelle guerre risque d'apparaître, qui se dessine déjà, la « guerre des langues ». Pour paraphraser Clausewitz, la langue, dans ce cas, deviendra une autre façon de faire la guerre. Voilà pourquoi une Déclaration universelle des droits linguistiques s'impose, pour encourager les initiatives et les tendances équitables dans les champs du droit linguistique et des droits linguistiques.

Le 17 novembre 1999, l'UNESCO a adopté, à l'instigation de l'Équateur et du Guatemala, une résolution en faveur du plurilinguisme, tout en soulignant le « péril qui menace aujourd'hui la diversité linguistique en raison de la mondialisation de la communication » et en dénonçant les tendances à « l'utilisation d'une langue unique avec les risques qui en découlent de marginalisation des autres langues majeures du monde », ainsi que les dangers « de disparition des langues de moindre diffusion et des langues régionales ». Malgré le ton quelque peu alarmiste de cette résolution, il n'en demeure pas moins que la diversité linguistique dans notre monde est une réalité culturelle omniprésente à la fois vivante et fragile. La mondialisation linguistique (dans le sens d'uniformité ou d'hégémonie linguistique) n'est ni souhaitable ni nécessaire. Voilà pourquoi nous nous devons d'être vigilants afin de protéger et de promouvoir davantage la diversité linguistique, à l'intérieur et à l'extérieur de nos frontières. C'est avec ce souhait que nous devons aborder le nouveau millénaire.

Bibliographie sélective de l'auteur :

- TURI, J.-G., *Les dispositions juridico-constitutionnelles de 147 États en matière de politique linguistique*, Québec, 1977.
- TURI, J.-G., « Introduction au droit linguistique », dans P. PUPIER et J. WOEHLING (dir.), *Langue et Droit — Language and Law*, Montréal, 1989, p. 55-84.
- TURI, J.-G., « Le pourquoi et le comment du droit linguistique », dans *Langue et Société*, Ottawa, 1994, p. 6-9.
- TURI, J.-G., « Typology of Language Legislation », dans T. SKUTNABB-KANGAS et R. PHILLIPSON (eds.), *Linguistic Human Rights*, Berlin-New York, 1994, p. 111-119.
- TURI, J.-G., « Language and Law in the Era of Globalization », dans V. GENNARO LERDA (eds.), *Which Global Village?*, Westport, Connecticut, London, 2002, p. 193-202.

CONFLITS ET COMPLÉMENTARITÉS ENTRE LES POLITIQUES LINGUISTIQUES EN VIGUEUR AU QUÉBEC, AU NIVEAU FÉDÉRAL ET DANS LE RESTE DU CANADA

par

José WOEHRLING*

Professeur à la faculté de droit de l'Université de Montréal

Introduction : les finalités diverses des politiques linguistiques

Les problèmes et conflits linguistiques qui surgissent au Canada, et en particulier au Québec, viennent du fait que les deux principaux groupes en présence — les francophones et les anglophones — constituent chacun *à la fois* une majorité et une minorité, selon le niveau géographique et politique où l'on se place. En effet, les francophones sont majoritaires au Québec, où ils constituent près de 83 % de la population, mais ils sont en minorité dans chacune des neuf autres provinces et dans l'ensemble politique canadien, où ils ne représentent plus que 24 % de la population. Inversement, les anglophones constituent la minorité au Québec, mais forment la majorité partout ailleurs au Canada¹. On présentera donc les principales caractéristiques des politiques linguistiques respectivement mises en œuvre au Québec, au niveau de l'État fédéral et dans les provinces anglophones². Mais il faut commencer par dire quelques mots des divers types

* Courriel : <jose.woehrling@umontreal.ca>.

1. Au Québec, le français est la langue d'usage (langue la plus souvent parlée à la maison) de 82,8 % de la population et l'anglais celle de 12,3 %, quelque 4,9 % ayant une autre langue d'usage. Ailleurs au Canada, le français est la langue d'usage de 3,6 % de la population et l'anglais de 88,6 %. Si l'on inclut le Québec, l'usage du français au Canada atteint 24,1 % et celui de l'anglais 68,9 %. Près de 90 % des francophones du Canada résident aujourd'hui au Québec. D'un recensement à l'autre, la part des francophones diminue dans les autres provinces. À part le Nouveau-Brunswick, où ils constituent 31 % de la population, la présence des francophones est devenue marginale dans chacune des autres provinces : à Terre-Neuve, en Saskatchewan, en Alberta et en Colombie-Britannique, leur part est de 1 % ou moins ; à l'Île-du-Prince-Édouard, en Nouvelle-Écosse et au Manitoba, elle n'atteint pas 3 % ; en Ontario elle est descendue à moins de 4 %.
2. La Constitution canadienne n'attribue pas expressément de compétences pour légiférer sur l'emploi des langues. Cette question est réglée par l'entremise du concept de pouvoirs « accessoires », c'est-à-dire que le pouvoir de réglementer les comportements linguistiques dans un domaine quelconque accompagne la compétence relative à ce domaine. Étant donné la nature des compétences attribuées aux provinces, celles-ci

de politiques linguistiques pour constater que celles qui sont en vigueur au Québec, d'une part, et celles mises en œuvre dans le reste du Canada, d'autre part, sont fondées sur des principes fort différents.

Une politique linguistique peut avoir pour but de protéger la langue d'une ou de plusieurs minorités ou, plus rarement, la langue de la majorité. Lorsque l'État intervient pour protéger une ou plusieurs langues *minoritaires*, la politique linguistique consiste à reconnaître un ensemble de « droits linguistiques » aux locuteurs de ces langues, comme leur droit d'utiliser celles-ci dans les communications avec les autorités publiques et celui de faire instruire leurs enfants dans leur langue à l'école publique³. La politique linguistique du gouvernement fédéral canadien et celles des provinces anglophones du Canada entrent dans cette catégorie. Elles consistent à reconnaître au français, langue minoritaire, un certain statut dans l'éducation publique et, pour certaines provinces, l'Ontario et le Nouveau-Brunswick surtout, dans les communications officielles (tribunaux, administration et fonction publique, lois et règlements, etc.). Une politique consistant à attribuer des droits linguistiques aux minorités recueille facilement l'approbation.

Dans la plupart des pays, la langue qui est parlée par la majorité ne nécessite pas que l'État légifère pour la protéger. Elle s'impose par son propre poids démographique, économique et politique. Mais il existe des situations où la langue majoritaire est concurrencée par une autre langue qui possède une utilité économique et un prestige supérieurs (notamment parce qu'elle est plus répandue au niveau international). Dans de tels cas,

possèdent les pouvoirs les plus importants dans le domaine linguistique, notamment ceux qui portent sur l'administration municipale et provinciale, la santé et les affaires sociales, l'éducation, les relations de travail, le commerce, les professions et les contrats. Les compétences de l'État central en matière linguistique sont moins importantes; elles visent notamment l'administration fédérale, la défense nationale, le service postal, les banques, l'aéronautique, le commerce et les transports internationaux et interprovinciaux ainsi que les télécommunications. Pour un ouvrage récent rendant compte de l'ensemble des dispositions constitutionnelles et législatives, fédérales et provinciales, portant sur le statut des langues, voir : M. BASTARACHE (ed.), *Language Rights in Canada*, 2^e ed., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 2004.

3. Il faut distinguer entre l'usage *officiel* des langues (dans les relations « verticales » entre les citoyens et la puissance publique), pour lequel on considère généralement que l'État peut prescrire une ou plusieurs langues déterminées et interdire les autres, et l'usage *privé* (dans les relations « horizontales » entre particuliers, personnes physiques ou morales), pour lequel l'État doit en principe respecter la liberté de chacun de s'exprimer dans la langue de son choix, ou *liberté linguistique*, implicitement contenue dans la liberté personnelle et la liberté d'expression. Par ailleurs, cette liberté linguistique, pas plus que les autres libertés, n'est absolue; elle peut être restreinte pour des raisons d'intérêt public (par exemple, la loi peut imposer dans l'étiquetage des produits l'usage d'une langue compréhensible par les consommateurs pour protéger ces derniers). Sur ce point, voir : J. WOEHRLING, « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », (2003-04) 34 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 93, 121-124.

c'est la langue de la majorité qui est vulnérable et que l'État doit protéger. Les néerlandophones en Belgique et les francophones au Québec se sont trouvés — ou se trouvent encore — dans une pareille situation de groupe majoritaire dont la langue est vulnérable. Inévitablement, pour protéger la langue majoritaire, l'État devra légiférer pour en imposer l'usage et, corrélativement, contrôler ou limiter l'usage de la ou des langues qui lui font concurrence. Car c'est le statut *respectif* des langues et des groupes linguistiques qui est en cause; il y a conflit ou concurrence entre les langues en présence. Dans un tel cas, la politique linguistique consistera donc, en partie du moins, à obliger ceux qui ne font pas partie de la majorité à utiliser la langue majoritaire dans un certain nombre de situations, ce qui revient à restreindre leur libre choix linguistique et leur droit d'utiliser leur propre langue. C'est ainsi, par exemple, que les immigrants au Québec, même lorsqu'ils sont anglophones, se voient interdire d'envoyer leurs enfants à l'école publique anglaise et que les Belges francophones qui résident en Flandre sont obligés d'envoyer leurs enfants dans des écoles néerlandophones (et inversement pour les néerlandophones résidant en Wallonie). Une telle politique, dans la mesure où elle amène à restreindre les droits linguistiques individuels, n'est pas toujours facile à défendre du point de vue du libéralisme politique et des droits de l'homme. Pourtant, dans le domaine linguistique comme dans le domaine social ou économique, la limitation des droits de certains individus ou de certains groupes peut se justifier lorsqu'elle est nécessaire pour protéger les droits d'autres individus ou d'autres groupes, plus vulnérables. Ici, la limitation des droits de ceux qui parlent la langue la plus forte et la plus prestigieuse, même si elle est minoritaire dans le pays considéré, est jugée nécessaire pour défendre les droits de ceux qui parlent une langue vulnérable et menacée, bien qu'elle soit majoritaire. La position inverse consisterait à considérer que la concurrence linguistique doit jouer sans entraves et la liberté linguistique individuelle primer, fût-ce au prix de l'affaiblissement, voire de la disparition, de la langue de la majorité.

La mise en œuvre d'une politique linguistique suppose le choix entre deux grands modèles, le principe de *territorialité* et le principe de *personnalité*. En vertu du principe de territorialité, tous ceux qui habitent un territoire donné doivent utiliser la langue officielle de ce territoire dans leurs rapports avec les autorités publiques et pour l'éducation de leurs enfants à l'école publique (par contre, dans les rapports privés et pour l'école privée, la liberté linguistique devrait primer). L'application de ce principe se caractérise donc par le fait que les individus ne peuvent pas choisir la langue de leurs contacts avec les autorités publiques et de l'instruction de leurs enfants à l'école publique. La solution territoriale est celle qui assure le mieux la stabilité et la sécurité des communautés linguistiques, en séparant les langues en présence et en offrant à chacune d'elles une aire de sécurité linguistique, c'est-à-dire un espace sur lequel elle jouit d'un monopole, ou du moins d'une nette prédominance. Cette solution territoriale a par exemple été adoptée en Suisse et en Belgique

et le Québec essaie d'en appliquer certains éléments avec la *Charte de la langue française* (ou « loi 101 »)⁴.

Par contre, le principe de *personnalité* permet aux individus de choisir entre deux ou plusieurs langues pour leurs rapports avec les autorités publiques et l'éducation de leurs enfants à l'école publique. Il exige donc le *bilinguisme* (ou *multilinguisme*) de l'État et du système éducatif public. Le principe de personnalité peut s'appliquer sur l'ensemble du territoire étatique ou, plus fréquemment, sur les seules parties de celui-ci où les minorités atteignent un certain seuil démographique. Sur le plan sociolinguistique, cette solution maintient le contact et la concurrence entre les langues en présence et permet donc à la langue la plus forte de se développer au détriment de celle qui est plus vulnérable. Le principe de personnalité et son corollaire, le bilinguisme institutionnel, s'appliquent au niveau des institutions fédérales canadiennes et dans certaines provinces anglophones comme l'Ontario, le Nouveau-Brunswick et, dans une moindre mesure, le Manitoba. Évidemment, cela n'entraîne aucune menace pour la langue anglaise, qui prédomine partout en Amérique du Nord.

I. La politique linguistique du Québec

Les origines de l'actuelle politique linguistique québécoise remontent aux années 60. À cette époque, l'on commence à constater certaines réalités fort inquiétantes pour les Québécois francophones. D'une part, les immigrants « allophones » (c'est-à-dire qui ne parlent ni l'anglais ni le français) envoient majoritairement leurs enfants à l'école anglaise, plutôt qu'à l'école française; comme le taux de natalité des Québécois francophones commence à baisser considérablement à la même époque, si ces tendances avaient perduré, la situation majoritaire des francophones au Québec s'en serait trouvée menacée à long terme. D'autre part, le français occupe une position subordonnée à celle de l'anglais dans la vie économique et sociale et les francophones, bien qu'ils soient majoritaires au Québec, se situent au bas de l'échelle des revenus, non seulement en dessous des anglophones mais aussi, parfois, des immigrants. À partir de ces constatations, les objectifs de la politique linguistique se dégageront d'eux-mêmes: le premier sera de ramener les enfants des immigrants à l'école française; le deuxième consistera à rehausser le prestige et l'utilité de la langue française dans la vie économique et sociale, de façon à inciter les non-francophones à l'apprendre, pour qu'elle devienne la « langue commune » (ou langue de contact) entre la majorité francophone et les non-francophones. Ces deux objectifs ont été poursuivis, de façon plus ou moins systématique et cohérente, par tous les gouvernements qui se sont

4. *Charte de la langue française*, L.Q. 1977, ch. 5; L.R.Q., ch. C-11.

succédé au Québec depuis 1970 : le gouvernement du Parti libéral, qui a fait adopter en 1974 la *Loi sur la langue officielle*⁵; le gouvernement du Parti québécois, qui a fait voter en 1977 la *Charte de la langue française*⁶ (ou « loi 101 »). D'une loi à l'autre, les buts sont restés les mêmes, mais les moyens ont évolué : la loi 101 est plus ambitieuse dans son champ d'action et plus rigoureuse dans ses moyens.

La loi 101 régit le statut des langues dans trois secteurs principaux : les institutions politiques et administratives provinciales, le secteur économique et l'éducation publique. Dans ces trois domaines, la loi a pour objectif de rehausser le statut du français et, pour y parvenir, elle limite les droits traditionnels des anglophones. Cela, comme déjà mentionné, parce que l'on a constaté que les deux langues étaient en situation de conflit et que si on laissait jouer librement la concurrence entre elles, l'anglais finirait par réduire le français à la portion congrue. Les architectes de la politique linguistique québécoise ont par conséquent jugé que pour renforcer le français, il fallait le faire bénéficier légalement d'un rôle prépondérant — voire exclusif — dans certains domaines. La loi impose donc l'usage du français, généralement en permettant également l'usage d'autres langues, mais parfois en interdisant celui-ci. Elle restreint par conséquent la liberté linguistique individuelle. Il n'est donc pas étonnant qu'elle ait souvent été attaquée sur le fondement des textes constitutionnels ou internationaux qui protègent les droits et libertés. Dans chacun des trois grands secteurs de la politique linguistique québécoise, celle-ci a été partiellement battue en brèche : un certain nombre de dispositions de la loi 101 ont été invalidées par les tribunaux en raison de leur incompatibilité avec la Constitution canadienne, à la suite de recours intentés par des membres de la minorité anglophone du Québec et souvent encouragés, voire financés, par le gouvernement fédéral.

La langue de la législation, de la justice et de l'administration publique

L'idée qui avait prévalu lors de l'adoption de la *Charte de la langue française* était de faire du français la langue principale — ou parfois la seule langue — de la législation et de la réglementation, de la justice et de l'administration publique. Pour atteindre ce but, on avait restreint — sans le supprimer totalement — le bilinguisme qui existait traditionnellement dans les institutions publiques québécoises. Ainsi, la loi prévoyait que les lois et les règlements ne seraient plus adoptés qu'en français, l'administration fournissant une traduction anglaise non officielle. De même, les jugements devaient être rédigés en français ou être accompagnés d'une version française dûment authentifiée et seule la version française du jugement serait officielle. Ces dispositions ont été déclarées

5. *Loi sur la langue officielle*, L.Q. 1974, ch. 6.

6. *Supra*, note 4.

inconstitutionnelles par la Cour suprême du Canada en 1979⁷, comme incompatibles avec l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁸. Ce dernier, en effet, impose l'usage du français et de l'anglais dans la rédaction des lois et des documents parlementaires, au Québec et au niveau des institutions fédérales canadiennes. En outre, il permet que l'anglais et le français soient utilisés, à volonté, dans les procédures écrites et dans les plaidoiries orales devant les tribunaux fédéraux et les tribunaux du Québec, ainsi que dans les débats du Parlement fédéral et de la législature du Québec⁹. Le fait que les rédacteurs de la loi 101 aient sciemment contredit l'article 133 s'explique notamment parce que de nombreux spécialistes pensaient que celui-ci faisait partie des dispositions constitutionnelles pouvant être modifiées par simple loi provinciale. Cette opinion s'appuyait également sur le précédent manitobain de 1890. Lors de la création du Manitoba en 1870, une disposition semblable à l'article 133 avait été insérée dans la Constitution de cette province. Par conséquent, la langue française jouissait à cette époque au Manitoba du même statut constitutionnel que l'anglais au Québec. Or, dès 1890 le Parlement manitobain votait une loi faisant de la langue anglaise la seule langue de la législation et de la justice dans cette province. La loi manitobaine n'ayant jamais été déclarée inconstitutionnelle, il était tout à fait logique de penser qu'il allait en être de même pour la loi 101 du Québec. En fait, le chapitre III de la loi 101 et la loi manitobaine de 1890 furent invalidés par la Cour suprême le même jour, en 1979¹⁰. Par ailleurs, en déclarant inconstitutionnel le chapitre III de la loi 101, la Cour suprême a donné à l'article 133 une interprétation qui élargissait davantage l'obligation de bilin-

7. *P.G. Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016; voir aussi : *P.G. Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312. Pour une analyse des attitudes adoptées par la Cour suprême du Canada dans l'interprétation des dispositions de la Constitution du Canada garantissant des droits linguistiques, voir la contribution du professeur Daniel Proulx dans cet ouvrage.

8. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., ch. 3; L.R.C. (1985), app. II, n° 5.

9. L'article 133 n'a pas été rendu applicable, en 1867, aux trois provinces anglophones existant à l'époque, si bien que leurs minorités francophones sont restées sans protection constitutionnelle. Cela s'explique par le rapport de force qui existait entre les francophones et les anglophones à l'échelle du Canada tout entier : les Canadiens anglais, majoritaires, se trouvaient en position de forcer le Québec à consentir certains droits à sa minorité anglophone ; les Canadiens français, minoritaires, n'ont pas réussi à obtenir les mêmes garanties en faveur des minorités francophones établies en dehors du Québec. Parmi les provinces admises dans la fédération après 1867, celles où les anglophones étaient majoritaires ne furent pas davantage assujetties au bilinguisme constitutionnel. Seul le Manitoba, créé en 1870, dont la population était composée à l'époque à peu près pour moitié de francophones et d'anglophones, se vit imposer des obligations équivalentes à celles de l'article 133. Cependant, une fois les anglophones devenus majoritaires, la législature manitobaine institua en 1890 l'unilinguisme des lois et des tribunaux et ce n'est qu'en 1979 que la Cour suprême du Canada déclara cette action inconstitutionnelle. Finalement, en 1982, le Nouveau-Brunswick a accepté de s'assujettir à des obligations constitutionnelles similaires à celles prévues dans l'article 133.

10. *P.G. Québec c. Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016; *P.G. Manitoba c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032.

guisme, en l'imposant non seulement pour les lois proprement dites et pour les tribunaux judiciaires, mais également pour la législation déléguée (règlements) et pour les tribunaux administratifs.

Les autres dispositions de la loi 101 relatives à la langue des institutions publiques concernent l'Administration et forment le chapitre IV. Sur le plan interne, les rapports des ministères et des organismes qui en dépendent se font en français seulement. Sur le plan externe, l'Administration s'adresse aux personnes morales en français uniquement, mais *peut* s'adresser aux personnes physiques à la fois en français et dans une autre langue. Pour être nommé ou promu à une fonction dans l'Administration, il faut avoir une connaissance du français appropriée à cette fonction. Les organismes municipaux, les services sociaux et les services de santé qui fournissent leurs services à des personnes qui sont en majorité de langue anglaise, et qui sont reconnus comme tels, *doivent* fournir leurs services en français et *peuvent* également les fournir en anglais. En outre, ils *peuvent* utiliser cette langue, à côté du français, dans leur dénomination ainsi que dans l'affichage, les communications internes et les communications entre eux. Il faut souligner que, dans la mesure où ces dispositions permettent aux organismes en cause d'utiliser l'anglais sans les y obliger, il n'en résulte aucun *droit* pour les personnes qui bénéficient de leurs services d'obtenir ceux-ci dans la langue anglaise¹¹.

La langue du commerce et des affaires

Dans ce deuxième domaine, l'objectif de la loi 101 est de franciser la vie économique. Dans ce but, les rédacteurs de la loi ont prévu un certain nombre de prescriptions. Ainsi, les entreprises employant 50 personnes ou plus doivent adopter un programme de francisation ayant pour but la généralisation de l'utilisation du français à tous les niveaux de l'entreprise, ce qui comporte notamment la connaissance de cette langue chez les dirigeants et les membres du personnel, l'utilisation du français comme langue du travail et des communications internes, dans les documents de travail, les manuels, les catalogues et la publicité de l'entreprise, ainsi que dans les communications avec les fournisseurs, la clientèle et le public. Dans le domaine des relations de travail, la loi interdit d'exiger, pour l'accès à un emploi, la connaissance d'une langue autre que le français, à moins que l'employeur ne prouve que cette connaissance est nécessaire à l'accomplissement de la tâche. De même, un employeur ne peut congédier, mettre à pied, rétrograder ou déplacer un membre de son personnel pour la seule raison que celui-ci ne parle que le français ou qu'il ne connaît pas

11. *Charte de la langue française*, article 29.1 (modifié par la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 2000, ch. 57). Par ailleurs, la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.Q. 1986, ch. 106, prévoit que les personnes d'expression anglaise ont le *droit* de recevoir en langue anglaise des services de santé et des services sociaux dans les établissements désignés à cette fin par le gouvernement.

suffisamment une autre langue. Les employeurs doivent rédiger en français (et peuvent également rédiger dans une autre langue) les offres d'emploi ou de promotion et, de façon plus générale, les communications qu'ils adressent à leur personnel. La même règle s'applique pour les conventions collectives. Les entreprises d'utilité publique, les ordres professionnels et les membres de ceux-ci doivent faire en sorte que leurs services soient disponibles en français. Les avis, communications et imprimés destinés au public, y compris les titres de transport en commun, doivent être rédigés dans cette langue. Les ordres professionnels ne peuvent délivrer de permis qu'à des personnes qui ont du français une connaissance « appropriée à l'exercice de leur profession ». Les inscriptions sur un produit ou sur son emballage et sur un document accompagnant ce produit, y compris le mode d'emploi et les certificats de garantie, doivent être rédigées en français, mais peuvent être accompagnées d'une ou de plusieurs traductions, à condition que celles-ci ne l'emportent pas sur le français. De même, les catalogues, les brochures, les dépliants et les autres publications de même nature doivent être rédigés en français, ainsi que les formulaires de demande d'emploi, les bons de commande, les factures, les reçus et les quittances. Les contrats d'adhésion et les contrats où figurent des clauses types imprimées doivent être rédigés en français, mais peuvent être rédigés dans une autre langue si c'est la volonté expresse des parties.

Enfin, la loi 101 prescrivait à l'origine, sous réserve de certaines exceptions, l'usage exclusif du français dans l'affichage public, la publicité commerciale et les raisons sociales. Cette exigence a été considérée par la Cour suprême du Canada comme incompatible avec la liberté d'expression garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹² et la *Charte des droits et libertés de la personne*¹³ du Québec et comme entraînant une discrimination fondée sur la langue contraire au deuxième instrument. La Cour a considéré comme justifié le fait *d'exiger la présence du français*, mais elle a également conclu que le fait *d'exclure les autres langues* constituait une restriction non justifiable des droits garantis¹⁴. En outre, dans des constatations du 31 mars 1993, le Comité des droits de l'homme des

12. La *Charte canadienne des droits et libertés* est contenue dans la Partie I (articles 1 à 34) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, R.-U., ch. 11; L.R.C. (1985), app. II, n° 44. La *Loi constitutionnelle de 1982* a été adoptée malgré l'opposition expresse du gouvernement québécois de l'époque, formé par le Parti québécois. Depuis 1982, aucun gouvernement du Québec, pas même ceux formés par le Parti libéral, pourtant résolument fédéraliste, n'a donné son accord à la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui s'applique cependant au Québec comme au reste du Canada.

13. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12. Les tribunaux ont reconnu à cette loi provinciale un statut « quasi constitutionnel », qui leur permet de déclarer « inopérante » toute autre loi québécoise, antérieure ou postérieure, incompatible avec les articles 1 à 38 de la Charte, à moins qu'elle ne contienne une disposition dérogoire expresse.

14. *Ford c. P.G. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712.

Nations Unies, institué en application du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁵, est arrivé à la conclusion que les dispositions de la loi 101 sur l'affichage et les raisons sociales violaient la liberté d'expression garantie à l'article 19 du Pacte¹⁶. À la suite de ces décisions, le gouvernement du Parti libéral a fait adopter en 1993 un nouveau régime dans lequel l'affichage public et la publicité commerciale peuvent désormais être faits à la fois en français et dans une ou plusieurs autres langues pourvu que le français y figure « de façon nettement prédominante ». Quant aux raisons sociales, elles peuvent désormais être assorties d'une version dans une langue autre que le français pourvu que, dans son utilisation, la raison sociale en langue française figure « de façon au moins aussi évidente » que les versions dans d'autres langues.

Globalement, les objectifs visés par la loi dans le domaine du travail, de l'économie et du commerce ont été atteints. L'écart des revenus entre francophones et anglophones a disparu; les francophones sont mieux représentés sur le marché du travail en particulier aux échelons intermédiaires et supérieurs des entreprises où ils n'avaient pas leur juste place avant 1970; l'usage du français tend à se généraliser dans la vie des entreprises; les travailleurs peuvent généralement travailler en français; les services en français aux consommateurs sont presque partout assurés. Cependant, le bilan n'est pas entièrement positif. Les petites et moyennes entreprises, qui ne sont pas soumises aux obligations de francisation de la loi 101, fonctionnent encore souvent en anglais à Montréal et dans la région montréalaise. Or, c'est dans de telles entreprises que les immigrants trouvent habituellement du travail; ce phénomène contrarie donc l'intégration des immigrants et leur apprentissage du français. L'avenir soulève certaines inquiétudes: la mondialisation des marchés et de l'information, la pénétration accélérée des nouvelles technologies, les mouvements massifs de migration, la redéfinition du rôle de l'État national dans les grands ensembles économiques sont autant de phénomènes qui rendent plus difficiles la défense et la promotion des langues moins fortes et moins répandues et qui favorisent le rôle des grandes langues, principalement de l'anglais.

La langue de l'enseignement

Dans le domaine de l'enseignement, l'objectif de la loi 101 était à l'origine de limiter l'accès à l'école publique anglaise, au Québec, aux enfants de la minorité anglo-québécoise « de souche ». À cette fin, on avait

15. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 107 (entré en vigueur le 23 mars 1976). Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies avait été saisi par des commerçants anglophones du Québec.

16. *Ballantyne, Davidson et McIntyre c. Canada*, communications 359/1989 et 385/1989, 31 décembre 1993; constatations reproduites dans (1993) 5 *Revue universelle des droits de l'homme* 156-162.

inscrit à l'article 73 de la *Charte de la langue française* une règle communément appelée « clause Québec », selon laquelle n'étaient admissibles à l'école publique anglaise — primaire et secondaire — que les enfants dont l'un des parents avait lui même reçu, au Québec, son enseignement primaire en anglais, ainsi que les frères et sœurs cadets de ces enfants. En pratique, cette règle avait pour effet d'interdire à trois catégories de personnes d'envoyer leurs enfants à l'école publique anglaise : a) les immigrants, y compris ceux dont la langue maternelle ou usuelle est l'anglais ; b) les francophones ; c) les Canadiens des autres provinces venant s'établir au Québec, à moins qu'une entente de réciprocité n'ait été conclue entre le Québec et leur province d'origine ou que celle-ci n'offre des services comparables aux francophones qui y résident. Cette dernière conséquence a immédiatement été considérée comme inacceptable par les autorités fédérales, qui ont jugé qu'elle était incompatible avec le principe de libre circulation et de libre établissement qui est à la base du système fédéral. Cependant, à l'époque où la loi 101 a été adoptée, rien dans la Constitution canadienne de 1867 ne s'opposait à ce genre de législation. Comme le gouvernement fédéral ne pouvait s'appuyer sur la Constitution existante pour faire invalider la « clause Québec » de la loi 101, il fit adopter en 1982, avec l'accord des neuf autres provinces et contre l'opposition du gouvernement québécois, une nouvelle loi constitutionnelle dans laquelle figure une disposition expressément conçue pour contrecarrer la *Charte de la langue française*. L'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, adoptée en 1982, établit les critères d'admissibilité aux droits à l'instruction dans la langue de la minorité. Un de ces critères, appelé « clause Canada », consiste à reconnaître le droit à l'éducation dans la langue de la minorité (donc, à l'éducation en anglais au Québec) aux enfants dont l'un des parents a reçu son éducation primaire dans cette langue *au Canada*¹⁷. Cette disposition permet donc aux Canadiens des autres provinces qui s'établissent au Québec d'envoyer leurs enfants à

17. Les deux premiers paragraphes de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, adoptée en 1982, sont destinés à établir les critères d'admissibilité aux droits à l'instruction dans la langue de la minorité. Un premier critère, contenu à l'alinéa 23(1)a), a pour effet d'accorder ce droit à tous les citoyens canadiens dont la « première langue apprise et encore comprise » est l'anglais ou le français, selon le cas. Cette disposition est parfois appelée « clause universelle » dans la mesure où elle bénéficie aux personnes venant du monde entier, une fois qu'elles ont acquis la citoyenneté canadienne. La clause universelle s'applique déjà aux neuf provinces anglophones, mais n'entrera en vigueur pour le Québec qu'après autorisation de son assemblée législative ou de son gouvernement. Le deuxième critère d'admissibilité, contenu à l'alinéa 23(1)b), consiste à reconnaître le droit à l'éducation dans la langue de la minorité (donc, à l'éducation en anglais au Québec) aux enfants dont l'un des deux parents a reçu son éducation primaire dans cette langue *au Canada*. Enfin, l'article 23(2) prévoit que les citoyens canadiens dont un enfant « a reçu ou reçoit » son instruction primaire ou secondaire en français ou en anglais au Canada, ont le droit de faire instruire dans cette langue tous leurs autres enfants. Cette disposition doit faire en sorte que tous les enfants d'une même famille puissent recevoir l'instruction dans la même langue, si leurs parents le désirent.

l'école publique anglaise. C'est dans cette mesure que l'article 23 de la Charte canadienne entrerait en conflit avec l'article 73 de la loi 101. Deux ans plus tard, la Cour suprême déclarait la clause Québec inopérante¹⁸. Mais cela n'a entraîné qu'une augmentation de moins de 2 % de la clientèle des écoles anglaises et n'a rien changé au fait que les immigrants, d'où qu'ils viennent, et les Québécois francophones doivent envoyer leurs enfants à l'école publique française. De ce point de vue, la loi 101 continue d'atteindre son but¹⁹. Cependant, on commence à se rendre compte que la fréquentation de l'école française n'est peut-être pas suffisante pour franciser durablement les immigrants. En effet, ceux-ci s'établissent en très grande majorité à Montréal et la proportion des élèves allophones est devenue suffisamment importante dans certaines écoles françaises de la métropole pour faire perdre à celles-ci leur capacité d'intégration des nouveaux arrivants. Par ailleurs, la francisation des immigrants dépend également beaucoup de leur insertion dans les activités économiques; or dans la région métropolitaine de Montréal celles-ci continuent en bonne partie de se dérouler en anglais. Par conséquent, la bataille du français n'est pas encore gagnée à Montréal. C'est pourtant là que se jouera principalement l'avenir linguistique et culturel de la société québécoise tout entière.

Les principales doléances exprimées par les anglophones du Québec contre la politique linguistique québécoise en matière d'éducation portent évidemment sur les règles d'accès aux écoles publiques anglophones. La clientèle de ces écoles a diminué de façon très importante depuis 1977 pour trois raisons conjuguées: le taux de natalité des anglophones est très bas (comme celui des francophones); un nombre important de Québécois anglophones ont quitté, et continuent de quitter chaque année, le Québec à destination du Canada anglais, pour des raisons économiques et politiques²⁰; enfin, à cause de la loi 101, la clientèle scolaire anglophone ne peut plus se maintenir ou augmenter grâce à l'apport des immigrants. Les anglophones craignent qu'en deçà d'un certain seuil le nombre diminuant de la clientèle scolaire anglophone ne justifie plus la prestation de certains services. Ils voudraient donc que la loi soit modifiée pour élargir l'accès à l'école anglaise. Les plus modérés demandent que les écoles anglaises puissent accueillir les enfants des immigrants anglophones; les plus radicaux réclament le retour au libre choix pour tous, immigrants et francophones compris. Jusqu'à présent, aucun gouvernement québécois ne s'est montré disposé à donner satisfaction à ces demandes.

18. *P.G. Québec c. Quebec Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66.

19. Alors qu'en 1976-1977 85 % des jeunes immigrants fréquentaient l'école anglophone, en 1997-1998 80 % d'entre eux étudiaient dans une école francophone.

20. Entre 1971 et 1981, 79 000 anglophones ont quitté le Québec et 45 000 entre 1981 et 1991.

Pour terminer, soulignons que la *Charte de la langue française* prévoit en matière d'enseignement un régime particulier pour les Amérindiens et les Inuits auxquels s'applique la *Convention de la Baie James et du Nord Québécois* de 1975, en permettant l'usage des langues amérindiennes dans les écoles primaires et secondaires autochtones et en créant des commissions scolaires (autorités scolaires locales décentralisées) administrées par les autochtones, en particulier les Cris, les Inuits et les Naskapis²¹.

Les aspects linguistiques de la politique québécoise de l'immigration

La politique québécoise de l'immigration constitue un complément important de la politique linguistique. En matière d'immigration, la Constitution canadienne attribue des pouvoirs concurrents au Parlement fédéral et aux législatures des provinces; en cas d'incompatibilité entre la législation fédérale et les lois provinciales, la législation fédérale l'emporte²². Lorsqu'une province désire exercer sa compétence en matière d'immigration, elle doit par conséquent conclure une entente avec les autorités fédérales pour régler les modalités de leur collaboration dans ce domaine. En vertu de l'entente avec le Québec actuellement en vigueur, qui date de 1991, le gouvernement du Canada continue de définir les catégories générales d'immigrants et d'établir les niveaux d'immigration²³, de même qu'il conserve la seule responsabilité des immigrants de

21. *Charte de la langue française*, art. 87 et 88. Les autochtones du Québec, qui forment approximativement 1 % de la population totale et se répartissent en 11 nations, sont au nombre de 72 000, dont 8000 Inuits. Dans six de ces nations, les Algonquins, les Atikameks, les Cris, les Inuits, les Montagnais (ou Innus) et les Naskapis, la majorité parle encore la langue ancestrale.

22. Aux termes de l'article 91(25) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement canadien possède une compétence exclusive sur la naturalisation et les « aubains » (étrangers); l'article 95 confère en matière d'immigration une compétence concurrente, avec prépondérance fédérale, au Parlement canadien et aux législatures des provinces. Sur ce sujet, voir: H. BRUN et E. BROUILLET, « Le partage des pouvoirs en matière d'immigration: une perspective québécoise », dans P. THIBAUT, B. PELLETIER et L. PERRET (dir.), *Les Mélanges Gérald-A. Beaudoin — Les défis du constitutionnalisme*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 2002, p. 55-87.

23. Conformément aux articles 5 à 7 de l'accord de 1991, Le gouvernement canadien doit consulter le gouvernement du Québec pour l'établissement des niveaux d'immigration pour l'ensemble du pays. L'accord permet au Québec de recevoir une part de l'immigration canadienne correspondant à son poids démographique (un peu moins de 25 % de la population canadienne totale), avec la possibilité de dépasser ce seuil de 5 % « pour des raisons démographiques ». Cependant, ces principes sont de nature plutôt symbolique, car l'objectif d'accueillir au Québec le quart de l'immigration canadienne n'a été atteint qu'à trois reprises depuis 1945. Afin de maintenir le poids démographique relatif du Québec au sein du Canada — il est passé de 26,7 % en 1979 à 24,7 % en 1996 — il faudrait que le Québec accueille au moins 50 000 immigrants par an. La situation économique du Québec ne lui permettrait pas d'absorber, sur une période prolongée, autant de nouveaux arrivants. En outre, l'intégration linguistique et culturelle de ceux-ci pose-rat des problèmes quasi insurmontables.

la catégorie de la famille et des réfugiés politiques qui font leur demande au Canada. Quant au Québec, il se voit reconnaître la responsabilité exclusive de sélectionner les immigrants « indépendants » (travailleurs, gens d'affaires et « parents aidés ») et les réfugiés qui font leur demande depuis l'étranger. Les critères à partir desquels le Québec sélectionne les immigrants varient selon la sous-catégorie d'immigration; ils s'articulent autour de préoccupations linguistiques et économiques. La politique consiste en particulier à favoriser l'accueil d'immigrants francophones ou « francophonisables » (c'est-à-dire susceptibles de s'intégrer sur le plan linguistique à la communauté franco-québécoise) et à mettre sur pied des programmes de francisation pour les immigrants qui ne savent pas le français²⁴. En outre, l'entente prévoit que les autorités fédérales laissent à celles du Québec la pleine responsabilité des services d'accueil et d'intégration socio-économique, linguistique et culturelle de tous les immigrants qui s'établissent sur son territoire, tout en assumant une partie des coûts que ces services entraînent. Par ailleurs, les autorités fédérales conservent la responsabilité entière des services relatifs à la naturalisation et à l'attribution de la citoyenneté.

II. La politique linguistique fédérale

Au XIX^e siècle et durant la première moitié du XX^e siècle, la politique linguistique fédérale présentait trois caractéristiques. Tout d'abord, les droits des francophones dans le fonctionnement de l'appareil gouvernemental canadien n'ont été reconnus que très lentement; ainsi, la traduction simultanée des débats n'a fait son apparition qu'en 1959 à la Chambre des communes et en 1961 au Sénat. De même, il n'y a guère eu de progrès rapides en ce qui concerne le bilinguisme des services administratifs: les francophones n'obtenaient que très peu de services en français de la part de l'administration fédérale, que ce soit au Canada anglais ou à Ottawa, la capitale nationale. Même au Québec, les services de l'administration fédérale étaient parfois difficiles à obtenir en français. Par exemple, ce n'est qu'à partir de 1936 que les billets de banque furent bilingues et c'est uniquement depuis 1945 que le gouvernement fédéral émet des chèques d'allocations familiales bilingues au Québec (en 1962, leur distribution sera étendue à la totalité du Canada). Enfin, il existait une sous-représentation chronique des francophones dans la fonction publique fédérale, surtout aux niveaux intermédiaires et supérieurs; en outre, lorsqu'ils

24. De 1992 à 1996, la proportion des immigrants admis au Québec après avoir été sélectionnés par les autorités québécoises s'est fixée entre 47 % et 53 % de tous les immigrants admis. Sur l'ensemble des immigrants choisis par le Québec, les immigrants francophones ne représentent que 35 % de tous les immigrants indépendants, parce que le Québec ne réussit pas à en attirer davantage.

devenaient fonctionnaires fédéraux, les francophones étaient obligés de travailler en anglais. Même au Québec, l'anglais prédominait dans de nombreux ministères, notamment dans la région de Montréal. Cette situation avait entraîné chez beaucoup de francophones, au Québec et dans le reste du Canada, un sentiment d'aliénation et de désaffection à l'égard de l'État canadien. Ce phénomène, ainsi que les revendications constitutionnelles du Québec et le développement du mouvement indépendantiste québécois ont amené le gouvernement canadien à créer en 1963 une Commission d'enquête sur les problèmes linguistiques, dont le rapport conduira à la fin des années 60 à l'adoption d'une nouvelle politique linguistique fédérale principalement destinée à apaiser le mécontentement causé au Québec par la position subordonnée du français, à la fois dans la vie économique et sociale québécoise et dans les institutions fédérales.

Depuis cette époque, la politique fédérale en matière de langue et de minorités s'articule autour de trois axes :

- a) le bilinguisme des lois, de la réglementation et des tribunaux fédéraux et la prestation de services bilingues aux usagers des services publics fédéraux là où la demande le justifie;
- b) la représentation équitable des francophones dans la fonction publique fédérale et la reconnaissance de leur droit d'y travailler dans leur langue;
- c) l'octroi de subventions aux provinces pour les inciter à promouvoir l'usage des langues officielles, principalement en ce qui concerne l'éducation *dans* la langue de la minorité anglophone ou francophone et l'enseignement *de* la langue officielle seconde.

La politique de bilinguisme dans les services publics fédéraux découle de la *Loi sur les langues officielles* qui a été adoptée en 1969 et dont une nouvelle version est entrée en vigueur en 1989²⁵. Le but principal de la loi est de faire en sorte que l'administration fédérale puisse servir les usagers en français dans la région d'Ottawa, la capitale nationale, et ailleurs au Canada anglais, là où la demande le justifie. Bien sûr, la loi suppose également que les services fédéraux soient offerts dans les deux langues au Québec. Les articles 6 et 7 de la *Loi sur les langues officielles* prévoient que tous les textes législatifs et réglementaires fédéraux doivent être publiés simultanément dans les deux langues, les deux versions faisant autorité. L'article 16 énonce qu'il incombe aux tribunaux fédéraux autres que la Cour suprême du Canada de veiller à ce que celui qui entend une affaire comprenne les parties sans l'aide d'un interprète lorsqu'elles

25. *Loi sur les langues officielles*, L.C. 1988, ch. 38.

optent pour l'une des deux, ou pour les deux langues officielles²⁶. La partie IV de la loi prévoit que le public a le droit de communiquer avec les institutions fédérales et d'en recevoir les services dans la langue officielle de son choix de la part de tous les sièges sociaux et administrations centrales. La même obligation vaut pour les bureaux et points de services situés dans la région de la capitale nationale et là où, au Canada comme à l'étranger, il existe une demande importante, ou encore lorsque la « vocation des bureaux » le justifie. Ce dernier critère doit permettre de tenir compte de facteurs comme la santé ou la sécurité du public, l'emplacement des bureaux et le caractère national ou international de leur mandat. La nouvelle loi élargit considérablement la portée du mandat du Commissaire aux langues officielles, qui joue le rôle d'ombudsman linguistique²⁷.

La deuxième dimension de la politique linguistique fédérale est constituée par la politique de bilinguisme dans la fonction publique. Celle-ci a un double but. D'abord, tout en respectant le principe du mérite, augmenter à tous les échelons la proportion des fonctionnaires francophones jusqu'au point où ils seront représentés au prorata de l'importance des francophones dans la population générale (c'est-à-dire à peu près 24 %). Ensuite, permettre aux fonctionnaires francophones de travailler en français en traduisant les documents de travail et en « bilinguisant » (au moins de façon passive) leurs collègues de travail anglophones avec lesquels ils sont en contact. Il faut souligner que cette politique ne s'applique pas partout en dehors du Québec, mais uniquement dans la région d'Ottawa-Hull et dans certaines parties de l'Ontario et du Nouveau-Brunswick. Par

26. Pour des raisons pratiques, le législateur fédéral a jugé bon de faire une exception pour la Cour suprême. La Cour ne comprend que neuf membres et, à cause de l'importance des questions qui lui sont soumises, il n'est pas rare qu'ils siègent tous sur une même affaire. Dès lors, si l'exigence de pouvoir entendre une affaire dans les deux langues officielles s'appliquait, le gouvernement fédéral ne pourrait plus nommer à la Cour que des candidats déjà bilingues. Or cela serait difficile, une pratique s'étant développée qui consiste à assurer une représentation régionale à la Cour. Par tradition, un juge vient de la Colombie-Britannique, un des provinces de l'Ouest, trois de l'Ontario, trois du Québec (dans ce cas, l'exigence est prévue par la *Loi sur la Cour suprême*) et un des provinces maritimes. Cette pratique ne serait pas, dans les faits, compatible avec l'exigence que tous les juges de la Cour suprême soient bilingues. La Cour a plutôt mis sur pied un système d'interprétation simultanée des plaidoiries dans les appels et les requêtes. L'interprétation simultanée est offerte dans toutes les affaires, à tout avocat ou juge qui n'est pas en mesure de comprendre directement ce qui est dit dans l'une ou l'autre langue officielle. Les décisions de la Cour suprême sont publiées dans les deux langues officielles et les deux versions sont normalement disponibles de façon simultanée au moment où la décision est rendue.

27. Les principes généraux de la politique fédérale des langues officielles ont été consacrés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982. Pour ce qui est du bilinguisme législatif et réglementaire et du bilinguisme judiciaire, les articles 17(1) à 19(1) de la Charte répètent et précisent, à l'égard des autorités fédérales, la portée de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Quant au bilinguisme des services administratifs fédéraux, dans leurs relations avec les usagers, son principe est prévu par l'article 20(1) de la Charte. Les articles 17(2) à 20(2) de la Charte prévoient l'application des mêmes principes à la province du Nouveau-Brunswick.

ailleurs, au Québec la fonction publique fédérale fonctionne évidemment surtout en français.

Enfin, la troisième dimension de la politique linguistique fédérale est constituée par les mesures d'appui aux communautés minoritaires de langue officielle (c'est-à-dire les anglophones du Québec et les francophones des autres provinces). Depuis 1969, le gouvernement fédéral appuie financièrement ces communautés. En outre, il a pris l'initiative d'une série de programmes conjoints fédéraux-provinciaux pour améliorer et élargir les services d'enseignement offerts dans la langue de la minorité, ainsi que pour promouvoir l'apprentissage de la langue officielle seconde par les élèves de la majorité. Le gouvernement fédéral verse aux provinces des fonds pour subventionner en partie ces deux formes d'enseignement. Il a également conclu avec certaines provinces des ententes en vertu desquelles il finance une part des coûts occasionnés par la fourniture en français (ou en anglais au Québec) de certains services de santé et services sociaux (en vertu de la Constitution canadienne, la compétence en matière d'éducation, de santé et de services sociaux appartient exclusivement aux provinces).

En ce qui concerne le statut de la langue française au sein des institutions fédérales et la protection des minorités francophones en dehors du Québec, la politique linguistique fédérale a eu un succès réel encore que partiel. La capacité institutionnelle de l'administration fédérale de fonctionner en français est désormais nettement meilleure qu'elle ne l'était dans les années 60. Par ailleurs, encore aujourd'hui, il est difficile de se faire servir en français dans les services publics fédéraux ailleurs qu'au Québec, dans la région d'Ottawa, au Nouveau-Brunswick et dans certaines régions de l'Ontario (comme en témoignent les nombreuses plaintes déposées auprès du Commissaire aux langues officielles). Le recrutement d'un plus grand nombre de francophones dans la fonction publique fédérale a surtout profité aux francophones hors Québec, davantage bilingues que les Québécois francophones; ils constituent à peu près 40 % des employés fédéraux de langue française. Par ailleurs, les exigences de bilinguisme dans la fonction publique ont provoqué du mécontentement chez un grand nombre d'anglophones unilingues qui voient ainsi diminuer leurs chances d'être engagés ou promus comme fonctionnaires. L'application de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantit le droit à l'éducation en français en dehors du Québec, là où le nombre des « ayants droit » le justifie, a entraîné depuis vingt ans la création de nombreuses écoles francophones dans les provinces anglophones. Cependant, la moitié seulement des parents qui pourraient y envoyer leurs enfants font effectivement ce choix, les autres préférant l'école anglophone en pensant qu'elle favorisera davantage la réussite professionnelle et la promotion sociale de leur descendance. Il s'agit sans doute d'une des raisons qui expliquent que le phénomène d'anglicisation des minorités francophones hors Québec (sauf au Nouveau-Brunswick) continue de progresser inexorablement, une autre explication résidant dans le nombre élevé de situations de couples mixtes qui conduisent en majorité à des transferts linguistiques vers l'anglais.

En ce qui concerne le renforcement de l'unité nationale et la prise en compte des doléances des Québécois francophones, qui constituaient deux de ses principaux objectifs, la politique linguistique fédérale semble avoir entraîné des effets contre-productifs dans la mesure où elle n'est que de peu d'utilité pour protéger ou promouvoir le français au Québec. Au contraire, en faisant la promotion d'un bilinguisme égalitaire, la politique fédérale entre en conflit avec la politique linguistique québécoise, qui cherche à affirmer la primauté du français et à limiter l'usage de l'anglais dans certains domaines. La politique linguistique fédérale constitue donc fréquemment un objet de conflit entre le gouvernement canadien et les nationalistes québécois et l'un des arguments avancés en faveur de la souveraineté du Québec consiste à affirmer qu'une protection plus efficace de la langue française exigerait que le Québec puisse se soustraire à la *Loi sur les langues officielles* et aux dispositions linguistiques de la Constitution canadienne.

Les tensions entre la politique fédérale du multiculturalisme et la politique québécoise de la convergence culturelle

À partir de 1971, l'État fédéral a également commencé à élaborer une politique du multiculturalisme, pour reconnaître l'apport des nouveaux immigrants qui n'étaient ni anglophones ni francophones, mais également pour apaiser certaines réactions négatives provoquées par l'adoption, deux ans auparavant, de la *Loi sur les langues officielles*. En effet, la consécration et la promotion du multiculturalisme permettent d'affirmer que, même s'il y a deux langues officielles, aucune culture par contre ne possède de caractère officiel et qu'aucun groupe ethnique n'a préséance sur un autre. Dans les deux décennies suivantes, la politique du multiculturalisme a pris progressivement plus d'importance, au fur et à mesure de l'arrivée de nombreux immigrants d'origines et de cultures très diverses. En 1982, le principe du multiculturalisme a été inscrit à l'article 27 de la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁸. En outre, le Parlement canadien a adopté en 1988 la *Loi sur le maintien et la valorisation du multiculturalisme au Canada*²⁹.

La politique fédérale du multiculturalisme est mal acceptée au Québec; on la voit comme une machine de guerre contre la dualité, c'est-à-dire comme une façon de nier le biculturalisme et le bilinguisme. Plutôt que de reconnaître l'existence de deux cultures et de deux nations au sein du Canada, la francophone et l'anglophone, elle mettrait artificiellement toutes les collectivités culturelles sur le même pied. Dans cette optique, la politique du multiculturalisme serait destinée à noyer la différence québécoise, à diminuer l'importance du fait français au Canada, le réduisant

28. « Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens. »

29. L.C. 1988, ch. 31.

au statut d'une grande minorité ethnique. De fait, le multiculturalisme est parfois invoqué par les immigrants, au Québec, pour mettre en cause la légitimité de la politique linguistique québécoise, qui privilégie le français, et pour prétendre que le français ne devrait pas se voir reconnaître plus de droits que les autres langues. Dans le reste du Canada, les immigrants apprennent spontanément l'anglais et s'intègrent à la culture nord-américaine; par conséquent, la politique du multiculturalisme ne gêne pas leur intégration. Donc, en ne favorisant explicitement aucune culture, le multiculturalisme favorise dans les faits la langue et la culture anglaises, hégémoniques au Canada.

Le Québec propose donc un modèle de rechange, fondé sur le concept d'« interculturelisme », ou de « culture de convergence », ou encore de culture commune. Ce modèle insiste davantage sur le partage d'institutions communes, le respect des valeurs démocratiques et la promotion d'une culture publique commune à laquelle les immigrants doivent s'intégrer. Cette culture commune est définie comme celle d'une société « francophone, démocratique et pluraliste », les autres cultures étant reconnues et respectées comme un apport à la vie et à l'identité québécoise. Il s'agit donc d'un modèle de culture commune à prédominance francophone, accompagné du respect et de la reconnaissance des autres communautés et cultures, vu comme un substitut au modèle fédéral de multiculturalisme.

En fait, il semble à l'examen que la principale différence significative entre les deux modèles porte sur l'intégration linguistique des immigrants. Au Québec, cette intégration ne se fait pas spontanément et naturellement; l'apprentissage et l'usage du français par les immigrants doivent être encouragés, voire imposés (la loi 101 oblige les immigrants à envoyer leurs enfants dans les écoles publiques françaises; ils n'ont pas la possibilité de choisir les écoles anglaises). Dans le reste du Canada, les immigrants apprennent spontanément l'anglais et aucune mesure incitative ou coercitive n'est nécessaire pour les amener à ce résultat; par conséquent, le multiculturalisme n'entraîne aucune conséquence négative sur ce plan. Mais, mis à part ces différences concernant l'intégration linguistique des immigrants, les politiques québécoise et canadienne sont fondamentalement similaires; les deux politiques adoptent également une politique d'adaptation et d'accommodement de la diversité religieuse et culturelle, c'est-à-dire une politique consistant à modifier, lorsque nécessaire, les normes généralement applicables pour tenir compte des différences religieuses et culturelles (et l'on pense généralement que ces accommodements seront temporaires)³⁰.

30. Sur l'opposition entre la politique fédérale du multiculturalisme et la politique québécoise de « convergence culturelle », voir : J. WOEHRLING, « Les droits et libertés dans la construction de la citoyenneté, au Canada et au Québec », dans M. COUTU et autres (dir.), *Droits fondamentaux et citoyenneté*, Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 269-302.

III. Les politiques linguistiques des provinces anglophones

Du point de vue de l'évolution de leurs politiques linguistiques depuis la fin des années 60, les provinces anglophones se divisent en deux catégories: d'une part, le Nouveau-Brunswick et l'Ontario; d'autre part, les sept autres provinces anglophones.

A. Le Nouveau-Brunswick et l'Ontario

Le Nouveau-Brunswick et l'Ontario ont adopté des attitudes inspirées, à des degrés divers, de la politique de bilinguisme officiel de l'État fédéral et reconnaissent donc des droits linguistiques significatifs à leur minorité francophone. Cela s'explique par la démographie: dans ces deux provinces, voisines du Québec, les francophones ont encore une importance numérique significative, soit en chiffres absolus, soit en termes relatifs. Au Nouveau-Brunswick, ils sont 217 000 (plus de 31 % de la population) et en Ontario 350 000 (près de 4 % de la population). En Ontario, les francophones sont concentrés dans les régions de l'est et du nord de la province et constituent la minorité la plus importante.

C'est le Nouveau-Brunswick qui est allé le plus loin sur la voie du bilinguisme officiel et de la reconnaissance des droits des francophones. Dès 1969, le Parlement provincial a adopté une *Loi sur les langues officielles* directement inspirée de la loi fédérale (une nouvelle version, modernisée et renforcée, de la loi est entrée en vigueur en 2002)³¹. Dès cette date également, le Nouveau-Brunswick a entrepris de mettre sur pied un système scolaire francophone qui répond aujourd'hui de façon satisfaisante aux besoins de la minorité francophone. Les principes de base de la politique linguistique du Nouveau-Brunswick ont été inclus dans la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982 (de la même façon que pour la politique fédérale)³².

Malgré des différences importantes sur le plan des discours normatifs, les pratiques fédérales et québécoises d'intégration tendent à se rapprocher. Sur la politique d'accommodement de la diversité religieuse, voir: J. WOEHRLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », (1998) 43 *McGill L.J.* 325.

31. *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*, L.N.-B. 1968-1969, ch. 14; remplacée en 2002 par la *Loi sur les langues officielles*, L.N.-B., ch. O-0.5; voir également la *Loi scolaire*, L.R.N.-B., ch. S-5.1 et la *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles du Nouveau-Brunswick*, L.N.-B. 1981, ch. O-1.1.

32. Voir *supra*, note 27. En outre, le Nouveau-Brunswick a fait adopter en 1993 une modification constitutionnelle, contenue dans l'article 16.1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui énonce que « la communauté linguistique française et la communauté linguistique anglaise du Nouveau-Brunswick ont un statut et des droits et privilèges égaux, notamment le droit à des institutions d'enseignement distinctes et aux institutions culturelles distinctes nécessaires à leur protection et à leur promotion ».

Dans le cas de l'Ontario, la politique de bilinguisme officiel est allée moins vite et moins loin³³; elle a consisté à adopter progressivement des mesures qui améliorent le système scolaire francophone et instaurent le bilinguisme des lois, ainsi qu'une certaine forme de bilinguisme judiciaire et administratif dans les régions où sont concentrés les francophones. Certaines de ces mesures ont été réunies dans la *Loi de 1986 sur les services en français*³⁴, qui est entrée en vigueur en 1988. Par contre, l'Ontario a refusé, en 1982, de suivre l'exemple du Nouveau-Brunswick et de s'assujettir aux dispositions de la Constitution en matière de bilinguisme officiel dans les domaines autres que l'éducation.

B. *Les autres provinces anglophones*

Dans les sept autres provinces, à l'est et à l'ouest du pays, la politique de bilinguisme officiel fait l'objet d'une réticence plus ou moins prononcée et les droits reconnus aux francophones restent généralement fort restreints³⁵. Là encore, les attitudes s'expliquent par la démographie : dans ces régions du Canada, les francophones ne sont que très faiblement représentés (3,7% de la population en moyenne) et, de plus, ils sont en voie d'assimilation linguistique. Dans les provinces de l'Ouest, les francophones ne constituent même pas la principale minorité; ils sont inférieurs en nombre à d'autres groupes linguistiques, comme les Allemands, les Ukrainiens et, plus récemment, en Colombie-Britannique, les Chinois. Par conséquent, le principe retenu dans ces provinces est celui du multiculturalisme : le français est essentiellement traité sur le même pied que les autres langues minoritaires. Seule l'importance numérique d'un groupe, plutôt que des considérations historiques, peut justifier la prestation de services linguistiques particuliers. Dans ces provinces, le principal — et souvent le seul — domaine dans lequel la situation a évolué favorablement pour les francophones est celui de l'éducation publique, grâce aux subventions accordées depuis la fin des années 60 par le gouvernement

33. Un des domaines dans lesquels la législation ontarienne est moins généreuse pour les francophones que celle du Nouveau-Brunswick est celui des municipalités. Au Nouveau-Brunswick, la nouvelle *Loi sur les langues officielles*, précitée, prévoit certaines obligations de bilinguisme officiel pour les municipalités dont la population compte au moins 20 % de francophones. Par contre, en Ontario, les municipalités restent libres de définir leur propre statut linguistique, ce qui a permis à un nombre significatif d'entre elles de se déclarer officiellement unilingues anglophones, d'autres, moins nombreuses, choisissant au contraire d'instaurer un certain bilinguisme officiel en faveur de la langue française.

34. *Loi sur les services en français*, L.R.O. 1990, ch. F.32 et F.33. Voir également la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43 et la *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2.

35. Parmi ces huit provinces, celle de l'Île-du-Prince-Édouard vient cependant de s'engager récemment dans une politique de bilinguisme officiel et de reconnaissance des droits des francophones, à un degré moindre il est vrai que le Nouveau-Brunswick et l'Ontario; voir : *French Language Services Act*, S.P.E.I., ch. F-15.1 (bien qu'adoptée, la loi n'est pas encore entrée entièrement en vigueur).

fédéral pour l'enseignement *dans* la langue de la minorité et l'enseignement *de* la langue officielle seconde, et, depuis 1982, grâce à l'application de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui a introduit le droit à l'instruction dans la langue de la minorité (anglophone ou francophone) là où le nombre des ayants droit le justifie. Par ailleurs, le Parlement fédéral, qui est compétent pour légiférer sur la procédure et le droit criminels, a adopté en 1990 des dispositions qui permettent à un accusé d'être jugé dans la langue officielle de son choix (le français ou l'anglais)³⁶. Il faut cependant souligner que l'application du droit criminel fédéral relève exclusivement, aux deux premiers degrés de juridiction, des cours provinciales et que ce sont les procureurs généraux provinciaux qui sont chargés d'intenter les poursuites. Par conséquent, les dispositions fédérales en cause ont pour effet d'obliger les autorités provinciales à aménager le fonctionnement de leurs tribunaux de manière à permettre la mise en œuvre du droit reconnu aux accusés de choisir la langue de leur procès (par contre, en matières judiciaires civiles et administratives, les provinces restent libres de reconnaître — ou non — des droits à leur minorité francophone).

Le Manitoba constitue un cas à part; même si les francophones représentent maintenant à peine 3 % de la population (31 000 personnes), la province est assujettie — pour des raisons historiques — à des dispositions constitutionnelles qui instaurent le bilinguisme parlementaire, législatif et judiciaire³⁷. Cependant, le Manitoba a ignoré ses obligations en matière de bilinguisme pendant quatre-vingt-neuf ans, avant d'être rappelé à ses devoirs par la Cour suprême en 1979³⁸. Il faut également signaler qu'en 1989 l'Alberta et la Saskatchewan ont abrogé d'anciennes dispositions législatives qui étaient restées en vigueur « par inadvertance » et qui prévoyaient le bilinguisme des lois et des tribunaux, mais qui n'étaient plus appliquées depuis 1905, date de création de ces deux provinces.

Enfin, outre les dix provinces, le Canada comprend trois « territoires » situés au nord du 60^e parallèle (Yukon, Territoires du Nord-Ouest et Nunavut), qui couvrent presque 40 % de la superficie totale du territoire canadien, mais qui ne sont habités que par moins d'un tiers de 1 % de la population totale. Leur système politique fonctionne en pratique de façon analogue à celui des provinces, mais leur statut constitutionnel présente des différences importantes avec le statut provincial; en effet, les territoi-

36. *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 530-534. Pour une analyse de l'interprétation de ces dispositions du *Code criminel* par la Cour suprême du Canada, voir la contribution du professeur Daniel Proulx dans cet ouvrage.

37. Voir *supra*, note 9.

38. En 1890, une fois les anglophones devenus majoritaires, la législature manitobaine institua l'unilinguisme des lois et des tribunaux, violant ainsi ses obligations constitutionnelles. La loi ne fut invalidée que quatre-vingt-neuf ans plus tard par la Cour suprême du Canada, en 1979, dans l'affaire *Forest*, précitée.

res demeurent à plusieurs égards dans un état de dépendance juridique et constitutionnelle à l'égard du pouvoir fédéral. Pour cette raison, les territoires se voient obligés de respecter les principes de base de la politique de bilinguisme officiel de l'État fédéral, même si leur population francophone est très peu importante, ce qui explique que les droits que les francophones des territoires possèdent en théorie ne sont pas toujours mis en œuvre de façon satisfaisante en pratique. Par ailleurs, dans deux des territoires (Yukon et Territoires du Nord-Ouest), les peuples autochtones forment des minorités plus importantes que les francophones, et dans le troisième, le Nunavut, le peuple Inuit forme une forte majorité de la population. Les langues autochtones parlées dans les Territoires du Nord-Ouest et au Nunavut se voient également reconnaître un statut de langues officielles ou, du moins, certains droits ou privilèges dans le fonctionnement des organes publics territoriaux; au Yukon les textes applicables offrent à ces langues une reconnaissance qui demeure pour le moment surtout symbolique³⁹.

Conclusion

Depuis 1867, au moment de la création de la fédération canadienne, les francophones ont essayé de faire triompher une vision du Canada fondée sur le principe de la « dualité », c'est-à-dire de l'association égale entre deux « peuples fondateurs », les francophones et les anglophones. Jusqu'au début des années 60, cette recherche de l'égalité entre peuples fondateurs a amené les Québécois francophones à vouloir maximiser leur participation aux institutions fédérales et à réclamer l'égalité linguistique (sous la forme du bilinguisme) d'un bout à l'autre du Canada. Dans une pareille stratégie, qui liait la survivance du français à l'établissement d'institutions bilingues et biculturelles partout au Canada, les intérêts des Québécois francophones et des communautés francophones des autres provinces coïncidaient en grande partie. Mais les changements démographiques qui se sont produits depuis le milieu du XX^e siècle ont rendu ce projet désuet : le nombre des francophones en dehors du Québec est allé en diminuant, le nombre des allophones partout au Canada est allé en

39. Le Yukon a une population d'environ 30 000 personnes dont 21 % sont Amérindiens ou Métis (la moitié seulement ayant conservé sa langue ancestrale) et 3,6 % francophones. Le Nunavut a une population de 25 000 habitants, inuite à 85 % et francophone à 2 %; il y a en pratique quatre langues officielles : le français, l'anglais, l'inuktitut et le inuinnaqtun (deux langues qui appartiennent à la famille eskimo-aléoute). Selon le premier rapport du Commissaire aux langues officielles, déposé en 2000, le but de la politique linguistique du territoire devrait être de faire du Nunavut « une société où l'on trouve un bilinguisme fonctionnel, en anglais et en inuktitut, respectueux [...] à l'égard des droits des francophones ». Enfin, les Territoires du Nord-Ouest ont une population de 40 000 habitants qui comprend 2 % de francophones et 47 % d'autochtones (Dénés, Métis et Inuvialuit principalement); l'anglais, le français, le chipewyan, le cree, l'esclave, le dogrigh, le gwich'in et l'inuktitut ont le statut de langues officielles du territoire.

augmentant et le principe du multiculturalisme rend désormais mieux compte de la réalité démographique du Canada que celui de la dualité. Par conséquent, la réalité consiste maintenant dans la coexistence d'un Québec de plus en plus francophone et d'un « reste du Canada » de plus en plus anglophone.

C'est pourquoi, à partir du début des années 60, les Québécois francophones ont commencé à réclamer plus d'autonomie provinciale. Leur intérêt pour les institutions fédérales a diminué en même temps qu'augmentait leur désir d'exercer plus de pouvoirs dans le cadre des institutions politiques provinciales. Logiquement, cette évolution a amené un certain nombre de Québécois à réclamer l'indépendance politique complète du Québec. Sur le plan linguistique, l'objectif poursuivi par les Québécois francophones n'est plus le bilinguisme pancanadien, mais la primauté de la langue française au Québec. Celle-ci ne pouvant résulter du jeu naturel de la libre concurrence des langues, qui est défavorable au français en Amérique du Nord, l'État québécois a choisi de légiférer pour imposer l'usage du français et restreindre celui de l'anglais. De ce point de vue, la stratégie linguistique des francophones du Québec devient difficile à concilier avec les intérêts des francophones hors Québec. En effet, dans la mesure où le Québec cherchera à diminuer le bilinguisme sur son territoire, cela pourra servir de prétexte aux provinces anglophones pour faire la sourde oreille aux revendications de leurs minorités francophones. En outre, les francophones qui vivent dans les autres provinces comprennent fort bien qu'une éventuelle sécession du Québec les laisserait dans une situation de très grande vulnérabilité en faisant disparaître aux yeux des Canadiens anglais la principale raison justifiant les politiques de bilinguisme.

Les Canadiens anglais reprochent au Québec d'avoir commencé à limiter les droits de sa minorité anglophone au moment même où le statut juridique des francophones hors Québec bénéficiait d'une certaine amélioration, en Ontario, au Nouveau-Brunswick ainsi qu'au niveau des institutions fédérales (et, plus récemment, en matière scolaire, dans toutes les provinces, avec la mise en œuvre de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*). Cependant, les droits des anglophones du Québec, même limités par la loi 101, restent généralement plus considérables que ceux reconnus aux francophones dans la plupart des autres provinces. De plus, à cause de l'environnement canadien et nord-américain, les anglophones du Québec bénéficient de ressources sociales et culturelles en langue anglaise largement suffisantes, alors que des avantages équivalents n'existent évidemment pas pour les minorités francophones vivant en dehors du Québec. Plus généralement, il ne faut pas oublier que les francophones, même s'ils sont en situation de majorité au Québec, constituent une minorité en perte d'influence au niveau du Canada tout entier. Tous les efforts consentis par les autorités fédérales et certaines provinces pour améliorer le sort des minorités francophones hors Québec n'ont pas réussi à freiner le taux d'assimilation de ces groupes. Même au Québec, où

près de 90 % des francophones du Canada sont désormais concentrés, le fait français n'est pas à l'abri des menaces, puisque la tendance naturelle des immigrants sera toujours de vouloir s'assimiler à la communauté anglophone.

Il n'existe pas de conflit de lois au sens strict entre la *Loi sur les langues officielles* et la *Charte de la langue française*, mais leurs objectifs sont partiellement divergents. L'optique que propose la loi fédérale est de faire la promotion du bilinguisme en vue d'aboutir à une égalité de statut et d'usage de l'anglais et du français, alors que la loi 101 veut assurer la prédominance du français et lui confère le statut de seule langue officielle. La coexistence des deux lois au Québec a donc pour effet de jeter la confusion dans les esprits, notamment ceux des immigrants : la loi 101 essaie de les convaincre de s'intégrer à la collectivité francophone ; la loi fédérale leur dit — ou au moins leur suggère — qu'ils peuvent librement choisir entre le français et l'anglais. Plus concrètement, la loi fédérale peut avoir des effets qui gênent plus ou moins gravement les objectifs de la politique québécoise. Ainsi, par exemple, la *Loi sur les langues officielles* prévoit que les institutions fédérales doivent afficher de façon paritaire dans les deux langues officielles ; cela entre en conflit avec les dispositions de la loi 101 qui ont pour objet d'assurer le caractère français du « visage linguistique » du Québec et qui exigent une place prépondérante pour la langue française dans l'affichage. En créant des aires de bilinguisme où les deux langues doivent être mises sur le même pied, la loi fédérale contredit le message de la loi 101, selon lequel le français doit primer⁴⁰.

Par ailleurs, même si la politique linguistique québécoise, d'une part, et la politique menée par les autorités fédérales et certaines provinces anglophones, d'autre part, divergent sur le plan des objectifs et de l'inspiration, ces politiques convergent par contre jusqu'à un certain point sur le plan pratique. En effet, l'épanouissement de la langue française au Québec constitue une condition incontournable de la vigueur des communautés francophones des autres provinces, et les interventions en faveur du français dans le reste du Canada soutiennent la politique linguistique

40. Pour une critique plus radicale de la politique linguistique fédérale, comme heurtant de front la politique québécoise, voir H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 2002, p. 860-861, où les auteurs s'expriment ainsi : « [...] le fédéral néglige ce qui devrait le concerner, le sort fragile de la principale minorité du Canada, la minorité francophone par rapport à l'ensemble du pays. Pire, en accordant un traitement symétrique aux "minorités" considérées par rapport aux provinces, le fédéral fait fi des distorsions criantes que la situation géopolitique impose au vécu concret de ces minorités. Il refuse de voir que la langue anglaise n'est pas menacée au Canada et il se place dans la position ridicule de miner les perspectives d'avenir de la minorité francophone du pays en devant "favoriser l'épanouissement" et "appuyer le développement" de la "minorité anglophone" se trouvant dans les rares endroits où la concentration francophone permet encore de vivre en français. Cette approche viole évidemment la politique linguistique officielle du Québec et elle met en péril le maintien d'un foyer authentique de francophonie au Canada. »

québécoise, même si ce n'est pas leur but premier. Sous l'angle économique, par exemple, le Canada anglais constituera pour les produits culturels québécois un marché d'autant plus attrayant que le nombre des francophones hors Québec restera stable et que le nombre des « parlant-français » augmentera. En effet, la clientèle potentielle ne se limite pas aux francophones proprement dits, mais comprend également les anglophones qui ont acquis une connaissance fonctionnelle du français après avoir fréquenté une école d'immersion. Certaines complémentarités entre la politique fédérale et la politique québécoise méritent d'être particulièrement soulignées. Ainsi, par exemple, les dispositions fédérales qui prévoient le bilinguisme des étiquettes et des emballages partout au Canada favorisent évidemment l'usage du français. Une loi québécoise — que le Québec reste une province canadienne ou devienne un État souverain — ne pourra jamais obtenir le même résultat. De même, la *Loi sur les langues officielles* de 1988 prévoit qu'il incombe aux institutions fédérales, dans les régions désignées, de veiller à ce que les systèmes informatiques acquis ou produits par elles puissent être utilisés dans l'une ou l'autre des langues officielles. Une telle mesure, si elle est appliquée de façon conséquente, étant donné la taille de l'appareil fédéral, aura des conséquences très bénéfiques sur la production de logiciels en français. Une mesure identique adoptée par le gouvernement québécois n'aurait évidemment que des effets moindres, à cause de la taille très inférieure des institutions québécoises et de la limitation géographique de leur champ d'action. Les mêmes remarques valent également pour d'autres mesures adoptées par le gouvernement fédéral, comme celles relatives à l'utilisation du français dans les domaines scientifiques et techniques, notamment la constitution de banques terminologiques spécialisées.

