

Le Tribunal constitutionnel et la hiérarchie judiciaire

Sécurité et souveraineté juridique, le modèle civiliste face au cadre fédéral.

Le Québec légifère depuis 1867 dans un cadre où le dernier mot juridique appartient à une institution qu'il n'a jamais acceptée. La Cour suprême du Canada, dont les neuf juges sont nommés unilatéralement par le premier ministre fédéral, est l'arbitre final de tous les conflits de compétence entre Ottawa et les provinces. Pour le Québec, cette architecture judiciaire **n'est pas neutre** : c'est l'État canadien qui désigne les arbitres chargés de trancher les litiges entre lui-même et le Québec. En 1982, le gouvernement Trudeau a rapatrié la Constitution canadienne et enchâssé la Charte des droits et libertés sans le consentement de l'Assemblée nationale. Le Québec est la seule province à n'avoir jamais signé cet accord constitutionnel. Cette asymétrie n'est pas un détail historique : c'est le fondement juridique d'un rapport de force que seul un Tribunal constitutionnel québécois souverain pourrait rééquilibrer.



La distinction entre une Cour suprême et un Tribunal constitutionnel est technique mais fondamentale. Dans le modèle canadien, dit diffus, n'importe quel juge à n'importe quel niveau du système judiciaire peut déclarer une loi inconstitutionnelle. C'est comme si, dans une partie de hockey, chaque arbitre sur la glace avait le pouvoir de modifier les règlements en cours de match, créant des règles différentes selon la patinoire. Dans le modèle européen, dit concentré, cette fonction est confiée à une seule institution spécialisée dont c'est l'unique vocation, l'équivalent d'un comité de la ligue qui définit les règles une fois pour toutes et dont les décisions s'imposent à tous les arbitres. L'Allemagne, l'Espagne, l'Italie et l'Autriche ont adopté ce modèle depuis 1945.

La jurisprudence de la Cour suprême depuis 1982 documente l'étendue du problème. Le Québec a eu recours à la clause dérogatoire de la Charte canadienne, mécanisme qui permet temporairement à un gouvernement de passer outre une décision de la Cour suprême, plus que toute autre province dans l'histoire canadienne. Entre 1982 et 1985, le gouvernement Lévesque l'a insérée systématiquement dans chaque loi adoptée par l'Assemblée nationale, en signe de protestation contre un rapatriement constitutionnel qu'il n'avait pas consenti. En 1988, elle a protégé la loi 101 après l'arrêt Ford c. Québec, qui avait invalidé les dispositions sur l'affichage unilingue français. En 2019 et 2022, les lois 21 et 96 y ont eu recours de façon préventive pour protéger les dispositions sur la laïcité et la langue française de toute contestation fondée sur la Charte. Chaque recours à cette clause est un aveu structurel : le Québec ne peut pas changer les règles du jeu, il peut seulement refuser temporairement d'y être soumis.

Le précédent le plus instructif vient d'Allemagne. En 1974, la Cour constitutionnelle fédérale allemande, le *Bundesverfassungsgericht*, a rendu l'arrêt *Solange I*, terme qui signifie "aussi longtemps que" en allemand. Le tribunal se réservait le droit d'écarter une norme de droit européen "aussi longtemps que" ce droit ne garantissait pas une protection des droits fondamentaux équivalente à celle de la Loi fondamentale allemande. Ce n'était pas un acte d'isolement : c'était une condition posée à l'application d'un droit supranational. Quand le droit européen a suffisamment progressé, la Cour a rendu *Solange II* en 1986 et reconnu sa primauté. Ce dialogue des juges, où deux ordres juridiques coexistent en se posant mutuellement des conditions, est exactement ce qu'un Tribunal constitutionnel québécois pourrait pratiquer vis-à-vis des institutions fédérales pendant la transition. Le Québec ne s'isolerait pas : il redéfinirait ses rapports de force par le dialogue plutôt que par la rupture.

Dans un Québec souverain, ce tribunal serait composé de neuf juges nommés pour un mandat unique non renouvelable de douze ans, durée calquée sur le modèle allemand. Le caractère non renouvelable du mandat est une garantie d'indépendance : un juge qui ne peut pas être reconduit n'a aucune incitation à plaire au gouvernement qui l'a nommé. La nomination serait soumise à une confirmation par l'Assemblée nationale à la majorité des deux tiers, ce qui obligerait les partis politiques à s'entendre sur des candidatures consensuelles. Ce seuil des deux tiers est mathématiquement plus démocratique que le système canadien actuel, où une seule personne, le premier ministre, choisit les juges de la Cour suprême sans aucun mécanisme de contre-pouvoir : aucun vote, aucune audition parlementaire, aucune majorité requise. Kelsen, théoricien du droit constitutionnel autrichien et concepteur du premier tribunal constitutionnel moderne, soutenait que la suprématie du droit dans une démocratie exige l'existence d'institutions capables de la faire respecter contre tous, y compris contre l'État lui-même (*La théorie pure du droit*, Dalloz, 1962). Un tribunal dont les **juges sont confirmés par une majorité qualifiée et dont le mandat ne peut pas être renouvelé** répond exactement à cette exigence.

Le tribunal exercerait deux types de contrôle. La saisine abstraite, exercée avant qu'une loi ne soit promulguée, fonctionnerait comme une inspection des plans d'un bâtiment avant sa construction : on vérifie que la structure est solide avant de couler le béton, plutôt que d'attendre que le bâtiment s'effondre pour poursuivre l'architecte. La saisine concrète intervient lors d'un litige réel : un tribunal ordinaire transmettrait la question constitutionnelle au Tribunal, qui trancherait avant que le procès principal ne reprenne, garantissant l'uniformité de l'interprétation sur l'ensemble du territoire.

Depuis 1867, le gouvernement fédéral ratifie les traités internationaux sans droit de veto des provinces, même lorsque ces traités portent sur des matières de compétence provinciale comme les ressources naturelles, l'eau ou la forêt. L'arrêt *Labour Conventions* de 1937 avait établi qu'Ottawa ne peut pas implémenter unilatéralement un traité qui empiète sur les compétences provinciales, mais la pratique contemporaine contourne régulièrement cette limite. Un Tribunal constitutionnel québécois soumettrait tout traité fédéral touchant aux ressources du territoire québécois à un contrôle de compatibilité, refusant son application si ce contrôle révèle une incompatibilité substantielle avec la compétence provinciale. Le Québec contesterait les traités auxquels il n'a pas consenti, pas ceux qu'il a formellement ratifiés.

L'efficacité de ce tribunal ne reposerait pas uniquement sur la force de ses jugements, mais sur l'obéissance de l'administration québécoise à ses décisions. La Sûreté du Québec, Revenu Québec et l'ensemble des ministères constituent le bras exécutif de tout ordre juridique. Si ces institutions appliquent les décisions du Tribunal constitutionnel plutôt que les directives fédérales contradictoires, le Tribunal devient la réalité juridique de facto sur le territoire, indépendamment de la position d'Ottawa. Pour que cette obéissance soit possible sans exposer les fonctionnaires à des poursuites personnelles, le Tribunal établirait un cadre de conformité protégeant les agents de l'État québécois qui appliquent le droit québécois de bonne foi pendant la transition. Ce mécanisme transformerait les fonctionnaires québécois en acteurs actifs de la souveraineté plutôt qu'en spectateurs passifs d'un conflit de compétences. Cette protection opérerait en droit québécois, non en droit fédéral : un gouvernement canadien déterminé à poursuivre des fonctionnaires québécois pour désobéissance au droit fédéral conserverait théoriquement ce pouvoir, ce qui fait de la vitesse de la transition et de la reconnaissance internationale du nouvel État les véritables garanties de cette protection.

L'incertitude juridique a un coût financier direct et mesurable. Sur une dette brute de 258 milliards de dollars, une hausse de seulement 10 points de base de la prime de risque, soit 0,10 % de taux d'intérêt supplémentaire, représente 258 millions de dollars de frais annuels supplémentaires payés par les contribuables. Cette estimation est prudente et fondée sur les critères de Moody's et S&P, qui documentent des hausses de prime de risque de cet ordre lors de changements constitutionnels dans des économies comparables. Avant le Jour 1, le Tribunal pourrait émettre des avis de conformité attestant la continuité des obligations contractuelles et financières du Québec, réduisant directement cette prime. Son coût opérationnel annuel, estimé entre 15 et 30 millions de dollars par comparaison avec les cours constitutionnelles européennes de taille similaire, serait largement compensé par cette réduction du coût d'emprunt souverain.

Ce signal de stabilité juridique est la condition préalable à l'action institutionnelle. Le Québec pourrait adopter une loi créant ce tribunal avec compétence sur le contrôle de constitutionnalité des lois provinciales au regard de la Charte québécoise des droits et libertés. Dans un premier temps, ses décisions coexisteraient avec celles de la Cour suprême canadienne, créant une dualité de juridictions comparable à la structure du dialogue *Solange*. Au Jour 1, ce tribunal déjà opérationnel, avec ses juges en place et sa jurisprudence naissante, deviendrait la Cour constitutionnelle du Québec souverain sans rupture institutionnelle.

Le combat pour la souveraineté judiciaire est actuel et concret. En 2021, la Cour suprême a rendu le *Renvoi relatif au Code de procédure civile (Qc)*, art. 35, dans lequel elle a invalidé, par une majorité de quatre juges contre trois, l'élargissement de compétence que l'Assemblée nationale avait accordé à la Cour du Québec pour les litiges civils sous 85 000 dollars. Ce renvoi n'illustre pas une expansion réussie : il illustre précisément l'inverse. La Cour suprême a bloqué la volonté du législateur québécois d'étendre l'autorité de sa propre juridiction. C'est exactement le type de tutelle judiciaire à laquelle un Tribunal constitutionnel souverain mettrait fin.

Le bijuridisme québécois, la coexistence du droit civil et de la *common law* au sein du même cadre fédéral, prouve que le Québec opère déjà un système juridique distinct. Le Code civil du Québec, adopté en 1994 et héritier direct du Code civil du Bas Canada de 1866, est fondé sur la tradition romaniste continentale. Cette continuité de cent cinquante ans constitue la colonne vertébrale de l'identité juridique québécoise. Toute l'architecture du Tribunal s'appuierait sur ce corpus : les juges interpréteraient la Constitution québécoise à la lumière d'une tradition qui place le droit écrit au centre, plutôt que la jurisprudence accumulée cas par cas.

L'acte souverain le plus fort que le Québec pourrait poser avant le Jour 1 n'est pas une déclaration politique. C'est la création d'une institution judiciaire indépendante, capable de poser des conditions à l'application du droit fédéral, de protéger les fonctionnaires qui appliquent le droit québécois de bonne foi, de garantir la continuité juridique aux yeux des marchés, et d'ancrer ses décisions dans la tradition civiliste qui distingue le droit québécois depuis 1866. **Le Québec n'a pas besoin d'un acte de rupture pour devenir souverain** : il a besoin d'une institution qui applique un droit qui existe déjà depuis 1866, et qui répond enfin à la question que le rapatriement de 1982 a laissée sans réponse : qui a le dernier mot sur le territoire québécois ?

Louis-Martin Carrière