Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 41 – Numéro 1

Année : 2011

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10301>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10301>

Page vide laissée intentionnellement.

CHANGEMENT DE LA MENTION DU SEXE ET ÉTAT CIVIL AU QUÉBEC : CRITIQUE D'UNE APPROCHE LÉGISLATIVE ARCHAÏQUE	1
Par Marie-France BUREAU Jean-Sébastien SAUVÉ	
DIAGNOSTIC PRÉIMPLANTATOIRE ET EUGÉNISME : L'ARGUMENT DE LA PENTE GLISSANTE.....	51
Par Julie COUSINEAU Arnaud DECROIX	
L'EXPÉRIMENTALISME DÉMOCRATIQUE ET LA RÉGULATION DE L'EAU EN RÉGION WALLONE	83
Par Jean-Yves LAGASSE DE LOCHT	
LA PROTECTION DES VARIÉTÉS VÉGÉTALES EN AFRIQUE DEL'OUEST ET CENTRALE	133
Par Konstantia KOUTOUKI Nicole MATIP Serges KWENBOU	
L'AVÈNEMENT DU CONSTITUTIONNALISME EN OCCIDENT : FONDEMENTS PHILOSOPHIQUES ET CONTINGENCE HISTORIQUE	159
Par Jean LECLAIR	
LE PROJET FÉDÉRAL D'AUGMENTER LE NOMBRE D DÉPUTÉS AUX COMMUNES EST-IL CONSTITUTIONNEL?	219
Par Guy TREMBLAY	
GRAND ANGLE SUR LA PHOTOGRAPHIE ET LA LOI. UN PRÉCIS SUR LE DROIT DE LA PHOTOGRAPHIE AU QUÉBEC ET AU CANADA.....	243
Par René PEPIN	

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : CHANGEMENT DE LA MENTION DU SEXE ET ÉTAT CIVIL AU QUÉBEC : CRITIQUE D'UNE APPROCHE LÉGISLATIVE ARCHAÏQUE

Auteur(s) : Marie-France BUREAU
Jean-Sébastien SAUVÉ

Revue : RDUS, 2011, volume 41, numéro 1

Pages : 1-50

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10294>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10294>

Page vide laissée intentionnellement.

CHANGEMENT DE LA MENTION DU SEXE ET ÉTAT CIVIL AU QUÉBEC : CRITIQUE D'UNE APPROCHE LÉGISLATIVE ARCHAÏQUE

par Marie-France BUREAU*
Jean-Sébastien SAUVÉ**

Dans cet article, les auteurs exposent les conditions pour obtenir la modification de la mention du sexe au Québec et dans certains pays européens, tout en critiquant les différentes approches. Après s'être interrogés sur la pertinence, l'utilité et la nécessité de la mention du sexe, ils proposent d'assouplir le passage d'une catégorie de sexe à l'autre en adoptant l'autodétermination du genre comme modèle de procédure de changement de la mention du sexe, tout en prenant soin de décrire et critiquer les obstacles symboliques et juridiques qui s'opposeraient à un tel modèle.

In this article, the writers set out and comment the conditions necessary for obtaining a change of sex designation in birth certificates, not only under Quebec law but also in other jurisdictions. After calling into question the relevance and usefulness of including sex designation in official documentation relating to a person's identity, the writers recommend a more flexible approach to a change of sex designation and suggest gender self-identification as a measure to be utilized. The writers also discuss the legal as well as the symbolic obstacles to this novel approach under present Quebec civil law.

*.

**.

Professeure agrégée à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.
Avocat et étudiant à la maîtrise en droit à l'Université de Montréal. Les auteurs tiennent à remercier madame Édith Guilhermont pour le soutien qu'elle a fourni lors de la recherche initiale, de même que les différents lecteurs pour leurs précieux commentaires.

SOMMAIRE

Introduction	3
Partie I : La modification de la mention du sexe	5
A. <i>La procédure au Québec</i>	9
i. La différence entre la procédure de changement de la mention du sexe et la procédure de rectification d'un acte de l'état civil.....	9
ii. La procédure de changement de la mention du sexe.....	10
B. <i>La Belgique et la France comme exemples d'approche « traditionnelle »</i>	18
i. La Belgique	18
ii. La France	20
C. <i>L'Espagne et le Royaume-Uni comme exemples de législations de seconde génération</i>	24
i. L'Espagne.....	24
ii. Le Royaume-Uni.....	25
Partie II : Vers une modification des conditions du changement de la mention du sexe	29
A. <i>La notion de sexe en droit, une notion encore pertinente, utile et nécessaire?</i>	30
B. <i>Les obstacles symboliques à l'autodétermination du genre</i>	34
i. La conservation de la mention du sexe dans l'ordre juridique québécois.....	34
C. <i>Les obstacles juridiques à l'autodétermination</i>	38
i. Les droits et obligations différentiels en fonction du sexe	39
ii. La reconnaissance du genre vécu	41
iii. Les conflits entre l'autodétermination du genre et la protection d'autres intérêts	44
Conclusion	47

Car si ce sexe 'hors sexes', ni masculin ni féminin, masculin et féminin, 'mixte', 'intermédiaire' ou 'neutre' s'est construit à partir des deux autres, il a provoqué en retour, et rendu inévitable, l'ouverture d'une réflexion sur la définition du genre et des sexualités - Ce n'est qu'après la consolidation du mot 'homosexualité' par exemple, que celui 'd'hétérosexualité', devenu nécessaire, entre en circulation. En d'autres termes, le troisième sexe oblige les deux autres à se penser. Il remet en question les normes, et en crée de nouvelles.

Laure MURAT, *La loi du genre. Une histoire culturelle du troisième sexe*, Paris, Fayard, 2006, p 398.

Introduction

Cette étude a pour but d'examiner de façon critique les conditions posées par le droit québécois pour obtenir le changement de la mention du sexe à l'état civil. Notre propos sera présenté en deux parties.

La première partie sera consacrée à la modification de la mention du sexe à l'état civil. Nous analyserons dans un premier temps la notion de sexe en droit québécois et les conditions posées par le législateur pour obtenir un changement de la mention du sexe à l'acte de naissance. Dans un deuxième temps, nous porterons un regard sur la situation à l'étranger. Nous nous arrêterons d'abord sur les modèles belges et français – qui sont comparables au modèle québécois – et nous qualifierons cette approche normative de « traditionnelle ». Nous la critiquerons en raison de l'importance accordée à la fois à la chirurgie et au diagnostic médical. Les lourdes conditions devant actuellement être respectées pour obtenir la modification de la mention du sexe posent, selon nous, un problème de cohérence dans l'ordre juridique, notamment au regard du droit à l'égalité, du droit à l'intégrité physique

et du droit à la liberté d'expression. Le sexe des individus, de même que leurs capacités intellectuelles ou reproductives ne devraient plus être des critères pertinents quant à l'accès aux institutions et à la protection de la loi dans une société égalitaire et démocratique. Afin d'évaluer la pertinence de subordonner le changement de la mention du sexe à l'état civil à des considérations anatomiques, chirurgicales et même psychiatriques, il convient d'examiner l'évolution du droit dans d'autres domaines tels que celui de la famille ou de la santé. Cependant, l'approche traditionnelle n'est pas l'unique modèle observable dans le monde. À vrai dire, le cadre législatif espagnol et britannique offre un peu plus de souplesse quant aux conditions requises pour obtenir un changement de la mention du sexe à l'état civil. Nous désignerons ces législations de « lois de seconde génération ». Il est à noter que notre but ne sera pas de présenter une analyse exhaustive de la situation des pays mentionnés ci-dessus, mais de situer le modèle québécois dans un contexte occidental plus large.

Dans la deuxième partie, nous proposerons une réflexion sur la pertinence du maintien d'un contrôle médical pour l'obtention d'un changement de la mention du sexe à l'état civil. Tout en tenant pour acquis que la mention du sexe est toujours essentielle à l'identification juridique des personnes – ce dont il est possible de douter – nous nous demandons quels seraient les obstacles à ce que les personnes puissent choisir elles-mêmes la mention de leur sexe à l'état civil afin de la rendre conforme à leur identité de genre. Autrement dit, nous examinerons s'il existe des raisons valables pour refuser aux personnes trans¹ la possibilité de s'autodéfinir.

-
1. Nous avons choisi d'éviter autant que possible le terme « transsexuel » qui est souvent utilisé dans le discours médico-légal en référence à une condition psychiatrique. Nous préférons un terme plus générique et inclusif, soit « trans ». Nous l'utiliserons de façon interchangeable avec d'autres, comme ceux de personnes « transgenres » ou « transidentifiées ». Nous ferons également parfois référence aux acronymes « MtF » (male to female) ou « FtM » (female to male), qui désignent respectivement le passage d'un genre masculin à féminin et d'un genre féminin à masculin. Notre but est d'utiliser un langage qui permet d'englober tant les personnes qui ont subi des traitements de réassignation sexuelle que

Partie I : La modification de la mention du sexe

En sociologie, « [l]e « sexe » renvoie à la distinction biologique entre mâles et femelles, tandis que le « genre » renvoie à la distinction culturelle entre les rôles sociaux, les attributs psychologiques et les identités des hommes et des femmes »². La notion de sexe n'est toutefois pas définie en droit québécois. Aucune loi ne délimite précisément cette notion même si on y fait abondamment référence, notamment au *Code civil du Québec*³, dans lequel le sexe constitue l'un des éléments permettant l'identification et l'individualisation de la personne. En ce sens, il forme l'une des composantes de l'état civil.

Comme nous le verrons plus loin, aux fins de l'état civil québécois, le sexe semble correspondre à une distinction binaire entre masculin et féminin (mâle ou femelle) en fonction de critères morphologiques. À la naissance, le médecin constate le sexe appa-

d'autres qui, ayant ou non subi des traitements médicaux de divers ordres, ne se conforment pas au stéréotypes liés à leur sexe de naissance. Ces questions d'identification du sexe touchent également les personnes dites « intersexuées », que l'on qualifiaient auparavant d'hermaphrodites, terme qui est maintenant tombé en désuétude. L'intersexualité, aussi appelée intersexuation ou ambiguïté sexuelle, est l'état d'une personne dont les organes génitaux sont difficiles ou impossibles à définir comme mâles ou comme femelles selon les standards habituels. Cependant, cet article ne traitera pas des problématiques liées aux personnes intersexuées en tant que telles, mais plusieurs de nos réflexions vont dans le sens des revendications des groupes représentant ces personnes et militant pour davantage de fluidité dans la catégorisation des sexes. Pour un aperçu des revendications des personnes intersexuées aux États-Unis, le lecteur pourra consulter les articles suivants : Laura HERMER, « Paradigms Revised : Intersex Children, Bioethics and the Law », (2002) *Annals Health L* 195 et Nancy EHRENREICH et Mark BARR, « Intersex Surgery, Female Genital Cutting, and the Selective Condemnation of "Cultural Practices" », 40 *Harv CR-CLL Rev* 71.

2. Laure BERENI et al., *Introduction aux Gender Studies*, Bruxelles, De Boeck Université, 2008, p.17, citant Ann OAKLEY, *Sex, Gender and Society*, London, Maurice Temple Smith Ltd, 1972. Il est toutefois important de souligner que la définition de l'identité de genre est toujours controversée et celle-ci peut donc différer d'un auteur à l'autre.
3. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c.64.

rent de la personne. C'est la mention correspondant à ce sexe constaté qui figurera à l'acte de naissance et dans tous les documents d'identification de la personne.

Dans la *Charte des droits et libertés de la personne*⁴, le sexe fait partie de la liste des motifs de discrimination illicites. À cet effet, la protection offerte dépasse largement la notion de « sexe » que nous avons explicité ci-haut, comme une analyse de la jurisprudence nous permet de le constater. Par exemple, dans *ML et Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec c Maison des jeunes*⁵, le Tribunal des droits de la personne du Québec a jugé que le transsexualisme ou le processus d'unification des critères sexuels disparates est inclus dans l'expression « sexe » de l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁶. Au soutien de sa conclusion, le Tribunal, après avoir étudié l'état du droit à l'étranger, a conclu que « [...] le sexe non seulement s'entend de l'état d'une personne mais encore comprend le processus même d'unification, de transformation que constitue le transsexualisme. »⁷

De manière semblable, le terme « sexe » énoncé à la *Charte canadienne des droits et libertés*⁸, reçoit une interprétation large et évolutive. La Cour suprême du Canada a ainsi reconnu dans l'affaire *Brooks*⁹ de 1989 que la discrimination fondée sur la grossesse représentait une discrimination fondée sur le sexe. Divers tribunaux ont, en ce sens, reconnu que la discrimination fondée sur l'allaitement était comprise dans la discrimination fondée sur le sexe¹⁰.

4. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art 10.

5. *ML et Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec c. Maison des jeunes*, [1998] R.J.Q. 2549.

6. *Id.*, n° 113-114.

7. *Id.*, n° 111.

8. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, [constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982 (R.-U)], art.15.

9. *Brooks c. Canada Safeway Ltd*, [1989] 1 R.C.S. 1219.

10. Par exemple, on pourra lire les décisions *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Lee*, [2005] R.J.Q. 2807 (TDPQ);

Comme le Tribunal des droits de la personne du Québec le mentionnait dans l'affaire *ML* :

Que ce soit sous l'égide de l'article 15(1) de la Charte canadienne ou sous celui de l'article 10 de la *Charte des droits et libertés du Québec*, le terme "sexe" a donc beaucoup plus qu'une valeur taxinomique et montre les grandes insuffisances du modèle binaire à propos d'une classification qui a pu passer pour l'archétype du modèle lui-même.¹¹

On comprend alors que le sens donné au terme « sexe » dans la *Charte des droits et libertés de la personne* et dans la *Charte canadienne des droits et libertés* est donc beaucoup plus large que la définition proposée d'entrée de jeu, soit que « le « sexe » renvoie à la distinction biologique entre mâles et femelles »¹². Cependant, malgré cet élargissement apparent de la notion dans le contexte des droits et libertés au Canada, le sexe demeure une catégorie fixe et binaire aux fins de l'état civil québécois¹³.

De son côté, le *Code civil du Québec* renvoie à plusieurs reprises à la notion de sexe dans le chapitre intitulé « Du registre et des actes de l'état civil ». La mention du sexe est, en outre, obligatoire sur le constat de naissance (111 al. 2 C.c.Q.), sur la déclaration de naissance (115 al. 1 C.c.Q.), sur la déclaration de naissance d'une personne qui recueille ou garde un nouveau-né (116 al. 2 C.c.Q.), sur le constat de décès (124 C.c.Q.) et sur la déclaration de décès (126 C.c.Q.). Le *Code civil du Québec* ne propose cependant aucune définition du terme « sexe ».

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Montréal (Ville de), 2003 CanLII 33420 (TDPQ); *Poirier c British Columbia (Ministry of Municipal Affairs, Recreation and Housing)*, [1997] BCHRTD 14.

11. *ML et Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec c. Maison des jeunes*, préc., note 5, par.110.

12. L. BERENI et al, préc., note 2, p. 17.

13. Pour une synthèse critique de la jurisprudence canadienne sur le changement de sexe à l'état civil, voir Shauna LABMAN, « Left in Legal Limbo : Transsexual Identity and the Law » (2001) 7 Appeal 66.

À notre avis, le « sexe » auquel fait référence le *Code civil du Québec* ne renvoie qu'à la condition « physique », c'est-à-dire aux composantes anatomiques, génétiques et hormonales. Lors de la confection du constat de naissance, l'accoucheur déterminera cependant le sexe de l'enfant à la vue de ses organes génitaux. Si, cet examen ne permet pas de déterminer le caractère masculin ou féminin des organes génitaux de l'enfant, des tests médicaux seront effectués. Les juristes Deleury et Goubeau expliquent qu'« un bilan cytogénétique (caryotype) permettra d'établir le véritable sexe de l'enfant, le sexe génétique, pour sa part, étant immuable »¹⁴. Si la notion même de sexe véritable ou d'immuabilité du sexe nous semble problématique d'entrée de jeu, disons simplement pour l'instant que dans l'état actuel du droit, l'identité de genre ne peut, à elle seule, justifier une demande de changement de la mention du sexe à l'acte de naissance. Nous considérons donc que la notion de « sexe » utilisée dans *Code civil du Québec* ne renvoie qu'à la condition physique et nullement aux conditions psychiques ou sociales.

Toutefois, comme l'énonçaient Nerson et Rubellin, « en droit, l'hermaphrodite n'existe pas »¹⁵. L'enfant naissant intersexué est nécessairement rattaché au sexe masculin ou féminin¹⁶. En droit civil québécois, le sexe est donc binaire, et ce même droit s'assure que toutes les personnes soient monosexuées, autrement dit qu'elles appartiennent à l'une ou l'autre des catégories de sexe de façon à limiter toute forme d'ambiguïté¹⁷.

14. Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, n° 272.

15. R. NERSON et J. RUBELLIN, « État civil et changement de sexe », (1981) *RTDC* 840, 841.

16. DELEURY et GOUBEAU, préc., note 14, n° 273 et 298 et suiv.

17. Laurence Hérault explique bien cette logique :

Dans le programme de transsexualisation, il semble, en effet, que la stérilisation définitive des corps entraîne une perte de qualification et donc une exclusion de la sexuation d'origine, et ce contrairement aux stérilisations thérapeutiques (ou même aux stérilités pathologiques) qui ne sont guère plus que des « handicaps » mais ne changent en rien la détermination sexuelle des corps. L'important n'est pas tant, en définitive, que les corps opérés disposent de toutes les propriétés des corps femelle/mâle mais qu'ils ne soient pas ambigus : on les souhaite finalement plus con-

A. La procédure au Québec

i. La différence entre la procédure de changement de la mention du sexe et la procédure de rectification d'un acte de l'état civil

La procédure de changement de la mention du sexe se distingue de la procédure de rectification d'un acte de l'état civil. En effet, la procédure de changement de la mention du sexe trouvera application lorsque les caractéristiques physiques d'une personne sont en harmonie avec la mention inscrite à son acte de naissance, mais qu'elle éprouve le vif sentiment d'appartenir au sexe opposé. Les articles 71 et suivant du *Code civil du Québec* s'appliqueront et nous y reviendrons plus loin.

Quant à elle, la procédure de rectification d'un acte de l'état civil est prévue aux articles 141 et suivant du *Code civil du Québec*. On y aura recours dans l'éventualité où une erreur se serait glissée dans la confection d'un acte de l'état civil. Comme l'énoncent les juristes Deleury et Goubeau:

formistes que conformes. Ainsi, que ces corps soient stériles, ou bien qu'il leur manque un pénis ou autre chose, importe peu dans la mesure où cela ne les distingue en rien des corps non-transsexualisés identiquement qualifiés et comparablement « déficients ». En revanche, il est essentiel qu'ils ne soient pas indécis, cumulant des organes ou des propriétés jugés incompatibles. En ce sens, la procédure hormonochirurgicale proposée construit de manière spécifique des corps *ordinaires* (c'est-à-dire monosexués) venant légitimer et stabiliser une différence des sexes dont on l'accuse parfois, et sans doute à tort, de vouloir s'affranchir.

Tiré de Laurence HÉRAULT, « Constituer des hommes et des femmes : La procédure de transsexualisation » (2004) 42 Terrain (n° 24). Il est par ailleurs intéressant de porter attention au préambule et à l'article 50.1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. En effet, on lit, dans le préambule : « Considérant que le respect de la dignité de l'être humain, l'égalité entre les femmes et les hommes et la reconnaissance des droits et libertés dont ils sont titulaires constituent le fondement de la justice, de la liberté et de la paix » et à l'article 50.1 « Les droits et libertés énoncés dans la présente Charte sont garantis également aux femmes et aux hommes » (nos soulignements).

Dans la mesure cependant où le sexe génétique aura été déterminé à la naissance, cela n'affecte pas l'état civil. Advenant toutefois l'hypothèse où une imperfection initiale de l'anatomie a été interprétée, à la naissance, dans un sens que vient démentir un événement ultérieur, il faudra procéder à la rectification de l'état civil.¹⁸

La procédure de rectification de l'acte de l'état civil et la procédure de changement de la mention du sexe sont donc deux procédures autonomes qui trouvent application dans des contextes différents. On comprendra alors que la personne trans qui n'est pas intersexuée et qui désire changer la mention de son sexe à l'acte de naissance devra recourir à la procédure de changement de la mention du sexe.

ii. La procédure de changement de la mention du sexe

La procédure de changement de la mention du sexe s'applique dans le contexte de ce qui est décrit par le discours médico-légal comme étant le transsexualisme. Selon certains auteurs :

[l]’expérience de la transsexualité est classiquement décrite par une première génération de médecins comme l’expérience du « mauvais corps », au sens d’une discordance entre l’identité vécue et le corps : l’opération est ainsi présentée par les chirurgiens pionniers de la réassignation sexuelle, comme une « correction » de la nature, comme une forme de rétablissement ou de mise en adéquation d’un corps et d’une identité.¹⁹

L’*American Psychiatric Association*, de son côté, qualifie le transsexualisme de : « [s]evere gender dysphoria, coupled with a

18. É. DELEURY et D. GOUBEAU, préc., note 14, n° 273.

19. L. BERENI et al, préc., note 2, à la page 29 .

persistent desire for the physical characteristics and social roles that connote the opposite biological sex. »²⁰

C'est dans cette optique que le droit québécois envisage le changement de la mention du sexe à l'état civil comme un correctif suivant la transformation physiologique subie par le sujet trans. On retrouve la procédure de changement de la mention du sexe aux articles 71 et suivant du *Code civil du Québec* qui se lisent comme suit :

71. La personne qui a subi avec succès des traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels, et destinés à changer ses caractères sexuels apparents, peut obtenir la modification de la mention du sexe figurant sur son acte de naissance et, s'il y a lieu, de ses prénoms.

Seul un majeur domicilié au Québec depuis au moins un an et ayant la citoyenneté canadienne, peut faire cette demande.

72. La demande est faite au directeur de l'état civil; outre les autres documents pertinents, elle est accompagnée d'un certificat du médecin traitant et d'une attestation du succès des soins établie par un autre médecin qui exerce au Québec.

73. La demande obéit à la même procédure que la demande de changement de nom. Elle est sujette à la même publicité et aux mêmes droits et les règles relatives aux effets du changement de nom s'y appliquent, compte tenu des adaptations nécessaires.

La personne désirant obtenir la modification de la mention de son sexe doit donc respecter plusieurs conditions²¹.

20. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (Text Revision)*, 4^e éd., Washington (DC), American Psychiatric Association, 2000, p. 828 [DSM].

21. Nous ne traiterons cependant pas des conditions que l'on retrouve au *Règlement relatif au changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*,

À la lecture du deuxième alinéa de l'article 71 C.c.Q., on constate que seul un majeur domicilié au Québec depuis au moins un an et ayant la citoyenneté canadienne peut faire cette demande. Ces conditions ne posent pas de problèmes d'interprétation particuliers. Toutefois, quelques commentaires s'imposent.

Comme nous pouvons le constater, seule une personne majeure peut demander le changement de la mention de son sexe. Il y a lieu de se demander si cette condition respecte la *Charte canadienne des droits et libertés* qui, au paragraphe 15(1), offre une protection contre la discrimination fondée sur l'âge²². En d'autres termes, si une personne âgée de moins de dix-huit ans, respectant toutes les autres conditions, se voyait refuser la demande de changement de la mention de son sexe en raison de sa minorité, cette personne pourrait-elle contester la validité de cet article pour cause de discrimination fondée sur l'âge? La question est lancée.

D'autres conditions doivent également être remplies. Au nombre de celles-ci, on retrouve les exigences d'être domicilié au Québec depuis au moins un an et d'avoir la citoyenneté canadienne. Rappelons simplement ici que le domicile est défini à l'article 75 C.c.Q.

Et parmi les conditions posées par l'article 71 C.c.Q., celle concernant l'obligation d'avoir subi avec succès des traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels, et destinés à changer les caractères sexuels apparents, demeure évidemment la plus con-

D 1592-93, (1993) GOQ II, 8053. Par ailleurs, c'est la *Loi sur le changement de nom et d'autres qualités de l'état civil*, L.R.Q., c C-10 qui a énoncé, en 1977, les premières conditions pour changer de sexe. On retrouvait ces conditions aux articles 16 à 22.

22. En ce qui a trait à la *Charte des droits et libertés de la personne*, la question ne se pose pas, puisque, comme il est mentionné au premier alinéa de l'article 10, l'âge est un motif de discrimination illicite, « sauf dans la mesure prévue par la loi ».

traversée. En plus de l'interprétation qu'il convient de donner à ces exigences, le fait même d'imposer un diagnostic psychiatrique et des traitements médicaux et chirurgicaux est de plus en plus contesté, tant dans le milieu médical et universitaire que par les personnes trans elles-mêmes²³.

Nos recherches tendent à démontrer qu'au Québec, les chirurgies exigées vont bien au-delà de l'apparence. Le professeur Benoît Moore écrivait à cet effet que « [l]es caractères sexuels apparents semblent alors devoir être compris d'une façon plus large qu'uniquement les organes génitaux. »²⁴ Ainsi, une personne désirant obtenir l'état civil masculin devrait subir une intervention médicale et chirurgicale visant à la stériliser (par exemple, l'hystérectomie), et ce, même si l'utérus ne peut manifestement être considéré comme un caractère sexuel apparent²⁵. Chez la personne trans désirant modifier la mention de son sexe pour le sexe féminin, « [...] la castration et la fabrication d'un vagin apparais-

23. Plusieurs organismes représentant les personnes trans s'opposent à l'obligation de subir une chirurgie pour pouvoir changer la mention du sexe. On pense ici notamment aux organismes Action Santé Travesti-(e)s et Transsexuel(le)s du Québec (ASTTEQ), Association des transsexuels et transsexuelles du Québec (ATQ), Centre 2110 / 2110, Centre for Gender Advocacy, Projet 10 et Stella. De plus, on remarque la remise en question du maintien du transsexualisme comme pathologie dans le milieu scientifique. À l'aube d'une 5^e édition du *DSM* publiée par l'American Psychiatric Association (APA), dans lequel on répertorie les « troubles de l'identité sexuelle » (ci-dessous TIS), les débats théoriques et les tensions politiques entre différents acteurs concernés par les enjeux trans s'accroissent. D'un côté, les personnes en faveur du diagnostic mettent en lumière sa pertinence et ses avantages (prise en charge financière des trans par les équipes médicales, diminution des regrets post-opératoires, etc.) et de l'autre, les personnes qui souhaitent son retrait du *DSM* et de la *Classification internationale des maladies (CIM-10)* soulignent l'aspect discriminatoire du diagnostic (« pathologisation » des trans, caractère exclusif des protocoles et des équipes médicales, etc.). Nous invitons le lecteur à consulter le chapitre intitulé « Dédiagnostiquer le genre » de l'ouvrage Judith BUTLER, *Défaire le genre*, traduit par Maxime Cervulle, Paris, Amsterdam, 2006, p 95.

24. Benoît MOORE, « Le droit de la famille et les minorités » (2003-2004) 34 *R.D.U.S.* 229 (n° 46).

25. *Id.*, n° 46. Moore propose que « l'ablation des seins accompagnée d'une salpingo-ovariectomie et d'une hystérectomie devraient suffire ».

sent nécessaires, sans quoi l'on ferait face à une intervention mutilante, créant une personne ni homme ni femme »²⁶. La philosophe Valérie Daoust proposait qu'« [o]n est ainsi une femme essentiellement parce que l'on n'est pas un homme, et pour échapper au monstrueux de l'inhumain. »²⁷

Toutefois, il convient de souligner une décision non publiée du Directeur de l'état civil québécois, rapportée dans un article de l'auteur Benoît Moore²⁸. Cette décision démontre qu'il arrive au Directeur de l'état civil de faire preuve de « souplesse ». En effet, celui-ci a fait droit à la demande d'une personne trans désirant modifier la mention de son sexe féminin pour masculin, et ce, même en l'absence d'une opération de reconstruction génitale. Cette décision va manifestement à l'encontre de la terminologie employée à l'article 71 C.c.Q. puisque le législateur indique que le candidat au changement de la mention du sexe doit avoir « subi avec succès des traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels, et destinés à changer ses caractères sexuels apparents ». Bien que le législateur ne précise pas que le résultat final doive être « conforme » à la conception générale de l'apparence du sexe de destination, le régime applicable au changement de la mention du sexe permet de conclure qu'il en allait de sa volonté. Le « néopénis » manquant, le candidat au changement de la mention du sexe ne remplirait donc pas toutes les conditions. L'auteur Moore rapporte cependant que cette décision est un cas d'exception et que la présentation d'un dossier semblable devant l'instance concernée pourrait mener à un résultat différent²⁹.

26. DELEURY et GOUBEAU, préc., note 14, à la note de bas de page 24 sous le n° 278.

27. Valérie DAOUST, « Penser la démocratie : du différentialisme au postmodernisme. Considérations délibératives habermassiennes. » dans Marie-France BUREAU (dir.), *Sexualité et démocratie : Perspectives multidisciplinaires francophones*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 2009, p. 157, à la p. 172.

28. B. MOORE, préc., note 24, n° 46.

29. Selon nos propres recherches, il semblerait que la majorité des personnes désirant obtenir un changement de la mention de leur sexe fémi-

Quoi qu'il en soit, non seulement des traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structurale des organes sexuels, et destinés à changer les caractères sexuels apparents sont exigés, mais également des chirurgies beaucoup plus intrusives menant nécessairement à la stérilisation de la personne trans. La stérilisation devient donc une condition inavouée, mais bien présente, puisque sans celle-ci, le Directeur de l'état civil refuse la demande de changement de la mention du sexe.

Considérant ce qui précède, on remarque que les médecins jouent un rôle de premier plan dans le processus de changement de la mention du sexe. En plus, le sujet doit avoir subi les traitements médicaux et les interventions chirurgicales décrits ci-dessus « avec succès ». Et ce succès semble important aux yeux du législateur, puisqu'il a pris soin d'instaurer un mécanisme de contrôle de la qualité de l'intervention prodiguée. Selon l'article 72 C.c.Q., la demande de changement de la mention du sexe doit être accompagnée d'un certificat du médecin traitant et d'une attestation du succès des soins établie par un autre médecin qui exerce au Québec. Ainsi, le candidat qui refuse les traitements médicaux et les interventions chirurgicales s'inscrivant dans le cadre du plan de traitement élaboré par les médecins, pour quelques raisons que ce soit, ne pourra donc pas obtenir le changement de la mention de son sexe.

De ce qui précède, on constate que le législateur semble lancer un message à l'effet que le « vrai » trans désire obligatoirement subir des traitements médicaux et des interventions chirurgicales, sans quoi il n'appartient pas vraiment à l'autre genre ou sa conviction est beaucoup moins profonde et, de ce fait, ne mérite pas le changement de la mention de son sexe. L'important ne semble pas être l'identité vécue de la personne visée, mais plutôt l'apparence de ses organes sexuels et de ses caractères sexuels sans oublier, bien entendu, sa stérilité.

nin à l'acte de naissance pour un sexe masculin obtenait assez facilement ce changement, sans avoir subi la phalloplastie.

Cette orientation du législateur soutenue par la doctrine civiliste dominante ne fait que renforcer l'idée que l'organe sexuel fait le sexe³⁰ et que le sexe, en soi, détermine l'identité de genre.

Qui plus est, elle laisse supposer que toutes les personnes qui expriment une identité non conforme à leur sexe de naissance désirent et doivent subir des traitements médicaux et des interventions chirurgicales.

Certains auteurs en études de genres ont critiqué ce modèle. Ils soutiennent que :

Pour les médecins, ainsi que pour une « première génération » de transsexuels – selon les termes de Pat Califia –, il va de soi qu'il n'y a que deux sexes et que la transsexualité est une erreur marginale de la nature qui peut être efficacement corrigée par la chirurgie. Le diagnostic même de la transsexualité est un trouble psychiatrique qui renvoie à la question du « vrai » sexe d'une personne, sans aborder la question de savoir ce qu'est le sexe lui-même comme catégorie de classification.³¹

Dans ce contexte, les personnes qui ne peuvent pas ou qui ne veulent pas se soumettre aux traitements médicaux et aux interventions chirurgicales requises se retrouvent dans une situation où leur identité de genre vécue n'est pas conforme à leur identité à l'état civil, avec tous les tracasseries, voire même la violence et les humiliations que cela peut engendrer³². Selon le professeur Spade :

30. B. MOORE, préc., note 24, n° 46. Le professeur Moore disait que « [c]ette disposition [l'article 71] reconnaît une certaine suprématie au sexe anatomique, à l'apparence, vocable qui d'ailleurs est présent à l'article 71 C.c.Q. ».

31. L. BERENI et al, préc., note 2, p. 29.

32. Nous pouvons par exemple mentionner le cas de Brandon Teena, cet américain assassiné sauvagement pour avoir « osé » être trans. Son histoire a notamment inspiré le film *Boys Don't Cry*.

If you are trans or gender transgressive, even your ability to use a gendered bathroom without getting harassed or arrested may be dependent on your ability to produce identification of your gender, which will only indicate your new gender if you have successfully submitted medical evidence to the right authorities.³³

L'exigence de subir des chirurgies et autres traitements médicaux suscite, nous l'avons évoqué, de nombreux débats aujourd'hui dans le milieu universitaire, médical et associatif. Le but de cet article n'est pas de prendre position quant à la pertinence de tels traitements, mais plutôt d'interroger le rôle du droit dans le contrôle du changement de la mention du sexe.

Nous croyons cependant que dans la mesure où nous vivons dans une société fortement genrée et imprégnée d'une division du monde en sexes binaires et polarisés, il est tout à fait légitime que des personnes trans veuillent subir des traitements pour renforcer ou rapprocher leur appartenance au genre choisi³⁴. Et dans cette optique, il nous apparaît primordial que l'État veille à offrir et à rembourser les coûts associés à ces soins qui peuvent être nécessaires au bien-être des individus qui en ressentent le besoin³⁵. Ceci ayant été précisé, la subordination de l'ordre juri-

33. Dean SPADE, « Resisting Medicine, Re/Modeling Gender » (2003) *Belkley's Women's L.J.* 15, p. 17 [Spade, « Resisting Medicine »].

34. Ronald Garet écrit : « Transsexuals hold the same hopes for their bodies that other people do but are harder pressed than most to prove that those hopes have a basis in reality. They want to let go out of what is false and unimportant and cling to the truth about themselves ». Ronald GARET « Self Transformability » (1991-1992) 65 *S. Cal. L. Rev.* 121, 203.

35. Jerry Dasti propose, à juste titre selon nous, que des chirurgies sont nécessaires dans certains cas, même si la transsexualité n'est pas considérée a priori comme une maladie à proprement parler. À l'instar de la maternité ou de l'infertilité, la société peut prendre en charge ces cas dans la mesure où il en va du bien-être des individus à long terme et de leur accès à certains programmes. De plus, il serait paradoxal de refuser aux trans de l'aide chirurgicale alors que tout le système normatif lié aux catégories de sexe leur enjoint de se conformer au système binaire. Il écrit :

It would be best if our legal system were to shift away from a binary notion of sex and gender, at least acknowledging that a person's sex at

dique à de telles considérations médicales aux fins des composantes de l'état civil des personnes est néanmoins, à notre avis, illégitime.

B. La Belgique et la France comme exemples d'approche « traditionnelle »

i. La Belgique

Auparavant, les conditions à respecter pour obtenir un changement de la mention du sexe en Belgique étaient établies par la jurisprudence. Comme en faisait état un rapport réalisé par la Haute autorité de la santé, il existait plusieurs courants jurisprudentiels³⁶. Le jour du 10 mai 2007 fut cependant marqué par l'adoption de la *Loi relative à la transsexualité*³⁷, qui a eu pour effet d'ajouter certaines dispositions relatives au changement de la mention du sexe dans le *Code civil de Belgique*³⁸.

Le changement de la mention du sexe est désormais accordé à la personne qui « [...] a la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans

birth is perhaps not the best evidence of sex for legal purposes. And one certainly can hope for a future in which a transgender person can identify as neither fully male nor fully female, yet still be welcome as a full participant in society. Until that day, however, the nearly fetishistic focus that the law places on genital structures undergirds a strong argument that access to sex-reassignment surgery is necessary in order to avoid shutting an entire class of citizens outside of the law.

Jerry DASTI, « Advocating a broader Understanding of the Necessity of Sex-Reassignment Surgery Under Medicaid » (2002) 77 NYUL Rev 1740, p. 1775.

36. HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ, *Situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France*, La Plaine, Haute autorité de santé, 2009, p. 60.

37. *Loi relative à la transsexualité*, 10 mai 2007, 37823. La loi est entrée en vigueur le 1er septembre 2007. Les articles 62bis et 62ter du *Code civil de Belgique* traitent désormais des conditions obligatoires que doivent respecter les personnes trans belges ou étrangères inscrites aux registres de la population désirant changer de sexe.

38. *Code civil de Belgique*, aux articles 62bis et 62ter.

l'acte de naissance et dont le corps a été adapté à ce sexe opposé dans toute la mesure de ce qui est possible et justifié du point de vue médical»³⁹. À l'instar de la France et du Québec, la Belgique soumet la personne trans à une obligation de subir des traitements médicaux et chirurgicaux (impliquant la stérilisation), comme nous venons de l'énoncer, « dans toute la mesure de ce qui est possible et justifié du point de vue médical ». Le candidat au changement de la mention du sexe devra en outre remettre à l'officier de l'état civil :

[...] une déclaration du psychiatre et du chirurgien, en qualité de médecins traitants, attestant:

1° que l'intéressé a la conviction intime, constante et irréversible d'appartenir au sexe opposé à celui qui est indiqué dans l'acte de naissance;

2° que l'intéressé a subi une réassignation sexuelle qui le fait correspondre au sexe opposé, auquel il a la conviction d'appartenir, dans toute la mesure de ce qui est possible et justifié du point de vue médical;

3° que l'intéressé n'est plus en mesure de concevoir des enfants conformément à son sexe précédent.⁴⁰

Il est à noter que « [l]e mineur transsexuel non émancipé qui fait une déclaration de sa conviction est assisté de sa mère, de son père ou de son représentant légal. »⁴¹ En Belgique, il est donc possible pour un mineur d'obtenir légalement la modification de la mention de son sexe.

Néanmoins, on constate qu'en Belgique, tout comme au Québec et en France (comme nous l'énoncerons ci-dessous), les médecins jouent un rôle de premier plan dans la procédure de changement de la mention du sexe.

39. Article 62bis § 1 du *Code civil de Belgique*.

40. Article 62bis § 2 du *Code civil de Belgique*.

41. Article 62bis § 1 du *Code civil de Belgique*.

ii. La France

À ce jour, la France n'a adopté aucune disposition législative ou réglementaire concernant le changement de la mention du sexe à l'état civil. Devant ce silence, il est donc nécessaire de se tourner vers la jurisprudence afin de connaître les conditions requises pour qu'une personne trans puisse obtenir la modification de la mention du sexe à l'état civil.

En 1992, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation posait les conditions. Dans son arrêt, on lit :

[...] à la suite d'un traitement médico-chirurgical subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son Etat civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence...⁴²

Par ailleurs, le droit français subordonne implicitement le changement de la mention du sexe à une chirurgie de conversion (ou de réassignation) sexuelle⁴³. Cette condition est aujourd'hui fluctuante d'une juridiction à l'autre, comme en témoigne une cir-

42. Ass. plén. 11 déc. 1992, *Bull. Civ.* AP n°13, 27, n° 91-12-373.

43. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une condition posée par la Cour de cassation ni par aucun texte, il est certain qu'en droit positif français, un trans ne peut obtenir un jugement modifiant la mention de son sexe sur l'état civil s'il ne peut attester qu'il a fait l'objet d'une opération de réassignation sexuelle ou de conversion sexuelle qui présente un caractère irréversible. Concrètement, cette irréversibilité procède de l'ablation des organes reproducteurs. Autrement dit, le droit français subordonne la pleine reconnaissance juridique des trans à la stérilité. On lira à cet effet les arrêts Poitiers, 15 décembre 2004 : *Juris-Data* n° 274567 et Nancy, 12 octobre 2010 : *Juris-Data* n° 022249. Il y a cependant lieu de souligner un jugement d'exception, soit Rennes, 26 octobre 1998 : *Juris-Data* n° 049346, qui a accordé le changement de la mention du sexe à une personne trans séropositive qui n'avait pu subir une chirurgie en raison de sa maladie.

culaire émise par le Ministère de la Justice et des Libertés le 14 mai 2010⁴⁴.

Mais si la chirurgie n'est plus obligatoire en soi, il n'en demeure pas moins qu'une preuve de l'irréversibilité du processus de transition est toujours nécessaire.

Considérant les conditions énoncées ci-dessus, nous pouvons conclure sans l'ombre d'un doute que la France, tout comme la Belgique et le Québec, donne aux autorités médicales et psychiatriques un rôle de premier plan dans le processus de changement de la mention du sexe à l'état civil.

C'est donc en déléguant sa décision au savoir médical que le droit québécois, français et belge prend acte de la transition d'une personne. Non seulement exige-t-on un diagnostic psychiatrique établissant un trouble de l'identité sexuelle, mais encore faut-il que le corps de la personne trans ait subi des changements suffisants. Les traitements médicaux et les chirurgies sont alors censés prouver « [...] qu'il s'agit réellement d'un cas de transsexualisme »⁴⁵.

44. Certains juges exigent qu'une expertise médicale soit réalisée pour déterminer si la personne est trans ou pas, alors que d'autres ne demandent que la remise d'attestations médicales de médecins compétents dans le domaine. Le Ministère de la Justice et des Libertés a récemment proposé que les tribunaux puissent exiger une preuve voulant que le processus de transition engagé soit irréversible, « sans exiger pour autant l'ablation des organes génitaux. » Voir *Circulaire de la DACS n° CIV/07/10 du 14 mai 2010 relative aux demandes de changement de sexe à l'état civil*, NOR : JUSC1012994C, en ligne: Justice.gouv.fr <http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1012994C.pdf>. Néanmoins, la situation ne semble pas plus claire aujourd'hui. Voir à cet effet la question posée par Madame Maryvonne Blondin le 25 novembre 2010 : Senat.fr <http://www.senat.fr/basile/visio.do?id=qSEQ101116166&idtable=q234864|q235087|q235779&_c=changement+de+sexe&rch=qs&de=20100723&au=20110123&dp=6+mois&radio=dp&aff=sep&tri=p&off=0&afd=ppr&afd=ppl&afd=pjl&afd=cvn>.

45. É. DELEURY et D. GOUBEAU, préc., note 14, n° 277.

Cette vision des choses pose cependant un problème de cohérence dans l'ordre juridique, notamment au regard du droit à l'égalité, du droit à l'intégrité physique et du droit à la liberté d'expression. En effet, le sexe des individus, leurs capacités intellectuelles ou reproductives ne sont plus – au Québec, du moins – des critères pertinents quant à l'accès aux institutions et à la protection de la loi. D'abord, le fait d'être un homme ou une femme n'a pas d'importance quant aux possibilités de se marier ou d'adopter, pour ne citer que ces exemples. Ensuite, les capacités reproductives ne sont plus un facteur qui intéresse l'État lorsqu'il est question d'accéder à ces institutions. Finalement, la stérilisation non thérapeutique des personnes souffrant d'une maladie mentale est interdite. Les tribunaux ont conclu qu'une telle procédure était contraire aux droits fondamentaux et qu'au surplus, « la stérilisation enlève à une personne le grand privilège de procréer et est à toute fin pratique irréversible. »⁴⁶ Un juge de la Cour supérieure du Québec va même jusqu'à affirmer que la stérilisation d'une personne ayant un handicap mental la priverait du droit fondamental de procréer⁴⁷. On peut alors se demander en quoi la stérilisation est, du côté d'une personne inapte à consentir, une violation de ses droits fondamentaux et de l'autre, pour la personne trans pleinement capable et apte à offrir un consentement éclairé, une exigence.

Ces exemples démontrent bien en quoi le sexe et les capacités corporelles ou intellectuelles ne sont plus aujourd'hui des motifs d'interdiction légitimes à l'accès aux institutions juridiques dans le cadre d'une société démocratique. On pourrait objecter que le changement de la mention du sexe à l'état civil diffère de ces cas de figure en raison du principe d'indisponibilité de l'état. Cependant, le droit civil accepte désormais, nonobstant le fait que l'état doit être stable, qu'il n'est pas pour autant immuable. On pourrait également considérer, dans une certaine mesure, que la condition de subir avec succès des traitements médicaux et des interventions chirurgicales impliquant une modification structu-

46. *E (Mme) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388, par. 79.

47. *T (N) c. C (N-T)*, [1999] R.J.Q. 227, 226.

rale des organes sexuels, et destinés à changer les caractères sexuels apparents s'inscrit dans une certaine logique, puisque généralement, c'est sur le fondement de l'apparence des organes génitaux que le sexe est déterminé à la naissance. Or, reconnaissant les droits à la vie privée et à l'intégrité physique, l'exigence d'une conformité entre sexe anatomique et sexe psychologique semble problématique.

Plusieurs états ont d'ailleurs assoupli leurs législations. On pense notamment à l'Espagne et au Royaume-Uni (qui ont adopté des lois que nous appellerons de « seconde génération ») ainsi qu'à une nouvelle orientation européenne. En effet, le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe a, en octobre 2009, recommandé aux États membres de cesser de subordonner la reconnaissance de l'identité de genre à une obligation légale de stérilisation et de soumission à d'autres traitements médicaux⁴⁸.

Les exigences de chirurgie et de stérilisation forcée imposées par ces lois de première génération posent donc la question de la pertinence du maintien de la subordination du droit à la médecine dans le cas du changement de la mention du sexe des trans. En effet, les opinions médicales et scientifiques sont très contradictoires quant aux phénomènes de transidentités. Divers soins, traitements et suivis ont lieu d'être dans certaines circonstances. Cela dit, dans un souci de protection des droits fondamentaux, d'égalité citoyenne et de cohérence juridique, il apparaît justifié de penser à l'autonomisation du droit des personnes face aux autres savoirs.

C'est d'ailleurs ce qui ressort de la position de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, qui adoptait en 2010 la résolution 1728 ayant pour titre « Discrimination sur la base de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre ». Dans cette résolution, l'Assemblée appelle les États membres à notamment per-

48. COMMISSAIRE AUX DROITS DE L'HOMME, *Droits de l'homme et identité de genre*, en ligne : <wcd.coe.int <https://wcd.coe.int/wcd/com.nstranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1829911&SecMode=1&DocId=1458356&Usage=2>>, p. 43.

mettre l'octroi de « [...] documents officiels reflétant l'identité de genre choisie, sans obligation préalable de subir une stérilisation ou d'autres procédures médicales comme une opération de conversion sexuelle ou une thérapie hormonale »⁴⁹. Mais avant cette prise de position de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et du Commissaire aux droits de l'homme, l'Espagne et le Royaume-Uni avaient procédé à un assouplissement de leur législation.

C. *L'Espagne et le Royaume-Uni comme exemples de législations de seconde génération*

i. *L'Espagne*

La loi du 15 mars 2007⁵⁰ régit le changement de la mention du sexe à l'état civil pour les personnes trans en Espagne.

Dans le rapport précité émanant de la Haute autorité de santé, on peut lire :

Les « considérants » de la loi méritent d'être cités. Ainsi, nous dit-elle, la transsexualité, définie comme une modification de l'identité de genre, a fait l'objet de nombreuses études, tant en médecine qu'en psychologie. C'est une réalité sociale, qui requiert une réponse du législateur pour que la mention initiale relative au sexe ainsi que le prénom puissent être modifiés sur l'état civil, afin de garantir le libre développement de la personnalité et de la dignité des personnes dont l'identité de genre ne correspond pas au sexe initialement déclaré.⁵¹

49. *Résolution 1728*, art 16.11.2, en ligne : [Assembly.coe.int <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/FRES1728.htm>](http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/FRES1728.htm).

50. *Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*, en ligne : [Noticias.juridicas.com <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/13-2007.html>](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/13-2007.html).

51. HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ, préc., note 36, p. 59.

Selon cette loi, la personne désirant changer la mention de son sexe doit notamment respecter deux conditions. D'une part, un collège de médecins ou de psychologues doit établir que la personne est atteinte de dysphorie de genre. D'autre part, le candidat doit avoir « suivi pendant au moins deux ans [...] un traitement dont le but est d'accommoder les caractéristiques physiques à celles correspondantes au sexe réclamé. »⁵²

Même si un suivi médical est obligatoire, on constate que la chirurgie de réassignation sexuelle n'est aucunement requise et la personne trans peut la refuser. Un diagnostic de dysphorie de genre reste nécessaire, ce qui indique que les médecins ont encore une fois un rôle important à jouer dans le processus de changement de la mention du sexe.

ii. Le Royaume-Uni

Suite à l'arrêt *Goodwin*⁵³ rendu par la Cour européenne des droits de l'homme, le Royaume-Uni a adopté la *Gender Recognition Act 2004*⁵⁴. Entrée en vigueur le 4 avril 2005, cette loi énonce les conditions que doit respecter la personne trans désirant obtenir la modification de la mention de son sexe à l'état civil.

En vertu de cette loi, la demande de changement de la mention du sexe doit être présentée au *Gender Recognition Panel*, un comité chargé de décider si le changement de la mention du sexe peut être autorisé.

Selon l'article 1(1), le candidat au changement de la mention du sexe doit être âgé de 18 ans ou plus. Deux situations sont alors envisageables: soit la personne vit dans le genre qui n'est pas celui inscrit à son acte de naissance, soit la personne a changé la mention de son sexe en application de la loi d'un autre pays ou territoire que le Royaume-Uni.

52. Tel que rapporté dans Haute autorité de santé, *id.*

53. *Goodwin v. United Kingdom*, 2002-VI Eur Ct H R 1.

54. *Gender Recognition Act 2004*, 2004, c. 7 (R.-U.).

Si la première situation est invoquée, la personne devra démontrer :

- a) Qu'elle est atteinte de dysphorie de genre;
- b) Qu'elle vit dans le genre du sexe opposé depuis au moins deux ans (un affidavit devra supporter cette prétention);
- c) Qu'elle a l'intention de continuer à vivre dans ce genre jusqu'à sa mort (un affidavit devra supporter cette prétention).

Au surplus, la personne trans devra fournir un rapport d'un médecin ou d'un psychologue spécialiste de la dysphorie de genre et un rapport d'un autre médecin pouvant ne pas pratiquer dans ce domaine.

Si la deuxième situation est invoquée, la personne devra démontrer que le pays ou le territoire dans lequel elle a changé la mention de son sexe est approuvé par le Royaume-Uni. Un document attestant qu'un changement de la mention de son sexe dans un autre pays ou territoire approuvé devra de plus être soumis.

On doit également noter que la personne trans mariée ou unie civilement ne pourra bénéficier d'une reconnaissance complète de son genre, car pour obtenir une reconnaissance pleine et entière, elle doit divorcer ou mettre fin, le cas échéant, à l'union civile⁵⁵. Le professeur Andrew Sharpe s'exprimait ainsi à propos de cette condition :

The provision governing married applicants places transgender persons in an unenviable position by requiring them to choose between legal recognition of their gender identity and the continuation of their marriage. Accordingly, this legal provision serves, somewhat perversely, to

55. Au Québec, l'article 71 du C.c.Q. posait initialement comme condition au changement de la mention du sexe que la personne ne soit pas mariée. Cette condition a été abrogée par le Législateur québécois le 10 novembre 2004. Voir la *Loi modifiant le Code civil relativement au mariage*, L.Q. 2004, c. 23, art. 1.

place undue pressure on healthy marriages. There is no other circumstance known to law in which the state requires parties, who are married and who wish to remain married, to divorce.⁵⁶

Bien que la loi britannique, à l'instar de la loi espagnole, permette dans certains cas le changement de la mention du sexe à l'état civil sans exiger de chirurgies de réassignation sexuelle, elle n'échappe pas à la critique, notamment en ce qu'elle perpétue le modèle du désordre psychiatrique, commandant qu'un diagnostic de dysphorie de genre soit posé. Par ailleurs, en plus de l'exigence d'un tel diagnostic, la loi impose des conditions strictes pour la transition. Rappelons qu'en plus d'exiger le divorce ou la fin de l'union civile de la personne trans mariée ou unie civilement, elle requiert la soumission à un *real life test*, soit l'expérience pour la personne trans d'avoir vécu publiquement pendant deux ans dans le genre choisi. La personne trans doit prouver que le choix de vivre cette nouvelle identité de genre est définitif.

En ce sens, ces lois de seconde génération – qui constituent certainement une amélioration face aux exigences posées par les législations traditionnelles comme celle du Québec – sont insatisfaisantes pour trois principales raisons.

Premièrement, elles perpétuent le modèle du transsexualisme en tant que maladie mentale et contribuent à maintenir le narratif du trans né dans le mauvais corps. Nous souscrivons aux propos de Judith Butler lorsqu'elle écrit que « [s]e faire diagnostiquer un trouble de l'identité sexuelle (TIS) signifie, d'une certaine façon être stigmatisé, être considéré comme malade, pervers, malsain, déséquilibré, anormal »⁵⁷. Au surplus, elles renforcent l'idée selon laquelle il n'y a que deux catégories fixes de sexes en met-

56. Andrew NEVILLE SHARPE, « A Critique of the Gender Recognition Act 2004 » (2007) 4:33 *Bioethical Inquiry* 33, 38. Il y a néanmoins lieu de souligner que le droit au mariage entre conjoints de même sexe, contrairement au Canada, est toujours interdit au Royaume-Uni.

57. J. BUTLER, préc., note 23, p. 96.

tant l'accent sur une idée de permanence, de vérité et d'immutabilité des sexes.

Deuxièmement, ce modèle législatif limite l'autodétermination des personnes trans en soumettant l'octroi des documents d'identification au genre choisi à l'obligation préalable de subir une autorisation des autorités médicales.

Troisièmement, cette nouvelle approche législative a tendance à s'inscrire dans un mouvement de biologisation du droit des personnes qui empêche de penser à l'autonomisation du droit des personnes face aux autres savoirs.

Il semble en effet que le sexe anatomique ou psychologique ou même le genre ou son expression n'ont plus aucune pertinence dans l'ordre juridique sauf lorsqu'un malaise ou une anxiété sociale apparaît. Qu'il soit question de parents du même sexe, de gestation pour autrui ou de phénomènes trans, on assiste depuis quelques années à une biologisation du droit qui a pour conséquence de réintroduire le corps sexué dans l'ordre juridique. Si le droit a pour mission de maintenir une essence, une qualité véritablement féminine ou masculine aux personnes, il n'est pas surprenant que l'ordre juridique s'en remette à des principes qui le surplombent, le transcendent, comme la nature ou la science.

Cette tendance témoigne d'un retour vers l'idée selon laquelle le droit aurait une fonction anthropologique. Dans cette perspective, le droit a les mains liées par d'autres savoirs qui limitent son pouvoir d'intervention. En ce qui concerne les droits des personnes trans, cela n'est pas sans conséquence. En effet, plutôt que de questionner la légitimité de l'intervention législative selon des principes qui peuvent faire l'objet de délibérations, de discussions et de compromis politiques, l'enjeu tout entier est laissé au savoir psychiatrique et médical, introduisant ainsi une polarisation entre les partisans de la médicalisation et ceux prônant davantage de souplesse.

C'est la raison pour laquelle nous proposons d'examiner, dans la deuxième partie de notre étude, la pertinence du sexe comme catégorie d'identification des personnes et la nécessité pour l'État de contrôler l'appartenance des individus à l'un ou l'autre des sexes. Sans pour autant proposer l'abolition de la catégorie du sexe dans les documents relatifs à l'état civil (comme l'avait déjà proposé le Parti socialiste espagnol), nous nous demandons quels seraient les défis posés par l'autodétermination du genre. En d'autres termes, nous nous questionnons à savoir s'il existe des obstacles juridiques ou d'autres natures empêchant l'État de reconnaître l'identité de genre revendiquée par les individus qui ne respecteraient pas toutes les conditions actuellement exigées pour obtenir la modification de la mention du sexe.

Partie II : Vers une modification des conditions du changement de la mention du sexe

Jusqu'à présent, nous avons vu que le cadre normatif applicable à la détermination du sexe et au changement de sa mention à l'acte de naissance était très rigide. À la naissance, l'accoucheur, généralement sur le fondement de l'apparence des organes génitaux, décide si l'enfant est de sexe féminin ou masculin. Aux yeux du législateur, il semble n'y avoir que des hommes et des femmes sans ambiguïté possible (du moins en ce qui a trait à l'état civil).

Compte tenu de ce que nous avons analysé dans cet exposé, il nous semble qu'il faille aujourd'hui remettre en question la notion de sexe en droit. Nous pouvons d'ores et déjà nous interroger sur l'utilité de la mention du sexe, dans la mesure où l'égalité consacrée dans la *Charte des droits et libertés de la personne* garantit à toute personne, qu'elle soit femme, homme ou trans, de jouir de ses droits en toute égalité, « sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur [...] le sexe »⁵⁸. De la même manière, la *Charte canadienne des droits et libertés* énonce que

58. *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 4, art 10. Voir également *ML et Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec c. Maison des jeunes*, préc., note 5.

[l]a loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur [...] le sexe⁵⁹.

Il devient alors approprié de se demander s'il est pertinent, utile ou nécessaire de déterminer le sexe en droit. En retour, nous pouvons alors interroger la légitimité des conditions liées au changement de sa mention.

A. *La notion de sexe en droit, une notion encore pertinente, utile et nécessaire?*

Traitions d'abord de la pertinence. En quoi le droit aurait-il besoin de connaître les organes sexuels et les caractères sexuels apparents des citoyens dans la société actuelle? Dans quelles circonstances est-il acceptable d'avoir à justifier que nous avons un pénis ou un vagin dans le but d'obtenir des services de l'État ou d'obtenir une quelconque protection? Nous concédons volontiers qu'il pourrait être utile de déterminer le sexe génétique d'un enfant à la naissance pour des fins médicales ou statistiques. Cela ne signifie pas pour autant que cette information doive être incluse dans tous les documents officiels et qu'elle doive nécessairement être dévoilée en tout temps. Elle pourrait être inscrite dans un registre anonyme à des fins de statistiques ou être mentionnée dans le dossier médical de l'enfant pour références futures, par exemple dans le cas de maladies ou troubles associés avec les caractéristiques de son sexe biologique. Qui plus est, comme l'exprimait Danièle Lochack :

[...] c'est le droit et non la nature qui, en divisant les sujets de droit en « hommes » et « femmes », institutionnalise ainsi la différence des sexes; c'est le droit qui décide de faire découler des conséquences de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe, de faire de cette distinction un critère per-

59. *Charte canadienne des droits et libertés*, préc., note 8, art.15.

tiennent pour conférer droits et obligations ou régler certaines situations.⁶⁰

Si aujourd'hui, toute personne, qu'elle soit homme, femme ou trans, jouit du droit à l'égalité, que chaque personne peut accéder – en droit – aux différentes professions, à l'institution du mariage et à la vie politique, notamment en exerçant le droit de vote, tous conviendront que la pertinence de la mention du sexe devient à tout le moins contestable.

Qu'en est-il de l'utilité? Certains seraient tentés d'affirmer que la mention du sexe permet d'identifier plus précisément la personne. En pratique, cette apparente évidence peut être ébranlée. En effet, au Canada, aucune loi ou principe n'interdit la transidentité. Ainsi, une personne peut adopter l'apparence, dans les moindres détails, du genre rattaché au sexe auquel elle s'identifie, sans craindre la répression policière ou une quelconque sanction. De plus, tant que la personne trans n'aura pas subi « avec succès » les traitements médicaux et les interventions chirurgicales requis, ou tant que cette personne ne respectera pas les autres conditions énoncées à la loi (par exemple, si elle est âgée de moins de 18 ans), la mention du sexe à l'acte de naissance ou sur les autres documents émis par l'État ne permettra pas d'atteindre l'objectif d'identification.

Qui plus est, la subordination du changement de la mention du sexe aux traitements médicaux et autres interventions chirurgicales pose un autre problème. Le professeur Dean Spade en faisait état dans un article :

“M” on an ID cannot really be used as evidence of a penis, because when non- trans men lose their penises their “M”-marked IDs are not taken away. The anatomy-based gender reclassification rules, which seem to rest on the assumption that body parts correspond to gender markers,

60. Danièle LOCHAK, « Dualité de sexe et dualité de genre dans les normes juridiques » dans Pierre NOREAU et Louise ROLLAND (dir.), *Mélanges Andrée Lajoie*, Montréal, Thémis, 2008, p. 659, à la p 662.

are only applied in some cases. So where the rules appear to suggest that "M's" mean penises, in fact that is not true.⁶¹

Bien que le professeur Spade écrivait dans un contexte de droit américain, il n'en demeure pas moins que son constat s'applique également au Québec.

Si une femme devait subir une hystérectomie et/ou une mastectomie, verrait-elle la mention de son sexe à l'acte de naissance modifiée une fois ces traitements terminés? Il en va de même pour l'homme qui perdrait son pénis à la suite d'un accident. Ces deux êtres humains à part entière ne se verront pas exiger une chirurgie visant à « corriger » la situation. On ne leur imposera pas non plus un changement de la mention du sexe; après tout, ils n'ont pas ce désir inébranlable d'appartenir à l'autre sexe. Si le droit accepte que des personnes ne possèdent pas des organes sexuels et des caractères sexuels apparents conformes aux normes de genre établies, il devrait en être autant pour les personnes trans. Pourtant, en l'absence de traitements médicaux et d'interventions chirurgicales visant à se conformer le plus possible au genre associé au sexe de destination, le changement de la mention du sexe ne sera pas accordé par le Directeur de l'état civil⁶².

Dès lors, si d'une part il est tout à fait légal de transgresser les normes de genre associées à notre sexe et si d'autre part les organes sexuels et les caractères sexuels apparents ne constituent pas, à eux seuls, le sexe, il est difficile aujourd'hui de conclure à l'utilité de la mention du sexe à l'acte de naissance.

Abordons finalement la nécessité d'une telle mention. Selon les juristes Deleury et Goubeau, « [l]e sexe fait incontestablement

61. Dean SPADE, « Documenting Gender : Incoherence and Rulemaking », (2008) 59 *Hastings L.J.* 731, 803 .

62. Sauf dans la situation traitée précédemment portant sur les « accommodements » accordés par le Directeur de l'état civil.

partie de l'état des personnes »⁶³ (nous soulignons). Bien que cela semble, a priori, aller de soi dans un contexte civiliste, nous pouvons néanmoins nous demander pourquoi une telle catégorie serait plus incontestablement importante qu'une autre, comme la couleur des yeux, à titre d'exemple. Pourquoi le sexe et non pas le groupe sanguin? Considérant ce qui a été énoncé ci-dessus, la nécessité de déterminer le sexe à la naissance semble aujourd'hui pouvoir être remise en question.

Il demeure que la connaissance du sexe de naissance des individus peut néanmoins être importante dans certains domaines. Nous pensons ici à la santé publique, où son inscription permet de contrôler et d'étudier la présence de certaines maladies. Elle peut également être pertinente pour des fins de statistiques, par exemple pour surveiller et prévenir de potentielles situations d'eugénisme. De plus, la mention du sexe est utile pour les compagnies d'assurances, qui déterminent parfois le risque en considérant le sexe. En dépit de ces exemples, la même question demeure : quelle est l'utilité réelle d'une telle mention sur les documents d'identification ?⁶⁴

En ce qui concerne les objectifs de santé publique, le sexe génétique ne pourrait-il pas être inscrit au dossier médical de la personne? Aux fins de statistiques, ne pourrait-il pas figurer dans un registre anonyme? Aux fins d'assurances, ne pourrait-il pas faire l'objet d'une déclaration volontaire? Qui plus est, les compagnies d'assurances demandent parfois l'accès au dossier médical d'une personne. Si la mention du sexe ne figurait plus à l'acte de naissance et sur les autres documents présentant l'identité de la personne, mais était néanmoins présente au dossier médical, la compagnie d'assurance atteindrait son but. Dès lors, la mention du sexe à l'acte de naissance ne serait pas, en soi, d'une si grande importance qu'il n'y paraît à première vue.

63. É. DELEURY et D. GOUBEAU, préc., note 14, n° 267.

64. On note par ailleurs l'absence de mention du sexe sur les permis de conduire et autres documents d'identification au Royaume-Uni.

Par ailleurs, même en considérant que la mention du sexe devrait figurer à l'acte de naissance, cette mention pourrait ne pas se retrouver sur les autres documents présentant l'identité de la personne. Comme nous l'avons exprimé ci-dessus, le fait d'avoir des documents énonçant qu'on est de sexe féminin ou de sexe masculin n'offre aucune garantie de la présence des organes sexuels et de caractères sexuels apparents conformes aux normes de genre établies. Dès lors, même si nous considérons que l'État puisse gagner à connaître le sexe à la naissance d'une personne, les documents présentant l'identité de la personne pourraient en faire abstraction.

En ce sens, la nécessité de la mention du sexe à l'acte de naissance et dans les documents permettant l'identification d'une personne ne nous paraît donc pas si incontournable après réflexion.

B. Les obstacles symboliques à l'autodétermination du genre

i. La conservation de la mention du sexe dans l'ordre juridique québécois

Malgré le fait que l'on puisse douter de la nécessité d'une mention du sexe à l'état civil et qu'il soit possible de remettre en question la pertinence et l'utilité réelle d'une telle catégorie pour les objectifs poursuivis par l'État, l'effacement de cet élément de l'identification des personnes nous semble pour l'instant peu envisageable. En dépit de tous ces doutes, le droit favorise toujours l'appartenance obligatoire à l'un ou l'autre des sexes. Le « vrai sexe » apparaît comme étant fondamental dans la constitution même des identités personnelles et dans la cohérence du monde social. La différence entre mâles et femelles représenterait ainsi la dichotomie ultime, la dernière ligne de démarcation entre deux pôles dans un contexte où les distinctions radicales entre les genres tendent à s'estomper de plus en plus.

Quoi qu'il en soit, le maintien de la mention du sexe à l'état civil n'empêche nullement de repenser les conditions pour obtenir un changement lorsque l'identité choisie par une personne ne correspond pas au sexe attribué et figurant sur tous les documents officiels l'identifiant tels que le permis de conduire, la carte d'assurance-maladie, le passeport, etc.⁶⁵ De plus, il est possible de se questionner sur la pertinence de voir la catégorie sexe apparaître sur l'ensemble de ces documents.

Certains auteurs préconisent d'ajouter aux catégories existantes une troisième option, celle d'un sexe « autre » ou « indéfini » pour les personnes ne s'identifiant ni au masculin ni au féminin. Cette proposition d'ajout d'un troisième sexe dans les structures occidentales rappelle un peu la notion de troisième genre présente dans certaines cultures⁶⁶. Cette proposition est conçue par Terry Kogan comme une alternative au dimorphisme sexuel occidental et à la tyrannie des catégories binaires qui limitent les possibilités d'expression et la réalité du continuum entre les deux pôles. Il est possible de l'imaginer comme un espace de liberté pour les personnes qui transgressent les normes du genre, par exemple les personnes intersexuées⁶⁷.

65. Plusieurs associations militantes (voir les associations listées à la note de bas de page 24) et auteurs de la mouvance trans demandent l'abandon des exigences médicales actuelles et la possibilité de s'autodéfinir. Voir par exemple SPADE, « Resisting Medicine », préc., note 33, p. 29. Voir également Alexandre Baril qui affirme « les personnes transsexuelles revendiquent le droit de se réapproprier leur corporéité et de s'autodéfinir comme le font les femmes du mouvement féministe ». Alexandre BARIL, « Transsexualité et privilèges masculins » dans Line CHAMBERLAND et al (dir.), *Diversité sexuelle et construction du genre*, Presses de l'Université du Québec, 2009, à la p 289. En ce sens, on pourrait adopter une catégorisation du sexe temporaire, adaptée aux circonstances. Voir par exemple Dorian NEEDHAM, « A Categorical Imperative? Questioning the Need for Sexual Classification in Québec » (2011) 52 C. de D. 71.

66. Bernard SALADIN D'ANGLURE, « Réflexions anthropologiques à propos d'un « troisième sexe social » chez les inuits » (2006) 41-42 *Conjonctures* 177; Gilbert HERDT, *Third sex, Third Gender, Beyond sexual Dimorphism in Culture and History*, New-York, Zone Books, 1994.

67. Il s'agirait pour l'auteur d'une catégorie souple et ouverte à toute personne ne se reconnaissant pas dans les catégories actuelles :

Tout comme nous n'avons pas l'objectif de trancher sur la pertinence du maintien des catégories existantes, le but de cette étude n'est pas d'analyser le mérite de la création d'une troisième voie qui, selon nous, pourrait par ailleurs créer d'autres désavantages bien résumés par Dorian Needham⁶⁸. Nous croyons plutôt en la possibilité de rendre plus souple le passage d'une catégorie de sexe à l'autre.

La possibilité de rendre moins permanentes les catégories liées au sexe et de donner une plus grande latitude aux individus à cet égard est bien sûr à contre-courant du discours civiliste opposé au volontarisme en matière d'état. Plusieurs auteurs dénoncent effectivement l'assouplissement éventuel des conditions de passage comme un danger ou une dérive néfaste pour le corps social. Jean Hauser dénonce ainsi « la tendance libertaire européenne vers l'effacement du sexe à l'état civil »⁶⁹. Gérard Cornu déplore quant à lui l'assouplissement des règles françaises donnant accès au changement de la mention du sexe comme témoignant d'une « banalisation à frémir »⁷⁰ et d'un « laxisme »

It is a matter of personal choice. It is an identity category which an individual can assume to challenge the destructive history caused by our culture's adoption of a dimorphic sex/gender division. Identifying oneself as "Other" is a conscious choice by an individual to oppose the male/female, masculine/feminine dichotomies, and the oppressions that result from those dichotomies.

Terry KOGAN, « Transsexuals and Critical Gender Theory » (1996-1997) 48 *Hastings L. J.* 1233, 1247.

68. Dorian Needham propose notamment que l'ajout de nouvelles options n'amène pas pour autant une fluidité entre les catégories et ne refléterait pas nécessairement le continuum sur lequel se trouve l'identité sexuelle. Cela pourrait également avoir pour effet de réifier les frontières entre le masculin, le féminin et l'autre, créant ainsi le risque de ne pas prendre en compte les personnes qui ne s'identifient pas à ces catégories. Outre les aspects pratiques liés à l'instauration de nouvelles catégories et à l'harmonisation des données tirées de ces nouvelles catégories avec celles du gouvernement fédéral et des autres provinces, de nouvelles formes de discrimination fondée sur le sexe pourraient voir le jour. Voir NEEDHAM, préc., note 65, p. 101 et 102.

69. Jean HAUSER, « Transsexualisme : Changer à quelles conditions », (2008) *R.T.D. civ* 271.

70. Gérard CORNU, *Les personnes*, Paris, Montchrestien, 2007, p. 107.

débouchant « toujours sur un terrain plus mouvant »⁷¹. Gérard Mémeteau affirme pour sa part que « laisser le sexe à la vie privée aboutirait à un brouillage des repères sociaux »⁷². Laisser aux individus cette liberté de choix serait même, selon Édith Deleury et Dominique Goubeau, potentiellement dangereux à la lumière de la psychanalyse⁷³.

Il ressort de ce discours que trop de liberté serait une porte ouverte aux caprices et à la volonté individuelle permettant aux gens de changer de sexe comme ils changent de chemise. Comme si le cadre normatif lié aux catégories de sexe ne tenait que grâce au rempart du droit positif et du savoir médical. Et pourtant, à l'instar du changement de nom ou d'autres transformations identitaires majeures, on imagine mal qu'advenant un assouplissement des conditions prévues par la loi, les gens se ruent pour obtenir un changement de la mention du sexe à l'état civil.

On peut comprendre que laisser davantage de place à la volonté face à une caractéristique de l'identité que l'on considère comme fondamentale, donnée et immuable puisse susciter des réactions de craintes telles que celles exposées par les auteurs civilistes cités plus haut. Et pourtant, d'autres phénomènes que l'on croyait impensables ont été reconnus juridiquement sans que ne se produisent les conséquences désastreuses qui avaient été envisagées par les juristes. Pensons notamment au droit qui reconnaît aujourd'hui la possibilité pour une personne de changer volontairement de nom, qui permet d'épouser une personne du même sexe ou d'établir une filiation à l'égard de deux parents du même sexe.

Quoi qu'il en soit, les objections premières à l'auto-détermination du genre sont la crainte d'une perte de contrôle et de stabilité. S'il est vrai que les systèmes juridiques préfèrent les catégories fixes et la prévisibilité, il ne s'agit pas là d'arguments très convaincants à l'encontre de l'autodétermination. Les catégo-

71. *Id.*

72. Gérard MÉMETEAU, « Transsexualisme et débat de société », (2007) *Médecine et droit* 141, 146 et 147.

73. É. DELEURY et D. GOUBEAU, préc., note 14, n° 290.

ries fixes et binaires de sexe ont certes pu historiquement servir la stabilité juridique, mais elles ont également largement contribué à assurer la pérennité de hiérarchies sociales et d'oppressions. Car après tout, ce n'est pas tant la mention du sexe qui était importante, mais plutôt les droits que procurait cette mention.

C. Les obstacles juridiques à l'autodétermination

Il nous semble que le meilleur moyen de sortir du modèle contraignant actuel qui, on ne saurait le dire suffisamment, continue de faire violence aux personnes ne se conformant pas aux injonctions que dicterait leur sexe, serait d'envisager l'autodétermination du genre. Selon cette avenue, une personne pourrait choisir d'être reconnue par l'État comme appartenant à l'autre genre et ainsi obtenir un changement de la mention du sexe à l'état civil sans avoir à fournir de diagnostic médical ou de preuves de traitements et chirurgies. Le sexe à l'état civil serait alors déterminé par l'expression de l'identité de genre de la personne⁷⁴.

En effet, dès lors qu'on accepte le genre comme représentant un aspect fondamental de la vie humaine et comme un moyen légitime et sain d'expression de l'identité, il convient de se demander s'il existe des obstacles juridiques concrets qui empêchent d'envisager cette option de réforme. Le juriste civiliste opposera immédiatement ici le principe de l'indisponibilité de l'état et le *common lawyer* arguera que l'auto-identification irait à l'encontre des principes de stabilité et de prévisibilité privilégiés par la *common law*. Soit, la fluidité dérange et l'état des personnes doit présenter un certain caractère de stabilité, il n'en est pas pour autant immuable⁷⁵. Au-delà des malaises et des inconforts que cette proposition peut présenter, il importe d'évaluer quels sont les réels défis qu'amènerait une telle réforme.

74. Nous convenons cependant qu'un tel modèle ne permettrait pas de résoudre la problématique de la binarité dans la différenciation sexuelle. Il nous semble cependant plus acceptable et plus respectueux des droits de la personne.

75. É. DELEURY et D. GOUBEAU, préc., note 14, n° 289.

i. Les droits et obligations différentiels en fonction du sexe

Le premier défi posé par l'assouplissement des conditions pour obtenir un changement de la mention du sexe survient lorsqu'un État établit l'accès à des fonctions ou à des institutions sur une base différentielle entre les sexes. Si les droits et obligations des individus sont attribués en considération de l'appartenance à une catégorie de sexe (comme le fait notamment la France dans plusieurs champs du droit – notamment dans ceux touchant le droit de la famille) il est alors exclu que les gens puissent volontairement passer d'un sexe à l'autre. Cet assouplissement des conditions aurait alors pour effet de permettre de contourner des mesures législatives excluant certaines catégories de personnes, par exemple l'interdiction du mariage entre conjoints de même sexe, à titre d'illustration⁷⁶.

Au Québec en revanche, où l'égalité en droit est réalisée dans la plupart des domaines, cela poserait a priori beaucoup moins de problèmes. En effet, puisque les institutions liées à la conjugalité et à la parenté telles que le mariage, l'adoption, les congés parentaux et l'assistance à la procréation sont accessibles

76. HAUTE AUTORITÉ DE SANTÉ, préc., note 36, p. 36. Un auteur français affirme que l'indifférenciation du sexe ne serait possible que si les inégalités entre les sexes disparaissaient du droit français :

Une solution plus radicale proposée par Marcela Iacub dans ce même rapport serait d'enlever la mention du sexe dans les actes d'état civil, comme cela avait été proposé – puis abandonné – par le Parti Socialiste espagnol il y a quelques années. Cette détermination du sexe à la naissance emporte cependant des conséquences en termes de droits et d'obligations, rendant difficile un quelconque changement. En particulier, tout ce qui concerne le droit de la filiation dépend encore de la distinction entre femmes et hommes : procréation médicalement assistée, avortement, reconnaissance de l'enfant à la naissance, etc. La suppression de la mention de sexe dépend donc de la disparition de ces inégalités entre les sexes dans le droit français.

Azim AKBARALY, « Merci de bien vouloir retirer votre sexe de mon état civil. évolution et limites de la reconnaissance du transsexualisme dans l'état civil », en ligne : Revue-ganymede.fr <<http://revue-ganymede.fr/articles/4/transetatcivil.php>>.

à tous sans égard à leur sexe, peu d'obstacles à l'autodétermination du genre demeurent.

En ce qui concerne les domaines où un traitement différentiel subsiste toujours⁷⁷, il y a lieu de se demander si la différenciation sur la base du sexe est toujours pertinente et s'il n'y aurait pas lieu de réviser cette catégorisation. À titre d'exemple, certaines lois ou certains programmes touchent nécessairement une seule catégorie de personnes. Nous pensons au retrait préventif du travail en raison de la grossesse ou aux services reliés à l'avortement. Bien que nécessaires, ces programmes pourraient être offerts sur la base de la grossesse tout simplement et non en raison de l'identification à un genre. Ce qui veut dire que pour une personne qui se comporte socialement et est reconnu juridiquement comme un homme (comme le trans américain FtM Thomas Beatie ayant porté trois enfants), ce serait le fait de porter un enfant et non pas la mention du sexe à l'état civil qui déterminerait son accès à des programmes spécifiques prévus pour faciliter la grossesse et l'accouchement.

Le deuxième défi posé par l'autodétermination, qui nous apparaît le plus sérieux en droit québécois, est celui de l'accès à divers programmes et services publics ou privés distribués en fonction de l'appartenance à une catégorie de sexe ou offerts différemment selon cette appartenance. On pense notamment aux prisons, aux programmes d'accès à l'égalité ou aux services pour les victimes d'actes criminels. D'aucuns pourraient affirmer qu'en raison de la pertinence fonctionnelle d'opérer une différenciation sexuelle pour l'accès à de tels programmes, nous avons besoin de catégories de sexe stables. Il est effectivement important de déter-

77. Nous pensons notamment à certains articles du *Code civil du Québec* en matière de filiation où une distinction existe toujours entre la façon d'établir ou de forcer une filiation selon que l'on soit homme ou femme. Il est par exemple licite pour un père de déclarer sa filiation à l'égard d'un enfant qu'il n'a pas procréé alors qu'il est toujours impossible pour une femme d'être la mère d'un enfant qu'elle n'a pas porté en raison de l'interdiction de la gestation pour autrui (art 541 C.c.Q.), à moins d'être la conjointe d'une femme ayant accouché dans le cadre d'un projet parental.

miner quelles seront les personnes qui auront accès à ces services offerts en fonction du genre.

Outre ces cas évidents, il y a tout le marché des biens et services qui se présente dans la vie quotidienne et pour lequel la ségrégation des sexes est perçue comme fondamentale. On pense alors aux toilettes publiques, aux vestiaires et autres équipements sportifs, où l'accès peut devenir un véritable casse-tête pour les personnes trans. Il existe également de nombreux programmes sociaux en matière d'hébergement et d'emploi fournis sur une base genrée. Ils sont destinés aux femmes en général, qu'il s'agisse de soutien aux familles monoparentales ou de programmes de soutien pour les victimes d'agression sexuelle.

Par ailleurs, le domaine policier et le système carcéral sont des champs où la ségrégation sexuelle est presque systématiquement pratiquée et pour lesquels l'appartenance à un sexe détermine les conditions de fouilles, de surveillance et de détention.

Afin de répondre aux défis posés par l'autodétermination du genre, il convient de distinguer deux types de problématiques. Nous traiterons d'abord des situations impliquant l'identification de l'individu dans les documents officiels, pour ensuite nous attarder aux situations où l'identité choisie entre en conflit avec la protection d'autres intérêts.

ii. La reconnaissance du genre vécu

Si le genre est considéré par certaines féministes comme une construction sociale, il n'en reste pas moins que cette construction est le résultat de processus nombreux et variés. Il ne s'agit évidemment pas uniquement du fait personnel d'un individu qui se définit en vase clos⁷⁸.

78. Le lecteur qui désire lire davantage sur ce principe pourra consulter les travaux de Judith Butler.

L'identité est le résultat de négociations et d'interaction avec les autres. Lorsqu'il est question de genre, il ne faut pas perdre de vue qu'il s'agit d'un élément parmi d'autres définissant une personne. L'ethnicité, la religion ou la profession sont d'autres marqueurs d'identité qui peuvent être plus centraux ou significatifs que le genre pour certaines personnes⁷⁹. De plus, cette identification n'est certainement pas le fruit d'une construction purement personnelle, puisqu'elle est pétrifiée et traversée de préconceptions et d'influences sociales, culturelles et historiques. C'est donc une construction, certes, mais qui s'édifie avec le concours de tiers, du contexte social et des perceptions qu'ont les autres de « moi ». Vue sous cet angle, l'identité est contextuelle et se bâtit dans l'interstice entre une personne et les autres. En ce sens, l'identité est formée de plusieurs éléments dont certains seront plus centraux et elle n'est pas purement le fait du choix d'un individu. Elle se construit à travers l'utilisation de signes et de symboles partagés. Elle est ouverte à l'interprétation des autres. Mais, même s'il est possible de soutenir que le genre est établi à partir de normes socialement et historiquement construites, cela ne signifie pas qu'il faille légalement assigner une identité aux personnes sur la base de ces normes dominantes.

Nous pouvons au contraire accepter de reconnaître l'identité de genre revendiquée par une personne et ce serait même, selon le professeur Graham Meyeda, une responsabilité qui s'impose, quoique différemment selon les circonstances. Ce dernier suggère de distinguer les situations où l'individu se trouve

79. Georgia Warnke illustre à quel point l'identité est liée au contexte dans lesquels se trouvent les individus et met en lumière le fait que l'identité de sexe/genre ne détermine pas nécessairement une personne que sa race ou sa religion. Dans le cas de ces dernières catégories, l'État a d'ailleurs cessé d'en tenir compte pour déterminer les droits et obligations des citoyens. Voir Georgia WARNKE, « Transsexuality and Contextual Identities » dans Laurie J. SHRAGE, « *You've Changed* », *Sex Reassignment and Personal Identity*, Oxford University Press, New York, 2009, à la page 28.

dans un rapport éthique des cas où il se trouve dans un rapport juridique avec l'État⁸⁰.

Lorsqu'une personne désire être reconnue dans son identité choisie et que les droits des tiers ne sont pas menacés par cette autodétermination, l'État se trouve dans une relation éthique et devrait donc respecter les choix subjectifs de l'individu. Ce serait le cas lorsqu'une personne désirerait obtenir des documents d'identification comme le permis de conduire ou le passeport. Dans ces cas, l'État devrait accepter l'identité de genre revendiquée par l'individu, dans la mesure où il n'existe aucun conflit entre l'intérêt de la personne d'être reconnue dans sa subjectivité et le droit des autres citoyens. On conviendra que ce n'est absolument pas compromettant pour l'État et la collectivité de respecter l'identité de genre vécue par une personne aux fins d'identification⁸¹. Pour une personne vivant socialement et apparaissant comme une femme, par exemple, il n'y a aucun conflit apparent à être désigné de sexe féminin dans ses papiers officiels, peu importe le sexe anatomique ou désigné à la naissance.

Comme il n'y pas d'intérêts conflictuels à balancer dans le rapport éthique, il n'existe pas de justification légitimant l'imposition d'une identité. L'État serait donc dans un rapport semblable à celui d'une personne privée qui aurait, dans une perspective lévinassienne, une obligation éthique de reconnaître « l'autre » et d'accepter sa subjectivité⁸². Autrement dit, dans le

80. Graham MAYEDA, « Who Do You Think You Are? When Should the Law Let Be Who You Want to Be? » dans Laurie J. SHRAGE (dir.), *You've Changed*, Sex Reassignment and Personal Identity, Oxford University Press, New York, 2009, à la page 194.

81. Nous rappelons ici la critique que nous avons réservée au sexe comme identificateur. De plus, il y a lieu encore une fois de souligner qu'un pays occidental, en l'occurrence le Royaume-Uni, n'exige pas que la mention du sexe soit identifiée sur le permis de conduire.

82. Graham MAYEDA s'exprime ainsi :

This recognition of the subjectivity of the other is the beginning of ethics. In fact, as Emmanuel Levinas as demonstrated, ethics is the recognition of the subjectivity or "otherness" of the other and taking responsibility for the inviolability of this otherness. The paradigm for recognizing the subjectivity of another is the "face-to-face." When we come face-to-face

rapport entre individus, nous devons reconnaître l'autre pour ce qu'il est, ce qu'il pense et nous ne pouvons lui imposer notre propre subjectivité, projeter sur lui nos propres préconceptions, notre propre interprétation de la « normalité ». Dans ce type de rapports, l'État aurait l'obligation éthique de reconnaître l'identité choisie par les individus⁸³.

iii. Les conflits entre l'autodétermination du genre et la protection d'autres intérêts

Il existe d'autres cas où l'État se trouve dans un rapport juridique avec l'individu, ce qui signifie qu'une personne en autorité, comme un juge, devra éventuellement restreindre les droits de cette personne au nom de la protection d'autres intérêts collectifs ou pour protéger les droits d'autres personnes. Nous ne sommes alors plus dans le cas d'un face à face entre deux personnes, mais plutôt dans un rapport triangulaire où l'arbitrage entre intérêts opposés justifie l'usage étatique de la force.

Dans ce type de rapport, les droits et la subjectivité des uns doivent être déterminés en fonction des droits et des perceptions des autres. Il s'agirait de cas où pour des raisons de sécurité ou pour assurer le confort de personnes vulnérables comme des femmes victimes d'agression sexuelle, l'État refuse l'identité revendiquée par la personne pour faire primer le sexe à la naissance. Le cas de Kimberley Nixon, qui s'est vue refuser un poste de conseillère bénévole à la Vancouver Rape Relief Society parce qu'elle avait initialement été identifiée de sexe masculin, constitue un bon exemple d'un tel arbitrage. Dans ce cas, la Cour a choisi de faire primer le confort des personnes vulnérables impliquées pour mettre de côté l'identité revendiquée par Kimberley Nixon⁸⁴.

with someone, listen to what they say, and really look at who they are rather than perceiving them through the veil of our own sclerotic patterns of thought and ideas, we begin to recognize how we should treat others.

G. MAYEDA, préc., note 80, à la page 202.

83. *Id.*, p. 206.

84. *Vancouver Rape Relief Society v. Nixon*, 2005 BCCA 601.

Bien que la dialectique de Mayeda apparait prometteuse, nous pensons néanmoins qu'il existe peu de cas où l'imposition d'une identité serait justifiée, à moins que l'on soit exposé à des motifs liés à la sécurité et au confort d'autres personnes vulnérables, comme dans le cas cité plus haut.

Prenons par exemple le cas de la prison ou d'autres services d'hébergement offerts sur la base d'une ségrégation sexuelle. Est-ce qu'un trans MtF non opéré devrait être placé dans un établissement pour homme alors qu'il vit sous une apparence féminine et désire être hébergé dans une institution pour femmes? Son identification au genre féminin entre-t-elle en conflit avec le droit d'autres personnes d'être à l'abri d'une présence masculine? Autrement dit, il faut s'interroger afin de savoir si la présence d'une personne trans (que l'on peut encore, à l'état civil, considérer comme un homme) fait courir aux femmes ou aux enfants des risques accrus d'être victimes de violence sexuelle ou d'autre type de sévices⁸⁵.

Afin de répondre à ces interrogations, il convient à ce stade de se pencher sur une question fondamentale posée par le profes-

85. Certains sont de cet avis. Nous pensons entre autres aux commentaires tenus par le président de l'*Institute for Canadian Values* suite à l'adoption du projet de loi C-389 (*Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne et le Code criminel (identité et expression sexuelles)*) visant essentiellement à reconnaître la discrimination fondée sur l'identité et l'expression sexuelle) disant que :

Bill C-389 is a danger to our children. If 'gender identity' is enshrined in the Criminal Code of Canada, any male at any time will be permitted in girls bathrooms, showers and change rooms as long as they have an "innate feeling" of being female, according to Megan Leslie's speech as she co-sponsored the Bill. If I then try to stop such a man from showering with my little girl at the local pool I could be in breach of the Criminal Code of Canada and could face imprisonment for two years. Also, the law is a teacher, therefore gender identity will be mandatory teaching in all schools. Last year we fought hard to stop such teaching from entering the Grade 3 Ontario Sex Ed Curriculum. Bill c-389 will bring it back with the force of the law. This reckless bill must be stopped. INSTITUTE FOR CANADIAN VALUES, en ligne : <http://www.canadianvalues.ca/kmitan/422-passing_bill_c_389_is_reckless_endangerment_of_children.php>.

seur américain Dean Spade, qui se demande si la ségrégation sexuelle garantit réellement la sécurité des personnes⁸⁶. Le professeur Spade démontre bien qu'il n'est pas évident que cette séparation en fonction des sexes de naissance garantisse la sécurité des personnes. La violence et les agressions sexuelles dans le milieu carcéral existent bel et bien et sont largement répandues tant dans les établissements pour femmes que ceux pour hommes. Au surplus, il est possible de renverser le problème et de constater que les services offerts sur une base de séparation des sexes continuent de persécuter toutes les personnes qui ne se conforment pas aux stéréotypes de genre, notamment les gais, les lesbiennes et les personnes trans. De plus, comme l'écrivait Dean Spade, cette ségrégation peut mener à un faux sentiment de sécurité⁸⁷.

Comme nous l'avons fait pour la pertinence d'accorder des droits et obligations différentiels en fonction des sexes, il est nécessaire de questionner le principe des services et programmes offerts sur une base genrée et la nécessité, voire même l'utilité de la ségrégation sexuelle dans certains contextes.

86. D. SPADE, préc., note 61, 810.

87. *Id.* Spade écrit :

In these contexts the question becomes, does sex segregation make people safe? In the bathroom context, some commentators point out that "women's" signs on bathroom doors do not function as locks, and may, in fact, create a false sense of safe space, without providing any actual meaningful security. Because women's bathrooms are a non-secure gender-specific environment, they may even lead to an opportunity to target women for violence. In residential contexts, such as foster care group homes, jails and prisons, and homeless shelters, the question again becomes whether sex segregation makes a meaningful difference in safety and prevention of sexual assault. No doubt, sexual violence occurs in these contexts despite sex segregation. Moreover, at least some evidence suggests that because of the ways that gender norms operate, sex segregation may in fact enhance violent behavior and hierarchies within institutions. What are the limits of the safety offered by sex-segregation, and what other approaches to preventing sexual violence might be even more effective? Imagining alternatives to sex segregation, and looking at existing models, helps to assess what other possibilities might exist.

Quoi qu'il advienne de ces ouvertures et compte tenu de la réalité de la société actuelle, disons simplement qu'en dépit de la présence de ces programmes genrés, l'autodétermination du genre demeure toutefois l'option la moins violente, quitte à créer quelques compromis afin d'assurer le confort des personnes impliquées.

Parmi ces compromis, nous prenons par exemple la possibilité que certains gardiens ou préposés puissent être inconfortables face à une personne trans, puisqu'ils traitent normalement avec des personnes du même sexe que le leur pour prodiguer des soins corporels ou pour procéder à des fouilles. Dans ce cas-ci, on se demande si des accommodements ne seraient pas possibles, comme celui d'avoir un employé ou un gardien homme présent dans la salle si la personne hébergée ou détenue dans un centre pour femmes est biologiquement mâle afin de pallier un éventuel inconfort. Il ne faudrait pas, par ailleurs, négliger les droits et le respect de la personne qui subit la fouille ou les soins intimes. On peut raisonnablement supposer que, dans un tel cas, la sécurité de la personne hébergée ou détenue devrait primer sur les légers réajustements administratifs que l'autodétermination du genre créerait dans de tels services.

Conclusion

La première partie de cet exposé nous a permis de présenter le cadre normatif applicable à la détermination et au changement de la mention du sexe en droit québécois. Nous avons affirmé que le sexe était déterminé, la plupart du temps, en fonction de l'apparence des organes sexuels et nous avons également présenté les conditions requises pour obtenir le changement de la mention du sexe. De plus, nous avons abordé la situation à l'étranger. Les modèles belges et français, ressemblant au cadre juridique québécois – que l'on peut qualifier de traditionnels –, ont été analysés et critiqués. Ont suivi les modèles espagnols et britanniques qui, quoique plus souples que les premiers, présentent néanmoins d'importantes failles.

La deuxième partie fut l'occasion de présenter un modèle encore aujourd'hui inexploré en droit, mais qui mériterait certainement une attention particulière du Législateur. Il s'agit de l'autodétermination du sexe à l'état civil. Nous avons observé qu'aucun principe n'empêchait valablement, en droit, la possibilité pour une personne de décider le sexe auquel elle désire être identifiée.

Cette étude nous aura permis de faire quelques constats. Les phénomènes liés à la transsexualité et à l'identité sexuelle sont complexes et continuent d'être pensés dans plusieurs sphères du savoir. Ce qui nous a animés aura été d'identifier sur quel terrain le droit est en mesure et, plus encore, justifié d'intervenir dans ce débat. Nous proposons à cet égard quelques pistes de réflexion.

D'abord, une synthèse culturelle et sociologique de l'apparition du transsexualisme et l'histoire de sa prise en charge par les autorités médico-légales depuis le XIX^e siècle nous apprennent que la place du « biologique » dans l'articulation entre le sexe et le genre n'est pas avérée⁸⁸. Et même si elle l'était et que l'on pouvait trouver l'origine biologique exacte des variations de genre comme il est possible de retracer l'origine biologique de certaines malformations physiques ou de handicaps, il n'empêche que la réflexion juridique ne doit pas se situer du côté médical. Les raisons pour lesquelles le droit détermine le sexe et y attache, dans certaines juridictions, différents droits et obligations ne relèvent aucunement de raisons médicales, mais bien de raisons politiques ou sociales. Ainsi, ce n'est pas tant d'identifier les causes pathologiques du phénomène qui nous intéresse aujourd'hui,

88. Pour une analyse culturelle du 'troisième sexe', on consultera l'excellent ouvrage Laure MURAT, *La loi du genre. Une histoire culturelle du 'troisième sexe'*, Paris, Fayard, 2006. Pour une synthèse sociologique du transsexualisme et l'historique de sa prise en charge, jusqu'aux remises en question actuelles de la notion même de transsexualisme, le lecteur consultera l'article d'Éric MACÉ, « Ce que les normes de genre font aux corps / Ce que les corps trans font aux normes de genre », (2010) 4 *Sociologies* 497.

comme dans le débat sur l'homosexualité, mais plutôt de penser de quelle façon nous pouvons articuler de façon cohérente la lutte contre les violations des droits et libertés fondamentaux qui affectent toujours certaines catégories de personnes, que ce soit en matière de handicap physique, d'orientation sexuelle ou d'identité de genre. L'orientation théorique du mouvement *queer*, féministe et celui des *disability studies* pourraient, à cet égard, éclairer une investigation en ce sens⁸⁹.

Ensuite, nous avons vu que la place de la médicalisation et les interrogations sur la pertinence de maintenir le transsexualisme en tant que désordre mental opposent de nombreux spécialistes et divisent même les personnes trans et les organisations de défense des droits qui les représentent. Nous croyons cependant qu'à l'instar de la place du biologique, la place de la médicalisation ne devrait pas freiner la restructuration du cadre juridique et politique de la discussion. En effet, de même qu'il a été possible de dépénaliser certains phénomènes comme l'avortement, la contraception ou l'homosexualité, il est possible de penser au retrait du diagnostic de transsexualisme des conditions pour obtenir la modification de la mention du sexe à l'état civil, sans pour autant en arriver à le démédicaliser au point de remettre en cause la prise en charge de certains traitements que l'on considère toujours justifiés⁹⁰. En ce sens, l'évolution des droits reliés à la reproduction nous vient en aide. On peut réduire les stigmates associé à certains phénomènes sans pour autant refuser une prise en charge

89. L'auteure allemande Ute Kalendar propose une approche qu'elle qualifie de 'trans-crip' pour aborder les questions relatives aux phénomènes trans. Pour ce faire, elle croise les critiques féministes et *queer* et les théories issues des *disabilities studies*. Voir Ute KALENDER, « Subtles pressures, coercive sterilizations and denials of access : A trans-crop approach to reproductive subjectivation », (2010) 7 :2 *Graduate Journal of Social Science* 76.

90. J. DASTI, préc., note 35; Megan LESLIE, « Boys Will Be Girls : Sex Reassignment Surgery and the Ehtics of state Funding », (2004) *Dal J Leg Stud* 239

collective, comme nous arrivons à la faire lorsqu'il est question de fertilité et de grossesse⁹¹.

Finalement, comme le soulignait Eric Macé⁹², ces constats nous forcent à repenser le cadre normatif entourant l'ensemble des transitions, des transformations ou des états qui affectent la vie des individus et qui sollicitent l'intervention du droit et de la médecine. L'identité de genre, l'infertilité, la grossesse ou les chirurgies plastiques et cosmétiques nous renvoient à une question plus générale qui est celle de l'individuation contemporaine⁹³. Ces parcours ne sont pas tant des affaires de genre que des manifestations de la façon dont les individus arrivent à être reconnus ou non, discriminés ou non dans l'ordre juridique⁹⁴.

Cette analyse des conditions du changement de la mention du sexe à l'état civil nous permet donc de penser à ces phénomènes de transition non pas comme des enjeux de vérité ou de certitude médicale, mais plutôt en termes de ce que signifie aujourd'hui l'appartenance citoyenne.

91. Pour une telle orientation, on consultera l'article de Franklin ROMEO, « Beyond a Medical Model : Advocating for a new Conception of Gender identity in the Law », (2004-2005) 36 *Colum HRL Rev* 715.

92. E. MACÉ, préc., note 88, p. 513.

93. Anthony GIDDENS, *Les Transformations de l'intimité. Sexualité, amour et érotisme*, Paris, Hachette, 2006.

94. E. MACÉ, préc., note 88, p. 513.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : DIAGNOSTIC PRÉIMPLANTATOIRE ET EUGÉNISME : L'ARGUMENT DE LA PENTE GLISSANTE

Auteur(s) : Julie COUSINEAU
Arnaud DECROIX

Revue : RDUS, 2011, volume 41, numéro 1

Pages : 51-82

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10295>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10295>

Page vide laissée intentionnellement.

DIAGNOSTIC PRÉIMPLANTATOIRE ET EUGÉNISME : L'ARGUMENT DE LA PENTE GLISSANTE

par Julie COUSINEAU*
Arnaud DECROIX**

Le diagnostic préimplantatoire, qui consiste en une sélection d'embryons en fonction de leur profil génétique, peut être porteur d'espoir pour certains couples. Sa réception est pourtant mitigée parmi les professionnels de la santé et la population tandis qu'il se révèle un véritable défi pour le législateur qui doit en établir le cadre normatif, l'accès et les limites pratiques. Dans ce contexte, les applications cliniques du diagnostic préimplantatoire suscitent certaines craintes. Ainsi, l'argument de la pente glissante est fréquemment invoqué dans le discours à l'encontre du diagnostic préimplantatoire. Cet argument, de type conséquentialiste, repose sur l'idée selon laquelle il serait nécessaire de juger l'acceptabilité des actions ou des politiques selon l'analyse des conséquences susceptibles d'en résulter. Les auteurs cherchent à comprendre la teneur de l'argument, utilisé dans le débat sur l'aspect eugénique du diagnostic préimplantatoire, au regard de la technologie employée et de son influence sur le travail du législateur.

A preimplantation genetic diagnosis (PGD)—which consists of selecting embryos according to their genetic profile—could provide hope to some couples. PGD has had a somewhat mixed reception among health professionals and the public, and has turned out to be a significant challenge for lawmakers seeking to define a legislative framework, access and practical limits. In this context, the clinical application of PGD gives rise to certain concerns. The "slippery slope" argument is often raised by those expressing certain reservations relating to PGD. This consequentialist argument is based on the idea that it would be necessary to judge the acceptability of actions or policies based on an analysis of likely consequences. The writers seek to understand the argument used in the debate on the eugenics aspect of PGD in regard to the technology used and its influence on lawmakers.

*, Avocate, docteure en droit civil de l'Institut de droit comparé de l'Université McGill, chercheure postdoctorale au centre de recherche du CHU Sainte-Justine, en collaboration avec le Centre de recherche en éthique de l'Université de Montréal, et assistante de recherche au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal.

**, Docteur en droit et chercheur associé au Centre de recherche en droit public.

SOMMAIRE

Introduction	53
1. La législation relative au diagnostic préimplantatoire	57
a) La législation canadienne en matière de diagnostic préimplantatoire	57
b) La législation québécoise en matière de diagnostic préimplantatoire	61
2. Argument de la pente glissante et diagnostic préimplantatoire	64
a) La signification de l'argument de la pente glissante	64
b) L'argument de la pente glissante en matière de diagnostic préimplantatoire	67
3. Les risques d'eugénisme en matière de diagnostic préimplantatoire	70
a) La définition de l'eugénisme	70
b) L'eugénisme en matière de diagnostic préimplantatoire	75
Conclusion	79

Introduction

Les avancées de la science en matière de génétique, appliquées aux technologies de la reproduction, révolutionnent notre approche du vivant. En ayant recours au diagnostic préimplantatoire (DPI), technique consistant à « prélever une ou quelques cellules d'un embryon [*in vitro*] (3 à 5 jours après fécondation) afin de les soumettre à des identifications génétiques, lesquelles feront décider de l'avenir de cet embryon »¹, les parents peuvent sélectionner un futur enfant en fonction de son profil génétique. Des différences techniques distinguent le DPI du diagnostic prénatal (DPN). En effet, du point de vue médical, le DPI concerne les seules maladies génétiques alors que le DPN vise toute affection détectable *in utero*, notamment par l'échographie. Ainsi, un DPI ne permet pas toujours de détecter une malformation liée à des déterminants multiples².

Le recours au diagnostic préimplantatoire intervient dans différents contextes. Il peut chercher à améliorer la santé de l'enfant à naître, venir en aide à la procréation assistée, satisfaire la santé ou le besoin d'un tiers ou encore intervenir pour des raisons non médicales. Lorsque le DPI intervient pour améliorer la santé de l'enfant, les tests génétiques visent à repérer les maladies

-
1. Jacques TESTART, « Médecine prédictive : l'exemple du diagnostic préimplantatoire », (2001) 34 *Actualité et dossier en santé publique* 64, 64. Le professeur Allan Handyside et son équipe ont décrit, en 1998, la première application clinique du DPI. Ils déterminèrent le sexe d'embryons et ne transférèrent dans l'utérus de la mère que les embryons féminins en raison de maladies liées au chromosome X; J. SOZOS FASOULIOTIS et Joseph G. SCHENKER, « Preimplantation genetic diagnosis principles and ethics », (1998) 13 *Human Reproduction* 2238, 2238. Depuis, la technique a été appliquée avec succès à de nombreuses maladies génétiques ou chromosomiques (*Id.*) et d'autres applications cliniques ont été réalisées.
 2. COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, *Avis no 107 – Avis sur les problèmes éthiques liés aux diagnostics anténatals : le diagnostic prénatal (DPN) et le diagnostic préimplantatoire (DPI)*, Paris, 2009, p. 20, en ligne : <http://www.ccne-ethique.fr/upload/Avis_107.pdf> (consulté le 21 novembre 2009).

héréditaires³, les gènes dits défectueux⁴, les gènes de susceptibilité⁵ et les maladies à révélation tardive⁶. Le DPI qui intervient dans le cadre de la procréation assistée cherche à évaluer la viabilité d'un embryon porteur d'une anomalie chromosomique⁷. Si le DPI intervient pour améliorer la santé ou le besoin d'un tiers, il répond alors au désir ou au besoin d'une tierce personne. C'est le cas du bébé médicament⁸, des diagnostics de non divulgation et d'exclusion⁹ ou de la naissance d'enfants volontairement malades

-
3. Par exemple, la fibrose kystique (enfant atteint), la trisomie 21 ou les maladies liées au chromosome X transmises par la mère comme l'hémophilie.
 4. Comme dans le cas de la fibrose kystique lorsque l'enfant est porteur du gène récessif, mais n'est pas atteint par la maladie et ses symptômes.
 5. Cela concerne les enfants qui naîtront en bonne santé, mais qui auront une prédisposition génétique leur faisant courir un risque accru de développer une maladie particulière tel le cancer du sein, les maladies cardio-vasculaires ou le diabète. Plusieurs de ces maladies, dites multifactorielles, proviennent d'une interaction complexe de plusieurs gènes et de facteurs environnementaux tels que le mode de vie. Dans ce contexte, il y a donc estimation d'un risque.
 6. Les maladies à révélation tardive visent des enfants qui naîtront en parfaite santé, mais qui après plusieurs années commenceront à manifester les symptômes d'une maladie inscrite dans leurs gènes comme l'Alzheimer ou la Chorée de Huntington.
 7. Parmi les indications du DPI pour le dépistage des aneuploïdes il y a l'association de l'infertilité et de l'âge de la mère faisant courir un risque accru de certaines anomalies génétiques, les couples ayant connu des avortements récurrents/successifs de même que ceux ayant connu des échecs répétés de la fécondation *in vitro* après transfert d'embryons morphologiquement anormaux.
 8. Il s'agit de concevoir un enfant par fécondation *in vitro* et de sélectionner des embryons en raison de leur immuno-compatibilité dans le but qu'ils servent de donneur pour un frère ou une sœur malade. Nous retrouvons cette application du DPI par exemple dans des cas de leucémie où un don de moelle osseuse peut aider au traitement ou pour certaines maladies du sang pour lesquelles on peut utiliser des cellules souches de sang de cordon. Dans ces circonstances, on cherchera également à s'assurer que l'embryon désiré est exempt de la maladie dont est atteint le membre de la famille.
 9. Cas du parent qui désire un DPI et une sélection d'embryons sains sans savoir s'il risque lui-même d'être affecté par la maladie dégénérative à déclaration tardive.

ou handicapés¹⁰. Enfin, certains parents réclament un DPI à des fins non médicales pour sélectionner le sexe de l'enfant¹¹ ou répondre à certaines caractéristiques¹². Ces critères physiologiques et non médicaux peuvent aussi se fonder sur des motivations sociales suscitant de vives oppositions¹³.

Le recours au DPI suscite des réactions variables. Certains contestent toute forme de test génétique regardée comme non éthique, quelque soient les justifications invoquées. Pour d'autres, les dilemmes éthiques liés aux applications cliniques des tests génétiques renvoient davantage aux motifs justifiant une sélection d'embryons *in vitro* ou une interruption de grossesse¹⁴. Si la seconde approche est plus ouverte à l'autonomie reproductive du couple, celle-ci doit toutefois s'exercer à l'intérieur de limites établies par le législateur. Ainsi, certains auteurs regardent comme infondées les appréhensions à l'égard du DPI puisqu'il serait toujours possible de définir une frontière légale entre les diverses formes de sélection de l'embryon *in vitro*¹⁵. Il est toutefois nécessaire d'observer que le droit constitue, en dernier lieu, une construction sociale, prenant donc nécessairement en

-
10. Par exemple, le parent aveugle qui veut une sélection d'embryons qui seront atteints de la même cécité.
 11. En l'occurrence, on fait souvent référence au *family balancing* grâce auquel on donne aux parents la possibilité de choisir le sexe de leur second enfant afin d'avoir un garçon et une fille.
 12. Par exemple, la couleur des cheveux ou des yeux. Même si cela s'avère actuellement techniquement impossible, on pourrait également chercher à sélectionner des enfants en vue d'en faire de super athlètes ou des virtuoses de la musique.
 13. Pour une description plus précise des applications cliniques du DPI et de leurs enjeux éthiques : Julie COUSINEAU, « L'autonomie reproductive : un enjeu éthique et légal pour le diagnostic préimplantatoire », (2007) 86 R. du B. 421.
 14. Ayo WAHLBERG, « Reproductive medicine and the concept of 'quality' », (2008) 3 Clinical Ethics 189, 189; COMMISSION DE L'ÉTHIQUE DE LA SCIENCE ET DE LA TECHNOLOGIE, *Éthique et procréation assistée : des orientations pour le don de gamètes et d'embryons, la gestation pour autrui et le diagnostic préimplantatoire*, Québec, 2009, p.101.
 15. Edgar DAHL, « Procreative liberty: the case of preconception sex selection », (2003) 7:4 Reproductive BioMedicine Online 380, 383.

considération les valeurs sociétales. Le rôle du législateur consiste alors à établir de nécessaires balises¹⁶.

Parmi les arguments invoqués à l'encontre du diagnostic préimplantatoire, celui de la pente glissante, bien que discutable, mérite une attention particulière. Selon cet argument, dans l'éventualité où une sélection d'embryons humains serait admise en raison de la présence d'une maladie génétique grave, critère généralement reconnu par les législations autorisant le DPI¹⁷, il serait à craindre que l'application du procédé s'étende progressivement à d'autres caractéristiques. En vertu de cet effet d'entraînement tout éventuel retour en arrière deviendrait alors improbable. Cette crainte est partagée par Axel Kahn qui souligne que :

-
16. Par exemple : BARREAU DU QUEBEC – COMITÉ SUR LES NOUVELLES TECHNOLOGIES DE REPRODUCTION, « Rapport du comité sur les nouvelles technologies de reproduction », (1988) 48:2 Suppl. *R. du B.* 1, 35-36; COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, *Un virage à prendre en douceur : Rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction*, vol.1, Ottawa, Ministère de Services gouvernementaux Canada, 1993, p.17 et 18; COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNOLOGIES DE REPRODUCTION, *Un virage à prendre en douceur : Rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction*, vol.2, Ottawa, Ministère de Services gouvernementaux Canada, 1993, p. 1156; Catherine LABRUSSE-RIOU, « La filiation et la médecine moderne », (1986) 2 *R.I.D.C.* 419, 421; Roxanne MYKITIUK et Albert WALLRAP, « Regulating Reproductive Technologies in Canada », dans Jocelyn DOWNIE et al. (dir.), *Canadian Health Law and Policy*, 2^e éd., Markham/Vancouver, Butterworths, 2002, p. 367, à la page 430.
 17. Une question concerne la définition de la « gravité » de la maladie car il existe plusieurs expressions d'une maladie grave. Ainsi, celle-ci est grave pour qui? Pour l'enfant, pour les parents, pour la société? Michelle PLACHOT et Jean COHEN, « Regulating Preimplantation Genetic Diagnosis: Regulations for Preimplantation Genetic Diagnosis in France », (2004) 21 *Journal of Assisted Reproduction and Genetics* 5, 6. Voir également : CONSEIL DE L'EUROPE – COMITÉ DIRECTEUR POUR LA BIOÉTHIQUE (CDBI), *La protection de l'embryon humain in vitro – Rapport du Groupe de travail sur la protection de l'embryon et du fœtus humain*, Strasbourg, 19 juin 2003, p. 34-36 (Document CDBI-CO-GT3), en ligne : <[http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/CDBI-CO-GT3\(2003\)13F.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/CDBI-CO-GT3(2003)13F.pdf)> (consulté le 26 mai 2009).

le jour où l'on aura banalisé l'idée selon laquelle chacun a droit de décider qu'une vie adviendra ou n'advient pas sur la base d'une caractéristique physiologique aussi peu pathologique qu'être un garçon ou une fille, un pas aura été franchi de façon irrémédiable. Dès lors, plus aucune base morale ou philosophique ne pourra interdire de décider de l'avènement ou de l'évitement d'une vie sur des critères tels que la couleur des yeux ou des cheveux, la taille, la force physique.¹⁸

Dans ces conditions, quelle valeur peut-on accorder à l'argument de la pente glissante?

À la suite d'un exposé de l'état du droit en matière de DPI, nous présenterons la teneur de cet argument avant d'envisager les implications eugéniques du diagnostic préimplantatoire.

1. La législation relative au diagnostic préimplantatoire

Plusieurs législations, tant fédérales que provinciales, encadrent le DPI. L'utilisation de celui-ci, notamment à des fins non médicales, pour la sélection du sexe ou des caractéristiques physiques, suscite une importante controverse éthique qui nécessite la mise en place d'un cadre normatif plus contraignant.

a) La législation canadienne en matière de diagnostic préimplantatoire

Il convient de préciser que le gouvernement du Québec conteste la validité constitutionnelle de certaines dispositions de la loi canadienne en se fondant sur les principes relatifs au partage des compétences¹⁹. À la suite de cette contestation, initiée en

18. Axel KAHN, *Et l'homme dans tout ça?*, Paris, NIL éditions, 2000, p. 269.

19. Voir : Décret 1177-2004 concernant un renvoi à la Cour d'appel relatif à la Loi sur la procréation assistée (L.C. 2004, ch. 2), (2005), G.O. II, 62; Décret 73-2006 concernant une modification au décret n° 1177-2004 du 15 décembre 2004 concernant un renvoi à la Cour d'appel relatif à la Loi sur la procréation assistée (L.C. 2004, c.2), G.O.Q. 2006.II.1290; Procureur gé-

2004, la Cour suprême du Canada vient de déclarer *ultra vires* plusieurs des dispositions de la loi fédérale²⁰. C'est la raison pour laquelle nous présentons, ici, le cadre législatif canadien prévu à l'origine, tout en faisant les distinctions qui s'imposent.

Le DPI, à titre de manipulation sur l'embryon, devait être soumis à l'article 10(2) de la *Loi concernant la procréation médicalement assistée et la recherche connexe*²¹, qui distingue les actes interdits des activités réglementées. Les premiers sont ceux « qui ne doivent pas être accomplis, quelles que soient les circonstances »²², parce que « considérés inacceptables au plan éthique ou [parce qu'ils] pourraient poser un risque important à la santé et à la sécurité des Canadiens et des Canadiennes, ou les deux »²³. Il en est ainsi du clonage²⁴. Les activités réglementées désignent celles « qui ne peuvent être exercées que conformément à la Loi et au règlement »²⁵. En matière de DPI, l'identification du sexe d'un embryon constitue un acte interdit, sauf pour des raisons médicales relatives à la recherche d'anomalies ou de maladies liées au sexe²⁶. D'autres types de DPI constituent des activités réglementées en vertu de l'article 10(2) qui soumet toute modification, manipulation, traitement et utilisation d'embryon *in*

néral du Canada c. Procureur général du Québec, 2008 QCCA 1167, par. 146.

20. Renvoi relatif à la *Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61.

21. *Loi concernant la procréation médicalement assistée et la recherche connexe*, L.C. 2004, c. 2 [*Loi sur la procréation assistée*]. Sur l'entrée en vigueur de la loi : *Loi concernant les techniques de procréation assistée et la recherche connexe – Décret fixant au 22 avril la date d'entrée en vigueur de certains articles de la loi*, TR/2004-49, (Gaz. Can. II).

22. Monique HÉBERT et al., *Résumé législatif – Projet de loi C-6 : Loi sur la procréation assistée*, Bibliothèque du Parlement, Direction de la recherche parlementaire, 17 février 2004, p. 3, en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/37/3/parlbus/chambus/house/bills/summaries/c6-f.pdf>> (consulté le : 4 février 2009).

23. SANTÉ CANADA, *La santé et la sécurité des Canadiens et des Canadiennes*, en ligne : <<http://www.hc-sc.gc.ca/hl-vs/reprod/hc-sc/legislation/safety-securite-fra.php>> (consulté le 14 août 2010).

24. *Loi sur la procréation assistée*, préc., note 21, art. 5 (1) a).

25. M. HÉBERT et al., préc., note 22, p.3.

26. *Loi sur la procréation assistée*, préc., note 21, art.5 (1) e).

vitro aux règlements en vigueur et à une autorisation de l'Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée²⁷.

Toutefois, ces distinctions ne sont plus pertinentes puisque la Cour suprême a déclaré que l'article 10 dépasse les compétences du gouvernement fédéral en matière de droit criminel. Or, les autorités canadiennes avaient utilisé ce fondement législatif pour élaborer leur loi²⁸. Par conséquent, le cadre législatif appli-

-
27. *Id.*, art. 10 (2) et 40 (1). L'Agence est un organisme de contrôle chargé de la gestion et de la surveillance des nouvelles technologies de la reproduction. Sur ses pouvoirs : *Id.*, art. 24. Concernant l'entrée en vigueur des dispositions relatives à l'Agence : *Loi sur la procréation assistée – Décret fixant au 12 janvier 2006 la date d'entrée en vigueur de certains articles de la Loi*, TR/2005-42, (Gaz. Can. II) .
28. Pour la doctrine abordant cette question, voir : Alison HARVISON YOUNG et Angela WASUNNA, « Wrestling with the Limits of Law: Regulating New Reproductive Technologies », (1998) 6 *Health L.J.* 239, 256-263; Guy TREMBLAY, « La compétence fédérale et le projet de loi sur la procréation assistée », (2003) 44 *C. de D.* 519; Martha JAKMAN, « La Constitution et la réglementation des nouvelles techniques de reproduction », dans COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION (dir.), *Les aspects juridiques liés aux nouvelles techniques de reproduction*, vol.3, Collection d'études de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, Ottawa, Ministère de Services gouvernementaux Canada, 1993, p. 1; Concernant l'approche retenue par le législateur de criminaliser le comportement fautif des professionnels, voir notamment : Angela CAMPBELL, « A Place for Criminal Law in the Regulation of Reproductive Technologies », (2002) 10 *Health L.J.* 77; Angela CAMPBELL, « Defining a Policy Rationale for the Criminal Regulation of Reproductive Technologies », (2002) 11 *Health L.R.* 26; Timothy CAULFIELD, « Bill C-13 *The Assisted Human Reproduction Act*: Examining the Arguments Against Regulatory Approach », (2002) 11 *Health L.R.* 20; Timothy CAULFIELD, « Clones, Controversy, and Criminal Law: A Comment on the Proposal for Legislation Governing Assisted Human Reproduction », (2001) 39 *Alta. L.R.* 335; Timothy CAULFIELD, « Politics, Prohibitions and the Lost Public Perspective: A Comment on Bill C-56: *The Assisted Human Reproduction Act* », (2002) 40 *Alta. L.R.* 451; Timothy CAULFIELD et al., « Regulating NRGTs : Is Criminilization the Solution for Canada », (1997) 18 *Health L.Can.* 3; Timothy CAULFIELD et al., « Law and policy in the era of reproductive genetics », (2004) 30 *Journal of Medical Ethics* 414; Bernard DICKENS, « Do Not Criminalize New Technologies », (1996) 17:2 *Policy Options* 11; A. HARVISON YOUNG et A.WASUNNA, *id*; Patrick HEALY, « Statutory Prohibitions and the Regulation of New Reproductive Technologies under Federal Law in Canada », (1995) 40 *McGill L.J.* 905; NATIONAL HEALTH LAW

cable, quant à l'autorisation d'effectuer les différents types de DPI, dépend désormais des seules autorités provinciales. L'interdiction, posée par l'article 5, relative à la sélection du sexe demeure quant à elle en vigueur.

Ainsi, la décision de la haute juridiction canadienne entraîne une hétérogénéité des législations provinciales en matière de DPI. Lors de l'élaboration de la loi canadienne, la nécessité d'un leadership fédéral et d'une législation uniforme à l'échelle du pays a été affirmée à plusieurs reprises²⁹. À cet égard, l'entrée en vigueur du *Règlement sur le traitement et la distribution du sperme destiné à la reproduction assistée*³⁰ a constitué un premier pas dans l'encadrement législatif de la procréation assistée par le gouvernement canadien. Elle témoigne d'une volonté d'assurer une concordance des mesures de contrôle et de qualité en matière de dons de sperme pour l'ensemble du territoire canadien. Rompre avec cette logique peut laisser craindre un éventuel tourisme reproductif³¹ entre les diverses provinces canadiennes. Toutefois, ce danger doit être relativisé. En effet, il existe déjà, entre États, une grande diversité d'approches législatives nationales, qui constitue

AND FAMILY LAW SECTIONS OF THE CANADIAN BAR ASSOCIATION, « Submission on Draft Legislation on Assisted Human Reproduction », (2001) 10:2 *Health L.R.* 25; Benoît LAUZON, *Les champs légitimes du droit criminel et leur application aux manipulations génétiques transmissibles aux générations futures*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002; SANTÉ CANADA, *Discussions et commentaires écrits sur la législation fédérale proposée en matière de TRG* (juin 2000), par. 1.2, en ligne : <http://www.hc-sc.gc.ca/francais/protection/procreation/trg/discuss_rap.htm> (consulté le 22 juillet 2003/Ce document n'est plus disponible sur le Web).

29. Par exemple : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *La procréation médicalement assistée*, Document de travail no 65, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1992, p. 174; COMMISSION ROYALE SUR LES NOUVELLES TECHNIQUES DE REPRODUCTION, préc., note 16, p. 14.; SANTÉ CANADA, préc., note 28.
30. D.O.R.S./96-254, adopté en vertu de la *Loi sur les aliments et les drogues*, L.R.C. ch. F-27.
31. « This term applies to "patients" traveling to foreign countries to obtain access to technologies that are non existent or not available to them in their own countries », Sigal KLIPSTEN, « Preimplantation genetic diagnosis: technological promise and ethical perils », (2005) 83 *Fertility and Sterility* 1347, 1352.

« a reflection of the legal traditions and cultural and socio-religious beliefs which inform and shape public policy on assisted reproductive technologies and genetic testing »³². Or, il ne semble exister aucune volonté de parvenir à une harmonisation entre les législations de ces États, même au sein de l'Union européenne. Par conséquent, des différences d'approches et des disparités législatives entre provinces et territoires canadiens sont-elles forcément à redouter? Il paraît avant tout nécessaire de s'assurer de la bonne qualité et de la sécurité des pratiques et des équipements³³. Dans cette perspective, le Québec a mis en œuvre sa propre législation relative au diagnostic préimplantatoire.

b) La législation québécoise en matière de diagnostic préimplantatoire

Parallèlement au renvoi sur la constitutionnalité de la *Loi sur la procréation assistée*³⁴, le Ministre de la Santé et des Services Sociaux du Québec, le Docteur Philippe Couillard, a présenté, en décembre 2004, sa propre approche. Ce *Projet de loi no 89 – Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée et modifiant d'autres dispositions législatives*³⁵ a fait l'objet de quelques modifications. À la suite de ces dernières, un *Projet de loi-26 – Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation* a été présenté en 2009³⁶.

32. Bartha Maria KNOPPERS et Rosario ISASI, « Regulatory approaches to reproductive genetic testing », (2004) 19 *Human Reproduction* 2695, 2695. Voir également : Caroline HADLEY, « Building healthy families », (2003) 4 *EMBO Reports* 1017, 1018.

33. Jennifer GUNNING, « Regulating assisted reproduction technologies », (2001) 20 *Medicine and Law* 425, 429.

34. *Loi sur la procréation assistée*, préc., note 21

35. *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée et modifiant d'autres dispositions législatives*, projet de loi n° 89, 1^{ère} sess., 37^e légis. (Qc).

36. *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation et modifiant d'autres dispositions législatives*, projet de loi n° 26, 1^{ère} sess., 39^e légis. (Qc); Ce projet de loi est désormais la *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, L.Q. 2009, c. 30. Sanctionnée le 19 juin 2009, la loi est partiellement en vigueur depuis le 5 août 2010. Voir : *Décret 643-2010 concernant une Loi sur les ac-*

Ce projet de loi, tout en reconnaissant la nécessité de prévenir l'infertilité et de promouvoir la santé reproductive, « vise à protéger la santé des personnes et plus particulièrement celle des femmes ayant recours à des activités de procréation assistée et celle des enfants qui en sont issus, dont la filiation est alors établie en vertu des dispositions du Code civil »³⁷. À cette fin, il prétend encadrer les « activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée de manière à assurer une pratique de qualité, sécuritaire et conforme à l'éthique. Il vise aussi à favoriser l'amélioration continue des services en cette matière »³⁸. Le diagnostic génétique préimplantatoire figure parmi les activités de procréation assistée mentionnées dans le texte³⁹. En vertu du règlement d'application de la loi, ce diagnostic ne peut être effectué sur des embryons qu'aux seules fins d'identification des maladies monogéniques graves et des anomalies chromosomiques⁴⁰. Par ailleurs, « [a]ucune activité de procréation assistée, à l'exception de celles déterminées par règlement et aux conditions qui y sont prévues, ne peut être exercée ailleurs que dans un centre de procréation assistée pour lequel un permis est délivré par le ministre »⁴¹.

tivités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée (2009, c. 30) — Entrée en vigueur de certaines dispositions de la Loi, (2010), G.O.II, 3229. Le règlement correspondant est également entré en vigueur : Décret 644-2010 concernant un règlement sur les activités cliniques en matière de procréation assistée, (2010), G.O. II, 3278; Quant à la gratuité des services de procréation assistée, nous en retrouvons les détails dans : Décret 645-2010 concernant un règlement modifiant le Règlement d'application de la Loi sur l'assurance maladie, (2010), G.O. II, 3283. Ceci a été vérifié le 12 août 2010.

37. *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation, préc., note 36, art. 1 al. 1.*

38. *Id.*, art. 1 al. 2.

39. *Id.*, art. 2 (1°).

40. *Règlement sur les activités cliniques en matière de procréation assistée, préc., note 36, art. 18; Sur la position éthique québécoise concernant le diagnostic préimplantatoire, voir l'avis de la COMMISSION DE L'ÉTHIQUE DE LA SCIENCE ET DE LA TECHNOLOGIE, préc., note 14, p. 88 et suiv.*

41. *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation, préc., note 36, art. 6. Dans cette perspective, il est précisé que « [n]ul ne peut exploiter un centre de procréation assistée s'il n'est pas titulaire d'un permis délivré par le ministre à cette fin », *id.*, art. 15. Ce permis*

Il convient d'observer que la législation provinciale exclut la création d'un organisme de contrôle chargé de la gestion et de la surveillance des nouvelles technologies de reproduction⁴². En effet, l'Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée reste toujours compétente pour adopter toute mesure destinée à prévenir ou limiter la menace que l'exercice d'une activité réglementée représente pour la santé et la sécurité humaine⁴³. Les missions de l'Agence lui permettent de surveiller et d'analyser, tant au Canada qu'à l'étranger, l'évolution de la procréation assistée⁴⁴ ou d'informer le public et les milieux professionnels sur le sujet⁴⁵. Par conséquent, malgré l'entrée en vigueur du projet de loi québécois et la décision de la Cour suprême sur la constitutionnalité des dispositions de la loi canadienne, le rôle de l'Agence fédérale ne peut être écarté.

Après avoir examiné les législations canadienne et québécoise, il convient maintenant d'analyser l'argument de la pente glissante quant au caractère acceptable des diverses applications cliniques du diagnostic préimplantatoire.

peut être délivré pour une catégorie d'activités dans les domaines cliniques, de la recherche ou les deux, *id.*, art. 17 al. 1. Par ailleurs, le ministre ne peut donner suite à la demande que si le centre remplit les conditions prévues à la loi et s'il estime que l'intérêt public le justifie, *id.*, art. 19 al. 1. Toute personne exerçant des activités de procréation assistée doit également respecter les conditions déterminées par règlement, *id.*, art. 7. Sur ce point, voir les articles 30 et 31 relatifs aux pouvoirs en matière de réglementation.

42. Ainsi, le Ministre de la Santé et des Services sociaux est chargé de l'administration des permis, *id.*, art. 15-24. On peut y voir une forme d'équivalent des autorisations du régime fédéral. Le ministre désigne aussi une personne pour effectuer l'inspection et la surveillance des installations, *id.*, art. 25-29.

43. *Loi sur la procréation assistée*, préc., note 20, art. 44 (1); M. HÉBERT et al., préc., note 22, 17.

44. *Loi sur la procréation assistée*, préc., note 20, art. 24 (1) c).

45. *Id.*, art. 24 (1) f).

2. Argument de la pente glissante et diagnostic préimplantatoire

L'examen de l'argument de la pente glissante nous permettra d'envisager sa pertinence en matière de diagnostic préimplantatoire.

a) La signification de l'argument de la pente glissante

La pente glissante constitue une argumentation de type conséquentialiste permettant de juger l'acceptabilité des actions ou des politiques selon l'analyse des conséquences susceptibles d'en résulter⁴⁶. Le caractère éthique de cet argument tire sa force de l'analyse des conséquences négatives, voire catastrophiques, qui pourraient survenir en cas d'autorisation d'une nouvelle norme ou pratique faisant l'objet de la discussion⁴⁷.

La *Nouvelle encyclopédie de bioéthique* donne une bonne définition de cet argument de la pente glissante :

Au départ, on considère des finalités et des applications jugées moralement légitimes, voir même souhaitables; mais on imagine en même temps la possibilité d'autres finalités et applications contraires à la morale et diversement reliées aux premières de telle sorte que le passage des unes aux autres soit facilement imaginable; on anticipe que la tentation du passage sera irrésistible si l'on s'engage dans la voie périlleuse; on conclut qu'il est sage, prudent et moral de ne pas courir de risque surtout si les valeurs en jeu sont fondamentales; on interdit, en conséquence, de faire les premiers pas, en tant que tels

46. Marie-Hélène PARIZEAU, « Du diagnostic prénatal à l'eugénisme : la pente glissante? », dans Marie-Hélène PARIZEAU et Soheil KASH (dir.), *Néoracisme et dérives génétiques*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2006, 175, à la p. 176; Ted SCHRECKER et Margaret SOMERVILLE, *Prendre des décisions éthiquement acceptables en matière de politiques : Les défis qui attendent le gouvernement fédéral*, Groupe de travail de la Stratégie canadienne en matière de biotechnologie, 1998, p. 114, en ligne : <http://strategis.gc.ca/pics/bhf/makingf.pdf> (consulté le 26 mai 2009).

47. M.-H. PARIZEAU, préc., note 46, à la page 176.

moralement acceptables, parce qu'ils s'engagent d'emblée sur la pente glissante⁴⁸.

Dans un premier temps, certaines pratiques sont considérées inacceptables d'un point de vue éthique. Ensuite, un rapport causal est établi entre celles-ci et la poursuite de certaines activités éthiquement moins condamnables, mais susceptibles d'entraîner ces pratiques réprouvées. Deux prémisses importantes sont donc avancées⁴⁹. Dans son sens général, l'argument se présente donc ainsi : « Je suis logiquement tenu, ou obligé, d'autoriser B, une fois que j'ai autorisé A »⁵⁰. Aussi, puisque B n'est pas moralement acceptable, par mesure préventive, nous ne devons pas autoriser A, même si cela représente un élément éthiquement neutre ou même justifiable⁵¹.

Par exemple, permettre la transgénèse animale, qui désigne la manipulation génétique des animaux en y introduisant des gènes étrangers, conduirait-il à toute forme de manipulation du génome humain et à l'apparition de divers eugénismes? Dans l'exemple de la transgénèse, nous constatons qu'il s'agit d'une forme d'activité « dont la poursuite entretient un rapport causal avec la poursuite d'autres activités reconnues comme étant inacceptables d'un point de vue éthique. L'acceptabilité de la transgénèse est fonction de la balance des conséquences, ce qui inclut le rapport causal entre la transgénèse animale et certaines

48. Gilbert HOTTOIS et Jean-Noël MISSA, *Nouvelle encyclopédie de bioéthique: médecine, environnement, biotechnologie*, Bruxelles, De Boeck Université, 2001, p. 640.

49. GENERISTIC – CENTRE DE RÉFÉRENCE SUR LA MANIPULATION DU VIVANT, *Argument de la pente glissante*, en ligne : http://www.generistic.org/html/fra/_animal/sante/production_substance/ethique_pente_glissante.sht > (consulté le 13 août 2010). Ce site est un projet initié par Lyne Létourneau, professeure de droit au Centre de recherche en biologie de la reproduction qui est affilié au Département des sciences animales de l'Université Laval.

50. M.-H. PARIZEAU, préc., note 46, à la page. 177.

51. Wibren VAN DER BURG, « The Slippery Slope Argument », (1991) 102:1 *Ethics* 42, 42.

activités reconnues comme étant inacceptables d'un point de vue éthique »⁵².

Un autre exemple nous est fourni en matière d'euthanasie par la Cour suprême dans l'affaire *Rodriguez c. Colombie-Britannique*⁵³. Dans leur argumentation, les juges de la majorité renvoient à la doctrine de la Chambre des Lords et de la Commission de réforme du droit du Canada où, malgré une « profonde sympathie à l'égard des personnes qui souhaitent mettre fin à leurs jours pour éviter de grandes souffrances, ni l'une ni l'autre n'est disposée à reconnaître que l'aide active d'un tiers pour réaliser ce souhait devrait être tolérée, même dans le cas du malade en phase terminale »⁵⁴. Deux raisons principales sont avancées, qui nous paraissent particulièrement significatives des craintes qui sous-tendent l'argument de la pente glissante et des motivations pouvant justifier certaines décisions :

d'une part, la participation active d'une personne dans la mort d'une autre est intrinsèquement blâmable sur les plans moral et juridique et, d'autre part, il n'existe aucune certitude que l'on puisse prévenir les abus par une interdiction moindre que générale. Créer une exception pour les malades en phase terminale risquerait par conséquent de déjouer l'objectif de la loi, qui vise à protéger la personne vulnérable, puisqu'il est difficile, voire impossible, de concevoir des directives qui permettent d'éviter les abus⁵⁵.

Cet argument de la pente glissante est particulièrement pertinent en matière de diagnostic préimplantatoire.

52. Exemple tiré de GENERISTIC – CENTRE DE RÉFÉRENCE SUR LA MANIPULATION DU VIVANT, préc., note 49.

53. *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519.

54. *Id.*

55. *Id.*

b) L'argument de la pente glissante en matière de diagnostic préimplantatoire

En matière de diagnostic préimplantatoire, l'argument de la pente glissante se pose de la manière suivante. Dans un premier temps, une exception au principe selon lequel le DPI ne peut être utilisé que pour sélectionner des caractéristiques reliées à la santé de l'enfant à naître (c'est-à-dire en sortant des limites du modèle médical) est réalisée en permettant, par exemple, le recours au bébé médicament. Dans un second temps, il n'existe alors plus de motifs suffisants pour rejeter le modèle de l'enfant sur mesure permettant aux futurs parents de choisir les embryons qu'ils désirent, incluant le tri sur la base de caractéristiques non médicales comme une prédisposition pour un talent spécial. Par conséquent, la pente glissante présume qu'il n'existe pas de limites claires entre l'analyse de la compatibilité génétique de l'embryon (dont on s'assurera qu'il est également exempt de la maladie) en vue de sauver un frère ou une sœur et, par exemple, la sélection de traits (non médicaux) cosmétiques ou de performance d'une personne. Dans cette perspective, une fois que nous aurons entrouvert la porte, notamment avec la légalisation du recours au bébé médicament, il deviendrait impossible de mettre un terme à la mise en application de technologies génétiques en vue de concevoir des enfants sur mesure⁵⁶. Si l'on a recours au raisonnement initialement développé par Wibren van der Burg⁵⁷, en acceptant le bébé médicament⁵⁸, nous accepterons tôt ou tard, par suite de processus psychologiques et sociaux, la sélection du sexe pour des raisons non médicales ou encore celles des caractéristiques cosmétiques.

Cette approche doit pourtant être nuancée. Ainsi, Guido De Wert souligne que la complexité génétique des caractéristiques recherchées est fréquemment sous-estimée, tandis que le

56. Guido DE WERT, « Preimplantation genetic diagnosis: the ethics of intermediate cases », (2005) 20 *Human Reproduction* 3261, 3263.

57. W. VAN DER BURG, préc., note 51, p. 43.

58. Bien qu'au Québec, la loi se limite actuellement aux maladies graves, la France et le Royaume-Uni ont permis le bébé médicament.

processus même de fécondation *in vitro* et de transfert *in utero* comporte d'évidentes limites. Cet auteur relativise alors l'automatisme de la prédiction catastrophique concernant la dérive de la pratique éthiquement acceptable vers celle qui ne l'est pas. Par ailleurs, le bébé médicament n'entre pas dans le modèle médical au sens strict et ne correspond pas pour autant à celui du bébé sur mesure puisque l'embryon ne sera pas génétiquement sélectionné afin de rentrer dans les standards parentaux de l'enfant parfait⁵⁹. Il existerait donc une différence conceptuelle pertinente entre les diverses applications cliniques du diagnostic préimplantatoire. Aussi, accepter ce dernier et la sélection d'embryons dans le cas de maladies graves, ne signifie pas forcément que nous devons admettre un tel choix en fonction de caractéristiques purement physiologiques comme le sexe de l'enfant à naître. Dans ce cas, si la technique utilisée et le résultat sélectif sont sensiblement les mêmes, les fondements justificatifs de l'acte et les débats éthiques diffèrent. En effet, si le choix du sexe d'un embryon peut être lié à des maladies du chromosome X, ce n'est pas toujours le cas.

Il est néanmoins opportun de reconnaître que, dans le cas d'applications cliniques relevant d'une même catégorie de diagnostic préimplantatoire, un danger persiste⁶⁰. Cela s'inscrit par ailleurs dans « l'heuristique de la peur », élément important du *Principe de responsabilité* de Hans Jonas⁶¹ et l'une des manifestations de l'argument de la pente glissante. Pour ce dernier, « la peur joue un rôle pratique, elle suscite les affects, mobilise rationnellement afin de construire une représentation des possibles. Ce sont surtout les possibles catastrophiques qu'il importe d'imaginer ici (la priorité du mauvais pronostic sur le

59. G. DE WERT, préc., note 56, 3263.

60. « It seems like a small step from selecting for sex to selecting for skin color or intelligence », Bartha Maria KNOPPERS, S. BORDET et R.M. ISASI, « Preimplantation Genetic Diagnosis: An Overview of Socio-Ethical and Legal Considerations », (2006) 7 *Annual Review of Genomics and Human Genetics* 201, 211.

61. Hans JONAS, *Le Principe Responsabilité : Une Éthique Pour La Civilisation Technologique*, Paris, Éditions du Cerf, 1990.

bon), afin de guider l'agir de manière prudentielle dans le développement et l'utilisation des techniques et des sciences »⁶². Dans cette perspective, il s'agira, en utilisant l'argument de la pente glissante, d'anticiper des enchaînements possibles de conséquences vers un résultat négatif. La mise en évidence du mauvais pronostic concerne alors la transformation de certaines valeurs ou normes en leur négatif. Le débat sur le clonage reproductif est particulièrement significatif à cet égard. Sachant que la technique développée avec Dolly pouvait être transposée aux humains, les scénarii catastrophiques ont été discutés, les enjeux éthiques débattus et enfin, un consensus sur l'interdiction du clonage humain reproductif s'est imposé dans la majorité des pays occidentaux⁶³. Toutefois, cet argument de la peur doit également être relativisé, puisque les législations française et britannique témoignent, ces dernières années, d'un élargissement progressif des applications du diagnostic préimplantatoire⁶⁴.

L'argument de la pente glissante se retrouve particulièrement dans les débats relatifs à l'euthanasie et à l'eugénisme⁶⁵. De nombreux textes soulignent l'existence d'une polémique relative au potentiel eugénique des nouvelles technologies génétiques, notamment dans le contexte du diagnostic préimplantatoire⁶⁶. Jacques Testart note à ce titre que

62. M-H. PARIZEAU, préc., note 46, à la page 184.

63. *Id.*, 183-185. Pour Marie-Hélène Parizeau, bien qu'insuffisant pour déterminer la validité morale d'une norme, l'argument de la pente glissante permet donc d'établir un lien entre les pratiques sociales et les opinions morales.

64. Voir : Julie COUSINEAU, *Enjeux éthiques et légaux des applications du diagnostic préimplantatoire au Canada*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 2006, en ligne : <<http://hdl.handle.net/1866/2459>>.

65. G. HOTTOIS et J.-N. MISSA, préc., note 48, p. 640.

66. Voir entre autres : J. FASOULIOTIS et J.G. SCHENKER, préc., note 1, 2241; Mandy G. KATZ, Lara FITZGERALD, Agnes BANKIER, Julian SAVULESCU et David S. CRAM, « Issues and concerns of couples for preimplantation genetic diagnosis (PGD) », (2002) 22 *Prenatal Diagnosis* 1117, 1121; Pierre RAY et Stéphane VIVILLE, « Le diagnostic pré-implantatoire en France », (2001) 4:3 *Médecine thérapeutique / Pédiatrie* 204, en ligne : <<http://www.jle.com/en/revues/medecine/mtp/e-docs/00/03/0D/B4/>>

« [l']alliance de la [procréation assistée] avec la génétique diagnostique, en permettant de trier les œufs fécondés, crée des conditions entièrement nouvelles pour le contrôle de la qualité des enfants »⁶⁷ et, par conséquent, leur sélection⁶⁸. Si le mot « eugénisme » renvoie « aux poubelles de l'Histoire », pour reprendre les propos de Didier Sicard⁶⁹; constater son éventuelle actualité, dans le contexte des nouvelles technologies génétiques, entraîne l'imaginaire vers les dérives les plus folles dans l'application de ces dernières.

3. Les risques d'eugénisme en matière de diagnostic préimplantatoire

Les risques d'eugénisme en matière de diagnostic préimplantatoire doivent particulièrement être soulignés et suscitent de vives inquiétudes.

a) La définition de l'eugénisme

Étymologiquement, le terme « eugénisme » provient du grec « eu », qui signifie bien ou bon, et « genos », qui veut dire naissance, genre ou race⁷⁰. Combiné, le mot signifie donc « bien né »⁷¹ et « [il] s'agit donc là d'une « science » ayant pour but de

article.md> (consulté le 15 mars 2009); J. TESTART, préc., note 1, p. 64; G.-L. ZHUANG et D. ZHANG, « Preimplantation genetic diagnosis », (2003) 82 *International Journal of Gynecology and Obstetrics* 419, 421.

67. Jacques TESTART, *La procréation médicalisée*, Paris, Dominos/Flammarion, 1993, p. 95.

68. Eugénisme et pente glissante sont explicitement associés par certains auteurs, voir entre autres : Stuart LAVERY, « Preimplantation genetic diagnosis and the welfare of the child », (2004) 7:4 *Human Fertility* 295, 298.

69. Didier SICARD, « La science médicale, la naissance et le risque d'eugénisme », (2009) 31 *Revue générale de droit médical* 249, 249.

70. Catherine BACHELARD-JOBARD, *L'eugénisme, la science et le droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001, p. 4.

71. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1979, p. 27.

découvrir les secrets d'une bonne race »⁷². Le substantif « eugénisme » a été inventé et introduit dans la langue anglaise (eugenics) par Sir Francis Galton, un anthropologue, cousin de Charles Darwin, dans son livre *Inquiries into Human Faculty and its development*, publié en 1883⁷³. Il y définit l'eugénisme comme étant « la science de l'amélioration de la race qui ne se borne nullement aux questions d'unions judicieuses mais qui, particulièrement dans le cas de l'homme, s'occupe de toutes les influences susceptibles de donner aux races les mieux douées un plus grand nombre de chances de prévaloir sur les races les moins bonnes »⁷⁴. En 1904, il modifie sa définition et décrit l'eugénisme comme l'« étude des facteurs socialement contrôlables qui peuvent élever ou abaisser les qualités raciales des générations futures, aussi bien physiquement que mentalement »⁷⁵. C'est alors une science nouvelle qui vise à l'amélioration générale de l'espèce humaine grâce aux connaissances sur l'hérédité⁷⁶. Il convient de souligner que, dans sa définition, Galton se fonde sur l'étude scientifique du phénomène et non sur une éventuelle pratique sociale⁷⁷. Si l'eugénisme a connu une certaine faveur des années 1880 à la seconde guerre mondiale, l'usage qu'en a fait le nazisme l'a profondément discrédité⁷⁸.

72. C. BACHELARD-JOBARD, préc., note 70, p. 4.

73. Bernard M. DICKENS, « Eugenic recognition in Canadian law », (1975) 13:2 *Osgoode Hall L.J.* 547, 547.

74. Francis GALTON, *Inquiries into human faculty and its development*, Londres, Macmillan and Co., 1883, p. 24 et 25. Citation tirée de la traduction de C. BACHELARD-JOBARD, préc., note 70, p. 5.

75. Jacques TESTART, *Le désir du gène*, Paris, Éditions François Bourin, 1992, p. 25.

76. Hervé BLAIS, *Les tendances eugéniques au Canada*, Montréal, Institut Familial, 1942, p. 4.

77. Anders NORDGREN, *Responsible genetics : The Moral Responsibility of Geneticists for the Consequences of Human Genetics Research*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2001, p. 224.

78. Jean GAYON, « L'eugénisme est-il de retour? Les pratiques biomédicales contemporaines permettent de diagnostiquer certaines pathologies au stade embryonnaire. Elles laissent ainsi le choix aux familles de garder ou non l'enfant en devenir. Peut-on parler d'eugénisme? », (trimestriel novembre 2004 - février 2005) *Pour la science* 7, 7.

Une distinction a traditionnellement été faite entre eugénisme positif et négatif⁷⁹. Selon cette différenciation, l'amélioration des générations à venir peut être réussie de deux façons :

(1) en augmentant la proportion des individus souhaitables par l'abaissement du taux de reproduction des individus inférieurs, ce qui permet d'éliminer les caractéristiques indésirables (*eugénisme négatif*); ou (2) par l'encouragement de la multiplication des individus souhaitables en améliorant ou favorisant les caractéristiques du patrimoine génétique (*eugénisme positif*)⁸⁰.

L'eugénisme négatif peut être accompli en recourant à diverses méthodes, notamment en limitant la procréation des individus porteurs de caractéristiques indésirables. Plusieurs moyens sont alors mis en œuvre comme une stérilisation non consensuelle⁸¹, des limitations au mariage, la ségrégation, l'internement permanent ou encore le recours à des mesures de consultations génétiques⁸². En ce qui concerne l'eugénisme positif, l'encouragement d'individus porteurs d'une plus grande proportion de gènes souhaitables, peut être réalisé à l'aide de « techniques médicales légitimes comme la sélection génétique ou l'insémination artificielle »⁸³.

79. CONSEIL DE L'EUROPE, préc., note 17, p. 35.

80. COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 71, p. 26. Voir aussi : CONSEIL DE L'EUROPE, préc., note 17, p. 35; Monique OUELLETTE, *Science et droit*, Montréal, Thémis, 1986, p. 107 et 108; André PICHOT, *La société pure : De Darwin à Hitler*, Paris, Flammarion, 2000, p. 159; Timothy CAULFIELD et Gerald ROBERTSON, « Eugenic policies in Alberta : from the systematic to the systemic? », (1996-1997) 35:1 *Alta. L.R.* 59, 64.

81. « Les termes «non consensuel(le)» utilisés dans cette étude comprennent toute pratique exercée sans le consentement personnel de la personne visée. Ils signifient donc à la fois «non volontaire» et «non consensuel», selon le sens juridique habituel de cette expression », COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 71, p. 138.

82. *Id.*, p. 26.

83. *Id.*

Le Canada a connu plusieurs lois à caractère eugénique portant notamment sur l'examen médical prénuptial, l'empêchement au mariage au titre d'infirmité, la restriction de liberté chez les immigrants ou encore, la stérilisation eugénique⁸⁴. Ces mesures ont pris naissance dans un contexte où l'eugénisme est lié à une approche interventionniste de l'État dans les choix des individus afin de concrétiser des objectifs sociaux et politiques⁸⁵. Il semble néanmoins que:

If one adopts this "social control" view – that is, as referring to state implemented and organized programs designed to achieve a given social goal through coercive laws – then it seems doubtful that Canada will, at least in the foreseeable future, see the rise of *that* type of eugenics. Since the use of eugenics programs by Nazi Germany there has been a great deal of caution associated with the implementation of any state sponsored genetics initiative⁸⁶.

Toutefois, les objectifs eugéniques ne résultent pas toujours de la coercition de l'État et peuvent aussi être la conséquence de choix individuels. Ainsi, Caulfield et Robertson soulignent que, selon certains auteurs, ce n'est pas tant la création de programmes de « contrôle social » par l'État qu'il convient de redouter, mais plutôt l'utilisation par les individus des technologies disponibles. Ces choix peuvent être influencés, par exemple, par la perception sociale que nous avons des personnes handicapées, le coût des services de santé ou la pression à faire naître des enfants normaux⁸⁷. Ils concluent finalement que c'est

84. H. BLAIS, préc., note 76. Pour un historique de la législation à l'origine de la stérilisation eugénique en Alberta, voir : Julie COUSINEAU, « Le passé eugénique canadien et ses leçons au regard des nouvelles technologies génétiques », (2008) 13 :2 *Lex Electronica*, en ligne : http://www.lex-electronica.org/docs/articles_2.pdf.

85. Il s'agit d'une des définitions de l'eugénisme tirées de T. CAULFIELD et G. ROBERTSON, préc., note 80, 72.

86. *Id.*

87. T. CAULFIELD et G. ROBERTSON, préc., note 80, 72 et 73. Voir également : Belinda BENNETT, « Choosing A Child's Future? Reproductive Decision-Making And Preimplantation Genetic Diagnosis », dans Jennifer GUNNING

dans la combinaison des choix individuels, des perceptions, des attitudes et des convictions que l'on peut constater l'émergence d'un nouvel eugénisme. Si la génétique devient un mécanisme où les préjudices sociaux et l'intolérance sont renforcés et permettent de façonner les futures générations, les craintes d'un nouvel eugénisme sont alors justifiées⁸⁸. Le développement des connaissances en matière de génétique, la disponibilité et l'accessibilité de la technologie peuvent donc donner lieu à des pratiques eugéniques. En l'absence d'un encadrement, les adultes libres et consentants seraient en mesure d'exercer des choix eugéniques⁸⁹.

Il existe un débat sur le sens que l'on devrait donner au terme eugénisme. La vision plus étroite concerne l'eugénisme classique lié à l'intervention de l'État et la coercition. La vision plus large est celle que nous venons de décrire quant à l'intention de décider qui naîtra. Anders Nordgren précise que, le plus souvent, les généticiens modernes préfèrent la définition étroite car ils veulent dissocier la génétique actuelle des pratiques passées et rassurer le public sur leurs bonnes intentions. À l'opposé, les critiques de ces généticiens adoptent une interprétation large de l'eugénisme afin de souligner la continuité entre les anciennes pratiques, moralement inacceptables, et la nouvelle génétique⁹⁰. Jean Gayon distingue également l'ancien et le nouvel eugénisme. Selon lui, le caractère libéral du néo-eugénisme serait particulièrement ambigu car l'absence de coercition étatique ne soustrait

et Helen SZOKE (dir.) *The Regulation of Assisted Reproduction Technology*, Aldershot/Burlington, Ashgate, 2003, p.167, à la page 174; David S. KING, « Preimplantation genetic diagnosis and the 'new' eugenics », (1999) 25 *Journal of Medical Ethics* 176, 178; COMMISSION DE L'ÉTHIQUE DE LA SCIENCE ET DE LA TECHNOLOGIE, préc., note 14, p. 114 et suiv.

88. T. CAULFIELD et G. ROBERTSON, préc., note 80, 73.

89. Jacques DUFRESNE, *La reproduction humaine industrialisée*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1986, p. 52-55. Selon certains auteurs, l'effet cumulatif des décisions des parents constituerait une tendance à l'eugénisme, voir : David J. ROY, John R. WILLIAMS, Bernard M. DICKENS et Jean-Louis BAUDOUIN, *La bioéthique, ses fondements et ses controverses*, Saint-Laurent, Éditions du Renouveau Pédagogique, 1995, p. 202.

90. A. NORDGREN, préc., note 77, p. 224.

pas les individus des pressions sociales et économiques et donc, d'une certaine forme de contrainte. Par conséquent, bien que se situant dans une autre dimension sociale, le nouvel eugénisme rejoint l'ancien⁹¹. Il n'est donc pas possible de soutenir que le diagnostic préimplantatoire ne relèverait que de la seule sphère privée⁹².

Cette distinction entre l'eugénisme imposé par la législation de l'État et l'eugénisme volontaire ou privé, dans la perspective de l'autonomie reproductive des parents, peut avoir des incidences en matière de diagnostic préimplantatoire.

b) L'eugénisme en matière de diagnostic préimplantatoire

Le caractère éventuellement eugénique du diagnostic préimplantatoire dépend, en dernier lieu, de la définition retenue de l'eugénisme :

Pour certains, [...] l'eugénisme ne peut s'entendre que des pratiques collectives imposées à tous par des mesures étatiques et, dans ce cas, le diagnostic préimplantatoire, qui ne concerne qu'un petit public, ne peut être qualifié d'eugénique ou du moins il est autorisé. Pour d'autres, [...] dès que l'on sélectionne sur des critères exclusivement génétiques, parmi plusieurs embryons le meilleur, on est en face d'une mesure eugénique et, dans ce cas, le diagnostic préimplantatoire est inacceptable⁹³.

Il est néanmoins nécessaire « de savoir si oui ou non [le DPI] est systématiquement, ou peut être dans certaines circonstances, une pratique eugénique »⁹⁴. Ce ne serait donc pas tant le DPI en soi qui se révélerait eugénique, mais l'utilisation qui en est faite. Le choix entre les embryons étant indissociable de la technique du diagnostic préimplantatoire, il est donc primordial de mieux cerner

91. J. GAYON, préc., note 78, 7.

92. M.-H. PARIZEAU, préc., note 46, à la p. 210.

93. C. BACHELARD-Jobard, préc., note 70, p. 276.

94. CONSEIL DE L'EUROPE, préc., note 17, p. 35.

les critères fondant leur sélection⁹⁵. Pour y parvenir, il est utile de ne pas se laisser enfermer dans des questions terminologiques ou sémantiques. Ainsi, certains écartent de leur vocabulaire des mots comme « eugénisme », « avortement » ou « sélection » pour les remplacer par « choix libre d'une vie à naître » ou « interruption médicale ou thérapeutique de grossesse »⁹⁶. Ces euphémismes peuvent pourtant cacher des pratiques eugéniques. Il peut être tentant d'offrir la possibilité aux parents dits « à risque » d'avoir un enfant atteint d'une maladie génétique, de sélectionner l'embryon qui n'en sera pas porteur. Pourtant, cette reconnaissance du bien-fondé de la pratique eugénique, dans le meilleur intérêt de l'enfant⁹⁷, risque de constituer un précédent dépassant l'objectif de l'enfant en bonne santé⁹⁸. En somme, la recherche du bébé

95. Voir : Jacques TESTART, « The New Eugenics and Medicalized Reproduction », (1995) 4 *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* 304, p. 306, 308 et 309.

96. D. SICARD, préc., note 69, p. 249.

97. Faraz SIDDIQUI, « Assessing the Ethicality of Pre-implantation Genetic Diagnosis beyond the Discourse of Eugenics », (2006) 2:1 *Penn Bioethics Journal*, en ligne: <<http://www.bioethicsjournal.com/fv2i1/siddiqui.html>> (consulté le 8 avril 2009).

98. En effet, malgré la reconnaissance du bien-fondé de l'objectif thérapeutique du DPI, nous pouvons croire que « [l]'élargissement des maladies dépistées introduit des critères de zones grises entre le normal et le pathologique. Or ces zones grises sont laissées à l'appréciation du couple et l'effet global de la multiplication de ces comportements de sélection [...] (en dehors de pathologies génétiques graves ou mortelles) laisse entrevoir une forme d'eugénisme non nommée. » M.-H. PARIZEAU, préc., note 46, à la p. 193. C'est notamment lors de tentatives de définitions de la normalité que nous pouvons franchir un premier pas sur la pente glissante. En effet, justifier une application biotechnologique au nom d'un supposé désir d'enfant normal rend difficile l'imposition de limites. En effet, la normalité d'un être humain du point de vue médical est un concept qui n'a pas d'assises concrètes en droit. Qu'est-ce que la normalité? Qu'est-ce qui est normal ou quelle est la norme à laquelle nous devons répondre? Nous pouvons nous faire un portrait de ce qui devrait être normal, mais encore là sur quoi se baser et quelle est la limite? Devons-nous distinguer normalité et perfection? Par ailleurs, puisque nos désirs de normalité reflètent notre vision du mieux-être de l'enfant dans un milieu dont les paramètres sont établis par la société, nos choix individuels sont influencés par notre vision collective. Testart mentionne en ce sens que la valeur de la majorité des caractéristiques

parfait sans défaut n'est qu'une chimère puisqu'une purification totale du génome est impossible, alors que de nouvelles anomalies génétiques se créent à chaque génération⁹⁹.

L'argument de la pente glissante permet d'envisager le concept de risque dans un contexte eugénique. L'expression « rupture de digue », utilisée par Hervé Chneiweiss¹⁰⁰, souligne qu'une fois une certaine limite franchie, il devient impossible d'arrêter les dérives et de mettre en place des balises. Il s'agit d'un effet domino, d'une inéluctable réaction en chaîne rendant impossible tout redressement ou retour en arrière¹⁰¹. En définitive, le risque eugénique dépendrait donc davantage des motivations et des critères à l'origine de la sélection génétique¹⁰².

Toutefois, cette conception est marquée par un profond pessimisme :

La pente glissante doute foncièrement de la *capacité de juger*. Or, celle-ci est au cœur de toute éthique, dans la mesure même où l'éthique postule la liberté et le discernement. À la place du jugement conscient, informe et délibéré, la pente glissante encourage la logique de l'inconscient.¹⁰³

génétiques, plutôt que d'être intrinsèque, est relative à une société donnée, J. TESTART, préc., note 95, p. 310.

99. Sophie BOUKHARI et Amy OTCHET, « Aux frontières d'un nouvel eugénisme? », (septembre 1999) *Le Courrier de l'Unesco* 18,19.

100. HERVÉ CHNEIWEISS, « Sur les sentiers escarpés des montagnes de bioéthique – Épisode 3 : aux confins de l'eugénisme », (2003) 19:5 *Médecine/Science* 634, 634.

101. Il est difficile de savoir comment se produit concrètement cette relation de causalité directe qui suppose que « la source du dérapage est inhérente à la sophistication et la puissance croissante des techniques elles-mêmes », Dominique STOPPA-LYONNET, *Diagnostic prénatal, interruption médicale de grossesse, diagnostic pré-implantatoire et formes héréditaires de cancers*, France, Agence de la biomédecine et Institut National du Cancer, 2008, p. 36, en ligne : <<http://www.agence-biomedecine.fr/uploads/document/Rapport-DPN-IMG-DPI-Agence-InCa.pdf>> (consulté le 2 juin 2009).

102. *Id.*, p. 37.

103. G. HOTTOIS et J.-N. MISSA, préc., note 48, p. 640-641.

Cet inconscient considère le glissement comme irrésistible et provoque la peur de la perte de contrôle et l'angoisse de la liberté¹⁰⁴. De plus, même si « [t]his practice of pre-implantation genetic diagnosis is likely to become more common with the increased development of genetic testing if coupled with societal acceptance of genetic selection of offspring »¹⁰⁵, des risques d'abus restent possibles. Il est également nécessaire de développer un mécanisme de contrôle, car ce sont précisément ces abus qui nous mettent sur la voie de la pente glissante¹⁰⁶. Celle-ci est également liée à nos connaissances en matière de génétique. Ainsi, il convient de se méfier du réductionnisme génétique selon lequel « la science devient seule source de vérité, de rationalité, de légitimité du savoir, de progrès social »¹⁰⁷. Avec le *Human Genome Project* les populations occidentales, notamment d'Amérique du Nord, tendent désormais à accréditer l'affirmation selon laquelle tout serait dans les gènes¹⁰⁸.

Historiquement, il importe de retenir que les eugénistes ont imposé leur idéologie en invoquant l'argument génétique qui ne reposait pourtant sur aucune preuve scientifique solide¹⁰⁹. Par conséquent, si nous devons suivre l'évolution de connaissances fondées scientifiquement, celles-ci ne peuvent jamais constituer le seul facteur à prendre en considération pour fonder l'établissement de politiques. En dernier lieu, il serait regrettable de confier aux seuls gènes ce qui fait le propre, la valeur de l'individu, alors que ce qui constitue son identité dépasse les limites de la seule génétique.

104. *Id.*, p. 641.

105. R. MYKITIUK et A. WALLRAP, préc., note 16, à la page 377.

106. « It is an unquestionable fact that assisted human reproduction is an area where control should be enforced in order to limit possible abuses and excesses », L. BERNIER et D. GRÉGOIRE, « Reproductive and therapeutic cloning, germline therapy, and purchase of gametes and embryos: comments on Canadian legislation governing reproduction technologies », (2004) 30 *Journal of Medical Ethics* 527, 531.

107. M.-H. PARIZEAU, préc. note 46, à la p. 206.

108. *Id.*, à la p. 208; D. SICARD, préc., note 69, 251.

109. T. CAULFIELD et G. ROBERTSON, préc., note 80, 64 et 65; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 71, p. 27, 39 et 40.

Conclusion

L'argument de la pente glissante n'est pas spécifique au diagnostic préimplantatoire. Un récent débat au Québec en démontre toute la pertinence en dehors du contexte *in vitro* pour s'étendre à la gestation *in utero*. Désirant mettre en œuvre un programme de dépistage prénatal de la trisomie 21¹¹⁰, le Ministère de la santé et des services sociaux a lancé en 2007 une consultation publique sur les enjeux éthiques soulevés. L'objectif du programme est de le proposer, dans le réseau public de la santé et des services sociaux, à toutes les femmes enceintes qui le souhaitent, quel que soit leur âge¹¹¹. En vertu de cette politique de participation volontaire et éclairée, le programme québécois ne vise pas à forcer les couples dépistés à mettre un terme à la grossesse par avortement. Il s'agit de leur donner les renseignements nécessaires à un consentement libre et éclairé dans le processus de prise de décision.

Ainsi, les femmes enceintes recevraient l'information relative à la signification des résultats, et celles dont ils indiqueraient un risque élevé de donner naissance à un enfant ayant la trisomie 21 seraient dirigées vers le test diagnostique, sur la base d'un consentement libre et éclairé. Enfin, les femmes dont les résultats du diagnostic démontreraient qu'elles portent un fœtus qui présente la

110. Il faut distinguer le dépistage du diagnostic de la trisomie 21 : « Les tests de dépistage permettent d'évaluer les probabilités qu'une femme enceinte porte un fœtus présentant la trisomie 21. Ils sont jugés non effractifs et ne présentent pas de risque, ni pour le fœtus ni pour la mère, en dehors de ceux liés à l'anxiété et au stress. Les tests diagnostiques, eux, permettent de déterminer si un fœtus présente ou non une anomalie. Les tests diagnostiques disponibles actuellement nécessitent une intervention effractive et comportent des risques physiques pour la mère et le fœtus. », COMMISSAIRE À LA SANTÉ ET AU BIEN-ÊTRE, *Consultation sur les enjeux éthiques du dépistage prénatal de la trisomie 21, ou syndrome de Down, au Québec : Des choix individuels qui nous interpellent collectivement – Rapport de consultation*, Québec, 2008, p.25, en ligne : <http://www.csbe.gouv.qc.ca/fileadmin/www/RapportAvis/Trisomie21/CSBE_RapportdeConsultationTrisomie.pdf> (consulté le 2 mars 2009).

111. *Id.*, p. 31.

trisomie 21 devraient prendre la décision, à la suite d'un conseil génétique, de mettre fin ou non à leur grossesse¹¹².

Dans un rapport publié en janvier 2009, les auteurs relèvent que des craintes ont été exprimées à l'effet qu'un accès universel au dépistage et au diagnostic de la trisomie 21 puisse mener à une pratique eugénique favorisant l'interruption de grossesse. La mise en place d'un tel programme risquerait d'entraîner « la stigmatisation des personnes ayant la trisomie 21 et des parents ayant décidé de les mettre au monde »¹¹³. Ce processus amène non seulement à juger quelles vies valent la

112. COMMISSAIRE À LA SANTÉ ET AU BIEN-ÊTRE, préc., note 110, p. 31.

113. *Id.*, p. 48; Marie-Hélène Parizeau souligne d'ailleurs que le raisonnement basé sur le « principe du moindre mal » et « du principe du soulagement de la souffrance » du nouveau-né lui-même et de la famille est quelque peu ébranlé par le cas spécifique de la trisomie 21. Le retard mental n'est pas en soi une maladie et des personnes peuvent vivre pleinement leur vie avec un retard mental. La décision de [...] [l'interruption médicale de grossesse] est alors laissée au couple – au plan éthique à la subjectivité individuelle – jugeant, suivant ses convictions morales, si oui ou non il est capable d'assumer la responsabilité parentale vis-à-vis d'un enfant atteint de la trisomie 21 », M.-H. PARIZEAU, préc., note 46, à la p. 188. En France, lors de la séance du 19 janvier 2011 de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique, il a été établi que « toutes les femmes enceintes se voient aujourd'hui proposer un diagnostic, qu'elles acceptent, et s'il révèle une anomalie, 96% d'entre elles recourent à l'interruption médicale de grossesse ». Toutefois, comme le souligne Nora Berra, secrétaire d'État chargée de la Santé, si le diagnostic prénatal pour la trisomie 21 est, dans certains cas, systématique, « en l'état actuel, le projet de loi ne prévoit pas de diagnostic préimplantatoire pour la trisomie 21. À cet égard, toute sélection génétique et tout eugénisme sont exclus ». A contrario, cette position revient à reconnaître l'existence éventuelle d'un eugénisme dans le cadre du diagnostic prénatal. Or, « le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 euros d'amende », art. 214-1 du code pénal. Certains voient dans cette position une volonté de ne pas ajouter une pratique aux effets potentiellement eugéniques (le dépistage de la trisomie 21) à une pratique elle-même susceptible d'être qualifiée d'eugénique (le recours à la fécondation in vitro et aux embryons surnuméraires). Beaucoup ne manqueront pas d'y voir une forme d'hypocrisie destinée à se donner bonne conscience.

peine d'être vécues¹¹⁴, mais remet également en question l'intégrité des personnes présentant le syndrome et envoie un message paradoxal quant à notre capacité de les intégrer¹¹⁵. Dans ces conditions, jusqu'où sommes-nous prêts à aller dans la promotion d'un choix individuel en matière de procréation¹¹⁶ compte tenu de ses conséquences sociales¹¹⁷?

Pour contrer les effets négatifs d'un tel programme, le Commissaire à la santé et au bien-être a émis des recommandations destinées non seulement à soutenir les familles dont un des enfants est atteint du syndrome de Down, mais également à sensibiliser la population¹¹⁸. Comme le précise Didier Sicard, se donner bonne conscience de faire naître des enfants qui ne seraient pas nés sans la médecine, ou à l'inverse mener une politique de dépistage à visée d'élimination, est pour le moins troublant¹¹⁹. Dans cette perspective, le diagnostic préimplantatoire « constitue une importante incitation pour les désirs eugéniques des personnes comme pour l'ouverture de nouveaux marchés aux professionnels (médecins, généticiens, industriels) »¹²⁰. Dans ces conditions, l'établissement d'un cadre normatif contraignant paraît constituer l'une des meilleures limitations à de possibles excès. Nous ne devons donc pas faire abstraction des craintes suscitées par les applications du DPI. À cet égard, l'argument de la pente glissante peut constituer une précieuse mise en garde contre les excès dont ces techniques sont potentiellement porteuses. Dans la mesure où tout retour en arrière semble compromis, le recours à cet argument ne doit pas être négligé. Ainsi, malgré son pessimisme idéologique, l'argument de la pente

114. COMMISSAIRE À LA SANTÉ ET AU BIEN-ÊTRE, préc., note 110, p. 31.

115. *Id.*, p. 48.

116. *Id.*, p. 101.

117. *Id.*, p. 45.

118. *Id.*, p. 97.

119. D. SICARD, préc., note 69, 251.

120. Jacques TESTART, *L'eugénisme médical aujourd'hui et demain*, dans Jean GAYON et Daniel JABOBI (dir.), *L'éternel retour de l'eugénisme*, Paris, Presses Universitaires de France, 2006, en ligne : <<http://jacques.testart.free.fr/index.php?post/texte712>> (consulté le 14 août 2010).

glissante doit être pris en considération dans l'élaboration du cadre normatif.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'EXPÉRIMENTALISME DÉMOCRATIQUE ET LA RÉGULATION
DE L'EAU EN RÉGION WALLONNE

Auteur(s) : Jean-Yves LAGASSE DE LOCHT

Revue : *RDUS*, 2011, volume 41, numéro 1

Pages : 83-131

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10296>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10296>

Page vide laissée intentionnellement.

L'EXPÉRIMENTALISME DÉMOCRATIQUE ET LA RÉGULATION DE L'EAU EN RÉGION WALLONNE

par Jean-Yves LAGASSE DE LOCHT*

De nouveaux modes d'organisation ont fait leur apparition tant en matière économique que publique, et ce dans de nombreux domaines. Les auteurs de l'expérimentalisme démocratique aux États-Unis ont élaboré un modèle général de gouvernance à partir de ces innovations qui conçoit un processus de régulation mieux à même de résoudre les problèmes publics dans le nouveau contexte diversifié et volatile de nos sociétés contemporaines, tout en restant attaché aux valeurs démocratiques. Cet article a pour objectif de présenter ce modèle en l'illustrant par les récents développements dans un des domaines les plus sensibles à l'émergence de la gouvernance expérimentaliste : l'environnement et particulièrement la régulation de l'eau. L'auteur s'appuie ainsi sur les nouveaux instruments réglementaires applicables en Région Wallonne de Belgique pour démontrer la pertinence de l'approche pragmatiste et expérimentaliste dans l'analyse de la gouvernance actuelle et suggérer les prochains défis que pose un tel modèle.

New types of organizations have been created in several fields in relation to the economy and to public affairs. The originators of « democratic experimentalism » in the United States have developed a general model of governance based in these innovations, which set out a process of regulation better adapted to solving public problems arising in the newly diversified and volatile environment of contemporary society, while remaining faithful to democratic values. This article aims at presenting this model and illustrate it by recent developments in what is probably the most sensitive areas in the emergence of experimentalist governance : the environment, and more specifically, water regulation. The writer refers to new regulatory tools relevant to the Walloon Region in Belgium, in order to demonstrate the suitability of a pragmatic and experimentalist approach in analyzing current governance, and to suggest future challenges raised by this model.

*. Doctorant en droit. L'auteur tient à adresser ses remerciements à ses directeurs de thèse Mme Louise Lalonde et M. Stéphane Bernatchez pour leurs remarques pertinentes et observations judicieuses.

SOMMAIRE

Introduction	85
I. L'expérimentalisme démocratique.....	88
Décentralisation et expérimentations locales.....	94
Délibération et collaboration	95
« Monitoring » et coordination de l'information	97
L'administration	97
Le Parlement.....	99
Les cours et tribunaux.....	100
II. La régulation de l'eau	104
La directive-cadre sur l'eau	107
Décentralisation	110
Objectif.....	111
Lieu et plan de gestion.....	111
Regroupement des informations et détermination des mesures	113
Délibération : coopération ou participation?	114
« Peer review », « monitoring » et « benchmarking »	115
Les institutions centrales.....	117
La « Common Implementation Strategy ».....	118
L'administration wallonne et la transposition de la directive-cadre	120
Les contrats de rivières	124
Conclusion	126

Introduction

Cet article¹ confronte le modèle théorique de gouvernance « democratic experimentalism »² à la pratique de la régulation de l'eau en Région wallonne. Cette mesure d'écart offre une base d'analyse pour la question plus large de la transformation du mode de régulation traditionnelle « command and control » par les « nouveaux modes de gouvernance ».

L'expérimentalisme démocratique est le nom adopté par Charles F. Sabel et Michael C. Dorf pour embrasser les nouvelles caractéristiques d'approches régulatrices qui ont émergées aux États-Unis et en Europe. Cette approche procède essentiellement d'une décentralisation du pouvoir normatif au niveau local disciplinée par un échange et une comparaison des performances au niveau central, de manière à permettre l'expérimentation de solutions innovantes et l'effectuation d'un retour des résultats de cette expérimentation sur les normes. Cette dynamique pragmatiste de la régulation s'inscrit dans un processus de révision périodique par les pairs, au regard d'objectifs adoptés au

-
1. Le travail présenté ici constitue une synthèse du mémoire de maîtrise de l'auteur, dont le titre complet est : *L'expérimentalisme démocratique en matière environnementale : le régime institutionnel de la politique de l'eau en Région Wallonne*, rédigé sous la direction de Jacques LENOBLE, à l'Université Catholique de Louvain de Belgique en mai 2009.
 2. Voir Suzan P. STURM, « Gender Equity Regimes and the Architecture of Learning », dans Grainne DE BURCA et Joanne SCOTT (dir.), *Law and New Governance in the EU and the US*, Oxford, Hart Publishing, 2006, note 1, p. 323. Cette appellation renvoie plus largement aux « nouveaux modes de gouvernance » auxquels de plus en plus d'études réfèrent. Si ce dernier nom assez générique a pour vocation d'englober tout processus régulateurs ayant un certains nombre de caractéristiques en commun, l'expérimentalisme démocratique vise plus spécifiquement ces tendances organisationnelles aux États-Unis. À noter également que d'autres noms renvoient également aux mêmes types de processus, notamment « directly-deliberative polyarchy » (qui concerne toutefois davantage le niveau décentralisé), « performance-based regime », « rolling-rules regime », « empowered participatory governance » ou même « open method of coordination ».

niveau central et revus à la lumière des meilleures pratiques de chaque unité locale.

Le modèle de l'experimentalisme démocratique a été présenté « officiellement » aux États-Unis par Ch. Sabel et M. Dorf, dans leur article « A Constitution of Democratic Experimentalism », publié dans la *Columbia Law Review* en 1998³. Avec J. Cohen, Sabel a également proposé ce modèle en Europe via notamment l'article « Directly-Deliberative Polyarchy », publié en 1997 dans le *European Law Journal*⁴. En raison de l'analyse faite sur la politique de l'eau en Belgique et en Europe, nous nous sommes concentrés uniquement sur les aspects européens du modèle⁵.

Le domaine de l'environnement n'est pas choisi par hasard, bien au contraire. Il est en quelque sorte « imposé », dans la mesure où les phénomènes d'émergence de méthodes expérimentalistes se sont précisément inscrits en grande partie dans ce champ, tant aux États-Unis qu'au sein de l'Union européenne. De l'autre côté de l'Atlantique, ces nouveautés ont principalement été étudiées par B. C. Karkkainen, tandis que, chez nous, certains auteurs ont vu dans les directives sur l'évaluation de l'environnement ou sur l'eau (celle qui sera

-
3. Michael C. DORF et Charles F. SABEL, « A Constitution of Democratic Experimentalism », 98 *Columbia Law Review* 267. Charles F. SABEL est professeur de droit et de sciences sociales à la Columbia University, à New-York. Il s'est entouré de plusieurs collaborateurs dans son étude de ce nouveau mode de gouvernance, parmi lesquels Michael C. DORF, Bradley C. KARKKAINEN, William H. SIMON, Oliver GERSTENBERG, Archon FUNG, Jean L. COHEN et Jonathan ZEITLIN.
 4. Jean L. COHEN et Charles F. SABEL, « Directly-Deliberative Polyarchy », (1997) 3-4 *European Law Journal* 313. Au sein de l'Union Européenne, ces approches ont été reprises sous le nom générique de « Nouveaux modes de Gouvernance » ou « Nouvelle Gouvernance ». Voir notamment Joanne SCOTT et David M. TRUDEK, « Law and new approaches to EU governance », (2002) 8 *Columbia Journal of European Law* 513; G. DE BURCA & J. SCOTT préc., note 2.
 5. Charles F. SABEL et Michael C. DORF décrivent en effet les rôles du Congrès, des Agences administratives, des cours et tribunaux américains. Nous ne nous attarderons pas aux commentaires liés à ces institutions.

justement étudiée plus loin) l'apparition directe de l'architecture expérimentaliste⁶.

Plus spécifiquement, nous nous concentrons ici sur la gestion de l'eau. Cette gestion présente de nombreux enjeux. Ressource naturelle absolument vitale pour la santé et le bien-être de l'être humain, elle participe en outre de manière fondamentale au confort de celui-ci et à son activité économique. En témoignent de son importance, les graves conflits dans le monde autour de la problématique de l'accès à l'eau, par exemple le cas du Soudan ou encore le conflit entre la Chine et le Tibet, pour ne citer que ceux-ci. Il existe une multiplicité d'usages de la ressource eau et il en résulte une complexité grandissante pour en assurer une gestion juste, égale, efficace et durable. Les deux facteurs principaux pointés par Sabel qui assurent un contexte favorable à des approches de types expérimentalistes et pragmatistes – diversité et volatilité – sont ainsi réunis de manière paradigmatique dans le domaine de la politique de l'eau. De nombreuses et diverses utilisations, une exploitation grandissante et complexe, une dégradation exponentielle de la ressource, impliquent l'urgence de pallier les déficits d'une régulation hiérarchique qui, plus que dans tout autre domaine, montre ses limites. La « bonne

6. Voir Charles F. SABEL, Archon FUNG et Bradley C. KARKKAINEN, « Beyond Backyard Environmentalism », dans Jean L. COHEN et Joel ROGERS (dir.), *Beyond Backyard Environmentalism*, Boston, Beacon Press, 2000, p. 3-115; Bradley C. KARKKAINEN, « After Backyard Environmentalism », (2000) 44 *American Behavioral Scientist* 690; Bradley C. KARKKAINEN, « Adaptive Ecosystem Management and Regulatory Penalty Defaults: Toward a Bounded Pragmatism », (2003) 87 *Minnesota Law Review* 943; Bradley C. KARKKAINEN, « Toward Ecologically Sustainable Democracy? », dans Archon FUNG et Erik Olin WRIGHT (dir.), *Deepening Democracy: Institutional Innovations in Empowered Participatory Governance*, London, Verso, 2003, p. 208; Charles F. SABEL et Jonathan ZEITLIN, « Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the European Union », *European Governance Paper (EUROGOV)*, 2007, n° C-07-02, en ligne : <<http://www.connex-network.org/eurogov/pdf/egp-connex-C-07-02.pdf>> (site consulté en mai 2009); David M. TRUBEK et Louise G. TRUBEK, « New Governance and Legal Regulation: Complementarity, Rivalry or Transformation », (2007) 13 *Columbia Journal of European Law* 542.

gouvernance » de l'eau demande une coordination et une implication de tous les usagers, de tous les acteurs, locaux et centraux, ainsi qu'une transparence et une responsabilité importante dans son mode de gestion. L'expérimentalisme démocratique se veut être le mode qui répond à ces besoins.

Ces considérations introductives feront l'objet des développements qui suivent, organisés en deux sections. La première apporte quelques éclaircissements sur les raisons contextuelles plus fondamentales de l'émergence des modes organisationnels expérimentalistes. Les insuffisances du modèle régulateur « command and control » dans la politique de l'eau peuvent être ainsi révélées (Section 1). La section suivante cherchera à appliquer le modèle expérimentaliste au régime institutionnel de l'eau applicable aux eaux wallonnes (Section 2).

I. L'expérimentalisme démocratique

Le modèle de gouvernance « democratic experimentalism » élaboré par Sabel découle d'innovations remarquées dans les modes d'organisations au sein d'entreprises privées (notamment Toyota) qui ont pu être retrouvées dans la conduite de politiques publiques. Ces nouveaux modes d'organisation dans le processus de production et dans la résolution de problèmes publics ont été mis en place afin de répondre à un nouvel environnement dans lequel le modèle traditionnel basé sur la hiérarchie et l'autorité, « command and control », ne permettait plus d'obtenir des solutions satisfaisantes et suffisamment rapides. Selon Sabel, ce nouveau contexte est caractérisé principalement par deux facteurs : la diversité et la volatilité. La diversité, d'une part, tient au fait que, dans un marché globalisé et dans nos sociétés occidentales, un plus grand nombre d'acteurs tenant des rôles, des places et poursuivant des intérêts différents interviennent dans les processus. Cette implication résulterait entre autres de l'interdépendance croissante de ceux-ci dans le monde, qui se traduit par toujours plus d'échanges, de traités et de conventions en économie ou en droit. Dès lors, « citizens of the same polity view the world, or the good life, in fundamentally different ways

despite continuing, good-faith efforts to arrive at common understandings »⁷. À cette diversification des éléments à prendre en compte dans la conduite d'une opération commune (que ce soit la production d'une automobile ou la mise en place d'un système scolaire adéquat), s'ajoute une extrême volatilité des circonstances. Le changement continu et rapide des contextes socio-économiques constitue l'autre aspect de notre vie sociale actuelle. Le monde évolue très vite et certains choix deviennent trop durs à (im)poser par un modèle régulateur qui conçoit la norme comme éternelle ou du moins destinée à rester en place le plus longtemps possible. La volatilité des critères de décision rend indispensable une plus grande souplesse d'adaptation des normes.

Le modèle régulateur classique « command and control » ne permettrait plus d'apporter une régulation opérante à un environnement présentant de telles caractéristiques. Son organisation compartimentée, sectorielle et hiérarchique manque de flexibilité et de globalité dans son approche des situations diverses, complexes, urgentes et volatiles. La principale difficulté provient du postulat d'un tel modèle : l'agent régulateur est censé connaître parfaitement les conditions et les circonstances propres aux destinataires des normes adoptées⁸. Or les limites cognitives de la rationalité humaine sont tout simplement dépassées. La fiction de l'omniscience de l'autorité centrale n'est plus tenable. Aucun régulateur « top-down » ne peut être suffisamment informé d'une si grande variété de conditions, qui de surcroît changent constamment. La conséquence qui en découle se présente selon deux tendances : soit une trop grande régulation à ce point précise qu'elle emprisonne les agents et ne permet pas de trouver

7. Oliver GERSTENBERG et Charles F. SABEL, « Directly-Deliberative Polyarchy: An Institutional Ideal for Europe? », dans Christian JOERGES & Renaud DEHOUSSE (dir.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 293.

8. Charles F. SABEL & William H. SIMON, « Epilogue : accountability without sovereignty », dans G. DE BURCA et J. SCOTT (dir.), préc., note 2, p. 398. Et les destinataires sont censés connaître toutes les normes, comme l'exprime l'adage bien connu « nul n'est censé ignorer la loi ».

de nouvelles réponses à de nouveaux problèmes – d'où une violation des normes, soit une insuffisance de règles, qui laisse place à une insécurité juridique déplaisante et ouvre la porte aux abus de toutes sortes qu'on aura tôt fait de décrier et de reprocher aux autorités⁹. Les initiatives s'en vont donc hors du champ de la régulation classique, afin de trouver des solutions pragmatiques et efficientes.

L'experimentalisme démocratique trouve son fondement conceptuel dans la pensée pragmatiste et expérimentaliste, développée par le philosophe américain John Dewey¹⁰. Cette philosophie s'inscrit dans le tournant pragmatiste de la fin du XX^e siècle¹¹, initié par Peirce, James et Dewey. Adoptant le point de vue selon lequel « la vérité est ce qui marche, ce qui fonctionne »¹², la thèse fondamentale du pragmatisme s'appuie sur la philosophie du langage qui part du constat que notre capacité à produire du sens est à trouver au sein même de notre usage des mots, et non pas dans leur référents. En théorie du droit, cela revient à dire que la recherche du phénomène de la juridicité s'opère par une identité entre la signification et l'usage de la norme. Le sens est à trouver à l'intérieur de l'action et de l'application de la norme, donc chez les destinataires de celle-ci. L'internalisation se trouve ainsi être l'enjeu central des pragmatistes¹³. Dans cette logique, la

9. J. COHEN et C. SABEL, préc., note 4, p. 324.

10. Voir John DEWEY, *Logique: La théorie de l'enquête*, trad. par G. DELEDALLE, 2^e éd., Paris, P.U.F., 1993; J. DEWEY, *Le public et ses problèmes*, trad. par J. ZASK, Tours, Publications de l'Université de Pau/Farrago.

11. Jacques LENOBLE et Marc MAESSCHALCK, « Au delà des approches néo-institutionnalistes & pragmatistes de la gouvernance », *REFGOV Working Paper Series* : REFGOV-SGI/TNU-1, 2006, p. 106.

12. « Truth is what it works » en anglais.

13. Voir M. DORK et C. SABEL, préc., note 3, p. 268 et 296. Cette idée peut être retrouvée en filigrane dans le projet de l'experimentalisme démocratique, qui vise à améliorer la capacité des acteurs à détecter les erreurs mutuelles et à ainsi rentrer dans un processus d'apprentissage collectif et individuel : « (...) in attempting to correct the defects of organizations from without, these devices acknowledge implicitly that they could not be corrected from within »; « the aim of democratic experimentalism is to democratize public decisionmaking from within,

société est vue comme un lieu d'incertitude et d'indétermination, personne ne pouvant prévoir les conséquences précises d'une action collective. Nous vivons dans une « société du risque ». Cela n'est cependant pas négatif. Bien au contraire, car le doute et la confrontation à l'inattendu permet à tout un chacun de repenser par une démarche réflexive ses cadres conceptuels de perception du monde. Cela amène les acteurs à ouvrir ses champs de possibilités d'action et, par-là, innover et expérimenter « autre chose »¹⁴. L'incertitude est ainsi abordée par une re-conceptualisation de la régulation, vue comme provisoire et expérimentale. L'expérimentation y tient une place majeure : « Dewey associe la notion de démocratie à celles d'expérience, enquête, éducation (dans *Le Public et ses problèmes*, 1927). Dans cette vision expérimentale, la démocratie se présente comme la forme politique la plus ajustée à un mouvement infini d'essais-erreurs-rectifications (...) »¹⁵. L'espace public n'est pas un lieu défini, mais à définir et à créer, encore et toujours. Dans cette optique, la meilleure manière de gérer la sphère publique consiste d'une part à favoriser la participation du plus grand nombre d'acteurs possible, et d'autre part à organiser les incitants institutionnels à un apprentissage entre ces acteurs. La collaboration y est en effet indispensable pour assurer la bonne réception par tous d'une action définie collectivement. La « logique d'enquête » que suppose l'expérimentation collective est éminemment sociale, car « the collaborative investigation of differences in response to doubt is thus central to self and mutual understanding »¹⁶. De par cette collaboration et cette participation, le pragmatisme demande un dépassement des dichotomies

and so lessen the burdens on a judiciary that today awkwardly superintends the every-day workings of democracy from an external vantage point ».

14. Voir Charles F. SABEL, « A Real Time Revolution in Routines », dans Charles HECKSCHER et Paul. ADLER (dir.), *The Firm as a Collaborative Community: Reconstructing Trust in the Knowledge Economy*, New York, Oxford University Press, 2006, p. 106 et 108.
15. Philippe CORCUFF, « Approches Philosophiques de la démocratie », 2007, p. 4, en ligne : <http://www.france.attac.org/spip.php?page=imprimir_articulo&id_article=7467> (site consulté en mai 2009).
16. *Id.*

habituelles et prône une approche multidisciplinaire des problèmes publics.

Outre la philosophie pragmatiste, Sabel et les autres fondateurs du modèle de l'expérimentalisme démocratique se fondent sur les méthodes pragmatistes pour présenter leur nouvelle forme de démocratie. Ces méthodes d'organisation sont apparues spontanément dans les entreprises privées¹⁷, tel Toyota¹⁸ ou General Motors, ou dans des domaines publics variés. On peut citer en exemple l'éducation et l'organisation des écoles à Chicago¹⁹, la réforme de la police, également à Chicago²⁰, le domaine de l'environnement²¹, la fonction de juger et les droits fondamentaux²² et la politique en matière de drogues²³. En Europe, Sabel a également remarqué que les « nouvelles formes de gouvernance » empruntent de nombreux traits aux méthodes

-
17. Voir entre autres : Charles F. SABEL, « Learning by Monitoring », dans Neil J. SMELSER et Richard SWEDBERG (dir.), *The Handbook of Economic Sociology*, Princeton-New York, Princeton UP-Russel Sage Foundations, 1994, p. 159. SABEL a également travaillé sur les entreprises en Irlande. Pour plus de détails, voir C. SABEL, préc., note 14, p. 108.
 18. William SIMON, « Toyota Jurisprudence: Legal Theory and Rolling Rule Regimes », dans G. DE BURCA et J. SCOTT, préc., note 2, p. 37.
 19. Voir notamment Archon FUNG, « Street level democracy : A theory of popular pragmatic deliberation and its practice in Chicago school reform and community policing », 1998-1997, *Unpublished doctoral dissertation*, MIT; Archon FUNG, « Accountable Autonomy: Toward Empowered Deliberation in Chicago Schools and Policing », 29 *Politics and Society*, 2001, p. 73-103.
 20. *Id.*
 21. Sur lequel s'est penché Bradley C. KARKKAINEN, voir entre autres: C. SABEL, A. FUNG et B. KARKKAINEN, préc., note 6, p. 31-115; B. KARKKAINEN, préc., note 6, « After Backyard Environmentalism », p. 690-709; B. KARKKAINEN, 7, note 6, « Adaptive Ecosystem Management and Regulatory Penalty Defaults: Toward a Bounded Pragmatism », p. 943-998.
 22. Ces deux matières ont été travaillées par William H. SIMON, voir Charles SABEL et William H. SIMON, « Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds », (2004) 117 *Harvard Law Review* 1015; William H. SIMON, « Solving Problems vs. Claiming Rights: The Pragmatist Challenge to legal Liberalism », (2004) 46 *William and Mary Law Review* 128.
 23. Michael C. DORF et Charles F. SABEL, « Drug Treatment Courts and Emergent Experimentalist Government », (2000) 53 *Vanderbilt Law Review* 831.

expérimentalistes²⁴. Par exemple, le procédé de « comitologie » appliqué par la Commission européenne²⁵ et l'Agence européenne des droits fondamentaux, l'application de certaines directives et notamment l'importante Directive cadre sur l'eau²⁶, la « Méthode Ouverte de Coordination » (cette dernière étant revendiquée par les auteurs comme la traduction du modèle de l'expérimentalisme démocratique en Europe²⁷).

Le modèle de gouvernance « democratic experimentalism » propose un processus général d'élaboration de décisions et de résolution de problèmes, à partir duquel on peut dégager les grandes caractéristiques, réparties en trois catégories : décentralisation du pouvoir normatif conçu comme provisoire et expérimental, mode de prise de décision fondé sur le consensus, la délibération et la collaboration et enfin le traitement de l'information et des résultats des expériences à travers un « monitoring » et une coordination centrale. La première concerne le cadre général de ce nouveau mode de gouvernance dans lequel s'exerce le pouvoir normatif, tandis que les deux autres se rapprochent davantage des deux niveaux de régulation que sont respectivement le niveau local et le niveau central.

-
24. « In recent years the organs of the European Union have arguably been converging on experimentalist methods similar to those we propose in the American context. For example, the European Commission acts very much like a regulatory agency in pooling the experience of the member states regarding types of regimes, and employs experimentalist systems of rolling rules of a type we explore below », M. DORF et C. SABEL, préc., note 3, n° 68, p. 290
25. Jean L. COHEN et Charles F. SABEL, « Sovereignty and Solidarity: EU and US », dans Jonathan ZEITLIN et David M. TRUBEK (dir.), *Governing Work and Welfare in a New Economy: European and American Experiments*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 693; C. SABEL et J. ZEITLIN, préc., note 6, p. 10.
26. C. SABEL et J. ZEITLIN, 7, note 5; Joanne SCOTT et Jane HOLDER, « Law and 'New' Environmental Governance in the European Union », dans Grainne DE BURCA et Joanne SCOTT (dir.), *New Governance and Constitutionalism in the EU and the US*, Oxford, Hart Publishing, 2006.
27. J. SCOTT et J. HOLDER, préc., note 26, p. 30.

• **Décentralisation et expérimentations locales**

Dans une forme de démocratie de type expérimentale, la principale caractéristique réside dans le fait que le pouvoir de décision des « policy measures » est décentralisé à un niveau plus local²⁸. C'est en effet les « localities » – les unités locales – qui décident elles-mêmes des mesures et des moyens à mettre en œuvre pour atteindre certains objectifs précis qu'elles se sont fixés et/ou qui ont été fixés au niveau central. Au contraire d'un système hiérarchique où les niveaux inférieurs exécutent et agissent en fonction des décisions prises au niveau central, ces acteurs disposent ici d'une véritable autonomie régulatoire dans la résolution des problèmes. Ce faisant, la structure tire parti des connaissances locales. Dans un contexte de forte diversité et volatilité, l'information est l'outil central d'une opération commune, et sa circulation devient cruciale. Or, les circonstances locales et particulières du contexte normatif sont bien mieux connues par les acteurs et les usagers. Cette affirmation peut être reliée au supposé philosophique pragmatiste selon lequel les destinataires des normes donnent aux règles leurs « véritables » significations par l'usage qu'ils en font. Cet usage du pouvoir normatif est cependant conçu dès le départ dans une perspective temporaire à vocation expérimentale : le but étant de tester les mesures adoptées en étant conscient que celles-ci ainsi que les objectifs qu'elles servent seront modifiés à la lumière des résultats. L'idée consiste donc à « institutionnaliser » et intégrer au sein même du processus le caractère provisoire des normes adoptées, car elles doivent être revues à la lumière des usages et des expériences qui en seront faits. L'application de la régulation en modifie sa teneur et l'éclaire. Elle est soumise à une constante réévaluation dans un processus dynamique²⁹. Dans cette optique d'incertitude et d'expérimentation, la résolution des problèmes

28. Pour le lieu et la composition des entités de pouvoir local, voir *infra*. On parlera aussi de « lower level actors ». Voir O. GERSTENBERG et C. SABEL, préc., note 7.

29. C'est dans cette mesure que l'expérimentalisme démocratique a également pour nom « rolling-rules regime ».

doit se faire en concertation avec tous les acteurs et destinataires des normes, à l'aide d'une délibération démocratique.

- **Délibération et collaboration**

La résolution des problèmes publics au niveau local se déroule selon une démarche collaborative et délibérative³⁰. L'aspect collaboratif insiste sur l'aspect participatif de la prise de décision normative. Conformément à la philosophie de Dewey, en effet, il est essentiel que le plus grand nombre de « stakeholders » participe à la création de contenu normatif. Les destinataires de la norme en sont, autant que possible, les créateurs, dès lors qu'ils détiennent la connaissance qui en donnera le sens. Réunis au sein de « governance councils »³¹, au lieu et selon la composition la plus adéquate par rapport au problème à résoudre, « the stakeholders meet face to face, and they defend their positions with reasons »³². La délibération suppose que les acteurs parlent entre eux et échangent leurs points de vue, idées, intérêts et connaissances sur le problème urgent et complexe à régler, afin de fixer ensemble ce à quoi ils veulent parvenir (les objectifs) et comment y parvenir (les moyens). Chacun doit argumenter et donner les motifs et les raisons de son idée ou de sa demande. Cette délibération se doit d'être démocratique, c'est-à-dire mettant chacun sur le même pied d'égalité. Pour assurer ce qualificatif, Sabel entend mettre la priorité sur la plus large diversité d'opinions et d'intérêts possible. L'hétérogénéité permet à tous les points de vues de se faire entendre et ainsi de permettre à chacun de s'exprimer³³. En ce sens, « they are expected to listen to each other in good faith and to remain open to learning »³⁴. Il faut de plus permettre une

30. Voir J. COHEN et C. SABEL, préc., note 4. D'où l'appellation « directly-deliberative polyarchy ».

31. « The basal cell of this structure is a stylized institution, corresponding to the design team, that we will call the governance council ». Voir M. DORF et C. SABEL, préc., note 3, p. 316.

32. C. SABEL et W. SIMON, préc., note 22, p. 1068.

33. Voir J. COHEN et C. SABEL, préc., note 25, p. 730 qui se réfèrent à MICHELMAN pour parler de « full-blast of diverse opinion and interests in society ».

34. C. SABEL et W. SIMON, préc., note 22, p. 1068.

responsabilité pour garantir ces idéaux. Ainsi l'unité locale doit prendre en considération les droits fondamentaux des citoyens afin que ceux-ci ne soient pas lésés par les décisions prises³⁵ et accorder au citoyen un droit individuel de contestation des décisions³⁶. Il est important de noter que ces décisions se prennent par voie de consensus³⁷. Cet objectif influence la manière dont doivent se dérouler les délibérations et le dialogue, le but étant de parvenir à des solutions acceptables pour tous. De l'aveu des auteurs, ce but peut paraître idéal, utopique, et résultant d'un excès de confiance. Ils admettent eux-mêmes qu'il ne puisse pas être atteint, les négociations se soldant parfois par un échec. Mais, selon eux, « the consensus standard plays a valuable role even when no consensus is reached. It prevents premature closure and reinforces the threshold commitment of openness and mutual respect »³⁸. En outre, cette confiance dans le consensus est possible si on part du présupposé que, même si les acteurs ne sont pas d'accords sur des opinions politiques, économiques, culturelles..., le degré d'urgence des problèmes qu'il y a lieu de résoudre et la nécessité d'une décision prise en commun fait en sorte que l'organisation proposée puisse être mise en place et apporter une réponse correcte, comme en témoigne ce

35. M. DORF et C. SABEL, préc., note 3, p. 268; J. COHEN et C. SABEL, préc., note 4, p. 327.

36. J. COHEN et C. SABEL, préc., note 25, p. 731.

37. J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, préc., note 11, p. 111. Notons que cette démarche délibérative et consensuelle n'est pas réellement approfondie dans le modèle de l'expérimentalisme démocratique. La manière dont les acteurs perçoivent et apprennent des opinions et des idées des autres acteurs n'est pas résolue. La confiance dont Sabel et ses collaborateurs font preuve vient de l'idée que la participation de tous les acteurs concernés permet une mobilisation et un déplacement qui engendrent un apprentissage collectif et une amélioration des problèmes. Un des problèmes réside dans la mise en œuvre de cette participation. Car tous ne peuvent participer et « décider ». Dès les débuts de la démocratie, cela est compris puisque ce sont des représentants qui siègent dans les assemblées. Afin de comprendre les mécanismes participatifs, il est nécessaire de se pencher sur les motivations de chacun. Il faut donc comprendre les « conditions de possibilités d'apprentissage des acteurs », ce que l'expérimentalisme démocratique ne fait pas. « La logique de l'enquête qui est le nœud du pragmatisme demeure une boîte noire ».

38. C. SABEL et W. SIMON, préc., note 22, p. 1068.

qui a déjà émergé aux États-Unis³⁹. Même si l'objectif de consensus ne peut pas être toujours atteint, le système n'en dépend pas pour fonctionner⁴⁰ « [P]arties will often prefer to explore a potential solution, even if they are unsure of its outcome, than to do nothing »⁴¹.

- **« Monitoring » et coordination de l'information**

Bien que le pouvoir normatif soit délégué principalement aux entités locales, les institutions centrales plus traditionnelles (administration, parlement et tribunaux) conservent non seulement une certaine part de source de normativité, mais jouent également de ce fait un rôle essentiel. C'est en effet à ce niveau qu'est organisé l'échange des informations, des résultats des expérimentations et des connaissances. Cette fonction fait partie de celles plus fondamentales de promoteur d'expérimentations et de gardien de la responsabilité et du respect des droits de chacun. Si le principe traditionnel de la séparation des pouvoirs est fortement questionné dans l'expérimentalisme démocratique, ou à tout le moins ré-interprété, il reste pertinent de décrire la partie du modèle concernant les organes centraux selon les trois pouvoirs classiques.

L'administration

Le pouvoir exécutif a la charge principale de soutenir les unités locales dans leurs expérimentations et de coordonner la circulation des résultats de celles-ci. Le soutien des agences administratives prend la forme tant de fournir les infrastructures et les moyens matériels nécessaires à la réalisation des mesures expérimentées, que l'assistance aux unités locales lorsque surviendrait un blocage durant le processus de prise de décision. Le regroupement et la diffusion de l'information locale suit quant à elle une méthodologie plus précise.

39. J. COHEN et C. SABEL, préc., note 4, p. 323.

40. M. DORF et C. SABEL, préc., note 3, p. 315.

41. *Id.*, p. 322.

La technique du « benchmarking », fort répandue au sein des entreprises du secteur privé mais aussi de plus en plus dans les techniques de gestion publique⁴², est un outil central dans la gouvernance expérimentaliste. Cet outil engendre une compétition⁴³ identique à celle du modèle de marché, mais une compétition saine, efficace et utile pour la gouvernance, dans la mesure où elle est vue comme le procédé permettant de pallier à l'absence de rigueur et de discipline que produirait un système complètement décentralisé. C'est en effet le « benchmarking » qui fait le lien entre les unités centrales et locales, en permettant une sorte d'uniformisation des connaissances, à l'instar d'un protocole de langage⁴⁴. Pour ce faire, chaque unité locale est obligée⁴⁵ de transmettre les informations concernant les objectifs poursuivis, les mesures prises pour les remplir et les méthodes d'évaluation de l'efficacité de ces mesures. Ces informations sont fournies régulièrement, donnant ainsi l'occasion d'analyser le progrès de chaque entité locale dans leurs expérimentations respectives. Ces données sont regroupées par les agences administratives à un niveau plus central, à partir desquelles sont établis des performances et buts minimums (« minimums standards and targets »). La comparaison des différentes politiques menées dans les différents pôles locaux requière ces standards. En outre, les meilleures pratiques et les moyens qui font la préférence parmi toutes les unités locales sont également publiés. La connaissance

42. Isabelle BRUNO, « Déchiffrer l'« Europe compétitive » : Etude du benchmarking comme technique de coordination intergouvernementale dans le cadre de la stratégie de Lisbonne », *Thèse en science politique de l'Institut d'Etudes Politiques de Paris*, Paris, 2006.

43. M. DORF et C. SABEL, préc., note 3, p. 313-314: « They "privatize" political institutions (...) by exposing them to the novel "market" of compelling, competitive benchmarking comparisons with the performance of like entities ».

44. Charles F. SABEL, « Révolution tranquille de la gouvernance démocratique: vers une démocratie expérimentale », dans *La gouvernance au XXIème siècle*, OCDE, 2002, p. 172, en ligne: <<http://www.oecd.org>> (site consulté mai 2009).

45. Sous peine de ne plus avoir l'autorisation, ou les moyens nécessaires, pour expérimenter. SABEL parle bien d'obligation, au sens apparemment juridique du terme, posant par là la question du rapport entre la nouvelle gouvernance et le droit classique basé sur l'obéissance hiérarchique.

locale est ainsi centralisée et disponible. Toutes ces indications fixent « des normes pour l'amélioration »⁴⁶, et non plus seulement des seuils minimums en-dessous desquels sont assorties des sanctions. À la différence d'une approche de type « command and control », l'accent est mis non pas sur l'irrégularité et le défaut de performance, mais plutôt sur la progression et le nivellement par le haut: « [B]ecause the emphasis throughout is on measurement, evaluation, and continuous improvement of performance, we will call this new architecture performance-based »⁴⁷. De ce mécanisme, découlent les possibilités d'un « monitoring » au niveau supérieur, mais aussi d'un « mutual learning by monitoring » entre les unités inférieures et avec les entités centrales. C'est en effet la transparence des informations qui rend chaque corps du système (unités locales, entre elles, et face aux institutions centrales) responsable vis-à-vis des autres. Comment cela? L'ensemble des normes établies – objectifs, moyens, méthodes d'évaluations, « benchmarking » – est soumis à une révision périodique par les pairs (« peer review »). Ce sont eux en effet qui détiennent la même connaissance du contexte locale, et donc sont considérés comme ayant un réel pouvoir d'appréciation⁴⁸.

Le Parlement

Dans l'expérimentalisme démocratique, le parlement se voit confier la responsabilité de gérer et d'encourager les expériences locales, en autorisant et en finançant celles-ci. Cette autorisation et ce financement sont soumis à la condition que les acteurs locaux s'engagent à transmettre les connaissances locales et leurs décisions, rendent compte de leurs avancements, évaluent et comparent leurs performances grâce au « benchmarking » réalisé avec l'information provenant des autres entités locales⁴⁹. Autrement dit, ils se doivent « de jouer le jeu ». Le travail des représentants parlementaires ne consiste donc plus seulement à

46. C. SABEL, préc., note 44, p. 166.

47. C. SABEL, A. FUNG et B. KARKKAINEN, préc., note 6, p. 5.

48. Voir C. SABEL et J. ZEITLIN, préc., note 6, p. 304, où les auteurs se réfèrent aux travaux de NICOLAIDES.

49. M. DORF et C. SABEL, préc., note 3, p. 288.

adopter des lois, normes générales et abstraites qui s'appliquent à tous. Leur rôle consiste aussi à appuyer et à soutenir les initiatives locales et les décisions des citoyens eux-mêmes en permettant une diversité des normes. Le mandataire d'un certain nombre de citoyens représenterait ainsi de manière plus authentique les intérêts de ceux qui l'ont élu puisqu'il peut faire entendre leurs voix plus concrètement et plus directement.

Les cours et tribunaux

Les juges ont pour mission d'être les gardiens de la bonne application du système (selon les valeurs et idées décrites ci-dessus) ainsi que de veiller au respect des droits de chacun⁵⁰. Appliqué à l'expérimentalisme démocratique, cela comporte la garantie d'un processus de délibération démocratique, c'est-à-dire en équité et dans le respect des opinions de chaque acteur. En outre, les droits et libertés publics des personnes, acteurs locaux ou destinataires des normes adoptés au niveau local, doivent être respectés. Les droits fondamentaux des citoyens, tels que la liberté d'expression et l'égalité de traitement, sont d'autant plus importants et pertinents en démocratie expérimentale puisqu'ils sont au cœur du processus de prise de décision. Enfin, c'est aussi aux juges à être attentif à ce que chaque localité agisse bien sous l'autorisation du parlement, dans le respect des compétences données, et qu'elle collabore avec les institutions centrales dans le regroupement des informations et du « benchmarking ».

L'intervention de la nouvelle approche réside dans le fait que ce contrôle est opéré selon un processus expérimental. La fonction de juger est vue elle-même comme une démarche expérimentaliste de résolution de problèmes et de prise de décisions. Selon Sabel et Simon, un « destabilization right » est reconnu à tout individu qui s'estime lésé par la conduite d'une politique publique⁵¹. Ce droit reconnaît au juge le pouvoir de

50. *Id.*, p. 288.

51. Voir C. SABEL et W. SIMON, préc., note 22. Le terme est emprunté directement aux travaux de Roberto MANGABEIRA UNGER, comme l'appellation "*democratic experimentalism*" qui a été pour la première fois

« déstabiliser » l'institution publique qui ne respecte pas les droits des citoyens, en permettant « to disentrench or unsettle a public institution »⁵². Les conditions à l'exercice de ce droit sont premièrement un manquement au respect des normes générales, « adequate standards », mesurés en fonction des performances suite aux expérimentations faites dans le domaine, et deuxièmement un problème reconnu de mettre en cause la responsabilité politique de l'institution publique concernée. Reconnaisant formellement ce manquement, le juge se lance alors dans la « remedial phase » selon une approche d'expérimentation collective et de réévaluation périodique. Il fixe largement les buts à atteindre et permet une négociation et une délibération entre les « stakeholders » pour décider consensuellement des mesures à prendre pour poursuivre ces objectifs⁵³. Les parties en présence déterminent elles-mêmes comment elles vont atteindre le respect des normes⁵⁴, éventuellement sous la supervision d'une personne nommée par le juge afin de garantir une écoute mutuelle et d'organiser les négociations. À la lumière des résultats obtenus, le juge réajuste les objectifs le cas échéant⁵⁵. Ce « rolling-rules regime » est caractérisé par une transparence des mesures adoptées, qui est « both an accountability norm and a learning device ». La transparence permet en effet la responsabilité par rapport à un objectif fixe et au final la favorisation d'un apprentissage collectif par la possibilité de surveiller la comparaison avec d'autres expérimentations⁵⁶. Plutôt que de chercher à rétablir la situation illégale par des mesures spécifiques uniquement prises par la personne du juge qui, au demeurant, ne peut prévoir quelle sera la réaction par rapport à ses décisions, le magistrat est celui qui,

utilisée par lui dans Roberto MANGABEIRA UNGER, *What Should Legal Analysis Become?*, New York, Verso, 1996.

52. C. SABEL et W. SIMON, préc., note 22, p. 1062.

53. *Id.*, p. 1067 et suiv.

54. Ils doivent adopter des « plans d'actions » qui soient facilement révisables. Les auteurs conviennent d'un risque d'opportunisme et de recherche d'intérêts particuliers.

55. C. SABEL et W. SIMON, préc., note 22, p. 1069.

56. *Id.*, p. 1072. Bien que cette opération ne soit facile ni techniquement, ni politiquement.

face au non-respect du droit, confronte les personnes entre elles en garantissant une écoute et une discipline qui permettent de dépasser les blocages et d'inciter un apprentissage entre les parties. De cette manière, les possibilités de départ dans la tête des agents sont élargies par l'incertitude et la déstabilisation que cette autonomie provoque. Cette approche de la fonction de juger permettrait selon les auteurs de réduire le risque d'arbitraire du juge, puisque d'une part ce sont les parties qui donnent le contenu substantiel des décisions prises et d'autre part le juge se fonde, pour l'adoption des objectifs et la réévaluation des normes par définitions provisoires, sur les résultats des opérations des acteurs eux-mêmes. Un autre avantage de cette méthode est le désengorgement des tribunaux, dans la mesure où les acteurs apprennent à résoudre les conflits par eux-mêmes et peuvent solliciter des interventions non-judiciaires⁵⁷: « [I]t is in the courts, therefore, that experimentalism manifests its continuity with constitutional democracy, and constitutional democracy manifests its most directly deliberative and experimentalist aspect. »⁵⁸. Dans ce contexte, la personne du juge est vue comme celle tenant un rôle pivot et décentralisé propre à faciliter l'effectivité et la légitimité de ces nouveaux mécanismes⁵⁹.

À ces caractéristiques du processus expérimentaliste de décision, deux éléments doivent être ajoutés.

Le premier concerne l'objectif de fond du modèle, à savoir la mise en place d'incitants institutionnels de manière à favoriser l'apprentissage des acteurs et l'innovation. Comme nous l'avons mentionné plus haut, la compétition engendrée entre les différents agents est vue comme stimulante et « pédagogique ». La comparaison des performances a pour objectif la recherche des

57. *Id.*, p. 1020 et 1073.

58. M. DORF et C. SABEL, préc., note 3, p. 389.

59. Joanne SCOTT et Suzan P. STURM, « Courts as catalysts: re-thinking the judicial role in New Governance », (2007) 13-3 *Columbia Journal of European Law* 565; Joanne SCOTT et Suzan P. STURM « Narrowing the gap? Law and new approaches to governance in the EU », (2007) 13 *Columbia Journal of European Law* 513.

meilleures pratiques et un « mutual learning » entre les différentes unités locales. Accepter de se soumettre au « monitoring » des agences centrales et de réaliser un échange mutuel d'informations constitue la « règle d'engagement » qui est « le cadre d'un apprentissage par contrôle à travers les mécanismes pragmatiques mis sur place »⁶⁰. Trois rapports sont concernés par le « mutual learning by monitoring ». Premièrement, grâce à la transparence et à la disponibilité des résultats des expériences de chacune des localités, les unités décentralisées peuvent comparer leurs politiques à celles des autres localités. En effet, « comparison among individual programs' variant rules and methods of coordinating them allows each jurisdiction to see its viewpoints and its proposals in the light of alternatives articulated by the others »⁶¹. De plus, au sein d'une même unité locale, de la délibération, et grâce à celle-ci, on attend que surgissent des pistes et des idées inattendues et inexplorées entre les acteurs pour faire face aux problèmes qu'il y a lieu de résoudre. L'apprentissage se joue également à ce niveau, lorsque chaque acteur opérant au niveau local ouvre et « découvre » ses possibilités d'actions de par le partage de ses idées et l'écoute de celles des autres. Enfin, sur un troisième plan, l'apprentissage se fait aussi par le centre. Si l'unité locale rencontre certaines difficultés, à n'importe quel plan, les agents centraux lui portent assistance, non pas pour lui imposer des solutions ou pour lui retirer son autonomie, mais pour l'aider, lui donner des conseils et lui enseigner en matière d'administration ou de gouvernance⁶². L'opération d'apprentissage se joue donc par rapport à la compréhension et à la définition du problème. Le cadre est « so that actors scrutinize their initial understandings of problems and feasible solutions. These principles enable the actors to learn from one another's successes and failures »⁶³. Cette délibération permet de découvrir des solutions imprévisibles et insoupçonnées, mais

60. J. LENOBLE et M. MAESSCHALCK, préc., note 10, p. 110.

61. M. DORF et C. SABEL, préc., note 2, p. 316.

62. Voir C. SABEL, préc., note 43, p. 160 et suiv.

63. M. DORF et C. SABEL, préc., note 2, p. 287.

acceptables pour tous⁶⁴. Le « learning by monitoring » permet de dépasser la stricte hiérarchie du modèle régulateur traditionnel.

Il est à noter, et cela constitue le deuxième élément, que la structure globale brouille les distinctions entre les sphères traditionnelles publiques et privées. En effet, les unités locales « are neither conventionally public since they operate independently from state command and control, nor conventionally private because they do exercise a problem-solving function and have reflexive capacities concerning the interests of society as a whole »⁶⁵. Autrement dit, elles ne sont ni entièrement rattachées aux autorités publiques puisqu'elles échappent aux prescriptions des lois et des administrations bénéficiant d'une certaine autonomie, ni tout à fait privées en ce qu'elles exercent un réel pouvoir normatif de décision publique par une délibération ouverte à tous⁶⁶. Dans le prolongement de cette nouvelle approche, c'est aussi la séparation entre régulation par le marché ou par l'État qui se trouve ainsi dépassée⁶⁷.

II. La régulation de l'eau

Cinq éléments peuvent expliquer l'évolution vers une structure organisationnelle de type expérimentaliste dans le contexte de la régulation environnementale. En premier lieu, il ne saurait être question d'uniformité. Comment élaborer un ensemble normatif efficace et censé s'adapter aux conditions spécifiques du milieu qui fait l'objet de la régulation? L'environnement est partout et très différent d'un endroit à l'autre. Chaque protection ou dégradation d'une de ses composantes nécessite une adéquation de la régulation en fonction de divers facteurs influents : les conditions géographiques, climatiques, la population, le contexte industriel, etc. Nous nous trouvons donc devant une diversité

64. B. KARKKAINEN, préc., note 6, « After Backyard Environmentalism », p. 694.

65. Oliver GERSTENBERG, « Law's Polyarchy: A Comment on Cohen and Sabel », (1997) 3-4 *European Law Journal* 352.

66. J. COHEN et C. SABEL, préc., note 4, p. 316.

67. M. DORF et C. SABEL, préc., note 3, p. 315.

importante qui requiert une décentralisation et un déplacement vers les acteurs normatifs du milieu⁶⁸. En outre, les changements de situations sont rapides, de par la capacité d'influence de l'Homme sur son milieu, mais aussi de par l'interdépendance des éléments du milieu les uns vis-à-vis des autres. N'oublions pas que l'eau coule et se propage. Cette volatilité des situations locales exige une adaptation rapide et constante des instruments régulateurs. Interdépendance des composantes environnementales entre elles, mais aussi, bien sûr, des influences des actions de l'Homme sur ce milieu. Tout est lié et les clivages sectoriels des politiques publiques traditionnelles se retrouvent vite dépassés entre l'économie, l'emploi, la protection des ressources naturelles, le tourisme ou la santé. Cette profusion d'acteurs et d'usages qui agissent en même temps apporte beaucoup de complexité à la création d'une bonne gouvernance. Enfin, les réponses aux problèmes environnementaux réclament des connaissances de plus en plus poussées et techniques sur la biodiversité et les propriétés physico-chimiques des ressources naturelles. La quantité d'informations à traiter est énorme et l'expert du domaine concerné est bien souvent, de fait, seul maître à bord. Les évolutions du milieu rendent, en outre, les savoirs incertains. Comment alors agir efficacement et démocratiquement pour éviter de dégrader et en même temps préserver nos ressources naturelles vitales? Les réponses ont émergé de manière parfois spontanée à divers endroits et selon différents instruments aux États-Unis et en Europe.

Pour élaborer un cadre normatif cohérent aux problématiques présentant de telles caractéristiques, il faut donner certaines orientations à l'instrument régulateur. Si l'on doit ainsi tenir compte des diverses spécificités locales, une

68. Voir Éric GRUJARD, « La gestion de l'eau à l'épreuve des territoires », *Noroi*, p. 1-21, en ligne : <<http://noroi.revues.org/index92.html>> (site consulté en mai 2009); David AUBIN et Frédéric VARONE, « La gestion de l'eau en Belgique. Analyse historique des régimes institutionnels. 1804-2001 », *Courrier hebdomadaire* du CRISP, n° 1731-1732, Brussels: CRISP, 2001, p. 42-75. Cette tendance s'est révélée être déjà le cas en France.

régulation qui embrasse plusieurs localités doit aller au but : elle doit présenter un objectif commun, assez vague pour que chaque situation particulière puisse l'atteindre.

Deuxièmement, la mobilisation des moyens pour atteindre cet objectif doit se faire au niveau local. Agir à cette échelle permet la flexibilité nécessaire à la volatilité du contexte factuel. Cette mobilisation doit se faire avec le plus grand nombre possible d'acteurs et d'usagers de l'objet environnemental concerné. L'exigence d'une participation accrue, qui nécessite alors aussi la possibilité pour tous de s'exprimer, est peut-être la plus difficile à réaliser. Elle est cependant essentielle. Finalement, se pose la question de la quantité d'informations à traiter⁶⁹. Le savoir scientifique sur les risques ou les propriétés environnementales est assuré s'il provient de plusieurs endroits différents. La réponse consiste à élaborer des mécanismes d'ordonnancement rationnel et de transparence de cette information d'une part, de diffusion et d'apprentissage de ces connaissances d'autre part.

Plus spécifiquement, dans le domaine de l'eau, ces enjeux se retrouvent de manière aigüe et sont en partie à l'origine des nouvelles approches des instruments réglementaires propre à cette question publique. Afin de réaliser la mesure d'écart entre la régulation dans ce domaine et l'expérimentalisme démocratique, deux instruments sont étudiés. Le premier est la directive-cadre sur l'eau adoptée le 23 octobre 2000⁷⁰ par l'Union européenne, qui constitue le cadre de référence de toute la question de la régle-

69. Voir Bernard BARRAQUÉ, « Les enjeux de la directive cadre sur l'eau dans l'Union Européenne », *Flux*, 2001/4, n°46, p. 73. Cette tension entre nécessité d'expertise et, en même temps, appel à une transparence et une plus grande participation est aussi soulignée par B. BARRAQUÉ, qui note qu'« une caractéristique majeure des politiques environnementales, c'est le paradoxe d'un besoin accru de maîtrise de l'avenir lointain et de situations « systémiques », qui appelle une spécialisation et un resserrement de l'expertise, alors même que le public réclame de la transparence, de la participation plus directe, et des évaluations immédiates ».

70. *Directive 2000/60 du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau*, Journal officiel des Communautés européennes L 327 du 22 décembre 2000, p. 1.

mentation de l'eau au sein des États membres, et donc pour la Région wallonne. Elle constitue ainsi le cadre général de la gouvernance de l'eau en opérant une décentralisation et une expérimentation locale. Sa transposition dans la législation et par l'administration wallonne est également détaillée en lien avec la partie théorique sur le rôle de coordination et de « monitoring » central. Finalement, le phénomène des contrats de rivières vient compléter la structure en offrant, par l'analyse de cet outil singulier, un regard sur les pratiques strictement locales à vocation délibérative et collaborative.

- **La directive-cadre sur l'eau**

L'Union européenne a commencé à s'intéresser à la politique de l'eau dès 1971. Par une première vague de directives, la régulation européenne visait à garantir la qualité des eaux en fonction des usages de certaines masses d'eau désignées dans le texte en fixant des normes minimales suivant une série de paramètres. Des méthodes d'analyse et de contrôle par les autorités y étaient prévues. En 1989, une deuxième génération de directives a vu le jour, suite aux problèmes d'eutrophisation des eaux, due à l'amélioration qualitative rendue possible par les premières directives. Cette seconde régulation se concentrait plutôt sur la prévention des émissions polluantes en limitant celles-ci par un ciblage des pollueurs et des activités sources. À travers toute une série d'objectifs précis, les directives imposaient l'installation de réseaux de collectes et de stations d'épurations. En outre, l'émission de certaines substances considérées comme dangereuses nécessitait une autorisation préalable. Au total, on comptabilisait pas moins de 30 directives⁷¹. Ces deux générations de normes appartiennent donc à la régulation traditionnelle de type « command and control ».

La nouvelle directive-cadre, au contraire, construit une nouvelle architecture institutionnelle répondant au besoin d'une

71. Voir D. AUBIN et F. VARONE, préc., note 68, p. 162-167; B. BARRAQUÉ, préc., note 69, p. 72.

« approche préventive intégrée des ressources hydriques »⁷². Ce besoin s'est fait sentir pour plusieurs raisons. Tout d'abord, concernant la transposition même des directives, le coût imposé aux États membres (notamment les investissements pour l'épuration des eaux) était tel que plus personne n'acceptait de nouvelles directives, ce qui faisait en sorte de bloquer toute possibilité de négociations. Ensuite, la régulation, une fois établie, souffrait d'insuffisante efficacité et de difficultés d'adaptation constantes aux progrès techniques⁷³. Enfin, d'un point de vue plus général, Kaika remarque la présence de trois facteurs qui incitaient à un changement d'approche réglementaire⁷⁴. Premièrement, la multiplication des acteurs dans la gestion de l'eau, due à la libéralisation du secteur et l'internationalisation subséquente qui introduit les acteurs privés. Deuxièmement, la multiplication des centres et niveaux de pouvoirs, elle-même conséquence du nombre grandissant de « stakeholders », mais aussi de la décentralisation d'un côté, et de l'importance croissante de l'Union européenne de l'autre. Troisièmement, la considération toujours plus grande pour l'environnement qui ne permettait plus aux décideurs de ne pas agir dans ce domaine⁷⁵. Résolus à agir efficacement et à apporter une réponse globale et cohérente, les organes européens adoptent la directive-cadre au bout de longues négociations et consultations des groupes d'intérêts industriels, ONG et experts. Nombre d'études à son sujet ne manquent pas de souligner son caractère novateur⁷⁶ et d'affirmer dans une tendance générale que « (...) la

72. AGENCE DE L'EAU ADOUR-GARONNE, DÉLÉGATION À LA COMMUNICATION ET AUX RELATIONS EXTÉRIEURES, *La directive 2000/60 : Un cadre européen pour la politique de l'eau*, 2004, p. 3, en ligne : <<http://www.eau-adour-garonne.fr/>> (site consulté en mai 2009).

73. *Id.*, p. 2.

74. Maria KAIKA, « The Water Framework Directive : A New Directive for a Changing Social, Political and Economic European Framework », (2003) 11-3 *European Planning Studies* 299.

75. On retrouve l'urgence des problèmes, mêlés à une importante complexité, qui sont deux facteurs de nature à favoriser l'émergence des structures expérimentalistes.

76. E. GRUJARD, préc., note 68, p. 56.

DCE participe à, accompagne même, une grande réflexion sur la gouvernance »⁷⁷.

À noter que ce nouveau mode de gestion rentre dans ce qui est appelé « l'approche combinée » par la directive-cadre⁷⁸. Il n'est nullement question en effet d'abandonner complètement la méthode communautaire et les avancées mises en place par les premières générations de directives sur l'eau. L'approche combinée vise précisément à allier la méthode traditionnelle avec cette nouvelle approche, car « la direction Environnement de la Commission européenne cherche à s'appuyer sur les deux types de normes »⁷⁹. Dans le domaine de la gestion de l'eau, la directive-cadre doit combiner le contrôle de la qualité des eaux avec la prévention de la pollution⁸⁰, qui sont les deux objets des deux premières vagues de directives. Le nouveau texte prévoit ainsi à côté de la gestion intégrée, outre le remplacement progressif des anciennes directives, de nouvelles politiques plus proches du modèle traditionnel :

77. David AUBIN et Frédéric VARONE, « La gouvernance européenne au 'concret': le cas de la gestion intégrée de l'eau », dans *Annales d'études européennes de l'Université catholique de Louvain*, vol. 6, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 159. Ces auteurs analysent les liens entre la régulation européenne de l'eau et le Livre Blanc de la Commission Européenne, publié en 2001. Il est intéressant de remarquer que la manière dont ils comprennent la conception de la gouvernance par la Commission européenne, sur la base notamment du Livre Blanc, entretient de larges échos avec le modèle de l'expérimentalisme démocratique : « (...) recours à une directive-cadre, large participation, délégation de la mise en œuvre à des autorités décentralisées, création d'agences ou reconnaissance d'autorités de bassin, approche par objectifs généraux ».

78. Voir art. 10.

79. B. BARRAQUÉ, préc., note 69, p. 70.

80. Martin GRIFFITHS, « The European Water Framework Directive: An Approach to Integrated River Basin Management », *European Water Management Online*, European Water Association, 2002, en ligne: <<http://www.ewaonline.de/>> (consulté en mai 2009); M. KAIKA, préc., note 73, p. 300. D. AUBIN et F. VARONE voient toutefois l'approche combinée comme la méthode selon laquelle « les objectifs de qualité sont le moyen pour les autorités d'évaluer l'efficacité des valeurs limites d'émissions déterminées et qui conduit, si est nécessaire, à établir des valeurs plus strictes », voir D. AUBIN et F. VARONE, préc., note 77, p. 173, à la note 24.

régulation des substances dangereuses selon des normes établies par la Commission, gestion spécifique pour les eaux souterraines⁸¹ au moyen d'une réglementation comportant des contrôles et des prélèvements et enfin, dans une moindre mesure, le principe du prix-vérité de l'eau, selon lequel « chaque usager de l'eau devrait payer le prix estimé du prélèvement et de la pollution qu'entraîne son usage personnel de l'eau »⁸². De plus, trois « routes d'implémentations » sont prévues, la nouvelle approche n'étant pas exclusive⁸³.

Décentralisation

Au niveau de l'Union européenne, les États membres représentent le niveau « local », les institutions centrales étant incarnées par la Commission européenne, le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et le Tribunal de première instance chapeauté par la Cour de justice des communautés européennes. L'autonomie des États membres est assurée par la directive-cadre dans la mesure où ils sont libres de définir le plan de gestion contenant le programme de mesures adaptées à leurs conditions hydrographiques locales, afin d'atteindre le « bon état écologique »⁸⁴, « [E]lle harmonise les objectifs à atteindre, mais pas les actions menées »⁸⁵. On peut remarquer l'absence de liberté concernant le choix des méthodes d'évaluation des mesures adoptées, comme il

81. Directive 2006/118/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, sur la protection des eaux souterraines contre la pollution et la détérioration (ci-après la « directive »).

82. D. AUBIN et F. VARONE, préc., note 77, p. 175.

83. J. SCOTT et J. HOLDER, préc., note 26, p. 26.

84. Voir Théodore GEORGOPOULOS, *La méthode ouverte de coordination* : « en attendant Godot »?, Université de Reims, 2005, en ligne : <<https://depot.erudit.org/id/000942dd>> et <<http://www.iee.umontreal.ca/>> (sites consultés en mai 2009). Bien que ce soit originellement le but et la méthode appliquée par toutes les réglementations au moyen de directives et non de règlements européens, de plus en plus, et sous la pression d'une demande de législation uniforme en vue de la création d'un marché unique à l'échelle européenne, les directives fixaient des objectifs à ce point détaillées que la marge de manœuvre laissée aux États était devenue illusoire. Or la directive-cadre sur l'eau permet une réelle liberté.

85. D. AUBIN et F. VARONE, préc., note 77, p. 167-168.

est question dans le modèle de Sabel. Ce « défaut » doit toutefois être tempéré par la présence de la « Common Implementation Strategy » (voir ci-dessous) qui envisage l'élaboration de critères d'évaluation.

Objectif

L'objectif principal de la directive-cadre est de parvenir de manière générale au « bon état écologique des eaux d'ici 2015 »⁸⁶ et ce, de manière durable. Ce très large objectif, spécifié en plusieurs autres⁸⁷, est essentiel pour assurer la décentralisation et apporte une attention commune, fixée au niveau central, qui correspond au rôle du pôle fédérateur dans le modèle de l'expérimentalisme démocratique. Comme le soulignent Sabel et Zeitlin, « the concept of "good water status", which includes ecological as well as chemical dimensions, is explicitly open-ended, with the methods, tools, metrics, and values for its assessment to be developed through the implementation process »⁸⁸. L'imprécision des mots est donc voulue afin de permettre au but d'être commun et d'être redéfini à la lumière des expériences réalisées⁸⁹.

Lieu et plan de gestion

Outre l'appréciable marge de manœuvre laissée aux États, une autre importante innovation de la directive-cadre sur l'eau peut-être celle qui a été le plus soulignée – consiste en son approche « éco-centrée » :

Le bon état n'est pas déterminé en fonction de l'usage anthropique de l'eau que l'on veut en avoir (exemple

86. D. AUBIN et F. VARONE, préc., note 76, p. 167; Marlène MOREAU, *La directive-cadre sur l'eau : quelles implications pour les communes*, Union des Villes et des Communes, 2008, en ligne : <<http://www.uvcw.be/articles/33,110,227,227,2596.htm>> (site consulté en mai 2009).

87. Art. 4 de la directive.

88. C. SABEL et J. ZEITLIN, préc., note 6, p. 54.

89. J. COHEN et C. SABEL, préc., note 25, p. 273.

eaux de baignade, eaux potabilisables). Il est déterminé pour une zone géographique particulière, la gestion devant être menée par bassin hydrographique (à l'échelle des fleuves)⁹⁰.

Le cadre de gestion devient donc le « district hydrographique », qui correspond au bassin versant des fleuves européens. Ce district peut être international (et requiert alors une coordination internationale, comme c'est le cas de la Région wallonne qui est concernée par quatre districts internationaux – voir ci-dessous). Ce district international est alors subdivisé en bassin hydrographique, lui-même comprenant plusieurs sous-bassins⁹¹. Couplée à la notion de « masse d'eau », la ressource prise dans son ensemble est le point de départ et d'arrivée de la régulation. Cela permet d'avoir une « unité d'évaluation homogène et cohérente », un état unique pour un objectif unique. Le cadre de gestion est homogène et cohérent, et peut être adapté à chaque masse d'eau. Ainsi est prise en compte la diversité des situations locales⁹².

La détermination de ces entités hydrographiques n'a pas été sans poser nombre de problèmes⁹³. Cette difficulté à laquelle ont dû faire face les États membres, participe aux nombreuses difficultés d'implémentation de ce nouveau cadre législatif dont a eu conscience la Commission européenne et auxquelles la Stratégie Commune d'Implémentation veut répondre (voir ci-dessous). Cette approche régulatoire autour des problématiques vécues correspond donc bien à la délibération locale dont parle l'expérimentalisme démocratique. Les auteurs du modèle ne disent cependant pas grand-chose, comme on l'a vu, sur ces difficultés, se fondant surtout sur les initiatives déjà existantes. L'expérimentalisme propose cependant un processus de prise de décision qui peut être aussi utile dans ce domaine, comme l'a

90. D. AUBIN et F. VARONE, préc., note 68, p. 26.

91. Voir les définitions à l'article 2 de la directive-cadre.

92. *La directive 2000/60 : Un cadre européen pour la politique de l'eau*, préc., note 71.

93. E. GRUJARD, préc., note 68, p. 56.

compris l'exécutif européen via la Stratégie Commune d'Implémentation (ci-après « **CIS** »)⁹⁴.

« Les États membres veillent à ce qu'un plan de gestion de district hydrographique soit élaboré pour chaque district hydrographique entièrement situé sur leur territoire », stipule l'article 13 en son paragraphe 1. Ce plan, qui devait être remis à la Commission pour décembre 2009, constitue la synthèse de l'analyse des masses d'eaux ainsi que des programmes de mesures de chaque État- membre. Une autorité de bassin est désignée pour réaliser ce plan. Ces décisions relatives aux districts et aux autorités compétentes sont communiquées à la Commission.

Regroupement des informations et détermination des mesures

Afin de réaliser l'objectif cité ci-dessus, la méthodologie imposée par la directive requiert des États membres le recueillement de toutes sortes d'informations sur les cours d'eaux, organisées selon les districts hydrographiques. L'état des lieux de chaque parcelle d'eau dans tous les États membres est ainsi élaboré minutieusement afin d'être intégré au plan de gestion. À l'échelle du bassin versant est ainsi réalisée une analyse de ses caractéristiques, une étude des incidences de l'activité humaine sur l'état des eaux de surface et des eaux souterraines et une analyse économique de l'utilisation de l'eau⁹⁵. Bien que ces informations soient déjà mises à la disposition du public via les autorités nationales, la Commission les regroupe et les met à la disposition de tous via les portails en ligne CIRCA⁹⁶ et WISE⁹⁷.

94. En anglais, « Common Implementation Strategy ».

95. Directive, art. 5, ¶1.

96. COMMUNICATION & INFORMATION RESOURCE CENTRE ADMINISTRATION, en ligne : <<http://circa.europa.eu>> (site consulté le 5 juin 2011) : « CIRCA stands for "Communication Information Resource Centre Administrator" and it is a software tool, developed under the European Commission IDA programme, which is tuned towards Public Administrations' needs ».

97. WATER INFORMATION SYSTEM FOR EUROPE, en ligne : <<http://water.europa.eu/>> (site consulté le 5 juin 2011).

Outre ces données analytiques et techniques, chaque autorité de bassin doit élaborer un « programme de mesures »⁹⁸. Ici, la liberté laissée aux États membres n'est pas tout à fait complète : des mesures de base concernant la réglementation des émissions, des captages et des recharges avec des systèmes d'autorisations préalables sont prévues par la législation européenne, tandis que ce sont les « mesures complémentaires » qui sont laissées à la discrétion des États membres⁹⁹.

Délibération : coopération ou participation?

En phase avec la conception de la gouvernance de la Commission européenne, la directive-cadre sur l'eau insiste sur l'importance de la participation du public et prévoit même les étapes spécifiques où les citoyens sont sollicités. Ainsi, les projets de plans de gestion doivent être soumis aux avis du public et, de manière générale, les documents doivent être accessibles et ouverts aux observations du public¹⁰⁰.

Bien qu'il soit demandé que « les États membres encouragent la participation active de toutes les parties concernées à la mise en œuvre de la présente directive », on constate que se trouve ici le principal « manquement », mais aussi le point le plus délicat au modèle de l'expérimentalisme démocratique. En effet, il n'est prévu aucun moyen de contraindre la participation réelle des « stakeholders » dans l'élaboration, notamment, des programmes de mesures. Or, consultation ne veut pas dire codécision. Seules des remarques écrites, conférences des parties, participations d'ONG et développement discrétionnaire de pratiques participatives plus poussées sont imaginés¹⁰¹. C'est là un point fondamental, sinon l'enjeu et l'apport de la structure proposée par Sabel. Les unités locales que constituent les États membres selon la directive européenne ne sont pas soumises à la délibération de ca-

98. Directive, art. 11.

99. Des « mesures additionnelles » sont également prévues par les textes, au cas où les objectifs ne sont pas atteints dans le délai donné.

100. Directive, art. 14.

101. D. AUBIN et F. VARONE, préc., note 77, tableau 4, p. 186.

ractère démocratique qu'exige le « *democratic experimentalism* », puisque l'autorité de bassin ne doit même pas être au minimum les assemblées délibérantes des pays. On le voit donc, la participation dans le sens d'une élaboration active des usagers de l'objet de la régulation et des destinataires de la norme n'est pas atteinte comme le souhaite la philosophie expérimentaliste. Le souhait est là¹⁰², mais non les normes qui le concrétisent. L'effectivité et la légitimité démocratique que devrait (r)apporter l'architecture expérimentaliste risquent ici de ne pas trouver entière satisfaction. Il ne faut toutefois pas anticiper l'analyse des démarches locales que constituent les « *contrats de rivières* ». De plus, nuancions notre propos en renvoyant à la CIS qui comporte un volet sur la participation du public afin d'aider chaque État à améliorer la démocratie participative.

« Peer review », « monitoring » et « benchmarking »

La révision périodique est au cœur de la régulation établie par la directive. Ainsi, pour chaque disposition est prévue une période de réévaluation. L'idée d'expérimentation et de normes provisoires trouve ici un écho tout particulier. Ainsi sont prévus d'être réévaluée après un certain nombre d'années les : plans de gestion, programmes de mesures, analyses, programmes de surveillances, objectifs et directives elles-mêmes. Le « *monitoring* » périodique est intégré dans la régulation¹⁰³:

-
102. D. AUBIN et F. VARONE, préc., note 77, p. 159. Comme le notent D. AUBIN et F. VARONE : « le processus récent de changement dans la formulation des politiques modifie cette tendance. Il appelle à une gestion intégrée des ressources naturelles, qui soit à la fois décentralisée et délibérative » ; voir E. GRUJARD, préc., note 68, p. 56. Cet appel pour une démocratie plus réellement participative dans le domaine de l'eau trouve aussi des voix en France : « Au sein des Agences de l'eau françaises, certains comités de bassin en appellent d'ores et déjà « à la concertation avec l'ensemble des partenaires » et ne manquent pas d'insister sur l'ampleur du challenge à relever », ce qui est l'occasion au passage de souligner la nécessité d'une participation active des citoyens » et d'envisager de faire encore un peu plus de démocratie participative, très en vogue en ces temps de nouvelle gouvernance ».
103. On peut remarquer que le « *monitoring* » va même jusqu'à la procédure d'implémentation et de mise en œuvre elle-même, puisque la Commis-

member states are also obliged to submit regular reports to the Commission on the implementation of the WFD, including both water management plans and programs for monitoring water status. The Commission in turn produces its own regular implementation progress reports, including reviews of EU water status, surveys of member state water management plans, and proposals for future improvement, all of which draw on scoreboards based on benchmarks developed through the CIS¹⁰⁴.

Concernant le « benchmarking », l'élaboration d'indicateurs et la pratique d'étalonnage, déjà en partie fixées par la directive, est complétée via la Stratégie Commune d'Implémentation. Plus particulièrement, la notion centrale de « bon état » des eaux est définie par une méthode, « l'intercalibration », intégrée à la CIS. Cette méthode, coordonnée par la Commission européenne¹⁰⁵, consiste dans le partage par des experts des 27 États membres de données sur les tous les types d'eaux, afin de pouvoir comparer leurs résultats entre eux et ainsi parvenir à un « benchmark » commun. Les données concernent les propriétés physiques et biologiques de la qualité des eaux. Cet exercice a abouti en 2008 et les conclusions ont été publiées par la Commission européenne. Une deuxième phase, actuellement en cours, est prévue pour 2011¹⁰⁶. Il est intéressant de noter que le but n'est pas d'arriver à une uniformisation des méthodes d'évaluation, mais bien des résultats, comme il est bien souligné sur le site Internet. Cela con-

sion délivre un rapport périodique de l'avancement de cette stratégie de mise en œuvre.

104. C. SABEL et J. ZEITLIN, préc., note 6, p. 55.

105. Voir COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Décision de la Commission du 17 août 2005 sur l'établissement d'un registre de sites en vue de constituer le réseau d'inter-étalonnage conformément à la directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil*, 2005/646/CE [notifiée sous le numéro C(2005) 3140]. Celle-ci a délivré deux rapports, un en 2003 et l'autre en 2004, pour finalement aboutir à une décision en 2005 sur le registre des sites en vue du « benchmarking ».

106. Informations tirées du site officiel de la COMMISSION EUROPÉENNE, division environnement, *Ecological Status and intercalibration*, en ligne : <http://ec.europa.eu/environment/water/water-framework/objectives/status_en.htm> (site consulté le 5 juin 2011).

firme la marge de manœuvre et la décentralisation opérée au profit des États membres. Cette méthode fait directement référence aux techniques de « benchmarking » et de « performance-based regime »¹⁰⁷.

Les institutions centrales

Nous voudrions ici examiner brièvement le rôle des organes centraux de la gouvernance européenne par rapport à celui prévu dans le modèle de l'expérimentalisme démocratique.

Si l'on commence par l'organe législatif, le Parlement européen, la procédure de codécision avec le Conseil de l'Union européenne, qui le rend décideur de la directive-cadre à part entière, peut valider en partie son rôle dans la théorie expérimentaliste. En effet, comme on l'a vu, le Parlement a « autorisé » la décentralisation et les expérimentations locales en donnant son appui à la directive-cadre qui contient cette décentralisation. En revanche, et cela tient au statut particulier du Parlement européen et du système de gouvernance européenne financé par les contributions budgétaires des États membres, l'assemblée des représentants n'a en aucun cas financé directement ces mêmes expérimentations.

L'organe exécutif, quant à lui, est représenté par la Commission européenne. Celle-ci a la charge, comme on l'a vu, de regrouper les informations, de piloter la CIS qui élabore les indicateurs et de délivrer des rapports périodiques sur l'état d'avancement général de l'implémentation de la directive-cadre. L'institution est donc vraisemblablement à sa place dans une démocratie expérimentale.

Enfin¹⁰⁸, les cours et tribunaux sont chargés de garantir le respect de la procédure, de la mise en œuvre de la directive, du

107. C. SABEL, A. FUNG et B. KARKKAINEN, préc., note 6.

108. Quant au Conseil de l'Union européenne, réunissant les ministres des États membres, il a assurément une place importante, mais on ne saurait la rattacher, dans une si courte étude, à un rôle central en expéri-

respect de celle-ci par les « localités », les États membres, et de protéger les droits et libertés fondamentaux des citoyens. Un trop long exposé serait nécessaire ici pour décrire correctement le contrôle qu'exercent le Tribunal de première instance et la Cour de justice des communautés européennes par rapport à une directive contenant une nouvelle approche comme la directive-cadre sur l'eau. Rappelons cependant que ces deux organes juridictionnels sont les gardiens effectivement de la correcte transposition des normes européennes et des libertés citoyennes du Traité CE. En outre, les tribunaux nationaux exercent eux aussi le rôle de protecteur des libertés publiques fondamentales.

La « Common Implementation Strategy »

Plus encore que le cadre normatif mis en place par la directive-cadre, le travail autour de son implémentation « represents a radical and, in some ways surprising, instance of experimentalism in the EU »¹⁰⁹. Ce travail s'inscrit dans la « Stratégie Commune d'Implémentation »¹¹⁰, un mode de coordination et de collaboration né à partir de rencontres informelles des directeurs nationaux responsables de l'eau et repris par la Commission européenne¹¹¹. Définie comme un forum d'« open cooperation »¹¹² en vue d'atteindre « a common understanding and approach [...] crucial to the successful and effective implementation of the Directive »¹¹³, la CIS rassemble acteurs politiques, scientifiques et associatifs afin de réfléchir aux défis que pose la transposition de la directive-cadre. Le calendrier contraignant, la large marge de manœuvre

mentalisme démocratique. La spécificité de l'architecture européenne figure comme la raison principale de cette difficulté.

109. J. SCOTT et J. HOLDER, préc., note 26, p. 25.

110. Voir COMMISSION EUROPÉENNE, *Implementing the EU Water Framework Directive and the Floods Directive*, en ligne : <http://ec.europa.eu/environment/water/water-framework/objectives/implementation_en.htm> (site consulté le 5 juin 2011).

111. Non prévue par la directive-cadre, la Stratégie pose à nouveau la question de son assise légale et de l'opportunité d'une telle assise. Voir *supra* les débats à ce sujet présentés dans le chapitre 3 de la première partie.

112. C. SABEL et J. ZEITLIN, préc., note 6, p. 55.

113. COMMISSION EUROPÉENNE, préc., note 110.

laissée aux États membres en raison des nombreuses solutions possibles, le savoir scientifique et technique ou encore le financement, sont les défis pointés par le document présentant la CIS¹¹⁴. Il faut rajouter la nécessaire collaboration inter-régionale ou internationale qu'exige une gestion par bassins versants.

Afin d'assurer ces objectifs, la CIS adopte une démarche expérimentaliste fondée sur l'échange des performances et des bonnes pratiques entre les acteurs. Dans le document de présentation, on insiste sur le respect des spécificités locales et nationales, le but n'étant pas d'arriver à une uniformisation des méthodes, mais bien des résultats¹¹⁵. La Stratégie se veut être un pôle d'apprentissage par la publication de nombreux documents de guidance sur des aspects de la directive¹¹⁶ : établissement des districts hydrographiques, « monitoring », définition du « bon état », participation du public, etc. Un engagement en faveur d'une large et forte participation se trouve concrétisé cependant au cas par cas, « by identifying the kind of involvement needed for each situation »¹¹⁷.

La CIS a fait l'objet de plusieurs réévaluations par la Commission en 2003, 2004 et 2006¹¹⁸, mais aussi par deux études, fruits d'une collaboration entre le Bureau européen de l'environnement et le WWF¹¹⁹.

114. WFD CIS, *Common implementation strategy for the water framework directive (2000/60/EC): Strategic Document*, (2 mai 2001), en ligne : <<http://ec.europa.eu/environment/water/water-framework/objectives/pdf/strategy.pdf>> (site consulté en mai 2009) (ci-après le « Strategic Document »).

115. Voir *Id.* et COMMISSION EUROPÉENNE, préc., note 110.

116. Ces documents peuvent être retrouvés sur la base de données CIRCA, préc., note 96 ou en ligne : <http://ec.europa.eu/environment/water/water-framework/facts_figures/guidance_docs_en.htm> (site consulté en mai 2009).

117. J. SCOTT et J. HOLDER, préc., note 26, p. 31, reprenant le Strategic Document, préc., note 114, p. 14.

118. COMMISSION EUROPÉENNE, préc., note 110.

119. « Tips and Tricks' for Water Framework Directive Implementation », 2004, en ligne : <http://www.eeb.org/activities/water/200403_EEB_WWF_Tips&Tricks.pdf> (site consulté en mai 2009); « EU Water Policy: Ma-

• **L'administration wallonne et la transposition de la directive-cadre**

En Belgique, la politique de l'eau, tout comme la gestion du domaine public auquel appartient la ressource eau, a été confiée aux Régions, et ce, depuis 1993¹²⁰. C'est dès lors du côté du gouvernement wallon et de son administration qu'il faut se tourner pour compléter notre étude. Plus précisément, c'est le Département de l'Environnement et de l'Eau de la Direction Générale Opérationnelle, Agriculture, Ressources Naturelles et Environnement (D GARNE) qui est chargé, au sein de l'administration, de ce qui a trait à l'eau¹²¹. Historiquement cependant, la gestion de l'eau est organisée à l'échelle communale – ou intercommunale. Le rôle de ce niveau de pouvoir se retrouve dans l'importance des contrats de rivières (voir ci-dessous), et produit une tension entre le centre et le niveau local. Il faut encore ajouter au paysage institutionnel la Société Publique de Gestion de l'Eau (SPGE), créée par décret le 15 avril 1999¹²². Celle-ci « centralise et redistribue les ressources collectées dans le secteur de l'eau. Elle contrôle à la fois les activités d'épuration et de protection des captages, en étant tout autant dépendante des communes, par le biais de la représentation des intercommunales au conseil d'administration, que de l'exécutif régional »¹²³. Ses fonctions sont plus orientées vers une gestion financière des infrastructures liées à l'eau et non pas environnementale ou qualitative. Comme le relèvent Aubin et Varone, un an après l'adoption de la directive-cadre, « la fragmentation de l'arrangement institutionnel actuel sera difficile à dépasser afin de parvenir à une gestion intégrée de l'eau »¹²⁴.

king the Water Framework Directive Work », 2005, en ligne : <<http://www.eeb.org/activities/water/making-WFD-work-February05.pdf>> (site consulté en mai 2009).

120. D. AUBIN et F. VARONE, préc., note 68, p. 75.

121. SERVICE PUBLIC WALLONIE, *Portail environnement Wallonie*, en ligne : <<http://environnement.wallonie.be>> (site consulté le 5 juin 2011).

122. Décret Wallon du 15 avril 1999 sur le cycle de l'eau et la Société publique de gestion de l'eau, *Moniteur Belge*, 22 juin 1999.

123. D. AUBIN et F. VARONE, préc., note 68, p. 75.

124. *Id.*, p. 74-75.

Avant de décrire la transposition de la directive-cadre en Région wallonne, il nous semble utile de citer ici Aubin et Varone à propos des mécanismes de coordination présents en vue d'arriver à une gestion intégrée¹²⁵. Ces auteurs en relèvent trois. Le premier est celui opéré par l'administration sur l'ensemble du processus de distribution de l'eau. Le deuxième mécanisme consiste dans les plans environnementaux élaborés par la même administration. Toutefois, ces plans ne sont pas « accompagnés d'objectifs clairs ni de moyens de collecter les données nécessaires ». Nous verrons que ce dernier élément concernant le regroupement des informations est dans une large mesure assuré par les contrats de rivières, troisième mécanisme coordinateur relevé par Aubin et Varone. Ces trois instruments participent partiellement de la vision expérimentaliste en raisonnant par objectifs et par l'importance d'une connaissance et d'une participation locale. La participation du public est assurée non seulement par les contrats de rivières qui sont situés au niveau local, mais aussi par la « Commission Consultative pour la protection des eaux », composée de membres représentatifs de tous les acteurs de l'eau et chargée de rendre des avis « sur tous les projets de décrets relatifs au domaine de l'eau »¹²⁶.

C'est cependant la directive-cadre qui met en place le cadre normatif général aux accents expérimentalistes. Conformément aux dispositions du texte, le Gouvernement wallon, désigné autorité de bassin compétente pour l'élaboration des plans de gestion¹²⁷, a établi les districts hydrographiques et préparé les plans de gestion contenant les analyses requises et les programmes de mesures, tout en demandant l'avis du public à deux reprises. En 2005, le Parlement wallon a adopté le Code de l'Eau¹²⁸, qui synthétise toute la législation dans ce domaine. On y retrouve entre autres les concepts-clés de la directive.

125. *Id.*, p. 69.

126. *Code de l'Eau*, art. D.3.

127. Désigné autorité compétente en vertu du ¶2, art. 3 de la directive et ¶2, art. D. 11 *Code de l'Eau*.

128. *M.B.* du 12 avril 2005.

Ainsi, les bassins et sous-bassins hydrographiques, unités de référence pour les plans de gestion, sont identifiés à l'article D.7. du Code. Ce découpage organisationnel n'était pas évident en Belgique en raison notamment de sa petite taille : « le bassin est une unité transrégionale »¹²⁹ et requiert donc une collaboration interrégionale que l'on peut deviner tendue, en raison des difficultés communautaires propres au contexte politique belge. En ce sens, la directive européenne « force » un peu la main aux régions en stimulant la coopération et en permettant un apprentissage entre régions belges¹³⁰. De toute manière, les quatre districts hydrographiques pertinents sur le territoire wallon sont quatre districts internationaux qui demandent donc une coopération internationale¹³¹. La Meuse, l'Escaut, le Rhin et la Seine sont les quatre fleuves dont les bassins versants touchent plus ou moins le territoire de la Région wallonne. Les Commissions internationales déjà mises en place avant la directive pour assurer une certaine coordination des politiques de ces fleuves – telles les Commission Internationales de Protection de la Meuse¹³², de l'Escaut¹³³ et du Rhin^{134,135} – ont vu simplement leurs rôles évoluer pour être en phase avec la gestion intégrée que vise la directive-cadre. Néanmoins, il reste qu'à l'échelle des sous-bassins c'est au gouvernement wallon d'implémenter correctement la directive. C'est pourquoi l'alinéa 2, §1, de l'article D.8. du Code précise que « les portions des districts hydrographiques internationaux situées sur le territoire de la Région wallonne constituent les bassins hydrographiques wallons respectivement de la Meuse, de l'Escaut, de la Seine et du Rhin ».

129. D. AUBIN et F. VARONE, préc., note 68, p. 68.

130. *Id.*, p. 75.

131. Art. 3, ¶3 de la directive-cadre sur l'eau.

132. COMMISSION INTERNATIONALE DE LA MEUSE, en ligne : <<http://www.meuse-maas.be/>> (site consulté le 5 juin 2011).

133. COMMISSION INTERNATIONALE DE L'ESCAUT, en ligne : <<http://www.isc-cie.com/>> (site consulté le 5 juin 2011).

134. COMMISSION INTERNATIONALE DU RHIN, en ligne : <<http://www.iksr.org/>> (site consulté le 5 juin 2011).

135. D. AUBIN et F. VARONE, préc., note 68, p. 73 et 74.

Conformément à la directive-cadre, le Gouvernement prépare pour la fin de l'année 2009 un plan de gestion pour chaque district hydrographique¹³⁶. Ce plan de gestion comprend : l'état descriptif des bassins et sous-bassins¹³⁷, les programmes de surveillance mis en place¹³⁸ ainsi que les programmes de mesures comportant les mesures de base et les mesures additionnelles¹³⁹. En outre, y est inclus « un résumé des mesures prises pour l'information et la consultation du public »¹⁴⁰. Ces mesures ont consisté en une première enquête générale du 1^{er} janvier au 30 juin 2006, puis en deux enquêtes publiques relatives aux projets de plans de gestion, l'une s'étant déroulée du 16 juin au 15 décembre 2008 et l'autre durant la deuxième moitié de l'année 2009¹⁴¹. Il était demandé aux participants soit de répondre à un questionnaire, soit de proposer des amendements. Les documents étaient mis en ligne, ou disponibles en version papier en accompagnement des factures d'eau ou auprès de certains « acteurs-relais », comme les contrats de rivières¹⁴². Les participants, citoyens ou organismes associatifs ont pu ainsi donner leurs avis sur les mesures, signifier, à leur avis, l'ordre d'importance des problématiques ou en présenter de nouvelles. Une remarque particulière peut être faite par rapport au contrôle et aux sanctions des comportements polluants qui ont retenu par deux fois l'attention de nombreux participants¹⁴³.

136. *Code de l'eau*, titre IV, chap. 2.

137. *Id.*, titre II.

138. *Id.*, titre II, chap. 2.

139. *Id.*, titre IV, chap. 1.

140. Art. D.24, § 1, point 5.

141. DIRECTION GÉNÉRALE DES RESSOURCES NATURELLES ET DE L'ENVIRONNEMENT, *Tous Citoyens de l'Eau : Enquête Publique sur la gestion de l'eau en Wallonie, 2006 : Les résultats*, Gouvernement Wallon, Namur, 2007, en ligne : <http://environnement.wallonie.be/cgi/dgrne/plateforme_dgrne/generateur/Sites/Modules_ntl/donnees/directive-eau/documents/Media NTL42_Brochure_resultats_EP_EAU_basse_resolutionb.pdf> (site consulté en mai 2009).

142. *Id.*

143. *Id.*, p. 11; DIRECTION GÉNÉRALE AGRICULTURE, ENVIRONNEMENT ET RESSOURCES NATURELLES, *Marquez de votre empreinte la gestion de l'eau en Wallonie : Résultats de la consultation du public sur la gestion de l'eau en Région Wallonne, 2008*, Service Public de Wallonie, Namur, janvier

Reprenant le modèle de l'expérimentalisme démocratique tel que pensé par Sabel et ses collaborateurs, nous pouvons, à la lumière de ce qui vient d'être dit, constater que, même si la directive-cadre adopte un cadre normatif et une approche résolument expérimentaliste, cette approche n'est pas elle-même formellement reprise par le niveau « local » au sens des normes européennes : les États membres. En effet, la Région wallonne, par le biais de son gouvernement, met en œuvre la directive et ses dispositions à travers un instrument réglementaire traditionnel sans approfondir la décentralisation. Il reste toutefois à examiner le rôle que tient le phénomène des contrats de rivières dans ce laborieux processus d'implémentation.

• **Les contrats de rivières**

Les contrats de rivières sont, à la base, une initiative¹⁴⁴ de concertation locale autour d'une certaine masse d'eau – rivière ou lac – afin d'en réunir tous les acteurs et les usagers pour parvenir à une gestion coordonnée et consensuelle. Nés d'abord en France dans les années 1980, ils sont apparus en Belgique dix ans plus tard¹⁴⁵ et ont reçu leur première reconnaissance publique en 1993 par une circulaire ministérielle¹⁴⁶. Depuis, ils sont institutionnalisés et intégrés par le Gouvernement wallon dans le processus

2009, p. 17, en ligne : <http://environnement.wallonie.be/directive_eau/pg/cp2.asp> (site consulté en mai 2009).

144. Il est intéressant de pointer ce caractère informel du contrat de rivière, du moins à l'origine, jusqu'à ce qu'il soit repris par le Ministre en 1993. À nouveau, le débat sur la place de la nouvelle gouvernance expérimentaliste par rapport au modèle réglementaire traditionnel pose question.

145. Pour un exposé plus détaillé de l'origine des contrats de rivières, voir MINISTÈRE DE LA RÉGION WALLONNE, *Guide méthodologique relatif au contrat de rivière*, Namur, 1999, p. 8. Ce Guide est le fruit d'une collaboration entre le Ministère de la Région Wallonne et la Fondation Universitaire Luxembourgeoise, représentée par F. ROSILLON et P. VANDERBORGH. Il est disponible en ligne : <http://environnement.wallonie.be/contrat_riviere> (site consulté en mai 2009).

146. Circulaire ministérielle du 18 mars 1993 relative aux conditions d'acceptabilité et aux modalités d'élaboration des contrats de rivière en Région wallonne, M.B., 26 mai 1993. Cette circulaire a été modifiée en 2001, 2005, 2006, 2007 et 2008, puis abrogée par l'arrêté cité ci-dessus.

d'implémentation de la directive-cadre sur l'eau, outil privilégié d'une gestion à l'échelle du sous-bassin hydrographique¹⁴⁷.

Lancés d'abord de manière informelle à l'initiative d'acteurs associatifs ou communaux, les contrats de rivières répondent de manière étonnante à la gestion intégrée visée par la directive-cadre dont l'expérimentalisme est l'arrière-plan théorique. En effet, cet outil de coordination, maintenant adapté aux zones géographiques des sous-bassins hydrographiques¹⁴⁸, permet de rassembler toutes les personnes impliquées de près ou de loin par la masse d'eau concernée – communes, provinces, associations, riverains, pêcheurs, citoyens – afin de dégager consensuellement des programmes d'actions. Suivant une procédure d'élaboration formalisée, les partenaires établissent les caractéristiques du cours d'eau et les multiples usages ou intérêts qui sont sollicités, se fixent des objectifs et un programme d'action pour une période déterminée. Ce « protocole d'accord » est avalisé par le Ministre compétent et revu tous les trois ans par le « comité de rivière ». Il vise une participation la plus large possible et a pour mission de sensibiliser et d'informer le grand public sur tout ce qui a trait à la rivière concernée. Son financement est assuré par les pouvoirs publics, même si d'autres acteurs peuvent intervenir volontairement.

Le contrat de rivière peut être ainsi identifié à l'unité locale dont parle l'expérimentalisme démocratique. Décentralisé et axé sur la délibération entre tous les « stakeholders » d'une problématique globale incluant divers usages, il permet une gestion adaptée aux conditions et aux circonstances propres à la situation locale. La rigueur et la discipline d'une telle expérimentation spécifique sont assurées par le cadre légal fourni par le Code de l'Eau, mais surtout par le cadre normatif mis en place par la directive-cadre : ce cadre impose, comme on l'a vu, un échange d'information entre le centre et les localités sur ce qui a été décidé à l'étage du des-

147. Voir l'arrêté du Gouvernement wallon modifiant le Livre II du *Code de l'Environnement* contenant le *Code de l'Eau*, relatif aux contrats de rivière, M.B., 22 décembre 2008, p. 67608, qui précise et complète l'article D.32. *Code de l'Eau*.

148. *Code de l'Eau*, art. R.47.

sous. On peut toutefois remarquer l'absence de comparaisons des performances et d'apprentissage entre les contrats de rivières eux-mêmes. En outre, de la bouche même du coordinateur du contrat de rivière de la Dyle et affluents, J.-M. Tricot¹⁴⁹, la portée de l'autonomie accordée aux contrats de rivières est à nuancer. Les autorités publiques, telles que les communes, restent attentives à conserver leur pouvoir réglementaire et hiérarchique. Les contrats de rivières se réduisent alors à une plate-forme de récolte de données et à une instance consultative, sans réel pouvoir de décision¹⁵⁰. Si le contrat de rivière a pour vocation de devenir véritablement « un lieu de démocratie appliquée »¹⁵¹, comme le soutiennent les pères du « democratic experimentalism », alors l'égalité entre partenaires, la liberté d'expression et le respect mutuel doivent être mieux garantis, par les cours et tribunaux, théoriquement.

Conclusion

Nous avons donc ainsi pu parcourir les grandes lignes du nouveau modèle régulateur « democratic experimentalism », théorisé à l'instigation de Charles Sabel et avec l'aide de plusieurs autres auteurs. Ayant pour point de départ la philosophie pragmatiste de John Dewey qui met en évidence l'incertitude croissante dans la « gestion » de nos démocraties et des innovations dans les modes de production dans le secteur privé, l'expérimentalisme démocratique tente un rapprochement de ces deux modèles d'organisation afin de répondre aux nouvelles caractéristiques des contextes, dont la volatilité et la diversité, mis en avant par Sabel. Adoptant dès le commencement une posture décentralisée, cette nouvelle approche de gouvernance propose un processus de réso-

149. Interview réalisée par l'auteur le 23 avril 2009 au Centre Culturel du Brabant Wallon.

150. Voir D. AUBIN et F. VARONE, préc., note 67, p. 68-69. Dans le même sens, D. AUBIN et F. VARONE considèrent que « ces forums ne peuvent pas être considérés comme des outils d'une gestion pro-active de l'eau, mais davantage comme des structures de résolution des conflits locaux ».

151. MINISTÈRE DE LA RÉGION WALLONE, *Guide méthodologique relatif au contrat de rivière*, Namur, 1999, p. 44.

lution des problèmes publics à travers essentiellement une discipline et une transmission de l'information. Intégrant le postulat que la connaissance nécessaire pour résoudre ces problèmes ne peut plus être acquise définitivement dans nos démocraties contemporaines par seulement certains acteurs, il s'agit dès lors de se concentrer sur son traitement et sa diffusion plutôt que sur son acquisition. Aux usagers détenant cette connaissance donc de « délibérer » afin qu'émergent de celle-ci objectifs, mesures et solutions. Aux institutions centrales et « publiques » de reprendre ces données et de les traiter pour faire en sorte qu'elles soient compréhensibles et « mesurables » par tous. La discipline est de rigueur, un processus dynamique est enclenché qui ne cesse de tourner sur lui-même allant de création en révision périodiques. Quoi de mieux qu'une diffusion générale des connaissances particulières et une comparaison globale d'expérimentations spécifiques pour inciter une innovation et un apprentissage de tous?

Le résultat est cependant loin d'être gagné. Car la traduction d'un modèle théorique de gouvernance, même si il est inspiré par une philosophie pragmatiste et des expériences très concrètes, n'est pas aisée à réaliser. L'écart entre la théorie et la pratique demeure.

Or, c'est justement cette éternelle distance que vise directement la philosophie de J. Dewey, arrière-plan de l'expérimentalisme démocratique. C'est dans le but de faire coïncider la pensée et l'action que la gouvernance se réfléchit dans le modèle décrit dans ce travail. En effet, la régulation et le phénomène de normativité restent un idéal à atteindre, d'abord et avant tout pensé et conçu par les acteurs. Mais la régulation vise précisément l'action. Il faut donc trouver le moyen d'articuler et de créer des ponts entre les deux.

Ces ponts, voilà que Sabel et les autres penseurs de la gouvernance expérimentaliste nous en proposent : un échange permanent du savoir cognitif à tous niveaux, discipliné par la raison afin que tous les acteurs puissent s'y retrouver. La circulation de l'information est au centre du modèle, mais non pas son but. C'est

précisément en cela que l'expérimentalisme démocratique rejoint la théorie du droit et la démocratie. Le modèle vise l'apprentissage de tous, sans restrictions. Or, qui dit apprentissage, dit essais, erreurs, expériences, innovations, mais aussi collaboration et coopération, et encore révision, évaluation, estimation, confrontation. Toutes ces caractéristiques se retrouvent dans la structure expérimentaliste. Néanmoins un point important est occulté.

Ce point concerne la capacité des êtres humains à profiter et abuser de leurs droits. Tout le monde n'est pas gentil et plein de bonne volonté pour apprendre et oser expérimenter par le dialogue, dans un esprit de collaboration, de respect mutuel et « démocratique ». Certains ne voient que leurs intérêts, sont opportunistes, et tenteront toujours de rentrer dans les failles du système pour ne penser qu'à eux au détriment des autres. C'est pour ceux-là que le modèle régulateur classique mise sur la hiérarchie et l'autorité, afin d'éviter ces abus, mais il le fait sous un angle punitif essentiellement. La sanction juridique est souvent celle qui prive d'un bien corporel ou incorporel. Le mérite du modèle expérimentaliste est plutôt de miser sur la participation des acteurs et sur leurs capacités. Capacité à trouver ou donner du sens à leurs actions et à la régulation qu'ils « s'imposent ». Capacité – ou espoir? – à ouvrir son esprit aux intérêts et aux points de vues des autres membres de la société, afin d'élargir ses possibilités et d'apprendre à intégrer le sens des lois. La confiance est grande, les auteurs de l'expérimentalisme démocratique en sont conscients. Ils le relèvent eux-mêmes, mais croient en une structure organisationnelle qui a inscrit au cœur de son processus la réévaluation et la remise en question. Ils croient que c'est par l'action, traduit dans le modèle par participation et expérimentation, que viendra la reconnaissance des normes.

On ne pourrait leur donner tout à fait tort, car le schéma de pensée plaît à notre esprit rationnel. Qui pourrait prévoir en effet ce qui va arriver et comment la structure va être comprise et réceptionnée? Rappelons que la philosophie expérimentaliste et le modèle qui en découle nous parlent d'un monde incertain, plein « de risques », où la signification des choses ne se trouvent que

dans leur usage. Pourtant, il manque quelque chose. Il manque une explication de l'opération plus fondamentale qui se joue dans l'esprit des acteurs. Que se passe-t-il exactement dans la participation? Ou encore dans le processus de délibération démocratique? Comment assurer ces deux éléments? Quels sont les incitants institutionnels à mettre en place pour y arriver? À ces questions, l'expérimentalisme démocratique n'a pas encore donné selon nous une réponse claire, mais des auteurs, par un autre biais, travaillent sur cette question. Pensons par exemple à l'éthique appliquée, développée au Québec.

D'un autre côté, l'étude du régime institutionnel de la politique de l'eau applicable en Région wallonne démontre un sérieux rapprochement avec les nouvelles approches de gouvernance expérimentalistes identifiées notamment par Charles Sabel. En référence au modèle théorique du «*democratic experimentalism*», il apparaît indubitable que, tant venant du «*haut*» que du «*bas*», sur plusieurs niveaux, l'architecture régulatoire de l'eau le rejoint en pratique : au plus haut niveau, international, les caractéristiques de participation et d'échanges de pratiques régulatrices sont promues; mais c'est sans aucun doute au niveau européen que les outils mis en place pour atteindre «*la bonne qualité des eaux*» d'ici 2015 révèlent de manière quasi paradigmatique les modes pragmatistes de régulation. Par la directive-cadre sur l'eau, son régime d'implémentation tout à fait exceptionnel et informel, et de manière plus générale la Méthode Ouverte de Coordination, l'Union européenne semble s'être engagée profondément dans les méthodes expérimentalistes pour la conduite de ses politiques publiques. Cela ne doit pas nous étonner car, comme mentionné, les caractéristiques des contextes favorisant l'émergence de ces méthodes sont remarquablement concentrées et aigües dans le domaine environnemental, et particulièrement la gestion de l'eau, et la structure inter-étatique de l'Union européenne.

Nous avons pu également apercevoir, outre la mise en œuvre de la directive au niveau de la Région wallonne par le Gouvernement wallon, qui révèle une certaine ambiguïté dans la

reprise de la directive tant on revient à une architecture traditionnelle avec le Code de l'Eau notamment, qu'un mouvement émergent du « bas » (bottom-up) est également en cours dans ce domaine : les contrats de rivières sont un phénomène intéressant en ce qu'ils démontrent que l'approche expérimentaliste remarquée par Sabel et ses collaborateurs s'invite de manière quasi « spontanée » chez les acteurs locaux qui veulent résoudre un problème public. Là encore, cependant, des questions restent sur la récupération par le droit classique de ces initiatives, qui mettent en doute la réelle portée normative de celles-ci et impliquent inévitablement un éloignement du modèle théorique de l'expérimentalisme démocratique.

La structure donc n'est pas parfaite. Mais il ne peut être réfuté que le développement des modes de gouvernance vont dans ce sens à l'heure actuelle. Du plus petit niveau – l'échelon local, où se trouvent les citoyens – au plus haut – l'étage international, la Commission Européenne par exemple – que ce soit dans les sphères privées ou publiques, les caractéristiques expérimentalistes émergent et plaisent. Livre blanc, directives, méthode ouverte de coordination, plans, programmes, stratégies, actions locales et décentralisées, mouvements citoyens, etc. L'approche de l'expérimentalisme démocratique est de plus en plus présente. Le consensus se dégage pour faire participer le plus de monde possible à l'élaboration des normes, pour échanger savoirs et connaissances, tout en gardant une discipline et une responsabilité forte. Pourquoi précisément cette méthode d'organisation apparaît? Sabel nous parle de diversité, volatilité, complexité, urgence... Derrière ces notions, se trouve peut-être le fait que les personnes se trouvent plus libres, plus « capables » et autonomes, et expriment leurs désirs de communication, de rencontres et d'échanges. Le monde a bien changé depuis la démocratie de l'antiquité grecque. Et ce dernier siècle a bougé encore plus vite. Et ces dernières années aussi, toujours plus rapidement. Notre capacité d'agir sur le monde, plus précisément sur notre environnement naturel, n'a fait que grandir, pour se révéler incroyablement puissante. Nous nous retrouvons donc de plus en plus liés. L'interdépendance entre de multiples composantes de notre vie ne

fait que croître. La complexité induite par cette interdépendance serait un des facteurs expliquant l'émergence de modes expérimentalistes. Cependant elle n'explique pas tout. Et il serait intéressant de comprendre exactement pourquoi ces méthodes apparaissent pour mieux appréhender le changement de régulation que cette approche demande. Beaucoup d'études ont déjà été entamées dans ce domaine. Tant au niveau théorique qu'à un niveau plus concret. Elles sont et seront toutes utiles.

En conclusion, le modèle régulateur « *democratic experimentalism* » présente une nouvelle approche. Davantage basé sur la capacité des acteurs, il veut rompre avec la hiérarchie inflexible, l'autorité brute et la volonté d'omniscience du modèle régulateur traditionnel dit « *command and control* ». Si on a pu pendant tout un temps se reposer sur ces caractéristiques afin d'assurer à notre esprit une certaine « *sécurité juridique* », le temps est venu – et il semble s'imposer plus que d'être volontairement créé – pour une autre approche, pour des autres méthodes du « *vivre-ensemble* ». Il reste des questions, et c'est normal car l'Homme reste un être insondable et garde en lui une part de mystère. Mais beaucoup de penseurs réfléchissent pour répondre à ces questions, pour améliorer et approfondir le système. En attendant, afin d'arriver au standard d'une société de paix et du bonheur pour tous, nous pouvons expérimenter chaque jour l'espace public constitué par chacun de nous.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA PROTECTION DES VARIÉTÉS VÉGÉTALES EN AFRIQUE DE L'OUEST ET CENTRALE

Auteur(s) : Konstantia KOUTOUKI
Nicole MATIP
Serges KWEMBOU

Revue : RDUS, 2011, volume 41, numéro 1

Pages : 133-158

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10297>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10297>

Page vide laissée intentionnellement.

LA PROTECTION DES VARIÉTÉS VÉGÉTALES EN AFRIQUE DE L'OUEST ET CENTRALE

par Konstantia KOUTOUKI*

Nicole MATIP**

Serges KWEMBOU***

Les méthodes agricoles traditionnelles et les variétés végétales sont chargées de couvrir la grande majorité des besoins nutritionnels et médicinaux des populations de l'Afrique de l'Ouest et centrale. Les régimes du droit international et régional de la propriété intellectuelle sont analysés comme une possibilité d'instrument juridique pour la protection de ces méthodes traditionnelles agricoles et des variétés végétales. Toutefois, comme le document le démontre, ces moyens conventionnels de protection juridique ne peuvent pas nécessairement satisfaire les besoins des gens qui tentent d'assurer l'accès et la capacité à fournir de la nourriture et des médicaments suffisants pour leurs communautés.

At present, great reliance is placed on traditional agricultural methods and plant varieties in order to meet the nutritional and medicinal needs of the people of western and central Africa. International and regional intellectual property regimes are examined as possible legal instruments of protection for these traditional agricultural methods and plant varieties. However, as this article points out, these conventional legal means of protection may not meet the needs of people wishing to develop the capacity to provide adequate food and medicine for their communities.

*. Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et conseillère principale (Ressources naturelles) au Centre de droit international du développement durable.

** . Docteure en droit, chercheure postdoctorale, assistante de recherche au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal.

*** . Juristeconsulte en propriété industrielle, Cabinet Fandio & Partners Consulting (SCP), Mandataire agréé OAPI.

SOMMAIRE

L'Union internationale pour la protection des obtentions végétales (UPOV)	138
La protection des variétés végétales par le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture	140
La Convention sur la diversité biologique.....	142
La loi modèle OUA et le droit des communautés locales	147
L'accord de Bangui de 1999.....	150
L'ADPIC	152
Conclusion	156

Les sols, les eaux et les ressources génétiques sont les fondements de l'agriculture et de la sécurité alimentaire mondiale¹. Cette affirmation est d'autant plus pertinente au regard des modes de vie des pays en voie de développement comme ceux d'Afrique. En fait, les Africains vivent de l'agriculture de subsistance. Cette agriculture basée sur les tubercules, les feuilles, les racines, les fruits ainsi que les champignons constituent leur alimentation de base et participe du même coup la sécurité alimentaire de ces pays.

C'est l'agriculture pratiquée à une moindre échelle et non pas une agriculture intensive ou encore celle pratiquée à des fins commerciales qui doit être soutenue et encouragée. Il s'agit en fait de parer aux besoins nutritionnels de la plupart des pays d'Afrique centrale et de l'Ouest. En effet, selon la Banque mondiale, « l'application de la biotechnologie dans le domaine agricole a un impact énorme dans tous les secteurs couverts par l'agriculture au rang desquels figurent la productivité agricole et animale, la stabilité du rendement, la durabilité environnementale... Ainsi, la biotechnologie est certes un domaine ayant des aspects positifs et porteur d'espoir, mais les investissements actuels sont largement concentrés dans le secteur privé, mû par des intérêts commerciaux, et non pas axé sur les besoins des pauvres »².

Pour ce qui est de l'Afrique de l'Ouest et l'Afrique centrale, ils sont d'importants centres de biodiversité. En effet, la République démocratique du Congo (RDC), située en Afrique centrale, est un pays riche en biodiversité. Ainsi, la RDC et seize autres pays du bloc représentent à eux seuls plus de 70 pour cent de la biodiversité du monde³. En outre, la Forêt guinéenne située en Afrique de l'ouest est considérée comme l'un des points

-
1. Christian LÉVÊQUE, *La biodiversité*, coll. «Que sais-je», Paris, Presses Universitaires de France, 1997, p. 47.
 2. Banque Mondiale, *World Development Report 2008: Agriculture For Development*, p. 159-162.
 3. <<http://www.pbs.org/moyers/journal/07062007/megadiversity.html>> (Consulté le 27 juin 2010).

culminants en terme de biodiversité (*hotspot*) car elle comprend « l'ensemble des forêts et des plaines situées en Afrique de l'Ouest qui s'étendent de la Guinée en passant par l'est de la Sierra Leone jusqu'à la rivière Sanaga au Cameroun »⁴.

En ce qui concerne l'agriculture, l'Afrique centrale et de l'Ouest sont les principaux foyers de la diversité du riz africain (*Oryza glaberrima*), du mil, de l'igname (*Dioscorea spp.*), du sorgho (*Sorghum bicolor*), du niébé (*vigna unguiculata*), du fonio (*Digitaria exilis*), etc⁵. La longue pratique de l'agriculture a permis à ces agriculteurs d'obtenir un nombre important de cultivars adaptés à leur environnement⁶. Par conséquent, les communautés locales utilisent ces ressources biologiques pour leurs besoins quotidiens. Il s'agit entre autres des besoins en alimentation, en médecine traditionnelle, en habitat, ou encore, en cosmétique. Les semences et les plantes médicinales sont échangées entre paysans et guérisseurs traditionnels d'une même communauté ou entre communautés, la satisfaction des besoins quotidiens de survie étant la première préoccupation. L'alimentation de la majorité de la population est ainsi assurée par l'agriculture traditionnelle de type familial.

L'importance de l'agriculture en Afrique se traduit sur le plan pratique eu égard au fait que c'est le secteur « qui emploie le plus grand nombre de main d'œuvre en Afrique »⁷. Les semences sont transmises de génération en génération et échangées entre

-
4. Un hotspot contient un nombre particulièrement élevé d'espèces endémiques mais, leur superficie totale ne couvre que 2,3 pour cent de la surface terrestre de la planète En ligne : http://www.biodiversityhotspots.org/xp/hotspots/west_africa/Pages/default.aspx (Consulté le 27 juin 2010).
 5. Niangado OUMAR, « Enjeux des DPI pour la recherche agricole et la filière des semences en Afrique de l'ouest et du centre », dans Ricardo MENDEZ ORTIZ, Christophe BELLMAN, Anne CHETAILE et Taouk ABDALLAH (dir.), *Commerce, Propriété Intellectuelle et développement durable vus de l'Afrique*, (2002), en ligne : <http://ictsd.net/downloads/2008/06/dakar_chapter7.pdf> (Consulté le 7 mai 2011).
 6. *Id.*, p. 128.
 7. *Women Aid Collective (WACOL), CEDAW and Accountability to Gender Equality in Nigeria: A Shadow Report*, 35 (2008), p. 55.

paysans, parents ou amis, ou vendues sur les marchés locaux⁸. Rien d'étonnant donc à ce que la population Africaine issue de cette partie du globe dépende pour 85 à 90 % de la biodiversité⁹.

Le terme « droit de propriété intellectuelle » - ainsi que les conséquences que ce vocable induit - était jusqu'à très récemment inconnu du jargon de la plupart des cultivateurs africains. Cependant, avec la signature de l'Accord relatif aux aspects de droit de propriété intellectuelle qui touchent au Commerce (l'ADPIC) en avril 1994, ce terme - utilisé auparavant par les experts - va désormais s'insérer dans les sciences de la vie puisque l'Accord par le biais de son article 27.3 (b) permet la brevetabilité du vivant. Ainsi, l'extension de l'objet du droit des brevets quant à sa définition - placé sous la coupe de la réglementation mondiale de la propriété intellectuelle - vise désormais un nombre considérable de personnes affectées *de facto* par ladite réglementation.

En effet, l'article mentionné ci-dessus oblige tous les pays membres à accorder des droits de propriété intellectuelle sur les variétés végétales soit par brevet, soit par un système *sui generis* efficace ou soit par une combinaison de ces deux moyens. Puisque les droits de propriété intellectuelle n'intègrent pas les droits des agriculteurs - pourtant reconnus par le Traité International sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) - ainsi que les droits des communautés locales mis en exergue par l'article 8 alinéa (j) de la Convention sur la diversité biologique, il est légitime de s'interroger sur les impacts de l'ADPIC, aussi bien sur la biodiversité que sur les personnes qui tirent leur principales ressources vivrières de la terre. En effet, cette problématique mérite d'être mise en exergue au regard du

8. Jeanne ZOUNDJIEKPON, « L'Accord de Bangui révisé et l'Annexe X relative à la protection des obtentions végétales » dans Ricardo Mendez Ortiz, Christophe BELLMAN, Anne CHETAILE et Taouk ABDALLAH (dir.), *Commerce, propriété intellectuelle et développement durable vus de l'Afrique*, (2002) en ligne : <http://ictsd.net/downloads/2008/06/dakar_chapter8.pdf> (Consulté le 27 janvier 2009).

9. N. OUMAR, préc., note 5, p. 128.

déséquilibre patent existant dans le droit international entre, d'une part l'accord puissant qu'est l'ADPIC - qui fait partie intégrante de l'OMC- et d'autre part la réglementation qui encadre le régime de la biodiversité ainsi que le droit des agriculteurs, ce dernier se caractérisant principalement par un manque évident de coercition et d'efficacité.

En réalité, l'appropriation du vivant et plus particulièrement du brevet sur le vivant permet aux obtenteurs de variétés végétales d'utiliser et de tirer des bénéfices des ressources phytogénétiques¹⁰. Désormais, pour les populations issues des régions de l'Afrique de l'Ouest et de l'Afrique centrale, notamment pour les agriculteurs qui ont créé et maintenu ces variétés végétales, tout l'enjeu consiste à exclure le monopole absolu sur ces ressources en militant pour un partage des avantages. On retrouve d'ailleurs dans certains textes relatifs à la protection de la diversité biologique des normes pouvant faciliter cet état de fait. Néanmoins, l'utilisation de ces textes peut produire l'effet inverse de celui attendu rendant ainsi difficile leur utilisation par les communautés locales et les agriculteurs surtout face aux exigences de l'ADPIC.

L'Union internationale pour la protection des obtentions végétales (UPOV)

La Convention d'Union de Paris de 1883 ne traite pas des obtentions végétales, si ce n'est dans son article premier, pour inclure les fruits et les fleurs dans le domaine de la propriété industrielle. Une convention spécifique a été adoptée en 1961 à Paris pour instituer une Union internationale pour la protection des obtentions végétales et assurer des droits à l'obteneur ou à ses ayants cause tout en laissant libre, l'accès à la variété: la convention dite «UPOV». Le droit d'Obtention Végétale (DOV)

10. Isidore Léopold MIENDJEM et Patrick JUVET LOWE G., « Libres propos sur la législation OAPI relative aux obtentions végétales », (2010) 14-3 *Lex Electronica*. 7.

représente une forme, parmi d'autres, de droits *sui generis*¹¹ sur les variétés végétales. Cette convention a été initiée par des pays européens qui souhaitaient d'une part, harmoniser les régimes nationaux de protection des obtentions végétales existant dans certains pays depuis 1920 et, d'autre part disposer d'un instrument de protection différent de celui du brevet. Ce texte a été révisé à trois reprises, en 1972, 1978 et 1991. L'Union qui a ainsi été créée est considérée comme un organe intergouvernemental, qui établit des règles internationales en matière de protection des variétés végétales¹².

L'UPOV instaure pour la protection des variétés végétales, des certificats d'obtentions végétales (COV). Ainsi, pour ce qui est des conditions de fond, l'UPOV accorde des droits exclusifs à ceux qui produisent de nouvelles variétés végétales¹³, distinctes¹⁴ des variétés les plus proches connues, homogènes (tous les individus d'une même génération doivent être semblables)¹⁵ et stables (les individus restant semblables d'une génération à l'autre)¹⁶. Les conditions de forme sont relatives à la dénomination de la variété végétale¹⁷, ainsi qu'à des formalités exigées dans certains États contractants. Ce sont les critères retenus pour l'obtention du certificat d'obtention végétale (COV).

La Convention est, dans un certain sens, en adéquation avec les droits des communautés locales et des agriculteurs et ce, pour deux raisons. D'une part, l'obtenteur peut se servir de la variété protégée pour en créer une nouvelle (hormis les variétés

11. Selon l'ADPIC, ce système caractérise la possibilité pour les pays d'élaborer leurs propres règles pour protéger les obtentions végétales avec une forme de droit de propriété intellectuelle à condition que cette protection soit adéquate et efficace.

12. <http://www.upov.int/en/about/upov_convention.htm> (page consultée le 28 juin 2010).

13. *Convention Internationale pour la Protection des Obtentions Végétales*, acte révisé, 1991, article 6.1.

14. *Id.*, art. 7.

15. *Id.*, art. 8.

16. *Id.*, art. 9.

17. *Id.*, art. 5.2 et 20.

essentiellement dérivées). D'autre part, cette Convention permet à l'État d'autoriser l'agriculteur à utiliser sa récolte pour semer l'année suivante et bouturer les plantes (sous certaines conditions résultant de la nouvelle version de l'UPOV acte de 1991). Cependant, certains aspects du traité sont moins favorables pour les communautés locales et les agriculteurs.

La variété à protéger par le COV doit être créée et non découverte. La définition juridique et scientifique de « création » implique que la manipulation scientifique engendre une variété qui peut être protégée, tandis que la manipulation à la façon traditionnelle des fermiers africains pendant des générations, n'est qu'une découverte hors de la protection de UPOV.

En outre, hormis cette argumentation, la manipulation génétique des plantes est à l'origine de la technologie « *Terminator* » qui a pour effet de produire des plantes stériles qui ne peuvent plus être utilisées par l'agriculteur durant les années suivantes. Par conséquent, cette technologie a un impact sur la sécurité alimentaire, car les cultivateurs en Afrique ne disposent pas suffisamment de ressources leur permettant de racheter chaque année les semences protégées par le COV. Par le biais de cette technologie, la sécurité alimentaire qui était autrefois garantie par l'échange des semences qui se transmettaient de génération en génération entre familles ou amis, est menacée.

La protection des variétés végétales par le Traité international sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture

Le Traité sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture a été adopté par la résolution 3/2001 du 2 novembre 2001. Il a remplacé l'Accord appelé l'Engagement International de la FAO sur les ressources phylogénétiques adopté en 1983¹⁸. Ce traité opère un revirement

18. *Traité sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture*, adopté le 3 novembre 2001, en ligne : <http://www.fao.org/>

fondamental en ce qui concerne la problématique ayant trait aux ressources génétiques. De prime abord, le Traité sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture ne s'oppose pas à l'obtention des droits de propriété intellectuelle sur les variétés végétales. Dans ce cas de figure, il y a une appropriation privée des ressources génétiques. Ces droits de propriété intellectuelle concernent les obtenteurs dont les travaux permettent de mettre au point de nouvelles variétés de plantes indispensables pour l'alimentation et l'agriculture¹⁹.

Néanmoins, et c'est en cela que le traité prend en compte les intérêts des agriculteurs et des communautés locales, la reconnaissance de ces droits de propriété intellectuelle doit se faire en prenant en considération les droits des agriculteurs ainsi que la reconnaissance de la contribution ancestrale des communautés locales à la conservation et au développement des ressources génétiques. Cette disposition se retrouve à l'article 9 du Traité qui invite les États membres à prendre des mesures afin de « protéger et promouvoir le droit des agriculteurs, [ainsi que] [...] la protection des connaissances traditionnelles, le droit de participer au partage des avantages et le droit de participer à la prise de décisions ».

En outre, on retrouve dans le Traité la possibilité pour les agriculteurs de garder les semences et de les réensemencer d'une année à l'autre. Par ailleurs, afin de favoriser le transfert des technologies, il est prévu dans le traité une disposition selon laquelle les obtenteurs sont exemptés de partager leurs avantages financiers sous condition bien entendu, que leurs produits soient disponibles sans restriction pour d'autres bénéficiaires à des fins de recherche et de sélection²⁰.

biodiversity/conventionsandcodes/plantgeneticresources/fr/ (consulté le 28 avril 2010).

19. *Résolution 3/2001* de la FAO.

20. *Supra*. note 18, art. 13.2d) ii).

De plus, on retrouve dans ce traité, « un système multilatéral d'accès et de partage des avantages »²¹ entre les États membres. D'ailleurs, il a été annexé au traité une liste des espèces cultivées couvertes par le système et maintenues dans les collections *ex-situ* des Centres internationaux de recherche agronomique du Groupe consultatif pour la recherche agricole internationale²² et dans d'autres institutions internationales²³.

Ces normes prenant en compte les intérêts des agriculteurs et des communautés locales ont été réitérées, pour la plupart, en 1992 au sein de la Convention sur la diversité biologique. Nous verrons également que les problématiques soulevées quant à la mise en œuvre de la CDB s'appliquent également au Traité sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture.

La Convention sur la diversité biologique

D'entrée de jeu, l'avènement des biotechnologies dans les années 1980 va contribuer à la remise en cause du libre accès aux ressources génétiques prôné par l'engagement international de la FAO de 1983²⁴. En effet, les activités de bioprospection par les industriels ont pour effet direct une appropriation privative des ressources génétiques se manifestant par la détention des titres de protection sur le matériel créé ou découvert. Or, il est apparu que les communautés locales et indigènes des PVD, qui ont entretenu cette diversité biologique et qui en dépendent, sont, elles aussi, menacées par ces activités. En effet, outre le fait que leurs modes de subsistance, mais aussi leurs systèmes de savoirs et leurs pratiques innovatrices, édifiées sur plusieurs générations, dépendent de cette biodiversité, les ressources biologiques en Afrique sont aussi riches que variées.

21. *Id.*, art. 10.2.

22. *Id.* art. 15.1 a).

23. *Id.* art. 15.5.

24. Anne CHETAILLE, « Ressources phylogénétiques : la fin du libre accès? », *VECAM*, (2008), en ligne : <<http://vecam.org/article1038.html>> (consulté le 28 avril 2010).

Le cas de la plante *Hoodia cactus* provenant de l'Afrique australe illustre, à elle seule, la complexité de la notion du partage des bénéfices prônés, entre autres, par la Convention sur la diversité biologique. D'entrée de jeu, le peuple San du désert du Kalahari a longtemps utilisé cette plante afin de contrôler ou de réguler leur sensation de faim et de soif. Le Conseil de la recherche scientifique et industrielle (CSIR), l'une des plus grandes organisations de recherche en Afrique, a obtenu un brevet en lien avec les principes actifs de la plante de *Hoodia*. En 1998, une licence pour le développement et la commercialisation du brevet a été concédée à la société Phytopharm située au Royaume-Uni²⁵. Selon ladite société, la valeur estimée des produits commerciaux résultant de *Hoodia* se situait aux environs de trois milliards par an pour les États-Unis seulement. Toutefois, lorsqu'on posa au directeur général de Phytopharm la question de savoir pourquoi le peuple San ne recevait aucun avantage, et ce, malgré leurs connaissances découlant de l'exploitation de la plante précitée, il répondit exactement ceci :

Honnêtement, je pensais que ces Bushmen avaient disparu et je suis désolé d'apprendre qu'ils se sentent lésés. Je suis ravi à l'idée de savoir que c'est un peuple qui existe toujours et leur communauté doit être reconnue. La propriété des plantes médicinales est extrêmement complexe, mais j'ai toujours pensé que ce type de connaissances est l'atout le plus précieux des tribus indigènes. Au lieu de tisser de paniers ou encore de faire venir des touristes, les redevances sur les médicaments pourraient transformer leurs perspectives [notre traduction]²⁶.

-
25. Kabir BAVIKATTE, Harry JONAS et Johanna VON BRAUN, « Shifting sands of abs best practice : Hoodia from the community perspective » (2009) en ligne : <http://www.unutki.org/default.php?doc_id=137> (consulté le 28 juin 2010).
26. Richard DIXEY cité dans le journal Guardian, en ligne : <<http://www.guardian.co.uk/world/2001/jun/17/internationaleducationnews.businessofresearch/print>> (Consulté le 28 juin 2010).

Après des protestations aussi bien par les San que par les ONG, il a été établi que le peuple San recevra 6% de toutes les redevances du CSIR²⁷.

Ainsi, et eu égard à ce qui a été dit ci-dessus, cela devient quasiment une évidence que les pays d'Afrique de l'Ouest et centrale, comme la plupart des pays en voie de développement, ne souhaitent pas limiter la convention aux seuls aspects de la conservation *stricto sensu*, mais ont poussé à l'élaboration d'une convention fondée sur un régime de redevances en échange de l'exploitation de leur capital génétique par les pays industrialisés²⁸. Le principe tendant à considérer les ressources génétiques situées sous le joug des pays africains comme patrimoine commun de l'humanité a été remis en cause par ces derniers. Désormais, il n'était plus question de permettre le libre accès à des ressources qui pouvaient être monnayées, sauf si des mesures compensatoires, comme le transfert de technologies par exemple, permettaient d'indemniser ceux qui s'estiment détenteurs de ces ressources²⁹.

La CDB est juridiquement obligatoire pour tous les pays³⁰ qui y ont adhéré³¹. Les revendications des pays en voie de développement ont été intégrées dans celle-ci. Ainsi, l'article 8 alinéa (j) impose aux Parties à la Convention de prendre en compte les droits des communautés, des agriculteurs ou encore des

27. Rachel WYNBERG, « Rhetoric, Realism and Benefit Sharing: Use of Traditional Knowledge of Hoodia Species in the Development of an Appetite Suppressant », (2004) *The Journal of World Intellectual Property*, 851, p. 860.

28. Keith AOKI, « Seeds of Dispute: Intellectual-Property Rights and Agricultural Biodiversity », (2009) 3 *Golden Gate U. Env'tl. L.J.* p.79.; voir aussi : C.LÉVÊQUE, préc., note 1, p. 115.

29. Marie-Angèle Hermitte, « La gestion d'un patrimoine commun : l'exemple de la diversité biologique », dans M. Barrère (éd.sc.), *Terre, patrimoine commun*, Paris, la Découverte, 1992, p. 128-129.

30. La Convention sur la Diversité Biologique : 191 États sont parties à cette Convention mais à ce jour, il n'y en que 168 qui l'ont ratifié; informations disponibles à l'adresse <<http://www.cbd.int/information/parties.shtml>> (Consulté le 28 avril 2010).

31. Id., art. 4.

paysans lorsqu'ils utilisent les ressources biologiques situées sous leur joug. De plus, elle consacre au travers de l'article 15-1, un principe nouveau qui est le droit de souveraineté des États sur leurs ressources biologiques. De plus, l'accès aux ressources génétiques est soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause de la partie contractante qui fournit lesdites ressources, en l'occurrence, l'État³². En outre, des modalités d'accès et de partage des avantages issus de l'exploitation des ressources biologiques sont réglementées à l'article 15-2 de la CDB. Ledit partage qui se doit d'être équitable³³ « peut se faire soit par des transferts financiers dans des cadres contractuels, soit par accès préférentiel aux technologies »³⁴.

Le transfert de technologie peut se révéler d'une importance capitale pour les agriculteurs de l'Afrique de l'Ouest et centrale. Selon le professeur Bratspies :

Je tiens à souligner les méfaits ou les dommages causés par la plante parasite dénommée *Striga*. En effet, cette plante infecte presque quatre-vingts pour cent des terres agricoles en Afrique de l'Ouest et représente environ sept milliards de dollars estimés en perte de rendement en Afrique subsaharienne (il y a lieu de garder à l'esprit que ce sont les moyens des fermiers de l'agriculture de subsistance). Cette plante parasite affecte la vie d'une centaine de millions de personnes. Comment s'opère le processus de destruction? En fait, la plante parasite *Striga* s'incruste dans la semence de maïs alors que cette dernière est en pleine germination et suce les nutriments de la graine. Il existe des pratiques qui peuvent contrer l'effet dévastateur de cette plante. Malheureusement, lesdites techniques sont inaccessibles aux agriculteurs qui pratiquent une agriculture basée sur la subsistance dans la mesure où leur prévisibilité à long ou à moyen terme n'est pas visible alors même que l'utilisation de ces techniques imposent des coûts immédiats en lien avec la

32. *Id.*, art. 15.5.

33. *Id.*, art. 15.7.

34. I. L. MIENDJIEM et P. JUVET LOWE G, préc., note 10, p. 8.

possession d'une connaissance approfondie du cycle de vie d'une plante, connaissance souvent manquante chez ce type d'agriculteurs. Il existe également des traitements efficaces à base de pesticides mais, les agriculteurs peuvent difficilement s'en procurer du fait de leur tendance à être extrêmement coûteux. C'est pour toutes les raisons précitées ci-dessus que la plante parasite striga cause autant de problèmes aux agriculteurs qui pratiquent l'agriculture de subsistance, car ce sont les moins lotis en terme financier afin de parer aux dégâts (infections) que causent ladite plante.

Une nouvelle technologie a été mise au point dans le but de parer aux effets dévastateurs causés par la plante précitée. Ladite technologie se dénomme StrigAway. StrigAway est un herbicide fabriqué à base de maïs. Il y a lieu d'indiquer que ce n'est pas un organisme génétiquement modifié. Néanmoins, il a été mis au point à partir des techniques inhérentes à la biotechnologie moderne³⁵.

Malheureusement, la CDB n'est pas en mesure de pallier le manque de transfert de technologie qui touche les personnes issues de cette partie du globe et, par conséquent, n'est pas en mesure de les aider efficacement, et ce, eu égard aux insuffisances, aux carences résultant de ces propres dispositions. Ainsi, une de ses plus grandes lacunes réside dans le fait qu'elle ne prévoit pas de mesures coercitives efficaces, comme c'est le cas dans l'ADPIC notamment, avec son système de « rétorsions croisées »³⁶. La mise en œuvre de ses dispositions est laissée à la libre appréciation des parties qui peuvent opter soit pour le règlement politique, l'arbitrage ou encore, le recours à la Cour Internationale de Justice (CIJ)³⁷.

En outre, pour ce qui est du consentement, c'est celui de l'État qui est requis et non celui des communautés locales ou des

35. Rebecca M. BRATSPIES, « Biotechnology, Sustainability & Trust », (2009) 18 WTR KSJLPP 273, p. 288.

36. Voir les arts. 1.1; 51 à 61 de l'ADPIC.

37. Voir art. 27 de la Convention sur la Diversité Biologique préc. note 30.

agriculteurs. Or, ayant pleinement conscience des rapports conflictuels que la plupart des États du monde entretiennent avec leur population, il y a lieu de penser que cette disposition aura du mal à être mise en œuvre dans la mesure où la CDB laisse en fait au gouvernement « le soin de reconnaître s'il estime nécessaire un DPI au bénéfice des populations autochtones »³⁸.

Enfin, la mise en œuvre de la CDB doit se faire en conformité avec les législations ayant trait à la propriété intellectuelle³⁹. Autrement dit, lors de la mise en œuvre de la CDB, on ne doit pas contrevenir aux dispositions de l'ADPIC qui est l'accord supranational de référence en matière de propriété intellectuelle. Et quand on sait que cet accord soulève divers problèmes quant à sa mise en œuvre, notamment par les pays en voie de développement, on reste perplexe quant à l'application de la CDV par lesdits pays.

La loi modèle OUA et le droit des communautés locales

L'Organisation de l'Unité africaine dénommée ci-après OUA est une organisation régionale africaine regroupant pour la plupart les États situés au sud du Sahara. Elle a été mise en place en 1963 et a fonctionné jusqu'en 2002 sous cette dénomination. À partir de cette date, son nom a changé pour devenir l'Union africaine (UA). Cette organisation milite pour le renforcement de l'unité et la solidarité entre les États membres⁴⁰.

38. Christine NOVILLE, « Biodiversité et propriété intellectuelle. L'impossible conciliation? », dans Sandrine MALJEAN DUBOIS (dir.), *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement*, Centre d'études et de recherches internationales, 2002, à la page 122.

39. Préc. note 30, art. 16.5 et 22 de la CDB.

40. Union Africaine, « L'Union Africaine en bref », en ligne : <http://www.africa-union.org/About_AU/fmuaenbref.htm> (Consulté le 17 novembre 2008).

Eu égard⁴¹ au constat fait par la Commission scientifique de ladite organisation en 1997 selon lequel les dispositions de l'ADPIC étaient incompatibles avec les réalités africaines, les États membres de cette organisation ont élaboré, en juillet 2001, une loi dénommée loi modèle. Cette législation a le mérite de prendre en compte les intérêts des communautés locales ainsi que les agriculteurs, « artisans oubliés » par l'ADPIC.

Ainsi, concernant les communautés locales, la loi modèle OUA leur confère, entre autres, le droit de profiter collectivement de l'utilisation de leurs ressources biologiques ou encore, l'exercice de droits collectifs en tant que détentrices et utilisatrices légitimes des ressources⁴². En outre, l'État doit protéger les normes et pratiques coutumières⁴³ et s'assurer que « les variétés des agriculteurs sont reconnues et protégées conformément aux pratiques et lois coutumières en vigueur dans les communautés agricoles locales concernées, qu'elles soient écrites ou non »⁴⁴. De plus, cette loi leur laisse la possibilité d'échanger les semences qu'ils ont conservées et de pouvoir les transmettre de génération en génération. En effet, la conservation et l'échange des semences sont des droits inhérents aux pratiques culturelles traditionnelles que les rédacteurs de la loi modèle OUA ont à juste titre mis en exergue.

De plus, le droit des obtenteurs⁴⁵ se trouve restreint dans cette loi puisque toute personne peut, dans un but non commercial, multiplier ou utiliser les plantes faisant l'objet d'une protection⁴⁶. Par le biais de cette disposition, les rédacteurs de la loi modèle OUA ont voulu faire bénéficier à la communauté africaine des avancées de la technologie en matière de

41. Isidore Léopold MIENDJEM et Patrick JUVET LOWE G, préc., note 10, p. 9; voir Paul KURUK, « The Role of Customary Law Under Sui Generis Frameworks of Intellectual Property Rights in Traditional and Indigenous Knowledge », (2007) 17 Ind. Int'l & Comp. L. Rev. 67.

42. La loi modèle OUA, art. 17.

43. *Id.*, art. 18.

44. *Id.*, art. 26.

45. *Id.*, art. 40.

46. *Id.*, art. 43 à 45.

biotechnologie. À notre avis, il s'agit d'une bonne initiative qui pourrait permettre aux États africains, à long terme, de favoriser le développement et la capacité technologique de leurs États. De même, l'accès aux ressources biologiques est réglementé.

Ainsi, le consentement informé préalable de l'État et des communautés locales et autochtones est requis lorsque l'on veut accéder aux ressources biologiques situées sous le joug des pays membres de l'Union africaine⁴⁷. En effet, la loi modèle reconnaît la contribution effective de ces communautés locales à la conservation des « connaissances, innovations et pratiques »⁴⁸ et exhorte donc les États à respecter leurs droits qui n'est pas le cas avec le CDB qui exige seulement le consentement informé préalable de l'État.

Bref, on le voit bien, les droits des communautés locales et des agriculteurs sont pris en compte par la loi modèle OUA. De plus, cette loi réalise un consensus incommensurable entre les pays développés et les pays en voie de développement. En fait, « c'est une loi marquée par l'équilibre entre les droits des communautés locales, des agriculteurs et ceux des obtenteurs. Elle est aussi marquée par le souci de préserver les systèmes traditionnels de culture essentiels au maintien de la biodiversité agricole et de la sécurité alimentaire »⁴⁹.

Néanmoins, elle comporte des lacunes du fait d'une carence en terme d'unité politique entre les pays de l'Afrique centrale et de l'Ouest. La cohérence et la coordination dans la mise en œuvre de leur politique commune, éléments cruciaux dont ces pays ont besoin afin de bénéficier des dispositions de la loi modèle sont tout simplement inexistantes⁵⁰. De même, les dispositions « avantageuses » de cette loi type nécessitent pour être efficaces la mise en place d'une législation et des institutions judiciaires

47. *Id.*, art. 3.

48. *Id.*, art. 5.

49. Isidore Léopold MIENDJEM et Patrick JUVET LOWE G, préc., note 10, p. 10

50. Voir Immanuel WALLERSTEIN, *Africa: The Politics of Independence and Unity*, Lincoln, University of Nebraska Press, 2005.

adéquates. Malgré cette lacune importante - notamment sur le plan pratique - cette loi a été saluée, car elle a le mérite d'être considérée comme un pas en avant dans la mesure où elle prend en considération les besoins aussi bien des communautés locales que les agriculteurs ayant opté pour l'agriculture de subsistance. Il y a lieu d'indiquer que cet Accord est en complète contradiction avec l'Accord de Bangui, car le flou juridique entourant la protection des communautés locales de l'Afrique de l'Ouest et de l'Afrique centrale ressort tout simplement de manière patente des dispositions dudit Accord.

L'accord de Bangui de 1999

Animés du désir de promouvoir la contribution effective de la propriété intellectuelle au développement de leurs États, d'une part, et soucieux de protéger sur leur territoire d'une manière aussi efficace et uniforme que possible les DPI, d'autre part, seize pays francophones⁵¹ ont signé l'Accord de Bangui du 2 mars 1977 instituant l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI).

Cet Accord a pour objectif essentiel d'assurer une harmonisation des lois sur la propriété intellectuelle. Ainsi, les pays membres sont soumis aux mêmes lois concernant la propriété intellectuelle, les annexes de la Convention de Bangui constituant, par conséquent, la législation nationale de chaque État membre⁵².

Pour ce qui est des objets de droit protégés, l'Accord de Bangui régit sur le plan de la propriété industrielle, les

51. Burkina Faso, Bénin, République Centrafricaine, Congo, Côte d'Ivoire, Cameroun, Gabon, Guinée Conakry, Guinée Bissau, Guinée équatoriale, Mali, Mauritanie, Niger, Sénégal, Tchad et Togo.

52. Martha Simo TUMNDE, « Harmonization Of Business Law in Cameroon: Issues, Challenges and Prospects », (2010) 25 Tul. Eur. & Civ. L. F., 119, p. 9 ; Pour une analyse détaillée du système OAPI, voir Nicole FLORENCE MATIP, « La révision du droit des brevets de l'OAPI » 13-1 *Lex electronica* (2008) en ligne : <<http://www.lex-electronica.org/articles/v13-1/matip.pdf>> (Consulté le 15 janvier 2009).

brevets d'invention, les marques, les dessins et modèles industriels, les modèles d'utilité, les noms commerciaux, les appellations d'origine, les indications de provenance, la répression de la concurrence déloyale et surtout, la très controversée Annexe X relative à la protection des variétés végétales qui, bien que figurant dans l'accord de Bangui révisé en 1999 pour se conformer aux prescriptions de l'ADPIC, n'est entré en vigueur que le 1^{er} janvier 2008⁵³.

Plus spécifiquement, pour ce qui est de la protection des variétés végétales, objet de notre étude, la procédure d'obtention du Certificat d'Obtention Végétale (COV) est soumise à condition. Autrement dit, la variété doit être nouvelle⁵⁴. Par ricochet, sont exclus de la protection de l'Annexe X la simple découverte, de même que les changements triviaux sans grande importance. La variété doit être distincte, homogène et stable.⁵⁵ Ce sont là les conditions de fond nécessaires pour l'obtention de la protection. De plus, le monopole de l'obtenteur se trouve accru par l'accord de Bangui dans la mesure où il est étendu à la « production ou la reproduction, le conditionnement aux fins de la reproduction ou de la multiplication, l'offre à la vente ou la vente (...). »⁵⁶. Ainsi, au vu de ce qui a été dit, on remarque que les principes contenus dans l'Annexe X de l'Accord de Bangui Acte de 1999 sont quasi identiques à celles que l'on retrouve dans la Convention UPOV.

Pourtant, les principes précités ne sont pas du tout adaptés au contexte africain. « [D]ans un environnement socioculturel dominé par l'idée de communauté qui débouche sur la collectivisation des ressources génétiques, la consécration d'un droit d'obtention végétale conçu selon le modèle UPOV, par

53. Serges KWEMBOU, « La procédure d'obtention d'un certificat d'obtention végétale à l'OAPI », document d'étude du Cabinet Fandjo et Partners Consulting (SCP), 15 novembre 2008, p. 1.; Voir aussi: Laurier Yvon NGOMBÉ, « Trente ans de Droit d'Auteur Dans l'Espace OAPI (Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle) », 2007, 41 R.J.T., 759, p. 761.

54. Bangui Acte de 1999, art. 3.

55. *Id.*, art 4, conditions identiques à celles de l'UPOV.

56. *Id.*, art. 29.1.

essence monopolistique, individuel et exclusif, ne peut être que théorique pour les communautés locales et populations autochtones ou indigènes et inadaptées à ces sociétés »⁵⁷. En outre, l'octroi aux obtenteurs d'un droit privatif à caractère individuel sur les variétés créées contraint l'agriculteur à racheter, chaque année, les semences couvertes par le COV⁵⁸. Par conséquent, « en leur interdisant de conserver librement ces semences d'une année à l'autre, le législateur OAPI limite leurs possibilités de procéder à des réensemencements et à des sélections à travers les échanges effectués entre frères, amis, voisins ou autres. Il y a là une véritable contradiction avec la culture africaine dominée par l'idée de communauté et de solidarité »⁵⁹. Enfin, des obstacles en lien avec l'ADPIC rendent difficile la prise en compte des intérêts des agriculteurs et des communautés locales sur le plan pratique.

L'ADPIC

De prime abord, l'ADPIC, par le biais de son article 27.3(b), entérine la possibilité de l'appropriation du vivant. Ainsi la biodiversité tombe sans équivoque sous le coup du régime juridique des DPI. Dès lors, les États doivent (ce n'est pas une faculté mais une obligation) protéger les variétés végétales soit par brevet, soit par un système *sui generis* ou une combinaison des deux moyens.⁶⁰

La catégorie juridique - a priori attractive - est le droit de brevet parce qu'il est considéré comme le droit de propriété industrielle le plus complet et le plus efficace sur les créations industrielles⁶¹. Seulement, cette forme d'appropriation rime

57. Isidore Léopold MIENDJEM et Patrick JUVET LOWE G, préc., note 10, p.14.

58. *Id.*, p.15.

59. *Id.*, p.15.

60. Voir Baris KARAPINAR, « Benefiting From Biotechnology: Pro-Poor Intellectual Property Rights and Public—Private Partnerships », (2008) 27 *Biotechnology L. Rep.* 189.

61. Jean-Claude GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, Paris, Dalloz, 2003, p. 59.

nécessairement avec la confiscation du savoir. Autrement dit, elle augmente les droits de l'obtenteur et restreint d'autant le principe du libre accès. Ainsi, ce système de protection exclut l'utilisation libre et gratuite des variétés brevetées comme ressources génétiques pour en créer de nouvelles⁶². De plus, dans la mesure où le paiement des redevances peut-être décourageant, le brevet autorise une certaine confiscation du savoir, et constitue finalement un frein à l'innovation, tout au moins à sa diffusion et au partage des connaissances⁶³.

Le brevet marque aussi la fin du «privilège du fermier» puisque l'agriculteur perd le droit de replanter gratuitement les semences issues de la récolte de l'année précédente. De même, l'obligation pour le demandeur de brevet de divulguer le contenu détaillé de son invention en contrepartie de sa protection risque de permettre l'érosion des droits des peuples indigènes et locaux qui verront leurs connaissances ancestrales manipulées par les intérêts commerciaux et de contredire leurs valeurs spirituelles religieuses⁶⁴. Avec le brevet appliqué au vivant, les firmes peuvent revendiquer un droit de propriété exclusif sur une partie d'information génétique détenue, jusque-là, sous une forme collective. C'est le cas des propriétés médicinales des plantes issues de la pharmacopée traditionnelle de certains peuples⁶⁵.

De plus, des actes de biopiraterie se sont multipliés par le biais du brevet. Ainsi, des ressources provenant notamment des pays en voie de développement ont été usurpées et utilisées sans leur assentiment ou encore leur consentement, et ont donné lieu à des appropriations exclusives sans partage des avantages avec les détenteurs desdites ressources biologiques. On pourrait citer entre

62. *Id.*, p. 959.

63. Peter K. YU, «The International Enclosure Movement », (2007) 82 Ind. L.J. 827.

64. Sitack YOMBATINA BÉNI, « Droit de l'environnement à l'épreuve des représentations culturelles africaines : une gestion à réinventer? », (2000) 15 R.D.J.A. 327.

65. Lauren WINTER, « Cultivating Farmers' Rights: Reconciling Food Security, Indigenous Agriculture, and Trips », (2010) 43 Vand. J. Transnat'l L. 223, p. 247.

autres, le cas de la *thaumatococchine* qui est un édulcorant naturel provenant des fruits d'un arbuste appelé *katemfe* (*Thaumatococcus daniellii*) de l'Afrique de l'Ouest et de l'Afrique centrale. Les communautés locales ont toujours exploité les fruits de cet arbuste comme édulcorant et rehausseur de goût. Plusieurs chercheurs provenant de la société *Lucky Biotech Corporation* et de l'Université de Californie ont reçu un brevet américain sur tous les fruits, les semences et les légumes transgéniques renfermant le gène produisant la thaumatococchine. Les pays détenteurs des connaissances originelles sur cette ressource ne tirent aucun profit de cette invention. Ils ne pourront même plus exploiter les fruits de cet arbuste comme c'était le cas avant.

En outre, l'ADPIC ne respecte pas non plus le principe de souveraineté des États prônée par la CDB⁶⁶ puisqu'il n'y fait tout simplement pas allusion. C'est pour cela que les PVD considèrent, et à juste titre, qu'il y a un conflit inhérent entre les deux instruments et que l'ADPIC doit être modifié pour supprimer ce conflit. Les raisons avancées par ces pays sont au nombre de deux. Ils estiment d'abord que l'ADPIC, en exigeant que certains matériels génétiques soient brevetables ou protégés par des droits sur les variétés végétales *sui generis* et en n'empêchant pas la délivrance des brevets pour les autres matériels génétiques, permet l'appropriation de ces ressources génétiques par des parties privées d'une manière qui est incompatible avec les droits souverains des pays sur leurs ressources génétiques prévues dans la CDB.

[L]a CDB impose aux États de protéger et de promouvoir les droits des communautés, agriculteurs et peuples indigènes quant à l'utilisation coutumière des ressources biologiques. En effet, ces communautés et peuples ont développé et transmis pendant des générations des savoirs, innovations et techniques qui sont considérés

66. L'article 15 paragraphe 5 de la CDB, l'accès aux ressources génétiques est régi par des conditions convenues d'un commun accord et il est soumis « au consentement préalable donné en connaissance de cause par les communautés locales et par l'État détenteur de ces ressources ».

comme leur propriété collective et ne devraient pas faire l'objet d'une appropriation privée⁶⁷.

Comme nous l'avons vu ci-dessus, la CDB prône le consentement préalable de l'État ainsi qu'un partage équitable des bénéfices. Pour ce qui est de ce partage, « il peut se faire soit par des transferts financiers dans des cadres contractuels, soit par accès préférentiel aux technologies »⁶⁸. L'autre argument avancé par ces pays repose sur le fait que l'ADPIC permet la délivrance de brevets ou l'octroi d'une autre forme de protection de la propriété intellectuelle pour les matériels génétiques sans garantir que les dispositions de la CDB, y compris celles qui concernent le consentement préalable en connaissance de cause et le partage des avantages, seront respectées⁶⁹.

De plus, l'ADPIC ne reconnaît ni explicitement, ni implicitement aucun DPI à l'égard des droits des communautés autochtones et locales. Autrement dit, l'ADPIC considère uniquement les DPI des individus et non ceux détenus sur une base collective par la communauté ou par la nation dans sa totalité. Les connaissances traditionnelles et locales, compte tenu de leur nature même, ne peuvent jouir d'une protection sous l'ADPIC. Pour s'en convaincre, le critère de nouveauté ne semble pas pouvoir s'appliquer aux connaissances et inventions traditionnelles, qui elles sont par essence anciennes⁷⁰. Par conséquent, les droits de propriété intellectuelle pourraient donc permettre à leurs détenteurs d'exploiter les innovations et créativité des communautés indigènes sans contrepartie. Cette situation prive ces communautés de bénéfices économiques essentiels à leur survie. En cause, l'agriculture qui n'est plus en grande partie contrôlée par les cultivateurs, les paysans ou encore

67. Isidore Léopold MIENDJEM, Patrick JUVET LOWE G, préc., note 10, p. 8.

68. *Id.*, p. 8.

69. OMC, Document IP/C/W/368 du 2 août 2002.

70. Sitack YOMBATINA BÉNI, « La biodiversité à l'épreuve des droits de propriété intellectuelle : quels enjeux pour l'Afrique? », p. 15 en ligne : <<http://www.dhdi.free.fr/recherches/environnement/articles/sitackipr.htm>> (consulté le 30 juin 2010).

les communautés locales mais par les entreprises semencières. Alors, la question que l'on se pose véritablement est celle de savoir quelles sont les alternatives que l'on peut proposer pour parer les difficultés précitées⁷¹.

Conclusion

En dernière analyse, un réaménagement est nécessaire tant au niveau international que national. Ainsi au plan international, celui-ci pourrait se faire par une mise en œuvre beaucoup plus accrue de la coopération technique prévue à l'article 67 de l'ADPIC. Cette avancée pourrait bénéficier aux pays en voie de développement lors du transfert de technologie que les pays développés doivent davantage promouvoir. Toutes ces initiatives sont stipulées dans la plupart des accords internationaux comme l'ADPIC, précité, la CDB ou encore, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI). Néanmoins, la mise en œuvre demeure difficile sur le plan pratique. En fait, on constate « un déficit démocratique » dans la prise de décisions. Autrement dit, il existe de multiples foyers de normativité sur lesquels les États n'ont aucune prise. Ces foyers sont alimentés et contrôlés par des acteurs non étatiques jouissant de capacités financières qui dépassent celles des états eux-mêmes. En dénote, par exemple, l'ADPIC qui a été initié et adopté sous la pression des lobbies des industries pharmaceutiques, semencières et chimiques.

De plus, la question de savoir si l'obligation faite au requérant d'un brevet de déclarer la source d'une ressource génétique ou d'un savoir traditionnel est compatible avec le traité sur le droit des brevets devrait faire l'objet de plus de débats au niveau international. En effet, les avis divergent quant à cette obligation, mais toujours est-il que la mention de la ressource

71. Zachary HILLER, « The Promise & Peril of Trips », (2009) 17 SUM Currents: Int'l Trade L.J. 54, p. 55-59. Voir aussi Konstantia KOUTOUKI, « A Legal Placebo : The Role of International Patent Law in the Protection of Indigenous Traditional Knowledge of Medicinal Plants », (2010) 26 CIPR 19.

génétique adoptée par le Danemark et la Suisse⁷² permettra de vérifier beaucoup plus facilement si les principes de la CDB ont été respectés⁷³. De même, y associer les labels et les indications géographiques permettrait non seulement de renforcer le concept de l'origine des biens, mais aussi de permettre aux détenteurs de ces ressources génétiques (pays en voie de développement) de participer à la mise en valeur de leur terroir⁷⁴.

Toutefois, le réaménagement serait plus significatif s'il était fait au niveau national :

L'enjeu repose sur la définition de stratégies cohérentes sur les droits de propriété intellectuelle et les biotechnologies d'une part, et sur l'accès et le partage des ressources génétiques, d'autre part. De nombreux pays en développement sont contraints d'adopter des régimes sur les droits de propriété intellectuelle, notamment pour la protection des obtentions végétales, sans avoir au préalable pu définir des stratégies sur les biotechnologies et l'accès aux ressources génétiques. En outre, la définition de stratégie nationale sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages nécessite de pouvoir évaluer les enjeux économiques, environnementaux et sociaux d'une option politique et juridique (approche bilatérale ou multilatérale) en fonction de l'utilisation finale des ressources génétiques (industrielle, pharmaceutique, agricole, etc.).⁷⁵

Par ailleurs, il serait intéressant que la loi modèle OUA soit érigée et acceptée comme modèle *sui generis*, et ce, au même titre

72. Néanmoins, ces pays dans le cadre de leur législation respective sur le brevet ne disposent pas de sanctions autonomes en cas de non respect de l'obligation de déclarer la source, ce qui rend cette disposition inefficace.

73. François COURCHOD, « Compatibilité avec le Traité sur le droit des brevets de l'obligation de déclarer la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels » (2005) 3 *Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle* 1.

74. M.-A. HERMITTE, cité par Christine NOVILLE, préc., note 38, p. 131.

75. Anne CHETAILLE, préc., note 24, p. 8.

que l'UPOV. Mais la véritable révolution consisterait dans le fait que l'OAPI puisse revoir le contenu de l'Annexe X relative aux obtentions végétales afin d'y intégrer les dispositions relatives à la loi modèle de l'OUA d'une part, et d'intégrer des dispositions pertinentes « qui encadrent les risques liés à la manipulation génétique »⁷⁶ d'autre part.

La prise en compte à la fois des intérêts des obtenteurs et agriculteurs, paysans et communautés locales participera à la croissance des denrées alimentaires en Afrique de l'Ouest et centrale. Par conséquent, le concept de sécurité alimentaire dans cette partie du globe ne s'en trouvera que mieux préservé.

76. Isidore Léopold MIENDJEM et Patrick JUVET LOWE G, préc., note 10, p. 18.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'AVÈNEMENT DU CONSTITUTIONNALISME EN OCCIDENT :
FONDEMENTS PHILOSOPHIQUES ET CONTINGENCE
HISTORIQUE

Auteur(s) : Jean LECLAIR

Revue : RDUS, 2011, volume 41, numéro 1

Pages : 159-218

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10299>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10299>

Page vide laissée intentionnellement.

L'AVÈNEMENT DU CONSTITUTIONNALISME EN OCCIDENT : FONDEMENTS PHILOSOPHIQUES ET CONTINGENCE HISTORIQUE

par Jean LECLAIR*

Pour le bénéfice des non-initiés aux arcanes du droit constitutionnel occidental, l'auteur, après avoir brièvement décrit les notions de « droit constitutionnel » et de « constitutionnalisme », s'attarde à retracer les idées-forces qui, en Occident, ont rendu possible l'avènement de ces notions. Par la suite, il examine la trajectoire historique empruntée plus spécifiquement par les constitutionnalismes anglais, français et américain. L'auteur cherche ainsi à démontrer que, malgré la contingence historique du constitutionnalisme canadien, les principes philosophiques qui en sont à la source tirent leur origine de ce qu'on pourrait appeler un « patrimoine intellectuel » occidental.

For the benefit of those unacquainted with the arcane features of Western Constitutional law, the writer, after briefly describing the notions of "constitutional law" and "constitutionalism", seeks to set out the fundamental ideas which have enabled these notions to develop in the Western World. He then examines the historical trajectory of British, French and American constitutionalism. In so doing, the author seeks to underline that, notwithstanding the historical contingency of Canadian constitutionalism, the philosophical ideas upon which it is grounded may be described as originating from a "Western intellectual patrimony".

*. Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Je tiens à remercier mes collègues José Woehrling, Arnaud Decroix, François Chevrette, Michel Morin et François Alary pour leurs commentaires fort utiles. Je demeure, comme le veulent coutume et politesse, entièrement responsable des erreurs qui auraient pu se glisser dans le texte.

SOMMAIRE

Section 1 — Les fondements philosophiques du droit constitutionnel occidental.....	165
Sous-section 1 — La transformation de la conception du monde au Siècle des Lumières	165
<i>Paragraphe 1 — L'individualisme</i>	<i>170</i>
<i>Paragraphe 2 — Le rationalisme</i>	<i>173</i>
<i>Paragraphe 3 — La nature et le droit naturel (ou jusnaturalisme)</i>	<i>175</i>
Sous-section 2 — L'impact des Lumières sur la politique et le droit.....	181
Section 2 — L'avènement du constitutionnalisme en Angleterre, en France et aux États-Unis	186
<i>Paragraphe 1 — En Angleterre</i>	<i>187</i>
<i>Paragraphe 2 — En France</i>	<i>199</i>
<i>Paragraphe 3 — Aux États-Unis</i>	<i>208</i>

La volonté générale est
libre, comme une lo-
comotive sur ses rails.

Augustin Cochin
(1876-1916)¹

Le droit constitutionnel canadien s'inscrit dans la tradition juridique des pays occidentaux. En effet, les principes fondamentaux du droit constitutionnel occidental contemporain ont été historiquement développés dans certains pays européens, ou qui sont nés de la colonisation européenne, principalement la France, la Grande-Bretagne et les États-Unis. Par la suite, le constitutionnalisme occidental s'est répandu dans une grande partie du monde. Les pays démocratiques et libéraux — de même que ceux qui se prétendent tels — s'en réclament tous. Le Canada fait partie de la grande famille occidentale. Ainsi, malgré la contingence historique du constitutionnalisme canadien, les principes philosophiques qui en sont à la source tirent leur origine de ce qu'on pourrait appeler un « patrimoine intellectuel » occidental.

Le présent texte sera consacré à un examen de l'objet même du droit constitutionnel ainsi que des idées philosophiques et politiques qui, en Occident, en ont marqué l'évolution.

Après avoir brièvement décrit, dans la présente introduction, les notions de « droit constitutionnel » et de « constitutionnalisme », les idées-forces qui, en Occident, ont rendu possible l'avènement de ces notions, seront examinées (Section 1). La trajectoire historique particulière du constitutionnalisme anglais, français et américain retiendra ensuite mon attention (Section 2).

Signalons tout de suite que le présent article n'a pas pour finalité d'instruire le spécialiste, lequel restera très certainement sur sa faim. Nourri par une expérience de près de vingt ans d'enseignement en droit public, j'ai cru utile d'offrir à celui ou celle

1. Auguste COCHIN, *Les sociétés de pensée et la démocratie. Études d'histoire révolutionnaire*, Paris, Plon, 1921, p. 218.

qui aborde le droit constitutionnel canadien un aperçu du terreau intellectuel dans lequel il s'enracine. Les ouvrages et monographies portant sur cette question sont parfois d'une facture trop érudite pour tenter le non-initié. À l'inverse, les exposés qu'on trouve dans certains articles sont trop souvent une idiotification d'un sujet qui mérite infiniment mieux. J'ai donc tenté de broser un tableau de la trajectoire historique du constitutionnalisme occidental qui, tout en étant succinct, rend justice et fait honneur à sa complexité.

Comme mentionné plus tôt, en guise d'introduction à ce qui sera le cœur de cet article, il importe de dire un mot au sujet du « droit constitutionnel » en général et du « constitutionnalisme » en particulier.

L'objet du droit constitutionnel : l'encadrement du pouvoir politique et la conciliation de la liberté et de l'autorité : Alors que la science politique vise à comprendre le phénomène politique dans sa généralité, c'est-à-dire tout ce qui se rapporte à la fondation, à la conservation et à la transmission du pouvoir, le droit constitutionnel s'intéresse plus précisément aux règles et mécanismes juridiques qui encadrent, structurent, et limitent l'exercice de l'autorité politique. Il vise, en quelque sorte, à formaliser, à neutraliser et à objectiver les questions politiques.²

Les règles constitutionnelles poursuivent les finalités suivantes : 1) elles hiérarchisent les différentes sources du pouvoir étatique et assurent la soumission des organes de l'État au droit (suprématie de la Constitution; primauté du droit; contrôle judiciaire de la constitutionnalité); 2) elles définissent la forme de l'État (unitaire ou fédéral; monarchique ou républicain) et identifient les organes à travers lesquels s'exerce le pouvoir étatique, en précisant leur composition, leurs attributions et leur fonctionne-

2. Olivier DUHAMEL et Yves MÉNY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 212.

ment; 3) elles aménagent les rapports entre les divers organes de l'État et établissent le régime de gouvernement (séparation des pouvoirs entre l'exécutif, le législatif et le judiciaire; indépendance du pouvoir judiciaire); et enfin, elles régissent les relations entre l'État et les individus en garantissant les droits et libertés de ces derniers.

Le mouvement du constitutionnalisme : Comme nous le verrons dans les pages qui suivent, plusieurs phénomènes vont marquer l'évolution du droit constitutionnel occidental. Dans un premier temps, on allait assister à la lente transformation de l'État-puissance en État de droit,³ soit d'un État où le pouvoir arbitraire d'essence divine devait céder le pas à un pouvoir politique fondé sur un pacte social (constaté dans une constitution), et dès lors, assujetti au droit. Dans un deuxième temps, à cet assujettissement de l'État au droit, devaient s'ajouter le principe de la séparation des pouvoirs et l'institutionnalisation des droits de la personne qui tous deux allaient contribuer à la démocratisation encore plus grande du pouvoir.

Le constitutionnalisme devait émerger de cette lente évolution. Ce concept a été décrit comme « a legal tradition based on the idea that the exercise of political power ought to be restricted by a fundamental pact between the governors and the governed, safeguarding the rights of the latter and defining the tasks and powers of the former »⁴. Toutefois, la pleine réalisation de l'État de droit exigeait que la suprématie de la constitution, document qui cristallise le pacte social, soit non pas simplement politiquement reconnue, mais également juridiquement garantie. Le constitution-

3. Ou, pour reprendre l'expression du juge en chef Marshall dans *Marbury v. Madison*, (1803) 1 Cranch 137, p. 163; 5 U.S. 60, p. 69, il serait possible de parler du passage d'un « government of men » à un « government of laws ». Ces mots furent initialement utilisés à l'article XXX de la *Constitution of Massachusetts* de 1780 : Jacques-Yvan MORIN, *L'État de droit : émergence d'un principe du droit international*, La Haye, Martinus Nijhoff Pub., tiré à part du Recueil des cours, tome 254 (1995), hors commerce, [1995], p. 83 (ci-après « J.-Y. Morin »).

4. Raoul Charles van CAENEKEN, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 80.

nalisme correspond justement à cette acceptation juridique de la supériorité de la constitution sur toute autre règle de droit. Il se manifeste par la création et la mise en place d'une justice constitutionnelle indispensable à la reconnaissance effective des droits et libertés garantis par la constitution. Une instance judiciaire doit donc être investie du pouvoir de contrôler la légalité constitutionnelle des normes étatiques de manière à garantir la suprématie de la constitution.

Avant d'aller plus loin, il importe de distinguer brièvement le constitutionnalisme de la primauté du droit, des droits de la personne et de la démocratie. Comme je viens de le dire, le constitutionnalisme, tel qu'on l'entend aujourd'hui, suppose l'existence d'une instance judiciaire capable de faire respecter les normes constitutionnelles, et ce, même à l'encontre de la volonté exprimée par l'État. Or, le constitutionnalisme occidental contemporain tient pour acquis qu'au nombre desdites normes constitutionnelles, il faut compter les droits de la personne et les normes indispensables à l'établissement d'institutions gouvernementales démocratiques. La primauté du droit, telle qu'elle est comprise au Royaume-Uni, n'est pas parfaitement synonyme de constitutionnalisme. En réalité, conformément à cette notion, les pouvoirs exécutif et administratif de l'État sont tenus d'agir conformément au droit. Néanmoins, la primauté du droit ne pose aucune limite à l'exercice du pouvoir législatif dont l'omnipotence est consacrée par le principe de souveraineté parlementaire. Les principales contraintes imposées au pouvoir législatif britannique sont de nature politique plutôt que constitutionnelle (conventions constitutionnelles). L'expression « État de droit » peut être substituée à constitutionnalisme dans la mesure où elle présuppose un État régi par le droit et l'existence d'une juridiction constitutionnelle à qui est confié le pouvoir de sanctionner toute violation de l'ordre constitutionnel.

Dans la section suivante, j'examinerai les idées-forces qui, au cours de l'histoire de l'Occident, ont permis l'avènement du constitutionnalisme tel qu'on le connaît aujourd'hui.

Section 1 — Les fondements philosophiques du droit constitutionnel occidental

Au cours des XVII^e et XVIII^e siècles, un certain nombre d'idées initialement véhiculées par les élites cultivées vont contribuer à créer un « esprit diffus »⁵ qui contribuera à saper les fondements des institutions de l'Ancien régime, principalement en Grande-Bretagne et en France, et qui permettra l'avènement de changements radicaux dans les formes de gouvernement. Mais quelles sont ces idées au juste? De quelle manière ont-elles influencé de façon durable la pensée politique et constitutionnelle occidentale?

Sous-section 1 — La transformation de la conception du monde au Siècle des Lumières

Pour bien comprendre la nouveauté des idées apparues au XVIII^e siècle, un bref aperçu des concepts dominant la pensée politique antérieure à cette époque est nécessaire.

À l'époque médiévale, sur le plan social, l'individu isolé ne compte pas. Il n'a d'existence qu'en tant que membre d'une communauté ou d'un ordre reconnu : famille, seigneurie, ville, corporation, confrérie, ordre religieux, etc. L'absence de tout pouvoir centralisé à cette époque de l'histoire occidentale explique cette fragmentation de la société en une multitude de sous-groupes. Par un besoin bien naturel de sécurité, les hommes et les femmes ont alors eu tendance à se regrouper et à rechercher la protection des puissants. Ces microsociétés vivaient de manière presque autarcique les unes aux côtés des autres, sans qu'une autorité supérieure soit en mesure de leur imposer sa volonté. Le régime politique de ces sociétés — le régime féodal — était donc caractérisé par une très grande fragmentation. La notion de liberté, telle qu'on l'entend aujourd'hui, était également étrangère à la mentalité

5. Jean-Jacques CHEVALLIER, *La bataille des idées politiques à partir de 1789*, Paris, Les cours de droit, 1961-1962, p. 4 (ci-après « J.-J. Chevallier, 1961 »).

té de cette époque. Comme l'affirme le médiéviste Jacques Le Goff : « Pas de liberté sans communauté. [...] L'homme libre, c'est celui qui a un protecteur puissant ».⁶

La fragmentation du droit faisait écho à cette fragmentation du pouvoir. En effet, en l'absence d'un pouvoir étatique centralisé, les diverses collectivités élaborèrent de façon spontanée un droit coutumier. Les usages répétés devinrent source de droit. Les systèmes juridiques coutumiers se développèrent donc de manière pragmatique sans qu'initialement un effort de systématisation ne soit opéré par les légistes ou les tribunaux.

Durant cette période, la pensée en général, et la pensée politique en particulier, est fortement marquée par la place centrale occupée par l'idée de Dieu en toutes choses. L'univers est perçu comme une projection de la volonté divine. Dieu est à l'origine de tout; il ordonne et structure tout. La nature elle-même poursuit la fin que lui attribue la raison divine. Le droit n'échappe pas à cette emprise. Ainsi, la validité du droit positif se mesure à sa conformité avec le droit naturel. Ce dernier est perçu comme constitué par les règles dictées par la volonté divine et à laquelle la raison permet d'accéder. Thomas d'Aquin (1228-1274), en renouant avec Aristote (384-322 av. J.-C.), considère que l'être humain peut connaître le droit naturel par la Raison plutôt que par la seule Révélation⁷.

6. Jacques LE GOFF, *La civilisation de l'Occident médiéval*, Coll. « Les grandes civilisations », Paris, Éditions Arthaud, 1984, p. 317.

7. Lionel PONTON, « La définition du droit naturel d'Ulpien : sa reprise par Thomas d'Aquin et son actualisation comme critique des droits de l'homme. À propos d'un livre récent », (1996) 52 *Laval théologique et philosophique* 846-847 : « La loi naturelle [pour Thomas d'Aquin] n'est rien d'autre que la lumière de notre raison qui, en participant à la lumière divine, nous fait discerner ce qui est bien et ce qui est mal (la Ilae, q. 91, a. 2). Si l'homme participe à la loi éternelle, c'est de façon originale puisqu'il y participe selon un mode intelligent et rationnel (*intelligenter et rationaliter*) tandis que les animaux sans raison y participent à leur façon, c'est-à-dire selon un mode non rationnel. On ne peut parler de loi naturelle à leur propos que par similitude. Dans la Ilae, q. 71, a. 6, ad 4, Thomas d'Aquin déclare que le droit naturel est « contenu premièrement dans la loi éternelle et secondairement dans la faculté de juger naturelle de la

Puisqu'il n'y a rien de plus grand en terre après Dieu que les princes souverains, et qu'ils sont établis de lui comme ses lieutenants, pour commander aux autres hommes, il est besoin de prendre garde à leur qualité, afin de respecter et révéler leur majesté en toute obéissance, sentir et parler d'eux en tout honneur; car qui méprise son prince souverain, il méprise Dieu duquel il est l'image en terre.

Mais à quoi reconnaît-on la souveraineté? Quelles en sont les « vraies marques » — titre du Chapitre X du Livre Premier de

raison humaine (*in naturali iudicio rationis humanae*). Pour prendre connaissance des références mentionnées par L. Ponton, voir : Thomas D'AGUIN, *Somme théologique*, Tome 2, Paris, Éditions du Cerf, 2003, p. 451, 573-575.

8. Jean BODIN, *Les Six Livres de la République*, Classiques de philosophie, Livre de Poche, Paris, 1993 (publication originale en 1583).

9. Le titre du chapitre IV suffit à lui seul à traduire la pensée de l'auteur : *De la comparaison des trois Républiques légitimes, c'est à savoir de l'état populaire, Aristocratique, et Royal, et que la puissance royale est la meilleure.*

10. Dans cet article, à moins de mention contraire, l'orthographe des auteurs n'a pas été modifiée.

son ouvrage? Pour les juristes et les penseurs politiques du XVI^e siècle, tout comme pour leurs prédécesseurs, la fonction de juge suprême constituait la prérogative marquante du souverain. Rompant avec cet héritage, Bodin affirme plutôt que c'est la puissance législative qui fait le souverain. La toute première marque de la souveraineté¹¹, dit-il (Livre premier, chap. X) :

...c'est la puissance de donner loi à tous en général et à chacun en particulier; mais ce n'est pas assez, car il faut ajouter, sans le consentement de plus grand que soi, ni de pareil, ni de moindre que soi. Car si le prince est obligé de ne faire loi sans le consentement d'un plus grand que soi, il est vrai sujet; si d'un pareil, il aura compagnon; si des sujets, soit du Sénat, ou du peuple, il n'est pas souverain.

À cette puissance, on ne peut même pas opposer la Tradition incarnée par les coutumes (Livre premier, chap. X) :

...la loi peut casser les coutumes, et la coutume ne peut déroger à la loi. [...] Et, pour le faire court, la coutume n'a force que par la souffrance [c.-à-dire la tolérance dont elle fait l'objet], et tant qu'il plaît au prince souverain, qui peut faire une loi, y ajoutant son homologation. Et par ainsi toute la force des lois civiles et coutumes gît au pouvoir du prince souverain.

Bodin définit donc la souveraineté comme une puissance *absolue* (affranchie de tout contrôle, car le souverain est l'unique détenteur du pouvoir de faire la loi¹²), *perpétuelle* (elle se perpétue au-delà de la mort du souverain¹³) et *indivisible* (détenue sans partage, elle ne peut être limitée ou entravée par quiconque). Or, il y

11. Toute première, car, comme le signale J. BODIN, préc., note 8, Livre premier, chap. X, « [s]ous cette même puissance de donner et casser la loi, sont compris tous les autres droits et marques de souveraineté... ».

12. J. BODIN, préc., note 8, Livre premier, chap. VII. Le souverain n'était toutefois pas exempté du devoir de respecter, entre autres choses, les lois divines et naturelles. À ce sujet, lire Jean-Fabien SPIRZ, *Bodin et la souveraineté*, coll. « Philosophies », Paris, PUF, 1998, p. 79-85.

13. Cette immortalité de l'État est parfaitement traduite par la phrase « Le roi est mort! Vive le Roi » que l'on prononçait au décès du monarque.

aura indivisibilité du pouvoir si le souverain en est le détenteur exclusif.

Comme le souligne Quentin Skinner, « [Bodin] se voit ainsi conduit à affirmer, dans la logique de ses choix idéologiques personnels, qu'une société politique doit comporter un pouvoir souverain qui soit absolu, au sens qu'il commande et ne soit jamais commandé, en sorte qu'aucun de ses sujets n'a le droit de s'opposer à lui »¹⁴.

Jean Bénigne Bossuet (1627-1704), dans *La Politique tirée des propres paroles de l'Écriture Sainte* (ouvrage publié à titre posthume en 1709) viendra consolider cet édifice en affirmant que la monarchie est sacrée, puisque le Roi détient son autorité directement de Dieu (et non pas du peuple)¹⁵. L'origine du pouvoir est

14. Quentin SKINNER, *Les fondements de la pensée politique contemporaine*, Bibliothèque de « L'Évolution de l'Humanité », Paris, Albin Michel, 2001, p. 742.
15. La *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture sainte*, Livre VI, Article II, première proposition (dans *Œuvres complètes*, tome premier, Paris, Firmin Didot Frères, Libraires, 1841, p. 376) : « Si le prince n'est ponctuellement obéi, l'ordre public est renversé, et il n'y a plus d'unité, par conséquent plus de concours ni de paix dans un État. [...] C'est pourquoi nous avons vu que quiconque désobéit à la puissance publique est jugé digne de mort. [...] C'est pour empêcher ce désordre que Dieu a ordonné les puissances; et nous avons ouï Saint Paul dire en son nom : "Que toute âme soit soumise aux puissances supérieures, car toute puissance est de Dieu : il n'y en a point que Dieu n'ait ordonnée. Ainsi, qui résiste à la puissance résiste à l'ordre de Dieu." [...] Dieu a fait les rois et les princes ses lieutenants sur la terre, afin de rendre leur autorité sacrée et inviolable. C'est ce qui fait dire au même Saint Paul, qu'ils sont "ministres de Dieu" [...], que "les princes sont ministres de son royaume." De là Saint Paul conclut "qu'on leur doit obéir par nécessité, non seulement par la crainte de la colère, mais encore par l'obligation de la conscience." [...] Tout ce que nous avons vu pour montrer que la puissance des rois est sacrée, confirme la vérité de ce que nous disons ici; et il n'y a rien de mieux fondé sur la parole de Dieu que l'obéissance qui est due, par principe de religion et de conscience, aux puissances légitimes. Au reste, quand Jésus-Christ dit aux Juifs : "Rendez à César ce qui est dû à César", il n'examina pas comment était établie la puissance des césars; c'est assez qu'il les trouvât établis et régnants : il voulait qu'on respectât dans leur autorité l'ordre de Dieu et le fondement du repos public. »

donc essentiellement sacrée : « Obéir au roi, c'est obéir à Dieu, roi des rois, source de toute autorité, objet premier de toute obéissance »¹⁶.

Ceci étant rappelé, j'examinerai maintenant les trois idées-maîtresses qui sont venues balayer les présupposés idéologiques de l'époque médiévale. Ces idées des Lumières marquent encore profondément la pensée politique occidentale. En voici une présentation très succincte.

Paragraphe 1 — L'individualisme

L'individualisme peut se définir comme une théorie qui fait de l'être humain l'épicentre de toute organisation politique ou sociale, et ce, parce qu'il vaut « par sa seule qualité d'individu humain »¹⁷. L'individu, en d'autres termes, prime le groupe.

Les origines de la pensée individualiste sont fort anciennes. Les sophistes grecs et plus tard les tenants du stoïcisme en ont fait la pierre d'assise de leur philosophie. Le christianisme contribuera également à renforcer l'avènement de l'individualisme en proclamant l'existence de l'âme et en insistant sur le caractère individuel du salut. Toutefois, en insistant sur la corruption de la nature humaine par le péché originel, l'Église catholique niera au commun des mortels la capacité de se prononcer en matière de foi et imposera un encadrement très strict aux fidèles de l'époque médiévale. Dans ce contexte, le respect de l'autorité supplantera le libre arbitre. Deux événements majeurs viendront cependant poser l'individualisme comme idée-force de la pensée politique occidentale : la Renaissance et la Réforme.

Aux XV^e et XVI^e siècles, un vaste mouvement esthétique et philosophique vient bousculer l'échiquier des valeurs médiévales. À celles-ci, fortement marquées au sceau de la féodalité, on préfère les valeurs de l'Antiquité dont la « renaissance » est rendue pos-

16. Jean-Jacques CHEVALLIER, *Histoire de la pensée politique*, Paris, Éditions Payot & Rivages, 1993, p. 380 (ci-après « J.-J. Chevallier, 1993 »).

17. *Id.*, p. 381.

sible, entre autres choses, par la découverte de manuscrits d'œuvres littéraires et philosophiques grecques. La redécouverte des œuvres des philosophes grecs, plus particulièrement celles de Platon (428-348 av. J.-C.), donne naissance à un nouveau courant de pensée : l'humanisme. Ce mouvement intellectuel sera caractérisé par un effort de mise en valeur de l'être humain et de sa dignité. Les humanistes sont des optimistes qui voient dans l'être humain une créature fondamentalement bonne. En cela, ils se distinguent de l'orthodoxie catholique pour qui l'homme est un être dont la nature même a été fondamentalement corrompue par le péché originel. Ils soutiennent également que l'exercice de sa raison permet à l'être humain de s'élever à une meilleure connaissance de lui-même et, par le fait même, de la volonté divine. La raison individuelle guidera chaque être vers le bien. À cette conviction s'en ajoutent deux autres, celles de la liberté et de la responsabilité de la personne humaine. L'homme est entièrement libre de choisir la voie du bien ou du mal, puisqu'il est également seul responsable de sa propre destinée. Les humanistes, au contraire des réformés, chercheront à concilier leur conception de Dieu et de l'être humain avec la doctrine officielle de l'Église. Sur le plan social, cette morale individuelle se traduira par la réclamation d'une plus grande liberté de pensée et d'action. Largement diffusées par l'imprimerie qui vient d'être inventée, les idées humanistes influenceront grandement toutes les sphères de l'activité intellectuelle.

La Réforme, quant à elle, est avant tout une réaction aux abus de l'Église catholique (le mode de vie scandaleux des clercs, l'ignorance du clergé rural en matière théologique, pastorale et liturgique, l'échec des réformes que l'Église avait tentées d'entreprendre et finalement, la querelle des indulgences). Cette réaction intervient à une époque déjà marquée par un climat très profond d'inquiétude religieuse. Amorcé par Martin Luther (1483-1546), le mouvement réformiste va rompre définitivement avec l'Église établie en affirmant que seul Dieu (et non le pape et ses clercs) peut pardonner à l'homme, que les œuvres de charité ne peuvent donc le racheter (rejet des indulgences), et que les sacrements ne valent rien en eux-mêmes. En d'autres termes, seule la foi compte; c'est

elle qui déterminera notre salut ou notre condamnation. Pour Luther, seule l'Écriture peut nous renseigner sur le contenu de cette foi. Or, selon lui, personne, pas même les clercs, ne jouit d'un privilège quelconque en matière d'interprétation de l'Écriture. Luther met ainsi l'accent sur l'autonomie de la volonté en affirmant que tout être humain est fait prêtre par le baptême et qu'il est, en conséquence, autorisé, au même titre que les clercs, à se prononcer en matière de foi. Ce faisant, Luther rejette toute forme de hiérarchie ecclésiastique. L'idée de sacerdoce universel accorde ainsi une place centrale à la personne même du fidèle. Le protestantisme rejoint en cela la morale humaniste¹⁸. Comme l'affirme J.-J. Chevallier à propos du protestantisme : « [...] celui-ci a sans nul doute, bien au-delà de l'intention de ses fondateurs (mais confor-

18. Les chemins des humanistes et des réformés se séparent cependant sur la question du libre arbitre et de la capacité de l'être humain à influencer sur son salut éternel. En septembre 1524, Érasme (1466?-1536), figure emblématique de l'humanisme faisait paraître *Diatrise : Du libre arbitre* auquel répondra Luther en décembre 1525 dans son *Du serf arbitre* : Martin LUTHER, *Du serf arbitre, suivi de Désiré Érasme, Diatribe : Du libre arbitre*, coll. « Folio/essai », Paris, Gallimard, 2001. À l'occasion de cette controverse, Luther contestait la définition suivante du libre arbitre donnée par Érasme : « ...nous entendons ici par libre arbitre la force de la volonté humaine telle que par elle l'homme puisse s'attacher aux choses qui conduisent au salut éternel ou se détourner de celles-ci » (*id.*, à la p. 181). Bref, pour Érasme, même si la grâce est essentielle au salut, l'être humain, par ses bonnes actions, pouvait contribuer à se rendre digne d'être sauvé. Pour Luther, au contraire, même si le libre arbitre peut jouer dans des décisions d'importance mineure, « comme de manger, de boire, d'engendrer, de diriger » (p. 374), le salut du chrétien dépend entièrement de la grâce divine. Le mérite personnel ou les bonnes actions n'ont rien à faire avec le salut éternel. C'est là ce qu'on appelle la « prédestination » et que le *Trésor de la langue française* définit comme suit : « Doctrine selon laquelle Dieu aurait par avance destiné certaines créatures à la béatitude, par le seul effet de sa grâce, et sans considération de leurs œuvres, vouant les autres à la damnation. » Luther résumera ainsi sa pensée (p. 457) : « Si en effet nous croyons qu'il est vrai que Dieu connaît et organise à l'avance toutes les choses, il ne peut alors être trompé ni empêché en la prescience et la prédestination qui sont les siennes. Ensuite, rien ne peut se produire, s'il ne le veut lui-même : c'est ce que la raison elle-même est forcée de concéder; et du même coup, au témoignage de la raison précisément, il ne peut y avoir aucun libre arbitre dans l'homme ou dans l'ange ou dans quelque créature ».

mément à son intime essence), déposé dans l'âme occidentale un actif et durable ferment de *protestation* individualiste »¹⁹.

Dans la sphère politique, tout comme en matière religieuse, l'individu en viendra à occuper la première place. Avant d'aborder cette question toutefois, il faut dire un mot du rationalisme.

Paragraphe 2 — Le rationalisme

Qui dit rationalisme, dit bien sûr « raison ». Cette dernière est la notion-phare de toute l'histoire de la pensée occidentale. Ce sont les philosophes grecs qui, les premiers, s'attachèrent à substituer aux explications religieuses de l'univers des explications logiques. À la foi, ils opposèrent la raison. Pour eux, les phénomènes physiques et les institutions humaines n'étaient pas inévitables ou inexplicables. Une approche rationnelle permettait d'en faire l'analyse.

Au cours des âges, le concept de raison n'a pas toujours eu la même signification. Ainsi, en guise d'exemple, lorsque Bossuet affirme, au XVII^e siècle, que la monarchie doit être fondée sur la raison, il ne fait aucunement référence à la « raison critique » à laquelle renvoie aujourd'hui la notion de rationalisme. Il fait plutôt référence à la « *raison-discipline* », au sens de raison « maîtresse des passions »²⁰ qui entraîne le prince légitime à exercer son pouvoir de manière modérée, plutôt que tyrannique. Ainsi, cette référence à la raison n'empêche pas Bossuet d'affirmer que c'est la Providence divine qui gouverne les hommes et qui fait des rois les lieutenants de Dieu, à qui l'on doit obéissance.

La notion de rationalisme renvoie plutôt à la raison critique. Selon cette acception, la raison désigne alors cet « instrument de connaissance certaine »²¹ qui consiste à n'admettre rien qui ne se fonde sur l'observation, l'expérimentation et l'examen critique

19. J.-J. CHEVALLIER, 1993, préc., note 16, p. 383.

20. *Id.*, p. 328.

21. Paul HAZARD, *La crise de la conscience européenne, 1680-1715*, Coll. «Le livre de poche», Paris, Éditions Arthème Fayard, 1961, p. 127.

(« [...] prendre la vérité pour but unique, et l'atteindre par l'esprit d'examen »²²). Cette faculté de libre examen est à la fois universelle et individuelle, car elle est détenue par tous les êtres humains.

René Descartes (1596-1650) s'était fait l'apologiste de cette raison critique en 1637 dans son *Discours sur la méthode*. Elle prendra appui, d'une part, sur les découvertes scientifiques qui se multiplient à partir du XVII^e siècle (celles de Isaac Newton (1642-1727) en particulier). Elle se fonde, d'autre part, sur le désir manifesté par plusieurs penseurs, à la même époque, de faire table rase des idées qui ne se fondent pas sur l'expérience, mais plutôt sur la tradition et la Providence. Toute forme d'autorité, qu'elle soit religieuse ou non, doit, selon eux, être rejetée si elle ne peut résister à un examen critique.

Ce rejet de la tradition opère alors une rupture d'importance avec la pensée médiévale. Rappelons que, au Moyen Âge, « [...] la référence au passé est comme obligatoire [...]. L'innovation est péché »²³. Ce recours à la tradition est largement déterminé par l'insatiable besoin de sécurité matérielle et morale qu'éprouvaient les membres de la société médiévale. Puisqu'on croyait que le meilleur remède à cette insécurité passait par la création de liens sociaux plus étroits, tout ce qui pouvait constituer une menace à la solidarité sociale était vu avec méfiance. D'où cette crainte de la nouveauté (sur tous les plans, scientifiques, philosophiques et autres) et cette glorification du passé et de la tradition. En droit, cette foi dans la tradition sera caractérisée par le recours aux coutumes, dont la validité était fondée sur leur caractère immémorial. Sur le plan politique, comme on l'a vu, on invoquera le caractère traditionnel et « naturel » de la monarchie pour expliquer sa supériorité sur les autres types de régime. Les rationaux, comme les appelle Paul Hazard, ont réagi contre ce qu'ils estimeront être un abus de l'« autorité ». L'Histoire, selon eux, ne pèse plus rien si elle n'est conforme à la raison et à la na-

22. *Id.*, p. 227.

23. J. LE GOFF, préc., note 6, p. 366.

ture. Les coutumes ne peuvent, par exemple, justifier une atteinte aux droits que la nature elle-même reconnaît à l'homme.

La raison devra présider en tout, y compris en politique. Nous verrons plus loin de quelle manière elle a marqué la pensée constitutionnelle occidentale. Il ne suffira plus de fonder la légitimité du pouvoir sur une intervention de la Providence divine ou encore sur la simple tradition. Il faudra dorénavant compter avec la raison au sens moderne du terme.

Paragraphe 3 — La nature et le droit naturel (ou jusrationalisme)

Avec les philosophes du XVIII^e siècle, Dieu est détrôné, non seulement au profit de la raison, mais également au profit de la nature. Celle-ci correspond à la fois au monde réel dans lequel l'être humain évolue, et à un monde idéal qui explique tous les phénomènes de l'univers, qu'ils soient physiques ou moraux. La raison préside à l'ordonnement de cet univers. En effet, ce qui est conforme à la nature de l'homme sera, dans cette conception, conforme à la raison : « La raison plus que jamais a partie liée avec la nature. Gouvernement de la nature égale gouvernement de la raison »²⁴.

Le droit naturel n'échappe pas à cette influence. Autrefois, simple reflet de la volonté divine, les philosophes le dépouillent de toute filiation théologique : « Le droit naturel naît d'une philosophie : celle qui nie le surnaturel, le divin, et substitue l'ordre immanent de la nature à l'action et à la volonté personnelle de Dieu. Il procède [...] d'une tendance rationnelle qui s'affirme dans l'ordre social : à chaque être humain sont attachées certaines facultés inhérentes à sa définition, et avec elles, le devoir de les exercer suivant leur essence »²⁵. L'être humain, de par sa nature même, est investi de certains droits inaliénables dont l'existence est antérieure à la société elle-même. La raison permet l'identification de

24. J.-J. CHEVALLIER, 1961, préc., note 5, p. 16.

25. P. HAZARD, préc., note 21, p. 254.

ces droits naturels. Qui plus est, ceux-ci viendront baliser l'exercice du pouvoir, puisque l'État aura pour mission de les protéger.

John Locke (1632-1704) sera le plus célèbre chantre de cette conception « rationnelle » du droit naturel. Bien que chrétien fervent, Locke s'opposera aux absolutistes qui soutiennent que les rois tiennent leur pouvoir de Dieu et que ce pouvoir n'autorise aucune forme de résistance. Selon lui, comme il l'affirmera dans son *Second Treatise of Civil Government* (1689)²⁶, le pouvoir n'est légitime que s'il se fonde sur le consentement de la population. Résumons brièvement sa pensée.

Selon lui, avant l'avènement des sociétés, les hommes vivaient dans un « état de nature » (« state of nature ») lui-même régi par une « loi de nature » (« law of nature »). Cet état de nature était, affirme-t-il, un état de pleine liberté et de pleine égalité. Il ne s'agissait pas d'un état de violence et de brutalité parce qu'il était régi par la raison : « The state of nature has a law of nature to govern it, which obliges every one, and reason, which is that law, teaches all mankind who will but consult it, that being all equal and independent, no one ought to harm another in his life, health, liberty or possessions » (Locke : Chap. 2, ¶ 6); « [m]en living together according to reason, without a common superior on earth with authority to judge between them is properly the state of nature » (Locke : Chap. 3; ¶ 19). Selon Locke, la raison permet non seulement d'accéder à la connaissance des règles du droit naturel, ces vérités évidentes et éternelles qui fondent les droits inaliénables de l'individu, mais elle permet aussi de penser le droit de la Cité (« civil law ») (Locke : Chap. 6; ¶¶ 57-59).

L'état de nature n'est cependant pas parfait. En effet, puisque tous sont égaux, tous sont dépositaires du pouvoir de faire respecter les lois de nature. Personne n'a le monopole de la coercition. Aucun pouvoir véritablement efficace n'existe pour con-

26. John LOCKE, « The Second Treatise of Government : An Essay Concerning the True Original, Extent and End of Civil Government » in John Locke, *Political Writings*, coll. « Penguin Classics », Penguin Books, Londres, 1993 (publication originale en 1689) (ci-après « Locke »).

traindre une personne qui abuserait de sa liberté au détriment de son prochain. Il en résulte, conclut Locke, que « the enjoyment of [freedom] is very uncertain, and constantly exposed to the invasion of others. For all being kings as much as he, every man is equal, and the greater part no strict observers of equity and justice, the enjoyment of the property he has in this state [of nature] is very unsafe, very unsecure » (Locke : Chap. 9; ¶ 123). C'est pourquoi, dans le but de mieux garantir le respect des lois de nature, les hommes ont convenu d'un pacte (plus spécifiquement un « fiduciary trust » (Locke : Chap. 13; ¶ 156)) aux termes duquel ils se sont constitués en société politique (Locke : Chap. 9; ¶¶ 123-127) :

123. This [uncertainty] makes him willing to quit this condition which, however free, is full of fears and continual dangers. An 'tis not without reason that he seeks out, and is willing to join in society with others who are already united, or have a mind to unite, for the mutual preservation of their lives, liberties, and estates, which I call by the general name property.

124. The great and chief end, therefore, of men's uniting into commonwealths, and putting themselves under government, is the preservation of their property, to which in the state of nature there are many things wanting.

First, there wants an established, settled, known law, received and allowed by common consent to be the standard of right and wrong, and the common measure to decide all controversies between them. For though the law of nature be plain and intelligible to all rational creatures; yet men being biased by their interest, as well as ignorant for want of study of it, are not apt to allow of it as a law binding to them in the application of it to their particular cases.

125. Secondly, in the state of nature there wants a known and indifferent judge, with authority to determine all differences according to the established law. For everyone in that state being both judge and executioner of the law of nature, men being partial to themselves, passion and revenge is very apt to carry them too far, and with too

much heat, in their own cases; as well as negligence and unconcernedness to make them too remiss in other men's.

126. Thirdly, in the state of nature there often wants power to back and support the sentence when right, and to give it due execution. They who by any injustice offended, will seldom fail, where they are able, by force to make good their injustice. Such resistance many times makes the punishment dangerous, and frequently destructive, to those who attempt it.

127. Thus mankind, notwithstanding all the privileges of the state of nature, being but in an ill condition, while they remain in it, are quickly driven into society.

La fonction première du pouvoir politique, dans la perspective lockéenne, est donc la préservation et la protection de la propriété, ce qui inclut la promotion et la protection des droits inaliénables des personnes (Locke : Chap. 9; ¶123). Si le pouvoir politique faillit à cette tâche, le peuple est en droit de s'insurger (Locke : Chap. 13; ¶149) : « For all power given with trust for the attaining an end being limited by that end, whenever that end is manifestly neglected or opposed the trust must necessarily be forfeited, and the power devolve into the hands of those that gave it, who may place it anew where they shall think best for their safety and security. »

La théorie du pacte social exposée par Locke (et plus tard par Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) dans *Du Contrat Social*²⁷) n'était pas entièrement nouvelle. Thomas d'Aquin avait déjà affirmé que la souveraineté appartenait au peuple et que celui-ci l'avait transmise au roi²⁸. Toutefois, il n'avait rien dit du mode de

27. Jean-Jacques ROUSSEAU, «Du Contract social (sic); ou, Principes du droit politique», dans *Du Contrat Social*, Coll. «Folio/Essais», Paris, Gallimard, 1964, texte établi, présenté et annoté par Robert DERATHÉ (publication originale en 1762) (ci-après « Rousseau »).

28. Thomas D'AQUIN, *Somme théologique*, préc., note 7, p. 572 (IIae, q. 90, a. 3) : « Rappelons-nous que la loi vise premièrement et à titre de principe l'ordre au bien commun. Ordonner quelque chose au bien commun revient au peuple tout entier ou à quelqu'un qui représente le peuple. C'est

transmission de cette souveraineté. Dans la perspective thomiste, cette transmission semblait résulter de phénomènes naturels où la volonté des hommes n'avait joué aucun rôle. Rousseau, Locke, et Thomas Hobbes (1588-1679)²⁹ avant eux, innoveront en affir-

pourquoi le pouvoir de légiférer appartient à la multitude tout entière ou bien à un personnage officiel qui a la charge de toute la multitude. C'est parce que, en tous les autres domaines, ordonner à la fin revient à celui dont la fin relève directement. [...] Un personnage privé ne peut induire efficacement à la vertu. Il peut seulement conseiller, mais si son conseil n'est pas reçu, il ne dispose d'aucun moyen de coercition, ce que la loi doit comporter, pour amener efficacement ses sujets à la pratique du bien, dit Aristote. Cette force contraignante appartient à la société ou à celui qui dispose de la force publique pour imposer des sanctions [...].

29. Si la pensée de Thomas Hobbes ne fait pas l'objet de longs développements dans cet article, ce n'est très certainement pas parce qu'elle ne mérite pas notre attention, au contraire. J'y consacre moins de temps parce que, contrairement à Locke, Hobbes a fait du contrat social un instrument destiné à concentrer le pouvoir, de manière absolue, dans les mains du souverain. Son souci pour l'ordre et la paix sociale l'a amené à reléguer au second plan la liberté du citoyen. Pour Locke, la raison d'être de l'État est la protection des droits du citoyen, d'où le droit d'insurrection découlant du défaut par le souverain d'agir en ce sens. Bref, la pensée de Locke, parce qu'elle met l'accent sur la nécessité de garantir certains droits fondamentaux, a marqué plus profondément la trajectoire du constitutionnalisme occidental que ne l'a fait celle de Hobbes. Le passage suivant tiré du *Leviathan* (1651) de Hobbes montre bien que, pour lui, il n'y a qu'un contrat social par lequel les êtres humains ont convenu, entre eux, de renoncer, au profit du souverain, à tous leurs droits de manière à assurer la paix sociale. Aucun contrat ne vient s'ajouter au premier, lequel lierait le souverain lui-même aux êtres humains et aux termes duquel ces derniers pourraient lui opposer des droits spécifiques. C'est ce qui fait du souverain, dans la perspective hobbesienne, le détenteur d'une souveraineté absolue et indivisible contre laquelle les êtres humains ne peuvent se rebeller : « Hereby it is manifest that during the time men live without a common Power to keep them all in awe [c'est-à-dire dans l'état de nature], they are in that condition which is called Warre; and such a warre as is of every man against every man. [...] Whatsoever therefore is consequent to a time of Warre where every man is Enemy to every man; the same is consequent to the time, wherein men live without other security, than what their own strength, and their own invention shall furnish them withal. In such condition, there is no place for Industry; because the fruit thereof is uncertain: and consequently no Culture of the Earth; no Navigation, [...] no commodious Building; no Instruments of moving, and removing such

mant que cette transmission ne devait rien à la nature, mais dépendait plutôt de la volonté humaine.

Le pouvoir politique, dans la perspective lockéenne, ne peut donc se fonder sur la simple tradition ou l'investiture divine. Il est plutôt issu d'un pacte social. Qui plus est, l'exercice du pouvoir implique le respect de certains droits inhérents à la nature même de la personne humaine et que la raison permet d'appréhender.

things as require much force; no knowledge of the face of the Earth; no account of Time; no Arts; no Letters; no Society; and which is worst of all, continuall feare, and danger of violent death; And the life of man, solitary, poore, nasty, brutish, and short. [...] The only way to erect such a Common Power, as may be able to defend them from the invasion of Forraigners, and the injuries of one another, and thereby to secure them in such sort, as that by their owne industrie, and by the fruites of the Earth, they may nourish themselves and live contentedly; is, to conferre all their power and strength upon one Man, or upon one Assembly of men, that may reduce all their Wills, by plurality of voices, unto one Will: which is as much as to say, to appoint one man, or Assembly of men, to beare their Person; and every one to owne, and acknowledge himselfe to be Author of whatsoever he that so beareth their Person, shall Act, or cause to be Acted, in those things which concerne the Common Peace and Safetie; and therein to submit their Wills, every one to his Will, and their Judgements, to his Judgement. This is more than Consent, or Concord; it is a reall unitie of them all, in one and the same Person, made by Covenant of every man with every man, in such manner, as if every man should say to every man: *I Authorise and give up my Right of Governing my selfe, to this Man, or to this Assembly of men, on this condition, that thou give up thy Right to him, and Authorise all his Actions in like manner.* This done, the Multitude so united in one Person, is called a COMMON-WEALTH; in latine, CIVITAS. This is the Generation of that great LEVIATHAN, or rather (to speake more reverently) of that *Mortall God*, to which wee owe under the *Immortal God*, our peace and defence. For by this Authoritie, given him by every particular man in the Common-Wealth, he hath the use of so much Power and Strength conferred on him, that by terror thereof, he is unable to forme the wills of them all, to Peace at home, and mutuall ayd against their enemies abroad. And in him consisteth the Essence of the Common-Wealth; which (to define it) is *One Person, of whose Acts a great Multitude, by mutuall Covenants one with another, have made themselves every one the Author, to the end he may use the strength and means of them all, as he shall think expedient, for their Peace and Common Defence* » : Thomas HOBBS, *Leviathan*, coll. « Penguin Classics », Penguin Books, Londres, 1985, p. 185-186 (Part I, chap. 13) et 227-228 (Part II, chap. 17).

L'individu est non seulement au centre de l'organisation politique, mais l'État est tenu de faire la promotion des droits que la nature lui reconnaît.

Sous-section 2 — L'impact des Lumières sur la politique et le droit

L'avènement des idées décrites plus haut opérera une révolution dans la façon de concevoir le pouvoir et son exercice.

À l'époque des Lumières, on l'a vu, on confèrera la priorité à l'individu dans l'ordre politique. Les philosophes en feront même le fondement de toute organisation politique. L'être humain ne doit plus être subordonné à des corporations, des ordres, et tous ces corps intermédiaires qui constituaient un obstacle insurmontable entre l'individu et l'État au cours de l'Ancien régime. L'individu ne jouit plus simplement d'un statut, mais de droits considérés comme inaliénables et sacrés, dont l'existence est antérieure à la société elle-même et qui sont supérieurs à toute forme d'autorité. Chaque être humain, de par sa nature même, jouit d'un droit égal à décider de sa propre destinée. Toute personne étant également pourvue de raison, tous ont donc un même droit à la liberté. Celle-ci ne doit plus être confondue avec les privilèges aristocratiques.

Qui, dès lors, est en mesure de délimiter l'étendue de cette liberté? Seule la totalité des membres de l'organisation sociale est habilitée à le faire. Pour qu'il y soit porté atteinte, il faut donc consentement unanime des individus, d'où l'idée de contrat social qui forme la base de l'organisation politique, et celle de loi (« cette raison libre de passion »³⁰) qui, parce qu'elle est l'expression de la volonté générale, est la seule norme susceptible d'assurer la cohésion sociale en limitant la sphère de liberté de chacun. Enfin, le but des institutions politiques doit être d'assurer à l'individu le droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne. Comme le droit de propriété figure au nombre de ces droits, cela entraînera

30. J.-J. CHEVALLIER, 1993, préc., note 16, p. 114.

de grandes conséquences en matière économique à partir du XIX^e siècle.

Les conséquences de cette révolution intellectuelle sur la politique et le droit seront multiples.

1— Le pouvoir étatique tire son origine de la volonté générale :

Il est contraire à la Raison de prétendre que la tradition ou l'investiture divine peuvent fonder le pouvoir. Ce sont les individus, source de toute souveraineté, qui, par leur consentement librement accordé, concluent un pacte social qui fonde l'organisation politique et juridique de la société. La constitution écrite d'un peuple apparaîtra comme l'expression la plus juste de cette entente. De plus, personne d'autre que le peuple (ou ses représentants³¹) ne pourra prétendre détenir le pouvoir constituant. La souveraineté lui appartenant, seul le peuple sera en mesure de définir les règles aux termes desquelles il s'engage à obéir au souverain qu'il s'est choisi. Enfin, la loi, quant à elle, deviendra l'expression de la volonté générale³².

31. Il importe de souligner que, si, pour Locke, préc., note 26, chap. 13, ¶¶154-155, la souveraineté du peuple peut être exercée par ses représentants, il n'en va de même pour ROUSSEAU, préc., note 27, *Du Contrat Social*, Livre III, Chap. XV : « La souveraineté ne peut être représentée, par la même raison qu'elle ne peut être aliénée; elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la volonté ne se représente point : elle et la même, ou elle est autre; il n'y a point de milieu. Les députés du peuple ne sont donc ni ne peuvent être ses représentants, ils ne sont que ses commissaires; ils ne peuvent rien conclure définitivement. Toute loi que le Peuple en personne n'a pas ratifiée est nulle; ce n'est point une loi. Le peuple Anglois pense être libre; il se trompe fort, il ne l'est que durant l'élection des membres du parlement; sitôt qu'ils sont élus, il est esclave, il n'est rien. Dans les courts momens de sa liberté, l'usage qu'il en fait mérite bien qu'il la perde. » À propos de la conception de la loi entretenue à l'époque révolutionnaire française, voir : Jean LECLAIR, « Le Code civil des Français de 1804 : une transaction entre révolution et réaction », (2002) 36 *R.J.T.* 1-82, [Ressource électronique], éd. rév., en ligne : <<http://ssrn.com/abstract=1692842>> (site consulté en juin 2011).

32. L'article 6 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 affirmera d'ailleurs ce qui suit : « La loi est l'expression de la volonté gé-

L'organisation étatique est donc perçue comme un ordre juridique hiérarchique rationnel et cohérent. Au faite de la hiérarchie figurent les droits individuels inaliénables de l'être humain; leur succède la constitution qui les garantit et la loi qui en délimite la portée. Tout cet édifice repose sur la raison. Le droit, construction logique, est constitué de règles justes auxquelles la raison permet d'accéder.

2— L'État, détenteur du monopole de la contrainte, est vu comme une entité assujettie au droit et qui agit au moyen du droit.

La thèse du contrat social fait de l'État la seule entité autorisée à donner et casser la loi. Le peuple lui a accordé, à titre exclusif, le pouvoir de contraindre et de punir. Il le fait au moyen du droit, plus spécifiquement au moyen de la loi.

Toutefois, si l'État est sanctifié par le concept de contrat social, il n'en reste pas moins qu'une grande méfiance persiste à son égard. C'est pourquoi sa toute-puissance est limitée par la finalité qu'on lui attribue. En effet, dans la perspective contractualiste, l'État tire son existence du pacte social. Les normes édictées par les organes étatiques sont donc assujetties à la constitution, expression même de cette entente. À la différence de l'époque monarchique, les règles énoncées dans la constitution n'ont pas pour simple but d'assurer la bonne gouvernance du royaume. Elles

nérale. » Rousseau attribue une dimension presque mystique à cette «volonté générale», ce qui en rend la définition difficile. On sait cependant que, « ce qui généralise la volonté est moins le nombre des voix, que l'intérêt commun qui les unit », *Du Contrat Social*, préc., note 27, Livre II, chap. IV. De plus, Rousseau précise que « [p]our qu'une volonté soit générale, il n'est pas toujours nécessaire qu'elle soit unanime, mais il est nécessaire que toutes les voix soient comptées; toute exclusion formelle rompt la généralité », *id.*, Livre II, chap. II. Dans les *Fragments politiques*, (dans *Du Contrat Social*, *id.*, pp. 293-382, p. 314) Rousseau affirme : « On est libre quoique soumis aux loix, et non quand on obéit à un homme, parce qu'en ce dernier cas j'obéis à la volonté d'autrui mais en obéissant à la Loy je n'obéis qu'à la volonté publique qui est autant la mienne que celle de qui que ce soit ».

fixent, dorénavant, de façon claire les limites imposées par le peuple à l'exercice du pouvoir par le souverain. La fonction du Prince est d'assurer les droits naturels de la personne : « [...] l'État doit seulement constater ce qui est : il n'est pas normatif, mais permet seulement le jeu des lois de la nature »³³. Le défaut par le souverain de se conformer à la constitution autorise sa destitution.

Les deux conséquences mentionnées plus haut poseront éventuellement le problème du contrôle de l'activité étatique. Pour limiter le pouvoir de l'État, on assistera, premièrement, à la consécration du principe de la séparation des pouvoirs et, plus tard, à l'institutionnalisation de la protection des droits et libertés.

D'une part, à partir du XVIII^e siècle, la notion de séparation des pouvoirs entre l'exécutif, le législatif et le judiciaire deviendra indissociable de l'idée de démocratie. L'article 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 énonce que « [t]oute société dans laquelle [...] la séparation des pouvoirs n'est pas déterminée n'a point de constitution ». Pour éviter que la loi ne devienne un instrument de répression, on juge dès lors nécessaire de scinder les étapes de son élaboration (pouvoir législatif), de son application (pouvoir exécutif) et de son interprétation (pouvoir judiciaire). Le pouvoir, pense-t-on, arrêtera le pouvoir³⁴.

33. Jacques ELLUL, *Histoire des institutions [;] XVI^e-XVIII^e*, 12^{ème} éd., Tome 4, Coll. «Thémis», PUF, 1991, p. 235 (ci-après « J. Ellul »).

34. Charles de SECONDAT de MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, tomes 1 et 2, Paris, Garnier-Flammarion, 1979 (publication originale en 1758), tome 1, Livre XI, chap. V : « Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. Une constitution peut être telle, que personne ne sera contraint de faire des choses auxquelles la loi ne l'oblige pas, et à ne point faire celles que la loi lui permet. » La personne de Montesquieu (1689-1755) est étroitement associée à l'idée de séparation des pouvoirs. Il faut cependant se garder de voir en lui le promoteur d'une séparation étanche des pouvoirs. En effet, il n'a jamais soutenu que le Parlement ne peut prendre part au pouvoir exécutif, ou que le gouvernement ne peut prendre part au pouvoir législatif. Il s'est plutôt borné à proscrire le cumul de tous les pouvoirs entre les mains d'un seul titulaire. À ce sujet, voir : Charles EISENMANN, « L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs », dans *Mélanges R. Carré*

D'autre part, les approches de Locke, et surtout de Rousseau, auront pour conséquence d'entraîner, depuis la Révolution française et jusqu'à nos jours, un véritable fétichisme de la volonté générale et, par le fait même, de la loi³⁵. On ne tardera cependant pas à se demander si la loi, expression de la volonté générale, autorise l'oppression de la minorité. Cette négation des droits de certains est-elle conforme à l'idée de démocratie? Locke semble penser que oui (chap. 8, ¶¶ 96-99); quant à Rousseau, il donne à cette question une réponse extrêmement alambiquée³⁶. Au XX^e siècle, on en viendra à reconnaître que le respect du pluralisme

de Malberg, Recueil Sirey, Paris, 1933, p. 165-192 et Michel TROPER, « Montesquieu en l'an III », (1998) 2 *Revue Montesquieu* 89-105.

35. L'opinion de Rousseau ouvre en effet la porte à l'oppression de l'individu par l'État. « On convient, dit-il, que tout ce que chacun aliène par le pacte social de sa puissance, de ses biens, de sa liberté, c'est seulement la partie de tout cela dont l'usage importe à la communauté, mais il faut convenir aussi que le Souverain seul est juge de cette importance. » (*Du Contrat Social*, Livre II, Chap. IV, préc., note 27). En outre, puisque, selon lui, la volonté générale « est toujours droite » (*id.*), le citoyen qui refuserait de se plier à la volonté générale « y sera contraint par tout le corps : ce qui ne signifie autre chose sinon qu'on le forcera d'être libre » (Livre I, chap. VII, préc., note 27). Toutefois, son opinion est plus nuancée qu'il n'y paraît, comme on pourra le constater, à la lecture de la note suivante. À propos de la loi comme vecteur d'oppression, lire Georges BURDEAU, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », (1939) *Archives de Philosophie du droit* 7.
36. La soumission obligée du citoyen qui n'a pas consenti à l'adoption d'une loi ne constitue-t-elle pas une forme d'oppression? Rousseau n'est pas de cet avis : « Quand on propose une loi dans l'assemblée du Peuple, ce qu'on leur [les citoyens] demande n'est pas précisément s'ils approuvent la proposition ou s'ils la rejettent, mais si elle est conforme ou non à la volonté générale qui est la leur; chacun en donnant son suffrage dit son avis là-dessus, et du calcul des voix se tire la déclaration de la volonté générale. Quand donc l'avis contraire au mien l'emporte, cela ne prouve autre chose sinon que je m'étais trompé, et que ce que j'estimois être la volonté générale ne l'étoit pas. Si mon avis particulier l'eut emporté, j'aurais fait autre chose que ce que j'avois voulu, c'est alors que je n'aurais pas été libre ». ROUSSEAU, préc., note 27, *Du Contrat Social*, Livre IV, chap. II. L'article 7 *in fine* de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* spécifiera que « tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance ». En somme, on voit difficilement comment un individu pourrait échapper à la volonté répressive de la majorité.

est indissociable de la notion de démocratie. Autrement dit, « la démocratie, ce n'est plus seulement la loi de la majorité : c'est aussi le respect de règles du jeu et de valeurs inscrites dans des normes supérieures »³⁷. Une reconnaissance effective des droits individuels et des droits des minorités consacrés par les constitutions sera donc nécessaire. Il en résultera la mise en place d'une véritable justice constitutionnelle.

Section 2 — L'avènement du constitutionnalisme en Angleterre, en France et aux États-Unis

Cette section sera consacrée à une étude de l'influence des idées examinées plus haut sur l'avènement du constitutionnalisme en Angleterre, en France et aux États-Unis. Ces trois pays retiendront plus particulièrement notre attention, car les systèmes juridiques de plusieurs États occidentaux s'inspirent de la tradition constitutionnelle de l'un ou l'autre d'entre eux.

Nous verrons que les différentes formes de contrôle de l'activité étatique dans ces trois pays sont une conséquence de leur histoire politique respective. Celle-ci explique que, si l'avènement d'un véritable contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois a vu le jour très tôt aux États-Unis, la France, et plus encore l'Angleterre, seront lentes à opérer cette transformation.

Le constitutionnalisme suppose, en premier lieu, l'assujettissement des organes étatiques à une norme fondamentale généralement énoncée dans une constitution écrite. La modification de celle-ci est sujette au respect de certaines formalités extraordinaires. En deuxième lieu, il implique la faculté de sanctionner juridiquement, et non simplement politiquement, l'absence de conformité entre un acte juridique édicté par un organe étatique (pouvoir législatif ou exécutif) et la norme constitutionnelle. Au-

37. Jacques CHEVALLIER, *L'État de droit*, Coll. « Clefs/Politique », Paris, Éditions Montchrestien, 1992, p. 65-66.

trement dit, la notion de constitutionnalisme est intimement associée à celle de contrôle judiciaire, lequel peut s'exercer tout autant à l'égard des actes de l'exécutif qu'à l'égard des actes du pouvoir législatif.

Seul le contrôle de la légalité constitutionnelle des actes du pouvoir législatif retiendra notre attention. En Angleterre, en France et aux États-Unis, un contrôle de légalité existe à l'égard des normes adoptées et des actes posés par le pouvoir exécutif. Alors qu'en France des organes spécialisés (juridictions administratives chapeautées par le Conseil d'État) exécutent cette tâche, en Angleterre et aux États-Unis, elle est dévolue aux tribunaux judiciaires ordinaires. Je ne m'intéresserai toutefois pas à ce type de contrôle judiciaire, son étude relevant plutôt du droit administratif.

Paragraphe 1 — En Angleterre

Absence de constitution écrite et souveraineté parlementaire : En Angleterre, à la différence de la France et des États-Unis, le droit constitutionnel n'est toujours pas exprimé dans une constitution écrite dont la modification appelle l'intervention de formalités particulières. Bien sûr, certaines lois importantes jalonnent l'histoire constitutionnelle britannique, comme la *Magna Carta* de 1215, le *Bill of Rights* de 1689, l'*Act of Settlement* de 1701, etc. Toutefois, ces lois ne portent que sur des aspects bien précis de ce qui relève du droit constitutionnel.

Dire de l'Angleterre qu'elle n'a pas de constitution écrite ne signifie pas pour autant qu'il s'agit d'un pays sans constitution. Il existe bel et bien un ensemble de normes juridiques relatives à la localisation et à l'exercice du pouvoir politique. Plusieurs règles juridiques ont pour fonction de concilier les pouvoirs de l'État avec les droits et libertés reconnus aux citoyens. La définition donnée, au XVIII^e siècle, par le Vicomte Bolingbroke demeure, encore aujourd'hui, tout à fait pertinente : « By constitution we mean, whenever we speak with propriety and exactness, that assemblage of laws, institutions, and customs, derived from certain fixed prin-

ciples of reason, directed to certain fixed objects of the public good, that compose the general system, according to which the community hath agreed to be governed »³⁸. C'est donc un bouquet de normes composé de lois, de règles de common law, de conventions constitutionnelles qui régissent la forme du gouvernement anglais et les relations des citoyens avec le pouvoir central. Toutefois, et c'est là une caractéristique fondamentale du droit constitutionnel anglais, toutes ces normes peuvent être modifiées ou abrogées par le Parlement. Ce dernier est entièrement souverain, en ce sens qu'aucune norme juridique n'échappe à son emprise. La constitution anglaise est donc qualifiée de souple, par opposition à rigide, car elle peut être modifiée en tout temps par le Parlement au moyen d'une simple loi.

Cette suprématie du Parlement explique, comme nous le verrons maintenant, que le droit anglais n'ait jamais reconnu aux tribunaux anglais, sauf peut-être au tout début du XVII^e siècle, le pouvoir de sanctionner l'absence de conformité des lois avec les règles constitutionnelles. En Angleterre, la mise en place d'une véritable justice constitutionnelle reste encore à faire.

Le concept de « loi fondamentale » : Le droit anglais a toujours reconnu l'existence d'une norme constitutionnelle susceptible d'encadrer l'exercice du pouvoir étatique. D'ailleurs, en droit constitutionnel médiéval anglais (et même occidental), l'idée de pouvoir absolu n'existait pas. Déjà, au XIII^e siècle, le juriste anglais Bracton affirmait que le pouvoir royal n'était pas « under man, but under God and the law »³⁹. Autrement dit, la suprématie

38. Henry St. John BOLINGBROKE, « Dissertation upon Parties, Letter X », dans *The Craftsman*, Londres, R. Francklin, 1754, p. 108.

39. « *Quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo & Lege* » « car le Roi est assujetti non pas aux hommes, mais à Dieu et au droit. » Lord COKE, dans la célèbre décision *Prohibitions del Roy* (1607) 12 Co. Rep. 63, p. 64-65; 77 E.R. 1342, (ci-après « *Prohibitions del Roy* ») fait référence à cet aphorisme : « A controversie of Land between parties was heard by the King, and sentence given, which was repealed, for this, that it did belong to the common Law. Then the King said, that he thought the Law was

du droit, et plus précisément la suprématie d'une norme constitutionnelle limitant l'exercice du pouvoir politique, n'était pas, à cette époque, un concept inconnu.

Ce faisceau de règles susceptibles de limiter ainsi l'exercice du pouvoir était généralement désigné par l'expression « *fundamental law* » (rendue en français par l'expression « loi fondamentale »). Bien que son contenu soit difficile à cerner, cette loi fondamentale n'en demeurerait pas moins bien réelle. Son invocation ne s'est pas faite à des fins strictement rhétoriques. Ainsi, au cours du XVII^e siècle, par exemple, lorsque le roi Jacques 1^{er} (1566-1625) prétendit être investi du pouvoir absolu de légiférer, parlementaires et juges fondèrent leur opposition sur l'existence de cette loi fondamentale du royaume qui limitait, disaient-ils, les pouvoirs royaux. L'accusation portée contre son successeur Charles 1^{er} (1600-1649) fut précisément d'avoir porté atteinte à cette loi fondamentale⁴⁰. Plus tard, durant la période cromwellienne, on affirmera avec tout autant de véhémence que l'autorité du Parlement était semblablement limitée par la loi fondamentale.

La *Magna Carta* de 1215, affirmaient certains, était la source initiale de cette loi fondamentale. Rappelons que cette loi fameuse est en réalité un traité intervenu entre le Roi de l'époque,

founded upon reason, and that he and others had reason, as well as the Judges: To which it was answered by me, that true it was, that God had endowed his Majesty with excellent Science and great endowments of nature, but his Majesty was not learned in the Lawes of his Realm of England, and causes which concerne the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his Subjects; they are not to be decided by naturall reason, but by the artificiall reason and judgment of Law, which Law is an art which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it; And that the Law was the golden metwand and measure to try the Causes of the Subjects; and which protected his Majesty in safety and peace: With which the King was greatly offended, and said, that then he should be under the Law, which was Treason to affirm, as he said; To which I said, that Bracton saith, *Quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo & Lege* ».

40. John WIEDHOFFT GOUGH, *L'idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise*, Coll. « Léviathan », Paris, PUF, 1992 (traduction d'un ouvrage paru initialement en 1955), p. 9 (ci-après « J.W. Gough »).

Jean Sans Terre (1167-1216), et un certain nombre de nobles. Aux termes de cette entente, le monarque s'était engagé à respecter certaines des prérogatives baronniales et, par le fait même, il avait consenti à une limitation de ses propres pouvoirs. La majorité des juristes affirmera cependant, à l'instar de Lord Coke (1552-1634), célèbre juriste du XVII^e siècle, que la *Magna Carta* n'était pas la source première de la loi fondamentale. Elle était plutôt *l'expression*, selon lui, de la loi fondamentale du royaume (« declaratory of the principal grounds of the fundamental laws of England »⁴¹). La source même de la loi fondamentale était donc antérieure à la Grande Charte de Jean Sans Terre.

Origine coutumière de la « loi fondamentale » : On s'entendait plutôt pour dire que l'origine de la loi fondamentale se perdait dans la nuit des temps anglo-saxons. Bref, la loi fondamentale avait une origine coutumière. L'autorité des règles dont elle était constituée tenait à la fois à leur ancienneté et à leur caractère raisonnable. Or, l'antiquité d'une norme coutumière faisait généralement présumer de son caractère raisonnable : « [...] 17th-century lawyers blended custom and reason into a single system of fundamental law. The two sources were not seen as in conflict—the old was the reasonable and the reasonable was the old »⁴².

« Loi fondamentale », common law et droit naturel : À partir du XVII^e siècle, la pensée et le vocabulaire du jusnaturalisme viendront coloniser les conceptions médiévales du droit anglais. Ainsi, la coutume raisonnable deviendra-t-elle la coutume conforme au droit naturel d'origine divine. Pour être valide, le droit positif devait donc être conforme aux règles du droit naturel. Par le moyen de la raison, il était possible de s'élever à la connaissance de ce dernier. Toutefois, Lord Coke devait préciser qu'il ne fallait pas entendre par « raison », la raison non éduquée du premier venu. Il fallait plutôt y voir la « raison artificielle » du droit

41. Cité par Thomas C. GREY, « Origins of the Unwritten Constitution : Fundamental Law in American Revolutionary Thought », (1978) 30 *Stanford Law Review* 852 (ci-après « T.C. Grey »).

42. *Id.*, p. 852-853.

l'éventuelle reconnaissance d'une véritable justice constitutionnelle, les événements historiques vont balayer cette possibilité au profit de la souveraineté parlementaire.

Consécration de la souveraineté du Parlement : Cette suprématie du Parlement devait résulter du dur combat mené par celui-ci contre les prétentions autocratiques des monarques anglais du XVII^e siècle. Ainsi, Jacques 1^{er}, sacré roi en 1603, s'acharnera, tout au long de son règne, à imposer la théorie du droit divin des rois. En se fondant sur la Bible, le roi était d'avis que, en tant que lieutenant de Dieu sur terre, il détenait un pouvoir de nature divine. En somme, il incarnait la loi. Responsable devant Dieu, il ne l'était pas devant ses sujets. Le Parlement n'avait d'autres fonctions, selon lui, que d'enregistrer ses ordonnances divines. Dans le respect du droit naturel, sa prérogative était absolue; elle l'autorisait à agir à son entière discrétion.

L'opposition entre les parlementaires et le roi alla en s'accroissant sous le règne de Charles 1^{er}, fils de Jacques 1^{er}. Des juges furent démis pour s'être opposés aux injonctions royales et les promesses faites au Parlement de mettre un terme aux mesures arbitraires ne furent pas tenues. En 1628, le Parlement exprime sa désapprobation en présentant la *Petition of Rights* qui rappelle les libertés anglaises et énonce que le pouvoir de lever une taxe ne peut être exercé par le Roi qu'avec le consentement de son parlement. Furieux, Charles dissout celui-ci et gouverne de façon tyrannique de 1629 à 1640. À cette date, il convoquera le Court Parlement afin de faire adopter certaines taxes (avril à mai 1640). Celui-ci deviendra la tribune où seront condamnés les abus des onze dernières années. Le roi le dissout à son tour. Toutefois,

ety, but only in many cases are drawn closer, and have by human laws known penalties annexed to them to enforce their observation. Thus the law of nature stands as an eternal rule to all men, legislators as well as others. The rules that they make for other men's actions must, as well as their own and other men's actions, be conformable to the law of nature, i.e. to the will of God, of which that is a declaration. And the fundamental law of nature being the preservation of mankind, no human sanction can be good or valid against it ».

la guerre avec l'Écosse l'amène à convoquer un nouveau parlement — le Long Parlement — qui siègera de 1642 à 1653.

En 1642, le roi tente un coup de force en ordonnant l'arrestation de trois députés ayant été à l'origine de la *Petition of Rights*. Ce geste entraîne la guerre civile qui se soldera par la défaite des forces royalistes et l'exécution du Roi en 1649. Après l'épisode cromwellien, la restauration de la monarchie en 1660 sera un échec. Les monarques qui se succéderont commettront les mêmes erreurs que leurs aïeux. En 1688, au terme de la Glorieuse Révolution, le dernier d'entre eux, Jacques II (1633-1701), se réfugiera en France. Le Parlement appellera alors au trône le stathouder de Hollande, Guillaume d'Orange (1650-1702) et son épouse Marie Stuart (1662-1694)⁴⁸ qui régnera conjointement avec lui. Guillaume était fils de la sœur de Jacques II, alors que son épouse était fille de ce dernier. Ils régneront sous les noms de Guillaume III et Marie II. Pour ce faire, ils devront cependant faire promesse de respecter le *Bill of Rights* de 1689, une loi qui consacre, en termes clairs, la suprématie du Parlement sur la personne du souverain.

Ce qu'il importe de souligner, c'est qu'au cours de cette Glorieuse Révolution, l'oppression, en Angleterre, a été associée au pouvoir royal. Au contraire, le Parlement, et donc le pouvoir législatif, a fait figure de défenseur des libertés anglaises. Son pouvoir en sortira grandi. Cela explique que, même si l'idée de loi fondamentale ne disparaît pas du vocabulaire politique et juridique de l'Angleterre des XVIII^e et XIX^e siècles, elle ne permettra plus de contester la constitutionnalité d'une loi validement adoptée par le Parlement.

Souveraineté parlementaire et contrôle judiciaire : William Blackstone, dans ses *Commentaries on the Laws of England*,

48. Il faut éviter de confondre cette souveraine avec son homologue écossaise Marie Stuart, reine d'Écosse (1542-1587), emprisonnée en Angleterre pour cause de trahison et, par la suite, mise à mort sur l'ordre de sa cousine, la reine d'Angleterre Élisabeth 1^{re} (1533-1603).

(1765-1769), exprime l'opinion dominante à partir de cette époque lorsqu'il affirme⁴⁹ :

The power and jurisdiction of parliament, says Sir Edward Coke, is so transcendent and absolute, that it cannot be confined, either for causes or persons, within any bounds. [...] [Parliament] has sovereign and uncontrollable authority in the making, confirming, enlarging, restraining, abrogating, repealing, reviving, and expounding of laws, concerning matters of all possible denominations, ecclesiastical, or temporal, civil, military, maritime, or criminal: this being the place where that absolute despotic power, which must in all governments reside somewhere, is entrusted by the constitution of these kingdoms. [...] It can change and create afresh even the constitution of the kingdom and of parliaments themselves; as was done by the act of union, and the several statutes for triennial and septennial elections. It can, in short, do every thing that is not naturally impossible; and therefore some have not scrupled to call its power, by a figure rather too bold, the omnipotence of parliament. True it is, that what the parliament doth, no authority upon earth can undo.

Cette souveraineté du Parlement était, au surplus, conciliable avec la théorie du contrat social élaborée par Locke. La loi adoptée par cet organe était parée de légitimité du fait qu'elle émanait des représentants de la population. En d'autres termes, elle était l'expression de la volonté populaire (Locke : chap. 11; ¶ 134) :

This legislative [power] is not only the supreme power of the commonwealth, but sacred and unalterable in the hands where the community have once placed it; nor can any edict of anybody else, in what form soever conceived, or by what power soever backed, have the force and obligation of a law which has not its sanction from that legis-

49. William BLACKSTONE, *Commentaries on The Laws of England, A Facsimile of the First Edition of 1765-1769*, vol. 1—*Of the Rights of Persons*, Chicago, University of Chicago Press, 1979, p. 156. De manière à rendre le texte plus intelligible, l'orthographe a été modernisée.

lative which the public has chosen and appointed. For without this the law could not have that which is absolutely necessary to its being a law, the consent of the society, over whom nobody can have a power to make laws, but by their own consent, and by authority received from them.

Il faut toutefois se rappeler que, dans la perspective lockéenne, « if the legislators act contrary to the end for which they were constituted, ...[they] are guilty of rebellion » (Chap. 19; ¶ 227), cette rébellion conférant alors au peuple un droit de résister (chap. 13; ¶149) :

Though in a constituted commonwealth, standing upon its own basis, and acting according to its own nature, that is, acting for the preservation of the community, there can be but one supreme power, which is the legislative, to which all the rest are and must be subordinate, yet the legislative being only a fiduciary power to act for certain ends, there remains still in the people a supreme power to remove or alter the legislative, when they find the legislative act contrary to the trust reposed in them. For all power given with trust for the attaining an end, being limited by that end, whenever that end is manifestly neglected, or opposed, the trust must necessarily be forfeited, and the power devolve into the hands of those that gave it, who may place it anew where they shall think best for their safety and security. And thus the community perpetually retains a supreme power of saving themselves from the attempts and designs of anybody, even of their legislators, whenever they shall be so foolish, or so wicked, as to lay and carry on designs against the liberties and properties of the subject. For no man, or society of men, having a power to deliver up their preservation, or consequently the means of it, to the absolute will and arbitrary dominion of another; whenever any one shall go about to bring them into such a slavish condition, they will always have a right to preserve what they have not a power to part with; and to rid themselves of those who invade this fundamental, sacred, and unalterable law of self-preservation, for which they enter'd into society. And thus the community may be

said in this respect to be always the supreme power, but not as considered under any form of government, because this power of the people can never take place till the government be dissolved.

Blackstone, après avoir cité ce passage, désapprouve avec vigueur le point de vue de Locke⁵⁰ :

[H]owever just this conclusion may be in theory, we cannot adopt it, nor argue from it, under any dispensation of government at present actually existing. For this devolution of power, to the people at large, includes in it a dissolution of the whole form of government established by that people, reduces all the members to their original state of equality, and, by annihilating the sovereign power, repeals all positive laws whatsoever before enacted. No human laws will therefore suppose a case, which at once must destroy all law, and compel men to build afresh upon a new foundation; nor will they make provision for so desperate an event, as must render all legal provisions ineffectual. So long therefore as the English constitution lasts, we may venture to affirm, that the power of parliament is absolute and without control.

Dans cette perspective, un contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois est bien sûr impensable. Nulle autorité ne peut imposer sa volonté au Parlement; en théorie, aucune norme juridique n'échappe à son emprise, fut-elle de nature constitutionnelle. Blackstone rejette explicitement l'idée d'un contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois⁵¹ :

[I]f the parliament will positively enact a thing to be done which is unreasonable, I know of no power in the ordinary forms of the constitution, that is vested with authority to control it: and the examples usually alleged in support of this sense of the rule do none of them prove, that, where the main object of a statute is unreasonable, the judges are at liberty to reject it; for that were to set the judicial

50. Préc., note 49, p. 157.

51. *Id.* p. 91.

power above that of the legislature, which would be subversive of all government.

Contestation du pouvoir absolu du Parlement : Au cours du XIX^e siècle, l'emprise du Parlement ira toujours plus grande. Depuis lors, la suprématie parlementaire constitue un des fondements premiers du droit constitutionnel anglais. Elle constitue, encore aujourd'hui, le frein le plus puissant à la reconnaissance d'un véritable constitutionnalisme.

Mentionnons toutefois qu'un mouvement politique qui gagne en popularité demande à ce que soient enchâssés dans une constitution écrite les droits fondamentaux des citoyens. En 1991, des spécialistes britanniques ont publié un ouvrage intitulé *The Constitution of the United Kingdom* dans lequel ils proposent d'abandonner le dogme de la souveraineté parlementaire au profit d'une constitution écrite qui consacrerait, entre autres choses, la protection des droits de la personne. Enfin, même si le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois est un concept encore inconnu en droit interne anglais, l'adhésion de l'Angleterre à l'Union européenne a forcé les tribunaux anglais à se prononcer sur la conformité du droit anglais avec la *Convention (européenne) de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*⁵² et le droit communautaire⁵³. Sous l'impulsion de tous ces facteurs, on assiste même à une résurgence de l'approche adoptée par Lord Coke au début du XVII^e siècle. Plusieurs juges affirment en effet que l'activité législative du Parlement pourrait, dans certains cas, être limitée par les tribunaux si elle contrevenait à certains principes fondamentaux consacrés par la common law⁵⁴.

52. Nations-Unies, *Recueil des traités*, vol. 213 (1955), p. 221.

53. *Ep p. Factortame*, [1990] 1 A.C. 603.

54. Lord WOOLF, « Droit Public—English Style », (1995) *Public Law* 57, à la p. 69-70 et Sir John LAWS, « Law and Democracy », (1995) *Public Law* 72, à la p. 84-90. Voir également la décision de la House of Lords dans *R. (on the application of Jackson and Others) v. Attorney General*, [2006] 2 LRC 499; [2005] UKHL 56. Lord Steyn y affirmait ceci (§ 102) : « The classic account given by Dicey of the doctrine of the supremacy of Parliament, pure and absolute as it was, can now be seen to be out of place in the modern United Kingdom. Nevertheless, the supremacy of Parliament is

Enfin, signalons que, sans avoir embrassé l'idée d'un contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, la Grande-Bretagne a opté pour une solution fort originale en adoptant le *Human Rights Act 1998*⁵⁵. Le paragraphe 3(1) de cette loi établit que, dans la mesure du possible, l'interprétation donnée aux lois et règlements doit être compatible avec les droits reconnus par la *Convention (européenne) de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*⁵⁶. Dans l'éventualité où une telle interprétation est impossible, le tribunal doit prononcer une déclaration d'incompatibilité (« declaration of incompatibility » — paragraphe 4(2)). Une procédure de modification législative accélérée peut alors être mise en œuvre (art. 10). La mesure législative contestée n'est pas invalidée, ni son effet suspendu. Toutefois, il devient difficile pour le gouvernement, en raison du coût politique qui s'attacherait à son inaction, de ne pas intervenir pour corriger le vice. S'il persiste à ne pas vouloir intervenir, les tribunaux seront dans la fâcheuse position d'imposer le respect d'une norme dont la légitimité a été remise en doute. Quant à la partie plaignante, elle pourra en appeler éventuellement à la Cour européenne des droits de l'homme qui risque fort de lui donner

still the general principle of our constitution. It is a construct of the common law. The judges created this principle. If that is so, it is not unthinkable that circumstances could arise where the courts may have to qualify a principle established on a different hypothesis of constitutionalism. In exceptional circumstances involving an attempt to abolish judicial review or the ordinary role of the courts, the Appellate Committee of the House of Lords or a new Supreme Court may have to consider whether this is a constitutional fundamental which even a sovereign Parliament acting at the behest of a complaisant House of Commons cannot abolish. It is not necessary to explore the ramifications of this question in this opinion. » Voir aussi Lord Hope of Craighead (¶ 104) et la Baroness Hale of Richmond (¶ 159). Les six autres juges n'ont pas jugé utile de se prononcer sur cette question. À propos de cette décision, voir : Mark ELLIOTT, « Bicameralism, Sovereignty, and the Unwritten Constitution » (2007) 5 *International Journal of Constitutional Law* 370.

55. 1998, c. 42 (R.-U.).

56. Le texte exact du paragraphe 3(1) est le suivant : « So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights ».

raison⁵⁷. Comme l'affirme avec raison le Chancelier Lord Irvine of Lairg, la solution anglaise « reconciles the dual democratic imperatives of governance by the majority in a manner which respects minority interests »⁵⁸.

J'examinerai maintenant les raisons qui expliquent le lent avènement, en France, d'un constitutionnalisme encore très limité.

Paragraphe 2 — En France

Depuis la Révolution, la France a vécu sous le régime de plus d'une dizaine de constitutions écrites (treize pour la seule période 1789-1875). La dernière en date a été adoptée en 1958. Pourtant, aucun mécanisme de contrôle de la constitutionnalité des lois ne sera mis en place avant 1946. Après m'être attardé un instant sur le régime constitutionnel prérévolutionnaire, j'analyserai les motifs qui expliquent cet avènement tardif, en France, d'une justice constitutionnelle.

Nature et contenu des lois fondamentales de la monarchie : Pendant les quelque treize siècles qui séparent le baptême de Clovis (466-511) de la Révolution française de 1789, la monarchie française a été soumise à une constitution rigide fondée sur ce qu'on appelait alors les *Ordonnances du royaume* ou *Lois du royaume* — celles-ci doivent être distinguées des simples ordonnances royales ou lois du roi⁵⁹. Rigide, parce qu'elle liait le législa-

57. Sur toutes ces questions, voir : K. MALLESON, « A British Bill of Rights : Incorporating The European Convention on Human Rights », (1999) 5 *Choices/Choix* no 1, 21.

58. Lord Irvine of LAIRG, « Sovereignty in Comparative Perspective : Constitutionalism in Britain and America », (2001) 76 *New York University Law Review* 1, à la p.19.

59. Philippe SUEUR, *Histoire du droit public français XVe-XVIIIe siècle*, 4^e éd., Tome I, *La constitution monarchique*, Coll. « Thémis droit », Paris, PUF, 1989, p. 75 (ci-après « P. Sueur »).

teur ordinaire, en l'occurrence le roi, et qu'il ne pouvait donc pas la modifier unilatéralement⁶⁰. Les juristes français du XIII^e siècle citaient même avec approbation l'affirmation de Bracton, rapportée plus haut, voulant que le roi fût assujetti à Dieu et aux lois qui l'avaient fait roi⁶¹. L'expression *Ordonnances du royaume* ou *Lois du royaume* désignait un « droit oral, dégagé sous formes (sic) de coutumes constitutionnelles complétées par des lois royales et par des déclarations de principe des États généraux ou du parlement de Paris »⁶².

Au nombre des règles qui échappaient au pouvoir législatif du roi, on pouvait compter les normes relatives à l'investiture royale : l'hérédité de la monarchie, la dévolution de la couronne par ordre de primogéniture, l'exclusion des femmes. Il faudrait également y ajouter les règles qui prescrivaient l'inaliénabilité du domaine public et l'obligation faite au roi d'appartenir à la religion catholique. Plusieurs personnes, au cours des siècles, ont tenté d'allonger cette liste, bien souvent pour des motifs intéressés.

« *Lois fondamentales* » et théorie contractualiste : Comme aux États-Unis et en Angleterre, la théorie du contrat social viendra, pour reprendre l'expression de M. Duverger⁶³, continuer et rajeunir cette théorie des « lois fondamentales » du royaume. Celles-ci en viendront à être considérées comme l'ensemble des règles aux termes desquelles le peuple avait consenti à déléguer sa souveraineté au roi.

60. *Id.*, p. 116-117 : « ...à l'exception de Louis XIV [1638-1715] dont les violations constitutionnelles furent redressées après sa mort, aucun monarque ne fut vraiment l'auteur d'un coup d'État, à tel point que les ultimes réformes de Louis XVI [1754-1793] exigèrent la réunion des États généraux qui par un enchaînement d'événements et d'idées nouvelles aboutirent à la rédaction de la première constitution globale et formelle de la France ».

61. Maurice DUVERGER, *Les constitutions de la France*, 12^e éd., Coll. « Que sais-je? », Paris, PUF, 1991, p. 29 (ci-après « M. Duverger »).

62. P. SUEUR, préc., note 59, p. 75.

63. M. DUVERGER, préc., note 61, p. 32.

L'approche contractualiste marquera profondément la pensée révolutionnaire. Ainsi, après le 14 juillet 1789, les États généraux s'attribuèrent le titre d'« Assemblée constituante », convaincus qu'à titre de représentants du peuple, ils étaient les seuls autorisés à détenir le pouvoir constituant. Cette assemblée devait par la suite adopter la célèbre *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de juillet 1789. Cette constitution écrite viendra solennellement consacrer la liberté, l'égalité devant la loi et le droit de propriété comme limites au pouvoir du souverain. Elle affirmera également le caractère fondamental de la séparation des pouvoirs. Cette constitution représentait l'expression juridique du pacte social français.

Absence de contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois avant 1946 : Malgré l'enchâssement, dès 1789, des droits cités plus haut, aucun mécanisme efficace de sanction, qu'il soit politique ou autre, ne sera institué en France avant 1946 pour que soit assurée la conformité des lois avec la constitution (si l'on fait exception du droit à l'insurrection (art. 35 de la Constitution de 1793⁶⁴)). Bien sûr, aux termes des constitutions consulaires de 1799 et d'août 1802, le sénat avait été institué gardien de la constitution, mais Napoléon Bonaparte (1769-1821) en a vite fait un organe servile à ses volontés.

Cette absence de contrôle (et plus particulièrement, de contrôle judiciaire) découle à la fois du rôle prépondérant accordé à la loi comme instrument de protection des droits et libertés en droit constitutionnel français, et de la méfiance entretenue par le pouvoir politique à l'égard du pouvoir judiciaire.

Le rôle prépondérant accordé à la loi en tant qu'instrument de protection des droits et libertés : Dans la perspective rousseauiste, le peuple souverain exprime sa volonté par la bouche de la loi. La volonté générale ne peut exprimer que ce qui est juste et utile, « puisque nul n'est injuste envers lui-même »⁶⁵. Les citoyens

64. Dans les faits, cette constitution ne fut jamais appliquée.

65. ROUSSEAU, préc., note 27, *Du Contrat Social*, Livre II, chap. VI.

demeurent libres, même s'ils sont assujettis aux lois, « puisqu'elles ne sont que des registres de [leurs] volontés »⁶⁶. En conséquence, il n'existe pas de contradiction entre cette volonté générale et la liberté de chacun, puisque, participant à cette volonté générale, « [l]'homme n'est pas alors soumis à une volonté supérieure à lui-même »⁶⁷. La loi n'opprime personne, puisqu'elle a été agréée par tous.

Pour être libre, le peuple ne devait confier à personne d'autre que le législateur, la fonction de dire le droit. Pour Rousseau, puisque la loi est l'expression de la volonté générale, elle constitue la seule norme juridique empreinte de légitimité. On devine que l'idée d'un contrôle judiciaire était incompatible avec l'approche rousseauiste. Cette dernière est donc inconciliable, on l'aura compris, avec le constitutionnalisme tel qu'il est entendu aujourd'hui.

La théorie de la séparation des pouvoirs qu'embrasseront éventuellement les révolutionnaires français venait d'ailleurs contrebuter ce rôle exclusif attribué au législateur dans la détermination de ce qui était juste. En effet, les tribunaux, selon cette théorie, n'étaient autorisés qu'à *interpréter* la loi. Au soutien de cette théorie, on invoque souvent Montesquieu, lequel affirmait que « les juges de la Nation ne sont [...] que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »⁶⁸.

En plus de nier toute possibilité d'un contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, cette sanctification de la loi devait conduire, dans les faits, à la reconnaissance non pas d'une souve-

66. *Id.*

67. J. ELLUL, préc., note 33, p. 245.

68. *De l'esprit des lois*, préc., note 34, Livre XI; chap. 6. Montesquieu concevait les lois comme des vecteurs de liberté. C'est pourquoi il ne jugeait pas nécessaire de contrebalancer le pouvoir législatif avec un pouvoir judiciaire fort. J.-Y. MORIN, préc., note 3, p. 76. Toutefois, même si Montesquieu confinait le pouvoir judiciaire à un rôle relativement passif, il ne s'est jamais fait le promoteur, comme je l'ai déjà mentionné (voir : préc., note 34), d'une séparation étanche des pouvoirs.

raineté nationale, mais d'une souveraineté des représentants du peuple siégeant à l'Assemblée nationale, autrement dit, une souveraineté parlementaire.

Méfiance affichée par le pouvoir politique à l'égard du pouvoir judiciaire : Le pouvoir judiciaire, en France, bien qu'il se soit opposé au pouvoir monarchique au cours du XVIII^e siècle, n'a jamais été perçu, à l'instar de son homologue anglais, comme le gardien des libertés des citoyens. Les parlements (tel était le nom des juridictions royales de l'Ancien Régime) ont plutôt été perçus, à juste titre d'ailleurs, comme les promoteurs des intérêts de classe de la noblesse de robe qui les composait. La vénalité des charges et la transmissibilité héréditaire de celles-ci conféraient une indépendance très grande aux parlementaires. À la fin des années 1780, lorsque le roi tentera de mettre en œuvre une réforme allant dans le sens d'une monarchie libérale, les parlements s'y opposeront féroce­ment dans le but de conserver leurs anciens privilèges et de maintenir l'inégalité des classes. Le 3 novembre 1789, l'Assemblée constituante s'empres­sera d'ailleurs de les « mettre en vacances »⁶⁹.

69. J. ELLUL, préc., note 33, p. 305. Comme l'affirme avec justesse John P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, Buffalo, Wiliam & Hein & Co., Inc., 1986, p. 370 et 373 : « It should be plain that the French and American revolutions were sure to project quite different roles for the judges in these two societies. In both countries the judiciary had revived and reasserted some ancient ideals to justify resistance to political power. Partly as a result of this experience, there entered deeply into our own inheritance the conception of judges as guarantors of our liberties. Much more than in our own colonies [les futurs États-Unis], the courts in France under the old regime were the center of opposition to authoritarian government. In a very direct and immediate sense they brought on the French Revolution. But for this they earned no gratitude. They earned instead a lasting distrust, which in France is not yet overcome. [...] Held in check for a time by Louis XIV, the Parlements, led by the Parlement of Paris, became the leaders of the opposition to authoritarian government. By this stage the sale of offices had transformed them into powerful oligarchies. Irremovable and irresponsible, wielders of great and undefined power, they also claimed to represent the national interest. By their dogged defense of a privileged class—the nobility of which they became the leaders—they foreclosed all hope of moderate reform, ensured that the wave would engulf them, and earned for themselves a nation's wrath ».

Tout cela explique que les régimes politiques qui se sont succédé en France ont toujours craint la reconnaissance d'un « gouvernement des juges »⁷⁰. Par exemple, la crainte de l'arbitraire des juges était si grande que, durant les premières années de son existence (1790-1804), le Tribunal de cassation avait le devoir, en cas d'obscurité ou d'insuffisance d'un texte législatif, « de surseoir à statuer et d'en référer au Corps législatif pour qu'il fournisse les explications nécessaires »⁷¹. L'article 4 du *Code civil des Français* devait abolir ce référé direct au législateur. Dans un tel système, les juges ne peuvent créer le droit. Encore moins peuvent-ils contrôler la constitutionnalité des lois.

Avènement d'un contrôle judiciaire limité de la constitutionnalité des lois à partir de 1946 : Cette sanctification de la volonté générale devait aboutir non seulement aux errements du jacobinisme, mais plus généralement, à ce que René Carré de Malberg appelait le « parlementarisme absolu »⁷², soit une situation où la volonté des députés de l'Assemblée nationale s'impose à tous et prévaut sur l'esprit et même la lettre de la Constitution, tout spécialement, sur le principe de la séparation des pouvoirs.

70. L'expression « gouvernement des juges » serait l'invention d'Édouard Lambert (1866-1947), juriste français, qui a publié en 1921 un ouvrage intitulé *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Éd. Marcel Giard.

71. Jean-Marie AUGUSTIN, « Les premières années d'interprétation du Code civil français (1804-1837) », dans *Le nouveau Code civil [:] Interprétation et application*, Montréal, Les Éditions Thémis Inc., 1993, p. 34.

72. René Carré de MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1931, p. 195-196 : « Et, pour tout dire, si, au départ, [le système parlementaire] avait commencé, après 1875, par être envisagé et par fonctionner comme un régime de séparation dualiste des pouvoirs entre les Chambres et l'Exécutif, aujourd'hui, il en est arrivé à un point de son développement où il est devenu bien proche du système qui place, en principe même, la puissance gouvernementale dans le Parlement. Il réalise en cela ce qu'on pourrait appeler le parlementarisme absolu, au sens intégral du mot, c'est-à-dire un régime dans lequel le Parlement, devenu maître sur toute la ligne, domine complètement l'Exécutif, par opposition au parlementarisme relatif ou dualiste, dans lequel il y a seulement limitation de la puissance gouvernementale par la puissance parlementaire ».

La décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 : En premier lieu, dans une décision rendue le 16 juillet 1971, le Conseil devait affirmer, à la surprise de plusieurs, que les principes énoncés dans la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 avaient valeur constitutionnelle. Ces principes, selon le Conseil, avaient été incorporés par la Constitution de 1958 dont le préambule proclamait « l'attachement » du peuple français « aux Droits de l'Homme [...] tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789 [...] ». La doctrine avait toujours cru que le préambule de la Constitution de 1958 n'avait aucune valeur juridique et qu'il représentait, tout au plus, une référence polie aux célèbres principes de 1789. Ainsi, par cette interprétation audacieuse, à son rôle de « répartiteur des compétences »⁷⁴, le Conseil ajoutait celui de protecteur des droits et libertés.

Élargissement du droit de saisine : En deuxième lieu, l'opinion publique favorable à la décision de juillet 1971 devait entraîner un élargissement du droit de saisine du Conseil. Aux termes de la *Loi constitutionnelle du 29 octobre 1974*, le Conseil pouvait dorénavant être saisi, non seulement par les personnes mentionnées plus haut, mais également par un groupe de soixante députés ou soixante sénateurs. Par ce moyen, une voix était accordée à des préoccupations qui n'intéressaient pas nécessairement la majorité des parlementaires.

Création d'une exception d'inconstitutionnalité : L'article 29 de la *Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République* est venu ajouter un article 61-1 à la constitution de 1958. Ce dernier crée une exception d'inconstitutionnalité : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé »⁷⁵.

74. *Id.*

75. La mise en œuvre de l'article 61-1 était subordonnée à l'adoption d'une loi organique, laquelle a été adoptée en 2009 : *LOI organique n° 2009-*

Il s'agit là d'un élargissement très significatif du droit de saisine. Dorénavant, le contrôle judiciaire peut être exercé *a posteriori*. Que ce soit devant le juge administratif ou judiciaire, les justiciables sont autorisés à contester la légalité constitutionnelle des dispositions législatives qui ne seraient pas conformes aux droits et libertés garantis par la Constitution. Si le juge éprouve un doute en ce qui a trait à la constitutionnalité de la disposition, il pourra saisir le Conseil d'État ou la Cour de cassation qui, à leur tour, pourront saisir le Conseil constitutionnel. Une fois invalidée, la disposition ne trouve plus à s'appliquer au justiciable. En outre, l'invalidation par le Conseil entraîne son abrogation immédiate.

Sans être inexistant comme en Angleterre, le contrôle de constitutionnalité en France demeure encore bien timide en comparaison de celui qu'exercent les tribunaux américains. La différence la plus marquante entre les deux systèmes demeure le fait qu'aux États-Unis ce contrôle n'est pas exercé, comme en France, par un tribunal spécialisé et avant la promulgation de la loi. Ce sont plutôt les tribunaux ordinaires qui accomplissent cette tâche, et ce, une fois la loi mise en vigueur.

Dans la prochaine sous-section, je tenterai d'identifier les facteurs qui expliquent la mise en place, dès le début du XIX^e siècle, d'une véritable justice constitutionnelle aux États-Unis.

1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. Elle précise les modalités d'application de cette exception d'inconstitutionnalité.

Paragraphe 3 — Aux États-Unis

Bien que profondément marqué par la tradition juridique britannique, le droit constitutionnel américain s'en distingue néanmoins par la place centrale qu'y occupe une constitution écrite et par la reconnaissance, dès le début du XIX^e siècle, d'un pouvoir pour les tribunaux de contrôler la constitutionnalité des lois.

Des motifs de nature philosophique et juridique expliquent l'avènement d'une justice constitutionnelle aux États-Unis. Dans un premier temps, les révolutionnaires américains marieront le concept de « loi fondamentale » propre au droit anglais avec les théories jusnaturaliste et contractualiste élaborées au XVIII^e siècle. Cette opération leur permettra de prétendre que l'exercice du pouvoir politique pouvait et devait être limité par une constitution écrite issue du consentement de personnes qui se sont librement constituées en société politique. Dans un deuxième temps, le contrôle judiciaire n'étant pas un phénomène inconnu aux États-Unis, compte tenu de son statut d'ancienne colonie, les tribunaux américains n'éprouvèrent pas les mêmes réticences que leurs homologues anglais à contrôler la constitutionnalité des lois. Enfin, la constitution adoptée en 1787 étant de nature fédérale, les tribunaux se trouvèrent tout naturellement appelés à régler les conflits de compétences entre les deux ordres de gouvernement.

Fondements philosophiques du constitutionnalisme américain : Sur le plan philosophique, il ne fait aucun doute que l'approche contractualiste lockéenne a directement inspiré les constituants de l'époque. Pour s'en convaincre, relisons à nouveau le deuxième paragraphe de la Déclaration d'indépendance des États-Unis du 4 juillet 1776 :

We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Lib-

erty and the pursuit of Happiness. That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed. That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness.

L'idée d'un pouvoir politique issu d'un pacte social constaté dans une constitution écrite, et dont la fonction est de garantir les droits inaliénables des personnes, est clairement exprimée dans le passage ci-dessus. Fidèles à la promesse faite dans la Déclaration, les constituants américains adoptèrent en 1777 une première constitution écrite. Cette dernière, définitivement ratifiée en 1781, mettait en place un régime confédéral. Inadéquate, elle devait être remplacée par la Constitution fédérale du 17 septembre 1787 qui s'applique encore à ce jour. Ce document établissait un régime fédéral de type présidentiel. Pour calmer les inquiétudes de ceux qui dénonçaient l'absence de protection explicite des droits et libertés de la personne dans la Constitution de 1787, celle-ci fut modifiée, entre 1789 et 1791, par l'adjonction d'un *Bill of Rights*.

Le processus d'adoption de la Constitution fédérale de 1787 témoigne également de l'attachement des constituants à l'idée de contrat social. Dans un premier temps, des délégués de tous les États furent conviés à la « Convention » de Philadelphie. On y arrêta le texte de la constitution. Par la suite, on réclama et on obtint l'assentiment de conventions spéciales établies dans chaque État. L'approbation finale du projet de constitution a donc été le fait, non des législatures coloniales, mais de la population elle-même, s'exprimant par la bouche de ses représentants assemblés en conventions spéciales. Il ne faut pas toutefois s'exagérer l'importance de cet appui populaire, puisque bien peu de personnes avaient le droit de vote à l'époque.

Si les révolutionnaires américains se sont inspirés de Locke pour justifier leur droit à la sécession, ils puisèrent ailleurs les

arguments juridiques qui leur permirent de contester la validité constitutionnelle des lois impériales adoptées sans leur consentement⁷⁶.

En effet, tout en imposant à l'État le devoir de respecter les droits de la personne, Locke ne semblait pas penser que ces droits puissent servir de freins constitutionnels à l'activité législative du Parlement. Il semblait plutôt d'avis que leur violation accordait tout au plus à la population un droit *moral et politique* à l'insurrection (Locke : Chap. 14, ¶ 168)⁷⁷. Au fond, le contrôle proposé par Locke était de nature éthique plutôt que juridique. C'est pourquoi, les révolutionnaires américains s'inspirèrent-ils plutôt des œuvres de jusnaturalistes européens, comme Samuel von Pufendorf (1632-1694) et Emer de Vattel (1714-1767), pour contester la validité des lois impériales. En effet, ceux-ci affirmaient clairement que les principes du droit naturel liaient *juridiquement* l'autorité

76. Les informations à l'origine des deux paragraphes qui suivent sont tirées de T.C. GREY, préc., note 41.

77. LOCKE, préc., note 26, Chap. 19, ¶ 242, affirme : « If a controversy arise betwixt a prince and some of the people, in a matter where the law is silent or doubtful, and the thing be of great consequence, I should think the proper umpire in such a case should be the body of the people. For in cases where the prince hath a trust reposed in him, and is dispensed from the common ordinary rules of the law, there if any men find themselves aggrieved, and think the prince acts contrary to or beyond that trust, who so proper to judge as the body of the people (who at first lodged that trust in him) how far they meant it should extend? But if the prince, or whoever they be in the administration, decline that way of determination, the appeal then lies to nowhere but to heaven. Force, between either persons who have no known superior on earth, or which permits no appeal to a judge on earth, being properly a state of war, wherein the appeal to a judge lies only to heaven, and in that state the injured party must judge for himself when he will think fit to make use of that appeal, and put himself upon it ». En vérité, comme le souligne Jean-Jacques CHEVALLIER, *Les grandes œuvres politiques de Machiavel à nos jours*, Coll. «U», Paris, Éditions Armand Colin, 1996, p. 77, cet appel au Ciel n'est ni plus ni moins qu'une façon polie de reconnaître au peuple un droit à l'insurrection. Comme le disait si judicieusement le philosophe chinois Mencius (~372-~289) : « Heaven does not speak [...] Heaven sees as my people see; Heaven hears as my people hear » (cité par William Theodore DE BARY, « The 'Constitutional Tradition' in China », (1995) 9 *Journal of Chinese Law* 7, p. 13.

législative. La sanction de leur violation n'était pas simplement morale ou politique. En outre, en insistant sur le fait que le pouvoir politique était fondé sur un contrat social intervenu entre les citoyens, ils ont renforcé l'idée que les hommes pouvaient s'entendre sur une norme supérieure, une norme constitutionnelle, dont le contenu pouvait aller au-delà de ce qui était requis par le droit naturel. Autrement dit, le pacte pouvait porter sur autre chose que le strict respect du droit naturel. Pufendorf, par exemple, distinguait entre les normes de droit constitutionnel particulières à une société et les normes de droit naturel applicables universellement. Il soulignait toutefois que la violation par l'État d'une norme de droit naturel ou de droit constitutionnel emportait la même sanction, soit l'invalidité. Un philosophe anglais, Thomas Rutherforth (1712-1771), devait combiner cette approche avec l'idée de loi fondamentale discutée plus haut. Selon lui, le pacte social, ou loi fondamentale, pouvait s'exprimer autrement que dans une constitution écrite. Les coutumes propres à une nation donnée étant fondées sur le consentement de la population, elles pouvaient également constituer l'expression du pacte social. Bref, dans la tradition juridique anglaise, les « usages » pouvaient braver le titre de registre de ces lois fondamentales⁷⁸.

78. « Whatever usage has obtained in any civil society for time immemorial, without being interrupted, may be presumed to be agreeable to the sense of such society, and to have obtained with its consent: because the usage must in so long a time have come to the knowledge of the public; and if society had not consented to it, there must have been frequent opportunities either of interrupting it in fact, or of declaring a dislike of it in words. But whatever is consented to by a civil society, becomes a law of such society: and, consequently, any usage which has obtained for time immemorial, is established into a law by prescription. » : Thomas RUTHERFORTH, *Institutes of Natural Law; being the substance of a course of lectures on Grotius De Jure Belli et Pacis*, 2^e édition américaine, Baltimore, 1832 : Book II, Chap. VI, XVI, p. 396. Il faut cependant noter que, contrairement à ce que plaideront par la suite, comme nous le verrons dans le paragraphe suivant, certains révolutionnaires américains, Thomas Rutherforth n'a jamais approuvé l'idée qu'un juge puisse recourir à des principes de droit non écrits (« unwritten law ») pour contester la légalité constitutionnelle d'une loi. Il plaçait lui-même toute sa confiance dans une constitution écrite : Gary L. McDOWELL, « The Limits of Natural Law : Thomas Rutherforth and the American Legal Tradition », (1992) *The American Journal of Jurisprudence* 57.

Forts de ces arguments jusnaturalistes et contractualistes, les Américains contesteront la validité constitutionnelle des lois impériales adoptées sans leur consentement. Par exemple, les lois fiscales adoptées par le Parlement impérial pour financer les dépenses encourues durant la Guerre de sept ans (le *Sugar Act* de 1764 et le *Stamp Act* de 1765) furent contestées aux cris de « no taxation without representation ». En effet, les Américains soutenaient que la common law, tout autant que le droit naturel, interdisait que la propriété d'une personne soit taxée sans son consentement. De telles atteintes étaient donc inconstitutionnelles, car elles contrevenaient à certaines règles fondamentales constatées par la common law. Ces allégations d'inconstitutionnalité fondées sur de prétendues violations des principes fondamentaux de la common law et du droit naturel ont été le fait, pour l'essentiel, de politiciens et de pamphlétaires. Néanmoins, il semble que des colons en ont tout de même parfois appelé avec succès aux tribunaux pour faire déclarer l'inconstitutionnalité de certaines interventions législatives impériales⁷⁹. Bref, dans l'esprit de certains, la sanction d'inconstitutionnalité n'était pas considérée comme relevant uniquement de la sphère de la moralité ou de la politique.

En somme, les fondements jusnaturalistes de la pensée politique américaine prérévolutionnaire ont permis l'éclosion et l'enracinement de l'idée d'une soumission du pouvoir étatique à des normes fondamentales constatées dans une constitution écrite, normes dont le contenu ne correspondait pas nécessairement au strict droit naturel. Enfin, ces mêmes théories jusnaturalistes avaient servi d'arguments pour justifier le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois impériales. On peut donc constater que, dès l'époque prérévolutionnaire, la table était mise pour l'établissement éventuel d'une véritable justice constitutionnelle.

Il importe de le souligner, dans l'esprit des colons américains, l'oppression étatique n'émanait pas simplement du pouvoir exécutif monarchique; elle était également le fait d'un pouvoir légis-

79. T.C. Grey, préc. note 41, p. 881.

slatif représenté ici par le Parlement impérial. Autrement dit, la toute-puissance du pouvoir législatif n'était pas perçue, à l'instar de la situation anglaise, comme un vecteur de liberté et de protection des droits des citoyens.

Fondements juridiques du constitutionnalisme américain : Sur le plan juridique, deux éléments vont contribuer à faciliter la reconnaissance d'un pouvoir pour les tribunaux américains de se prononcer sur la constitutionnalité des lois.

Absence de souveraineté parlementaire dans les colonies : Premièrement, la notion de souveraineté parlementaire ne s'était pas, au XVIII^e siècle, implantée avec autant de rigueur dans les colonies d'Amérique que dans la métropole. Les assemblées législatives coloniales n'avaient jamais bénéficié d'une pleine souveraineté. D'un côté, le parlement impérial pouvait adopter des lois qui avaient préséance sur les lois coloniales. De l'autre, les autorités métropolitaines étaient investies d'un pouvoir de réserve et de désaveu qui leur permettaient de se prononcer sur l'opportunité des lois coloniales.

Existence d'un contrôle judiciaire des lois coloniales : Deuxièmement, le concept même de contrôle judiciaire était familier aux colons américains du XVIII^e siècle. En effet, les tribunaux coloniaux, à l'instar de leurs homologues britanniques, ont été appelés à départager les responsabilités respectives des pouvoirs exécutif et législatif (délimitation de la frontière entre ce qui relève du pouvoir législatif et du domaine de la prérogative royale). Mais, plus important encore, ils ont été appelés à se prononcer sur la conformité des lois coloniales avec les lois impériales visant expressément les colonies. Ce contrôle judiciaire s'exerçait sous l'œil vigilant du conseil privé du Roi en Angleterre auprès duquel il était possible d'interjeter appel des décisions judiciaires coloniales.

Enfin, à l'action conjointe des idées philosophiques et de la pratique judiciaire coloniale s'ajoutera l'adoption de la constitution de 1787 consacrant non seulement une séparation des pouvoirs

exécutif, législatif et judiciaire, mais répartissant également les compétences législatives entre les paliers gouvernementaux fédéral et étatiques. L'institution d'une fédération supposait l'existence d'un arbitre des conflits entre les deux ordres de gouvernement. Cette tâche allait incomber tout naturellement aux tribunaux.

Bref, cette conjonction d'éléments explique que la Cour suprême des États-Unis n'ait pas hésité à reconnaître le pouvoir des tribunaux d'arbitrer les conflits constitutionnels. Dans l'arrêt *Marbury c. Madison*⁸⁰, le juge en chef Marshall devait affirmer que la Constitution était la loi suprême du pays. À ce titre, tout tribunal était tenu de l'interpréter comme il le ferait de n'importe quelle autre loi. En conséquence, un tribunal était autorisé à déclarer invalide toute loi contraire à la Constitution. Je reproduis ici un long extrait de cette décision souvent mentionnée et rarement lue⁸¹ :

That the people have an original right to establish, for their future government, such principles, as, in their opinion, shall most conduce to their own happiness is the basis on which the whole American fabric has been erected. The exercise of this original right is a very great exertion; nor can it, nor ought it, to be frequently repeated. The principles, therefore, so established, are deemed fundamental. And as the authority from which they proceed is supreme, and can seldom act, they are designed to be permanent.

This original and supreme will organizes the government, and assigns to different departments their respective powers. It may either stop here, or establish certain limits not to be transcended by those departments.

The government of the United States is of the latter description. The powers of the legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken, or forgotten, the constitution is written. To what purpose are

80. Préc., note 3.

81. *Id.*, p. 176-180 (Cranch); p. 73-74 (U.S.).

powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? The distinction between a government with limited and unlimited powers is abolished, if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed, are of equal obligation. It is a proposition too plain to be contested, that the constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by an ordinary act.

Between these alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it.

If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law: if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature illimitable.

Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and, consequently, the theory of every such government must be, that an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void.

This theory is essentially attached to a written constitution, and, is consequently, to be considered, by this court, as one of the fundamental principles of our society. It is not therefore to be lost sight of in the further consideration of this subject.

If an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void, does it, notwithstanding its invalidity, bind the courts, and oblige them to give it effect? Or, in other words, though it be not law, does it constitute a rule as operative as if it was a law? [...]

It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. [...]

So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.

If, then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.

Those, then, who controvert the principle that the constitution is to be considered, in court, as a paramount law, are reduced to the necessity of maintaining that courts must close their eyes on the constitution, and see only the law.

This doctrine would subvert the very foundation of all written constitutions. It would declare that an act which, according to the principles and theory of our government, is entirely void, is yet, in practice, completely obligatory. It would declare that if the legislature shall do what is expressly forbidden, such act, notwithstanding the express prohibition, is in reality effectual. It would be giving to the legislature a practical and real omnipotence, with the same breath which professes to restrict their powers within narrow limits. It is prescribing limits, and declaring that those limits may be passed at pleasure.

That it thus reduces to nothing what we have deemed the greatest improvement on political institutions, a written constitution, would of itself be sufficient, in America, where written constitutions have been viewed with so much reverence, for rejecting the construction. But the peculiar expressions of the constitution of the United States furnish additional arguments in favour of its rejection.

The judicial power of the United States is extended to all cases arising under the constitution.

Could it be the intention of those who gave this power, to say that in using it the constitution should not be looked into? That a case arising under the constitution should be decided without examining the instrument under which it arises?

This is too extravagant to be maintained.

In some cases, then, the constitution must be looked into by the judges. [...]

[I]t is apparent that the framers of the constitution contemplated that instrument as a rule for the government of courts, as well as of the legislature. [...]

Thus, the particular phraseology of the constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument.

Ainsi habilités, les tribunaux sanctionneront non seulement les atteintes aux principes fédéraux consacrés par la Constitution de 1787, mais également les contraventions aux droits et libertés garantis par les dispositions du *Bills of Rights*. Au cours des XIX^e et XX^e siècles, ce pouvoir ira en augmentant.

Comme on a pu le constater, l'avènement du constitutionnalisme dans un État donné est tributaire des événements politiques qui en ont jalonné l'histoire, mais également des idées philosophiques et politiques qu'on y a prônées au cours des siècles.

Le droit constitutionnel canadien porte la marque indélébile des idées-forces décrites ci-dessus, mais telles qu'elles ont été médiatisées par un contexte historique bien spécifique. Ces idées ont exercé et exercent encore une influence directe non seulement sur le contenu des règles de notre droit constitutionnel, mais également sur leur mode de production.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE PROJET FÉDÉRAL D'AUGMENTER LE NOMBRE DE DÉPUTÉS
AUX COMMUNES EST-IL CONSTITUTIONNEL?

Auteur(s) : Guy TREMBLAY

Revue : *RDUS*, 2011, volume 41, numéro 1

Pages : 219-241

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10298>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/10298>

Page vide laissée intentionnellement.

LE PROJET FÉDÉRAL D'AUGMENTER LE NOMBRE DE DÉPUTÉS AUX COMMUNES EST-IL CONSTITUTIONNEL?

par Guy TREMBLAY*

Depuis 2007, le gouvernement fédéral manifeste l'intention d'augmenter le nombre de sièges à la Chambre des communes afin de donner satisfaction aux provinces à croissance démographique rapide, soit l'Alberta, la Colombie-Britannique et l'Ontario. Cependant, le Parlement fédéral n'aurait pas le pouvoir d'instaurer une véritable « représentation en fonction de la population ». L'alinéa 42(1)a) de la Loi constitutionnelle de 1982 enchâsserait plutôt une « représentation proportionnelle modifiée » visant à protéger les petites provinces et les provinces dont la population relative décline. C'est ce qui ressort de la décision rendue en 1988 par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire Campbell. Les provinces qui bénéficient d'une protection en vertu du système actuel n'ont pas intérêt à voir leur représentation diluée dans une Chambre des communes trop élargie. Et le projet du gouvernement Harper donnerait au Québec un nombre de députés proportionnellement inférieur au pourcentage de sa population dans le Canada.

Since 2007, the federal Government has revealed its intention to increase the number of seats in the House of Commons in favour of the rapidly growing provinces (Alberta, British Columbia and Ontario). However, the Parliament of Canada may not have the power to institute a real "representation by population". Paragraph 42(1)a) of the Constitution Act, 1982 appears to entrench a "modified proportionate representation" in order to protect the smaller provinces and the provinces whose relative population has declined. Such was the decision rendered in 1988 in Campbell by the Court of Appeal of British Columbia. The provinces which are protected under the present system are not well served by a bill that would dilute their representation in a greatly expanded House of Commons. In addition, Prime Minister Harper's approach would grant Quebec a number of seats that would be inferior in proportion to the relative size of its population in Canada.

*, Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.

SOMMAIRE

1.	Les dispositions constitutionnelles applicables	222
2.	Les deux sens possibles de l'alinéa 42(1)a)	225
3.	Les objectifs poursuivis par le gouvernement Harper	231
4.	L'intérêt particulier du Québec	236
	Conclusion	240

L'histoire constitutionnelle du Canada, avec l'entrée successive de provinces et territoires dans la fédération, a engendré une représentation bigarrée au Sénat et à la Chambre des communes¹. Par exemple, avec 2,2 % de la population, le Nouveau-Brunswick a droit à 9,5 % des sièges du Sénat, tandis que la Colombie-Britannique, avec 13,2 % de la population, doit se contenter de 5,7 % des sièges. Les disproportions sont moins grandes aux Communes, mais tous les territoires et provinces y jouissent d'une certaine surreprésentation, sauf les trois provinces dont la population relative s'accroît (l'Alberta, la Colombie-Britannique et l'Ontario).

En 2007, le gouvernement conservateur a présenté un projet de loi visant à changer les règles de répartition entre les provinces des sièges de députés à la Chambre des communes². Ce projet de loi aurait remplacé le paragraphe 51(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* de façon à augmenter sensiblement le nombre de sièges. Il aurait fait passer ce nombre, en 2014, de 308 à 330 et aurait profité aux trois provinces à croissance démographique rapide.

Le projet de loi en question n'a pas été adopté, mais face à l'insatisfaction de l'Ontario, le gouvernement du premier ministre Harper aurait envisagé d'aller encore plus loin dans le même sens et de former une Chambre de 342 députés³. En fait, le projet de loi

-
1. Voir le tableau dans ÉRIC MONTIGNY et Réjean PELLETIER, « Le pouvoir législatif : le Sénat et la Chambre des communes », dans Réjean PELLETIER et Manon TREMBLAY (dir.), *Le parlementarisme canadien*, 4^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 2009, p. 349.
 2. *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (représentation démocratique)*, projet de loi C-56 (première lecture à la Chambre - le 11 mai 2007), 1^e sess., 39^e légis. (Can) devenu la *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (représentation démocratique)*, projet de loi C-22 (première lecture à la Chambre - 14 novembre 2007) 2^e sess., 39^e légis. (Can) (ci-après « *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (représentation démocratique)*, projet de loi »).
 3. Guillaume BOURGAULT-CÔTÉ, « Remaniement de la carte électorale fédérale. Le poids du Québec sera réduit. Un nouveau projet de loi d'Ottawa sème l'inquiétude », *Le Devoir*, 26 et 27 sept. 2009, qui aussi renvoie au *Globe and Mail* du 25 sept. 2009; Josée BOILEAU, « Le Québec aux Com-

C-12 présenté le 1^{er} avril 2010 ajoutait aux Communes 30 députés (18 à l'Ontario, 7 à la Colombie-Britannique et 5 à l'Alberta) pour un total de 338. La question se pose donc de savoir si le Parlement fédéral peut procéder seul à une telle réforme constitutionnelle ou s'il ne doit pas plutôt obtenir l'accord d'au moins sept provinces dont la population représente cinquante pour cent ou plus de la population de toutes les provinces. Nous allons tenter de répondre à cette question en examinant d'abord les dispositions constitutionnelles pertinentes et l'interprétation jurisprudentielle et doctrinale qu'elles ont reçue. Par la suite, nous confronterons ces données juridiques avec l'objectif poursuivi par le gouvernement dans le présent dossier, ainsi que les répercussions des mesures qu'il a proposées en 2007 et 2010.

1. Les dispositions constitutionnelles applicables

En 1867, c'est l'article 51 de ce qui était l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* qui a établi le mode de répartition des sièges des Communes entre les provinces. Cette disposition ne pouvait être changée que par Londres, sauf que l'article 52 précisait – et précise toujours – ceci :

52. Le nombre des membres de la Chambre des communes pourra de temps à autre être augmenté par le Parlement du Canada, pourvu que la proportion établie par la présente loi dans la représentation des provinces reste intacte.

La « proportion » ainsi garantie n'était pas parfaite⁴ parce que l'article 51 original prévoyait le maintien du nombre de sièges

munes. Les limbes », *Le Devoir*, 28 sept. 2009; Louis MASSICOTTE, « Quelle place pour le Québec? Étude sur la redistribution électorale fédérale », Réseau québécois de réflexion sur le fédéralisme, nov. 2009, 18-19, [Resource électronique], éd. rév., en ligne : <www.ideefederale.ca> (site consulté en mai 2011).

4. *Campbell c. Canada (A. G.)*, [1988] 2 W.W.R. 650 (B.C. C.S.) 653 (ci-après « *Campbell c. Canada (A. G.)* »), appel rejeté à *Campbell c. Canada (A. G.)*, [1988] 4 W.W.R. 441 (B.C. C.A.) et permission d'appeler à la Cour supérieure refusée, *sub nomine Waddell c. A.G. Canada*, [1988] 1 R.C.S. XV.

d'une province dont la population relative n'aurait pas décliné de plus de cinq pour cent depuis le dernier recensement décennal⁵. Pour répondre aux préoccupations des petites provinces, particulièrement l'Île-du-Prince-Édouard, une protection additionnelle s'est ajoutée en 1915 en vertu de laquelle une province ne pouvait avoir moins de députés que de sénateurs⁶ et cette protection s'est maintenue par la suite, malgré les changements successifs apportés à l'article 51⁷. La plupart de ces changements ont eux-mêmes prescrit d'autres mécanismes pour enrayer la perte de sièges dans les provinces à faible croissance démographique⁸. Et la version actuelle de l'article 51 plafonne le nombre de sièges aux Communes et établit qu'une province ne peut perdre de sièges lors d'une révision consécutive à un recensement décennal⁹.

Par ailleurs, à compter de 1907, les territoires fédéraux ont eu droit d'être représentés par des députés aux Communes, bien

-
5. Règle 4 de l'art. 51 original de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, aujourd'hui appelé *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. 1985, app. II, no 5 (ci-après « *Loi constitutionnelle de 1867* »).
 6. Art. 51A de la *Loi constitutionnelle de 1867*; voir l'affaire *Campbell c. Canada (A. G.)*, préc., note 4, en première instance, 654. Le plancher sénatorial est aujourd'hui garanti par la règle de l'unanimité en vertu de l'al. 41 b) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C. 1985, app. II, no 44 (ci-après « *Loi constitutionnelle de 1982* »).
 7. Ces changements furent apportés par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1946*, L.R.C. 1985, app. II, no 30; l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1952*, L.R.C. 1985, app. II, no 36 (ci-après « *Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1952* »); et la *Loi constitutionnelle de 1974*, L.R.C. 1985, app. II, no 40 (ci-après « *Loi constitutionnelle de 1974* »).
 8. Voir la règle 5 du parag. 51(1) édicté par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1952* (protection contre une réduction de plus de 15 % du nombre de sièges d'une province et contre une représentation moindre que celle d'une province moins peuplée); ainsi que le traitement réservé aux provinces moins peuplées dans la *Loi constitutionnelle de 1974*. Le système de 1974 a été conçu comme temporaire : Guy TREMBLAY, « Actes de l'Amérique du Nord britannique, 1974, 1975, et lois connexes », (1976) 17 C. de D. 503.
 9. Règles 1 et 2 du parag. 51(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

que leur population ne l'aurait pas justifié selon la représentation proportionnelle¹⁰.

Seul le changement de 1946 au mode de répartition des sièges aux Communes s'est fait par loi du Royaume-Uni, à la demande du Canada. Par la suite, les modifications ont été édictées par le Parlement canadien, qui avait obtenu en 1949 le pouvoir de modifier la « constitution du Canada »¹¹, pouvoir qui permettait peut-être de changer la proportion dans la représentation des provinces garantie par l'article 52 de la Loi de 1867. En effet, le pouvoir inséré à l'article 91(1) de cette dernière loi était assujéti à certaines exceptions qui ne concernent pas la représentation des provinces aux Communes. Ainsi, on ne peut pas dire que cette représentation tombe dans l'exception protégeant « les droits ou privilèges accordés ou garantis, par la présente loi ou par toute autre loi constitutionnelle, à la législature ou au gouvernement d'une province »¹². Par contre, il est possible que l'interprétation relativement restrictive donnée par la Cour suprême au pouvoir en question empêchait le Parlement du Canada de porter atteinte au plancher sénatorial de 1915¹³. Cette dernière protection, de toute façon, n'a jamais été remise en cause par le Parlement fédéral. Celui-ci a plutôt ajouté des dispositions favorables aux provinces faibles au plan démographique dans chacune des trois lois qu'il a adoptées concernant le nombre de sièges aux Communes¹⁴.

10. Voir le parag. 51(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. C'est la *Loi constitutionnelle de 1886*, L.R.C. 1985, app. II, no 15, qui autorise le Parlement fédéral à pourvoir à la représentation des territoires aux Communes.

11. *Acte de l'Amérique du Nord britannique (no 2)*, 1949, L.R.C. 1985, app. II, no 33.

12. *Id.* (italiques ajoutées par l'auteur).

13. Voir l'*Avis sur la compétence du Parlement relativement à la Chambre haute* (« *Avis sur le Sénat* »), [1980] 1 R.C.S. 54, 65 et 70 (ci-après « *Avis sur le Sénat* »), où la Cour conclut que le parag. 91(1) édicté par la loi de 1949 ne vise que des questions « internes » de l'ordre de gouvernement central (« housekeeping » matters) et Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 225-226.

14. Préc., notes 8 et 9.

Le pouvoir fédéral de modification constitutionnelle et l'exception concernant la proportionnalité ont été reformulés de manière plus précise lors du rapatriement. Remplaçant la compétence acquise en 1949, l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982* donne au Parlement d'Ottawa le pouvoir de modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives, notamment, « à la Chambre des communes », mais sous réserve des articles 41 et 42. Or, l'alinéa 42(1)a assujettit à la procédure générale – exigeant le consentement d'au moins sept provinces – « le principe de la représentation proportionnelle des provinces à la Chambre des communes prévu par la Constitution du Canada ». Ces dispositions étaient en vigueur lorsque le Parlement fédéral a adopté la version actuelle du paragraphe 51(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui établit un certain plafond au nombre de sièges aux Communes et qui empêche qu'une province perde des sièges lors d'une révision¹⁵. Après chaque recensement décennal, les provinces à forte croissance démographique voient croître leur nombre de sièges, mais moins que s'il n'y avait pas de plafond. Sans cette loi fédérale de 1985, et avec une pure représentation proportionnelle, la Colombie-Britannique (et la ville de Vancouver) aurait eu droit à plus de sièges; mais la loi fut contestée sans succès dans cette province, dans l'affaire *Campbell*¹⁶ que nous allons maintenant analyser.

2. Les deux sens possibles de l'alinéa 42(1)a

La décision rendue dans *Campbell* nous amène à chercher laquelle des deux approches suivantes explique la validité de la loi fédérale de 1985 : soit que celle-ci est valide parce qu'elle met en œuvre la représentation des provinces en fonction de leur population (alinéa 42(1)a), quitte à ce qu'elle accorde certaines protections aux provinces dont la population relative décline; ou soit que la loi est valide parce qu'elle incorpore des protections au bénéfice de ces dernières provinces et respecte ainsi le genre de proportionnalité exigé par l'alinéa 42(1)a. Selon la première approche, la

15. *Loi constitutionnelle de 1985 (représentation électorale)*, L.C. 1986, c. 8, partie I. La loi est entrée en vigueur le 6 mars 1986.

16. *Campbell c. Canada (A. G.)*, préc., note 4.

Constitution garantirait la représentation en fonction de la population. Selon la seconde, elle garantirait le droit des provinces faibles au plan démographique d'être protégées, à l'intérieur d'une représentation par ailleurs proportionnelle¹⁷. Ou encore, pour le dire d'une autre manière, la loi fédérale de 1985 peut être valide malgré le fait qu'elle pose des entraves à la représentation en fonction de la population; ou elle peut être valide parce qu'elle modifie la pure représentation en fonction de la population.

Sans discuter ouvertement des deux pôles de cette alternative, la doctrine tend à accrédi-ter la première approche. Ainsi, dans son travail minutieux portant sur la modification constitutionnelle au Canada, le professeur Benoît Pelletier soutient que l'alinéa 42(1)a ne vise que le « principe » même de la représentation proportionnelle et non pas les modalités de mise en œuvre de ce principe, lesquelles demeurent soumises à la compétence du Parlement fédéral¹⁸. Celui-ci pourrait donc apporter des aménagements au principe, en faire une application moins stricte¹⁹. Logiquement, le Parlement fédéral pourrait aussi faire du principe une application stricte et ne plus protéger les provinces dont la population relative décline. Le professeur Hogg interprète lui aussi l'arrêt *Campbell* comme garantissant le « principe » de la représentation proportionnelle²⁰. Et le politologue Louis Massicotte soutient l'idée que c'est la représentation en fonction de la population

17. Selon cette conception, la représentation proportionnelle ou en fonction de la population peut tout de même être « l'élément dominant », « prédominant », de la formule « modifiée qui avantage les provinces et territoires moins peuplés » : voir Kent ROACH « Une personne, une voix? Les normes constitutionnelles canadiennes en matière de répartition des sièges et de découpage des circonscriptions électorales », dans David SMALL (dir.), *La délimitation des circonscriptions au Canada. Pour un vote égal et efficace*, vol. 11 de la collection études, Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991, p. 3, 17, 23, 24 et 37.

18. Benoît PELLETIER, *La modification constitutionnelle au Canada*, Scarborough, Carswell, 1996, p. 276.

19. *Id.*, p. 193-194.

20. Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Scarborough, Carswell, feuilles mobiles, section 4.3(g).

qui est protégée par la Constitution²¹. Pourtant, Ronald I. Cheffins, dès 1982, trouvait que le Parlement fédéral seul ne pourrait plus changer les principes particuliers de représentation proportionnelle contenus dans la Loi de 1867²². Et une analyse de l'affaire *Campbell* en première instance et en appel nous permet de conclure que la seconde des approches présentées ci-dessus est la bonne.

Le juge en chef McEachern de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rendu le jugement de première instance. Selon lui, la loi de 1985 ne viole pas l'alinéa 42(1)a) pour deux raisons qui tiennent au libellé de cette disposition. Premièrement, le principe de la représentation proportionnelle qui y est protégé est celui qui est « prévu par la Constitution du Canada » (« prescribed by the Constitution of Canada »). Or, souligne le juge en chef, une représentation parfaite mathématiquement n'a jamais été prévue par la Constitution du Canada, qui a toujours inclus une protection pour les provinces dont la population relative décline²³. En d'autres termes, aux yeux du juge en chef, ce n'est pas la représentation proportionnelle pure que protège l'alinéa 42(1)a), mais plutôt une « representation based primarily, but not entirely, upon population »²⁴. En second lieu, le juge en chef McEachern remarque que c'est le « principe » de la représentation proportionnelle des provinces qui est protégé par l'alinéa en question et que la législation fédérale accommodant les provinces faibles au plan démographique n'y porte pas atteinte²⁵. En somme, en se basant sur l'article 44 de la Loi de 1982, le Parlement fédéral doit adhérer au principe de la représentation proportionnelle des provinces aux Communes, mais non à une représentation proportionnelle stricte. Il doit tenir compte des provinces dont la population relative décline, en incorporant des protections du genre de celles qui se sont

21. Louis MASSICOTTE, préc., note 3, pp. 3, 21, 22, 23.

22. Ronald I. CHEFFINS, « The Constitution Act, 1982, and the Amending Formula : Political and Legal Implications », (1982) 4 S.C.L.R. 43, 52

23. *Campbell c. Canada (A. G.)*, préc., note 4, en première instance, p. 662.

24. *Id.*

25. *Id.*, p. 662-663.

imposées dans l'histoire du pays²⁶. Le juge en chef conclut par une remarque particulièrement pertinente aux fins qui nous concernent; il dit que la validité de la loi fédérale de 1985 tient au fait qu'elle instaure une base proportionnelle tempérée par trois éléments justifiés historiquement (la représentation des territoires non provinciaux, le plancher sénatorial et le maintien du nombre de sièges d'une province) et il souligne que les deux derniers éléments veulent préserver « in a slightly enlarged House of Commons » les sièges des provinces dont la population relative décline²⁷.

C'est une formation exceptionnelle de cinq juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a entendu l'appel dans cette affaire *Campbell*²⁸. Le juge Lambert, dissident, aurait accueilli l'appel et déclaré la loi de 1985 inconstitutionnelle parce qu'elle est relative à la matière même que l'alinéa 42(1)a) réserve aux modifications complexes. Mais la majorité, par la voix du juge Macfarlane, a expressément approuvé la décision de première instance du juge en chef McEachern. La Constitution du Canada, selon l'article 52 de la Loi de 1867 et l'alinéa 42(1)a) de la Loi de 1982, a établi ou prévu (« prescribed ») une représentation proportionnelle modifiée et non une pure représentation en fonction de la population, afin de protéger les provinces dont la population relative décline. Les dispositions qui protègent ces provinces font partie intégrante du « principe » de la représentation proportionnelle enchâssé dans l'alinéa 42(1)a) : les « grandfather clauses » ne sont donc pas des exceptions au principe garanti par la Constitution²⁹. La loi fédérale de 1985 fut ainsi jugée valide parce qu'elle vise à protéger la représentation des provinces dont la population relative décline.

26. *Id.*, p. 663.

27. *Id.*

28. *Campbell c. Canada (A. G.)*, préc., note 4, en Cour d'appel.

29. *Id.*, p. 453-454. « The whole purpose of the principle is to make appropriate adjustments to protect the representation of the lesser populated provinces » (p. 454) ou des « provinces with declining populations » (p. 455).

Cette façon de voir ressort aussi d'un *obiter* émis en 1989 par la juge en chef McLachlin de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (aujourd'hui juge en chef du Canada) dans l'affaire *Dixon* : l'alinéa 42(1)a « dealing with electoral apportionment places regional considerations over strict "rep by pop" »³⁰.

Dans son *Avis sur le Sénat* en 1979, la Cour suprême avait tenu pour acquis que les lois fédérales de 1952 et de 1974 avaient été valablement adoptées et qu'elles avaient maintenu le « principe de la représentation d'après la population » (the "principle of representation by population")³¹. À cette occasion, la Cour suprême ne s'est pas prononcée sur la nature du principe qu'elle avait à l'esprit, mais celui-ci ne pouvait qu'être conforme à l'article 52 de la Loi de 1867 qui parle de proportion « établie par la présente loi ». Et justement, les lois fédérales de 1952 et de 1974 mentionnées par le Cour suprême avaient mis en oeuvre une représentation proportionnelle « modifiée »³², comme toutes les lois qui ont servi dans *Campbell* à interpréter la portée de l'alinéa 42(1)a). Il reste qu'en refusant la permission d'appeler dans cette dernière affaire, la Cour suprême n'a aucunement avalisé l'interprétation retenue par les tribunaux de la Colombie-Britannique. Elle pourrait donc s'en démarquer et laisser au Parlement fédéral une plus grande marge de manœuvre que celle que nous exposons ici.

On sait que les Pères de la Confédération ont consacré beaucoup de temps au Sénat et que les intérêts régionaux ont finalement prédominé dans la composition de cette chambre haute. Toutefois, par manque de légitimité démocratique, le Sénat a perdu peu à peu de son influence dans le Parlement du Canada. En enchâssant pour les Communes une signification particulière du concept de proportionnalité, la Loi de 1982 rétablit quelque peu l'équilibre fédératif qui avait été pensé au départ.

30. *Dixon c. British Columbia (Attorney-General)*, (1989) 59 D.L.R. (4th) 247 (B.C. C.S.) 265 (ci-après « *Affaire Dixon* »).

31. *Avis sur le Sénat*, préc., note 13, p. 65.

32. Préc., note 8.

Dans la mesure où la représentation proportionnelle des provinces envisagée par la Constitution n'est pas parfaite, elle autorise une certaine inégalité dans le poids du vote des citoyens canadiens. Or, le droit de vote est expressément garanti par l'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*³³ et l'interprétation judiciaire qui lui fut donnée met de côté, elle aussi, l'égalité parfaite.

Dans un pays aussi vaste que le Canada, avec une densité démographique fort variable selon les régions, les circonscriptions électorales tant fédérales que provinciales comptent souvent moins d'électeurs en milieu rural ou nordique qu'en milieu urbain. Les cartes électorales en cause ont tout de même été jugées valides par application du principe de la « représentation effective » dégagé par la Cour suprême en 1991, principe qui n'impose qu'une égalité relative du vote ou du nombre d'électeurs par circonscription³⁴. Selon la Cour, cette égalité relative n'est pas le seul facteur à considérer dans la confection d'une carte électorale. Il faut aussi tenir compte, notamment, de la géographie, de l'histoire, des institutions de la collectivité, de la représentation des groupes minoritaires et des prévisions d'évolution démographique. Dans cette affaire, la Cour suprême se penchait sur le cas de la Saskatchewan et elle a jugé valide un système qui permettait des écarts de plus ou moins 25 % au sud et de 50 % pour les deux circonscriptions du nord. Ainsi, malgré certaines distorsions, les cartes électorales en règle générale respectent les impératifs constitutionnels³⁵. Les écarts qui furent déclarés invalides par des cours de première instance étaient exorbitants, s'étendant de

33. La Charte est incluse dans la *Loi constitutionnelle de 1982*.

34. Renvoi : *circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158.

35. *Charlottetown (City) c. Prince Edward Island*, (1998) 168 D.L.R. (4th) 79 (P.E.I. C.A.) : la permission d'appeler à la Cour suprême fut refusée; Ron LEVY, « Regulating Impartiality : Electoral-Boundary Politics in the Administrative Arena », (2008) 53 R.D. McGill 1; Keith HAMILTON et Brian WALLACE, « Drawing Electoral Boundaries in British Columbia », (2008) 2 *Revue de droit parlementaire et politique* 27.

moins 87 % à plus 63 % (Colombie-Britannique) et de moins 63 % à plus 115 % (Île-du-Prince-Édouard)³⁶.

3. Les objectifs poursuivis par le gouvernement Harper

Le projet de loi C-56, devenu C-22, proposé en 2007 par le gouvernement conservateur changeait peu de choses dans le processus de répartition entre les provinces des sièges aux Communes. La principale modification consistait à augmenter le plafond servant à calculer la représentation des provinces en fonction de leur population avant que ne jouent les correctifs au bénéfice de celles dont la population relative décline. Ce plafond initial est présentement de 279³⁷ et le projet de loi l'aurait fait passer à 292 lors de la révision postérieure au recensement de 2011, puis à 298 et 305 lors des deux révisions ultérieures³⁸. L'objectif essentiel du projet de loi était donc de hausser le plafond de manière à accorder plus de sièges aux provinces dont la population croît plus rapidement. Le projet de loi C-12 de 2010, pour sa part, s'attaquait au plafond en se basant sur la population moyenne d'une circonscription électorale fédérale. Ce faisant, les correctifs qui subsistaient étaient destinés à perdre peu à peu de leur intérêt.

Ainsi, la révision consécutive à la version actuelle du paragraphe 51(1), édicté en 1985, a donné douze sièges supplémentaires à six provinces à faible croissance démographique, par application soit du plancher sénatorial³⁹, soit de la garantie du

36. *Affaire Dixon*, préc., note 30; *MacKinnon c. Prince Edward Island*, (1993) 101 D.L.R. (4th) 362 (P.E.I. C.S.). Voir aussi *Friends of Democracy c. Northwest Territories (Attorney General)*, (1995) 171 D.L.R. (4th) 551 (N.T. C.S.), permission d'appeler à la Cour d'appel refusée.

37. Règle 1 du parag. 51(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

38. Règles 1 et 4 de la *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (représentation démocratique)*, projet de loi, préc., note 2.

39. Le Nouveau-Brunswick a obtenu deux sièges de plus à ce titre et l'Île-du-Prince-Édouard trois de plus. Ils y avaient droit aussi en vertu du correctif qui suit. Voir le tableau en annexe du jugement de première instance de *Campbell c. Canada (A. G.)*, préc., note 4, p. 664.

maintien du nombre de sièges⁴⁰. Aujourd'hui, ce sont sept provinces qui bénéficient du système en vigueur, tandis que l'Alberta, l'Ontario et la Colombie-Britannique en sont défavorisés; au surplus, dans l'un et l'autre sens, la même tendance devrait s'accroître, selon les prévisions démographiques⁴¹. Le gouvernement Harper peut légitimement viser à corriger cette dérive, mais il doit maintenir une protection réelle des provinces dont la population relative décline.

En visant trop exclusivement à se rapprocher de la pure représentation en fonction de la population, le gouvernement risque de porter atteinte à l'alinéa 42(1)a) qui, comme on l'a vu, enchâsse une représentation proportionnelle modifiée. Aussi, la méthode utilisée qui consiste à augmenter le nombre de sièges aux Communes, sans compenser pour la dilution de la représentation des provinces à faible démographie, s'écarte de deux des trois objectifs de base que poursuivait la loi de 1985 jugée valide dans *Campbell*. Ces objectifs ont été formulés par le président d'alors du Conseil privé et furent cités par le juge en chef McEachern⁴² :

Accordingly, [la loi de 1985] attempts to accomplish three basic objectives. First, it limits increases in membership in the House of Commons to levels as moderate as are fair and practical. Second, it ensures that no province or Territory will lose seats in the House of Commons through redistribution. Third, it enables provinces with growing populations to get additional seats but in a way that reflects the need to maintain the House of Commons at something close to its present size.

Les premier et troisième objectifs placent le plafond des sièges aux Communes au cœur du système de proportionnalité garanti par la Constitution du Canada, dans sa relation tout au moins avec la nécessité de protéger les provinces dont la popula-

40. Le Québec et la Nouvelle-Écosse ont obtenu chacun un siège de plus, le Manitoba deux de plus et la Saskatchewan trois de plus. Voir le tableau dans *Campbell c. Canada* (A. G.), *id.*

41. L. MASSICOTTE, préc., note 3, 11 et 12, tableaux 2 et 3.

42. *Campbell c. Canada* (A. G.), préc., note 4, en première instance, p. 657.

tion relative décline. En visant comme objectif primordial de percer de plus en plus ce plafond, les projets de loi de 2007 et 2010 apparaissent de constitutionnalité douteuse.

Toutefois, le projet de loi C-56 (devenu C-22) avait l'avantage d'adopter comme point de départ le nombre de députés qu'avaient les Communes lors de la révision suivant l'entrée en vigueur de la loi de 1985, soit une trentaine d'années avant la révision qui suivra le recensement de 2011⁴³. Sous le régime de ce projet de loi, le nombre de sièges aux Communes aurait augmenté après chaque recensement décennal, mais à un rythme décalé qui aurait pu se justifier sur une base historique.

Le ministre qui a proposé le projet de loi C-22 prétendait d'ailleurs que celui-ci avait pour effet de rétablir l'équilibre entre la représentation en fonction de la population et les exigences de la représentation proportionnelle⁴⁴ :

Il assure un plus grand nombre de sièges aux provinces à croissance rapide, comme l'Ontario, tout en reconnaissant que *l'augmentation doit être ralentie* pour protéger la représentation des provinces à croissance lente et pour maintenir le nombre de députés dans des limites raisonnables.

Et le même ministre ajoutait par la suite, sans offrir plus de détails, que si on donnait à l'Ontario tous les sièges auxquels il aspire en raison de sa population, « la garantie dont dispose le Québec n'aurait plus aucun sens »⁴⁵.

43. Règle 4 de la *Loi modifiant la Loi constitutionnelle de 1867 (représentation démocratique)*, projet de loi, préc., note 2. Cette règle prévoyait un décalage de même ampleur pour les révisions décennales subséquentes.

44. CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 39^e légis., 13 février 2008, « Initiatives ministérielles. Loi constitutionnelle de 2007 (représentation démocratique) », p. 3015 (M. Peter Van Loan, leader du gouvernement et ministre de la réforme démocratique). Italiques ajoutés par l'auteur.

45. *Id.*, p. 3019.

De fait, l'augmentation plus radicale du nombre de sièges envisagée en 2009 paraissait problématique. La Chambre des communes aurait compté 342 députés après le recensement de 2011, 354 après celui de 2021 et 368 après celui de 2031⁴⁶. Le discours du Trône du 19 novembre 2008 révélait laconiquement l'intention du gouvernement :

Nous déposerons à la Chambre des communes un projet de loi qui rapprochera l'Ontario, la Colombie-Britannique et l'Alberta du principe de la représentation selon la population.

Pourtant, viser simplement la représentation en fonction de la population se heurte à la Constitution du Canada telle qu'interprétée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique⁴⁷ :

[...] the principle preserved by s. 42(1)a) of the Constitution Act, 1982, is not offended or disturbed so long as Parliament observes the modified form of proportionate representation recognized in Canada in 1982. If the principle is to be observed, then the purpose of the legislation *must be* to achieve the type of proportionate representation which *will protect provinces with declining populations*.

Donc, si le gouvernement fédéral ne désire qu'augmenter le nombre de sièges des provinces à croissance démographique rapide, il doit obtenir l'accord de sept provinces représentant la moitié de la population canadienne. S'agissant d'une modification constitutionnelle visée par l'article 42 de la Loi de 1982, le Québec, pas plus que toute autre province, ne pourrait exercer un droit de retrait ni un droit de veto.

Le gouvernement semble conscient du fait qu'il ne peut viser la proportionnalité pure, car il a ajouté dans le projet de loi C-12 de 2010 un préambule faisant état notamment de la nécessité d'assurer « la représentation efficace des plus petites provinces et

46. L. MASSICOTTE, préc., note 3, 19.

47. *Campbell c. Canada (A. G.)* préc., note 4, en Cour d'appel, p. 454-455. Italiques ajoutés par l'auteur.

de celles dont la population augmente moins rapidement ». Il reste à voir si cette représentation efficace sera suffisamment mise en œuvre pour satisfaire aux impératifs constitutionnels.

En 1991, la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis avait proposé un correctif plus respectueux des exigences constitutionnelles. Elle visait elle aussi à remédier aux lacunes du système de 1985, en se rapprochant de la « représentation proportionnée » et en évitant de pénaliser les provinces à forte croissance démographique. Cependant, la Commission a pris soin de proposer une formule qui faisait hausser modérément le plafond du nombre de sièges aux Communes, tout en protégeant les petites provinces et les provinces faibles au plan démographique⁴⁸. Cette combinaison ressemble à celle qui a rendu valide la loi de 1985, où le plafond occupe une place non négligeable : la loi en question, comme l'a souligné le juge en chef McEachern, permet aux protections particulières de jouer « in a slightly enlarged House of Commons »⁴⁹.

Il subsiste un écart entre le plafond proposé par le gouvernement Harper (330 ou 338 sièges) et celui que la Commission Lortie extirpait de ses projections démographiques pour 2011 (317)⁵⁰. La proposition de la Commission prenait, comme en 1867, le Québec comme base de calcul, et lui attribuait 75 sièges. Le résultat donnait une augmentation « raisonnable » du nombre de sièges aux yeux de la Commission, par opposition à l'augmentation « forte » qu'aurait entraîné le choix d'une des six plus petites provinces comme base⁵¹. Avec des données plus récentes, en prenant aussi le Québec comme base, des auteurs ont proposé un plafond de 327 sièges⁵². Même si la recommandation

48. *Pour une démocratie électorale renouvelée*, Rapport de la Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1991, vol. 1, chap. 4 (ci-après « Commission Lortie »).

49. Préc., note 27.

50. Commission Lortie, préc., note 48, p. 138-139.

51. *Id.*, p. 137 et 139.

52. Michael PAL et Sujit CHOUDHRY, « Is Every Ballot Equal? Visible-Minority Vote Dilution in Canada », (2007) *IRPP Choices* 13(1).

de la Commission Lortie avait fait diminuer le nombre de circonscriptions protégées⁵³, elle maintenait pour l'essentiel les protections traditionnelles au bénéfice des petites provinces et de celles dont la population relative décline : plancher sénatorial, pas de perte de plus d'un siège par redistribution, et autant de députés qu'une province moins peuplée⁵⁴. De plus, la Commission proposait de conserver les trois sièges des territoires fédéraux. La Commission Lortie n'a pas discuté de la question de savoir si le Parlement fédéral pouvait adopter seul la formule qu'elle proposait, mais celle-ci est assez semblable au genre de « représentation proportionnelle modifiée » jugée valide dans l'affaire *Campbell*⁵⁵.

En fin de compte, le caractère délicat de la problématique ici en cause justifie qu'un réaménagement – inspiré par des considérations nouvelles – relève de la négociation politique et qu'elle ait été placée dans la procédure complexe de modification constitutionnelle.

4. L'intérêt particulier du Québec

Comme seule province majoritairement francophone dans le Canada et concentrant la plus importante minorité au pays, le Québec est particulièrement intéressé à se voir maintenir une juste proportion de sièges dans la Chambre des communes. En 1867, l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* a établi un régime qui lui donnait un nombre de sièges correspondant à sa population par rapport à celle du Canada. En fait, le Québec a joui au début d'un léger surplus, mais depuis la redistribution de 1882, il a constamment disposé aux Communes d'un nombre de sièges quelque peu inférieur à son poids démographique dans le pays⁵⁶. Cette situation résultait des avantages dont ont bénéficié diverses provinces en vertu des formes de « représentation proportionnelle modifiée » que nous avons relevées.

53. Commission Lortie, préc., note 48, p. 138.

54. *Id.*, p. 139, recommandation 1.4.1.

55. *Campbell c. Canada* (A. G.), préc., note 4.

56. L. MASSICOTTE, préc., note 3, 4, tableau 1.

Avec la redistribution de 2004, toutefois, le Québec se retrouve à nouveau avec un léger surplus. Le mode de répartition actuel résultant de la *Loi constitutionnelle de 1985 (représentation électorale)* a permis au Québec d'obtenir un siège de plus lors de la révision de 1988⁵⁷, mais sans que sa représentation dépasse en proportion le poids de sa population au sein du Canada. Le léger surplus obtenu par suite du recensement de 2001 est censé s'accroître quelque peu lors des prochaines redistributions⁵⁸. Tout de même, la part des sièges du Québec sous le présent régime est passée successivement de 25,4 % à 24,9 % puis 24,35 %⁵⁹; et elle devrait se situer à 23,4 % après le recensement de 2031⁶⁰. Avec le projet de loi C-56 (ou C-22) de 2007, cette part serait tombée dès 2014 à 22,7 %. Et avec le projet de loi C-12 de 2010, elle tomberait d'abord à 22,1 %, sensiblement en dessous du poids démographique du Québec dans le Canada (23,2 % en 2010), et cette sous-représentation d'environ un point de pourcentage se perpétuerait par la suite⁶¹.

Le 16 mai 2007, l'Assemblée nationale a adopté une motion unanime pour demander « au Parlement du Canada le retrait du projet de loi C-56 » qui aurait diminué le poids du Québec à la Chambre des communes. La même unanimité s'est exprimée le 7 octobre 2009 et le 22 avril 2010. Cette revendication des trois partis politiques représentés à l'Assemblée nationale est d'autant plus légitime que la version actuelle de la formule de répartition des sièges, adoptée en 1985, permet déjà d'augmenter après chaque recensement décennal le nombre de sièges des provinces à crois-

57. Préc., note 40.

58. L. MASSICOTTE, préc., note 3, 12, tableau 4.

59. H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 13, p. 273. Ces chiffres diffèrent quelque peu de ceux de MASSICOTTE, préc., note 3, selon qu'ils visent l'époque d'un recensement ou d'une redistribution.

60. L. MASSICOTTE, préc., note 3, tableau 4.

61. « En vertu de la nouvelle approche du gouvernement Harper, visant à donner aux provinces en croissance démographique une représentation plus juste, la représentation du Québec tomberait à un niveau inférieur à sa part de la population canadienne » : L. MASSICOTTE, préc., note 3, p. 1; voir aussi p. 20. Dans son tableau 4, p. 12, l'auteur prévoit que le Québec aura en 2011 23,2 % de la population canadienne, en 2021 22,4 % et 21,6 % en 2031.

sance démographique rapide et de diminuer proportionnellement la représentation du Québec. Mais cette évolution se fait à un rythme contenu, qui permet de tenir compte du caractère distinct du Québec dans l'ensemble canadien.

Par ailleurs, à titre de province dont la population relative décline, le Québec a droit à la protection de l'alinéa 42(1)a) qui instaure une représentation proportionnelle modifiée. D'une part, c'est la diminution de la population d'une province par rapport à celle du Canada qui jouit d'une protection traditionnelle et non seulement la diminution en chiffres bruts⁶². C'est pourquoi nous avons parlé des provinces dont la population *relative* décline. D'autre part, ce ne sont pas seulement les « petites provinces » qui ont obtenu des sièges complémentaires en vertu des mécanismes de protection qui ont eu cours à diverses époques. En fait, l'Ontario a joui d'une « forte surreprésentation » par suite des recensements de 1920, 1931 et 1941, par application de la formule originale de 1867⁶³. Rien n'empêche donc le Québec de revendiquer, au présent stade de l'histoire du Canada, une garantie de même nature. En tout cas, le Parlement fédéral peut difficilement s'autoriser de l'article 44 de la Loi de 1982 pour lui donner une représentation inférieure à son poids démographique.

En définitive, le Québec peut attaquer la constitutionnalité de la hausse envisagée du nombre de sièges aux Communes, parce qu'il bénéficie directement de la protection de 1985, qui lui assure ses 75 sièges à l'intérieur d'un système en partie plafonné. Il peut aussi avoir gain de cause si l'une quelconque des provinces moins peuplées est défavorisée : si la loi fédérale est invalide à l'égard d'une province, elle l'est à l'égard de toutes. Enfin, tous les partenaires de la fédération avaient accepté dans l'entente de Charlottetown de 1992 de garantir au Québec 25 % des sièges aux

62. Voir la règle 4 de l'art. 51 original de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* (« règle du 5 pour cent »); Commission Lortie, préc., note 48, p. 132.

63. Commission Lortie, préc., note 48, p. 137.

Communes⁶⁴. Même si l'entente fut rejetée par référendum, les besoins particuliers de la seule province à majorité francophone, mais minoritaire au pays, étaient ressortis et ils devraient aujourd'hui être reconnus au moins pour lui maintenir la légère sur-représentation que l'évolution constitutionnelle lui a acquise.

Lors du débat en deuxième lecture du projet de loi C-22, le porte-parole du Bloc québécois a soutenu que la mesure aura pour conséquence de « marginaliser la place de la nation québécoise » au sein de la Chambre des communes⁶⁵. Il a proposé un amendement pour que la Chambre refuse de donner deuxième lecture

parce que le projet de loi diminuerait de façon inacceptable le poids politique de la nation québécoise et ne prévoit pas que 25 p. cent des élus à la Chambre des communes doivent provenir du Québec⁶⁶.

Le porte-parole du Nouveau parti démocratique est lui aussi intervenu en faveur d'une garantie de 25 pour cent des sièges pour le Québec⁶⁷. Les procédures relatives au projet de loi C-22 se sont terminées là. Lors d'une motion présentée le 20 avril 2010 à propos cette fois du projet de loi C-12, le Bloc québécois et le Nouveau parti démocratique se sont à nouveau prononcés en faveur du maintien du poids du Québec au sein des Communes, soit 24,35 % des députés. Cette motion fut défaite le lendemain. Par suite de l'élection du 2 mai 2011, ce dernier parti constitue l'opposition officielle à la chambre basse et rassemble une majorité de députés québécois. Il amènera peut-être à mettre de l'eau dans

64. Ce plancher visait à « compenser le recul important de la province au sein d'un Sénat réformé. Au Québec, cette garantie passa presque inaperçue. Dans le reste du pays, au contraire, cette disposition de l'Accord est celle qui suscita l'opposition la plus profonde » : Massicotte, note 3, p. 1; voir aussi p. 9-10.

65. CANADA, *Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 39^e légis., 13 février 2008, « Loi constitutionnelle de 2007 (représentation démocratique) », p. 3022 (M. Pierre Paquette).

66. *Id.*, p. 3024.

67. *Id.*, p. 3027-3028.

son vin le premier ministre d'un gouvernement maintenant majoritaire, qui a promis durant la campagne de revenir à la charge concernant le nombre de députés par province.

Conclusion

La protection que la Constitution canadienne accorde à la représentation des provinces dans la Chambre des communes comporte un plancher, mais aussi un plafond. D'une part, les provinces dont la population relative décline ne doivent pas voir réduire leur nombre de sièges trop rapidement ni trop fortement. D'autre part, le total des sièges aux Communes ne doit pas être augmenté au point de porter atteinte à cette représentation proportionnelle modifiée. Il ne suffit pas que le plancher sénatorial puisse jouer en faveur de certaines provinces, puisqu'il est visé spécifiquement par l'alinéa 41 b) de la Loi de 1982. La protection qu'ajoute 42(1)a porte donc sur des éléments autres que le nombre de sénateurs.

Certes, la Cour suprême du Canada pourrait éventuellement parvenir à une conclusion différente de celle qu'ont formulée les tribunaux de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Campbell*. Mais la pleine représentation des provinces en fonction de la population n'a jamais fait partie de la Constitution du Canada et on voit mal comment elle pourrait avoir été l'un des objectifs du constituant en 1982. Même limité ainsi que nous l'avons exposé, le pouvoir du Parlement fédéral à l'égard de la représentation des provinces et territoires aux Communes demeure important. Il pourrait, par exemple, édicter une hausse modérée du nombre de sièges après chaque recensement décennal tout en maintenant la disposition actuelle en vertu de laquelle une province ne peut pas perdre de sièges; ou, comme la Commission Lortie l'a proposé, une province ne pourrait perdre plus d'un siège par redistribution. Plusieurs autres combinaisons peuvent valablement être adoptées par le Parlement fédéral. Mais si son objectif consiste à imposer une représentation proportionnelle pure ou une pleine représentation en fonction de la population, il doit obtenir l'accord de sept

provinces représentant cinquante pour cent de la population du pays.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : GRAND ANGLE SUR LA PHOTOGRAPHIE ET LA LOI. UN PRÉCIS SUR
LE DROIT DE LA PHOTOGRAPHIE AU QUÉBEC ET AU CANADA

Auteur(s) : René PEPIN

Revue : *RDUS*, 2011, volume 41, numéro 1

Pages : **243-245**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/10300>

Page vide laissée intentionnellement.

**GRAND ANGLE SUR LA PHOTOGRAPHIE
ET LA LOI.
UN PRÉCIS SUR LE DROIT DE LA PHOTOGRAPHIE
AU QUÉBEC ET AU CANADA***

par René PEPIN**

Voici un ouvrage qui arrive à point nommé. L'auteur, qui a été professeur titulaire à l'Université Laval, est aussi photographe amateur. Il est donc très bien placé pour connaître tant les aspects techniques du monde de la photographie que ses enjeux juridiques. C'est ce qui fait la principale force de ce volume. Bien des écrits ont été consacrés à la photo au Québec, mais les auteurs se cantonnent la plupart du temps à une dimension de cette réalité: la question du droit de propriété sur les clichés, ou les limites imposées par le droit à la vie privée ou à la bonne réputation, ou les questions relevant du droit d'auteur. Le livre de M. Goulet aborde vraiment toutes les questions reliées au monde de la photo, même celles auxquelles on ne pense pas instinctivement, comme les questions de sécurité nationale ou d'espionnage économique. Et il traite évidemment des questions de grande actualité, comme les photos affichées sur le réseau internet.

Le livre se divise de façon classique en deux parties de même importance: la saisie de l'image, et les droits rattachés à l'image. Mais l'auteur ne s'astreint pas, à l'intérieur de chaque partie, à subdiviser éternellement ses développements en deux parties, comme l'exige le plan à la française. Et cela nous semble très bien ainsi. La seconde partie traite essentiellement des questions de propriété intellectuelle: le droit d'auteur, i.e. le "copyright", le droit de multiplier les exemplaires d'une œuvre, les droits moraux des auteurs, la durée du droit d'auteur, les recours civils et pénaux, et la contrefaçon. La première partie traite des aspects civils de la photo. Elle n'oublie aucune question pertinente. L'auteur traite d'abord de la signification juridique de la saisie d'une image. Puis

* . Jean GOULET, « *Grand angle sur la photographie et la loi. Un précis sur le droit de la photographie au Québec et au Canada* », Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 2010.

** . Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

il aborde tour à tour les règles concernant la photographie des objets et des personnes, les règles imposant des limites au droit de photographier découlant du droit à la bonne réputation et à la vie privée, et les règles particulières aux manifestations artistiques ou sportives, les personnages politiques, les personnes décédées, les paparazzis, etc., etc.

Les divers paragraphes sont numérotés. Ce qui est avantageux, car l'auteur peut nous référer précisément aux endroits où se trouvent ses explications sur tel sujet. Cette technique nous semble cependant trop souvent utilisée. À de maints endroits, le lecteur est renvoyé à un autre paragraphe, qui lui-même le réfère à un autre. Il aurait été peut-être préférable de répéter à certains endroits des règles juridiques importantes, de façon à ce que le lecteur trouve immédiatement ce qu'il cherche.

L'ouvrage est très bien écrit, et reflète des préoccupations pédagogiques de la part de son auteur. Les paragraphes débutent par un en-tête en caractères gras. Et, par souci de clarté, on trouve souvent un texte encadré qui contient en résumé un énoncé de la règle juridique applicable. Chose rare dans un ouvrage de droit, le livre contient des photos, et en couleur, s'il vous plaît! C'est très bien, car elles illustrent parfaitement la problématique étudiée par l'auteur.

Le volume est un précis, avec les avantages et désavantages que cela comporte. On ne le consultera pas pour de longues et savantes analyses de décisions de la Cour suprême du Canada, où les motifs de chaque juge sont scrutés à la loupe. Par contre, l'auteur traite de façon concise de chaque décision pertinente, en faisant ressortir les éléments les plus importants. Le volume s'adresse donc très bien à un non juriste. Ainsi un journaliste, un photographe, et monsieur tout-le-monde peuvent facilement comprendre le sens du texte, et trouver rapidement l'information recherchée.

On ne trouve vraiment rien de négatif à redire à l'ouvrage, sauf de bien petites choses. Ainsi, l'auteur s'appuie souvent sur le

droit français comme droit supplétif. Il aurait été pertinent alors de mentionner aux lecteurs que la jurisprudence française ne s'applique pas automatiquement ici. De même, si l'on veut se servir du droit étranger, il aurait été intéressant de mentionner les décisions des États-Unis ou de l'Angleterre qui ont traité des problématiques étudiées par l'auteur. Enfin, l'ouvrage est rédigé dans un français impeccable, sans coquilles, sauf une utilisation très rare de termes inappropriés¹.

En somme, un très bel et bon ouvrage, dont on ne peut que recommander la lecture.

1 . Ainsi, au paragraphe 73, à la page 74, l'auteur écrit: « ...qu'il retrouve ensuite le cliché dans un pamphlet faisant la publicité d'un village... » Ici il aurait fallu lire « dépliant » ou « brochure ». L'auteur utilise le terme pamphlet dans le sens qu'il a en anglais seulement. Et à la p. 93, au paragraphe 94, il est écrit: « Les dispositions ... de l'article 10 de la *Loi sur le droit d'auteur* stipulent... ». Or, en droit, une loi ne stipule pas. Le terme stipulation doit être réservé à des clauses dans un contrat.