

Les Cahiers de droit



La Cour suprême et le rapatriement de la constitution : la victoire du compromis sur la rigueur

Nicole Duplé

Volume 22, Number 3-4, 1981

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042460ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042460ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Duplé, N. (1981). La Cour suprême et le rapatriement de la constitution : la victoire du compromis sur la rigueur. *Les Cahiers de droit*, 22(3-4), 619–648. <https://doi.org/10.7202/042460ar>

Article abstract

On September the 28th 1981, the Supreme Court of Canada made public its opinion as to the constitutionality of the Federal government's plan to repatriate and amend the B.N.A. Act.

Modifications affecting provincial powers require, according to convention, the existence of which is recognized by six of the Judges, a certain degree of provincial consensus. The federal projet, contested by eight of the ten provinces, was therefore considered unconstitutional by a majority of the Judges.

The Court mentioned furthermore that the federal plan, should it become law, would impinge upon the distribution of powers set forth in the B.N.A. Act. Seven of the nine Judges so deciding declared, on the other hand, that the Senat and House of Commons' resolution pertaining to the plan of repatriation and amendment was perfectly legal and that the British Parliament was, in law, the only authorized body to bring about the changes sought by said plan.

La Cour suprême et le rapatriement de la constitution: la victoire du compromis sur la rigueur

Nicole DUPLÉ *

On september the 28th 1981, the Supreme Court of Canada made public its opinion as to the constitutionality of the Federal government's plan to repatriate and amend the B.N.A. Act.

Modifications affecting provincial powers require, according to convention, the existence of which is recognized by six of the Judges, a certain degree of provincial consensus. The federal projet, contested by eight of the ten provinces, was therefore considered unconstitutional by a majority of the Judges.

The Court mentioned furthermore that the federal plan, should it become law, would impinge upon the distribution of powers set forth in the B.N.A. Act. Seven of the nine Judges so deciding declared, on the other hand, that the Senat and House of Commons' resolution pertaining to the plan of repatriation and amendement was perfectly legal and that the British Parliament was, in law, the only authorized body to bring about the changes sought by said plan.

	<i>Pages</i>
1. Les règles conventionnelles en matière d'amendement	623
1.1. L'opinion majoritaire	623
1.1.1. La nature des conventions	623
1.1.2. L'existence de la convention	624
1.1.2.1. Les précédents	624
1.1.2.2. Les acteurs qui considèrent la règle comme obligatoire ..	625
1.1.2.3. La raison d'être de la règle	626
1.2. L'opinion des juges dissidents	627
2. Les points de droit	633
2.1. L'opinion majoritaire sur les points de droit	633
2.1.1. Le rôle ou l'autorité du Parlement britannique en matière d'amendement constitutionnel	634
2.1.1.1. La cristallisation d'une convention	634
2.1.1.2. La <i>Déclaration Balfour</i>	635

* Professeur à la Faculté de droit, Université Laval.

	<i>Pages</i>
2.1.1.3. Le <i>Statut de Westminster</i>	635
2.1.2. Le pouvoir des deux chambres en matière d'amendement	636
2.1.2.1. Le partage des compétences	638
2.1.2.2. La nature et les caractéristiques du fédéralisme canadien	638
2.2. L'opinion des juges dissidents relative aux points de droit	639
Conclusion	644

Le 28 septembre 1981, la Cour suprême se prononçait majoritairement à l'égard de trois pourvois institués respectivement par le Manitoba, Terre-Neuve et le Québec¹. Ces trois provinces, qui s'appuyaient mutuellement dans leurs argumentations respectives, bénéficiaient en outre du concours de 5 autres provinces ainsi que de la *Four Nation Confederacy Inc.* Elles demandaient globalement à la Cour de cerner les règles constitutionnelles susceptibles de s'imposer aux autorités fédérales et de contraindre ces dernières à ne pas entreprendre de démarche visant à rapatrier et à faire amender l'*Acte de l'Amérique du nord britannique de 1867* par le Parlement du Royaume-Uni, sans l'accord des provinces.

Le gouvernement fédéral avait, le 2 octobre 1980, déclenché le processus de rapatriement et d'amendement de la constitution canadienne en rendant public un projet de résolution qu'il entendait soumettre à l'approbation du Sénat et de la Chambre des communes. La résolution contenait une adresse à Sa Majesté, lui demandant de bien vouloir faire déposer devant le Parlement du Royaume-Uni un projet de loi intitulé *Loi sur le Canada*. Ce dernier portait en annexe un autre projet de loi intitulé *Loi constitutionnelle de 1981*. Dès leur adoption par le Parlement britannique, ces deux lois devaient avoir pour effet de rapatrier l'A.A.N.B., modifié entre autres par l'enchâssement d'une *Charte canadienne des droits et libertés* et par l'adjonction d'une formule d'amendement.

Les gouvernements du Manitoba, de Terre-Neuve et du Québec soumièrent l'un après l'autre à la Cour d'appel de leur province respective le projet de résolution à l'aide de laquelle le gouvernement fédéral entendait effectuer de si grands bouleversements constitutionnels malgré l'opposition, à l'époque, de 6 provinces canadiennes. Chacun de ces gouvernements était appuyé par les autres gouvernements dissidents.

1. Les notes réfèrent à la version française, non publiée à ce jour.

Le renvoi du Manitoba soulevait en premier lieu la question de savoir si la mise en vigueur des modifications prévues dans le projet de résolution aurait un effet sur les relations fédérales-provinciales ou sur les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements.

En second lieu, le gouvernement du Manitoba demandait à la Cour d'appel de se prononcer quant à l'existence d'une convention constitutionnelle qui aurait pour effet d'empêcher les chambres fédérales de demander à Sa Majesté de faire adopter par le Parlement du Royaume-Uni, sans le consentement préalable des provinces, des modifications ayant l'effet décrit dans la première question.

Troisièmement, il était demandé à la Cour, si, pour procéder à de telles modifications, le consentement des provinces était constitutionnellement nécessaire.

Sur les quatre questions déferées par le gouvernement de Terre-Neuve à la Cour d'appel, les trois premières étaient identiques à celles qui étaient formulées par le Manitoba. La quatrième, qui visait à faire déterminer l'effet éventuel de la partie IV de la *Loi constitutionnelle de 1981* sur l'Acte d'union ainsi que sur l'*A.A.N.B. de 1871*, n'intéressait donc que Terre-Neuve et ne sera pas abordée ici.

Voici les deux questions posées par le Québec à sa Cour d'appel :

- A. La Loi sur le Canada et la Loi constitutionnelle de 1981 si elles entrent en vigueur et si elles sont valides à tous égards au Canada, auront-elles pour effet de porter atteinte :
 - i) à l'autorité législative des législatures provinciales en vertu de la constitution canadienne?
 - ii) au statut ou rôle des législatures ou gouvernements provinciaux au sein de la fédération canadienne?
- B. La constitution canadienne habilite-t-elle, soit par statut, convention ou autrement, le Sénat et la Chambre des communes du Canada à faire modifier la constitution canadienne sans l'assentiment des provinces et malgré l'objection de plusieurs d'entre elles de façon à porter atteinte :
 - i) à l'autorité législative des législatures provinciales en vertu de la constitution canadienne?
 - ii) au statut ou rôle des législatures ou gouvernements provinciaux au sein de la fédération canadienne?

La question A posait un problème identique à celui qui était soulevé par la première question des deux autres renvois. Quant à la question B, elle effectuait une synthèse des questions 2 et 3 posées par le Manitoba et Terre-Neuve, avec cependant quelques nuances notables : en premier lieu, elle demandait à la Cour de faire état d'une habilitation expresse dont les chambres fédérales pourraient se prévaloir. En second lieu, cette question ne

visait que le pouvoir de faire modifier la constitution et non le pouvoir de la modifier en soi, contrairement à la question 3 des deux autres renvois.

Il n'est pas d'une très grande utilité d'examiner les opinions rendues par les cours d'appel, puisque celles-ci ont rendu des motifs différents à l'égard de chacune des questions alors que la Cour suprême a traité globalement des trois pourvois.

Pour ce faire, la Cour suprême a regroupé les questions en fonction de la nature des règles constitutionnelles sur lesquelles elle devait se prononcer. Les raisons du clivage ainsi effectué se trouvent exprimées dans l'opinion des juges majoritaires relative à la convention constitutionnelle dont l'existence était mise en question par les trois pourvois. Il nous est permis, croyons-nous, d'isoler ces motifs de leur contexte. Ils se présentent en effet comme une mise au point préalable au traitement spécifique de ce problème et par ailleurs, les trois juges minoritaires ne les contestèrent pas. On peut donc considérer que l'unanimité s'est faite en Cour suprême pour distinguer, au sein de la constitution canadienne, les différentes règles que cette dernière impose en fonction de leur nature respective.

Dans la constitution canadienne, nous dit la Cour par l'intermédiaire de 6 juges, il faut distinguer le droit constitutionnel des autres règles de la constitution. On désigne du terme générique de droit constitutionnel les parties de la constitution qui sont formées de règles législatives et de règles de common-law. Cependant, une partie importante de la constitution ne se trouve nulle part dans le droit constitutionnel ; elle est formée de conventions constitutionnelles, élaborées en Grande-Bretagne, puis exportées dans les colonies et notamment au Canada, où la structure fédérale a fourni un terrain fertile à leur croissance entre les deux paliers de gouvernement².

Les six juges poursuivent en précisant que la différence de nature entre les deux séries de règles constitutionnelles provient à la fois de leur fondement différent et de leur sanction respective : les règles juridiques sont élaborées par le pouvoir législatif ou par les tribunaux alors que les règles conventionnelles sont établies par les institutions gouvernementales. La mission des tribunaux est de déclarer le droit et par conséquent il leur est imparti de faire respecter le droit constitutionnel. Il ne leur appartient cependant pas de faire respecter des conventions ; d'abord, parce que si elles reposent sur des précédents, ces derniers ne sont pas judiciaires, en second lieu et surtout, parce que généralement elles entrent en conflit avec les règles juridiques. Leur sanction est d'ordre essentiellement politique³.

2. Opinion des juges majoritaires sur la convention, pp. 9-10.

3. *Idem*, pp. 5-15.

Les règles constitutionnelles invoquées dans les 3 pourvois furent donc sériees aux fins d'examen. La Cour étudia d'une part les règles juridiques et d'autre part les règles conventionnelles.

Deux séries de motifs rendus à des majorités différentes correspondent à cette distinction.

En premier lieu, seront examinés les motifs, majoritaires et minoritaires, relatifs aux points d'ordre conventionnel soulevés par la deuxième question des pourvois du Manitoba et de Terre-Neuve ainsi que par la question B du Québec. La même démarche sera suivie subséquemment à l'égard des points de droit soulevés par les trois pourvois.

1. Les règles conventionnelles en matière d'amendement

1.1. L'opinion majoritaire

Les six juges majoritaires⁴ cernèrent ainsi le problème global qui leur était posé : à leur sens, les procureurs provinciaux ne leur demandaient pas de se prononcer sur l'existence d'une convention constitutionnelle exigeant le consentement de *toutes* les provinces puisqu'il aurait été facile de le préciser. Le fond de la question dirent-ils, est de déterminer si, conventionnellement, le consentement provincial est nécessaire et non si, en ce cas, il doit être unanime. Les juges majoritaires firent d'ailleurs valoir que cette interprétation se conciliait mieux avec la question B du Québec qui référerait à un critère moindre que celui de l'unanimité (...sans l'assentiment des provinces et malgré l'objection de plusieurs d'entre elles...).

Avant de se prononcer sur l'existence de la convention constitutionnelle alléguée par les provinces, les juges majoritaires apportèrent quelques précisions quant à la nature des conventions.

1.1.1. La nature des conventions

Il a déjà été fait mention d'une grande partie des propos des juges majoritaires à cet égard. Il faut néanmoins souligner deux séries de considérations qui furent émises relativement à l'objet des conventions d'une part et à leur importance d'autre part.

Selon les juges majoritaires, « l'objet principal des conventions constitutionnelles est d'assurer que le cadre juridique de la constitution fonctionnera selon les principes ou valeurs constitutionnelles dominantes de l'époque »⁵.

4. Les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Chouinard et Lamer.

5. Opinion des juges majoritaires sur la convention constitutionnelle, p. 11.

Des propos de la majorité, il ressort que les conventions sont en quelque sorte des correctifs destinés à concrétiser des valeurs transcendantes par rapport à la lettre de la constitution laquelle ne les consacre pas ou encore les nie.

Quant à l'importance de ces conventions, après avoir mentionné que l'irrespect des conventions les plus fondamentales pourrait être considéré comme un coup d'état⁶, les juges majoritaires introduisirent un élément de relativité en déclarant qu'« elle dépend de la valeur ou des principes qu'elles sont sensées protéger »⁷.

Ils ajoutèrent cependant que les conventions font partie intégrante de la constitution et qu'il est juste de dire que violer une convention revient à faire quelque chose d'inconstitutionnel, même si cela n'a aucune conséquence juridique directe⁸.

Ces précisions étant apportées, il ne s'agissait plus dès lors que de déterminer si la convention alléguée existait bien.

1.1.2. L'existence de la convention

Les conditions à remplir pour établir une convention sont au dire des six juges similaires à celles qui s'appliquent en droit coutumier : les précédents et l'usage sont nécessaires mais ne suffisent pas. Il doivent être normatifs.

1.1.2.1. Les précédents

Les précédents furent examinés, tant sous un angle positif que négatif, à partir de l'historique des modifications constitutionnelles effectuées dans le livre blanc publié en 1965 sous l'autorité de Guy Favreau, alors ministre de la Justice. Des 22 modifications énumérées dans ce document, les juges majoritaires ne retinrent que celles qui avaient eu un effet direct sur les relations fédérales-provinciales en modifiant les pouvoirs législatifs. Cinq amendements furent ainsi considérés : l'A.A.N.B. de 1930 relatif aux ressources naturelles des provinces de l'Ouest ; le *Statut de Westminster de 1931* ; l'A.A.N.B. de 1940, qui transférait au Parlement fédéral la compétence en matière d'assurance-chômage ; l'A.A.N.B. de 1951 qui autorisait le Parlement fédéral à légiférer concurremment avec les provinces relativement aux pensions de vieillesse ; l'A.A.N.B. de 1964 qui ajoutait à ce dernier pouvoir fédéral le pouvoir de légiférer relativement aux prestations additionnelles, y compris les prestations aux survivants et aux invalides sans égard à leur âge.

6. *Idem*, p. 14.

7. *Idem*, p. 15.

8. *Idem*, p. 16.

Ces modifications qui pouvaient être considérées comme des précédents positifs avaient reçu l'approbation de chaque province dont les pouvoirs étaient touchés. La majorité ne trouva aucun précédent qui puisse être considéré négativement. Au contraire, elle releva qu'en 1951, un projet de modification visant à conférer aux provinces un pouvoir limité en matière de taxation directe fit l'objet de l'opposition du Québec et de l'Ontario et n'eut par conséquent pas de suite. Elle mentionna également qu'à trois reprises, des formules de modification avaient été élaborées qui n'eurent pas de suite à cause de l'objection de certaines provinces⁹.

Deux précédents avaient été invoqués pour nier l'existence de la convention : la modification de 1907 qui augmentait l'échelle des subventions financières aux provinces et la modification de 1949 qui confirmait la frontière du Labrador déterminée par le Comité judiciaire du Conseil privé, sans que le Québec ni la Nouvelle-Écosse n'aient été consultés. Quant à cette dernière modification, les six juges majoritaires firent valoir que ni l'un ni l'autre des gouvernements de ces deux provinces n'avaient officiellement fait connaître leur désaccord. En ce qui concerne la modification de 1930, elle fournirait tout au plus un argument contre la règle de l'unanimité, dirent les juges, mais en réalité, la Colombie britannique, qui s'opposait au caractère « final et immuable » des subventions à être versées aux provinces, avait acquiescé à l'adoption du projet de loi par le Parlement du Royaume-Uni lorsque ces termes avaient été supprimés. Ni l'un ni l'autre de ces amendements n'étaient donc susceptibles d'avoir un effet négatif à l'égard de la convention.

Cette rétrospective permit aux juges majoritaires de déclarer que si les précédents se trouvaient à établir à eux seuls la convention constitutionnelle, on pourrait alléguer qu'elle exige l'unanimité.

1.1.2.2. Les acteurs qui considèrent la règle comme obligatoire

Les juges majoritaires mentionnèrent à nouveau le livre blanc qui fait état des méthodes acceptées dans le passé pour modifier l'A.A.N.B. et énumère les quatre principes « maintenant acceptés ». Les trois premiers principes sont des énoncés de conventions constitutionnelles qui régissent les relations entre le Canada et le Royaume-Uni en ce qui concerne les modifications constitutionnelles. Quant au quatrième principe,

[...] il énonce et reconnaît également et indubitablement comme une règle de la constitution canadienne [...] qu'il faut obtenir l'accord provincial aux modifications qui changent les pouvoirs législatifs provinciaux.¹⁰

9. *Idem*, p. 28.

10. *Idem*, p. 36.

Les juges majoritaires firent alors valoir que le livre blanc avait été publié comme un document contenant l'exposé officiel d'une politique gouvernementale dont les provinces avaient pris connaissance et qui les avait satisfaites. Tous les acteurs dans les précédents reconnaissaient donc que l'exigence d'un consentement provincial était une règle constitutionnelle¹¹. Seule la règle de l'unanimité semblait être contestée par certains acteurs. Le livre blanc énonçait en effet qu'il n'avait pas été facile de préciser la nature et l'étendue de la participation provinciale à la procédure de modification. Lors des dix conférences fédérales-provinciales qui tentèrent, de 1927 à 1980, d'en venir à un consensus sur une formule de modification, le problème majeur avait été précisément de déterminer la mesure de ce consensus. Les juges dirent alors :

[...] la discussion sur ce point précis depuis plus de cinquante ans postule que tous les gouvernements en cause reconnaissent clairement le principe qu'un degré appréciable de consentement provincial est nécessaire.¹²

L'opposition de 8 provinces au projet de rapatriement et de modification suscita le commentaire suivant :

Aucune norme concevable ne permettrait de penser que cette situation est à la hauteur. Elle ne révèle nettement pas un degré d'accord provincial suffisant.¹³

1.1.2.3. La raison d'être de la règle :

C'est le fédéralisme dirent les juges majoritaires. De nombreuses décisions judiciaires reconnaissent le principe fédéral, lequel est irrécyclable avec la modification unilatérale des pouvoirs législatifs¹⁴. Le but de la règle constitutionnelle est de protéger le caractère fédéral de la constitution canadienne et d'éviter l'anomalie par laquelle la Chambre des communes et le Sénat pourraient obtenir par simple résolution ce qu'ils ne pourraient valablement accomplir par une loi¹⁵.

Il est vrai que le Canada resterait une fédération si les projets de modification devenaient lois. Mais ce serait une fédération différente devenue telle à la demande d'une majorité des Chambres du Parlement fédéral agissant seul. C'est le processus même qui va à l'encontre du principe fédéral.¹⁶

En conclusion, la majorité déclara que, sans exprimer d'opinion quant à son degré, le consentement des provinces du Canada était constitutionnellement nécessaire à l'adoption du projet de résolution et que cette dernière, sans ce consentement, serait inconstitutionnelle au sens conventionnel.

11. *Ibid.*, p. 36.

12. *Idem.*, p. 42.

13. *Idem.*, p. 42-43.

14. *Idem.*, p. 43.

15. *Idem.*, p. 47.

16. *Ibid.*

1.2. L'opinion des juges dissidents

La dissidence résulte en grande partie de la manière dont le juge en chef Laskin, ainsi que les juges Estey et McIntyre ont interprété les questions relatives à l'existence d'une convention constitutionnelle. Les trois juges déclarèrent en premier lieu que la formulation des questions requérait que la Cour se prononçât sur l'existence d'une convention exigeant le consentement de *toutes* les provinces et en second lieu, que les trois pourvois ne limitaient pas l'examen des précédents qui avaient eu des effets sur la répartition des pouvoirs législatifs ; en conséquence les amendements antérieurs qui, sans avoir cet effet, avaient modifié les relations fédérales-provinciales, devaient être considérés également.

Avant de se prononcer, les juges dissidents é mirent quelques commentaires. Ils se déclarèrent d'accord avec la plus grande partie de l'analyse de la majorité relative à la nature des conventions constitutionnelles mais soulignèrent qu'à leur sens, dans un État fédéral, constitutionnalité et légalité devaient être synonymes et que par conséquent les conventions devaient recevoir une importance moindre que celle qu'elles peuvent avoir dans un État unitaire comme le Royaume-Uni¹⁷.

Par ailleurs, les trois juges apportèrent une précision d'importance : outre le fait qu'elle doit jouer un rôle constitutionnel nécessaire, quelle que soit son origine, une convention doit être claire pour que l'irrespect de la règle qu'elle établit soit discerné immédiatement par ceux qu'elle lie¹⁸. Pour exister, la convention alléguée

[...] qui tronquerait l'activité de l'exécutif et du législatif au niveau fédéral [...] exigerait de l'entité souveraine qui serait ainsi liée un acquiescement clair et non simplement une affirmation de la majorité des bénéficiaires de cette convention, les entités provinciales souveraines.¹⁹

Voici les critères que les juges minoritaires décidèrent de retenir en examinant les 22 amendements cités dans le livre blanc :

1) la fréquence avec laquelle le consentement a été obtenu ou non ;
2) les circonstances dans lesquelles ce consentement a été recherché ou non ;
3) la nature des modifications en cause ; 4) l'attitude provinciale et surtout, dans le cas d'une opposition la considération reçue par cette opposition ainsi que l'influence de cette dernière sur le cours des procédures de modification.

Quatre précédents furent mentionnés qui, tout en étant d'un poids modeste sur la question, n'appuyaient pas l'existence d'une convention

17. Opinion du juge en chef et des juges Estey et McIntyre, p. 7.

18. *Idem*, p. 13.

19. *Idem*, p. 15.

constitutionnelle : l'A.A.N.B. de 1886 et l'A.A.N.B. de 1915, qui avaient été adoptés sans que les provinces n'aient été consultées ; l'A.A.N.B. de 1907, auquel la Colombie britannique s'était opposée, et l'A.A.N.B. de 1930, qui fut adopté du seul consentement des 4 provinces de l'Ouest. Par ailleurs, les trois juges relevèrent que cinq autres amendements, à l'égard desquels les huit provinces n'avaient fait que peu de commentaires, avaient été adoptés sans l'entier consentement des provinces soit les A.A.N.B. de 1943, 1946, 1949, 1949(2) et 1950.

Des quatre amendements que les juges majoritaires avaient considérés positivement, les juges minoritaires firent trois précédents en déclarant que l'amendement de 1964, ayant le même objet que celui de 1951 ne constituait avec ce dernier qu'un seul précédent à l'appui de la convention²⁰.

Un de ces trois précédents, l'A.A.N.B. de 1940 relatif à l'assurance-chômage, fut considéré comme constituant un appui plus que douteux à la convention. Les dissidents précisèrent en effet que si les provinces avaient toutes consenti à cette modification, le premier ministre de l'époque, McKenzie King, avait nié en Chambre la nécessité d'obtenir un tel consentement qui n'avait été demandé que pour éviter un problème constitutionnel. Les juges firent valoir que trois ans plus tard, la modification de 1943 qui ajournait à la fin des hostilités le rajustement de la représentation à la Chambre des communes, avait été adoptée malgré les protestations du Québec.

Cette rétrospective permit aux juges minoritaires de déclarer qu'il était extrêmement irréaliste de dire que la convention s'était concrétisée²¹ et que les provinces avaient donné trop de poids au quatrième principe du livre blanc. La difficulté dont il est fait état dans ce document, de définir l'étendue de la participation provinciale empêche, dirent-ils, la formation ou la reconnaissance d'une convention.

Elle prive une supposée convention de ce degré de définition nécessaire à son fonctionnement, à son effet obligatoire sur ceux qu'elle est sensée lier et elle rend difficile sinon impossible d'en discerner clairement la violation.²²

Les provinces justifiaient par le fédéralisme la nécessité de ne procéder à des demandes de modification que du consentement des provinces. Les juges dissidents firent alors remarquer que la règle exigeant un consentement partiel à une modification serait précisément négatrice du principe fédératif (envisagé abstraitement) et que par ailleurs le principe de l'unanimité qui protégerait un tel concept global serait inconciliable avec la nature particulière du fédéralisme canadien, lequel fait de l'autorité fédérale le seul

20. *Idem*, p. 25.

21. *Idem*, p. 27.

22. *Idem*, p. 29.

véhicule entre le Canada et le souverain et le seul titulaire de pouvoir en matière d'affaires extérieures²³.

Les juges dissidents répondirent donc négativement aux questions mettant en jeu l'existence d'une convention.

Il est clair que la dissidence s'explique en très grande partie par l'interprétation très large de la question globale qui résultait de la fusion des questions 2 et B. La problématique s'en trouvait profondément modifiée par rapport à celle qui fut étudiée par la majorité et ceci d'une manière qui nous paraît peu conciliable avec la formulation de la question B du Québec.

Le premier postulat posé par les juges dissidents est à l'effet que la convention alléguée exigeait le consentement de *toutes* les provinces même si, comme l'a souligné la majorité, la question B était plus nuancée à cet égard.

Le deuxième postulat posé par les juges minoritaires est relatif aux effets des amendements concernés par les questions des trois pourvois et il nous paraît encore plus critiquable. Il en résulte un élargissement considérable de l'examen des précédents puisque les juges minoritaires ont compris que les effets directs, comme les effets indirects, de ces précédents devaient être pris en considération même si ces derniers n'étaient que d'un poids modeste selon leurs propres termes.

La question B du Québec demandait à la Cour de limiter son examen aux modifications qui portaient atteinte aux pouvoirs législatifs provinciaux ou au statut ou rôle des législatures ou des gouvernements provinciaux au sein de la fédération canadienne. Or, certains précédents examinés par les juges dissidents n'entrent clairement pas dans la catégorie des modifications cernées par la question du Québec. En choisissant de répondre globalement aux questions 2 et B, la Cour devait, comme l'ont compris les juges majoritaires, limiter son examen aux problèmes communs et par conséquent, les « effets sur les relations fédérales-provinciales » à examiner aux termes de la question 2 devaient être considérés à la lumière de la question B et donc être directs.

Ainsi, les précédents que les juges dissidents ont estimé être négateurs à l'égard de la convention constitutionnelle nous semblent avoir été indûment retenus. L'A.A.N.B. de 1886 autorisait le Parlement fédéral à pourvoir à la représentation au Sénat et à la Chambre des communes de tout territoire non compris dans une province. Les juges dissidents déclarèrent qu'il changeait la représentation des provinces. L'A.A.N.B. de 1915 qui redéfinissait les divisions territoriales de la représentation sénatoriale aurait, selon les trois juges, « constitué une modification potentielle de l'équilibre provincial »²⁴.

23. *Idem*, p. 31.

24. *Idem*, p. 21.

Il nous paraît difficile d'accepter ces points de vue puisque les Chambres législatives fédérales ne sont à aucun égard représentatives des entités provinciales en tant que telles. Pas même le Sénat où ce sont les quatre régions canadiennes qui sont représentées. Par ailleurs, le pouvoir législatif que ces assemblées exercent en Parlement n'est pas susceptible d'affecter les relations fédérales-provinciales dont le cadre est établi par l'A.A.N.B. Ces deux amendements n'ont donc eu aucun effet direct sur les relations fédérales-provinciales, pas plus d'ailleurs que les modifications de 1943, 1946, 1949, 1949(2) et 1950.

Un des précédents qui fut apprécié négativement est l'A.A.N.B. de 1930 pour la raison que le gouvernement fédéral n'aurait pas demandé le consentement des cinq autres provinces qui, du propre aveu des juges minoritaires, n'étaient pas concernées directement. Comme le faisaient valoir les juges majoritaires, cet amendement était destiné à faire bénéficier les provinces de l'Ouest des mêmes avantages que détenaient les provinces qui s'étaient unies à l'origine, lesquelles avaient d'ailleurs consenti à la modification, en 1927, lors d'une conférence.

Parmi les précédents examinés qui eurent un effet direct sur les pouvoirs provinciaux ou les relations fédérales-provinciales, certains d'entre eux ont suscité des commentaires dont la pertinence ne nous paraît pas évidente. Ainsi, les arguments émis par les juges dissidents à l'égard de l'amendement de 1907 nous semblent peu convaincants à la lumière de la situation décrite par les juges majoritaires. Cet amendement établissait une nouvelle échelle de subventions et la Colombie britannique s'opposait à la mention, dans le projet d'amendement, du caractère final et immuable de l'échelle. La suppression, à Londres de cette mention litigieuse, permit donc à la Colombie britannique de consentir à l'adoption de l'amendement. Ces modifications apportées au projet initial deviennent sous la plume des juges minoritaires « des changements mineurs »²⁵. S'il est vrai que le projet a été acheminé à Londres malgré l'opposition d'une province, il est aussi vrai de dire que le projet y a été modifié précisément pour agréer à la Colombie britannique et que cette dernière y a finalement acquiescé. Cet amendement aurait donc dû être rangé, tout au plus, dans la catégorie des précédents douteux.

La jonction, parmi les précédents positifs, des amendements de 1951 et de 1964 nous paraît peu justifiée. À une compétence qui, en vertu de l'A.A.N.B. de 1951 devait être exercée par le Parlement fédéral en considération de l'âge des personnes visées, puisqu'il s'agissait de pension de vieillesse, l'A.A.N.B. de 1964 est venu ajouter une compétence à l'égard de catégories de personnes différentes et qui pouvait être exercée sans égard à

25. *Ibid.*

l'âge. Il s'agissait donc d'un véritable accroissement de la compétence fédérale, bien que le texte de ces deux amendements ait été fusionné pour ne former qu'un seul article de l'A.A.N.B., soit l'article 94A.

Le refus de considérer l'amendement de 1940 relatif à l'assurance-chômage comme un précédent positif repose, pour les juges dissidents, sur une déclaration du premier ministre de l'époque qui aurait nié la nécessité d'obtenir le consentement provincial mais l'aurait néanmoins sollicité pour éviter « une question d'ordre constitutionnel très grave ». Replacée dans son contexte, cette question est :

[...] de savoir si en modifiant l'Acte de l'Amérique Britannique du Nord, il est nécessaire d'obtenir l'assentiment de toutes les provinces ou si le consentement d'un certain nombre d'entre elles aurait pu suffire. Cette question pourra se présenter plus tard...²⁶

Les juges dissidents s'appuient sur la discussion intervenue entre le premier ministre dont les propos viennent d'être cités et deux autres personnes, soit M. Lapointe, et M. J.T. Thorson (Selkirk). Or, seul ce dernier niait la nécessité d'un consentement provincial tout en admettant que le débat était académique puisque le consentement de toutes les provinces avait été demandé et obtenu. M. Lapointe précisait pour sa part que ni le premier ministre, ni lui-même, n'avait dit que le consentement était nécessaire, mais désirable.

Ce précédent eut tout aussi bien pu être utilisé pour illustrer la césure entre le point de vue juridique et le point de vue conventionnel, M. Thorson envisageant la question du point de vue juridique, le premier ministre du point de vue conventionnel et M. Lapointe opposant les deux points de vue.

Il nous semble clair qu'une convention était évoquée dans ces propos mais que les juges dissidents n'ont pu la considérer puisqu'elle n'impliquait pas nécessairement un consentement unanime et ne répondait donc pas aux normes qu'ils avaient préalablement définies.

Néanmoins, le consentement de toutes les provinces avait été demandé et obtenu et l'amendement de 1943 n'aurait pas dû être utilisé pour prouver que le gouvernement fédéral ne se sentait nullement lié par la règle de l'unanimité qui avait été respectée en 1940. En effet, la modification de 1943 avait trait au report à la fin des hostilités du rajustement de la représentation à la Chambre des communes. Elle n'affectait nullement les pouvoirs législatifs ou le statut des législatures ou des gouvernements provinciaux, et pas davantage les relations fédérales-provinciales. Cette modification n'aurait donc pas dû être considérée; les huit provinces n'alléguaient nullement en effet que le consentement provincial était requis pour toute modification de la constitution, quelle qu'elle soit.

26. *Débats de la Chambre des communes*, 1940, p. 1 153, cité par les juges minoritaires à la p. 23.

Restent cependant au crédit des juges minoritaires, certains commentaires qui nous semblent mériter une confrontation avec les arguments majoritaires.

Les juges dissidents insistent beaucoup sur la nécessité de dégager des précédents une règle claire. Il est difficile d'admettre en effet, à première vue, qu'une obligation n'ait pas un contenu précis; or, une convention qui exige « un certain degré de consentement provincial » est pour le moins obscure quant à la portée de l'obligation qu'elle impose. Pour les juges majoritaires, le manque de précision de cette convention n'est pas tel « qu'il empêche le principe d'acquérir le *statut* de règle conventionnelle »²⁷.

Il est de la nature des conventions de n'avoir pas la même précision que les autres règles constitutionnelles²⁸. La majorité n'a donc éprouvé aucune difficulté à reconnaître l'existence de la convention tout en se refusant à préciser le degré de consentement provincial qu'elle requiert.

Il ne convient pas que la Cour conçoive dans l'abstrait une formule précise qui indiquerait en termes positifs quel degré de consentement provincial est nécessaire pour que la convention soit respectée. Les conventions, de par leur nature, s'élaborent dans l'arène politique et il revient aux acteurs politiques, et non à cette Cour, de fixer l'étendue du consentement provincial nécessaire.²⁹

Il ne faut pas perdre de vue que l'absence de clarté relevée par les juges minoritaires est celle d'une règle qui exigerait le consentement de toutes les provinces et non pas un certain degré de consentement provincial et que si les juges majoritaires avaient répondu à la même question, ils seraient donc arrivés à un résultat identique.

Un autre argument des juges minoritaires nous semble plus délicat à écarter et nous paraît laisser planer quelques doutes quant à la rationalité de certains propos des juges majoritaires.

Il est difficile en effet d'admettre que la valeur transcendante qui sert de fondement à la convention constitutionnelle puisse être le fédéralisme si la règle qui en découle n'exige qu'un degré appréciable de consentement provincial. Signifierait-elle alors qu'une ou plusieurs provinces pourraient s'opposer à un amendement qui les touche directement sans que leur opposition soit néanmoins appréciable à la lumière du principe fédératif? Dans le contexte d'une constitution fédérale qui ne contient aucune formule d'amendement, il faudrait admettre que le fédéralisme, envisagé abstraitement, consacre la loi de la majorité ou plus, pour la prise de décisions de cette nature. Or, il n'en est rien et les juges majoritaires ne l'ont pas prétendu

27. Opinion des juges majoritaires sur l'existence de la convention, p. 41.

28. *Idem*, pp. 41-42.

29. *Idem*, p. 42.

puisqu'ils firent mention d'un principe opposé, clairement reconnu à la conférence Dominion-provinces de 1931³⁰. Certains juges majoritaires reconnaîtront d'ailleurs que le fédéralisme s'apprécie *in concreto*, à la lumière du texte de la constitution écrite qui le consacre³¹. Or, cette dernière ne confère aucun droit aux provinces en matière d'amendement. C'est du moins ce que les juges majoritaires ont conclu en examinant les questions de droit soulevées par les pourvois.

2. Les points de droit

La première question des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve ainsi que la question A du Québec visaient l'interprétation d'un document, soit la résolution contenant les deux projets de loi qu'il était demandé à Sa Majesté de bien vouloir faire adopter par le Parlement du Royaume-Uni.

La résolution ayant été dûment approuvée par le Sénat et la Chambre des communes³², le Procureur général du Canada admit qu'il pouvait être répondu à cette question, contrairement à ce qu'il avait allégué en cours d'appel provinciales alors que le document n'était qu'un simple projet. Il admit en outre que si la *Loi constitutionnelle de 1981* était adoptée elle aurait pour effet de porter atteinte au partage des compétences. Tant les juges majoritaires que les juges minoritaires, qui firent porter leur dissidence sur d'autres points, admirent également que les modifications envisagées affecteraient les compétences législatives provinciales. Une réponse positive et unanime fut donc apportée aux questions I et A examinées conjointement.

2.1. L'opinion majoritaire sur les points de droit

Cette opinion a été rendue par sept juges. Aux juges Dickson, Beetz, Chouinard et Lamer, déjà majoritaires sur les points d'ordre conventionnel, se joignirent le juge en chef ainsi que les juges Estey et McIntyre.

La question III des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve référerait au consentement provincial « constitutionnellement nécessaire » pour modifier la constitution canadienne.

Les sept juges qui constituèrent la majorité déclarèrent ne pas s'autoriser à se prononcer sur les conventions qui lient le Parlement du Royaume-Uni. Ils épurèrent donc la question III de son aspect conventionnel pour en traiter globalement avec la question B dans ses aspects juridiques.

30. *Idem*, p. 44.

31. *Infra*, l'opinion majoritaire sur les points de droit.

32. Il s'agit du projet initial et non de la résolution qui fut acheminée à Londres après modifications.

Il s'agissait donc pour la majorité de déterminer 1) l'autorité des deux chambres fédérales pour procéder par résolution pour faire adopter, par le Parlement du Royaume-Uni, des modifications constitutionnelles ayant des effets sur la répartition des pouvoirs législatifs ou sur les relations fédérales-provinciales et 2) le rôle ou l'autorité du Parlement du Royaume-Uni pour donner effet à de telles résolutions.

Bien que la majorité ait abordé parallèlement ces 2 points de droit, les arguments avancés par les huit provinces étaient quelque peu différents à l'égard de chacun d'eux. Il nous semble donc utile de regrouper les motifs relatifs à ces deux points distincts.

2.1.1. Le rôle ou l'autorité du Parlement britannique en matière d'amendement constitutionnel

Les provinces faisaient de leur consentement une condition de la validité de l'action du Parlement de Westminster. Pour étayer cette position, la province du Manitoba alléguait spécifiquement que le *Statut de Westminster de 1931* « cristallisait » une convention constitutionnelle. Les provinces invoquaient en outre la *Déclaration Balfour* qui explicitait, à leur point de vue, certaines dispositions du Statut. Elles invoquaient également des principes de plus vaste portée, soit la souveraineté des provinces et les principes fondamentaux du fédéralisme canadien.

2.1.1.1. La cristallisation d'une convention

La cristallisation d'une convention par le *statut de Westminster* fut niée par la majorité qui restait ainsi concordante avec la distinction fondamentale, effectuée à l'unanimité, entre les différentes règles constitutionnelles.

Le Manitoba avait invoqué un certain nombre de décisions, y compris le *Renvoi sur le Sénat*³³ qui, selon lui, conféraient une force juridique aux conventions. Les juges majoritaires soulignèrent que dans chacune des causes citées, bien que la convention ait été mentionnée par le tribunal, en aucun cas celle-ci n'avait été utilisée pour résoudre le point de droit qui lui était soumis. Ils ajoutèrent qu'il n'existe pas de common law qui tirerait son origine de la pratique politique.

Ce qui est désirable comme limite politique ne se traduit pas en une limite juridique sans qu'il existe une loi ou un texte constitutionnel impératif³⁴.

33. [1980] 1 R.C.S. 54.

34. Opinion des juges majoritaires sur les points de droit, p. 30.

2.1.1.2. La Déclaration Balfour

La *Déclaration Balfour* datant de 1926 parlait de « collectivités autonomes » au sein de l'Empire britannique. Les huit provinces voyaient dans cette formulation une allusion directe à l'autonomie des provinces.

La majorité déclara ne pouvoir partager ce point de vue dans la mesure où la participation des provinces au cheminement qui devait aboutir au *Statut de Westminster* avait été postérieur à la *Déclaration Balfour* puisqu'elle se situait en 1929. Des juges majoritaires firent d'ailleurs remarquer qu'il était inutile de recourir à la Déclaration si la portée du Statut était celle que les provinces soutenaient.

2.1.1.3. Le Statut de Westminster

Le *Statut de Westminster* devenait donc la pièce maîtresse invoquée par les provinces à l'appui de leur argumentation.

Ce document législatif consacrait sur le plan juridique la souveraineté canadienne acquise préalablement sur le plan conventionnel. Si le seul but à atteindre avait été d'assurer l'autonomie du réseau normatif canadien, les seuls articles 2, 3 et 4 auraient suffi.

L'article 2 abolit en effet toute obligation pour le parlement d'un Dominion de légiférer de manière compatible avec une loi impériale, en déclarant la *Loi sur la validité des lois des colonies* inopérante.

L'article 3 permet au parlement d'un Dominion de conférer à ses lois une portée extraterritoriale.

L'article 4 dispose qu'à l'avenir les lois adoptées par le Parlement du Royaume-Uni ne s'appliqueront pas à un Dominion à moins que ce dernier ne l'ait expressément demandé et qu'il n'ait consenti à cette application.

Alors que l'adoption du Statut était imminente, les provinces s'inquièrent, un peu avant les conférences impériales de 1930, de l'effet éventuel de l'abrogation de la *Loi sur la validité des lois des colonies* sur l'A.A.N.B. Elles craignaient que le Parlement fédéral, libéré de toute obligation de légiférer de manière compatible avec la législation impériale en vigueur, ne puisse en toute impunité juridique porter atteinte unilatéralement au partage des compétences.

L'adoption de l'article 7 du Statut répondit donc à ces préoccupations. Le paragraphe 7(1) laissait toute son opérabilité à la *Loi relative à la validité des lois des colonies* à l'égard des seuls A.A.N.B. de 1867 à 1930 tels que complétés par statut, arrêté ou règlement quelconque.

Le paragraphe 7(2) étendait le bénéfice de l'abrogation de la *Loi relative à la validité des lois des colonies* aux législatures provinciales qui pouvaient désormais abroger toute loi qui les concernait.

Le paragraphe 7(3) précisait que le Statut n'avait pas pour effet d'élargir les domaines de compétence du Parlement fédéral ou des législatures provinciales.

En Cour suprême les huit provinces ont soutenu que les événements antérieurs à l'adoption du Statut, consignés dans les rapports de certaines conférences, étaient propres à éclairer les articles pertinents en matière d'amendement. Ainsi, elles alléguaient que le passage du rapport de la conférence impériale de 1930, qui traitait des « demandes appropriées de modifications » de l'A.A.N.B., évoquait le principe, adopté en 1929 lors de la conférence sur le fonctionnement législatif du Dominion, selon lequel « la question du mode approprié de modification devait être laissée à l'examen des autorités canadiennes compétentes ». Les provinces soutenaient que ces dernières devaient les inclure et qu'en outre il fallait tenir compte de la formulation différente des articles 3 et 4 du Statut, le premier traitant des pouvoirs extraterritoriaux et les conférant *au Parlement* d'un Dominion, alors que le second mentionnait *le Dominion*.

La majorité estima que l'argument fondé sur le *Statut de Westminster* était indéfendable. Elle déclara que vouloir conférer au mot Dominion dans l'article 4 un sens conjoint déformait à la fois l'histoire et les principes ordinaires d'interprétation³⁵. À son avis, les paragraphes 7(1) et 7(3) du Statut laissaient intact le *statut quo ante* en matière d'amendement. Par conséquent, quel que soit l'à-propos de l'argument visant à inclure les provinces dans les autorités compétentes en matière d'amendement, il est impossible d'en tirer une norme juridique puisqu'il subsisterait toujours la nécessité juridique d'une action législative finale du Parlement du Royaume-Uni³⁶.

2.1.2. Le pouvoir des deux chambres fédérales en matière d'amendement

En abordant ce point, les juges majoritaires résumèrent ainsi la conclusion dont ils entendaient démontrer la rationalité dans leurs motifs :

On ne trouve aucune limite juridique, que ce soit au Canada ou au Royaume-Uni [...] au pouvoir des Chambres d'adopter des résolutions³⁷.

35. *Idem.*, p. 46.

36. *Idem.*, p. 44.

37. *Idem.*, p. 30.

Le pouvoir des chambres fédérales de procéder par résolution découle, déclarèrent-ils, de l'effet combiné de l'article 18 de l'A.A.N.B.³⁸ et des articles 4 et 5 de la *Loi sur le Sénat et la Chambre des communes*³⁹.

La façon dont les chambres du Parlement procèdent, celle dont une assemblée législative procède, est dans chaque cas une question d'autodéfinition sous réserve de prescriptions constitutionnelles prépondérantes, ou de prescriptions auto-imposées par la loi ou internes.⁴⁰

Par ailleurs, le *Bill of Rights* de 1689, qui fait indubitablement partie du droit du Canada, dirent les 7 juges, précise que « les procédures du Parlement ne pourront être attaquées ou mises en question par un tribunal ou par ailleurs hors du Parlement »⁴¹.

La question B du Québec requérait que la Cour fasse état d'une habilitation spécifique des deux chambres fédérales. La majorité précisa qu'il était tout aussi compatible avec les précédents constitutionnels d'exiger une réfutation, le mutisme de l'A.A.N.B. étant un argument favorable autant que défavorable à l'existence de ce pouvoir. Pour les juges majoritaires, l'exigence du consentement provincial relevait de la convention constitutionnelle laquelle était sans effet sur la validité de la résolution à l'égard de l'action du Parlement du Royaume-Uni⁴².

Cette réponse était cependant partielle puisque les huit provinces avaient soulevé un argument de plus vaste envergure. Elles prétendaient en effet que si l'on devait admettre que le Parlement du Royaume-Uni avait conservé son pouvoir formel sur l'A.A.N.B. et n'était qu'un « fiduciaire législatif » juridiquement soumis aux ordres du Canada, les chambres fédérales se trouvaient à faire indirectement ce qu'elles ne pouvaient faire directement en déterminant unilatéralement la teneur des amendements auxquels le Parlement du Royaume-Uni devait procéder.

38. Article 18 de l'A.A.N.B. de 1867 : Les privilèges, immunités et pouvoirs que posséderont et exerceront le Sénat et la Chambre des Communes, et les membres de ces corps respectifs, seront ceux prescrits de temps à autre par acte du Parlement du Canada ; mais de manière à ce qu'aucun acte du Parlement du Canada définissant tels privilèges, immunités et pouvoirs ne donnera aucuns privilèges, immunités ou pouvoirs excédant ceux qui, lors de la passation du présent acte, sont possédés et exercés par la Chambre des Communes du Parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande et par les membres de cette Chambre.

39. S.C.R. 1970, c. S-8, a. Le Sénat et la Chambre des communes, respectivement ainsi que leurs membres respectifs, possèdent et exercent

a) les mêmes privilèges, immunités et attributions que possédaient et exerçaient lorsque a été voté l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1867, la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni, ainsi que ses membres, dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec ladite loi ; (...).

40. Opinion majoritaire sur les points de droit, p. 31.

41. *Idem*, p. 32.

42. *Idem*, p. 33.

Cet argument se présentait donc comme le corrolaire d'un argument plus global, celui de la suprématie des législatures provinciales dans les domaines de compétences que leur reconnaît l'A.A.N.B., suprématie qui découle plus généralement, au dire des provinces, de la nature et des caractéristiques du fédéralisme canadien.

La majorité balaya l'argument du procédé indirect en déclarant que la maxime « on ne peut pas faire indirectement ce qu'on ne peut faire directement » était souvent utilisée à tort et à travers et que la question précise en l'occurrence, était de savoir si les deux chambres fédérales pouvaient seules déclencher le processus d'amendement.

2.1.2.1. Le partage des compétences

Le partage des compétences, notamment les articles 91 et 92 de l'A.A.N.B., semblait, de l'aveu même des juges majoritaires appuyer l'argument de la suprématie provinciale. Néanmoins dirent-ils, la « primauté » fédérale est la règle dans l'exercice de ces pouvoirs et la suprématie des législatures n'existe que dans le cadre de l'A.A.N.B. qui consacre cette même « primauté » fédérale.

Par ailleurs, poursuivirent-ils, bien qu'il y ait dans l'A.A.N.B. des traits unitaires, soit les « pouvoirs prépondérants », leur effet modificatif sur les pouvoirs provinciaux exclusifs n'est pas appréciable⁴³. Ainsi, le pouvoir déclaratoire n'a qu'un effet limité et les pouvoirs de désaveu et de réserve sont tombés en désuétude. Quant au pouvoir fédéral de nomination du lieutenant-gouverneur, il n'a aucun impact sur les pouvoirs provinciaux. Il reste cependant que toute communication entre une province et son lieutenant-gouverneur d'une part, et le gouvernement du Royaume-Uni d'autre part, doit se faire par l'intermédiaire du gouvernement fédéral.

2.1.2.2. La nature et les caractéristiques du fédéralisme canadien

Les huit provinces alléguèrent que dans ses relations avec la Grande-Bretagne, le Canada devait tenir compte de la nature du fédéralisme telle qu'elle ressortait des antécédents historiques, des déclarations émises par des personnalités politiques ainsi que du préambule de l'A.A.N.B. de 1867.

L'argument historique ne trouva aucun crédit auprès des juges majoritaires. À leur avis, l'histoire ne pouvait être d'aucun secours car elle ne

43. Les juges majoritaires bouleversent le langage le plus couramment admis suivant lequel le terme de prépondérance évoque la prééminence, en cas de conflit, d'une loi fédérale valide sur une loi provinciale valide.

donnait pas une vision unique de la nature de l'A.A.N.B. Par conséquent, la théorie du pacte, absolue ou modifiée, ne pouvait être juridiquement soutenable.

Elles ne mettent pas le droit en jeu, sauf dans la mesure où elles pourraient avoir une pertinence périphérique sur les dispositions *en vigueur*⁴⁴ de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique* et sur son interprétation et application⁴⁵.

Pour les mêmes raisons, la majorité refusa de tenir compte des déclarations émises par des personnalités politiques.

Le Préambule de l'A.A.N.B. met de l'avant le désir des provinces nommées de contracter une union fédérale pour former une seule et même puissance avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni.

Les sept juges majoritaires relevèrent que la référence à la constitution du Royaume-Uni dans le préambule avait certainement pour effet d'introduire au Canada le principe du gouvernement responsable ainsi que certaines règles de common law britannique, notamment la *rule of law* et les prérogatives et immunités de la Couronne. Ils ajoutèrent néanmoins qu'il y avait une contradiction interne à parler du fédéralisme à la lumière du principe invariable de la suprématie du Parlement Britannique⁴⁶. En fait dirent-ils, c'est la répartition du pouvoir législatif que les provinces invoquent pour bloquer l'action fédérale unilatérale visant les modifications de l'A.A.N.B. Or, «il ne peut y avoir de régime fédéral standardisé dont on doive tirer des conclusions particulières»⁴⁷ et aucune loi ne requiert le consentement des provinces à une résolution des chambres fédérales ou à l'exercice par le Parlement du Royaume-Uni de son pouvoir législatif à l'égard de l'A.A.N.B.

C'est donc une réponse négative que les juges majoritaires apportèrent à la 3^e question des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve ainsi qu'à la question B du Québec dans ses aspects juridiques.

2.2. L'opinion des juges dissidents relative aux points de droit

La dissidence des juges Martland et Ritchie s'exprime essentiellement à l'égard de la validité de la résolution adoptée par les chambres fédérales. Le raisonnement des deux juges est d'une limpidité remarquable : la résolution est illégale parce qu'elle entre en conflit avec l'article 4 de la *Loi sur le Sénat*

44. Le souligné est de l'auteur.

45. Opinion des juges majoritaires sur les questions de droit, p. 54.

46. *Idem*, p. 56.

47. *Ibid.*

et la Chambre des communes. Selon les juges Martland et Ritchie, l'article 18 de l'A.A.N.B. ne définit nullement les privilèges, immunités et pouvoirs des chambres mais confie ce soin au Parlement fédéral en spécifiant toutefois que ces attributs ne peuvent excéder ceux que détient la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni, au moment où la loi est adoptée.

Le Parlement fédéral n'a pas le contrôle complet de la souveraineté canadienne. Le *Statut de Westminster*, par le paragraphe 7(3) confirme la division de l'exercice de la souveraineté qui résulte du partage des compétences législatives.

Les deux juges dissidents firent valoir que, compte tenu de la suprématie des législatures dans leurs domaines de compétence et compte tenu également du fait que le paragraphe 91(1) exclut le partage des compétences des pouvoirs d'amendements fédéraux, le Parlement fédéral n'avait pu, en adoptant la *Loi sur le Sénat et la Chambre des communes*, conférer aux chambres fédérales des pouvoirs qu'il n'avait pas lui-même. D'ailleurs, le texte de l'article 4 limitait bien les pouvoirs des chambres en spécifiant qu'ils ne devaient pas être incompatibles avec l'A.A.N.B.

Les juges minoritaires déclarèrent que le recours aux auteurs qui s'expriment à l'égard des attributs de la Chambre des communes britannique n'était d'aucune utilité pour fixer les limites, le cas échéant, du pouvoir d'un ordre de gouvernement dans un État fédéral, de réduire les pouvoirs de l'autre ordre législatif en utilisant une procédure de modification. La résolution en cause ne pouvait être considérée, de l'avis des deux juges, comme une question de procédure interne⁴⁸. Les pouvoirs conférés par le Parlement fédéral doivent, aux termes de l'article 4 de la *Loi sur le Sénat et la Chambre des communes*, être compatibles avec l'A.A.N.B. Aucune autre loi n'ayant été adoptée à ce jour relativement aux attributs des chambres, ces dernières trouvaient donc la source de leur pouvoir d'adopter des résolutions dans cet article 4a). Or, la résolution soumise à l'examen de la Cour était incompatible avec l'A.A.N.B.; elle lui est opposée dirent les dissidents.

Les juges minoritaires prêtèrent toute leur attention à l'argument du procédé indirect alors que la majorité avait éludé le problème en déclarant que les provinces confondaient « la question du processus, qui est la question fondamentale en l'espèce, et celle de la compétence du Parlement Britannique »⁴⁹.

Au cours des plaidoiries, comme le relèvent les juges dissidents, le procureur général du Canada avait carrément concédé qu'il n'y avait pas de limite aux genres de modifications que les deux chambres pouvaient faire

48. Opinion des juges dissidents sur les questions de droit, p. 35.

49. Opinion majoritaire relative aux points de droit, p. 49.

adopter par le Parlement du Royaume-Uni. Les juges Martland et Ritchie déclarèrent ne trouver aucune source à un pouvoir des chambres aussi vaste. Les deux chambres, même réunies ne composent pas le Parlement dirent-ils. L'article 17 de l'A.A.N.B. précise que ce dernier est composé de la Reine et de deux chambres, et c'est au Parlement ainsi composé que l'article 91 confère un pouvoir législatif limité.

Selon les deux juges, l'argument du procureur général du Canada signifiait que les deux chambres pouvaient accomplir indirectement, par l'intervention du Parlement impérial ce que le Parlement du Canada était lui-même incapable de faire⁵⁰.

La majorité avait considéré que le mutisme de l'A.A.N.B. était un argument neutre à l'égard du pouvoir des chambres de procéder par résolution pour déclencher le processus d'amendement mais que les précédents en matière de modification étaient à l'effet qu'un tel pouvoir existait. Les juges dissidents firent valoir qu'au contraire les précédents étaient révélateurs de contraintes constitutionnelles, puisque dans chacun des cas où un amendement affectait les relations fédérales-provinciales le consentement provincial avait été obtenu préalablement.

Quant à l'absence de disposition dans l'A.A.N.B., les juges minoritaires firent remarquer que la Cour avait eu, à plusieurs reprises, à examiner des questions pour lesquelles l'A.A.N.B. n'offrait aucune réponse et qu'elle avait dans chaque cas tenu compte des principes fondamentaux de la constitution pour nier à un organe législatif le pouvoir d'usurper une compétence qu'il ne possédait pas⁵¹. De ces précédents on pouvait dégager plusieurs points communs : 1) les principes et doctrines juridiques élaborées ne figuraient aucunement dans les dispositions expresses de l'A.A.N.B. ni d'autres textes constitutionnels ; 2) ils représentaient tous des exigences constitutionnelles découlant du caractère fédéral de la constitution ; 3) on leur a accordé un plein effet juridique ; 4) ils furent tous élaborés pour répondre à des questions que la jurisprudence constitutionnelle n'avait jamais traitées directement.

Les juges minoritaires n'eurent donc aucune réticence à déclarer que la résolution soumise à l'examen de la Cour était invalide parce qu'en conflit avec les principes fondamentaux de l'A.A.N.B et, par conséquent, contraire à l'article 4 de la *Loi sur le Sénat et la Chambre des communes*.

50. Opinion des juges minoritaires sur les points de droit, p. 40.

51. *Amex Potash Limited et autres c. le Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576 ; *British Columbia Power Corp. Ltd. c. British Columbia Electric co. Ltd.*, [1962] R.C.S. 642 ; *A.-G. of Nova Scotia v. A.-G. of Canada*, [1951] R.C.S. 31 ; *Renvoi relatif aux lois de l'Alberta*, [1938] R.C.S. 100.

Tant les arguments majoritaires que les arguments minoritaires comportent leur part d'illogisme.

En somme, la divergence entre l'opinion majoritaire et celle des deux juges minoritaires, bien que majeure quant au résultat, peut être réduite. Elle porte essentiellement sur le traitement accordé à l'argument du procédé indirect. Les juges majoritaires avaient bien formulé certaines réserves quant aux pouvoirs des chambres de déterminer leur procédure. La première, qui avait trait à des prescriptions constitutionnelles prépondérantes, fut écartée en raison du mutisme de l'A.A.N.B. Quand à la seconde, relative à des prescriptions auto-imposées par la loi ou internes, elle appelle quelques commentaires.

On peut tout d'abord déplorer l'absence de rigueur des juges majoritaires dans l'utilisation du vocabulaire. La loi est l'acte du Parlement, organe distinct des chambres, même réunies. On ne peut donc parler d'auto-définition législative pour évoquer la définition du pouvoir des chambres. Néanmoins, en admettant que la seconde réserve ait cette acception, on peut s'étonner à juste titre qu'après l'avoir formulée, les juges majoritaires n'aient pas procédé à l'exégèse de la *Loi sur le Sénat et la Chambre des communes*, seule loi susceptible d'établir en termes exprès une limite aux pouvoirs des chambres.

On peut également s'étonner du fait que le *Bill of Rights* soit invoqué, dans un contexte où l'on parle beaucoup du *Statut de Westminster*, pour affirmer qu'il interdit aux tribunaux de mettre en question la validité des procédures parlementaires. En effet, l'article 5 de la *Loi sur le Sénat et la Chambre des communes* dispose :

Ces privilèges, immunités et attributions font partie de la loi générale et publique du Canada, et il n'est pas nécessaire de les alléguer spécialement, mais tous les tribunaux et tous les juges du Canada doivent en prendre judiciairement connaissance.

Tels que définis par l'article 4 de cette même Loi, les pouvoirs des chambres sont cernés et, par conséquent, la question de l'*ultra vires* peut être abordée par les tribunaux. Il est difficile d'admettre que la Cour suprême, après avoir disposé de l'affaire *Amax Potash*⁵⁹ comme elle l'a fait, élude l'examen de la validité des procédures parlementaires en regard du partage des compétences en invoquant le *Bill of Rights*.

Par ailleurs, les sept juges majoritaires font état des précédents en matière d'amendement pour poser la question de savoir comment les chambres, qui auraient eu le pouvoir de procéder par résolution dans le cas des modifications antérieures, auraient tout à coup perdu ce pouvoir. Ces

52. *Supra*, note précédente.

juges semblent avoir oublié que ce n'est pas l'exercice d'un pouvoir même non contesté, qui assure sa validité et qu'en outre si la question même de la validité de la résolution était posée pour la première fois, c'est parce que, dans le passé, les provinces avaient toutes consenti aux propositions de modification véhiculées par ces résolutions lorsque leurs pouvoirs étaient en jeu.

Au cours des plaidoiries, les provinces avaient amené le procureur général du Canada à répondre par l'affirmative à la question de savoir si, en droit, le gouvernement fédéral pourrait obtenir une modification de l'A.A.N.B. qui ferait du Canada un état unitaire. Les juges majoritaires déclarèrent à cet égard que ce n'était pas ce que la résolution contestée envisageait puisque les « caractéristiques fédérales essentielles du pays » étaient conservées par le projet de loi en question⁵³. Ils avaient précédemment affirmé qu'il n'y a pas de régime fédéral standardisé dont on puisse tirer des conclusions particulières. Cette affirmation se situait dans un contexte à l'effet que les seules caractéristiques fédérales essentielles à considérer sont celles qui découlent du texte même de l'A.A.N.B. Comment dès lors, les juges majoritaires pouvaient-ils affirmer que la résolution sous examen conservait les caractéristiques fédérales essentielles du pays puisqu'ils avaient reconnu que la *Loi constitutionnelle de 1981* portait atteinte au partage des compétences législatives ? On reste confondu par la logique de ce raisonnement : la résolution contenant un projet de loi qui porte atteinte aux pouvoirs législatifs dont la répartition est une des caractéristiques du fédéralisme canadien, ne porte toutefois pas atteinte aux caractéristiques fédérales essentielles du Canada (!?).

En poussant le raisonnement à l'extrême on peut se demander si, dans le cas où les caractéristiques fédérales ne seraient pas conservées par une résolution, les juges majoritaires la déclareraient illégale après avoir établi le pouvoir absolu des chambres d'adopter toute résolution, quels que soient sa teneur et son but, sans avoir à requérir un consentement provincial.

Les juges Martland et Ritchie exposèrent avec ironie ce qu'il fallait admettre en accréditant une telle idée :

À notre avis, il découle en substance que, depuis au plus tard 1931, les provinces ne doivent pas leur existence continue à leur pouvoir constitutionnel exprimé dans l'A.A.N.B., mais à la tolérance du Parlement fédéral.⁵⁴

Le raisonnement de ces deux juges minoritaires présente également des failles. En effet, si la résolution qu'ils examinaient était illégale, le consentement des provinces n'aurait pas pour effet de la valider. Tout au plus, ce

53. Opinion des juges majoritaires sur les points de droit, p. 57.

54. Opinion des juges minoritaires sur les points de droit, p. 39.

consentement supprimerait-il toute occasion de contester sa valeur en droit qui resterait douteuse, jusqu'à ce que l'illégalité soit couverte par l'adoption des modifications par le Parlement du Royaume-Uni. La démarche globale comporterait donc nécessairement une part d'inconstitutionnalité sur le plan juridique.

Conclusion

Mises en parallèle, les deux opinions majoritaires sont contradictoires sur certains points. Même en admettant que la distinction entre le point de vue juridique et le point de vue conventionnel impose une optique différente, elle ne justifie pas des énoncés aussi difficiles à concilier que ceux que l'on relève sous la plume des juges composant la majorité, relativement aux deux séries de règles constitutionnelles.

Dans l'opinion sur la convention, les juges majoritaires exposent que le fédéralisme qui est la raison d'être de la convention constitutionnelle

[...] est irréconciliable avec la modification unilatérale du partage des compétences.⁵⁵ [...] Le but de cette règle conventionnelle est de protéger le caractère fédéral de la constitution canadienne et d'éviter l'anomalie par laquelle la Chambre des communes et le Sénat pourraient obtenir par simple résolution ce qu'ils ne pourraient valablement accomplir par une loi.⁵⁶

Ci-dessus, le terme *validement* a nécessairement une acception juridique ; or, dans son opinion relative aux points de droit, la majorité n'éprouve aucune difficulté à admettre que les chambres fédérales trouvent la source de leur pouvoir (d'obtenir par simple résolution ce que le Parlement fédéral ne pourrait accomplir) précisément d'une loi fédérale qui leur laisse toute latitude pour adopter quelque résolution que ce soit, sans que les tribunaux n'aient de droit de regard sur la validité de ces résolutions, alors qu'ils en ont un sur les lois et les projets de loi éventuellement⁵⁷.

Il semble cependant que ces contradictions ne soient pas autrement gênantes pour les juges Dickson, Beetz, Chouinard et Lamer qui, se trouvant à composer les deux majorités, n'ont apparemment pas craint d'en émettre d'autres.

Dans l'opinion majoritaire sur les points d'ordre conventionnel, on peut lire en effet :

Il est vrai que le Canada resterait une fédération si les projets de modification devenaient loi. Mais ce serait une fédération différente devenue telle à la

55. Opinion majoritaire sur les points d'ordre conventionnel, p. 43.

56. *Idem*, p. 57.

57. Opinion majoritaire sur les points de droit, p. 32.

demande d'une majorité des chambres du Parlement fédéral agissant seul. C'est le processus même qui va à l'encontre du principe fédéral.⁵⁸

Cependant, relativement aux points juridiques, la majorité affirme que les caractéristiques fédérales essentielles étaient conservées par le projet de loi en question⁵⁹.

Indépendamment des réponses qu'elle apporte aux questions posées, cette opinion de la Cour n'est pas tout à fait satisfaisante sur le plan de la rationalité. Les juges majoritaires laissent en effet entrevoir des failles dans le raisonnement qu'ils exposent, tant sur les points conventionnels que sur les points juridiques. En ce qui concerne ces derniers, en particulier, il nous semble que les propos relatifs au pouvoir absolu des chambres fédérales d'adopter des résolutions ne sont pas d'une logique juridique très convaincante; nous préférons de beaucoup le raisonnement des juges dissidents.

Cette opinion de la Cour a cependant le grand mérite d'apporter des clarifications jurisprudentielles sur la nature et les conditions d'existence des conventions constitutionnelles. Ces précisions risquent d'ailleurs d'être d'une très grande utilité dans les mois qui viennent.

Après que la Cour eut délivré son opinion, le projet de *Loi constitutionnelle de 1981* annexé à la résolution a été modifié et neuf provinces canadiennes ont exprimé leur accord à l'égard des amendements constitutionnels qu'il implique dans sa forme actuelle. La résolution, dûment appuyée par le Sénat et la Chambre des communes, a donc été acheminée à Londres et il ne fait aucun doute que le Parlement britannique adoptera les amendements demandés dans un avenir très prochain.

Bien que l'on puisse dire que l'exigence d'un degré appréciable de consentement provincial ait été rencontrée par les autorités fédérales, peut-on affirmer pour autant que le projet de modification est constitutionnel dans la mesure où une province, le Québec, s'y oppose toujours? La question revient à déterminer si le consentement de cette province est constitutionnellement requis pour faire procéder aux modifications prévues et sera soumise à la Cour suprême très probablement.

Dans leur opinion du 28 septembre, les juges majoritaires sur les points d'ordre conventionnel ont exprimé leur réticence

[...] à concevoir dans l'abstrait une formule qui indiquerait en termes positifs quel degré de consentement provincial est nécessaire pour que la convention soit respectée.⁶⁰

58. Opinion des juges majoritaires sur les points d'ordre conventionnel, p. 47.

59. Opinion majoritaire sur les points de droit, p. 57.

60. Opinion majoritaire sur les points d'ordre conventionnel, p. 42.

Ces mêmes juges ont ajouté : « il revient aux acteurs politiques et non à cette Cour de fixer l'étendue du consentement provincial »⁶¹.

Se pourrait-il que la Cour trouve là, la justification d'un refus de préciser, davantage qu'elle ne l'a fait, la teneur de la Convention qui régit les onze gouvernements canadiens en matière d'amendement constitutionnel ? Nous ne le croyons pas.

En effet, la norme conventionnelle dégagée par la majorité le 28 septembre dernier est d'ordre quantitatif. C'est l'opposition des 8 provinces qui a conduit les juges majoritaires à conclure que la résolution ne rencontrait pas cette norme. Il semble donc que cette opinion ne préjuge en rien de la question de savoir si le Québec doit obligatoirement être du nombre des provinces qui doivent exprimer leur accord à un projet d'amendement, quel que soit par ailleurs ce nombre.

Néanmoins, si à l'époque où la Cour sera appelée à se prononcer, le Parlement britannique a déjà adopté les modifications envisagées, la Cour pourra-t-elle éluder la question de l'existence du droit de veto du Québec en alléguant qu'elle est devenue futile et vaine ? Il est permis de croire que non. Le droit de veto se situe sur le plan conventionnel et l'adoption des modifications par le Parlement britannique n'aurait pas pour effet de légitimer, pour le Québec, des amendements qui auraient été acheminés en contravention de la convention constitutionnelle dont cette province prétend bénéficier. Pour reprendre certains propos des juges majoritaires, la question du droit de veto « n'a pas uniquement à faire avec la légalité pure, mais elle a tout à faire avec un point fondamental de constitutionnalité et de légitimité. »⁶²

Si la Cour acceptait donc d'entendre l'argumentation du Québec, elle devrait alors appliquer les critères dégagés dans l'opinion du 28 septembre pour établir ou nier l'existence de ce droit de veto.

L'étude des précédents devrait être limitée par la question du Québec telle que formulée. Seuls les précédents qui ont porté atteinte aux pouvoirs législatifs, au statut ou au rôle des législatures ou des gouvernements provinciaux seraient à considérer.

La Cour a déjà, à l'unanimité, reconnu que le projet de loi initial aurait porté atteinte, une fois adopté, aux compétences législatives provinciales. Les changements apportés par la suite au projet ne sont pas de nature croyons-nous, à permettre à la Cour de conclure qu'il en est autrement à l'heure actuelle.

61. *Ibid.*

62. Opinion des juges majoritaires sur les points d'ordre conventionnel, p. 17.

La majorité a également déjà fait état de certains précédents qui seraient de nature à être considérés positivement lors de l'étude de la question du droit de veto. Ainsi, elle a relevé qu'en 1951, un projet de modification avait fait l'objet d'une opposition du Québec et de l'Ontario et n'avait pas eu de suite pas plus que les projets de formules d'amendement soumises en 1964 et 1971 n'en avaient eu, après que le Québec s'y soit opposé et, dans le dernier cas, la Saskatchewan aurait estimé inutile de prendre position puisque le désaccord du Québec rendait la question théorique⁶³.

Quand aux acteurs qui se sentent liés par la règle, il semble que ces derniers doivent inclure les 10 autres gouvernements canadiens. Cependant la question qui se pose est de savoir si la Cour exigera que ces gouvernements aient exprimé positivement qu'ils se sentaient liés par la règle que le Québec entend faire reconnaître par la Cour ou si le caractère obligatoire de la Convention pourra se déduire de l'attitude de ces gouvernements subséquemment à l'expression de l'opposition du Québec, ainsi que de la procédure de modification qui était prévue dans le projet de 1964 et plus particulièrement dans celui de 1971, lequel consacrait explicitement un droit de veto au Québec ainsi qu'à l'Ontario.

Le fédéralisme, qui sert de fondement à la règle conventionnelle exigeant un certain degré de consentement provincial pour certaines catégories d'amendements, ne saurait en soi fournir un argument suffisant à établir le droit de veto du Québec. La majorité a bien déclaré que le fédéralisme s'opposait à une modification unilatérale du partage des compétences mais il faut bien dire que la modification à laquelle le Québec s'opposerait dans son pourvoi n'aurait aucun caractère unilatéral puisque 9 provinces l'appuient.

Le Québec devrait donc semble-t-il établir que l'histoire et le texte même de l'A.A.N.B. attestent que l'équilibre politique établi en 1867 par la constitution canadienne reposait sur la reconnaissance du particularisme de cette province par rapport aux autres entités membres de la fédération et que le Québec a donc des intérêts spécifiques à sauvegarder.

Si la Cour devait reconnaître au Québec un droit de veto après que les modifications aient été adoptées par le Parlement du Royaume-Uni, elle reconnaîtrait du même coup que ces amendements, bien que liant juridiquement le Québec, sont néanmoins inconstitutionnels. Dès lors, la normalisation de cette situation ne pourrait résulter que d'une modification, agréée par le Québec, de la *Loi constitutionnelle de 1981*. Pour régler un problème d'ordre conventionnel il faudrait donc résoudre préalablement une question juridique importante. En effet, en adoptant les modifications demandées, le

63. *Idem*, p. 28.

Parlement britannique se serait dépossédé de son pouvoir d'amendement à l'égard de la constitution canadienne et la procédure de modification prévue dans la *Loi constitutionnelle de 1981* serait, sur le plan juridique, la seule à pouvoir être utilisée pour procéder à un amendement, y compris à une modification relative à cette formule même. Or, dans ce dernier cas, la formule impose la règle du consentement des 2/3 des provinces comptant ensemble 50% de la population. Tout irait bien si le degré de consentement exigé par la formule était atteint, mais si le contraire se produisait, la situation défectueuse sur le plan conventionnel ne pourrait être régularisée.

Sans compter que l'utilisation de cette formule, qui serait considérée comme inconstitutionnelle, serait de plus illogique, il semble par ailleurs que la décision qui aurait pour effet d'écarter son utilisation devrait être prise à l'unanimité, sous peine de soulever un problème juridique insoluble si les provinces s'opposant aux modifications, décidaient d'invoquer la formule pour contester la valeur juridique des amendements effectués sans que la procédure qu'elle prévoit n'ait été suivie.

Quoi qu'il en soit, ce ne sont pas des considérations que la Cour aura à envisager en se prononçant à l'égard de l'existence d'un droit de veto du Québec.