

L'alternance au poste de gouverneur général et la dualité canadienne : règle de politesse ou convention constitutionnelle ?

Frédéric Levesque

Volume 37, numéro 2, 2007

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1027085ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1027085ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Levesque, F. (2007). L'alternance au poste de gouverneur général et la dualité canadienne : règle de politesse ou convention constitutionnelle ? *Revue générale de droit*, 37(2), 301–343. <https://doi.org/10.7202/1027085ar>

Résumé de l'article

Depuis 1952, en raison d'un principe solidement ancré dans les mœurs canadiennes, le poste de gouverneur général est occupé en alternance par des Canadiens anglophones et francophones. Pouvons-nous prétendre que cette tradition d'alternance au poste de gouverneur général est maintenant élevée au statut de convention constitutionnelle ? Dans un premier temps, l'auteur dégage et analyse les caractéristiques fondamentales des conventions constitutionnelles, soit particulièrement les trois conditions nécessaires à leur existence : la présence de précédents, le sentiment d'obligation des acteurs et la présence d'une raison d'être. Dans un second temps, l'auteur applique ces conditions d'existence au processus de nomination du gouverneur général du Canada, afin de déterminer si une telle convention d'alternance existe à son égard. Plus qu'une simple synthèse ou une analyse, la présente étude se veut également une critique, ou du moins une remise en question, à l'égard de certaines conclusions tirées par la Cour suprême du Canada dans les deux renvois relatifs au rapatriement. Elle utilise pour trame de fond la dualité canadienne et un personnage mythique du droit constitutionnel canadien : le gouverneur général.

L'alternance au poste de gouverneur général et la dualité canadienne : règle de politesse ou convention constitutionnelle?

FRÉDÉRIC LEVESQUE*

Doctorant en droit, Université Laval et Université Montpellier I

RÉSUMÉ

Depuis 1952, en raison d'un principe solidement ancré dans les mœurs canadiennes, le poste de gouverneur général est occupé en alternance par des Canadiens anglophones et francophones. Pouvons-nous prétendre que cette tradition d'alternance au poste de gouverneur général est maintenant élevée au statut de convention constitutionnelle? Dans un premier temps, l'auteur dégage et analyse les caractéristiques fondamentales des conventions constitutionnelles, soit particulièrement les trois conditions nécessaires à leur existence : la présence de précédents, le sentiment d'obligation des acteurs et la

ABSTRACT

Since 1952, because of a principle firmly anchored in the Canadian customs, the position of Governor General is occupied in alternation by English- and French-speaking Canadians. Can we claim that this tradition of alternation at the position of Governor General is now elevated with the statute of constitutional convention? First, the author establishes and analyzes the fundamentals characteristics of constitutional conventions, that is to say particularly the three conditions necessary to their existence : precedents, the feeling of obligation of the actors, and the presence of a reason. Then, the author applies these conditions of existence to the process of

* Cette étude fut initialement réalisée au cours de l'été 2003, sous la direction de la professeure Eugénie Brouillet. Elle fut mise à jour à l'été 2007.

présence d'une raison d'être. Dans un second temps, l'auteur applique ces conditions d'existence au processus de nomination du gouverneur général du Canada, afin de déterminer si une telle convention d'alternance existe à son égard. Plus qu'une simple synthèse ou une analyse, la présente étude se veut également une critique, ou du moins une remise en question, à l'égard de certaines conclusions tirées par la Cour suprême du Canada dans les deux renvois relatifs au rapatriement. Elle utilise pour trame de fond la dualité canadienne et un personnage mythique du droit constitutionnel canadien : le gouverneur général.

appointment of the Governor General of Canada, in order to determine if such a convention of alternation exists. More than a simple synthesis or an analysis, the present study also aims at criticising or at least a putting into question certain conclusions drawn by the Supreme Court of Canada in the two references relating to repatriation. It uses for basic screen the Canadian duality and a mythical character of the Canadian constitutional law : the Governor General.

Mots-clés : *Droit constitutionnel — Constitution — conventions constitutionnelles — gouverneur général — dualité canadienne — Cour suprême du Canada*

Keywords : *Constitutional law — Constitution — Constitutionals conventions — Governor General — Canadian duality — Supreme Court of Canada*

SOMMAIRE

1. Nature et fondement des conventions constitutionnelles en droit canadien	306
1.1 L'autorité des conventions constitutionnelles	306

1.2 La nature d'une convention constitutionnelle.....	308
1.3 Les conditions d'existence des conventions constitutionnelles	313
1.3.1 La présence de précédents	313
1.3.2 L'obligation des acteurs.....	314
1.3.3 La présence d'une raison d'être	319
2. La dualité canadienne au cœur de l'alternance	321
2.1 Une présence non-équivoque de précédents.....	321
2.2 Les acteurs se sont-ils sentis liés?	324
2.3 La raison d'être : la dualité canadienne.....	327
2.3.1 Volet fédéral ou volet québécois?	327
2.3.2 La dualité dans le droit canadien	327
Conclusion	341

1. Au Canada, selon la Constitution, le gouverneur général est titulaire de pouvoirs importants. Il est le représentant de la reine qui est elle-même le chef suprême du pays; il possède un veto dans l'élaboration de toutes les lois, ayant la discrétion de refuser leurs sanctions; il lui est loisible de procéder aux nominations de tous les juges des cours supérieures à travers tout le territoire canadien et aucune modification de la Constitution ne peut avoir lieu sans une proclamation de sa part sous le grand sceau du Canada¹. Le gouverneur général représente la reine aux fins fédérales. Les lieutenants-gouverneurs accomplissent des tâches similaires au niveau provincial².

2. En réalité, ces pouvoirs n'appartiennent plus au gouverneur général. Par l'effet de conventions constitutionnelles, il est dans l'obligation de se conformer aux directives du gouvernement en fonction. La charge de gouverneur général est un poste honorifique dépourvu d'autorité et de pouvoir. La

1. Articles 9, 55 et 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. (1985), App. II, n° 5, ci-après la *Loi de 1867*; articles 38 et suiv. de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, L.R.C. (1985), App. II, n° 44, ci-après la *Loi de 1982*.

2. *R. c. Carroll*, [1950] R.C.S. 73, p. 79.

Cour suprême a affirmé en traitant de la reine, du gouverneur général et des lieutenants-gouverneurs :

[P]ar convention, ils ne peuvent de leur propre chef refuser de donner la sanction à aucun projet de loi pour quelque motif que ce soit, par exemple parce qu'ils désapprouvent la politique en cause³.

Selon un auteur, l'absence de pouvoir du gouverneur général constitue « some of the most important conventions of the Canadian constitution »⁴. Les auteurs de doctrine utilisent les expressions « purement protocolaire »⁵ et « symbolique et formelle »⁶ pour qualifier le rôle contemporain joué par le gouverneur général. Les mêmes conclusions s'appliquent à l'égard de la souveraine.

3. Cela dit, en présence de certaines circonstances exceptionnelles et extraordinaires, la doctrine et la jurisprudence reconnaissent à l'unanimité que le gouverneur général puisse agir de son propre chef. La reine, le gouverneur général et les lieutenants-gouverneurs sont les gardiens de la Constitution. Ils transcendent la politique partisane et demeurent en poste dans les moments de crises politiques les plus graves. Ils pourraient alors intervenir pour éviter que l'esprit ou la lettre de la loi suprême du pays ne soient violés⁷. Mais, comme le mentionnent les professeurs Brun et Tremblay, « en dehors de ces situations d'exception, tous les pouvoirs du souverain et de ses représentants sont passés, par l'effet des conventions constitutionnelles, aux gouvernements fédéral et provincial respectivement »⁸. La Cour suprême a mentionné en *obiter* que le gouverneur général pourrait intervenir en présence

3. *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, p. 881.

4. A. HEARD, *Canadian Constitutional Conventions, the Marriage of Law and Politics*, Toronto, Oxford University Press, 1991, p. 16-47, citation à la p. 16.

5. J. MONET, « La Couronne », dans M. TREMBLAY, M. R. PELLETIER (dir.), *Le système parlementaire canadien*, Ste-Foy, P.U.L., 1996, p. 143, à la p. 143.

6. H. BRUN, G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 363.

7. J. MONET, *loc. cit.*, note 5, p. 150; H. BRUN, G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 6, p. 363.

8. H. BRUN, G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 6, p. 369, citant *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, *supra*, note 3, p. 881-882.

d'un gouvernement défait qui refuserait de céder le pouvoir⁹. Le professeur Forsey¹⁰ aurait même « soutenu avec vigueur et érudition » l'existence de tels pouvoirs, pour reprendre l'expression utilisée par un collègue québécois¹¹. Néanmoins, un auteur mentionne avec raison que les circonstances dans lesquelles l'exercice personnel de pouvoirs par le gouverneur général pourrait être possible « remain controversial »¹².

4. Les conventions constitutionnelles sont appelées à jouer un rôle fondamental dans le fonctionnement de la fédération canadienne. Ces règles, bien que non incluses dans la Constitution formelle, constituent tout de même des sources importantes du droit constitutionnel canadien. Une convention constitutionnelle est « une règle élaborée empiriquement, par entente entre gouvernants ou politiciens, règle qui n'est pas sanctionnée par les tribunaux mais appliquée et respectée par les parties en raison d'un sentiment de nécessité politique »¹³. Parmi les exemples les plus connus de conventions, mis à part l'absence de pouvoir réel du gouverneur général, mentionnons le principe de la responsabilité ministérielle, le poste de premier ministre, dont la *Loi de 1867* ne traite pas, et la désuétude des pouvoirs de réserve et de désaveu des lois provinciales¹⁴.

5. Durant de nombreuses années, le poste de gouverneur général fut occupé par un aristocrate britannique. Les Canadiens virent une succession de vicomtes, de barons, de princes, de ducs, de généraux, de lords, dont le fameux Lord Stanley qui, sans le savoir à cette époque, donna au Canada un véritable trésor national. Depuis 1952, la fonction est exercée par un Canadien. Depuis ce jour, un Canadien anglais et un Canadien français se succèdent en alternance à

9. Renvoi : *Résolution pour modifier la Constitution*, supra, note 3, p. 882.

10. E. A. FORSEY, *The Royal Power of Dissolution of Parliament in the British Commonwealth*, Toronto, Oxford University Press, 1968; E. A. FORSEY, *Freedom and Order. Collected Essays*, Toronto, McClelland & Stewart, 1974.

11. L. MASSICOTTE, « Le pouvoir exécutif : la monarchie et le conseil des ministres », dans M. TREMBLAY, R. PELLETIER, M. R. PELLETIER (dir.), *Le parlementarisme canadien*, Ste-Foy, P.U.L., 2000, p. 265, à la p. 272.

12. A. HEARD, *op. cit.*, note 4, p. 19-20.

13. H. BRUN, G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 6, p. 44.

14. R. PELLETIER, « Constitution et fédéralisme », dans M. TREMBLAY, R. PELLETIER, M. R. PELLETIER (dir.), *op. cit.*, note 11, p. 47, à la p. 51.

ce poste. Selon un auteur, nous serions face à « une tradition bien ancrée »¹⁵. La question est légitime. Pouvons-nous prétendre que cette tradition d'alternance au poste de gouverneur général est maintenant élevée au statut de convention constitutionnelle?

6. Nous avons adopté un plan en deux parties pour répondre à cette question. Dans un premier temps, nous dégageons et analysons les caractéristiques fondamentales des conventions constitutionnelles, soit particulièrement les trois conditions nécessaires à leur existence : la présence de précédents, le sentiment d'obligation des acteurs et la présence d'une raison d'être (1). Dans un second temps, nous appliquons ces conditions d'existence au processus de nomination du gouverneur général du Canada, afin de déterminer si une telle convention d'alternance existe à son égard (2). Le principe est appliqué depuis 1952; la présence de précédents semble être non équivoque. Si les acteurs se sont effectivement sentis liés par cette règle, nous tenterons alors de définir la raison d'être du principe d'alternance, la dualité canadienne.

1. NATURE ET FONDEMENT DES CONVENTIONS CONSTITUTIONNELLES EN DROIT CANADIEN

7. Nous débutons par l'analyse de l'autorité (1.1) et de la nature (1.2) des conventions constitutionnelles dans l'ordre juridique canadien. Par la suite, nous examinons les conditions d'existence des conventions constitutionnelles telles que formulées par la Cour suprême dans deux importants renvois (1.3).

1.1 L'AUTORITÉ DES CONVENTIONS CONSTITUTIONNELLES

8. La Constitution du Canada n'est pas entièrement codifiée. En plus d'une partie écrite, soit entre autres la *Loi de 1867*, la *Loi de 1982* et les textes en annexe visés à l'article 52 (2) de cette dernière loi, elle comporte une partie non écrite.

15. L. MASSICOTTE, *loc. cit.*, note 11, p. 270.

Les principes sous-jacents et les conventions constitutionnelles forment l'essentiel de cette partie virtuelle. Ces règles écrites et non écrites forment la Constitution du Canada, c'est-à-dire l'ensemble des règles relatives à l'organisation et au fonctionnement de l'État. Le vocable « droit constitutionnel » est aussi utilisé pour désigner la même réalité. Contrairement aux autres sources du droit constitutionnel mentionnées, la violation d'une convention constitutionnelle n'est pas illégale. Elle est plutôt inconstitutionnelle au sens conventionnel. Les tribunaux sont habilités à statuer à propos de leur existence mais ne peuvent assurer leur sanction. La réprimande se fera plutôt au niveau politique¹⁶.

9. Au début des années 1980, le gouvernement libéral de Pierre Elliott Trudeau a livré un duel aux provinces dans le cadre de son projet de rapatriement et de modification de la Constitution canadienne. À cette occasion, la Cour suprême s'est prononcée à deux reprises à propos des conventions constitutionnelles. La première fois, en 1981, à la suite d'un renvoi initié par le gouvernement central, la Cour suprême a reconnu l'existence d'une convention obligeant le gouvernement fédéral à obtenir un degré appréciable de consentement provincial pour aller de l'avant avec le projet de rapatriement¹⁷. Le gouvernement de M. Trudeau a obtenu l'accord de toutes les provinces, à l'exception du Québec, lors de la célèbre « nuit des longs couteaux » du 4 novembre 1981. M. Trudeau a par la suite procédé au rapatriement de la Constitution, qui était jusqu'alors une loi britannique, sans l'accord des autorités québécoises.

10. Le Québec, après s'être adressé à sa Cour d'appel, est retourné devant la Cour suprême en 1982. La province a demandé à la Cour suprême s'il existait une convention qui lui garantissait un droit de veto sur les modifications constitutionnelles qui ont un effet sur son pouvoir législatif. Par la même occasion, le Québec a demandé si son objection rendait le processus du rapatriement inconstitutionnel au sens

16. R. PELLETIER, *loc. cit.*, note 14, p. 49-52.

17. Renvoi : *Résolution pour modifier la Constitution*, *supra*, note 3, p. 759, 905 et 909.

conventionnel. La Cour suprême a répondu par la négative et a rejeté les prétentions du Québec¹⁸.

11. Les professeurs Brun et Tremblay rappellent que ces deux décisions sont innovatrices. La Cour suprême a analysé à fond un domaine qui était jusqu'alors réservé à la doctrine. Les auteurs mentionnent qu'«il est impossible de traiter des conventions constitutionnelles sans donner une place privilégiée aux opinions qu'a émises la Cour dans ces deux affaires»¹⁹. La Cour suprême a puisé en Angleterre auprès du célèbre professeur W. I. Jennings les conditions à remplir pour être en présence d'une convention constitutionnelle :

We have to ask ourselves three questions : first, what are precedents; secondly, did the actors in the precedents believe that they were bound by a rule; and thirdly, is there a reason for the rule?²⁰

À première vue, la Cour suprême semble se référer sans réserve à cet auteur. Néanmoins, nous verrons sous peu que la Cour, principalement dans le second renvoi, a modifié le « test de Jennings ». Elle a cependant su préserver la nature des conventions constitutionnelles.

1.2 LA NATURE D'UNE CONVENTION CONSTITUTIONNELLE

12. Avant d'examiner les conditions d'existence des conventions constitutionnelles, nous devons vérifier si la règle de l'alternance au poste de gouverneur général est de la nature des autres conventions reconnues en droit constitutionnel canadien.

13. Le professeur R. Pelletier énonce une constante qui semble se dégager de la plupart des conventions constitutionnelles. Un bon nombre de celles-ci concernent l'exécutif, en particulier le rôle du gouverneur général, celui de son conseil ou de son Cabinet, celui du premier ministre, de même que

18. *Renvoi : Opposition à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793.

19. H. BRUN, G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 6, p. 43.

20. W. I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, 5e éd., London, University of London Press, 1959, p. 136, cité dans *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, *supra*, note 3, p. 888.

les relations entre l'exécutif et le législatif sous l'angle surtout du gouvernement responsable²¹. Cette observation s'applique à la plupart des conventions énumérées dans l'introduction de cette étude.

14. De par leur nature, nous ne pouvons énumérer une liste exhaustive des conventions constitutionnelles applicables au Canada. La constante dégagée par le professeur R. Pelletier, bien que réelle, ne peut servir à exclure une règle qui n'y correspondrait pas. Bon nombre de conventions reconnues ne répondent pas à cette réalité. La Cour suprême, dans le premier renvoi²², semble avoir décrit assez largement la nature des conventions constitutionnelles. Elle n'a pas vraiment donné d'indications précises à propos du caractère ou du type de règles susceptibles d'acquérir une telle autorité. C'est l'application des conditions d'existence d'une convention qui permettra de tirer une conclusion à cet égard. Au surplus, en ce qui nous concerne, le gouverneur général fait partie intégrante de l'exécutif fédéral. Plusieurs conventions constitutionnelles se rapportent à lui. Le processus entourant sa nomination pourrait légitimement constituer une convention.

15. Les conventions constitutionnelles empruntent trois modèles différents par rapport au droit strict : elles peuvent aller directement à l'encontre, ce qui inclut la Constitution formelle; elles peuvent y ajouter en le précisant ou en préparant son avènement; ou encore elles peuvent agir indépendamment de celui-ci²³. La règle de l'alternance au poste de gouverneur général se rattacherait clairement à cette troisième catégorie.

16. Néanmoins, la règle de l'alternance pourrait-elle tout simplement constituer un usage, « lesquels constituent une pratique qui est régulièrement suivie parce qu'elle est jugée opportune mais n'est pas considérée comme obligatoire »²⁴?

21. R. PELLETIER, *loc. cit.*, note 14, p. 51, citant A. HEARD, *op. cit.*, note 4.

22. *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, *supra*, note 3, p. 876-884.

23. H. BRUN, G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 6, p. 49.

24. J. WOEHLING, « La Cour suprême et les conventions constitutionnelles : les renvois relatifs au "rapatriement" de la Constitution canadienne », (1983-84) 14 *R.D.U.S.* 391, p. 404. Dans le même sens, voir Y. DE MONTIGNY, « Preuve d'une convention constitutionnelle devant les tribunaux — Modification de l'Acte de l'Amérique du Nord — Rôle du Québec », (1983) 43 *R. du B.* 1133, p. 1147.

Le professeur Hogg cite à titre d'exemple d'usage le poste de juge en chef de la Cour suprême, habituellement octroyé au plus ancien des juges puînés de la Cour²⁵. L'analogie avec la nomination du gouverneur général serait légitime. Toutefois, comme le rappelle la Cour suprême dans le premier renvoi : « il est concevable que l'usage et la pratique puissent donner naissance à des conventions »²⁶. Le professeur Whoerling ajoute aussi :

Concrètement cependant, il est souvent difficile de distinguer entre les deux : avec le passage du temps et la répétition des précédents, de simples usages finissent souvent par être considérés comme s'imposant de façon obligatoire et se transformant donc en conventions.²⁷

17. La littérature est unanime : c'est le deuxième critère du « test de Jennings », soit le fait que les acteurs se sentent liés par la règle, qui permet de faire la différence entre les simples usages et les conventions²⁸. Nous analysons plus en détail ce sujet ultérieurement, mais l'usage de la nomination au poste de juge en chef de la Cour suprême pourrait difficilement être élevé au statut de convention constitutionnelle. Le principe fut en effet écarté à plusieurs reprises. Le sentiment d'obligation ferait donc défaut²⁹. La règle de l'alternance, quant à elle, s'applique toujours au gouverneur général et elle ne fut jamais écartée depuis son instauration.

18. La raison d'être de la règle est aussi importante pour déterminer l'existence d'une convention constitutionnelle. Le respect de l'ancienneté est une valeur intéressante à la Cour suprême. Néanmoins, cette raison d'être ne revêt pas la même importance que la représentation au sein du pouvoir exécutif des deux cultures majoritaires du pays. Selon le professeur Woehrling, des conventions constitutionnelles visant

25. P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, student ed., Toronto, Carswell, 2001, p. 22.

26. Renvoi : *Résolution pour modifier la Constitution*, supra, note 3, p. 879.

27. J. WOEHLING, loc. cit., note 24, p. 404.

28. Renvoi : *Opposition à une résolution pour modifier la Constitution*, supra, note 18, p. 343. Voir également Y. DE MONTIGNY, loc. cit., note 24, p. 1147; J. WOEHLING, loc. cit., note 24, p. 404.

29. P. W. HOGG, op. cit., note 25, p. 22.

à assurer la représentation des différentes régions du pays au sein des organes de l'État central pourraient exister³⁰. Le professeur donne à titre d'illustration la représentation au Cabinet fédéral. Si ce fait est suffisant pour créer une convention constitutionnelle, la représentation des deux cultures majoritaires est certainement aussi importante. Ainsi, alors que l'usage de la nomination au poste de juge en chef de la Cour suprême ne semble pas être de la nature d'une convention constitutionnelle, la règle de l'alternance entre un francophone et un anglophone au poste de gouverneur général peut se rattacher à d'autres conventions existantes.

19. La tradition voulant que, en plus des trois juges civilistes québécois prévus législativement³¹, trois juges de l'Ontario, deux de l'Ouest et un de l'Atlantique soient présents à la Cour suprême pourrait également être de la nature d'une convention constitutionnelle. Le professeur Hogg dénonce tout de même de légères violations à cette règle, qui furent néanmoins rapidement réparées. Le professeur affirme dans un premier temps que nous sommes face à un usage, mais il mentionne à un autre endroit de son ouvrage qu'une convention est présente³²! Il n'en fait pas état, mais le fait que la tradition ait été impunément violée par les acteurs a sûrement milité pour sa première classification en tant que simple usage. Le respect de la règle de l'alternance au poste de gouverneur général peut laisser présager que la tradition n'est pas qu'opportune mais bien obligatoire.

20. Comme le gouverneur général n'a en principe aucun pouvoir réel, certains pourraient prétendre qu'assurer la représentation à cette fonction des deux cultures majoritaires du pays est sans objet. Le gouverneur général n'est pas dépourvu de tout pouvoir. Dans certaines situations extraordinaires mentionnées précédemment et qui se sont déjà présentées au

30. J. WOEHRLING, *loc. cit.*, note 24, p. 409, citant P. RUSSELL, « The Supreme Court Decision : Bold Statescraft Based on Questionable Jurisprudence », dans P. RUSSELL et al., *The Court and the Constitution : Comments on the Supreme Court Reference on Constitutional Amendment*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, 1982, p. 12.

31. *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), c. S-26, articles 4 et 6.

32. P. W. HOGG, *op. cit.*, note 25, p. 22 et 244.

Canada³³, le gouverneur général peut être appelé à exercer des pouvoirs importants. Les décisions prises dans ces contextes doivent refléter la vision des deux cultures majoritaires du pays. Dans la même optique, le premier ministre rencontre régulièrement le gouverneur général pour discuter des grandes questions du jour. Selon le professeur Monet, ce dernier bénéficierait alors d'une influence certaine :

[L]es premiers ministres tiennent largement compte de l'approbation et des avertissements du chef de l'État. [...] Ils [différents documents] témoignent tous de l'inappréciable influence sur les politiciens d'une personne dégagée des luttes partisans et ainsi mieux autorisée à les conseiller objectivement [...].³⁴

21. Lorsque Jules Léger était gouverneur général, de 1974 à 1979, il communiquait en français avec la reine. Ce geste contribua certainement à rappeler aux autorités britanniques la présence au Canada d'une population dont la langue usuelle n'est pas l'anglais et dont la culture est différente de la leur. M. Léger fait état du « souci » de la reine de « s'adapter à la réalité canadienne »³⁵. De même, Jeanne Sauvé, qui fut gouverneure générale de 1984 à 1990, écrivait à la reine en français. Sa majesté lui répondait en anglais³⁶.

22. La tradition de l'alternance entre un francophone et un anglophone au poste de gouverneur général semble être de la nature d'une convention constitutionnelle. Nous pouvons investiguer davantage, ce que nous ferons immédiatement en définissant et en analysant en détail les conditions d'existence propres à ce type de règle.

33. Même si c'est exceptionnel, de tels précédents, impliquant quelquefois des lieutenants gouverneurs, sont rapportés dans J. MONET, *La monarchie au Canada*, Ottawa, Ministre des approvisionnements et Services Canada, 1979, p. 55 et 60; J. LÉGER, *Jules Léger, textes et réflexions sur le Canada*, Montréal, La Presse, 1982, p. 199-201; P. RUSSELL, *loc. cit.*, note 30, p. 9; L. MASSICOTTE, *loc. cit.*, note 11, p. 273.

34. J. MONET, *loc. cit.*, note 5, p. 151.

35. J. LÉGER, *op. cit.*, note 33, p. 213-215.

36. S. E. WOODS, *Une femme au sommet — son Excellence Jeanne Sauvé*, Montréal, Éditions de l'Homme, 1986, p. 227.

1.3 LES CONDITIONS D'EXISTENCE DES CONVENTIONS CONSTITUTIONNELLES

23. Nous analysons, l'une après l'autre, les trois conditions d'existence des conventions constitutionnelles, telles que formulées dans le célèbre « test de Jennings », test que la Cour suprême a repris dans les deux renvois relatifs au rapatriement de la Constitution en 1981-1982 (1.3.1, 1.3.2 et 1.3.3).

1.3.1 La présence de précédents

24. La présence de précédents est la première des conditions émises par le professeur Jennings pour démontrer l'existence d'une convention constitutionnelle. La Cour suprême semble réellement adopter la doctrine du professeur anglais. Les conclusions de la Cour à propos de cette condition furent bien accueillies par la doctrine. Nous n'avons pas décelé de controverse. D'ailleurs, la Cour a peu élaboré à propos des précédents au niveau théorique. Dans les deux renvois, elle a repris la classique citation du professeur Jennings³⁷:

A single precedent with a good reason may be enough to establish the rule. A whole string of precedents without such a reason will be of no avail, unless it is perfectly certain that the persons concerned regarded them as bound by it.³⁸

25. La majorité des conventions se dégage d'une accumulation de précédents³⁹. Mais, la Cour laisse clairement entendre qu'une seule manifestation pourrait suffire⁴⁰. Les professeurs Brun et Tremblay mentionnent qu'exiger des précédents « peut paraître exagéré » et « que rien n'empêche qu'une entente ferme se crée d'un seul coup, dans un contexte politique particulier »⁴¹. Le fait d'avoir soumis le projet de

37. *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, *supra*, note 3, p. 888 et *Renvoi : Opposition à une résolution pour modifier la Constitution*, *supra*, note 18, p. 815.

38. W. I. JENNING, *op. cit.*, note 20, p. 136.

39. J. WOEHLING, *loc. cit.*, note 24, p. 401.

40. *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, *supra*, note 3, p. 888 et *Renvoi : Opposition à une résolution pour modifier la Constitution*, *supra*, note 18, p. 815-816.

41. H. BRUN, G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 6, p. 44.

réforme constitutionnelle de Charlottetown à un référendum pancanadien « pourrait contribuer à faire naître une convention constitutionnelle : l'approbation préalable de l'électorat serait alors requise pour opérer des changements substantiels à la Constitution du pays »⁴². Tout futur gouvernement se « sentira obligé » de tenir un référendum avant d'opérer un amendement à la Constitution canadienne. Le professeur Woehrling donne à titre d'exemple de conventions avec un unique précédent celles établies entre les gouvernements des anciennes colonies et celui du Royaume-Uni à l'occasion des conférences impériales de 1926 et de 1930. Ces conférences portaient sur « l'accession des dominions à l'autonomie constitutionnelle et à la souveraineté internationale dans le cadre du Commonwealth »⁴³. Les relations entre le Canada et l'ancienne métropole sont également régies par des conventions constitutionnelles.

26. Pour conclure, comme le rappelle la Cour suprême, « l'accumulation de ces précédents, positifs et négatifs⁴⁴, concordants et sans exception, ne suffit pas en soi à établir l'existence de la convention »⁴⁵. Les deux autres conditions d'existence doivent également être présentes. Dans le second renvoi, les procureurs du Québec avaient formulé une argumentation selon laquelle la deuxième condition puisse être non nécessaire en présence de précédents et d'une raison d'être importante. La Cour a explicitement rejeté cette idée⁴⁶. Néanmoins, elle a peut-être donné une trop grande importance à cette deuxième condition.

1.3.2 L'obligation des acteurs

27. Lors du second renvoi relatif au rapatriement, la Cour suprême a altéré le deuxième critère du « test de Jennings ». Elle n'avait pas vraiment traité de cette condition dans une

42. *Id.*, p. 251.

43. J. WOEHRLING, *loc. cit.*, note 24, p. 401.

44. L'absence de précédents contraires à la convention alléguée est pertinente pour déterminer l'existence d'une convention constitutionnelle.

45. *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, *supra*, note 3, p. 894.

46. *Renvoi : Opposition à une résolution pour modifier la Constitution*, *supra*, note 18, p. 815-816. Commenté par Y. DE MONTIGNY, *loc. cit.*, note 24, p. 1145-1146.

perspective théorique dans le premier renvoi⁴⁷. Selon le plus haut tribunal canadien, la deuxième condition d'existence des conventions constitutionnelles, le sentiment d'obligation des acteurs vis-à-vis la règle impliquée, « n'est pas seulement un élément essentiel des conventions. C'est, à notre avis, l'élément normatif et donc, le plus important, l'élément formel qui permet de faire avec certitude la distinction entre une règle constitutionnelle et une règle de convenance ou une ligne de conduite jugée opportune sur le plan politique »⁴⁸.

28. Cet énoncé rejetait l'argument des procureurs québécois qui avaient plaidé que la condition médiane du « test de Jennings » puisse en certaines occasions être non nécessaire. La Cour enchaîne ensuite avec le degré de preuve requis pour que ce critère soit rempli. Étant probablement la doctrine la moins critique à propos de ce sujet, même si nous pouvons déceler un certain désaccord envers l'opinion de la Cour, les professeurs Brun et Tremblay effectuent une bonne synthèse des paroles alors prononcées par le plus haut tribunal canadien :

Elle a dit que la reconnaissance des acteurs **devait être exprimée d'une manière quelconque et non pas être restée purement tacite. Pareille exigence ne se retrouve pas chez Jennings**. Si l'adhésion des acteurs à la convention constitutionnelle ne doit pas rester « entièrement inexprimée », du moins peut-elle être orale ou écrite.⁴⁹ (le caractère gras est de nous)

29. Les deux constitutionnalistes laissent clairement entendre que la Cour a exigé davantage que Jennings. Le savant professeur anglais était pourtant clair à ce sujet : « [c]onvention implies some form of agreement, whether expressed or implied »⁵⁰. Selon ces propos, un accord tacite peut être suffisant pour former une convention constitutionnelle. La Cour rejette cette idée car « une convention ne peut

47. Renvoi : *Résolution pour modifier la Constitution*, *supra*, note 3, p. 898-905.

48. Renvoi : *Opposition à une résolution pour modifier la Constitution*, *supra*, note 18, p. 816.

49. H. BRUN, G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 6, p. 45.

50. W. I. JENNINGS, *op. cit.*, note 20, p. 81.

demeurer entièrement inexprimée, sauf peut-être à l'étape de sa gestation avant qu'elle ne soit acceptée comme une règle obligatoire »⁵¹.

30. Avec égards, nous sommes en désaccord avec ces propos. Le professeur Woehrling partage aussi notre opinion. Il compare les conventions constitutionnelles aux coutumes internationales. Ces dernières se contentent d'accords tacites et créent des obligations juridiques⁵². Le professeur De Montigny a lui aussi une opinion contraire à celle exprimée par le plus haut tribunal canadien :

[E]n forçant de la sorte la partie qui veut prouver l'existence d'une convention à démontrer, non seulement que les acteurs se sentent liés par les précédents, mais encore qu'ils admettent expressément ce sentiment d'obligation, **la Cour ajoute effectivement aux critères de Jennings** qu'elle disait pourtant appliquer. Si le célèbre auteur spécifie à plusieurs reprises que les acteurs doivent se sentir soumis à une obligation pour que l'on soit en présence d'une convention, **jamais il n'écrit ou même ne sous-entend que cette reconnaissance doit être formulée expressément**.⁵³ (le caractère gras est de nous)

31. L'auteur énonce par la suite la raison pour laquelle la Cour suprême a selon lui commis une erreur en formulant un critère aussi rigide :

[I]l est permis de se demander combien de ces conventions constitutionnelles aujourd'hui unanimement consacrées pourraient satisfaire à cette nouvelle exigence posée par la Cour suprême. Quand le gouverneur général a-t-il reconnu explicitement qu'il se devait d'exercer tous ses pouvoirs exécutifs sur l'avis du Cabinet?⁵⁴

Personnellement, nous avons déjà assisté à la conférence d'un lieutenant-gouverneur québécois qui affirmait exactement le contraire. Selon ses dires, il était le chef suprême du Québec, le patron du premier ministre.

51. Renvoi : *Opposition à une résolution pour modifier la Constitution*, supra, note 18, p. 817.

52. J. WOEHRLING, *loc. cit.*, note 24, p. 407.

53. Y. DE MONTIGNY, *loc. cit.*, note 24, p. 1148.

54. *Ibid.*

32. Le professeur Hogg tient des propos semblables. Il commente de la façon suivante la décision prise par la Cour d'exiger une certaine forme d'expression :

This point seems dubious. There is undoubtedly a convention that the Queen or Governor General or Lieutenant Governor will not withhold the royal assent from bills which have been passed by the appropriate legislative chambers, but I am not aware that any Queen or King or Governor General or Lieutenant Governor has ever explicitly acknowledged the obligation. The convention is well understood although tacit.⁵⁵

33. Qu'est-ce qui explique que la Cour suprême ait été si exigeante face au deuxième critère? Dans un commentaire écrit entre les deux renvois, R. Décary émet une hypothèse intéressante :

La nouvelle démarche québécoise, qui vise à faire reconnaître le veto du Québec, impose un nouveau défi à la Cour suprême; après s'être portée, majoritairement et avec un cran remarquable, à la défense du principe fédéral, voilà qu'on lui demande de se porter à la défense d'une dualité qu'elle-même a du mal à refléter et de dire aux Québécois si oui ou non, la Constitution et les tribunaux sont là pour les protéger et faire respecter, à leur égard, l'esprit, sinon les termes de l'entente de 1867. Le défi est de taille. La tentation de la Cour pourrait être grande, de se dérober cette fois, au motif que l'existence d'un veto conventionnel est devenue une question académique⁵⁶. Il faut espérer qu'elle ne succombe pas à cette tentation : si elle y succombe, elle aura perdu, aux yeux des Québécois, cette image, qu'elle vient de se donner, de défenseur du principe fédéral — lequel comprend, au Québec, la reconnaissance de la dualité et de son corollaire, le veto québécois.⁵⁷

34. Le professeur Woehrling semble avoir trouvé la réponse à notre interrogation. Il a écrit un commentaire à la suite du second renvoi. Il mentionne alors, en traitant de la raison

55. P. W. HOGG, *op. cit.*, note 25, p. 24.

56. La Cour n'a pas retenu le motif de la question académique : *Renvoi : Opposition à une résolution pour modifier la Constitution*, *supra*, note 18, p. 806.

57. R. DÉCARY, « Le pouvoir judiciaire face au jeu politique », dans P. RUSSELL *et al.*, *op. cit.*, note 30, p. 33, aux p. 40-41.

d'être du droit de veto hypothétique du Québec, de la dualité canadienne :

[L]a Cour suprême n'a pas eu à approfondir ce point, étant donné qu'elle estimait par ailleurs que le Québec n'avait pas réussi à faire la preuve de l'acceptation des acteurs et que la carence de l'élément intentionnel suffisait à faire rejeter sa thèse. Gageons que les juges ont été soulagés de ne pas avoir à traiter de la question du « dualisme » dont les implications politiques sont évidentes et qui possède au Québec un caractère explosif.⁵⁸

35. La Cour suprême ne voulait pas s'aventurer sur le terrain glissant et explosif de la dualité canadienne. Elle aurait vraisemblablement été tenue de reconnaître son existence. Nous sommes face à une évidence historique. La Cour a donc accru les exigences pour satisfaire au second critère. Même le professeur Hogg est d'avis que la Cour aurait pu trouver dans le principe de la dualité une raison d'être à une règle requérant l'accord du Québec face à une modification constitutionnelle affectant ses pouvoirs :

With respect to the precedents, it was clear that Quebec's consent had always been required in the past. With respect to the reason for the practice, it could be found in a principle of "duality," which implied special protection of the powers of the only predominantly French-speaking province. But the Supreme Court of Canada concentrated its attention on the beliefs of the actors [...].⁵⁹

36. La Cour est encore hésitante à traiter de cette question de la dualité. Dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*, elle a soigneusement su éviter de qualifier les Québécois de « peuple ». Elle mentionne qu'elle n'avait pas à trancher cette question⁶⁰, alors que la procureure générale du Canada l'avait admis dans sa plaidoirie⁶¹.

58. J. WOEHRLING, *loc. cit.*, note 24, p. 411.

59. P. W. HOGG, *op. cit.*, note 25, p. 24.

60. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 125.

61. W. J. NEWMAN, *Le Renvoi relatif à la sécession du Québec : la primauté du droit et la position du procureur général du Canada*, Toronto, Université York, 1999, p. 67.

37. Nous croyons que la Cour a exigé la preuve d'une quelconque expression de la part des acteurs selon laquelle ils étaient liés par la règle, par crainte d'avoir à statuer à propos de la dualité canadienne. Nous ne sommes pas face à une conviction juridique. La Cour pourrait probablement revenir dans le futur à un critère assoupli face à une convention constitutionnelle n'impliquant pas la dualité. Comme nous l'avons déjà mentionné, la plupart des conventions constitutionnelles reconnues en droit canadien ne satisfont pas le critère émis par la Cour. Nous pouvons légitimement prétendre que le sentiment d'obligation des acteurs vis-à-vis la règle impliquée peut être prouvé par inférence implicite. Nous adoptons l'opinion du professeur Jennings.

38. Le fait que les acteurs se soient sentis liés par la règle n'est toutefois pas suffisant pour conclure à la formation d'une convention constitutionnelle. Nous devons aussi démontrer la troisième condition d'existence, soit que cette règle possède une raison d'être.

1.3.3 La présence d'une raison d'être

39. Comme le rappelle la Cour suprême, « 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 »⁶². Ce sont ces valeurs qui constituent les raisons d'être des conventions.

40. En s'inspirant du professeur Woehrling⁶³ et de la Cour suprême dans le premier renvoi⁶⁴, nous pouvons distinguer trois grandes catégories de conventions présentes au Canada, chacune articulée autour d'une raison d'être différente. La première catégorie comprend les conventions constitutionnelles qui gravitent autour du principe démocratique. Nous pouvons rattacher à ce principe les conventions se rapportant à la responsabilité ministérielle, au choix du premier ministre et du Cabinet, à la dissolution du Parlement, aux pouvoirs du gouverneur général, à la sanction des projets de

62. *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, *supra*, note 3, p. 880.

63. J. WOEHRLING, *loc. cit.*, note 24, p. 408.

64. *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, *supra*, note 3, p. 879-880, aux p. 905 et suiv.

loi. La seconde catégorie regroupe les conventions qui régissent les rapports entre le Royaume-Uni et ses ex-colonies. La raison d'être de ces conventions, dont plusieurs furent codifiées par le *Statut de Westminster de 1931*⁶⁵, est l'autonomie et l'égalité des dominions vis-à-vis la métropole. Enfin, la troisième catégorie de conventions est celle propre au fédéralisme canadien. La raison d'être de ces conventions est d'assurer un meilleur équilibre entre les pouvoirs d'Ottawa et ceux des provinces. Des dispositions incompatibles avec un fédéralisme authentique, telles que les pouvoirs de réserve et de désaveu, furent donc écartées. Ces conventions ont aussi permis une meilleure harmonisation de l'exercice des compétences de l'État central et des entités fédérées. Le meilleur exemple est la tenue de conférences fédérales-provinciales, à laquelle la Cour suprême réfère elle-même⁶⁶. Le professeur Woehrling inclut dans cette troisième catégorie de conventions la représentation des diverses régions du pays au sein de l'État central⁶⁷. Nous avons déjà mentionné que la règle de l'alternance au poste de gouverneur général, dont la raison d'être est la dualité canadienne, se rapproche clairement de cette catégorie. Le fédéralisme est d'ailleurs un principe qui vise à concilier l'unité et la diversité :

Il se fonde sur l'utilité et la validité présumées d'allier l'unité et la diversité et de tenir compte d'identités distinctes au sein d'une union politique plus grande, ainsi que de protéger et de promouvoir celles-ci.⁶⁸

41. La diversité première au sein de la fédération canadienne s'incarne dans le principe de la dualité culturelle. Les propos reproduits se rapportent clairement à la situation qui prévaut au Canada. Les deux cultures majoritaires se doivent d'être protégées. Ce principe de la dualité canadienne est au cœur de la tradition d'alternance au poste de gouverneur général entre un francophone et un anglophone.

65. L.R.C. (1985), App. II, no 27, ci-après le *Statut de Westminster*.

66. Renvoi : *Résolution pour modifier la Constitution*, *supra*, note 3, p. 879.

67. J. WOEHRLING, *loc. cit.*, note 24, p. 409.

68. R. WATTS, *Comparaison des régimes fédéraux des années 1990*, Kingston, Institut des relations intergouvernementales, Université Queens, 1998, p. 7.

2. LA DUALITÉ CANADIENNE AU CŒUR DE L'ALTERNANCE

42. Les conditions d'existence des conventions constitutionnelles en droit canadien sont maintenant connues. Nous pouvons à présent les appliquer au processus de nomination du gouverneur général. Chacune des conditions fera l'objet d'une section distincte (2.1, 2.2 et 2.3).

43. La procédure de nomination du représentant de la reine au Canada n'a pas toujours adopté la forme actuelle. Celle-ci a évolué « au même rythme que la prise de conscience par les Canadiens de leur identité comme peuple indépendant »⁶⁹. En 1916, Londres nomma le nouveau gouverneur général sans consulter les autorités canadiennes. En réponse à la protestation émise par le premier ministre, celui-ci fut par la suite toujours consulté lors de la désignation d'un nouveau gouverneur général. En 1931, à la suite du *Statut de Westminster*, l'initiative de la nomination fut prise par le Canada. Le premier ministre transmet alors plusieurs noms au roi Georges V. Sa Majesté indiqua celui qu'il préférait et le premier ministre lui fit une recommandation officielle. L'étape suivante fut franchie en 1952. Le premier ministre du Canada, non sans d'abord s'assurer du bon plaisir du roi Georges VI, recommanda un seul nom, le premier canadien à occuper le poste, Vincent Massey. Aujourd'hui, la sélection du gouverneur général est clairement un « choix personnel » qui appartient au premier ministre du Canada⁷⁰. Nous croyons même qu'une convention constitutionnelle s'est formée. Le premier ministre est le principal acteur impliqué dans le processus de nomination. Ce sont ses décisions qui créeront les précédents nécessaires à ce que la première condition du « test de Jennings » soit remplie.

2.1 UNE PRÉSENCE NON ÉQUIVOQUE DE PRÉCÉDENTS

44. La présence de précédents est probablement la moins controversée des conditions émises par le professeur Jennings. Étant essentiellement des faits matériels qui se vérifient aisément, la preuve de leur présence est facilitée.

69. J. MONET, *loc. cit.*, note 5, p. 147.

70. L. MASSICOTTE, *loc. cit.*, note 11, p. 270.

Comme le démontre le tableau des gouverneurs généraux qui clôture cette sous-section, la règle de l'alternance est pratiquée depuis l'accession à ce poste du premier francophone, le général Georges Vanier, nommé en 1959. Le général est né à Montréal en 1888. Il a grandi dans un environnement imprégné de la culture anglophone. Néanmoins, le général fut toujours considéré comme étant un Québécois et un francophone⁷¹. Cette nomination est le premier précédent. La première manifestation d'alternance a débuté à cet instant. Nous ne considérons pas la sélection de Vincent Massey en 1952 comme étant un précédent. Ce dernier est néanmoins membre de la tradition d'alternance en tant que premier Canadien anglais. Le général Vanier se doit d'avoir succédé à un anglophone pour former un principe d'alternance.

45. À la suite de la retraite du général, les huit successeurs furent choisis au sein des deux groupes culturels majoritaires du Canada, les anglophones et les francophones, en respectant le principe de rotation. Nous sommes incontestablement en présence de neuf précédents. Ces faits semblent suffisants pour respecter le critère énoncé par la Cour suprême, qui mentionne qu'une convention pourrait en certaines circonstances se contenter d'un seul précédent.

46. Les deux derniers gouverneurs généraux ne sont pas nés au Canada. Adrienne Clarkson, qui fut gouverneure générale de 1999 à 2005, est née à Hong Kong. Elle a cependant adopté la culture canadienne anglaise et elle est considérée membre de ce groupe linguistique⁷². De son côté, Michaëlle Jean, l'actuelle gouverneure générale, est née à Port-au-Prince en Haïti. Elle a clairement adopté la culture francophone et même québécoise, même si elle parle couramment cinq langues.

47. Antérieurement à 1984, nous aurions légitimement pu prétendre que la règle se restreignait à l'alternance entre un Canadien anglais et un Québécois. Les deux francophones à avoir occupé le poste, le général Vanier et Jules Léger, étaient originaires de la province de Québec. Ce dernier est né en

71. R. SPEAIGHT, *Georges P. Vanier — Soldat, diplomate et gouverneur général*, Montréal, Fides, 1972, p. 14 et 390.

72. V. MARISSAL, « Des nominations capitales pour le renom de Chrétien », dans *La Presse*, Montréal, 24 août 1999, p. B-1.

1913 dans le petit village de Saint-Anicet, situé près de Valleyfield⁷³. Toutefois, la nomination d'une francophone de la Saskatchewan, Jeanne Sauvé, et d'un Acadien francophone du Nouveau-Brunswick, Roméo LeBlanc, nous oblige à parler d'alternance entre un Canadien anglophone et un Canadien francophone⁷⁴. La nomination de francophones ne provenant pas uniquement du Québec est d'ailleurs plus respectueuse du volet fédéral de la dualité canadienne qui est ici en cause. Néanmoins, M^{me} Sauvé, même si elle est née en Saskatchewan, était considérée comme une Québécoise par les acteurs politiques.

48. La simple présence de précédents ne suffit pas à former une convention constitutionnelle. En plus de l'existence d'une raison d'être, question dont nous traitons ultérieurement, nous devons à présent déterminer si les divers premiers ministres ont respecté le principe de l'alternance entre un francophone et un anglophone au poste de gouverneur général par simple opportunité politique ou s'ils ont ressenti un véritable sentiment d'obligation.

Les gouverneurs généraux du Canada
depuis l'union fédérale de 1867

le vicomte Monck	1867-1868	le baron Tweedsmuir	1935-1940
le baron Lisgar	1868-1872	le comte d'Athlone	1940-1946
le comte de Dufferin	1872-1878	le maréchal Vicomte Alexander de Tunis	1946-1952
le marquis de Lorne	1878-1883	<i>Charles Vincent Massey</i>	<i>1952-1959</i>
le marquis de Lansdowne	1883-1888	le général Georges Philéas Vanier	1959-1967
le baron Stanley de Preston	1888-1893	<i>Daniel Roland Michener</i>	<i>1968-1974</i>
le comte d'Aberdeen	1893-1898	Jules Léger	1974-1979
le comte de Minto	1898-1904	<i>Edward Richard Schreyer</i>	<i>1979-1984</i>
le comte Grey	1904-1911	Jeanne Benoît Sauvé	1984-1990
le prince Arthur	1911-1916	<i>Ramon John Hnatyshyn</i>	<i>1990-1995</i>
le duc de Devonshire	1916-1921	Roméo LeBlanc	1995-1999
le général baron Byng de Vimy	1921-1926	<i>Adrienne Clarkson</i>	<i>1999-2005</i>

73. J. LÉGER, *op. cit.*, note 33, p. 25.

74. J. A. LAMARCHE, *Les 65 gouverneurs généraux du Canada*, coll. Célébrités, Montréal, Lidec, 1999, p. 58-60.

Les gouverneurs généraux du Canada depuis l'union fédérale de 1867 (suite)

le vicomte Willingdon	1926-1931	Michaëlle Jean	2005-
le comte de Bessborough	1931-1935	<i>Un Canadien anglais...</i>	

Légende : Origine britannique

Origine canadienne anglaise

Origine canadienne française

2.2 LES ACTEURS SE SONT-ILS SENTIS LIÉS?

49. En accord avec la doctrine québécoise, canadienne-anglaise et britannique, nous croyons qu'une preuve tacite ou implicite est suffisante pour remplir la seconde condition du « test de Jennings ». L'exigence formulée par la Cour suprême d'une quelconque forme d'expression ou de reconnaissance explicite de la part des acteurs est à notre avis non nécessaire et problématique. Le professeur De Montigny soulève que la recherche de ces déclarations n'est pas sans causer des difficultés :

Qu'entend-on par une reconnaissance explicite et de qui doit-elle provenir? Doit-il nécessairement s'agir d'une déclaration officielle? Cette déclaration peut-elle avoir été faite au cours d'une conférence de presse, ou lors d'une entrevue informelle avec des journalistes? Doit-elle être contemporaine aux décisions prises ou aux événements qui appellent leur mise en application? Les mémoires d'un ex-premier ministre, par exemple, pourront-ils être pris en considération?⁷⁵

50. Comme le mentionne le professeur Woehrling, lorsqu'une pratique politique est régulière et publique et que les parties s'abstiennent de protester, « est-il possible de dire que l'on est encore dans le domaine de l'"inexprimé" ou ne vaudrait-il pas mieux considérer qu'en l'occurrence il s'agit d'un accord tacite? »⁷⁶. La règle à laquelle nous faisons face est régulière et publique. Son existence est discutée par les auteurs de doctrine⁷⁷ et dans les journaux quelques semaines avant

75. Y. DE MONTIGNY, *loc. cit.*, note 24, p. 1148.

76. J. WOEHRLING, *loc. cit.*, note 24, p. 407.

77. L. MASSICOTTE, *loc. cit.*, note 11, p. 270; A. HEARD, *op. cit.*, note 4, p. 17 et 161.

l'annonce d'une nouvelle nomination⁷⁸. Elle a même fait l'objet d'un sondage pancanadien⁷⁹. Cette consultation populaire avait pour but de connaître les préférences des Canadiens pour succéder à Jeanne Sauvé. Le favori de la population canadienne fut l'ancien premier ministre Pierre Elliott Trudeau. Commentant le sondage réalisé, la société Gallup mentionne :

[B]eing a Quebecer of primarily francophone descent, the selection of Mr. Trudeau would appear to work against the recent tradition of rotating selections between a francophone and an anglophone.⁸⁰

51. Le choix de Brian Mulroney, qui était alors premier ministre, s'arrêta finalement sur un anglophone, Ramon John Hnatyshyn. La tradition fut sauvegardée. Est-il vraiment nécessaire de trouver une déclaration de M. Mulroney mentionnant qu'il se devait de nommer un anglophone? Comme le rappelaient les professeurs Hogg et De Montigny, personne ne remet en question, même la Cour suprême⁸¹, le fait qu'il existe une convention constitutionnelle concernant les pouvoirs du gouverneur général. Pourtant, aucun d'entre eux ne semble avoir reconnu publiquement la portée très restreinte de ses pouvoirs. Les neuf précédents non contestés de premiers ministres canadiens respectant la tradition de l'alternance au poste de gouverneur général entre un francophone et un anglophone sont suffisant pour former une preuve tacite ou implicite de leur obligation à se soumettre à la règle. Une telle suite de précédents uniformes ne peut être le fruit d'un pur hasard. Les acteurs ne peuvent avoir agi par simple « opportunité politique » neuf fois consécutives. Les différents premiers ministres auraient été exposés à une vive critique s'ils avaient mis un terme au principe d'alternance, de la même manière que le Parlement fédéral serait conquis s'il désavouait aujourd'hui une loi provinciale. Les premiers

78. V. MARISSAL, *loc. cit.*, note 72, p. B-1.

79. L. BOZINOFF, P. MACINTOSH, « Public Favors Trudeau as Next Governor General », dans Gallup, Toronto, Gallup Canada, 20 février 1989, p. 3.

80. *Id.*, p. 1.

81. *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, *supra*, note 3, p. 881.

ministres ont senti une « obligation » d'agir. Quelques jours après la nomination d'Adrienne Clarkson en 1999, un journaliste a déclaré que « [l]e fragile équilibre politique canadien voulait que le prochain gouverneur général soit ontarien [de langue anglaise] »⁸².

52. La nomination en 2005 de l'actuelle gouverneure générale, Michaëlle Jean, a soulevé une certaine controverse qui est intéressante à analyser. M^{me} Jean fut nommée par le premier ministre Paul Martin, peu de temps avant sa défaite électorale face à l'actuel premier ministre, Stephen Harper. Dans son allocution officielle qui annonçait la nomination de M^{me} Jean, M. Martin fait grandement état du fait que la nouvelle gouverneure générale est une Québécoise⁸³. Le choix de M^{me} Jean fut critiqué dans les médias à travers tout le pays pour diverses raisons, dont entre autres son passé souverainiste (ou plus précisément celui de son mari) et le fait qu'elle possédait la citoyenneté française (elle y a renoncé). Par contre, de nombreux journalistes « ont rappelé que le poste de gouverneur général est toujours accordé en alternance à un francophone et à un anglophone, et que le choix de Michaëlle Jean était tout à fait raisonnable »⁸⁴.

53. Le Parti libéral et M. Martin étaient alors en difficulté au Québec. M. Martin a probablement senti une double obligation de nommer une Québécoise. Pendant ce temps, le chef de l'opposition Stephen Harper, l'actuel premier ministre, a posé la première pierre de son ouverture envers le Québec en s'abstenant de critiquer le choix de M^{me} Jean. Il a implicitement reconnu le principe d'alternance, alors qu'il possédait tous les outils pour empêcher M^{me} Jean d'accéder au poste de gouverneur général. Au moment d'écrire ces lignes en 2007,

82. V. MARISSAL, « Adrienne Clarkson succède à Roméo LeBlanc », dans *La Presse*, Montréal, 10 septembre 1999, p. B-1.

83. *AlterPresse*. « Paul Martin "fier" de voir Michaëlle Jean, d'origine haïtienne devenir gouverneure générale du Canada », dans *Réseau alternatif haïtien d'information*, [En ligne] <http://www.alterpresse.org/spip.php?article2990> (page consultée le 27 juin 2007).

84. *Wikipédia* — L'encyclopédie libre. Michaëlle Jean, [En ligne]. http://fr.wikipedia.org/wiki/Micha%C3%ABlle_Jean (page consultée le 27 juin 2007).

M^{me} Jean semble maintenant appréciée par les deux communautés linguistiques⁸⁵.

54. Bref, il ressort clairement de cette preuve tacite ou implicite, qui est à notre avis suffisante, que les acteurs se sont sentis liés. Nous sommes en présence d'une règle qui n'est pas un simple usage mais qui crée une véritable obligation politique. Si les acteurs ont agi ainsi dans le but de respecter une grande valeur canadienne, nous serons en présence d'une raison d'être et donc par ricochet, d'une convention constitutionnelle.

2.3 LA RAISON D'ÊTRE : LA DUALITÉ CANADIENNE

55. La raison d'être de l'alternance au poste de gouverneur général est la dualité canadienne et son corollaire, la représentation des deux cultures majoritaires du pays au sein des organes du gouvernement central. Cette raison d'être se rattache clairement à celles de certaines conventions constitutionnelles dont l'existence est mentionnée par la Cour suprême. Nous définissons en premier lieu la dualité canadienne (2.3.1). Nous démontrons ensuite que ce principe constitue une réalité assez importante pour que nous le retrouvions à plusieurs endroits dans les lois les plus fondamentales de la fédération canadienne (2.3.2).

2.3.1 Volet fédéral ou volet québécois?

56. La dualité canadienne est un concept qui a évolué au fil des ans. Les expressions « deux races », « deux peuples fondateurs », « deux nations », « deux solitudes », « doubles pactes », « foyer principal et point d'appui des francophones », « statut particulier », « société distincte » et maintenant, la « nation québécoise » sont autant de termes qui furent et qui sont encore utilisés. Ils se rapportent tous à la question de la dualité canadienne⁸⁶. Nous devons bien cerner cette notion qui

85. C. HÉBERT, « Opinion. Stephen Harper et le test de la gouverneure générale », dans *Le Devoir*, Montréal [En ligne] (3 et 4 mars 2007). <http://www.ledevoir.com/2007/03/03/133318.html> (page consultée le 27 juin 2007).

86. Voir R. PELLETIER, *loc. cit.*, note 14, p. 82, pour une courte évolution historique des termes utilisés.

pourrait constituer la raison d'être de la règle prévoyant l'alternance au poste de gouverneur général entre un franco-phone et un anglophone.

57. Nous définissons la dualité canadienne comme étant la présence au Canada de deux grands peuples distincts, les Canadiens anglais [d'origine britannique], dispersés dans l'ensemble du pays, et les Canadiens français [d'ascendance française], concentrés majoritairement mais non exclusivement dans la province de Québec. Ces peuples ont des caractéristiques différentes comme la langue, la culture, la religion, le droit privé. Tel que l'ont soulevé les procureurs du Québec devant la Cour suprême dans le second renvoi relatif au rapatriement, nous retrouvons deux volets à la dualité canadienne : un volet fédéral et un volet québécois⁸⁷. Le volet fédéral se subdivise en deux visions, la vision extrême et la vision adoucie. Cette subdivision nous est personnelle.

58. Nous devons définir le volet québécois avant de décrire les deux visions du volet fédéral. Nous adoptons les propos tenus par la Cour suprême dans le second renvoi relatif au rapatriement. La Cour emprunte cette définition au mémoire des procureurs du Québec :

[L']expression dualité canadienne [volet québécois] recouvre l'ensemble des réalités qui font que le Québec forme, depuis l'origine du pays et bien avant, une société distincte, ainsi que l'ensemble des garanties qui, en 1867, ont été reconnues au Québec, en tant que province que la Commission de l'unité canadienne qualifiait de château fort du peuple canadien-français, de phare de la présence française en Amérique du Nord.⁸⁸ (soulignement et guillemets omis)

59. Ce volet de la dualité veut que le Québec ait un statut particulier au sein de la fédération canadienne. Le Québec peut légitimement bénéficier, de par sa spécificité, de pouvoirs différents des autres provinces du Canada. Cette asymétrie pourrait être présente en matière de langue, d'éducation, de culture, d'immigration, dans certains domaines de droit privé. La perception que les acteurs fédéraux possèdent

87. Renvoi : *Opposition à une résolution pour modifier la Constitution*, *supra*, note 18, p. 812-814.

88. *Id.*, p. 813.

à l'égard du volet québécois nous permet de départager les deux types de visions fédérales de la dualité canadienne.

60. Le volet fédéral implique que le gouvernement central doit représenter et protéger les francophones de l'ensemble du Canada. Ceux-ci doivent être présents au sein des organes fédéraux. L'article 133 de la *Loi de 1867* garantissant notamment le bilinguisme institutionnel au niveau fédéral est une illustration de cette réalité.

61. La vision extrême, soutenue principalement par Pierre Elliott Trudeau et son dauphin Jean Chrétien, prônait essentiellement que le Québec est une province comme les autres. Selon ces derniers, il appartient au gouvernement fédéral de s'occuper des francophones du pays. L'un des rêves de M. Trudeau était que le Canada devienne un pays entièrement bilingue, ce qui inclut autant le gouvernement fédéral que les dix provinces, pour contrer les prétentions du Québec à parler au nom des francophones du Canada. Cette dualité s'exprime au niveau pancanadien⁸⁹.

62. De leur côté, les adeptes de la vision fédérale adoucie se situent à mi-chemin entre la vision fédérale extrême et le volet québécois. Les libéraux fédéraux antérieurs à M. Trudeau représentent bien cette vision. Selon eux, le gouvernement central doit représenter les francophones du Canada, sans pour autant nier que le Québec est parallèlement leur principal point d'appui. Le Parti libéral du Canada fut longtemps considéré comme étant « le seul capable de regrouper des anglophones et des francophones sous un même toit »⁹⁰. Le professeur R. Pelletier mentionne que Lester B. Pearson était un premier ministre « plus conciliant » que John Diefenbaker ou Pierre Elliott Trudeau. C'est durant le court mandat de Pearson (1963-1968) « que le Québec a pu réaliser ses "gains" les plus significatifs »⁹¹. Sa pensée représente bien la vision adoucie du volet fédéral de la dualité :

Non seulement Pearson reconnaissait ouvertement les fondements dualistes du Canada et la place fondamentale qu'y

89. R. PELLETIER, *loc. cit.*, note 14, p. 69-71; K. MCROBERTS, *Un pays à refaire : l'échec des politiques constitutionnelles canadiennes*, Montréal, Boréal, 1999.

90. R. PELLETIER, « Les partis politiques fédéraux », dans M. TREMBLAY, R. PELLETIER, M. R. PELLETIER (dir.), *op. cit.*, note 11, p. 121, aux p. 130-131.

91. R. PELLETIER, *loc. cit.*, note 14, p. 69.

occupait le Québec, mais il institua en outre une commission royale chargée de déterminer comment le Canada pouvait se développer d'après « le principe de l'égalité entre les deux peuples fondateurs ». Avec ses collaborateurs, il imagina une conception « asymétrique » du fédéralisme canadien, selon laquelle le gouvernement du Québec pouvait se charger de responsabilités qui, dans le reste du pays, relevaient du gouvernement fédéral.⁹²

Cette vision, qui reconnaît le volet québécois, nie presque le volet fédéral.

63. Le Parti conservateur, lors de la présence au pouvoir de Brian Mulroney, est une autre illustration de la vision adoucie du volet fédéral. Par contre, la philosophie conservatrice préconisée avant l'arrivée de Brian Mulroney ne reflétait pas la dualité, ce parti étant plutôt centralisateur et incapable « de s'adapter aux désirs profonds du Québec francophone ». John Diefenbaker utilisait le slogan « One Canada, one nation »⁹³. Le professeur R. Pelletier fait même état d'une certaine filiation idéologique entre John Diefenbaker et Pierre Elliott Trudeau⁹⁴.

64. M. Mulroney, premier ministre de 1984 à 1993, fut perçu comme « le défenseur de la diversité du pays et d'une plus grande décentralisation »⁹⁵. Il est le père de l'*Accord du Lac Meech* (1987). Cet accord aurait inclus dans la Constitution un nouvel article 2 (dans la *Loi de 1867*) qui était la consécration au niveau constitutionnel de la vision fédérale adoucie de la dualité : une dualité pancanadienne et la reconnaissance que le Québec forme au sein du Canada une société distincte. L'article 1 de la *Modification constitutionnelle de 1987* se lisait comme suit :

La Loi constitutionnelle de 1867 est modifiée par insertion, après l'article 1, de ce qui suit : 2. (1) Toute interprétation de la Constitution du Canada doit concorder avec : a) la reconnaissance de ce que l'existence de Canadiens d'expression française, concentrés au Québec mais présents aussi dans le reste

92. K. McROBERTS, *op. cit.*, note 89, p. 12.

93. R. PELLETIER, *loc. cit.*, note 90, p. 134.

94. R. PELLETIER, *loc. cit.*, note 14, p. 70.

95. R. PELLETIER, *loc. cit.*, note 90, p. 134.

du pays, et de Canadiens d'expression anglaise, concentrés dans le reste du pays mais aussi présents au Québec, constitue une caractéristique fondamentale du Canada; b) la reconnaissance de ce que le Québec forme au sein du Canada une société distincte. (2) Le Parlement du Canada et les législatures des provinces ont le rôle de protéger la caractéristique fondamentale du Canada visée à l'alinéa (1) a). (3) La législature et le gouvernement du Québec ont le rôle de protéger et de promouvoir le caractère distinct du Québec visé à l'alinéa (1) b).

Le volet québécois était lui aussi affirmé.

65. Nous y reviendrons, mais le nouveau Parti conservateur de Stephen Harper, celui qui est actuellement au pouvoir au Canada, se veut également, contre toute attente, une illustration de la vision fédérale adoucie.

66. C'est le volet fédéral de la dualité canadienne qui est pertinent au principe de l'alternance entre un francophone et un anglophone au poste de gouverneur général. Même si nous adoptons le volet fédéral de la dualité pour les fins de cette étude et de l'exemple du gouverneur général, nous n'excluons aucunement l'existence du volet québécois. Nous privilégions également la vision adoucie du volet fédéral, qui respecte le volet québécois. Le gouvernement fédéral se doit de refléter la dualité sans pour autant nier la spécificité du Québec, seule province majoritairement francophone du Canada. Nous ne pouvons traiter du volet fédéral sans référer occasionnellement au Québec. Cette province est la principale raison d'être du volet fédéral de la dualité. Advenant une éventuelle sécession du Québec, le volet fédéral perdrait en grande partie sa raison d'être. Le nombre peu élevé de francophones hors Québec, même au Nouveau-Brunswick, ne justifierait plus le bilinguisme institutionnel au niveau fédéral et l'alternance entre un francophone et un anglophone au poste de gouverneur général. Les Québécois doivent occuper une place privilégiée dans le volet fédéral de la dualité. À titre d'illustration, dans la première édition de ce texte, rédigé en 2003, nous affirmions qu'étant donné que les deux derniers gouverneurs généraux francophones n'étaient pas originaires du Québec et que la personne alors en poste était de langue anglaise, le prochain gouverneur général devait être un Québécois. La nomination de Michaëlle Jean a exhaussé notre souhait.

67. Nous ne pouvons passer sous silence l'existence d'une école de pensée qui nie le volet québécois de la dualité canadienne et même à certains égards, son volet fédéral⁹⁶. Le Canada ne serait pas formé de deux peuples ayant chacun des origines linguistiques et culturelles différentes, des Canadiens français et des Canadiens anglais, mais bien d'un seul peuple canadien, peuple qui parlerait les deux langues. Cette théorie découle largement des stratégies du gouvernement Trudeau. Elles avaient pour but que les Québécois se définissent avant tout comme des Canadiens, de diminuer leur sentiment d'appartenance à l'égard de leur province et de créer une seule unité nationale pancanadienne. Les cinq grandes composantes de la stratégie Trudeau étaient le bilinguisme officiel à l'échelle du Canada, une charte des droits inscrite dans la Constitution, l'égalité des provinces, le multiculturalisme et la prééminence d'Ottawa en tant que gouvernement national. Deux autres facteurs militent également vers la multiplicité canadienne, le multiculturalisme canadien, à l'encontre de la dualité canadienne, malgré le fait que le bilinguisme canadien demeure toujours une valeur phare. Les divers groupes autochtones s'opposent avec raison à la théorie des deux peuples fondateurs. De même, près du tiers de la population canadienne ne serait plus aujourd'hui d'ascendance britannique ou française.

68. Cette vision du Canada a obtenu un certain succès, d'abord et principalement auprès des Canadiens anglais. Ceux-ci cherchaient un sentiment d'identification collectif et désiraient se différencier du *melting pot* américain. Elle a aussi séduit les « nouveaux Canadiens » [d'origine non francophone et anglophone]. Néanmoins, les diverses stratégies du gouvernement Trudeau ont plutôt eu pour effet d'élargir le fossé entre les deux cultures majoritaires du pays. Cette vision du Canada néglige un élément essentiel, un fait historique que nul ne saurait nier : le Canada n'a pas pour ancêtre un seul peuple colonisateur tels les Espagnols au Mexique ou les Britanniques en Australie. Le Canada est le fruit de la convergence de deux peuples égaux mais foncièrement différents, les Anglais et les Français. Nous retrouvons majoritairement

96. K. McROBERTS, *op. cit.*, note 89; R. PELLETIER, *loc. cit.*, note 14, p. 69-71.

deux nations au Canada et elles sont divisées. Les revendications de reconnaissance d'un statut différent émises par le Québec demeurent incomprises par les « enfants » de M. Trudeau. Pour ces derniers, nous retrouvons un peuple au Canada, les Canadiens. Pourtant, la dualité canadienne existe, peu importe le volet que nous adoptons. Nous en retrouvons des manifestations à plusieurs endroits dans le droit canadien.

2.3.2 La dualité dans le droit canadien

69. La présence sur le territoire canadien de deux peuples foncièrement différents fut souvent prise en considération. Au niveau constitutionnel, les différents acteurs de l'époque préfédérative ont dû tenir compte de cette importante réalité lors de l'élaboration des différentes constitutions canadiennes. Nous le remarquons dans la *Proclamation royale* (1763)⁹⁷, l'*Acte de Québec de 1774*⁹⁸, l'*Acte constitutionnel de 1791*⁹⁹, l'*Acte d'union*, 1840¹⁰⁰, et une section importante de la Constitution actuelle, la *Loi de 1867*, anciennement nommée l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique*¹⁰¹. Que ce soit en octroyant des droits importants aux francophones, comme ce fut le cas dans l'*Acte de Québec de 1774*, ou en tentant purement et simplement de les assimiler, tel était le but visé par l'*Acte d'union*, 1840¹⁰², ces constitutions ont une chose en commun :

Ils [les textes constitutionnels] ont tous été conçus afin de répondre à la réalité de la profonde dualité culturelle qui caractérisait et qui caractérise toujours les groupes en présence.¹⁰³ (soulignement omis)

70. Sans négliger la richesse de ces documents anciens qui témoignent de l'importance accordée à la dualité canadienne

97. L.R.C. (1985), App. II, n° 1.

98. L.R.C. (1985), App. II, n° 2.

99. L.R.C. (1985), App. II, n° 3.

100. L.R.C. (1985), App. II, n° 4.

101. Le nom *Loi constitutionnelle de 1867* fut adopté en 1982.

102. E. BROUILLET, *L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, thèse, Université Laval, 2002, p. 188.

103. *Id.*, p. 177.

depuis plus de deux siècles, nous allons uniquement nous attarder au principal texte de la Constitution actuelle, la *Loi de 1867*. Contrairement aux autres constitutions mentionnées, celle-ci fut élaborée au sein même de la colonie et non dans la métropole¹⁰⁴. La *Loi de 1867* « marque un aboutissement dans les relations entre les deux communautés [anglaise et française] dans la mesure où [...] [elle] consacre les résultats obtenus par les Canadiens français à la suite d'une lente évolution qui commence avec l'*Acte de Québec* en 1774 »¹⁰⁵. L'importante spécificité du Canada, sa dualité culturelle, fut prise en considération lors de l'élaboration de la *Loi de 1867*. Par contre, nous ne devons pas uniquement nous attarder au texte même de cette loi. Son esprit est aussi important.

71. De nombreux articles de la *Loi de 1867* doivent leur existence à la dualité canadienne. L'article 133, instituant le bilinguisme institutionnel notamment au niveau fédéral, est une reconnaissance explicite de la présence de francophones sur le territoire canadien. L'article 93, garantissant des droits relatifs à l'éducation aux minorités catholiques en Ontario et protestantes au Québec, est une autre illustration de la dualité. La foi catholique se rattache aux origines françaises du Canada et la foi protestante aux racines anglaises. L'article 92 (13), qui accorde aux provinces la compétence pour régir « la propriété et les droits civils », est une conséquence directe de la présence d'une tradition de droit civil sur le territoire de la province de Québec. Si cette compétence avait été accordée au Parlement fédéral, la common law anglaise se serait vraisemblablement implantée à travers tout le Canada. En l'absence du droit civil sur le territoire québécois, la compétence aurait été accordée au fédéral. L'article 94 de la *Loi de 1867* en est la preuve explicite. Cet article prévoit l'uniformisation de la common law dans les trois autres provinces ayant formé la fédération en 1867 avec le Québec. L'article 92 (13) visait assurément à assurer la survie du droit civil au Canada. Cette tradition juridique est propre à la culture française et est une composante importante de la dualité canadienne.

104. *Id.*, p. 177 et 198.

105. M. CROISAT, *Le fédéralisme canadien et la question du Québec*, Paris, Éditions Anthropos, 1979, p. 241.

72. Au-delà de ces articles, l'esprit de la *Loi de 1867* reconnaît la dualité canadienne. Un État fut octroyé aux francophones du Canada. Dans cet État, ils seraient majoritaires et ils contrôlèrent les instruments politiques. Le Québec ne constitue pas un État complet de par la nature fédérale du Canada. Mais la nouvelle province comprenait « tout ce qui était jugé nécessaire en 1867 à la préservation du caractère distinct de la société québécoise, francophone, catholique et régie par le droit civil »¹⁰⁶. Que nous parlions d'« entente bilatérale entre deux peuples fondateurs »¹⁰⁷, d'« entente politique entre deux peuples »¹⁰⁸, ou de « compromis entre deux cultures »¹⁰⁹, la *Loi de 1867*, contrairement à d'autres constitutions antérieures conçues par les autorités anglaises, n'avait pas pour but d'assimiler les Canadiens français. Elle voulait plutôt les reconnaître et assurer leur survie. Toutefois, les francophones hors Québec bénéficiaient de beaucoup moins de protection que leurs compatriotes qui résidaient dans la province lors de l'union fédérale de 1867. Ils ne furent néanmoins pas totalement oubliés et la *Loi de 1982* est venue les reconnaître davantage.

73. Ainsi, la lettre de la *Loi de 1867*, notamment par les articles 93 et 133, est une illustration du volet fédéral de la dualité. La *Loi de 1867* implique également une certaine reconnaissance du volet québécois. Elle octroyait au Québec des pouvoirs législatifs qu'il pouvait exercer sur un territoire sur lequel il était assuré d'une majorité. De même, l'article 133 accorde un statut particulier au Québec vis-à-vis les autres provinces ayant formé avec lui le Canada en 1867. La *Loi de 1867* n'est toutefois qu'une section de la Constitution canadienne. Nous devons procéder à l'analyse d'une autre importante partie, la *Loi de 1982*.

106. J. WOEHRLING, *La Constitution canadienne et l'évolution des rapports entre le Québec et le Canada anglais, de 1867 à nos jours*, Edmonton, Centre for Constitutional Studies, Centre d'études constitutionnelles, University of Alberta, 1993, p. 8.

107. J.-Y. MORIN, J. WOEHRLING, *Les constitutions du Canada et du Québec : du régime français à nos jours*, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 153.

108. *Id.*, p. 159.

109. E. BROUILLET, *op. cit.*, note 102, p. 232.

74. Un consensus clair semble se dégager de la doctrine. La *Charte canadienne des droits et libertés*¹¹⁰ et la procédure de modification¹¹¹, les deux pièces maîtresses de la *Loi de 1982*, sont une négation complète et totale du volet québécois de la dualité canadienne. En citant le professeur Laforest, le professeur R. Pelletier mentionne que l'esprit de 1982, c'est « le désir de briser l'épine dorsale de la collectivité québécoise au bénéfice d'une vision de la nation canadienne »¹¹². Le professeur Laforest mentionne également que « [l']esprit de 1982 me semble être celui d'une attaque consciente, lucide, contre l'idée selon laquelle les Québécois forment une nation, un peuple, une communauté politique autonome [...] »¹¹³.

75. Le Québec, malgré le fait qu'il soit le seul État francophone du pays, ne dispose d'aucun statut particulier dans la procédure de modification de la Constitution du Canada. Sept provinces qui ne parlent pas la même langue que lui et qui représentent 50 % de la population canadienne peuvent affaiblir ses pouvoirs sans sa participation. L'appui du Parlement fédéral est bien exigé, mais le Québec y possède moins de 25 % du pouvoir. Cette affirmation est dite sous réserve de l'existence du « droit de retrait ». Ce droit est en principe illimité, mais il s'accompagne d'une compensation dans peu de domaines (article 40). La formule d'amendement semble avoir été élaborée pour qu'aucune province ne possède un droit de veto. Le Parlement fédéral a cependant adopté la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*¹¹⁴. Le Parlement s'engage à ne pas déposer une motion de résolution autorisant une modification de la Constitution du Canada sans

110. Partie I de la *Loi de 1982*, ci-après la *Charte (canadienne)*.

111. Partie V de la *Loi de 1982*.

112. R. PELLETIER, *loc. cit.*, note 14, p. 81, citant G. LAFOREST, « L'esprit de 1982 », dans L. BALTHAZAR, G. LAFOREST, V. LEMIEUX (dir.), *Le Québec et la restructuration du Canada, 1980-1992. Enjeux et perspectives*, Sillery, Septentrion, 1991, 147, à la p. 160.

113. *Id.*, p. 149. Voir également G. LAFOREST, « La Charte canadienne des droits et libertés au Québec : nationaliste, injuste et illégitime », dans F. ROCHER (dir.), *Bilan québécois du fédéralisme canadien*, Montréal, VLB éditeur, 1982, p. 124; H. BRUN, J.-Y. MORIN *et al.*, « La loi de 1982 : une loi pour le reste du Canada », dans *Le Soleil*, Québec, 17 avril 2002, p. A-17; M. VASTEL, « Des promesses plusieurs fois répudiées — Une blessure politique jamais guérie », dans *Le Soleil*, Québec, 17 avril 2002, p. A-6.

114. L.C. 1996, c. 1.

l'accord du Québec. Cette mesure, abrogeable par simple loi, ne confère pas un veto au Québec en raison de son caractère particulier. L'Ontario et la Colombie-Britannique jouissent également de ce privilège. Il fut accordé aux provinces les plus peuplées de la fédération. Un appui substantiel des provinces des Prairies et de l'Atlantique est également exigé.

76. La *Charte (canadienne)* est la consécration du volet fédéral de la dualité canadienne. Nous sommes toutefois devant la vision fédérale extrême, vision propre à Pierre Elliott Trudeau. Ce dernier est en quelque sorte le père et principal artisan de la *Charte (canadienne)*. Les articles 16 à 22, relatifs aux langues officielles du Canada, placent sur un pied d'égalité le français et l'anglais au niveau de plusieurs entités de l'organe fédéral et dans les tribunaux établis par ce dernier¹¹⁵. Les articles 17 à 19 ne font qu'énoncer de nouveau des droits déjà prévus à la *Loi de 1867*. Toutefois, les articles 16, 20 et 21 reconnaissent quant à eux des droits linguistiques additionnels¹¹⁶. De plus, l'article 23 garantit, à certaines conditions, aux membres des minorités francophones et anglophones dans l'ensemble du pays le droit à l'instruction dans leur langue. Même si le volet québécois de la dualité ne se retrouve point dans la *Charte (canadienne)*, le volet fédéral occupe quant à lui une place privilégiée. Ces protections ont un caractère vraiment particulier. La clause de dérogation contenue à l'article 33 de la *Charte* ne peut être utilisée à leur égard. Elles sont également à l'abri d'une attaque en vertu de l'article 15 du même document. Ce dernier article, qui garantit le droit à l'égalité, ne peut servir à invalider ces dispositions malgré le fait qu'elles confèrent des droits spéciaux en vertu de la langue. Nous sommes en présence de distinctions constitutionnelles, incluses à la Constitution. Elles ne peuvent être invalidées par une autre composante de la même Constitution¹¹⁷.

115. Ces dispositions s'étendent également au Nouveau-Brunswick.

116. H. BRUN, G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 6, p. 1191 et 1213-1215.

117. *Id.*, p. 209-211.

77. La dualité canadienne, de par son statut, volet fédéral ou québécois, se retrouve également dans des tentatives infructueuses d'amendement constitutionnel. Depuis le rapatriement de la Constitution, deux projets de réforme constitutionnelle majeurs contenaient des dispositions relatives à la dualité canadienne. L'*Accord du Lac Meech* (1987) aurait consacré au niveau constitutionnel la vision fédérale adoucie et le volet québécois de la dualité canadienne. Nous avons déjà reproduit les dispositions pertinentes. De son côté, l'article 1 paragraphe c de l'*Entente de Charlottetown* (1993) reconnaissait aussi que le Québec forme une société distincte :

c) [...] le Québec forme au sein du Canada une société distincte, comprenant notamment une majorité d'expression française, une culture qui est unique et une tradition de droit civil.

Cette reconnaissance était toutefois soigneusement encadrée, incluse dans le même article que le principe de l'égalité des provinces (par. h). En plus de ce paragraphe c, qui se rattache au volet québécois de la dualité, le même article renfermait un paragraphe d qui traitait du volet fédéral. Ce paragraphe mentionnait que « l'attachement des Canadiens et de leurs gouvernements à l'épanouissement et au développement des communautés minoritaires de langue officielle dans tout le pays » est l'une des caractéristiques fondamentales du Canada. Même si ces deux projets de réforme constitutionnelle ne furent pas adoptés, ils démontrent que la dualité canadienne, principalement dans l'*Accord du lac Meech*, est une réalité suffisamment importante pour vouloir l'inclure dans la loi la plus fondamentale du pays.

78. La dualité canadienne se retrouve également dans la législation non constitutionnelle. La *Loi sur les langues officielles*¹¹⁸ est une illustration parfaite de la dualité volet fédéral. Cette loi s'articule autour de trois axes, tous reliés au volet fédéral de la dualité : 1^o le bilinguisme dans diverses entités du gouvernement central; 2^o la représentation équitable des francophones dans la fonction publique fédérale et la

118. L.R.C. (1985), c. 31 (4^e supp.).

reconnaissance de leur droit d'y travailler dans leur langue; 3^o la promotion de l'enseignement et de l'usage des deux langues officielles du Canada. La *Loi sur les langues officielle* renforce les protections déjà accordées au français et à l'anglais par la Constitution¹¹⁹.

79. La *Loi sur la Cour suprême*¹²⁰ édicte que trois juges du plus haut tribunal du pays doivent provenir du Québec. Cette exigence est due à la présence dans la province du droit civil, famille juridique d'origine française. De son côté, la common law anglaise est appliquée dans le reste du Canada. Le Parlement fédéral se doit d'ailleurs de composer avec ces deux systèmes de droit dans ses lois qui régissent des domaines de droit privé applicables dans l'ensemble du pays. Il pose depuis quelques années des actes visant à reconnaître cette réalité¹²¹. Le « bijuridisme » est une des caractéristiques importantes du Canada¹²². Il se rapporte clairement à la dualité canadienne. Le droit civil est lié aux origines françaises du pays et la common law, aux origines anglaises.

80. La tradition de droit civil, en plus d'occuper une place qui est de plus en plus reconnue au niveau fédéral, est aussi « au cœur de la société distincte québécoise »¹²³. Le Parlement fédéral a explicitement admis ce fait dans une résolution présentée le 11 décembre 1995. Il a alors fait état que le Québec forme au sein du Canada une société distincte qui comprend notamment une majorité d'expression française, une culture qui est unique et une tradition de droit civil¹²⁴. Même si le poids juridique de cette résolution est bien mince,

119. Voir J. WOEHRLING, *op. cit.*, note 106, p. 43-54; H. BRUN, G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 6, p. 859-861.

120. Précitée, note 31, articles 4 et 6.

121. *Loi d'harmonisation n^o 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4; *Loi d'harmonisation n^o 2 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2004, c. 25.

122. Ministère de la justice canada, *Le bijuridisme — D'intérêt national, de portée globale*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 2002, p. 1.

123. G. LAFOREST, *loc. cit.*, note 113, p. 133; J.-Y. MORIN, J. WOEHRLING, *op. cit.*, note 107, p. 154 : le droit civil fait partie de la « triple spécificité » des Québécois; l'extrait déjà cité de l'*Entente de Charlottetown* (1993).

124. E. BROUILLET, *op. cit.*, note 102, p. 565. Voir également le préambule de la *Loi d'harmonisation n^o 1 du droit fédéral avec le droit civil*, précitée, note 121 : « la tradition de droit civil de la province de Québec, qui trouve sa principale expression dans le *Code civil du Québec*, témoigne du caractère unique de la société québécoise ».

elle est tout de même une reconnaissance du volet québécois de la dualité canadienne de la part d'un Parlement alors contrôlé par un gouvernement ayant majoritairement prôné la vision fédérale extrême.

81. L'exigence de trois juges civilistes assure également la présence de magistrats francophones au sein de la Cour suprême. Depuis la création de la Cour en 1875, seulement deux Québécois d'origines anglophones ont accédé à la haute Cour. Cette exigence fait en sorte que nous retrouvons habituellement trois juges francophones. Depuis 2003, nous pourrions penser que la nomination du deuxième québécois anglophone, le juge Morris Fish, ferait en sorte que le nombre de francophones serait réduit à deux. Présentement, nous retrouvons **quatre juges francophones** : les deux autres juges québécois, Louis LeBel et Marie Deschamps, de même que Michel Bastarache, un francophone du Nouveau-Brunswick, et Louise Charron, une franco-Ontarienne. La juge Charron a succédé en 2004 à la juge Louise Arbour, une Québécoise, qui était toutefois membre du Barreau du Haut-Canada et qui représentait l'Ontario. La juge Arbour avait été nommée en 1999 et le juge Bastarache en 1997. Ainsi, de 1999 à la retraite du juge Gonthier en 2003 (et son remplacement par le juge Fish), cinq juges sur neuf étaient francophones, dont quatre Québécois. La présence récente de juges provenant de la francophonie hors Québec est une belle illustration du volet fédéral de la dualité canadienne.

82. La dualité canadienne est une réalité excessivement importante. Sa présence à de nombreux endroits dans plusieurs des lois les plus fondamentales de la fédération canadienne en fait foi. Nous sommes en présence d'une valeur canadienne importante et par ricochet d'une raison d'être importante. Un grand nombre de lois offrent des garanties aux francophones du Canada en raison du principe de la dualité canadienne. Ce type de protection pourrait légitimement être étendu à la fonction de gouverneur général. Nous devons accorder aux francophones canadiens l'assurance périodique qu'un membre de leur groupe linguistique soit présent au sein de l'organe exécutif fédéral. Malgré les apparences, le gouverneur général demeure un personnage central du pouvoir exécutif canadien.

CONCLUSION

83. Les trois conditions nécessaires pour que la tradition d'alternance entre un anglophone et un francophone au poste de gouverneur général du Canada soit reconnue en tant que convention constitutionnelle furent satisfaites et prouvées. Nous retrouvons un nombre non équivoque de précédents, les différents premiers ministres impliqués semblent réellement s'être sentis liés par la règle et cette dernière a une raison d'être importante. Nous sommes en présence d'une convention constitutionnelle. Subsidiairement, si cette règle n'est pas une convention constitutionnelle, nous sommes au moins face à un usage ou à une tradition solidement ancré qui se doit d'être respecté. La représentation des deux cultures majoritaires du pays au sein du pouvoir exécutif fédéral est importante. Le professeur Heard mentionne que le principe va vraisemblablement continuer d'être observé :

It would seem that this tradition will also be faithfully observed in the future because of the symbolic importance of representing the two main cultures of Canada in the office. [...] The strength of the support in Québec is an important reason to continue the symbolic alternation.¹²⁵

L'appui à la règle dans la province de Québec dont fait état le professeur Heard provient du sondage dont nous avons déjà fait état. Cette recension indique que 54 % des Québécois interrogés souhaitent le maintien de la tradition.

84. Les deux cultures majoritaires du pays sont représentées en alternance dans une autre importante fonction fédérale. Le poste de chef du Parti libéral du Canada obéit depuis 1880 à un principe semblable à celui appliqué au gouverneur général. Les chefs suivants se sont succédé dans l'ordre depuis 1880 : Edward Blake, Wilfrid Laurier, William Lyon Mackenzie King, Louis St-Laurent, Lester B. Pearson, Pierre Elliott Trudeau, John Turner, Jean Chrétien, Paul Martin (qui est né à Windsor en Ontario et non au Québec, malgré ce que plusieurs pensent) et Stéphane Dion.

125. A. HEARD, *op. cit.*, note 4, p. 17 et 161.

85. Le premier ministre est « obligé » de nommer au moins une personne de descendance francophone sur deux au poste de gouverneur général pour assurer la représentation de ce groupe linguistique au sein du pouvoir exécutif fédéral. Ironiquement, le poste de premier ministre est occupé pratiquement sans interruption depuis 1968 par des Québécois francophones, soit dans l'ordre : Pierre Elliott Trudeau de 1968 à 1984, Brian Mulroney de 1984 à 1993 et Jean Chrétien de 1993 à 2003. Nous pouvons oublier les courts règnes de quelques mois de Joseph Clark (1979-80), John Tunner (1984) et Kim Campbell (1993). Paul Martin (2003-2006) est bien demeuré en poste un peu plus de deux ans, mais, comme nous l'avons déjà dit, plusieurs le considèrent comme un Québécois et il entretenait lui-même le doute au sujet de ses réelles origines. Le Torontois Stephen Harper est maintenant premier ministre depuis février 2006.

86. Le poste de premier ministre demeure la fonction la plus importante de l'exécutif canadien. Les Québécois ont largement dominé ce poste au cours des 40 dernières années. Il fut même un temps où le chef de l'opposition était également un Québécois. De 1993 à 1997, le parti formant l'opposition officielle était le Bloc québécois. Si M. Harper perd les prochaines élections, le nouveau premier ministre sera vraisemblablement un autre Québécois, Stéphane Dion. Avant M. Harper, le dernier « vrai » premier ministre d'origine canadienne-anglaise a été Lester B. Pearson, qui fut au pouvoir de 1963 à 1968. Vu sous cet angle, le principe d'alternance protège peut-être davantage la communauté anglophone, en lui garantissant périodiquement un conseiller auprès des premiers ministres francophones du Canada. La règle a même fait en sorte que la candidature de M. Trudeau au poste de gouverneur général fut rejetée à l'avantage d'un Canadien anglais sous le règne de M. Mulroney.

87. Dans une autre optique, la présence de francophones à Ottawa assure-t-elle pour autant le respect de la dualité canadienne? Parmi les trois derniers francophones à avoir occupé le poste de premier ministre, seul Brian Mulroney semble avoir eu à cœur le volet québécois de la dualité. Nous avons déjà fait état des stratégies de Pierre Elliott Trudeau

qui visaient à noyer le volet québécois de la dualité. Son dauphin Jean Chrétien a aussi adhéré à cette vision du Canada.

88. De même, la présence d'anglophones au sein du gouvernement central n'est pas automatiquement synonyme de tentative d'assimilation des francophones. L'un des premiers ministres les plus respectueux de la dualité canadienne et de la spécificité québécoise fut un Canadien anglais natif de Toronto, Lester B. Pearson. Dans la première édition de ce texte, rédigé en 2003, nous soulignions que M. Pearson avait remporté le prix Nobel de la paix. Nous avons mentionné que la nouvelle droite canadienne ne serait guère attentive à la dualité canadienne si elle arrivait un jour à former le gouvernement. Nous aurions dû être plus attentif à l'histoire. M. Harper agit depuis son élection comme un grand défenseur de la dualité canadienne. Le premier ministre a nommé un sénateur québécois au Cabinet, pour assurer la représentation du Québec malgré le nombre peu élevé de députés conservateurs québécois, il a instauré une forme de fédéralisme asymétrique envers le Québec, il a reconnu la nation québécoise et il semble même vouloir régler le problème du déséquilibre fiscal.

89. Le constat est pathétique, mais les intérêts du Québec et des francophones du Canada semblent mieux servis par des anglophones que par des francophones. Si le choix du prochain gouverneur général revient à M. Harper, nous lui accordons notre bénédiction s'il désire nommer un fervent loyaliste albertain ou un aristocrate anglais. Les intérêts des francophones canadiens seront peut-être mieux servis.

Frédéric Levesque
6605, rue Le Mesnil, app. 102
QUÉBEC (Québec) G2K 2G9
Tél. : 418 683-9800
fredericlevesque@yahoo.com