

Les Cahiers de droit

La Cour suprême et l'amendement constitutionnel

Guy Tremblay



Volume 21, Number 1, 1980

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042366ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042366ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Tremblay, G. (1980). La Cour suprême et l'amendement constitutionnel. *Les Cahiers de droit*, 21(1), 31–41. <https://doi.org/10.7202/042366ar>

Article abstract

The decisions rendered last December by the Supreme Court of Canada in *Blaikie* and *Forest* and in the *Reference concerning the Senate* are closely related. They curtail Canadian constitutional amending powers, especially those which were thought to have been repatriated in 1949. The reasons of the Court in these cases are commented upon and their impact is assessed. The author submits that the Supreme Court deviates from the principle of a Constitution similar to that of the United Kingdom. It gives itself too much leeway and not enough to Parliament and legislatures. But at the same time, the Supreme Court appeared to take account of constitutional propriety in construing a power which Ottawa gained unilaterally. The overall result is so favourable to the status quo that it increases the necessity for a fresh pact to be negotiated.

La Cour suprême et l'amendement constitutionnel

par Guy Tremblay *

The decisions rendered last December by the Supreme Court of Canada in Blaikie and Forest and in the Reference concerning the Senate are closely related. They curtail Canadian constitutional amending powers, especially those which were thought to have been repatriated in 1949. The reasons of the Court in these cases are commented upon and their impact is assessed. The author submits that the Supreme Court deviates from the principle of a Constitution similar to that of the United Kingdom. It gives itself too much leeway and not enough to Parliament and legislatures. But at the same time, the Supreme Court appeared to take account of constitutional propriety in construing a power which Ottawa gained unilaterally. The overall result is so favourable to the status quo that it increases the necessity for a fresh pact to be negotiated.

	<i>Pages</i>
1. Le pouvoir d'amender « la constitution de la province »	32
2. Le pouvoir d'amender « la constitution du Canada »	34
3. Le problème de la création de nouveaux organes législatifs	37
4. Le procédé conventionnel d'amendement	39
Conclusion	41

Trois décisions unanimes rendues par la Cour suprême en décembre dernier viennent préciser l'état du droit canadien relatif à l'amendement constitutionnel¹. Jusqu'alors, la jurisprudence sur cette question fondamentale était très claire et la part spéculative des interprétations doctrinales et des politiques gouvernementales disproportionnée.

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.

1. P.g. *Québec v. Blaikie*, 13 décembre 1979; P.g. *Manitoba v. Forest*, 13 décembre 1979; et *Re La compétence législative du Parlement du Canada relativement à la Chambre haute*, 21 décembre 1979, ci-après appelée le « Renvoi sur le Sénat ».

Ces décisions récentes de la Cour suprême, et surtout celle relative au Sénat, obligent à réévaluer à la baisse la portée des deux principaux pouvoirs domestiques d'amendement constitutionnel, qui se trouvent aux articles 91(1) et 92(1) de l'*A.A.N.B.*² Est accrue du même coup l'ampleur de ce qui reste à rapatrier.

Le fait que ce soit « la Cour » qui ait motivé ces trois décisions, leur contemporanéité, leur optique et leurs recoupements en font de proches parentes. Tout en les commentant, je tenterai de cerner le rôle qu'elles paraissent réserver au fédéral et aux provinces dans le processus d'évolution constitutionnelle au Canada.

1. Le pouvoir d'amender « la constitution de la province »

Dans l'affaire *Blaikie*, la Cour suprême a jugé que l'article 92(1) de l'*A.A.N.B.* ne permettait pas au Québec de modifier la partie de l'article 133 qui le concerne, et ce, pour des motifs qui transcendent les arguments plus techniques invoqués de part et d'autre :

L'art. 133 ne fait pas partie de la constitution de la province au sens du par. 92(1) mais fait partie indivisiblement de la constitution du Canada et du Québec en donnant au français et à l'anglais un statut officiel au Parlement, devant les tribunaux du Canada, de même qu'à la législature et devant les tribunaux du Québec.³

Sur ce point, la Cour suprême a été convaincue par l'analyse du juge en chef Deschênes de la Cour supérieure. Celui-ci, après avoir adopté une perspective largement historique, avait utilisé des formules imagées pour décrire le statut de l'article 133 : l'aspect fédéral et l'aspect québécois de cet article « forment les deux côtés d'une seule et même médaille » et « chacun constitue la considération de l'autre »⁴. La Cour suprême a aussi confirmé l'application au Québec du principe dégagé pour le fédéral dans *Jones v. P. g. Nouveau-Brunswick*⁵ : les garanties ou exigences de l'article 133 sont intangibles dans le sens qu'elles ne peuvent être diminuées unilatéralement. Ces motifs furent appliqués sans discussion au Manitoba dans l'affaire *Forest*⁶, même si chronologiquement et textuellement la notion d'indivisibilité y apparaît moins plausible⁷.

La Cour suprême n'a pas répondu dans *Blaikie* au principal argument

2. S.R.C. 1970, Appendice II, no 5.

3. *Blaikie*, note 1, à la p. 9 des motifs rendus par la Cour.

4. *Blaikie v. P.g. Québec*, [1978] C.S. 37, à la p. 58 ; voir aussi [1978] C.A. 351.

5. [1975] 2 R.C.S. 182, aux p. 192-193 ; *Blaikie*, note 1, aux p. 10 et 11.

6. *Forest*, note 1, aux p. 3-4, 7.

7. Voir l'a. 23 de l'*Acte du Manitoba*, S.R.C. 1970, Appendice II, no 8, et *Forest v. A.-G. Manitoba*, [1979] 4 W.W.R. 229 (C.A. Man.).

de texte sur lequel insistait le procureur général du Québec: l'expression « nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte » à l'article 92(1) de l'*A.A.N.B.* ⁸ Elle a abordé ce point dans l'affaire *Forest* où l'expression était clairement inapplicable ⁹. Pour savoir que le législateur constituant n'a pas parlé pour ne rien dire en inscrivant la clause « nonobstant » au profit du pouvoir provincial d'amendement constitutionnel, il faut se reporter au *Renvoi sur le Sénat*: la Cour fait de cette clause son motif principal pour rejeter la prétention que le pouvoir d'amendement fédéral est équivalent à celui des provinces et que le fédéral peut abolir sa chambre haute comme cinq provinces l'ont fait pour la leur ¹⁰.

Dans ses arrêts sur les droits linguistiques, la Cour suprême n'a pas tranché la question de savoir si le pouvoir provincial d'amendement constitutionnel pouvait s'exercer à l'égard des seules dispositions du sous-titre de l'*A.A.N.B.* intitulé « Constitutions provinciales » ¹¹. Plusieurs juges et plusieurs auteurs ont soutenu que l'article 92(1) était limité de la sorte ¹². La Cour suprême a voulu adopter une *ratio* moins factice pour rendre intangible l'article 133, sans préjuger de l'avenir. Il reste que la possibilité de se prévaloir de l'article 92(1) pour amender toute disposition relative à la « constitution de la province » où qu'elle se trouve dans l'*A.A.N.B.*, si elle se concrétise, offre désormais un intérêt pratique difficile à percevoir ¹³.

Enfin, la Cour suprême a confirmé que les provinces peuvent modifier leur constitution dans la mesure où elle n'est pas spécifiquement régie par l'*Acte de 1867* ¹⁴. Inversement, on ne trouve rien dans les arrêts *Blaikie* et *Forest* qui soit susceptible de remettre en cause les changements qu'ont apportés les provinces aux prescriptions des articles 58 à 90 de l'*A.A.N.B.* ¹⁵

8. Voir *Blaikie*, note 1, à la p. 6.

9. *Forest*, note 1, aux p. 6-7. La Cour n'aurait pas eu à faire ce développement si elle avait expliqué dans *Blaikie* que le « nonobstant » est inapplicable parce que l'a. 133 ne vise même pas la « constitution de la province ». Voir la note 33.

10. *Renvoi sur le Sénat*, note 1, aux p. 19-20.

11. Voir *Blaikie*, note 1, à la p. 9.

12. Dans *Blaikie*, les cours du Québec étaient de cet avis, note 4; mais la Cour d'appel du Manitoba fut d'opinion contraire dans *Forest*, note 7. L'« interprétation par parties » d'une constitution britannique, celle de Ceylan, a déjà été accréditée par le Conseil privé: *Liyanage v. R.*, [1967] 1 A.C. 259, et *Kariapper v. Wijesinha*, [1968] A.C. 717.

13. Voir *Blaikie*, note 1, aux p. 7-8. Même si l'aspect provincial de l'art. 128 faisait partie de la « constitution de la province », il pourrait être intangible parce que la Cour suprême trouve qu'il se rattache à la charge « de lieutenant-gouverneur et concerne le statut de la Couronne par rapport aux membres des chambres législatives »: voir p. 8, et l'exception contenue à l'art. 92(1).

14. *Ibid.*, à la p. 8, à propos de *Fielding v. Thomas*, [1896] A.C. 600.

15. Sous réserve, dans le cas du Manitoba, de la possibilité que l'art. 6 de l'*A.A.N.B. de 1871*, S.R.C. 1970, Appendice II, no 11, restreigne son droit de se prévaloir de l'art. 92(1): voir *Forest*, note 1, à la p. 7. Pour ce qui concerne l'augmentation de la durée des assemblées législatives prévue à l'art. 85 de l'*A.A.N.B.*, voir *R. ex rel. Tolfree v. Clark*, [1943] 2 D.L.R. 554 (H.C. Ont.) et [1943] 3 D.L.R. 684 (C.A. Ont.).

Globalement donc, le pouvoir d'amendement constitutionnel des provinces n'a pas été affecté par les décisions récentes de la Cour suprême. On réalise simplement que les articles 133 de l'*A.A.N.B.* et 23 de l'*Acte du Manitoba*, eux, ne peuvent faire partie de la constitution des provinces concernées. C'est plutôt l'ampleur apparemment impressionnante donnée par la Cour suprême à ces deux dispositions qui est susceptible de provoquer des répercussions juridiques identifiables aux niveaux fédéral, québécois et manitobain¹⁶.

2. Le pouvoir d'amender « la constitution du Canada »

À sa face même, le pouvoir de modification constitutionnelle dévolu au Parlement fédéral par l'article 91(1) de l'*A.A.N.B.* paraissait utiliser l'expression « constitution du Canada » dans son sens le plus large. Si on n'avait voulu viser que la constitution des organes fédéraux, il aurait été facile de le dire, comme ce fut fait dans des projets de rapatriement¹⁷, et on n'aurait pas eu besoin d'en excepter « les matières rentrant dans les catégories de sujets que la présente loi attribue exclusivement aux législatures des provinces » ni « ce qui concerne les droits ou privilèges accordés ou garantis, par la présente loi ou par toute autre loi constitutionnelle, à la législature ou au gouvernement d'une province ». D'ailleurs, dans l'arrêt *Jones*, le juge en chef du Canada avait écrit au nom de la Cour suprême :

Je n'ai pas ici à énoncer de façon exhaustive ce que comprend, au par. (1) de l'art. 91, l'expression « la constitution du Canada ». Elle comprend certainement l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, et ses modifications, et par conséquent l'art. 133.¹⁸

Cependant, la Cour a changé d'avis à ce sujet dans le *Renvoi sur le Sénat* : la « constitution du Canada » à l'article 91(1) « ne se rapporte pas au

16. L'arrêt *Blaikie*, note 1, aux p. 5-6, ne me paraît pas transformer l'art. 133 en une disposition de procédure législative exigeant la disponibilité simultanée dans les deux langues de toutes versions intermédiaires des projets de loi. À la p. 11, il rend l'art. 133 applicable aux règlements, mais le 14 février 1980, le procureur général du Québec annonçait qu'une demande sera présentée à la Cour suprême pour qu'elle précise si les règlements des collectivités locales sont visés : G. BEAUDOIN, dans « La langue des municipalités et des commissions scolaires », *Le Devoir*, 20 décembre 1979, p. 5, soutient que non ; notons aussi que la Cour a parlé de *regulations* et non de *by-laws*. Enfin, sont couverts tous les tribunaux et autres organismes ayant pouvoir de rendre la justice (à la p. 15). Ces dernières conclusions surprennent moins que la réponse « péremptoire » sur laquelle elles s'articulent (aux p. 12, 11) : la Cour se sert de l'extension du ch. III de la *Charte de la langue française*, inconstitutionnel au surplus, pour déterminer la portée de l'art. 133 de l'*A.A.N.B.*, ce qui constitue un hors-d'œuvre assez louche.

17. Voir l'art. 6 de la formule Fulton-Favreau de 1964 et l'art. 53 de la charte de Victoria de 1971.

18. *Jones*, note 5, à la p. 196.

Canada au sens géographique mais bien à l'entité juridique fédérale », « ne signifie pas l'ensemble de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, mais la constitution du gouvernement fédéral, par opposition aux gouvernements provinciaux »¹⁹. On affirmait souvent que cet article 91(1) donnait le pouvoir de modifier la constitution des seuls organes centraux ou fédéraux, compte tenu des exceptions qu'il comporte relativement aux pouvoirs, droits et privilèges des provinces. Aujourd'hui, la Cour suprême parvient à la même conclusion sans avoir à tenir compte des exceptions. Elle rejette donc la prétention du procureur général du Canada que le pouvoir d'amendement conféré au Parlement fédéral est limité uniquement par les réserves expresses qui s'y trouvent²⁰.

Cette première restriction jurisprudentielle introduite dans l'article 91(1) de l'*A.A.N.B.* est de taille. Elle oblige à chercher ailleurs que dans les exceptions expresses si on veut évaluer l'ampleur de ce qui reste à rapatrier. Elle permettra d'invoquer contre le Parlement d'Ottawa le genre d'argument « transcendant » que viennent de se faire opposer le Manitoba et le Québec, à savoir qu'une modification ne concerne pas la constitution du fédéral mais concerne indivisiblement la constitution du Canada. La Cour suprême confirme de la sorte l'absence d'« exhaustivité constitutionnelle » dont parlait le juge Lamer dans l'affaire *Blaikie*²¹. Cette partie de l'« avis » de la Cour n'était probablement pas nécessaire pour déterminer si peut être unilatéralement aboli le Sénat, celui-ci étant compris dans l'« entité juridique fédérale », mais elle fait certainement autorité.

La seconde restriction au pouvoir central d'amendement constitutionnel dégagée par la Cour suprême est plus formaliste : l'article 91(1) n'est qu'une « particularisation » du pouvoir législatif général, lequel est conféré « à la Reine, (agissant) de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes ».

On ne peut interpréter le paragraphe 91.1 de façon à permettre de supplanter tout le reste de l'article. On ne peut l'interpréter de façon à permettre le transfert des pouvoirs législatifs énumérés dans l'art. 91 à un ou plusieurs organismes autres que ceux qui y sont expressément désignés.²²

À l'appui de cette conclusion, la Cour souligne également que les exceptions prévues à l'article 91(1) impliquent l'existence continue du Sénat et de la Chambre des communes en tant que composantes du pouvoir législatif central²³.

19. *Renvoi sur le Sénat*, note 1, à la p. 14.

20. *Ibid.*

21. En Cour d'appel du Québec, note 4, aux p. 355 ss.

22. *Renvoi sur le Sénat*, note 1, à la p. 16.

23. *Id.*, aux p. 18-19.

Le Parlement d'Ottawa pourra quand même modifier unilatéralement la constitution du Sénat, mais la limite de son pouvoir est déterminée par un critère assez vague: ne pas porter « atteinte aux caractéristiques fondamentales attribuées au Sénat pour assurer la représentation régionale et provinciale dans le système législatif fédéral »²⁴. Cette façon de voir empêche d'identifier les dispositions de l'*A.A.N.B.* qui sont sujettes à modifications domestiques. Il faudra plutôt dans chaque cas chercher à évaluer si le changement proposé affecte ou non le caractère fondamental de la chambre concernée. Et à cet égard, la Cour suprême ne paraît pas prête à laisser une grande marge de manœuvre au Parlement fédéral²⁵.

Normalement, les caractéristiques fondamentales de la chambre basse seraient protégées de la même manière. L'une d'elles est consignée à l'article 53 de l'*A.A.N.B.*, qui incorpore en partie une convention constitutionnelle fortement ancrée dans la tradition parlementaire britannique²⁶: ce sont les élus qui ont la main haute sur toute législation de nature financière affectant la population qu'ils représentent. Or, une majorité de la Cour suprême, par la voix du juge Pigeon, avait récemment indiqué en *obiter dictum* que « les art. 53 et 54 ne sont pas des dispositions intangibles de la Constitution; ils tombent clairement dans les catégories de sujets que le Parlement du Canada est autorisé à modifier en vertu de l'art. 91(1) »²⁷. Cette considération illustre l'ampleur du décalage qui existe dans l'évaluation de la portée de l'article 91(1) selon qu'on se situe avant ou après le *Renvoi sur le Sénat*²⁸.

24. *Id.*, à la p. 24.

25. *Id.*, aux p. 20-24. Le principe de la similarité avec la constitution du Royaume-Uni, que la Cour invoque aux p. 10, 22 et 23, ne permettrait pas d'« affaiblir le rôle » du Sénat comme les *Parliament Acts* de 1911 et 1949 (R.-U.) l'ont fait pour celui de la Chambre des lords. Feraient aussi partie des caractères essentiels du Sénat le mode de représentation régionale, l'exigence qu'un sénateur réside dans la province pour laquelle il est nommé, un mandat d'une durée qui assure la sobriété intellectuelle et un mode de sélection non électif sans participation des provinces. À la p. 22, la Cour déclare que « certaines qualités exigées des sénateurs à l'art. 23, comme celles qui ont trait à leurs biens, peuvent ne pas avoir aujourd'hui l'importance qu'elles avaient lorsque l'Acte a été édicté ». Voilà un recours bien timide à la métaphore de l'« arbre capable de croître à l'intérieur de ses limites naturelles » appliquée généreusement dans *Blaikie*, note 1, aux p. 11 à 15. En fait, les branches semblent devoir pousser toutes dans le même sens: ce sont les dispositions intangibles qui peuvent croître, et les dispositions qui permettent de modifier dépérissent.

26. Voir, par exemple, D.C.M. YARDLEY, *Introduction to British Constitutional Law*, 5^e éd., Londres, Butterworths, 1978, à la p. 19.

27. *Renvoi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198, à la p. 1291, où il ajoute: « Sous réserve d'une exigence particulière comme celle de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits*, rien n'empêche le Parlement de modifier indirectement les art. 53 et 54 en prévoyant l'imposition et l'affectation de taxes, comme bon lui semble, par législation déléguée ou autrement ». Aux p. 1226-1229, le juge en chef ne se prononce pas sur cette question.

28. Voir aussi la citation correspondant à la note 18. Le Bill C-60 (1^{re} lecture, 20 juin 1978) qui a provoqué le renvoi reflétait la conviction du Gouvernement fédéral du droit de

3. Le problème de la création de nouveaux organes législatifs

En plein cœur de sa démonstration rigide du fait que l'article 91 et les exceptions de son paragraphe 1 impliquent la survie du Sénat, la Cour suprême plaque une évocation des arrêts les plus célèbres en vertu desquels les parlements canadiens ne pourraient pas transférer leurs pouvoirs à de nouveaux organes législatifs²⁹. Fort laconiquement, la Cour estime que l'« élimination du Sénat irait beaucoup plus loin » qu'une délégation de pouvoirs législatifs du Parlement fédéral à une législature provinciale³⁰. Puis elle ressuscite l'arrêt de 1916 où la Cour d'appel du Manitoba avait jugé que la province ne pouvait pas instituer un référendum délibératif parce que la législature ne pouvait se départir de ses pouvoirs au profit d'un nouvel organe³¹. On sait qu'en appel le Conseil privé, dans une péroraison célèbre, avait paru pencher dans le même sens tout en disant ne pas vouloir trancher définitivement le débat et ne faire « rien d'autre que souligner la gravité des questions constitutionnelles qui se posent à cet égard »³².

Pourtant, la logique qui préside au développement de la Cour suprême sur ce sujet est assez terre-à-terre. Elle paraît ne pas vouloir démontrer plus que ceci : au niveau central, le pouvoir législatif est conféré par l'article 91 à la Reine agissant de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des communes et il ne peut être cédé par application de son paragraphe 1 à un organe autre ou composé différemment ; au niveau provincial, le pouvoir législatif est conféré à la « législature » par l'article 92 et il ne peut être cédé par application de son paragraphe 1 à un autre organe, sauf que le « nonobstant » permet à cette « législature » de modifier sa composition prévue à l'*A.A.N.B.* (sous réserve de l'exception relative au lieutenant-gouverneur)³³. Strictement donc, même si elle a souligné que l'élimination du Sénat impliquerait le transfert par le Parlement fédéral de tous ses pouvoirs à un nouvel organe dont le Sénat ne ferait pas partie, ce n'est pas à ce genre de transfert comme tel que la Cour s'objecte puisqu'elle l'accepte dans le cas de l'abolition d'un conseil législatif provincial³⁴.

remplacer unilatéralement le Sénat : art. 56, 62 à 70 et 124-125. Dans le même sens, voir par exemple E. FORSEY, *Le Devoir*, 7 juin 1976, p. 5, et *Le Soleil*, 13 juillet 1978, p. A5 ; P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1977, à la p. 202. Pour un bref exposé des thèses en présence, voir J. CLAYDON et D. GALLOWAY, *Law and Legality: Materials on Legal Decision-Making*, Toronto, Butterworths, 1980, aux p. 1-36 s.

29. *Renvoi sur le Sénat*, note 1, aux p. 16-18.

30. La décision classique *P.g. Nouvelle-Écosse v. P.g. Canada*, [1951] R.C.S. 31 est citée.

31. *Re Initiative and Referendum Act*, (1916) 27 Man. R. 1.

32. [1919] A.C. 935, à la p. 945, cité en français dans le *Renvoi sur le Sénat*, note 1, à la p. 18.

33. Si le Manitoba doit prendre le « nonobstant » comme il est, c'est-à-dire comme permettant de déroger seulement à ce qui se trouve dans l'*A.A.N.B.* (*Forest*, note 1, aux p. 6-7), l'abolition du Conseil législatif qui était prévu à l'art. 9 de l'*Acte du Manitoba*, note 7, serait-elle inconstitutionnelle ?

34. *Supra*, note 10. Ainsi, l'art. 1 de la *Loi sur la législature*, L.R.Q. 1977 c. L-1, stipule :

Il reste que le recours aux décisions relatives à la loi référendaire manitobaine est assez ambigu. Ces décisions allaient à l'encontre des pouvoirs provinciaux. Le Conseil privé avait fait remarquer que le Parlement fédéral ne souffrait pas nécessairement de la même incapacité que les provinces³⁵ — et cela se passait bien avant le « rapatriement partiel » de 1949, bien avant l'édiction de l'article 91(1). Or les « graves questions constitutionnelles » qu'évoquait ce même tribunal britannique faisaient certainement écho aux préoccupations de la Cour d'appel du Manitoba, à savoir la substitution de la démocratie directe à la démocratie représentative et la possibilité que soient placés en concurrence deux organes jouissant de la suprématie à l'égard des mêmes matières³⁶. L'abolition ou le remplacement du Sénat comme tiers organe d'un Parlement unique ne pose aucun problème de cette nature.

Manifestement, cet aspect de la souveraineté qui laisse le Parlement britannique parfaitement libre de se substituer tout organe législatif lui-même souverain n'est pas parvenu à traverser l'Atlantique. L'insistance de la Cour suprême sur la partie du préambule de l'*A.A.N.B.* qui octroie « une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni » étonne. Qu'il existe une chambre haute dans ce dernier pays est un fait. Le principe, c'est que le Parlement a pu en limiter sévèrement les pouvoirs et qu'il peut les limiter davantage, jusqu'à l'élimination complète.

Tout porte à croire que, malgré les apparences, les provinces ne sont pas mieux placées qu'Ottawa dans ce domaine. Si elles peuvent abolir leur conseil législatif, ce n'est pas parce qu'elles jouissent de la suprématie législative à l'égard de leur constitution, mais parce qu'elles ont le droit technique de substituer une « législature » à une « législature ». La marge de manœuvre que donne ce pouvoir est certes susceptible de varier au gré des aléas de l'ingéniosité judiciaire. Mais la consécration implicite par la Cour suprême de l'opinion de la Cour d'appel du Manitoba de 1916 suggère qu'il

« La Législature du Québec se compose du lieutenant-gouverneur et de l'Assemblée nationale du Québec; elle exerce tous les pouvoirs conférés à la Législature de la province de Québec composée du lieutenant-gouverneur et de deux Chambres appelées le Conseil législatif de Québec et l'Assemblée législative de Québec ».

35. Lord Haldane avait souligné l'existence au profit du fédéral du pouvoir résiduaire: note 32, à la p. 943.
36. Voir note 31, aux p. 6-7, 13, 15 et 23. Et dans le cas de la loi référendaire impliquée, il apparaissait qu'à la limite l'électorat aurait pu abroger toute loi, y compris les lois qui auraient voulu limiter ou abolir son pouvoir délibératif; inversement, la législature aurait pu édicter des lois incompatibles avec les normes agréées lors d'un référendum. Au-delà des technicalités, n'est-ce pas la possibilité que de telles impasses se créent entre les organes qui se partagent la « souveraineté » législative au Canada qui justifie la prohibition de la délégation du Parlement fédéral aux législatures provinciales et vice versa? Voir l'opinion du juge Rand dans l'affaire de la Nouvelle-Écosse, note 30, aux p. 46 ss.

ne suffirait pas de bien préserver tous les pouvoirs du lieutenant-gouverneur pour instituer un système référendaire délibératif valide pour les fins provinciales³⁷. Et sa consécration implicite de l'*obiter* du Conseil privé dans cette affaire pourrait même servir à invalider toute création d'un « nouvel organe législatif qui n'est pas mentionné » dans l'*A.A.N.B.*³⁸

4. Le procédé conventionnel d'amendement

L'articulation immédiate du raisonnement de la Cour suprême dans le *Renvoi sur le Sénat* a beau être légaliste, son opinion se fonde sur des prémisses qui se veulent historiques, mais aussi conventionnelles. À partir du Livre blanc fédéral de 1965³⁹, la Cour relate d'abord les cas où il a fallu qu'Ottawa demande à Londres d'apporter un changement constitutionnel, et elle souligne ceux où le consentement des provinces avait été obtenu⁴⁰. Puis, elle cite dans leur formulation fédérale les quatre conventions constitutionnelles régissant la procédure d'amendement des matières non rapatriées, dont la suivante :

Quatrièmement, le Parlement du Canada ne procède pas à une modification de la Constitution intéressant directement les rapports fédératifs sans avoir au préalable consulté les provinces et obtenu leur assentiment. Ce principe ne s'est pas concrétisé aussi tôt que les autres, mais, à partir de 1907 et en particulier depuis 1930, il a été de plus en plus affirmé et accepté. Il n'a pas été facile, cependant, de préciser la nature et l'étendue de la participation provinciale à la procédure de modification.⁴¹

La Cour suprême consacre alors un long développement de son cru dans lequel elle évalue presque ouvertement la convenance de la « pratique » constitutionnelle. Elle semble vouloir interpréter et appliquer la notion d'amendement « intéressant directement les rapports fédératifs » dont parle le quatrième principe du Livre blanc qu'on vient de citer.

La mineure de la Cour, apparemment anodine, est la suivante :

La modification de 1949 qui a édicté le par. 91.1 de l'Acte visait manifestement à obvier à la nécessité de la promulgation d'une loi par le Parlement britannique pour

37. Seuls des moyens détournés déjà éprouvés pourraient être disponibles, comme l'obligation statutaire purement procédurale, que s'imposeraient le « Parlement » ou la « législature » intangible, de respecter la volonté de l'électorat. Voir *R. v. Nat Bell Liquors Ltd.*, [1922] 2 A.C. 128, et *A.-G. New South Wales v. Trethowän*, [1932] A.C. 526. Voir aussi l'affaire du référendum manitobain, note 31, aux p. 9, 26-27.

38. Voir la teneur du doute exprimé par le Conseil privé et cité dans le *Renvoi sur le Sénat*, note 1, à la p. 18.

39. G. FAVREAU, *Modification de la Constitution du Canada*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1965.

40. *Renvoi sur le Sénat*, note 1, aux p. 4 ss.

41. *Id.*, à la p. 8.

apporter à l'Acte des modifications qui, jusqu'alors, avaient été obtenues par une résolution conjointe des deux Chambres du Parlement sans le consentement des provinces.⁴²

Or elle souligne que seuls des amendements de cuisine (« housekeeping ») fédérale ont été opérés en vertu de ce rapatriement partiel, qu'ils n'ont « aucune répercussion appréciable sur les relations fédérales-provinciales » et qu'ils auraient, avant 1949, été requis sans le consentement des provinces⁴³. Par contre, bien que l'abolition du Sénat « n'ait aucun effet direct sur les relations fédérales-provinciales en ce sens qu'elle ne modifie pas les pouvoirs législatifs », cette mesure élimine un organe dont le rôle est vital dans notre système fédéral, comme en témoignent les débats pré-confédératifs : assurer par une représentation égalitaire « la protection des divers intérêts régionaux au Canada quant à l'adoption de la législation fédérale »⁴⁴. Enfin, juste avant d'aborder la démonstration formaliste que l'on connaît, la Cour souligne à nouveau que l'article 91(1) a été ajouté en 1949, « mais sans le consentement des provinces »⁴⁵.

Qu'est-ce à dire, sinon qu'aux yeux de la Cour suprême du Canada, le nouveau pouvoir acquis sans le consentement des provinces mérite, de ce fait, d'être interprété strictement ; qu'Ottawa ne peut légitimement requérir de façon unilatérale, en vertu de la « pratique » constitutionnelle, des modifications affectant les rapports fédératifs au sens large ; que le fédéral a à toutes fins utiles épuisé en 1949 son droit d'agir unilatéralement en vertu des conventions constitutionnelles ?

Ce n'est pas la première fois que la Cour suprême se sert directement de conventions constitutionnelles pour interpréter la loi⁴⁶. Je réalise qu'il serait illusoire de s'adresser aux tribunaux pour contester d'éventuelles initiatives unilatérales d'Ottawa auprès de Westminster en matière constitutionnelle. Il n'en reste pas moins que le droit est maintenant établi. Et les normes fondamentales sont faites pour être respectées, d'autant plus qu'elles ne sont pas assorties de sanction.

42. *Ibid.*

43. *Id.*, aux p. 8-9.

44. Voir *id.*, aux p. 9-13. À la p. 16, la Cour parle aussi d'un compromis visant la préservation des droits des minorités.

45. *Id.*, à la p. 13 ; et voir dans *Blaikie*, note 1, à la p. 9, la remarque de la Cour sur ce même article. Voir aussi K. McELCHERAN et J.D. WHYTE, « La Cour suprême et les changements constitutionnels », *Le Soleil*, 19 et 20 septembre 1979, à la p. A6.

46. Même en matière criminelle : voir *Arseneau v. R.*, [1979] 2 R.C.S. 136, à la p. 149. Voir aussi l'*Affaire des conventions du travail*, [1936] R.C.S. 461, aux p. 476-477, et l'*Affaire des lois albertaines*, [1938] R.C.S. 100, aux p. 144-146.

Conclusion

Le Parlement de Londres fut le titulaire de la suprématie constitutionnelle pendant une longue période de notre histoire. Lors de la Confédération, du Statut de Westminster de 1931 et du rapatriement de 1949, les parlements canadiens se sont vus investis peu à peu de la même faculté, selon le modèle britannique, mais sous réserve du partage des compétences législatives. Quand, en 1947, dans le *Renvoi sur l'abolition des appels au Conseil privé* qu'invoque la Cour suprême dans *Blaikie*⁴⁷, le Conseil privé donne à l'*A.A.N.B.* une interprétation évolutive, ce n'est pas pour augmenter les attributions constitutionnelles du pouvoir judiciaire, mais bien pour consacrer plus avant la suprématie parlementaire, fédérale en l'occurrence, dans le domaine.

Aujourd'hui, la Cour suprême du Canada se retourne contre son créateur et se couronne l'autorité ultime au pays. Elle va au-delà de la simple interprétation des règles du partage des compétences législatives. Par le biais d'une approche dépersonnalisée, elle en arrive à dire ce qu'est la constitution, même si elle se dédit à l'occasion. Institutionnalisée, elle proclame l'éventail des outils dont elle entend se servir dans l'exercice de ses fonctions naguère insoupçonnées : la transcendance et le formalisme, l'histoire et l'évolution, les conventions constitutionnelles et la loi, les discours politiques. Elle ne s'impose aucune entrave. Elle semble savoir ce qu'elle veut, mais ne paraît pas vouloir le laisser prédire trop facilement.

Pour l'heure, la Cour suprême applique au fédéral et aux provinces un même poids, une même mesure. Les compromis qui furent négociés lors de la fédération et qui visaient la protection des intérêts minoritaires au pays sont intangibles. C'est par de nouveaux accords qu'on pourra changer les règles du jeu. J'imagine qu'un des premiers éléments à négocier devrait être le statut de cet arbitre ultime qu'est la Cour suprême. Mais tout compte fait, d'ici au déblocage, la menace de l'activisme unilatéral d'Ottawa est tempérée et le tribunal fédéral ne laissera pas s'opérer une évolution constitutionnelle significative.

47. Note 1, à la p. 14. Voir [1947] A.C. 124.