

LE DÉSAVEU OU L'ANNULATION DES LOIS PROVINCIALES PAR LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL

Roger Chaput

Volume 6, Number 2, 1975

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1059664ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1059664ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Chaput, R. (1975). LE DÉSAVEU OU L'ANNULATION DES LOIS PROVINCIALES PAR LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL. *Revue générale de droit*, 6(2), 305–320.
<https://doi.org/10.7202/1059664ar>

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 1975

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

LE DÉSAVEU OU L'ANNULATION DES LOIS PROVINCIALES PAR LE GOUVERNEMENT FÉDÉRAL

par Roger CHAPUT,

professeur à la Faculté de Droit de l'Université d'Ottawa.

L'opposition à la loi 22 sur les langues et la résistance de l'Alberta à la politique fédérale de l'énergie ont fait revivre le débat sur le droit du gouvernement fédéral de désavouer une loi provinciale qu'il considère inconstitutionnelle ou pour toute autre cause. Il convient de retracer ici les différentes étapes qui conduisent à la situation actuelle non exempte d'ambiguïté tant à la cause de l'évolution constitutionnelle (la Charte de Victoria de 1971 proposait l'abolition du droit de désaveu non exercé depuis 1943) que des facteurs politiques en cause. Il faut s'arrêter en même temps au droit de réserve des lieutenants-gouverneurs qui permet également au pouvoir central d'annuler les lois provinciales.

Malgré la limitation substantielle des pouvoirs législatifs des provinces dans la Constitution de 1867 (pouvoir résiduel accordé au parlement central, importance numérique des matières fédérales de législation mentionnées spécifiquement, priorité de ces matières sur les matières provinciales, pouvoir de l'autorité fédérale de s'attribuer par simple déclaration certains sujets non spécifiés), les Pères de la Confédération accordèrent au gouvernement fédéral le pouvoir de *désavouer* de sa propre initiative dans un délai d'un an toute loi adoptée par les parlements provinciaux, ce qui signifiait qu'elle était annulée à compter de la date de la proclamation du désaveu. Dans cette tâche de surveillance des agissements provinciaux, le gouvernement fédéral était aidé par les lieutenants-gouverneurs des provinces, nommés par lui, qui avaient reçu le droit de *réserver* les lois provinciales «pour la signification du plaisir» du gouverneur général, c'est-à-dire de laisser au gouvernement fédéral le soin de décider si une loi ainsi réservée était ou non légitime.

Ces dispositions étaient héritées du droit impérial. Les provinces britanniques du Nord pré-confédérales n'avaient pas échappé à la règle du désaveu impérial ni à celle du droit de réserve du représentant de sa Majesté dans leur capitale et Londres n'avait pas jugé en 1867 que le moment était venu de dispenser la nouvelle fédération de ces règles traditionnelles. Elles furent inscrites dans la nouvelle constitution aux articles 55, 56, 57 et 90¹.

¹55. Lorsqu'un bill voté par les chambres du Parlement sera présenté au gouverneur général pour la sanction de la Reine, le gouverneur général devra déclarer à sa

Une fois transposés dans les relations entre Ottawa et les provinces, les droits de désaveu et de réserve soulevaient le problème de l'arbitre qui serait chargé de se prononcer sur la légitimité des lois provinciales, du moins pour ceux qui refusaient d'accepter la conception selon laquelle les provinces étaient de simples dépendances de l'autorité centrale dont elles étaient en quelque sorte l'émanation et de qui elles tenaient, pouvait-on dire, leurs pouvoirs. Pour les adversaires de la doctrine de la subordination pure et simple des provinces au pouvoir central, il paraissait évident qu'en entreprenant de désavouer une loi provinciale de gouvernement fédéral assumait le rôle de juge dans sa propre cause. C'est sans doute ce qui explique la proposition faite à la Conférence confédérale de Québec (1864) mais non retenue, à savoir que le pouvoir de s'opposer aux lois adoptées par les différents pouvoirs législatifs du pays, qu'il s'agisse du parlement fédéral ou des assemblées provinciales, soit accordé exclusivement au gouvernement impérial.

I. — SIR JOHN A. MACDONALD.

Tel n'était pas le genre de problèmes auxquels devait s'arrêter Sir John Macdonald, principale figure du monde politique de 1867 à qui revenait la tâche de mettre en route le régime fédéral inscrit dans l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique. Il avait été jusqu'en 1864 un adversaire déclaré du fédéralisme et n'avait jamais caché sa préférence pour le système gouvernemental unitaire qu'il considérait «le meilleur, le moins dispendieux, le plus rigoureux et le plus fort». Ses interventions durant le débat parlementaire de 1865 sur la Confédération indiquaient clairement qu'il considérait les assemblées provinciales comme des législatures nettement secondaires qu'il opposera constamment au puissant gouvernement central: «We should have a powerful Central Government, a powerful Central Legislature and a decentralized system of

discretion, mais sous réserve des dispositions du présent acte et des instructions de Sa Majesté, ou qu'il le sanctionne au nom de la Reine, ou qu'il refuse cette sanction, ou qu'il réserve le bill pour la signification du bon plaisir de la Reine.

56. Lorsque le gouverneur général aura donné sa sanction à un bill au nom de la Reine, il devra, à la première occasion favorable, transmettre une copie authentique de la loi à l'un des principaux secrétaires d'Etat de Sa Majesté. Si la Reine en conseil, dans les deux ans après que le secrétaire d'Etat aura reçu ladite loi, juge à propos de la désavouer, ce désaveu (avec un certificat du secrétaire d'Etat, quant au jour où il aura reçu la loi) une fois signifié par le gouverneur général, au moyen d'un discours ou message à chacune des chambres du Parlement ou par proclamation, annulera la loi à compter du jour d'une telle signification.
57. Un bill réservé à la signification du bon plaisir de la Reine n'aura ni vigueur ni effet avant et à moins que, dans les deux ans à compter du jour où il aura été présenté au gouverneur général pour recevoir la sanction de la Reine, ce dernier ne signifie, par discours ou message, à chacune des deux chambres du Parlement, ou par proclamation, que ledit bill a reçu la sanction de la Reine en conseil.
90. Les dispositions suivantes du présent acte relatives au Parlement du Canada, à savoir: les dispositions concernant la sanction des bills, le désaveu des lois et la signification du bon plaisir à l'égard des bills réservés, s'étendront et s'appliqueront aux législatures des différentes provinces, comme si elles étaient ici édictées de nouveau et rendues expressément applicables aux provinces respectives et à leurs législatures, en substituant toutefois le lieutenant-gouverneur de la province au gouverneur général, le gouverneur général à la Reine et au secrétaire d'Etat, un an à deux ans et la province au Canada.

minor legislatures for local purposes²»... «We have strengthened the General Government. We have given the General Legislature all the great subjects of legislation³», etc...

Certaines expressions employées par lui et ceux qui partageaient ses idées en se référant aux provinces, comme «local municipal parliaments», «municipal councils on a large scale» ou «subordinate legislatures» allaient dans le même sens. On peut prendre pour acquis que Macdonald fut l'un des législateurs de 1864-1867 qui tentèrent de réduire le plus possible la marge de liberté laissée aux provinces. C'est l'opinion de Dawson qui va jusqu'à dire que Macdonald aura la satisfaction de voir ses collègues accepter une constitution plus ou moins conforme à celle qu'il avait en tête⁴.

Il est fort probable que le premier ministre de 1867 ne se posa guère de questions lorsque vint le moment de fixer la politique de désaveu du nouveau régime. Aussi le voit-on en tant que ministre de la Justice soumettre en juin 1868 un mémoire sur le sujet au gouverneur général prenant pour acquis que les décisions en la matière ne seront prises par ce dernier que sur l'avis et du consentement de ses ministres⁵. Le gouverneur général qui approuva le mémoire l'interpréta dans ce sens et les décisions de désaveu par la suite furent prises par le gouverneur général *en conseil* c'est-à-dire avec le consentement de son cabinet. Il ne pouvait être question que le gouverneur agisse en quelque sorte comme arbitre entre Ottawa et les provinces, avec ou sans le concours de Londres.

Une proposition dans ce sens faite l'année suivante par Macdonald lui-même contre toute attente fut finalement rejetée par Londres à l'occasion de la crise des écoles du Nouveau-Brunswick. L'une des autorités britanniques alors consultées émit incidemment l'opinion que «le pouvoir de confirmer ou de désavouer les lois des provinces appartient, de par la Constitution, au gouverneur général du Dominion du Canada *agissant selon l'avis de ses conseillers constitutionnels*⁶».

Cette confirmation intervint vers la fin du régime Macdonald au tournant des années 72-73. Elle ne fit en somme que légitimer après coup la pratique suivie depuis 1867. Macdonald avait donc tranché seul à toutes fins pratiques la question de savoir si une province avait outrepassé ses pouvoirs dans son action législative. Au cours de son premier passage au pouvoir de l'été 1867 à l'automne 1873, les provinces virent cinq de leurs lois annulées sur l'initiative du gouvernement fédéral c'est-à-dire par suite de désaveux «recom-

² *Confederation Debates*, 1865, p. 1002.

³ *Id.*, p. 33.

⁴ MacGregor DAWSON, *The Government of Canada*, 5e édit., Toronto University of Toronto Press, 1970, p. 27.

⁵ W.E. HODGINS, *Dominion and Provincial Legislation, 1867-1895*, Ottawa, Government Printing Bureau, 1896, p. 61.

⁶ *Id.*, p. 69.

mandés» au gouverneur général sous la signature de son ministre de la Justice, Macdonald lui-même.

Il ne s'agit là cependant que d'un volet du diptyque constitutionnel auquel les provinces devaient faire face si elles voulaient que leurs lois franchissent le Rubicon fédéral. L'autre barrière qui précédait en fait chronologiquement celle du désaveu était celle du droit de réserve dont l'initiative revenait cette fois aux lieutenants-gouverneurs. C'est à son sujet que les provinces rencontrèrent le plus d'obstacles à l'exercice de leur pouvoir législatif durant les premières années. La moyenne des lois réservées de '67 à '73 n'est plus de une par année comme dans le cas des désaveux mais de cinq, ou peu s'en faut, puisque vingt-quatre «bills» furent la cible des lieutenants-gouverneurs pendant cette période. Les chiffres seuls ne dévoilent d'ailleurs pas toute la vérité car les écueils que doivent éviter les provinces pour échapper à l'annihilation de leurs volontés sont multipliées en quelque sorte par trois et même davantage. Alors que le gouverneur général conseillé par Macdonald ne désavoue les lois des provinces que si elles sont inconstitutionnelles c'est-à-dire dépassent leur compétence, les lieutenants-gouverneurs exerceront en plus leur droit de réserve parce que ces lois leur paraissent *inter alia* injustes, prématurées ou contraires aux politiques présentes ou à venir du gouvernement fédéral. Ainsi, lorsqu'en 1872 le Manitoba voudra établir un Barreau provincial, le lieutenant-gouverneur sera d'avis qu'il est encore trop tôt pour empêcher les avocats des autres provinces de venir y exercer leur profession. La réaction du lieutenant-gouverneur sera la même lorsque les ingénieurs de la province voudront se constituer en corporation. La Colombie-Britannique se verra déjà empêchée de construire des voies ferrées à l'intérieur des frontières provinciales parce que cela pourrait éventuellement nuire à la réalisation du futur chemin de fer transcontinental qui est encore très loin. Un des motifs invoqués par le lieutenant-gouverneur dans un cas pour exercer son droit de réserve est la mauvaise rédaction de la loi qu'il considère «*badly drafted*». Enfin les lieutenants-gouverneurs auront tendance à faire obstacle à une loi dès qu'ils auront le moindre doute quant à sa constitutionnalité.

En quatre occasions cependant de 1867 à 1873, Macdonald crut bon de faire sanctionner des lois réservées qui ne lui paraissaient ni inconstitutionnelles ni contraires aux politiques fédérales (ou impériales) ni critiquables pour quelque autre raison. Ce geste ne suffisait pas à tempérer d'une manière appréciable le régime suivi durant les premières années de la Confédération en vertu duquel le gouvernement fédéral pouvait servir de juge dans sa propre cause en ce qui concernait non seulement la constitutionnalité des lois provinciales mais aussi leur incompatibilité avec les politiques fédérales présentes ou à venir, leur illégalité ou même leur simple opportunité pour ne pas dire la seule qualité de leur forme⁷.

⁷ Une très utile synthèse des principaux développements concernant les critères d'annulation apparaît dans l'étude de G.V. LAFOREST, *Disallowance and Reservation of Provincial Legislation*, Ottawa, Department of Justice, 1955.

II. — LES PREMIERS LIBÉRAUX.

Un an après avoir vu son mandat renouvelé aux élections de 1872, le gouvernement Macdonald se voit forcé de démissionner et de céder la place aux Libéraux. Le personnage le plus prestigieux du parti est Edward Blake, premier ministre de l'Ontario qui a abandonné ce poste afin de se consacrer à la scène fédérale où il était également député grâce au système du double mandat qui permettait d'occuper un siège aux deux chambres. Il avait néanmoins refusé le poste de chef de l'opposition de sorte qu'au moment de la débâcle conservatrice de 1873, le premier ministre libéral sera Alexander Mackenzie. Blake et Mackenzie s'étaient opposés à certains aspects de la politique de Macdonald concernant les relations entre le gouvernement fédéral et les provinces. Ainsi ils avaient protesté vivement en 1868 lorsque Ottawa avait décidé sans consulter les provinces d'augmenter les subsides fédéraux à la Nouvelle-Écosse.

Beaucoup devait dépendre de la position des juristes libéraux comme l'indiquait la présence de Macdonald au ministère de la Justice, d'autant plus que le premier ministre libéral n'était pas juriste. En l'absence de Blake qui refusa d'abord toute participation active dans le nouveau gouvernement, Mackenzie choisira Antoine-Aimé Dorion comme ministre de la Justice. Celui-ci on le sait était le chef du parti «libéral» québécois opposé jusqu'à la fin à la Confédération. Cette opposition était très largement motivée par le trop grand ascendant que l'on se proposait de donner au pouvoir fédéral sur les provinces.

En exprimant son point de vue, Dorion exprimait celui du parti libéral québécois dont Fournier et Laflamme étaient avec lui les figures dominantes. Ce trio occupa le ministère de la Justice pendant près de trois ans, le reste du mandat Mackenzie (1875-1878) étant occupé par Blake.

Plus d'un observateur du temps a pu s'attendre à quelque changement dans la politique du gouvernement central au sujet des relations fédérales-provinciales.

Il n'en fut pourtant rien en particulier au chapitre du désaveu. Alors que Macdonald s'était contenté de cinq désaveux en cinq ans, les quatre ministres libéraux de la Justice se partagèrent durant un même laps de temps pas moins de dix-huit désaveux. Il est vrai que sept des lois désavouées sont celles de la Colombie-Britannique qui ne devient membre de la Confédération qu'en 1873. Néanmoins les chiffres indiquent clairement quelles que puissent être les circonstances atténuantes, que les provinces ne peuvent fonder d'espoir sur le changement de parti à Ottawa pour ce qui est de l'annulation de leurs lois sur l'initiative du gouvernement fédéral lui-même.

⁸ *Journaux de la Chambre des Communes*, 1869, p. 231.

En revanche les provinces se verront sensiblement soulagées en ce qui concerne le droit de réserve, du moins quantitativement parlant. Durant les cinq années du régime libéral, quinze lois seront réservées par les lieutenants-gouverneurs au lieu de vingt-quatre durant le régime précédent et de plus huit d'entre elles (au lieu de quatre sous Macdonald) seront finalement sanctionnées par le gouverneur général, ce qui ne laisse que sept annulations dues à l'action des lieutenants-gouverneurs au lieu de vingt durant le régime Macdonald.

Malgré ce progrès notable, le régime libéral n'apportera finalement aucun soulagement aux provinces. Quantitativement parlant, de 1873 à 1878 comme de 1867 à 1873, le nombre de lois annulées par l'action combinée du gouverneur général et de ses lieutenants sera de vingt-cinq, soit dix-huit désaveux et sept absences de sanction dans le premier cas contre cinq et vingt respectivement dans le deuxième cas, ce qui donne cinquante annulations de l'expression de volonté des assemblées provinciales durant les dix premières années confédérales. Sur le plan «qualitatif», le bilan est également le même. Tout comme les désaveux fédéraux sous les deux régimes auront lieu pour des motifs d'inconstitutionnalité, de même l'action des lieutenants-gouverneurs dans les deux cas sera basée sur des raisons additionnelles semblables comme l'illégalité, l'incompatibilité avec les politiques fédérales etc.

Le bilan libéral ne s'arrête pas là par suite du rebondissement inattendu de la question du rôle du gouverneur général en matière de désaveu. Ce rebondissement intervient aussi durant la crise des écoles du Nouveau-Brunswick. La Chambre des Communes avait refusé de s'en laisser imposer par les avis de Londres et adopté quelques mois avant le départ de Macdonald (14 mai 1873) une résolution demandant au gouverneur général de désavouer les nouvelles lois scolaires du Nouveau-Brunswick adoptées en 1872 en vue d'assurer la mise en marche du régime scolaire lancé l'année précédente. Macdonald avait tenté d'empêcher l'adoption de cette résolution et refusé de conseiller au gouverneur général de donner suite à la volonté de la Chambre.

Le gouverneur demanda simplement des instructions à Londres dont la réponse se lisait en partie ainsi: «this is a matter in which you must act on your own individual discretion, and on which you cannot be guided by the advise of your responsible ministers of the Dominion⁹». Ces lignes furent interprétées comme se référant à la conduite à suivre par le gouverneur général en cas de désaveu en général. Ceci voulait dire que Londres refusait l'interprétation de l'article 90 de l'*Acte de L'Amérique du Nord Britannique* suggérée antérieurement à l'effet que le pouvoir de désaveu ne devait être exercé par le gouverneur général que sur l'avis de ses ministres; celui-ci devait agir seul en cette matière. On en revenait en somme à la suggestion faite à la Conférence de 1864 suivant laquelle l'annulation des lois fédérales et provinciales aurait relevé des autorités impériales.

⁹ HODGINS, *op. cit.*, 702.

Le revirement de Londres ne devait pas profiter aux provinces. Blake, nationaliste convaincu¹⁰ dépensera le meilleur de ses énergies en tant que ministre de la Justice à circonscrire le plus possible les pouvoirs du gouverneur général y compris celui de désaveu. Londres refusera d'admettre la validité de sa thèse sur ce dernier point mais Blake gagnera la bataille des faits, ce qui en l'occurrence équivalait à plus ou moins long terme à une victoire en droit. Les gouverneurs du temps continueront de solliciter l'avis de leurs ministres en matière de désaveu et de s'y conformer de sorte que les pouvoirs du gouverneur général seul en matière de désaveu se transformèrent par la pratique en pouvoirs du gouverneur général en conseil.

Au moment où les Libéraux cèdent la place aux Conservateurs à l'autonome de 1878, Macdonald n'eut aucun remords à reprendre la politique que lui-même et ses successeurs avaient suivie. Stimulé peut-être par l'exemple libéral, il y mit même passablement de zèle: alors qu'il n'avait désavoué personnellement que cinq lois provinciales de 1867 à 1873 contre dix-huit désaveux libéraux de '73 à '78 il ne désavoua par moins de 35 lois durant les dix années qui suivirent.

Les chiffres ici encore ne disent pas toute la vérité car à la dimension quantitative s'ajoutait de nouveau une dimension qualitative. Les actes désavoués à tort ou à raison durant les dix premières années de la Confédération par les deux partis l'avaient été pour des motifs d'ordre constitutionnel au sens que ces actes outrepassaient les pouvoirs législatifs des provinces par opposition à ceux du gouvernement fédéral. Il n'en fut plus de même pour les désaveux de la décade suivante. Aux motifs constitutionnels s'ajoutèrent des critères comme celui de lois «injustes», «violant les droits de l'individu» ou alors «venant en conflit avec la politique du gouvernement» fédéral. Ce dernier critère fut maintes fois employé, soit seul, soit en même temps que celui de l'inconstitutionnalité. L'exemple classique est celui des nombreuses lois du Manitoba prévoyant la construction de chemins de fer dont le tracé se trouvait à l'intérieur des frontières de la province mais qu'Ottawa finissait irrémédiablement par désavouer sous le prétexte qu'elles pouvaient nuire à la mise en oeuvre du futur chemin de fer transcontinental. Le critère de l'injustice eut son illustration dans l'affaire non moins retentissante McLaren-Caldwell. Le premier avait réussi grâce à des aménagements à rendre une rivière ontarienne utilisable pour acheminer par la force du courant le bois coupé vers les centres de communications en aval. Le second voulait utiliser ce nouveau service mais en fut empêché par injonction sur quoi le gouvernement ontarien fit adopter une loi imposant à McLaren le droit pour les tiers d'utiliser la rivière moyennant dédommagement¹¹. McLaren qui était lié poli-

¹⁰ Il terminera sa vie politique active comme député nationaliste irlandais au Parlement de Londres.

¹¹ *An Act for protecting the Public Interest in rivers, streams and creeks*, S.O. 1881, c. 11.

tiquement avec Macdonald sollicita le désaveu de la loi et l'obtint, le gouvernement fédéral invoquant «violation flagrante des droits des particuliers et de la justice naturelle¹²»(1881).

Quels qu'aient été les mérites de la loi ontarienne par ailleurs, il n'y avait guère de doute qu'elle était constitutionnelle du point de vue du partage des pouvoirs. Il était déjà frustrant pour les provinces de voir les controverses au sujet de la constitutionnalité de leurs lois réglées par la «partie adverse». Cette situation devenait encore plus détestable à compter du moment où Macdonald au faîte de sa puissance entreprenait de jouer sur tous les tableaux c'est-à-dire d'utiliser dans sa politique de désaveu des critères n'ayant rien à voir avec la compétence constitutionnelle des provinces, la plupart du temps juridiques mi-politiques, dans certains cas essentiellement politiques que seuls les lieutenants-gouverneurs s'étaient permis d'employer jusque-là dans l'exercice de leur droit de réserve dont l'impact immédiat était quand même moins considérable. Il semblait écrit que d'un régime à l'autre les choses devaient aller de mal en pis, le bilan libéral s'étant avéré finalement plus négatif que celui des premières années et le nouveau régime Macdonald s'annonçant encore plus onéreux que les deux règnes précédents.

III. — LES CONTESTATAIRES.

Une chose en tout cas paraissait certaine: l'allègement de ce qui pouvait s'appeler le fardeau constitutionnel des provinces ne serait pas le résultat de l'initiative fédérale; le salut des provinces ne pouvait venir que d'elles-mêmes. Encore fallait-il que l'une d'entre elles soit disposée à donner le signal. La Nouvelle-Écosse avait sans aucun doute donné un exemple outrancier en envoyant à Ottawa 17 députés «séparatistes» (sur 19) aux premières élections fédérales. Ce sursaut s'était vite révélé un feu de paille grâce à l'habileté de Macdonald mais aussi à la situation plus que précaire de la province du point de vue conjoncturel mondial (en particulier le passage de la navigation à voile à la navigation à la vapeur) qui lui enjoignait de s'unir soit au Canada soit aux États-Unis soit à quelque union atlantique devenue problématique par l'entrée du Nouveau-Brunswick dans la Confédération. Ce qui s'appliquait à la Nouvelle-Écosse s'appliquait aux autres provinces maritimes et il était difficilement concevable qu'un foyer de résistance au centralisme fédéral d'ailleurs légal prenne naissance de ce côté. Des considérations du même ordre s'appliquaient davantage aux deux régions sous-développées du Manitoba (12 000 habitants en 1870 dont les cinq sixièmes étaient Métis ou Indiens) et de la Colombie-Britannique (34 000 habitants dont 25 000 Indiens et Chinois) prématurément annexées à la fédération. Bref les données politico-économiques durant les premières années du régime fédéral ne per-

¹² HODGINS, *op. cit.*, p. 178.

mettait guère sa contestation que par les provinces qui pouvaient s'en payer le luxe, c'est-à-dire l'une ou l'autre des deux provinces centrales dont les ressources démographiques, économiques et financières étaient pour longtemps sans commune mesure avec le reste du pays.

Le fait qu'une province était riche ne la rendait pas pour autant contestataire et si l'on avait forcé les observateurs du temps à parier sur la province centrale la plus susceptible d'entreprendre le redressement du rapport original des forces entre Ottawa et les gouvernements provinciaux, il y aurait eu peu d'hésitation. Au Québec, les Conservateurs étroitement identifiés au système de 1867 qu'ils ont édifié à l'exclusion des Libéraux, conserveront le pouvoir pendant les vingt premières années du régime à l'exception d'un court intermède d'un an et demi environ (1878-79). Le premier gouvernement conservateur installé à Québec par Cartier demeura plus ou moins sous sa tutelle et sera peu enclin de même que ses successeurs à remettre en cause le système.

Il en va autrement en Ontario. Le régime mis en place par Macdonald en 1867 est chassé du pouvoir par les Libéraux dès 1871.

A. SIR OLIVER MOWAT.

Le triomphe libéral ne suffisait pas à transformer à lui seul le gouvernement de l'Ontario en citadelle de l'autonomie mais il établissait une situation susceptible de constituer, le sort aidant, le point de départ d'une contestation d'envergure. Or, le sort ne pouvait guère se montrer plus favorable qu'en amenant Oliver Mowat à la tête du gouvernement ontarien.

Juriste émérite et d'une énergie indomptable, il se trouve que le chef de la plus importante province est en même temps gagné à la cause de l'autonomie provinciale. Il est l'auteur de la proposition faite à la Conférence de Québec que les lois provinciales échappent au contrôle du gouvernement fédéral en réservant leur annulation au gouvernement impérial. La cause a trouvé le défenseur qu'il lui fallait.

Mowat osera s'attaquer à ce qui devait paraître une forteresse inexpugnable en un temps où le nombre de lois provinciales désavouées en moyenne chaque année est multiplié par cinq et où tout indique que le Conseil Privé suivra l'orientation des Pères de la Confédération, celle de la centralisation. C'est à ce dernier chapitre que le premier ministre exhibera un dynamisme hors pair qui fera de lui le père de l'autonomie provinciale grâce à ses triomphes éclatants devant la cour anglaise de dernière instance. Ceci ne l'empêcha pas de réagir face à la politique radicale de Macdonald en matière de désaveu. Cette réaction se manifesta d'une manière spectaculaire dans l'affaire McLaren-Caldwell. L'année suivant le désaveu de sa loi (1882), le parle-

ment ontarien la repassa dans un texte identique à celui qui avait été désavoué. La loi fut de nouveau désavouée. Le gouvernement ontarien revient à la charge un troisième fois pour se voir de nouveau désavoué (1883). Dans l'intervalle, McLaren, comme il fallait s'y attendre, en avait appelé aux tribunaux. Il eut gain de cause en première instance, fut débouté par la Cour suprême d'Ontario pour ensuite triompher devant la Cour suprême à Ottawa¹³. Le parlement d'Ontario reprit sa loi une quatrième fois (1884)¹⁴ mais le gouvernement fédéral se garda d'intervenir cette fois car Mowat voyait entre-temps sa persévérance récompensée par la confirmation de sa conduite par le Conseil Privé.¹⁵

Pas plus que la réaction assez vive causée par l'affaire McLaren-Caldwell, les succès répétés de Mowat devant le Conseil privé ne paraissaient de nature à faire dévier Macdonald de la ligne qu'il avait tracée dès le premier juillet 1867 et qu'il avait même renforcée depuis son retour triomphal au pouvoir en 1878. On serait presque tenté de dire que ces triomphes lui servaient de stimulant puisque la période où il manifestera le plus grand zèle au chapitre du désaveu, soit de 1883 à 1887, coïncidera avec le virage autonome amorcé par le Conseil Privé à cette époque. Des quarante-deux désaveux effectués durant son deuxième passage au pouvoir (1878-1891), vingt-trois auront lieu de '83 à '87. Les provinces durent se demander si les avantages qu'elles tiraient d'un côté ne seraient pas finalement neutralisés de l'autre par le veto fédéral.

La question devait peut-être se poser tant que les succès des provinces seraient principalement le résultat des efforts d'une seule d'entre elles, l'Ontario. Ceci expliquerait l'évolution rapide et inattendue de la situation constitutionnelle au cours des années '80 à compter du moment où le premier ministre ontarien reçut l'appui d'un allié puissant dans sa lutte contre la politique macdonaldienne, le Québec.

Rien n'indique pourtant au début de la décade que du secours viendra de cette direction. Survient le dénouement de l'affaire Riel c'est-à-dire sa pendaison à laquelle Macdonald finit par se résigner en dépit de l'opposition quasi unanime de l'opinion canadienne-française (1885). Le contrecoup de cette exécution dans le Québec prend des proportions imposantes. Un «mouvement national» servira de noyau à la formation d'un parti politique «national» pris en main par le chef de l'opposition libérale, Honoré Mercier. Capitalisant sur la vague de mécontentement profond suscitée par l'affaire Riel, celui-ci réussit à s'emparer du pouvoir que les Conservateurs détenaient pour ainsi dire depuis l'alliance Macdonald-Taché-Cartier de 1856.

¹³ *McLaren c. Caldwell*, 1884 R.C.S. 435.

¹⁴ S.O. 1884, c. 17.

¹⁵ *Caldwell c. McLaren*, 1883-84 A.C. 392.

B. HONORÉ MERCIER.

Mercier, personnage dynamique depuis longtemps gagné à la cause de l'autonomie, ouvrira un nouveau chapitre dans la révolution constitutionnelle amorcée par Mowat. Ce chapitre sera placé en bonne partie sous le signe du désaveu et du droit de réserve. Déjà, comme chef de l'opposition, il avait provoqué un débat à Québec en protestation contre la politique de Macdonald. Par ailleurs, les décisions du Conseil Privé favorables aux provinces ne pouvaient manquer d'influer sur le climat des relations fédérales-provinciales et d'avoir un certain effet d'entraînement. Le Nouveau-Brunswick se joint à la «fronde» de l'Ontario et du Québec contre la politique de Macdonald au sujet des «licences», qui privait les provinces d'une de leurs sources encore limitées de revenus. Les provinces forcèrent Macdonald, qui n'avait pas hésité à désavouer la loi ontarienne (1884) sur le sujet, à laisser la question à la Cour suprême qui se prononça en leur faveur¹⁶.

Ceci n'empêchait pas la politique fédérale de désaveu de continuer de plus belle. quinze désaveux en deux ans dont dix en sept mois (1887). Huit des dix derniers ne concernaient qu'une seule province mais ils comptaient parmi les décisions les plus discutables de Macdonald et les provinces commençaient probablement à se sentir solidaires les unes des autres. Macdonald s'étant aliéné radicalement le Manitoba, ceci eut pour effet de faire d'une des deux provinces de l'Ouest un allié assuré, agrandissant ainsi l'aire du cercle des provinces contestataires. Enfin, le manque de vision des Pères de la Confédération au chapitre des arrangements financiers et fiscaux, que Macdonald avait de la difficulté à reconnaître à cause peut-être de sa conception de la fédération, ajoutait de l'eau au moulin de Mercier en fournissant un sujet d'intérêt immédiat et pressant.

Le moment était venu aux yeux de Mercier d'accomplir un geste spectaculaire et audacieux en instituant un «Concert Provincial» destiné à améliorer le sort de ses membres au moyen d'une conférence inter-provinciale, la première. Cinq provinces sur sept, l'Ontario, le Québec, le Manitoba, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick participèrent à la conférence et se réunirent à Québec du 20 au 28 octobre 1887. Tous les premiers ministres étaient présents ainsi que les ministres de la Justice et d'autres, une vingtaine en tout.

IV. — DISPARITION DU VETO FÉDÉRAL?

La conférence adopta un certain nombre de résolutions. La toute première concerne le désaveu ou «l'annulation» des lois provinciales et reprend la suggestion faite par Mowat à la Conférence de Québec de 1864 à

¹⁶ *Sulte c. Corporation of the City of Three Rivers*, 1886 R.C.S. 25.

savoir que l'annulation ne puisse être effectuée que par le gouvernement de Londres:

1. L'acte de l'Amérique du Nord Britannique confère aux législatures provinciales une autorité exclusive relativement aux sujets énumérés à l'article 92, mais un article précédent réserve au gouvernement fédéral le droit légal d'annuler à son gré toutes les lois votées par une législature provinciale et il est possible que ce pouvoir d'annulation soit exercé de façon à donner au gouvernement fédéral une autorité arbitraire sur la législation des provinces dans leur propre sphère. L'Acte de l'Amérique du Nord britannique devrait être modifié en retirant ce pouvoir d'annulation des lois provinciales et en laissant au peuple de chaque province, par l'entremise de ses représentants à la législature provinciale, le libre exercice de son droit législatif exclusif en ce qui concerne les sujets qui lui sont attribués, sous la seule réserve d'annulation de la part de Sa Majesté en conseil, ainsi que cela existait avant la Confédération, le droit d'annulation devant être exercé à l'égard des provinces d'après les mêmes principes suivant lesquels il s'applique aux lois fédérales¹⁷.

Cette requête des provinces demeura lettre morte en ce qui concerne son objectif précis de réserver à Londres l'exercice du droit du désaveu ou d'annulation mais la Conférence interprovinciale de Québec marqua un point tournant dans la politique fédérale de désaveu. Le nombre des lois désavouées après la conférence diminua subitement comme par enchantement. Macdonald lui-même qui avait désavoué dix lois l'année même de la conférence se contenta d'un ou deux désaveux par an soit six durant les quatre dernières années de son règne de 1888 à 1891, année de sa mort. Quant aux successeurs conservateurs immédiats (Abbott 1891, Thompson 1892-94, Bowell 1894-96, Tupper '96), ils font volte-face d'une manière spectaculaire en se contentant d'un seul désaveu en cinq ans!

Si l'on excepte les cas assez particuliers de la Colombie-Britannique (lois concernant Chinois et Japonais) et de l'Alberta, on n'enregistre après la fin du règne conservateur en 1896 qu'une quinzaine de désaveux «classiques» dont dix se produisent avant la première guerre mondiale (régime Laurier) les autres se situant de 1917 à 1923. Les seules lois désavouées après cette date seront celles par lesquelles le gouvernement de l'Alberta tentera de transcrire en termes juridiques différents articles de son programme de Crédit Social. Onze lois seront ainsi annulées du 10 août 1937 au 6 avril 1943, date du dernier des 112 désaveux effectués par le gouvernement fédéral dans l'espace de 75 ans.

Le virage fédéral en matière de désaveu ne pouvait manquer d'avoir des répercussions sur la conduite des lieutenants-gouverneurs quant à l'exercice de leur droit de réserve. L'on assiste là aussi à un phénomène de décroissance qui conduit également à la disparition de la pratique du privilège. Après une certaine recrudescence dans son utilisation durant le long règne des Conservateurs de 1878 à 1896, soit dix-neuf lois réservées dont trois seulement

¹⁷ *Conférences fédérales-provinciales et conférences inter-provinciales de 1887 à 1906*, Ottawa, Imprimeur du Roi, 1951, p. 20.

verront le jour, l'on ne voit que douze lois provinciales réservées de 1897 à 1937 (aucune n'étant finalement proclamée) dont six avant la première guerre, les autres étant réparties encore ici entre la Colombie-Britannique (1915, 1919, 1930) et l'Alberta (1937). Il semblait que le droit de réserve exercé près de soixante-dix fois en autant d'années allait devoir être relégué aux oubliettes à toutes fins pratiques lorsqu'au printemps de 1961, le lieutenant-gouverneur de Saskatchewan jugea bon de réserver au gouverneur général la sanction d'une loi (Bill 56) dont il mettait sérieusement en doute la validité et qui autorisait le gouvernement à modifier certains contrats touchant les mines de la province.¹⁸ Le gouvernement Diefenbaker considéra que le lieutenant-gouverneur, qui n'avait reçu aucune instruction d'Ottawa dans cette affaire et avait agi sans consultation, avait outrepassé ses pouvoirs tels que délimités par la pratique constitutionnelle. La loi provinciale fut sanctionnée par le gouverneur général moins d'un mois après le geste du lieutenant-gouverneur demeuré le dernier du genre dans l'histoire canadienne.

La disparition du veto fédéral dans les faits ne veut pas dire sa disparition définitive c'est-à-dire sa disparition en droit, du moins à l'heure où ces lignes sont écrites.

Cette question a été posée à la suite de l'abstention prolongée du gouvernement fédéral durant l'entre-deux-guerres, plus précisément de 1923 à 1937. Lorsque le gouvernement fédéral entreprit en 1937 sa longue série de désaveux des lois de l'Alberta la notion que le pouvoir de désavouer était tombé en désuétude était répandue dans plusieurs milieux. Pouvait-on faire revivre une institution dont le ministre fédéral de la Justice lui-même (Ernest La-pointe) disait à la Chambre des Communes le 30 mars de la même année: «Je ne crois pas que, dans une fédération comme la nôtre, le gouvernement central doive exercer le pouvoir de désaveu»? La province d'Alberta partageait ce point de vue et devant sa résistance le gouvernement fédéral demanda à la Cour suprême de se prononcer sur la question de principe. La question ne pouvait guère être formulée en termes plus clairs: «Le pouvoir de désaveu des lois provinciales accordé au gouverneur général en conseil en vertu de l'article 90 de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique de 1867 existe-t-il toujours?» Certaines lois albertaines de 1937 ayant par ailleurs été réservées, la Cour suprême fut en même temps appelée à se prononcer sur la persistance du droit de réserve. La Cour répondit aux deux questions dans l'affirmative¹⁹.

Il est peu probable que la Cour renverse cette décision si elle lui était posée de nouveau aujourd'hui même si le droit de désaveu n'a pas été exercé

¹⁸ Voir J.R. MALLORY, *The lieutenant-Governor's Discretionary Powers: The Reservation of Bill 56*, (1961) 27 *Canadian Journal of Economics and Political Science* 518.

¹⁹ *Reference Disallowance and Reservation*, 1938 R.C.S. 71.

cette fois depuis plus de trente ans. Il ne s'agit pas en l'occurrence d'une institution née d'une convention ou d'un usage constitutionnel et dont la persistance en droit peut souvent dépendre en bonne partie de sa persistance dans les faits. Le désaveu et le droit de réserve sont inscrits en toutes lettres dans la Constitution. Il n'est pas dit que la persistance dans les textes assure la pérennité. Il se trouve dans la Constitution canadienne actuelle certaines règles écrites dont il serait difficile de dire qu'elles font encore partie du droit. Leur désuétude est telle qu'on voit mal comment les cours pourraient affirmer leur existence dans l'hypothèse invraisemblable où elles seraient consultées à leur sujet; si elles le faisaient, leur réponse serait accompagnée de considérations atténuantes telles qu'elles lui enlèveraient sa signification.

Les exemples extrêmes sont les dispositions qui permettent à Sa Majesté de désavouer sur l'avis de son Conseil à Londres les lois du parlement fédéral (art. 56)²⁰ et au gouverneur général de réserver à celle-ci leur sanction (art. 55)²¹. On peut en dire de même de la règle qui permet au gouverneur général de refuser de sanctionner une loi du parlement fédéral, qui se trouve dans le même article.

Le droit des lieutenants-gouverneurs de refuser eux aussi de sanctionner (et non plus seulement de réserver) les lois passées par leur parlement respectif (articles 55 et 90)²² présente peut-être d'une certaine manière un cas frontière. Ce droit n'a été exercé que vingt-sept fois, le dernier refus ayant été effectué en 1945²³. Aucune loi albertaine n'ayant été l'objet d'un refus de sanction de la part du lieutenant-gouverneur en 1937, le problème de l'existence de ce droit ne fut pas posé à la Cour. Ce droit figurant toujours dans la Constitution, la Cour serait probablement portée à lui appliquer, le cas échéant, le même raisonnement que pour le désaveu et le droit de réserve. Même s'il a été utilisé moins souvent, le délai écoulé depuis son dernier exercice est à peu près le même que dans le cas de désaveu soit une trentaine d'années. Dans son avis de 1938, la Cour a répété à deux reprises qu'elle n'avait pas à tenir compte de l'usage ou de la pratique constitutionnelle («We are not concerned with constitutional usage or constitutional practice») et cet énoncé doit normalement s'appliquer à tous les droits et privilèges mentionnés dans les articles 55 à 57 et 90²⁴. De même, l'un des juges de 1938 s'est déclaré d'avis que désaveu et droit de réserve (tout comme les autres règles de la Constitution) avaient été «renforcés» par l'article 7 du *Statut de Westminster* qui dit que «nulle disposition (du Statut) ne sera censée s'appliquer à l'abrogation ou modification des *Actes de l'Amérique du Nord Britannique*». Lo-

²⁰ Voir note 1.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

²³ Selon la compilation du sénateur Eugene Forsey dans *Disallowance of Provincial Acts, Reservation of Provincial Bills and Refusal of Assent by Lieutenant-Governors, 1937-47*, (1948) 14 *Canadian Journal of Economics and Political Science* 94.

²⁴ *Reference Disallowance and Reservation*, 1938 R.C.S. 78.

giquement donc, ce renforcement s'étend non seulement aux droits de désaveu et de réserve mais aussi au droit de refuser de sanctionner une loi que Macdonald lui-même considérait pourtant désuète dès 1882 et dont il prohiba en vain l'exercice par les lieutenants-gouverneurs dans des instructions formelles qu'il leur fit adresser la même année. Peut-être eut-il fallu pour convaincre les lieutenants-gouverneurs qu'un tribunal entreprenant se risque (l'occasion lui ayant été fournie) à prendre le taureau par les cornes en proclamant la désuétude d'un droit dont l'utilisation aujourd'hui difficilement concevable ferait scandale.

Le verdict innovateur rendu dans des cas de ce genre répond en dernière analyse à des considérations d'ordre politique. À défaut du rapatriement de la Constitution avec ses corollaires d'ici une vingtaine d'années et de l'exercice entre temps du droit de réserve, on conçoit que le tribunal se décide un jour à prononcer la fin juridique d'un privilège qui n'aurait pas été utilisé pendant un demi-siècle. Une haute cour «fédérale-provinciale» composée selon les données de la Charte constitutionnelle de Victoria de 1971 (articles 22 à 42)²⁵ pourrait peut-être s'affranchir plus facilement des précédents et de considérations techniques, mais cet avantage serait ici superflu car la Charte elle-même prévoit la disparition des droits de désaveu et de réserve (Annexe, p. 74), répondant ainsi au vœu exprimé par monsieur Trudeau en 1961²⁶.

Pour l'instant, l'ombre du désaveu plane à l'horizon des relations fédérales-provinciales. De même que la contestation de l'ordre économico-social par l'Alberta durant la crise économique avait fait revivre le désaveu, la crise du pétrole actuelle a suscité la menace du ministre fédéral de la Justice (Otto Lang) de recourir à la même arme afin de vaincre la résistance albertaine à la politique fédérale de l'énergie. Ici apparaissent de nouveau les considérations politiques. Si toutes les provinces avaient du pétrole, peut-être auraient-elles montré face à l'attitude du ministre Lang le même dynamisme et la même unité qui leur ont permis d'éliminer le désaveu de la future constitution à Victoria en 1971. Elles auraient peut-être réussi alors à tuer dans l'oeuf ce qui équivalait à la résurrection d'un bois mort politiquement parlant.

Le procureur général de la Saskatchewan a exprimé l'opinion que la réaction fédérale représentait un geste tactique plutôt qu'une véritable menace et que le désaveu était devenu aujourd'hui une arme trop délicate à manier.

²⁵ *Conférence constitutionnelle, Délibérations*, Victoria, C.B., Ottawa, 1971, Information Canada, Appendice A, p. 62

²⁶ Pierre Elliott TRUDEAU, *Le Fédéralisme et la Société Canadienne-Française*, Montréal, Éditions H.M.H., 1967, p. 157. Mentionnons également la remarque du juge en chef de la Cour suprême Bora Laskin, qui ne pouvait se référer qu'à la situation de fait et non de droit, à l'effet que les dispositions relatives au désaveu «are dormant if not entirely dead». Extrait de *The British Tradition in Canadian Law* (1969) p. 122, cité dans Gérard A. BEAUDOIN, *La loi 22 et la constitution*, (1974) 5 R.G.D. 169.

La loi 22 sur les langues au Québec est venu ajouter une nouvelle dimension au chapitre du désaveu récemment ouvert. Le gouvernement fédéral a été saisi d'une demande de désaveu de la loi par la minorité anglo-québécoise. Rien dans la réponse du premier ministre ne donne à entendre que le gouvernement fédéral considère que son pouvoir de désaveu a disparu, au contraire. Les derniers paragraphes de la réponse consacrés à la demande de désaveu contiennent les passages suivants: «le gouvernement fédéral n'a, ces dernières années, que fort peu usé de son pouvoir de désavouer toute loi provinciale. Rares en effet sont les cas où le gouvernement fédéral devrait y avoir recours... De l'avis du gouvernement, l'argumentation des signataires de la requête n'est, en l'occurrence, pas suffisante pour justifier le désaveu ... le gouvernement fédéral ne désavoue pas nécessairement toutes les lois provinciales qui sont contraires à sa politique ou qui sont injustes ou inopportunes ... Le gouvernement fédéral interviendrait cependant si d'autres éléments entraient en ligne de compte, si par exemple, (des lois provinciales) empiétaient sur sa propre juridiction ou créaient des problèmes sérieux à l'extérieur de la province en cause²⁷.

On est loin ici de la Charte de Victoria. Il faut dire qu'aux facteurs politiques qui embrouillent déjà le tableau juridique du désaveu tels que l'équilibre des forces entre le gouvernement central et les provinces, s'ajoutent des considérations politiques d'une autre nature. On a souvent émis l'opinion que la résurrection du désaveu en 1937 à l'occasion des lois économique-sociales de l'Alberta, alors province pauvre, avait été le résultat en grande partie de la pression exercée par le monde du commerce et de la finance dans l'Est du pays. Cette opinion est largement répandue dans les provinces de l'Ouest aujourd'hui²⁸. À l'inverse, on a souvent allégué que le refus du gouvernement fédéral de désavouer la loi dite du cadenas du régime Duplessis était largement motivée par l'opposition qu'aurait soulevé un tel geste dans la province de Québec en particulier dans les milieux cléricaux qui exerçaient alors une influence importante, le poids électoral du Québec étant bien entendu mis en regard de celui de l'Alberta. Il n'est pas exclu que des considérations du même ordre pèsent dans les décisions que le gouvernement fédéral aura peut-être à prendre dans un avenir plus ou moins rapproché et dont dépendra l'existence du veto fédéral en fait sinon en droit. À un niveau plus élevé, la contestation radicale du régime fédéral lui-même au Québec et la contestation non moins ardente de la manière dont le régime fonctionne, par les provinces de l'Ouest devenues puissantes projettent un nouveau éclairage dont les hommes d'État d'aujourd'hui ne peuvent manquer de tenir compte.

²⁷ *Le Devoir*, Montréal, 23 juillet 1975, p. 5.

²⁸ Voir L. WILSON, *Disallowance: The Threat to Western Canada*, 39 *Sask. L. Rev.* 156.