

Les Cahiers de droit



La Cour suprême et le rapatriement de la constitution : l'impact des perceptions différentes de la question

Pierre Blache

Volume 22, numéro 3-4, 1981

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042461ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042461ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Résumé de l'article

The following comment is an attempt to encompass the main features of each trend underlying the Court's opinions on matters submitted and decided.

According to the author, the members of the bench were at odds on 1° how broad the consensus had to be amongst the provinces whose consent to the federal scheme was at issue; 2° the proper finality envisaged by the federal plan ; 3° the choice of the competent deciding authority.

Citer cet article

Blache, P. (1981). La Cour suprême et le rapatriement de la constitution : l'impact des perceptions différentes de la question. *Les Cahiers de droit*, 22(3-4), 649-666. <https://doi.org/10.7202/042461ar>

La Cour suprême et le rapatriement de la constitution: l'impact des perceptions différentes de la question

Pierre BLACHE *

The following comment is an attempt to encompass the main features of each trend underlying the Court's opinions on matters submitted and decided.

According to the author, the members of the bench were at odds on 1^o how broad the consensus had to be amongst the provinces whose consent to the federal scheme was at issue; 2^o the proper finality envisaged by the federal plan; 3^o the choice of the competent deciding authority.

	Pages
1. Les opinions sur la légalité du processus	650
1.1. L'opinion de la majorité	650
1.2. L'opinion Martland-Ritchie	652
2. La perception du problème dans les deux avis sur la légalité	654
2.1. La qualité du consentement provincial	654
2.2. L'objet du processus	655
2.3. L'imputation du processus en cours	655
3. L'adéquation des perceptions aux questions	656
3.1. L'importance de chaque perception dans l'opinion	657
3.2. Le rapport des perceptions avec les questions posées	657
3.2.1. Le consentement provincial	657
3.2.2. L'objet du processus	660
3.2.3. L'imputation de l'amendement	664

* Professeur, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

Des avis obtenus de la Cour suprême du Canada sur le *Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine relativement à la Constitution du Canada* l'un portait sur la légalité du processus envisagé pour en obtenir l'adoption, l'autre traitait de la conformité de ce processus aux exigences du droit constitutionnel conventionnel canadien. Je m'arrête, dans les développements qui suivent, seulement au premier avis afin de scruter la démarche suivie par la majorité et la minorité.

Plutôt qu'une comparaison des conclusions et des motifs des deux opinions il s'agit de percevoir l'approche caractéristique de chacune. Elle se révèle dans la problématique plus ou moins explicite des auteurs. Je cherche donc à dégager le mieux possible la vision générale de la question plutôt qu'à offrir une présentation critique des « raisons » offertes par les auteurs au soutien de leurs conclusions. L'utilité de l'exercice est double. D'une part il permet de déterminer le sens véritable des opinions en manifestant la question à laquelle les auteurs s'adressaient. Il autorise aussi un jugement sur la pertinence des réponses fournies, à partir d'une vérification de la distance entre les questions posées et les questions perçues. Comme les matériaux auxquels s'applique l'étude annoncée sont des opinions juridiques, je rappellerai d'abord l'essentiel des motifs et conclusions de chacune.

1. Les opinions sur la légalité du processus

1.1. L'opinion de la majorité

Celle-ci se prononce principalement sur six questions. La première est formulée comme une question de principe. C'est celle de savoir si une convention constitutionnelle peut, par un processus dit de « cristallisation », devenir une règle de droit constitutionnel au sens fort du terme, c'est-à-dire un élément de la légalité constitutionnelle. La majorité écarte cette prétention d'abord parce qu'elle estime que la légalisation des conventions est contraire à la nature même de celles-ci qui sont d'origine politique et dépendent d'une reconnaissance politique continue. L'assimilation des conventions et du common law est ainsi écartée parce que ce dernier est œuvre de droit accomplie par les juges qui en demeurent toujours les maîtres (p. 19).

Procédant ensuite à une étude des précédents cités et des opinions d'auteurs, la majorité les rejette tous. Parmi les plus importantes autorités judiciaires il faut remarquer l'opinion du juge Duff dans le *Renvoi relatif à la Weekly Rest in Industrial Undertakings Act*¹ où celui-ci avait invoqué l'évolution de la pratique dans la conclusion des traités pour conclure à

1. (1936) R.C.S. 461, 476-478.

l'émergence d'une règle de droit à l'effet que le Gouvernement canadien pourrait directement conclure des accords internationaux. La majorité juge que la pratique invoquée s'est développée en droit international où la coutume, qui en est une source caractéristique, permet le développement du droit par les pratiques politiques (p. 22). La doctrine lui apparaît offrir des avis contradictoires à ce sujet. Celui du professeur Lederman, favorable à la thèse de la « cristallisation », ne trouve pas grâce aux yeux de la Cour qui rappelle que ses arguments reposent en grande partie sur l'opinion du juge Duff qu'elle a réfutée.

La Cour aborde ensuite l'argument selon lequel le pouvoir de procéder à l'envoi d'une résolution du type de celle sous étude au Parlement britannique serait soumis à l'exigence du consentement unanime des provinces. Après avoir soutenu que le pouvoir des Chambres du Parlement fédéral d'exprimer leurs opinions par résolution était illimité et qu'il était de toute manière incontrôlable par les tribunaux, la majorité souligne que le pouvoir d'adresser la résolution au Parlement britannique ne dépend pas du pouvoir de s'exprimer par résolution. Elle rappelle que là où l'on a adopté des résolutions modifiant l'*Acte de l'Amérique du nord britannique* avec l'assentiment des provinces on a suivi la pratique très générale de n'en pas faire mention dans la résolution. Cela révélerait qu'il s'agit tout au plus de règles conventionnelles de portée intra-canadienne.

Le troisième argument important rejeté par les sept juges reposait sur le *Statut de Westminster* auquel on prétendait faire jouer un rôle déterminant sur le pouvoir de légiférer du Parlement britannique en ce qui regarde l'*Acte de l'Amérique du nord britannique*. L'essentiel des prétentions consistait à affirmer que l'article 4 du *Statut de Westminster* s'appliquait aux modifications à l'*Acte de l'Amérique du nord britannique* et que le consentement du « Dominion » y mentionné renvoyait aux autorités provinciales et fédérales. La majorité estima que l'article 4, comme tout le *Statut de Westminster*, vu le texte de l'article 7(1), ne s'appliquait pas à l'*Acte de l'Amérique du nord britannique*. Le sens général du *Statut*, en ce qui concerne les amendements constitutionnels, était de sauvegarder le *statu quo ante*, c'est-à-dire de les laisser sous l'autorité entière du Parlement britannique (p. 43).

La majorité écarte ensuite l'argument selon lequel le Parlement canadien ne saurait faire appel au Parlement britannique pour adopter la résolution sous étude qu'il ne peut lui-même adopter, car il ne peut faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement (p. 47). Après avoir rappelé qu'en ce qui concerne la formule d'amendement il ne s'agit pas de modification de la constitution mais de son achèvement et « qu'il est vain de s'attendre à trouver quelque chose dans l'*Acte de l'Amérique du nord britannique* qui règle ce processus », arguments qui lui paraissent résoudre la question, la majorité ajoute qu'il y a ici confusion des questions de

compétence et de processus. Sur la première, relative aux pouvoirs du Parlement britannique de légiférer, l'argumentation utilisée est sans pertinence.

La prétention suivante était à l'effet que le Parlement britannique, bien que détenteur d'un pouvoir formel sur l'*Acte de l'Amérique du nord britannique*, n'était plus que le fiduciaire du Dominion et des provinces après le *Statut de Westminster*. Elle fut rejetée à la lumière d'un extrait de *Constitutional Amendment*² de Paul-Gérin Lajoie selon lequel seul le pouvoir central a *locus standi* pour s'adresser au Parlement britannique en vue de modifications à l'*Acte de l'Amérique du nord britannique*.

Enfin, la Cour jugea que le caractère fédéraliste de la constitution canadienne ne se projetait pas au plan des relations extérieures. On fit allusion au *Renvoi sur les droits miniers sous-marins*³. La majorité insista sur le fait qu'elle était confrontée ici à une question « que la loi (l'*Acte de l'Amérique du nord britannique*) ne régit pas » et que l'invocation du régime fédéral ne pouvait avoir qu'« une pertinence périphérique sur les dispositions en vigueur de l'*Acte de l'Amérique du nord britannique* et sur son interprétation et application » (p. 54). Or, ici il n'y a pas de disposition relative aux communications entre les autorités canadiennes et britanniques relatives aux modifications à l'*Acte de l'Amérique du nord britannique*.

1.2. L'opinion Martland-Ritchie

Celle-ci est structurée de façon beaucoup plus unifiée que celle de la majorité et comporte deux développements. Le premier expose le principe fédératif et en révèle la portée. Le second comprend les réponses aux prétentions des procureurs du Gouvernement fédéral.

Dans la première partie les auteurs rappellent d'abord le préambule et la mention d'une union fédérale pour la prospérité (*welfare*) des provinces. Puis ils citent les arrêts clés relatifs au statut des gouvernements provinciaux⁴. À leurs yeux il en ressort que le fédéralisme, « principe dominant du droit constitutionnel canadien » (p. 17), interdit de « permettre à aucun ordre de gouvernement d'empiéter sur l'autre, que ce soit directement ou indirectement » (p. 17). Un long exposé vise alors à démontrer que les tribunaux ont su « élaborer des principes juridiques fondés sur la nécessité de préserver l'intégrité de la structure fédérale » (p. 18). À cet égard une décision paraît avoir beaucoup influencé ces juges. Il s'agit de l'*Affaire des conventions de*

2. P. GÉRIN-LAJOIE, *Constitutional Amendment in Canada*, 1950, Toronto, University of Toronto Press, p. 138.

3. (1967) R.C.S. 792, 816.

4. *Hodge v. The Queen* (1833-34) 9 A.C. 117; *Liquidators of the Maritime Bank v. Receiver General of New Brunswick* (1892) A.C. 437.

*travail*⁵. Ils invoquent ensuite la pratique suivie lors des amendements constitutionnels affectant les pouvoirs ou le statut des provinces (pp. 20-24) et le fait que l'accession du Canada au plan international, telle que consacrée par le *Statut de Westminster*, a maintenu la structure fédérative comme en témoigne l'article 7(3) de cette loi britannique.

La seconde partie de l'opinion des juges minoritaires constitue une réfutation de l'argument « faussement simple » soumis par les procureurs fédéraux. Ceux-ci ont fait valoir que les chambres du Parlement fédéral pouvaient passer toutes les résolutions qu'elles voulaient. À cette prétention les deux juges répondent que les auteurs cités à cet effet (Dicey et May) sont des commentateurs anglais dont les propos visaient un parlement unitaire qui ne posait pas les problèmes que le fédéralisme engendre. Invoquant ensuite les dispositions adoptées par le Parlement canadien (*Loi sur le Sénat et la Chambre des communes*, S.R.C. 1970, ch. S-8, art. 4-5) sous l'autorité de l'article 18 de l'*Acte de l'Amérique du nord britannique*, ils soulignent que les privilèges et immunités conférés au Sénat et à la Chambre des communes le sont « dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles » avec l'*Acte de l'Amérique du nord britannique*. À leurs yeux cette incompatibilité apparaît là où les résolutions adoptées du seul assentiment des chambres du Parlement central affectent les droits des provinces car alors la structure fédérale n'est pas respectée (p. 39-40). Ils terminent en citant quelques cas où les tribunaux ont eu recours à des raisonnements du type qu'ils utilisent ici et reviennent sur l'*Affaire des conventions de travail*.

L'opinion des savants juges s'achève sur une dénonciation ferme du point de vue selon lequel le Parlement canadien peut échapper à l'incapacité où il se trouve d'adopter lui-même les modifications envisagées en ayant recours au Parlement britannique. Ils écrivent à ce sujet :

Le Parlement fédéral tente ainsi d'accomplir indirectement ce que juridiquement il ne peut faire directement, en détournant vers une fin illégale le mode normal de résolution utilisée pour obtenir du Parlement impérial l'adoption de modifications constitutionnelles. À notre avis, puisque l'adoption d'une telle modification excède le pouvoir du Parlement fédéral, il est également hors du pouvoir de ses deux chambres de le faire par l'intermédiaire du Parlement impérial. (p. 47)

Cette dernière conclusion est fortement étayée à leurs yeux par une application analogique de l'*Affaire des conventions de travail* aux circonstances de l'espèce. Leur conclusion, à l'opposé de celle de la majorité, ne suppose pas que le consentement provincial exigé doit être unanime.

La comparaison des seuls motifs des auteurs des deux opinions révèle donc une opposition nette sur quatre points : la portée du pouvoir de

5. (1937) A.C. 326.

procéder par résolution des chambres du Parlement fédéral, l'impact du principe selon lequel l'on ne peut faire indirectement ce que l'on ne peut faire directement, l'incidence de la structure fédérative sur la question soumise, et l'éclairage que l'*Affaire des conventions de travail* projette sur le litige dont la Cour est saisie. Sans doute une étude des considérations de chaque opinion sur ces questions présente-t-elle un grand intérêt. Nous nous attacherons cependant à repérer plutôt la perception globale du problème caractéristique de chacune et à en offrir une critique. Sans nier l'importance des oppositions que nous venons d'identifier nous pensons que le sens profond des avis opposés se révèle d'abord dans l'exploration des choix de problèmes propres à chacun. Aussi allons-nous d'abord les dégager, pour révéler ensuite leur relation d'adéquation ou de non-adéquation aux questions posées.

2. La perception du problème dans les deux avis sur la légalité

L'étude des deux avis sur la question soumise révèle que la majorité et la minorité se sont adressées à deux problèmes différents. Voyons d'abord en quoi les perceptions variaient. Nous chercherons, dans une dernière partie, à préciser si ces visions s'éloignaient des questions posées à la Cour et, là où nous constaterons une distance, si cet écart mettait en cause la cohérence de l'avis où il apparaissait.

L'étude des opinions révèle trois points sur lesquels elles diffèrent. Il s'agit de la force du consentement provincial dont la nécessité était revendiquée, de l'objet même du processus qui était en cours, et de l'imputation de ce processus.

2.1. La qualité du consentement provincial

Majorité et minorité s'opposaient d'abord quant à la qualité du consentement provincial sur lequel on s'interrogeait. La majorité traita la question comme s'il s'agissait de l'unanimité. La minorité se contenta de s'interroger sur l'exigence d'un consentement provincial substantiel ou unanime. La majorité justifia sa position en notant que «les provinces parties aux renvois et aux présents pourvois ont le droit de voir cette Cour examiner à fond leur point de vue» (p. 34), tout en rappelant que la Saskatchewan, seule parmi les provinces contestataires, n'exigeait pas le consentement provincial unanime. À l'opposé la minorité insista sur la position de la Saskatchewan selon laquelle il n'était pas nécessaire de statuer «sur la nécessité du consentement unanime de toutes les provinces», qu'il suffisait de «souligner l'opposition de huit provinces qui regroupent une majorité de la population du Canada» (p. 50).

2.2. L'objet du processus

Elles différaient aussi d'attitude sur la véritable nature de la modification constitutionnelle quant à laquelle on se demandait si un consentement provincial était exigé. La majorité sembla en effet se poser la question du consentement provincial en regard de l'adoption d'une formule d'amendement à la constitution canadienne. La minorité s'interrogeait plutôt sur ce consentement en regard d'un empiètement sur les pouvoirs provinciaux.

La perception de la majorité ressort de nombreux extraits de l'opinion. Ainsi, à la page 18, souligne-t-elle l'anomalie dont souffre la constitution canadienne en raison de « l'absence du pouvoir de modifier ou de changer les arrangements essentiels de répartition des pouvoirs aux termes desquels l'autorité légale est exercée ». Il s'agit d'une observation qu'elle fait au début de son étude pour jeter un éclairage essentiel sur celle-ci. Cette même préoccupation s'exprime en termes dramatiques au développement IX où l'on écrit :

En fait, on demande à cette Cour de consacrer juridiquement le principe du consentement unanime aux modifications constitutionnelles pour remédier à l'anomalie, encore plus prononcée aujourd'hui qu'en 1867, due au fait que l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique ne contient aucune disposition qui permette à une action canadienne seule d'effectuer des modifications.

Peu après, la majorité indique qu'à son avis l'adhésion à la règle d'unanimité a pour effet « de laisser au moins le pouvoir de modification formel au Parlement du Royaume-Uni » (p. 34). Plus subtilement, dans le deuxième développement elle écrit :

Par rapport tout au moins à la formule de modification, le processus en question ici ne vise pas la modification d'une constitution complète, mais plutôt l'achèvement d'une constitution incomplète. (p. 48)

À l'opposé, la minorité exprime sa perception de la question en termes d'abord axés sur la question de l'empiètement sur les pouvoirs provinciaux, particulièrement visible si l'on songe à la Charte incluse au Projet. Ainsi, après avoir d'abord rappelé que le fédéralisme interdit de « permettre à aucun ordre de gouvernement d'empiéter sur l'autre, que ce soit directement ou indirectement » (p. 17), quelques paragraphes plus loin, elle écrit :

le point en litige ici est le suivant : le gouvernement fédéral peut-il compenser son incompétence notoire d'empiéter sur les pouvoirs provinciaux en procédant par résolution pour obtenir une modification constitutionnelle qui serait adoptée sur ses instances par le Parlement du Royaume-Uni ? (p. 21).

2.3. L'imputation du processus en cours

Enfin, les vues majoritaires et minoritaires se heurtent en ce que les premières sont dissociatives des rôles joués par les autorités canadiennes et le

Parlement britannique dans le processus de modification afin de privilégier ce dernier, alors que les secondes intègrent les rôles britanniques et canadiens et tendent à accorder la priorité au canadien. La propension de la majorité à scinder fortement les deux étapes du processus d'amendement se manifeste au début du septième développement où les savants juges distinguent «(1) l'autorité des deux Chambres fédérales de procéder par résolution lorsque cela a un effet sur les pouvoirs provinciaux et les relations fédérales-provinciales et (2) le rôle ou l'autorité du Parlement du Royaume-Uni de donner effet à la résolution». Cette décision marque ensuite l'ensemble de leur démarche. La minorité au contraire attaque cette manière de voir qu'elle désigne comme un « argument faussement simple » (p. 34). Rappelant que l'on a soutenu l'existence d'une convention ferme selon laquelle le Parlement britannique adoptera toute modification demandée par résolution fédérale, elle conclut :

... si l'on se penche sur le processus du point de vue du fond plutôt que de la forme, on affirme en fait que le Sénat et la Chambre des Communes ont le pouvoir de faire adopter toutes les modifications de l'A.A.N.B. qu'ils veulent, même si elles suppriment, sans le consentement provincial, des pouvoirs législatifs que l'A.A.N.B. accorde aux provinces (p. 35).

La formule est reprise vers la fin de l'opinion :

... puisque l'adoption d'une telle modification excède le pouvoir du Parlement fédéral, il est également hors du pouvoir de ses deux chambres de le faire par l'intermédiaire du Parlement impérial (p. 47).

L'on peut donc conclure que les questions auxquelles s'attaquaient en priorité la majorité et la minorité quant à la légalité du processus différaient beaucoup. Pour la majorité il s'agissait d'abord de déterminer si le consentement unanime des provinces était légalement requis pour que le Parlement britannique, à la demande des chambres du Parlement central, mette un terme à l'anomalie que constituait l'absence d'une formule d'amendement dans la constitution canadienne. La minorité se demandait plutôt si le consentement d'un certain nombre de provinces était légalement requis pour que les chambres du Parlement central procèdent en pratique à une modification de la constitution canadienne qui comporte une atteinte aux droits et privilèges que la constitution accorde aux provinces. C'était viser surtout la Charte constitutionnelle.

3. L'adéquation des perceptions aux questions

Il faut se demander si les perceptions que je viens de dégager étaient légitimes à la lumière des questions adressées au Tribunal. Cette investigation s'impose toutefois d'autant plus que les éléments de la perception de chaque groupe paraissent déterminants de celle-ci. Aussi convient-il de

préciser d'abord quel poids avait chacun des aspects de la vision du problème qui animait la majorité et la minorité.

3.1. L'importance de chaque perception dans l'opinion

Si nous cherchons à établir un ordre d'importance relative parmi les trois aspects de la vision majoritaire du problème, il nous semble que l'identification de l'objet du processus, comme celle de son auteur, ait joué un rôle crucial, à opposer à l'option relative à l'unanimité du consentement. Ainsi le choix du Parlement britannique comme agent de changement envisagé permettait-il d'écarter l'impact de la structure fédérative dans la mesure où l'on prétendait ainsi être dans l'ordre des affaires extérieures. D'autre part la prédominance accordée à l'émergence d'une formule d'amendement autorisait à atténuer l'idée d'amendement constitutionnel au profit d'une libération de la tutelle du Parlement britannique. Dans ce contexte la qualité du consentement perdait de son importance car elle était confrontée à la souveraineté du Parlement britannique qui ne faisait qu'achever une constitution dont on ne modifiait pas par ailleurs le caractère fédératif.

Chez la minorité il semble que les trois aspects avaient un poids réel. Ainsi l'imputation du processus aux autorités canadiennes légitimait-elle d'autant le recours à un argument d'inspiration fédérative libéré de toute atténuation pouvant découler de la considération de la souveraineté du Parlement britannique inhérente à toute analyse accordant une part substantielle à l'intervention britannique. La qualification du résultat du processus de modification, et non pas d'achèvement, de la constitution affectant les pouvoirs des provinces renforçait d'autant l'objection d'inspiration fédéraliste. Enfin, le refus de se prononcer sur la force du consentement provincial, en plus de neutraliser les prétentions de la majorité à l'effet que cette extrême rigueur allait signifier le maintien du pouvoir constituant britannique, semblait bien s'accorder avec l'argument structuraliste qui ne paraît pas exiger de consentement unanime des autorités provinciales si l'on évoque le droit comparé. Quel rapport a donc cette façon de voir le problème avec les questions soumises ?

3.2. Le rapport des perceptions avec les questions posées

3.2.1. Le consentement provincial

La majorité peut-elle prétendre s'en être tenue rigoureusement aux questions posées en traitant le tout comme s'il s'agissait du consentement unanime des provinces ? Et la minorité était-elle autorisée à ne pas nuancer selon qu'il s'agissait de consentement unanime ou d'un nombre substantiel de provinces ? On demandait si le « consentement des provinces » ou

«l'assentiment des provinces» était requis. Peut-on simplement prétendre qu'il y a dix provinces, que le «consentement des provinces» signifie leur consentement unanime à toutes, qu'il fallait donc répondre par oui ou non et s'interdire un avis positif si l'on croyait à la nécessité d'un consentement substantiel? Interroger sur le «consentement des provinces» n'implique-t-il pas plutôt nécessairement que la Cour doive répondre en distinguant selon la quantité de provinces, étant entendu que les nuances qualitatives fondées sur la démographie, l'étendue ou d'autres facteurs du même genre sont exclues?

Nous favorisons la seconde interprétation qui nous paraît la seule vraiment raisonnable à la lumière du texte. Il aurait été si simple d'interroger sur le «consentement de toutes les provinces» si telle avait été l'intention. Nous sommes d'ailleurs rassuré sur ce point par les raisons invoquées tant par la majorité que la minorité pour éviter de répondre à la question telle que nous l'interprétons. Ainsi la majorité choisit-elle de s'intéresser à la seule unanimité parce que sept provinces sur les huit contestataires préconisaient l'unanimité (p. 34). C'était déterminer le sens d'une question à la lumière de l'opinion que la plupart de ceux qui la posaient avaient de la réponse à lui donner. De son côté, la minorité n'a pu se croire justifiée de ne répondre comme elle l'a fait à la question posée qu'en l'interprétant comme s'il s'agissait de déterminer si le consentement provincial suffisant était acquis dans la démarche fédérale. Ainsi perçue il suffisait en effet de constater l'opposition de huit provinces pour conclure que les consentements n'étaient pas assez nombreux, que l'on use de la règle d'unanimité ou de celle du consensus substantiel. L'on confondait ainsi la question soumise avec les caractéristiques concrètes du consentement provincial obtenu dans le processus de modification déclenché.

Dans l'un et l'autre cas l'on a donc évité la question. Il est toutefois permis de juger que la majorité a procédé à une déviation beaucoup plus radicale que la minorité. La première a en effet directement changé la question alors que la seconde a eu recours au principe habituel selon lequel l'on ne répond aux questions constitutionnelles que dans la mesure exigée par le litige. L'ennui est qu'il s'agissait d'une demande d'avis sur un problème général alors qu'on l'a interprété restrictivement en fonction du cas qui en était l'occasion.

Que penser de cette attitude? Il nous semble qu'elle doit s'apprécier de deux façons. En nous demandant si elle repose sur une justification légitime de portée générale. En vérifiant, d'autre part, si elle ne serait pas simplement la servante de la perspective générale de l'opinion où elle s'inscrit. Une hypothèse éclairante de justification externe nous est offerte par la conception du rôle judiciaire qui a pu inspirer la démarche des juges. Leur liberté dans la définition de la question ne procéderait-elle pas d'une philosophie de leur fonction selon laquelle ils doivent d'abord s'attacher à résoudre les conflits

réels qui leur sont soumis et se garder d'opiner largement sur des questions abstraites? N'est-il pas conforme à la réserve judiciaire d'approcher toute demande d'avis consultatif avec prudence et de l'interpréter restrictivement parce qu'elle les invite à jouer un rôle qui leur est étranger? Sous d'autres régimes, davantage marqués par la séparation des pouvoirs, n'a-t-on pas simplement interdit aux tribunaux d'émettre des avis consultatifs qui conviennent davantage au pouvoir exécutif⁶?

Sous cet éclairage nous jugeons que la liberté de la minorité paraît mieux fondée. Celle-ci s'est en effet contentée d'une réponse qui résolvait l'affrontement fédéral-provincial tel qu'il se révélait dans l'espèce. L'opposition des huit provinces ne satisfaisait ni l'exigence d'unanimité ni celle d'un consensus provincial substantiel. La réalité de la situation dans son intégralité était invoquée pour une réponse discrète. L'on peut juger que ces juges respectaient la règle du rapport rigoureux au conflit. À l'opposé, la majorité eut recours non pas au rapport des parties dans la réalité du débat mais à des prétentions, et encore aux prétentions de sept des huit provinces, ignorant celle des autorités fédérales selon laquelle aucun consentement provincial n'était requis. C'était définir la dispute par l'opinion d'une partie. Double faute d'abstraction et de partialité, en regard d'une hypothèse retenue ici, qui ne saurait être excusée sous prétexte que cette partie était celle qui interrogeait.

Si l'on cherche à vérifier la possibilité d'une explication par le seul souci d'auto-justification de la perspective caractéristique de chaque opinion nous arrivons à des conclusions qui confirment les vues que nous venons d'exprimer. La majorité perçoit essentiellement le problème comme celui de l'achèvement d'une constitution par l'adoption d'une formule d'amendement⁷. Dans cette perspective il semble qu'elle se soit laissée entraîner vers une dramatisation de la situation concernant l'amendement constitutionnel au Canada. En braquant l'attention sur la prétention provinciale à l'unanimité, au lieu de s'intéresser vraiment à la question d'une participation provinciale à l'amendement constitutionnel, elle validait d'autant l'essentiel de ses positions : le besoin d'un passage à une formule viable d'amendement constitutionnel, la légalité d'un dernier geste britannique qui prenait alors davantage de sens libérateur.

Sans doute, à nous en tenir à l'opinion elle-même, tout cela était-il sans importance apparente car la majorité conclut à la liberté totale du Parlement britannique, ce qui exclut toute participation provinciale. Mais ce formalisme devait se justifier face aux arguments inspirés du fédéralisme. Les excès de

6. C'est le cas aux États-Unis et en Australie; P. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 1977, The Carswell Company Limited, Toronto, p. 130.

7. Voir *supra*, pp. 5-6.

rigidité des prétentions provinciales constituaient donc un élément à valoriser, serait-ce au prix d'un travestissement répréhensible d'une question.

La minorité paraît beaucoup moins donner prise à une accusation de ce type. Elle percevait la question comme celle de la compatibilité d'un empiètement fédéral sur les pouvoirs provinciaux et du fédéralisme⁸. Un souci d'illustration de la valeur du fédéralisme aurait pu pousser à souligner le caractère opératoire de la formule d'amendement qu'il comportait et conduire à préciser qu'un consensus provincial substantiel suffisait. La minorité s'y refusa. C'était faire preuve de réserve au détriment possible de la valeur sur laquelle elle fondait l'essentiel de sa démarche : le fédéralisme. Cette retenue témoigne d'une plus grande cohérence dans le recours aux principes de réserve judiciaire et de relation rigoureuse avec le problème source des questions.

3.2.2. L'objet du processus

Quel sens peut avoir l'opposition des vues majoritaires et minoritaires sur l'objet même du processus pour lequel le consentement provincial était demandé. Nous avons vu que la majorité a traité de la question comme s'il s'était agi de l'insertion d'une formule d'amendement dans une constitution qui ne comportait pas encore un tel mécanisme pour certaines modifications majeures. À ses yeux donc l'on devait plutôt considérer l'opération comme un achèvement qu'une modification. La minorité insistait d'abord sur l'empiètement immédiat sur les pouvoirs provinciaux. Celui-ci résultait en particulier clairement de la Charte dont l'adoption entraînait une réduction immédiate des compétences provinciales que ne diminuait en rien le fait que les pouvoirs fédéraux se trouvent dans la même situation.

Que disaient les questions? Elles concernaient la nécessité du consentement provincial pour « modifier la constitution du Canada » ou pour que le Sénat et la Chambre des communes du Canada puissent « faire modifier la constitution canadienne ». La modification était toutefois circonscrite puisqu'on ne visait que celle qui « a un effet sur les relations fédérales-provinciales ou altère les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements ». Trois éléments résument donc la finalité des processus sous étude. Ils doivent être modificateurs, porter sur la constitution canadienne, et affecter les relations fédérales-provinciales ou modifier les pouvoirs, droits ou privilèges provinciaux.

La majorité s'est éloignée de cette question en deux temps. Elle a d'abord limité son examen à celui du processus fédéral à l'origine des

8. Voir *supra*, p. 6.

questions mais en choisissant un aspect seulement de l'impact de la démarche fédérale : l'adoption d'une formule d'amendement. L'essentiel de sa réponse a ensuite consisté à révéler que, vu cet effet, l'opération n'entrait pas dans la catégorie de processus mentionnée dans la question. Elle ne menait pas, à proprement parler, à une « modification », car on terminait l'œuvre constituante en formulant une norme de stricte légalité sur l'amendement. Cette position impliquait à l'adresse de ceux qui pourraient faire valoir qu'une norme relative à la modification en question existait, de source conventionnelle ou inspirée de la structure fédérative, et qu'elle serait modifiée par l'adoption du projet de résolution, que toute norme relative à ce type de modification ne faisait pas partie de la constitution légale.

Cette attitude manifeste quelques failles dont il faut percevoir le sens. Elle aboutit à se détourner de la question posée pour ne traiter que de la démarche concrète qui l'avait suscitée. Elle comporte l'opinion en faveur d'un concept étroit de modification. De même elle s'enferme dans une vision diminutive de la constitution. Le premier glissement permet d'oublier que la question elle-même n'est pas restreinte à la modification puisqu'elle interroge sur des amendements qui ont un effet sur les relations fédérales-provinciales tout autant que ceux qui altèrent les pouvoirs. Il devait cependant conduire à la question d'une modification-changement de la constitution par opposition à une modification-achèvement. La Charte incluse au projet ne pouvait, en effet, apparaître comme un achèvement car elle entraînait une réduction radicale de l'influence du principe de souveraineté du parlement sur la constitution canadienne. Le second, à savoir le recours au concept strict de modification, ne joue son rôle qu'à condition d'oublier que la question elle-même concerne aussi des « alterations » de pouvoirs et donc des modifications au sens strict. Enfin, la proposition tacite selon laquelle la formule de modification existante était hors la légalité comportait une restriction de la portée du terme « constitution » utilisé dans les questions.

Si le recours à la dispute fédérale-provinciale d'où originaient les questions peut s'autoriser d'un souci de ne pas verser trop facilement vers des avis gratuits, il faut regretter que l'on s'en tienne à un seul aspect de cette dispute, le pouvoir d'introduire une formule légale d'amendement, qui n'a pas de titre à un traitement distinct de la démarche qui consistait à restreindre la portée de la souveraineté du parlement par la Charte constitutionnelle. D'autre part l'emploi d'une conception étroite du terme « modification » pêche autant contre la terminologie de la question que contre la réalité du processus. D'une part, la question entraîne en effet deux types de modifications, celles ayant effet sur les relations fédérales-provinciales et celles altérant les pouvoirs. Cette division suggère donc plutôt le choix d'une interprétation ouverte du terme « modification » qui englobe des additions touchant des questions non

abordées dans l'*Acte de l'Amérique du nord britannique*. D'autre part, le processus lui-même visait à l'adoption d'une charte dont l'impact altérant ne pouvait être mis en doute. Enfin, on cherche en vain l'explication d'une option en faveur d'une notion legaliste de constitution. Ce n'est pas parce que l'on s'interrogeait sur la présence d'une règle légale relative à l'amendement que la constitution dont il s'agissait doive se définir comme la seule portion « légale » de la constitution canadienne. Or, nous savons, par l'opinion relative à l'aspect conventionnel, qu'une formule d'amendement conventionnelle caractérise le droit constitutionnel canadien. L'option en faveur d'une vision legaliste s'imposait toutefois si l'on voulait sauvegarder la prétention selon laquelle on achevait la constitution.

De quelque manière qu'on la regarde la démarche majoritaire semble fautive. Ou bien ils ont voulu s'en tenir à la dispute, mais alors comment justifier le peu de cas qu'on a fait de la Charte. Ou bien ils ont prétendu trouver dans la question des raisons de restreindre leur enquête. Nous avons signalé que les termes de la question embrassent aussi l'achèvement d'une constitution. Pouvait-on, enfin, justifier vraiment le traitement appliqué à la dispute et à la question en se réfugiant dans un concept légal de « constitution » qui en exclut la formule d'amendement de source conventionnelle ? Il nous semble bien que non. La constitution du Canada n'a jamais été perçue comme limitée à ses éléments strictement légaux et il n'y a pas de raison d'interpréter ainsi ce terme sous prétexte qu'il apparaît dans une loi du Parlement britannique. Et même si on acceptait cette version positiviste du concept de droit constitutionnel il faudrait bien constater qu'elle ne peut pas fonder l'évacuation de la question posée par la Charte. Celle-ci met en cause le principe de souveraineté du parlement et sa portée dans les institutions canadiennes. Or, celle-ci découle immédiatement du texte, très légal, de l'*Acte de l'Amérique du nord britannique*.

La minorité a fait porter l'essentiel de sa réflexion sur l'empiètement immédiat que comportait l'insertion d'une charte constitutionnelle dans le droit canadien. Comme la majorité elle pêchait donc par discrimination en ne se préoccupant que d'une facette de la dispute. Privilégier la dispute par opposition à la question posait d'ailleurs, en soi, un problème. Sur ce point elle rejoint l'attitude majoritaire mais s'en éloigne par le sens de sa préférence. En second lieu, elle évite de se prononcer sur le sens exact du terme « modification » utilisé dans la question. L'insertion d'une charte entre en effet clairement parmi les modifications-changements. Enfin, elle n'a pas à s'exprimer sur la signification du mot « constitution » parce que la face de la dispute qui retient son attention, l'insertion d'une charte, concerne la constitution légale au premier chef. C'est en effet l'*Acte de l'Amérique du nord britannique*, par son préambule et le partage des compétences qui s'y trouve

effectué par ses dispositions, qui délimite la portée du principe de souveraineté du parlement au Canada, principe directement touché par l'apparition d'une charte constitutionnelle. Il s'agit bien d'une modification-changement à la constitution légale. Les interprétations restrictives avancées par la majorité justifieraient d'ailleurs ici les conclusions de la minorité.

La conduite de la minorité paraît cependant beaucoup moins répréhensive que celle de la majorité. Pour le comprendre il s'agit d'en évaluer les éléments constitutifs : le choix d'une étude axée sur la dispute, la sélection du problème soulevé par la Charte, l'absence de choix entre les interprétations restrictives et non restrictives des termes « modification » et « constitution ». Il apparaît alors que le traitement de l'ensemble du problème de l'objet des modifications fut d'une cohérence remarquable si on l'apprécie dans la perspective d'une conception rigoureuse de la fonction judiciaire. Nous avons déjà signalé que l'interprétation restrictive des questions soumises à la Cour, par le replis sur les traits majeurs de la dispute, s'inscrit elle-même très bien dans une tradition de réserve judiciaire. Or celle-ci justifie fort bien les trois autres options faites par la minorité.

Une lecture de la question trois à la lumière de la question un pouvait très bien se fonder sur un souci de me prononcer que sur le nécessaire. La première demandait si les modifications ou « certaines des modifications » envisagées auraient effet « sur les relations fédérales-provinciales ou sur les pouvoirs, les droits et les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux personnes, à leurs législatures ou à leurs gouvernements et, dans l'affirmative, à quel(s) égard(s) ? » La troisième posait, en termes généraux, le problème du consentement des provinces à des modifications de ce genre. Il était justifié, dans un souci de réserve judiciaire, de ramener la question à celle de déterminer si « certaines des modifications » envisagées requéraient le consentement des provinces. Dès qu'on en aurait repéré une la tâche serait accomplie car l'inconstitutionnalité apparaîtrait. L'on pouvait alors établir entre les modifications envisagées un ordre qui fasse aborder d'abord les questions les plus simples. La discrétion suggérait cette vue. Pour établir l'ordre de difficulté des questions parmi celles soulevées par la dispute concrète fédérale-provinciale, l'on était autorisé à commencer par l'étude de celle qui relevait certainement des conceptions étroites des mots « modification » et « constitution ». Cela conduisait à s'interroger d'abord sur une modification-changement à la constitution légale du Canada. Le projet d'inclusion d'une charte tombait clairement sous le coup de ces notions comme nous l'avons indiqué. La formule d'amendement, au contraire, obligeait en effet à se prononcer sur l'extension des concepts de « modification » et de « constitution » vers les amendements-achèvements et/ou la constitution conventionnelle.

L'on peut donc penser que le choix du problème posé par l'inclusion de la Charte exprimait un respect des exigences de la réserve judiciaire. La décision de ne pas pousser plus loin l'enquête peut se justifier de la même manière en raison de la conclusion positive des juges minoritaires sur ce point. À l'opposé, jugée à cette mesure, l'attaque prioritaire de la question de l'amendement par la majorité et la décision de ne pas aborder le problème posé par la Charte, à la suite d'une réponse négative sur la modification, témoignent d'un moindre souci de limiter le contrôle constitutionnel à l'indispensable. Le choix des aspects de la dispute apparaît parfaitement bien accordé aux préférences que les auteurs de chaque opinion exprimèrent et peut sembler purement utilitaire. Mais l'évaluation de leur cohérence, en fonction des valeurs inhérentes à la réserve judiciaire, permet de préférer les vues minoritaires.

3.2.3. L'imputation de l'amendement

La majorité a-t-elle eu raison de poser le problème en des termes qui le ramènent à celui de l'autorité du Parlement britannique? La minorité, en insistant plutôt sur le pouvoir des autorités canadiennes en qui elle percevait le pouvoir politique réel, s'est-elle engagée sur une voie interdite? A-t-elle faussé la question? À ce propos il y a lieu de rappeler les formulations différentes des questions du Gouvernement du Manitoba et de celui du Québec. La première se lisait, en partie, comme suit :

Le consentement des provinces est-il constitutionnellement nécessaire pour modifier la Constitution du Canada...

La seconde était ainsi libellée :

« La constitution canadienne habilite-t-elle... le Sénat et la Chambre des communes du Canada à faire modifier la constitution canadienne... »

La première rédaction n'évoque en rien la complexité d'une formule de modification qui comporte deux aspects : les rapports intra-canadiens et la relation du Canada à l'Angleterre. La seconde, au contraire, comporte mention du Sénat et la Chambre des communes et traite de leur compétence de « faire modifier ». L'évocation du délicat problème de l'imputation apparaît subtilement. Sans oublier le sens général de l'interrogation qui paraît supposer le besoin d'une habilitation positive... La première question peut se comprendre comme celle de déterminer si le Parlement britannique doit selon la légalité constitutionnelle obtenir des consentements provinciaux pour modifier la constitution canadienne. La seconde pose directement une question différente relative au Sénat et à la Chambre des communes, et à leur pouvoir de « faire modifier » la constitution sans le consentement des provinces. Au fond la légalité de deux comportements distincts de deux

institutions différentes paraît soulevée. Les juges Martland et Ritchie ont sans doute perçu la nuance. Ils écrivent :

Nous estimons que la question B du renvoi du Québec soulève plus clairement le point de droit que ne le fait la question 3 des deux autres renvois et nous allons traiter de ce point dans ces motifs. (p. 9)

Opter pour l'une ou l'autre des questions telles que formulées ou prétendre que la première ne se distinguait pas de la deuxième faussait le débat, car deux problèmes distincts étaient posés. Il faut nous demander si cet irrespect des questions se justifie.

La majorité a fait remarquer qu'il fallait distinguer la question de compétence et celle du processus. La première a trait aux pouvoirs du Parlement britannique. La seconde intéresse plutôt la démarche des autorités canadiennes auprès des autorités britanniques. Elle a jugé que la seconde devenait accessoire si l'on jugeait que le Parlement britannique conservait une compétence absolue sur les types d'amendements envisagés. Un souci d'économie dans l'exercice du contrôle judiciaire justifiait, dans cette perspective, l'examen prioritaire de la question de compétence. La minorité a préféré ne voir qu'une question de processus soulevée par la dispute concrète qui opposait les provinces et le Gouvernement fédéral. À ses yeux on ne pouvait pas vraiment s'interroger de façon isolée sur la compétence du Parlement britannique, car une convention constitutionnelle l'obligeait à obtempérer aux demandes canadiennes. Sur ce point précis, la majorité adopta une position opposée :

... l'autorité du Parlement britannique ou ses pratiques et conventions ne sont pas des affaires sur lesquelles cette cour se permettrait de statuer. (p. 18)

Leur attitude relative à l'opportunité de tenir compte d'une convention constitutionnelle concernant le Parlement britannique les conduisit à imputer, l'une au Parlement britannique, l'autre aux chambres fédérales canadiennes, le rôle essentiel dont il fallait se préoccuper, et c'est cette attitude qu'il faut apprécier. S'il s'était agi d'une question purement canadienne le choix de la majorité d'ignorer totalement la présence et le sens d'une convention constitutionnelle serait peut-être plus admissible. Mais nous estimons que le plus haut Tribunal canadien devait chercher d'abord à se prononcer sur la légalité des actes des autorités canadiennes. Il fallait aussi qu'il s'attache à la substance de la dispute, sans verser dans un formalisme exagéré en s'interdisant toute considération de conventions constitutionnelles. D'autant plus qu'une majorité de la Cour avait consenti à identifier le contenu d'une convention constitutionnelle. Aussi le choix des juges minoritaires nous paraît-il préférable parce qu'il s'adresse à la question canadienne avec réalisme et sans excès de réserve judiciaire face au contexte conventionnel.

Le reproche le plus sérieux qu'on puisse adresser à chaque avis relatif à la légalité est sans doute de n'avoir pas abordé avec une égale vigueur, et comme des questions distinctes, celles que posaient les deux buts poursuivis par le projet fédéral. À leur face même, l'insertion d'une formule d'amendement du type de celle envisagée dans ce projet et l'adoption d'une charte soulèvent des problèmes juridiques et politiques différents. Le fait que chacun des avis soit dominé d'abord par un seul de ces impacts tend d'ailleurs à confirmer ce point de vue. Sans doute pourra-t-on démontrer, en scrutant chaque opinion, que les deux problèmes furent touchés par chacune. Notre propos n'était pas de le nier mais de révéler l'orientation majeure de chaque démarche et de juger les libertés prises par chacune à l'endroit des questions soumises et du Projet fédéral.

Il reste à s'interroger sur la raison de cette distance entre les problématiques. C'est, au fond, chercher la véritable explication des conclusions de chaque groupe. L'étude qui précède porte à croire que l'ensemble de la Cour se trouvait d'accord pour juger légale l'adoption d'une formule d'amendement comme celle qui était proposée. L'opposition portait sur la Charte. La majorité a jugé l'apparition de celle-ci légale dans les circonstances. La minorité a conclu en sens contraire. Les premiers ont-ils toléré un mécanisme unilatéral parce qu'ils étaient d'abord partisans de la Charte ou s'ils ont accepté la Charte parce que le fédéralisme n'était pas impliqué dans une réduction des compétences qui ne distinguait pas entre les pouvoirs fédéraux et provinciaux? La minorité a-t-elle jugé que le fédéralisme interdisait le processus suivi parce qu'elle n'avait pas d'enthousiasme pour la Charte ou a-t-elle jugé le tout inconstitutionnel parce qu'à ses yeux le fédéralisme canadien comportait une souveraineté parlementaire des législatures provinciales dont la diminution exigeait leur participation? Nous ne saurions trancher. Toutefois les deux avis s'opposent surtout par des conceptions distinctes quant aux exigences du fédéralisme en regard de l'insertion d'une charte constitutionnelle dans la constitution canadienne. Dans cette perspective on peut se demander quelle aurait pu être la décision si la possibilité de s'écarter de la Charte par dérogation expresse avait été accordée dans le projet soumis aux tribunaux comme elle l'est maintenant à l'article 33. Y aurait-il eu réconciliation?