

La modification et la réforme de la Constitution canadienne

Benoît Pelletier

Volume 47, numéro 2, 2017

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1042930ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1042930ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Pelletier, B. (2017). La modification et la réforme de la Constitution canadienne. *Revue générale de droit*, 47(2), 459–517. <https://doi.org/10.7202/1042930ar>

Résumé de l'article

La réforme constitutionnelle au Canada est, depuis longtemps, un processus laborieux, ponctué de hauts et de bas, de dénouements étonnants et d'échecs retentissants. Au coeur de cette réforme se trouve évidemment la procédure de modification constitutionnelle, laquelle varie selon les époques. Ainsi, avant le rapatriement, il fallait recourir au Parlement londonien pour modifier les parties les plus substantielles de la Constitution canadienne. Depuis 1982, la procédure de modification constitutionnelle se décline en cinq formules, dont trois requièrent, à des degrés divers, la participation des ordres de gouvernement fédéral et provincial. Il y a lieu, par ailleurs, d'ajouter aux exigences déjà très élevées de cette procédure différents facteurs qui viennent en compliquer davantage la mise en oeuvre. Rien d'étonnant, donc, à ce que les acteurs politiques et les tribunaux aient élaboré diverses stratégies d'adaptation paraconstitutionnelle, c'est-à-dire des mécanismes de substitution au processus formel de modification constitutionnelle.

Après avoir procédé à une étude de l'histoire propre à la réforme constitutionnelle au Canada, l'auteur en examine le cadre juridique et politique actuel, tout en insistant sur la procédure de modification de la Loi constitutionnelle de 1982. Puis, il traite des éléments qui viennent indirectement complexifier cette procédure. Enfin, il analyse les différents phénomènes qui favorisent l'adaptation paraconstitutionnelle de celle-ci. En guise de conclusion, l'auteur rappelle qu'aucune réforme constitutionnelle d'envergure n'est envisageable sans une volonté politique ferme et l'appui de la population. Il insiste aussi sur l'importance de réhabiliter le mot Constitution et d'éviter que la réforme constitutionnelle ne soit qu'un voeu pieux.

La modification et la réforme de la Constitution canadienne

BENOÎT PELLETIER*

RÉSUMÉ

La réforme constitutionnelle au Canada est, depuis longtemps, un processus laborieux, ponctué de hauts et de bas, de dénouements étonnants et d'échecs retentissants. Au cœur de cette réforme se trouve évidemment la procédure de modification constitutionnelle, laquelle varie selon les époques. Ainsi, avant le rapatriement, il fallait recourir au Parlement londonien pour modifier les parties les plus substantielles de la Constitution canadienne. Depuis 1982, la procédure de modification constitutionnelle se décline en cinq formules, dont trois requièrent, à des degrés divers, la participation des ordres de gouvernement fédéral et provincial. Il y a lieu, par ailleurs, d'ajouter aux exigences déjà très élevées de cette procédure différents facteurs qui viennent en compliquer davantage la mise en œuvre. Rien d'étonnant, donc, à ce que les acteurs politiques et les tribunaux aient élaboré diverses stratégies d'adaptation paraconstitutionnelle, c'est-à-dire des mécanismes de substitution au processus formel de modification constitutionnelle.

Après avoir procédé à une étude de l'histoire propre à la réforme constitutionnelle au Canada, l'auteur en examine le cadre juridique et politique actuel, tout en insistant sur la procédure de modification de la Loi constitutionnelle de 1982. Puis, il traite des éléments qui viennent indirectement complexifier cette procédure. Enfin, il analyse les différents phénomènes qui favorisent l'adaptation paraconstitutionnelle de celle-ci. En guise de conclusion, l'auteur rappelle qu'aucune réforme constitutionnelle d'envergure n'est envisageable sans une volonté politique ferme et l'appui de la population. Il insiste aussi sur l'importance de réhabiliter le mot Constitution et d'éviter que la réforme constitutionnelle ne soit qu'un vœu pieux.

* Professeur titulaire, Section de droit civil, Faculté de droit, Université d'Ottawa. La présente étude a été rendue possible grâce à des subventions de la Fondation du droit de l'Ontario et de la Fiducie Collection Bleue. Dans le présent article, les références seront omises lorsqu'il y aura des citations.

MOTS-CLÉS :

Modification constitutionnelle, réforme constitutionnelle, Loi de 1982 sur le Canada, Loi constitutionnelle de 1982, Loi constitutionnelle de 1867, procédure de modification.

ABSTRACT

Constitutional reform in Canada has long been a laborious process, marked by highs and lows, by astonishing outcomes, and by lasting challenges. The procedure leading to constitutional change obviously lies at the heart of such reform, and has varied with the times. This meant that, before patriation could occur, it was necessary to refer to Britain's Parliament for amendment of the most substantial parts of Canada's Constitution. Since 1982, the constitutional reform process has involved five amending formulae, three of which require, to different degrees, input from both federal and provincial levels of government. Moreover, in recent years, it has become necessary to add a range of new considerations to the already demanding process, further complicating implementation. It is thus not surprising that political players and tribunals have developed para-constitutional strategies or mechanisms as substitutes for the formal constitutional reform process itself.

Following a look at the history of constitutional reform in Canada, the author examines the current judicial and political context, while highlighting the process related to the Constitution Act, 1982. He then examines elements that have indirectly complicated this process. Finally, he analyzes various factors that tend to encourage para-constitutional adaptations. In conclusion, he notes that significant constitutional reform is inconceivable without a solid political will and popular support. He also emphasizes the importance of rehabilitating the word Constitution and suggests that constitutional reform is an ideal worth preserving.

KEY-WORDS:

Constitutional amendment, constitutional reform, Canada Act 1982, Constitution Act, 1982, Constitution Act, 1867, procedure for amending.

SOMMAIRE

Introduction	461
I. Historique	463
II. Le cadre juridique et politique actuel	475
A. Le cadre juridique de la réforme constitutionnelle	475
B. Le cadre politique de la réforme constitutionnelle	489
III. L'adaptation paraconstitutionnelle : procédés de substitution au processus formel de modification constitutionnelle	498
A. La jurisprudence constitutionnelle	500

B.	Le pouvoir fédéral de dépenser	507
C.	Les ententes administratives	510
D.	Les résolutions, lois ou instances	512
E.	Les conventions constitutionnelles	513
Conclusion		515

INTRODUCTION

La question de la réforme constitutionnelle au Canada est l'une des principales dimensions du renouvellement du fédéralisme canadien. Cependant, cette réforme reste un exercice particulièrement délicat, ne serait-ce qu'en raison des nombreuses discussions qu'elle requiert, des compromis qu'elle impose et de la prise en compte et conciliation des intérêts des divers partenaires fédératifs qu'elle postule la plupart du temps¹.

Pour éviter de s'engager dans la voie de la réforme constitutionnelle en tant que telle, les acteurs politiques canadiens ont tendance à invoquer la priorité qu'ils donnent à la création d'emplois, à la santé, à l'éducation ou à d'autres questions de grande importance. Ce ne sont là que des prétextes, car donner la préférence à l'économie ou aux affaires sociales n'est pas en soi un motif suffisant pour écarter la réforme du fédéralisme. Au contraire, cette dernière peut très bien être abordée en même temps que les grands enjeux de l'heure.

Si la réforme constitutionnelle demeure un moyen fondamental pour changer le fédéralisme, il faut toutefois se garder d'y voir une solution à tous les problèmes, une panacée. D'ailleurs, le règlement de la question constitutionnelle ne pourra jamais être définitif. Une société, quelle qu'elle soit, est constamment en mutation. Ernest Renan ne disait-il pas que le vouloir-vivre collectif n'est au fond qu'un

1. Comme devait l'affirmer la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32 au para 31, [2014] 1 RCS 704 :

La formule de modification ainsi établie est conçue pour favoriser le dialogue entre le gouvernement fédéral et les provinces sur les questions relatives à la modification de la Constitution, et pour préserver le statu quo constitutionnel au Canada jusqu'à ce que les parties prenantes s'entendent sur des réformes.

plébiscite de tous les jours²? Et Thomas Jefferson n'affirmait-il pas que chaque loi, chaque constitution, devrait expirer après une période de 19 ans³? Penser qu'il suffit d'un seul événement, d'un seul accord constitutionnel pour mettre fin aux tensions qui sont, en fait, le ferment de la vie en société révèle une compréhension bien limitée de ce qu'est la démocratie.

C'est en gardant à l'esprit ces quelques réflexions que le présent texte traitera de la réforme constitutionnelle au Canada. D'abord, nous rappellerons l'histoire de cette réforme, en mettant l'accent sur les différentes étapes qui ont marqué la recherche d'une procédure de modification constitutionnelle. S'il faut, certes, éviter de confondre *réforme constitutionnelle* et *modification constitutionnelle*⁴, il reste que la question de la procédure de modification a occupé une place importante dans la problématique de la réforme constitutionnelle au Canada. En effet, dès l'origine, l'un des objectifs de cette réforme fut d'établir une procédure de modification constitutionnelle qui soit purement canadienne.

Après cet historique, nous aborderons le cadre juridique et politique dans lequel la réforme constitutionnelle est aujourd'hui envisagée.

Enfin, nous procéderons à une étude des mécanismes d'adaptation paraconstitutionnelle pouvant se substituer au processus formel de modification de la Constitution canadienne.

2. Ernest Renan, *Qu'est-ce qu'une nation?*, Paris, Calmann Lévy, 1882 à la p 27.

3. Lettre de Thomas Jefferson à James Madison (6 septembre 1789) doc 23 dans Julian P Boyd et al, dir, *The Papers of Thomas Jefferson*, Princeton, Princeton University Press, 1950, 68 à la p 70, en ligne: [The Founders' Constitution <press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch2s23.html>](http://TheFounders'Constitution.press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch2s23.html).

4. Le premier concept, la réforme constitutionnelle, renvoie généralement au contenu même des projets visant l'élaboration du cadre constitutionnel ou encore à l'adaptation de ce dernier aux réalités et besoins changeants de la société. Pour sa part, le deuxième concept, la modification constitutionnelle, porte principalement sur le processus que doit suivre la réforme.

Les relations intergouvernementales — c'est-à-dire les relations entre les gouvernements en place dans un système politique donné — ne portent pas toujours sur des questions de nature constitutionnelle. Ainsi, au Canada, ces relations portent, la plupart du temps, sur des questions qui ne sont pas constitutionnelles et qui, par conséquent, ne concernent pas la réforme de la Constitution à proprement parler, ni ne requièrent la mise en œuvre des modalités de modification constitutionnelle en tant que telles.

I. HISTORIQUE

La *Loi constitutionnelle de 1867*⁵, qui créa la fédération canadienne, ne prévoyait aucune procédure permettant de modifier les éléments les plus importants de la Constitution. Le pouvoir constituant restait ainsi, essentiellement, un attribut du Parlement de Westminster. Avec l'accession progressive du Canada à l'indépendance, à partir de la Première Guerre mondiale, l'absence d'une procédure interne de changement constitutionnel fut de plus en plus ressentie comme une anomalie inconciliable avec l'idée d'une véritable souveraineté canadienne.

Dès 1927, donc peu après la Déclaration Balfour de 1926, par laquelle les autorités britanniques reconnurent, dans les faits, la souveraineté du Canada et celle d'autres *dominions*, la question de l'adoption d'une procédure de modification constitutionnelle fit l'objet de discussions entre le gouvernement fédéral et les provinces⁶. Ces pourparlers ne donnèrent toutefois lieu à aucune entente, et une clause spécifique prolongeant le pouvoir constitutionnel du Parlement britannique à l'égard de la Constitution canadienne fut par conséquent intégrée au *Statut de Westminster de 1931*⁷, lequel vint néanmoins consacrer officiellement l'indépendance

5. À l'origine l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* (R-U), 1867, 30 & 31 Vict, c 3, reproduit dans LRC 1985, annexe II, n° 5. Cette loi a été rebaptisée en 1982 *Loi constitutionnelle de 1867* dans la foulée du rapatriement de la Constitution canadienne et de la « canadienisation » des lois constitutionnelles qui en découla. La *Loi constitutionnelle de 1867* sera ci-après nommée « loi de 1867 ».

6. Selon la proposition du ministre de la Justice de l'époque, M. Ernest Lapointe, les modifications ordinaires de la Constitution canadienne auraient pu être effectuées avec l'accord de la majorité des provinces, alors que les modifications essentielles et fondamentales (comme celles touchant les droits des provinces, les droits des minorités ou ceux relatifs à la nationalité ou à la religion) auraient exigé l'aval de toutes les provinces.

Sur la conférence de 1927 en général, voir Secrétariat des conférences intergouvernementales canadiennes, « Conférence du Dominion et des provinces », *Conférences des premiers ministres 1906-2004*, 3 au 10 novembre 1927, en ligne : <www.scics.ca/wp-content/uploads/2016/10/fmp_f.pdf>.

7. Il s'agit du paragraphe 7(1) du *Statut de Westminster de 1931* (R-U), 22 Geo V, c 4, reproduit dans LRC 1985, ann II, n° 27 :

Rien dans la présente Loi ne doit être considéré comme se rapportant à l'abrogation ou à la modification des Actes de l'Amérique du Nord britannique, 1867 à 1930, ou d'un arrêté, statut ou règlement quelconque édicté en vertu desdits Actes.

Cette version française du paragraphe 7(1), tirée des *Lois révisées du Canada* (1985), n'a cependant pas valeur officielle.

C'est à la demande du Canada, et plus précisément des provinces canadiennes, que le paragraphe 7(1) du *Statut de Westminster de 1931* a été adopté.

Comme l'a affirmé le professeur Gérald-A Beaudoin : « Nous avons récupéré [en 1982] un pouvoir que nous avons volontairement laissé au Parlement de Westminster lors de notre accession

du Canada⁸. D'un point de vue pratique, en raison de l'absence de procédures formelles de modification constitutionnelle applicables au nouvel État canadien, le pouvoir du Parlement britannique de modifier la Constitution du Canada — dans ses parties essentielles — demeurerait nécessaire⁹.

Les discussions se poursuivirent durant les années 30. Le Comité permanent des questions constitutionnelles, composé de fonctionnaires et formé dans le contexte de la Conférence fédérale-provinciale de 1935, proposa, en 1936, un ensemble de modalités auxquelles serait assujettie la modification constitutionnelle. Cette proposition, qui resta sans suite immédiate, eut cependant une influence certaine sur les débats subséquents.

En effet, les travaux de 1936 permirent, notamment, de tracer une « distinction permanente entre les modifications intéressant le gouvernement fédéral seulement, les provinces seulement, et le gouvernement fédéral et certaines provinces ou toutes les provinces »¹⁰. Cette classification des différents objets de modification constitutionnelle, à laquelle correspondait une certaine gradation des exigences de consentement, aura été omniprésente dans les travaux qui suivirent. En outre, la proposition de 1936 contenait les prémisses de chacune des différentes procédures de modification constitutionnelle qu'on

en 1931 à l'indépendance politique»: Gérald-A Beaudoin, avec la collaboration de Pierre Thibault, *La Constitution du Canada: institutions, partage des pouvoirs, Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004 à la p 269.

Voir aussi Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd, Scarborough (Ont), Carswell, 2007 (feuilles mobiles supplément 2016), c 4.1(a) à la p 4-2, [*Constitutional Law of Canada*].

8. L'indépendance du Canada découlait essentiellement des articles 2, 3 et 4 du *Statut de Westminster de 1931*, *supra* note 7.

Plus particulièrement, l'article 4 prévoyait que les lois, adoptées par le Royaume-Uni après l'entrée en vigueur du Statut, ne pouvaient s'appliquer au Canada (ou à un autre *dominion* visé) à moins que le Parlement britannique n'y stipule expressément que le Canada (ou l'un des autres *dominions* en question) en avait demandé l'adoption et y avait consenti. Cela était, semble-t-il, conforme à une convention constitutionnelle que les autorités britanniques avaient respectée dans le passé, convention en vertu de laquelle le Parlement anglais ne modifiait la Constitution canadienne que si le Canada en faisait la demande expresse: *ibid* au c 3 à la p 3-6 et c 4.1(a) à la p 4-2.

9. Sur ce point, voir *ibid* au c 3.4 à la p 3-8.

10. Guy Favreau, *Modification de la Constitution du Canada*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1965 à la p 23.

connaît aujourd'hui, dont une ressemblant à la « procédure 7/50 » actuelle¹¹, et une autre reconnaissant un droit de retrait provincial¹².

En 1949, une modification à la loi de 1867 conféra au Parlement du Canada¹³ le pouvoir de modifier les dispositions constitutionnelles concernant exclusivement la régie interne des institutions fédérales¹⁴. Puis, en 1950, le gouvernement canadien convoqua les provinces à une conférence en vue de discuter des propositions de 1935–1936 quant à une procédure plus générale de modification constitutionnelle. Les travaux de cette conférence furent cependant suspendus indéfiniment à la fin de l'année 1950.

Les discussions intergouvernementales concernant la procédure de modification constitutionnelle reprirent dans les années 60. En 1960 et 1961, dans le cadre de la Conférence des procureurs généraux, la « formule Fulton » fut élaborée. Cette dernière proposait une procédure

11. La procédure envisagée en 1936 aurait demandé, outre le consentement fédéral, celui des deux tiers des provinces (soit six à l'époque), représentant au moins 55 % (plutôt que 50 %) de la population du Canada. Les propositions de 1936 sont reproduites à l'annexe D de l'ouvrage suivant : Paul Gérin-Lajoie, *Constitutional Amendment in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1950 aux pp 301–12.

Pour la suite du présent texte, l'expression « procédure 7/50 » renverra à la procédure visée par les articles 38 et 42 de la loi de 1982, laquelle sollicite le consentement du Sénat (sous réserve du fait que celui-ci ne dispose que d'un veto suspensif de 180 jours, en vertu de l'article 47 de la loi de 1982), de la Chambre des communes et des assemblées législatives d'au moins deux tiers des provinces (ou sept provinces), dont la population confondue représente au moins 50 % de la population de toutes les provinces. Permettons-nous d'ailleurs de souligner, dès à présent, qu'en vertu de la procédure 7/50 actuelle, aucune province — ni l'Ontario, ni le Québec, ni la Colombie-Britannique — ne possède un veto. Seules les autorités fédérales en détiennent un.

12. Ce droit de retrait aurait été appliqué aux modifications touchant les compétences provinciales visées aux paragraphes 92(13) (propriété et droits civils) et (16) (matières d'une nature purement locale ou privée) de la loi de 1867 : voir le projet d'article 148, alinéa 1c), élaboré en fonction d'une révision de la loi de 1867 et reproduit dans Paul Gérin-Lajoie, *ibid* aux pp 303–04.

13. Dans le présent texte, le Parlement du Canada sera, la plupart du temps, désigné par les simples mots « le Parlement » (les prépositions ou articles précédant le mot « Parlement » pouvant évidemment varier selon le contexte). Quant aux assemblées législatives provinciales, nous les appellerons « les législatures » (au singulier ou au pluriel selon le contexte).

14. *Acte de l'Amérique du Nord britannique (No 2)* (R-U), 1949, 13 Geo VI, c 81, reproduit dans LRC 1985, ann II, n° 33. Toujours en 1949, un autre changement est survenu en ce qui a trait aux liens institutionnels existant entre le Canada et le Royaume-Uni : le Parlement a aboli unilatéralement, en toute matière, la possibilité d'appeler des jugements de la Cour suprême du Canada au Comité judiciaire du Conseil privé de Londres. Déjà, en 1933, le Parlement avait aboli les appels au Comité judiciaire du Conseil privé en matière criminelle.

Sur l'abolition des appels au Comité judiciaire du Conseil privé, voir particulièrement la *Loi modifiant le Code criminel*, SC 1932–33, c 53, art 17 et la *Loi modifiant la Loi de la Cour suprême*, SC 1949, c 37, (2^e sess), art 3.

de modification constitutionnelle privilégiant la règle du consentement unanime (aux niveaux fédéral et provincial) dans le cas de changements constitutionnels majeurs, notamment ceux qui concernent les compétences des provinces. Elle prévoyait aussi une procédure permettant la délégation de pouvoirs législatifs¹⁵.

Cette proposition fut à la base de la « formule Fulton-Favreau », sur laquelle tous les premiers ministres s'entendirent lors d'une conférence fédérale-provinciale qui eut lieu en 1964¹⁶. La formule fut ratifiée par neuf assemblées législatives provinciales. Au Québec, cependant, le gouvernement de Jean Lesage s'abstint finalement de proposer à l'Assemblée législative la ratification de la formule en question, en raison des inquiétudes qu'elle suscitait : on craignait, en effet, qu'il devienne impossible, par la suite, de faire adopter une réforme constitutionnelle plus globale répondant mieux aux objectifs québécois.

Une nouvelle tentative infructueuse fut faite avec le projet de Charte constitutionnelle canadienne de 1971, souvent appelée « Charte de Victoria »¹⁷. En ce qui a trait à la modification constitutionnelle, cette charte proposait une procédure générale fondée sur le consentement des deux chambres du Parlement (le Sénat ne jouissant cependant que d'un veto suspensif de 90 jours) et sur celui de chaque grande région au sein de la fédération. Pour que ce contentement régional soit reconnu, il fallait non seulement qu'une majorité de provinces donnent leur accord, mais qu'au nombre de celles-ci se trouvent :

15. La « formule Fulton » prévoyait également que certaines modifications constitutionnelles devaient être accomplies avec le consentement du Parlement et de chaque province concernée, avec le consentement du Parlement et de toutes les provinces, sauf Terre-Neuve, avec le consentement du Parlement et de la législature terre-neuvienne, ou avec le consentement du Parlement et d'au moins les deux tiers des législatures, représentant au moins 50 % de la population du Canada.

16. La « formule Fulton-Favreau » prévoyait, entre autres, que certaines dispositions constitutionnelles ne pouvaient être modifiées qu'avec le concours des législatures de toutes les provinces, alors que d'autres ne pouvaient l'être qu'avec l'accord de la ou des provinces concernées. La procédure résiduelle, contenue dans cette formule, exigeait l'approbation des deux tiers des législatures provinciales. De plus, la formule en question restreignait passablement le pouvoir qu'avait le Parlement de modifier la Constitution canadienne en vertu du paragraphe 91(1) de la loi de 1867. Enfin, en ce qui concerne la délégation de pouvoirs législatifs, la « formule Fulton-Favreau » prévoyait que quatre provinces ou plus pouvaient autoriser le Parlement à légiférer dans une matière ressortissant aux provinces et que ce dernier pouvait autoriser quatre provinces ou plus à légiférer dans une matière de compétence fédérale.

17. Le premier ministre canadien et tous les premiers ministres provinciaux parvinrent à un accord sur la Charte de Victoria, mais c'est lors de l'étape de sa ratification par l'Assemblée nationale du Québec que celle-ci échoua. En effet, le Québec s'opposa finalement à sa ratification, ce qui entraîna l'échec de l'accord.

- chaque province comptant ou ayant compté dans le passé au moins 25 % de la population du Canada (donc le Québec et l'Ontario);
- au moins deux provinces de l'Atlantique;
- au moins deux provinces de l'Ouest représentant au moins 50 % de la population de l'ensemble de cette région¹⁸.

En 1978, le premier ministre Pierre Elliott Trudeau a présenté à la Chambre des communes le projet de loi sur la réforme constitutionnelle, mieux connu sous le nom de projet de loi C-60¹⁹. Celui-ci contenait les modifications constitutionnelles que le gouvernement canadien avait rendues publiques peu de temps auparavant, dans un livre blanc intitulé *Le temps d'agir*²⁰. Le premier ministre Trudeau avait alors en tête une réforme constitutionnelle devant s'effectuer en deux phases, soit une première phase portant sur des questions relevant de la compétence fédérale et une seconde, sur des questions requérant le consentement des provinces.

Dans le projet de loi C-60, le gouvernement canadien exposait en détail comment il entendait effectuer des changements aussi importants que le remplacement du Sénat par une nouvelle instance qui aurait été appelée Chambre de la Fédération, la réorganisation de la Cour suprême du Canada, l'« enchâssement »²¹ constitutionnel d'une charte des droits et libertés, l'adoption de nouvelles mesures en matière de relations fédérales-provinciales, la définition du rôle du premier ministre du Canada et du cabinet fédéral, ainsi que le renforcement des fonctions du gouverneur général. Le gouvernement canadien souhaitait également que la Constitution comporte dorénavant un préambule et une déclaration dans laquelle auraient été définis les principes fondamentaux régissant l'existence de la nation canadienne, de même que les grands objectifs poursuivis par cette dernière.

18. En matière de modification constitutionnelle, la Charte de Victoria contenait aussi un certain nombre d'autres propositions : voir les articles 49 à 57 du titre IX de cette charte. En ce qui concerne les matières autres que la modification constitutionnelle, la Charte de Victoria contenait des propositions relativement aux droits linguistiques, à la Cour suprême du Canada, à l'article 94A de la loi de 1867, aux inégalités régionales et à la consultation fédérale-provinciale.

19. PL C-60, *Loi modifiant la Constitution du Canada dans certains domaines ressortissant à la compétence législative du Parlement du Canada et prévoyant les mesures nécessaires à la modification de la Constitution dans certains autres domaines*, 3^e sess, 30^e parl, 1978.

20. Gouvernement du Canada, *Le temps d'agir : jalons de renouvellement de la fédération canadienne*, Hull, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1978.

21. Le mot « enchâssement » et le verbe « enchâsser » font partie du jargon constitutionnel canadien. Ils désignent le fait d'inscrire, d'incorporer, d'intégrer dans la Constitution.

En raison de l'opposition qu'il a suscitée, le projet de loi C-60 fut soumis à l'examen de la Cour suprême du Canada. Celle-ci en vint à la conclusion que le pouvoir de modification constitutionnelle, qui avait été accordé au Parlement par le paragraphe 91(1) de la loi de 1867, ne concernait que les matières relevant de la compétence fédérale. Étant donné que plusieurs des modifications envisagées par le projet de loi C-60 n'entraient pas dans pareille catégorie, le gouvernement fédéral ne donna pas suite à son initiative²².

Par la suite, soit en 1979, l'approche régionale de la Charte de Victoria fut reprise dans le rapport Pépin-Robarts²³. Cependant, la procédure proposée comportait une exigence relative à la ratification référendaire²⁴ des modifications constitutionnelles ayant préalablement été adoptées par la Chambre des communes et le Conseil de la fédération²⁵. Ce rapport recommandait également de rendre possible la délégation de compétences législatives entre les deux ordres de gouvernement²⁶.

22. Nous reviendrons sur ce sujet plus loin. Pour le moment, notons simplement que, par décret daté du 23 novembre 1978, le gouverneur général en conseil a soumis à la Cour suprême du Canada un certain nombre de questions ayant trait à la réforme du Sénat. La Cour a alors déclaré que le pouvoir unilatéral de modification constitutionnelle que le paragraphe 91(1) de la loi de 1867 conférait au Parlement ne permettait pas à ce dernier de rajuster la répartition des sièges entre les régions, de transformer le veto absolu dont dispose le Sénat à l'égard des projets de loi fédéraux en un simple veto suspensif, de prévoir l'élection directe des sénateurs par la population, ni, *a fortiori*, d'abolir le Sénat.

Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute, [1980] 1 RCS 54, 1979 CanLII 169 [*Renvoi: Chambre haute*].

23. Commission sur l'unité canadienne, *Se retrouver: observations et recommandations* (rapport Pépin-Robarts), Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1979 aux pp 110–11 et 139 [*Se retrouver*].

24. Plus précisément, cette ratification référendaire aurait nécessité un vote majoritaire dans quatre régions formées respectivement par les provinces de l'Atlantique, le Québec, l'Ontario et, enfin, les provinces de l'Ouest et les territoires. Le rapport Pépin-Robarts mentionnait la possibilité que cette liste soit modifiée au besoin pour inclure, à titre de région distincte, une province dont les habitants en viendraient à représenter, à un moment donné, au moins 25 % de la population canadienne.

25. Le Conseil de la fédération était envisagé dans ce rapport comme une nouvelle chambre devant remplacer le Sénat au sein du Parlement et devant être composé de délégations représentant les gouvernements provinciaux. Cette proposition de Conseil de la fédération se distinguait donc nettement de l'institution qui fut créée en 2003 sous le même nom, mais qui est une instance provinciale-territoriale qui n'a pas pour but de remplacer le Sénat. Nous reparlerons de cette dernière instance plus loin, *infra* note 153.

26. En matière de modification et d'adaptation de la Constitution canadienne, voir *Se retrouver*, *supra* note 23 recommandations particulières 65 à 67.

Après l'échec du référendum du 20 mai 1980, qui visait à octroyer au gouvernement québécois le mandat de négocier la souveraineté-association²⁷, le gouvernement fédéral convoqua les gouvernements provinciaux à une conférence, qui fut tenue en septembre 1980 et qui avait pour but, entre autres, de favoriser la conclusion d'une entente sur le « rapatriement »²⁸ et sur l'adoption d'une nouvelle procédure de modification. Cette conférence se solda par un désaccord marqué entre les provinces et le gouvernement canadien.

En guise de réaction à cet échec, le gouvernement fédéral rendit public, en octobre 1980, un projet de résolution dans lequel il envisageait de procéder unilatéralement au rapatriement de la Constitution du Canada et à sa modification de manière substantielle²⁹. Entre autres, le projet de résolution reprenait essentiellement la procédure de Victoria, fondée sur le consentement régional, mais en y ajoutant une option inédite jusqu'alors, puisque la Constitution aurait pu être modifiée « par simple proclamation fédérale autorisée par un référendum affirmatif dans les quatre régions du pays prévues dans la Charte de Victoria [...] »³⁰.

27. La question qui était posée aux Québécois à l'occasion du référendum de 1980 se lisait comme suit :

Le Gouvernement du Québec a fait connaître sa proposition d'en arriver, avec le reste du Canada, à une nouvelle entente fondée sur le principe de l'égalité des peuples : cette entente permettrait au Québec d'acquérir le pouvoir exclusif de faire ses lois, de percevoir ses impôts et d'établir ses relations extérieures, ce qui est la souveraineté, et, en même temps, de maintenir avec le Canada une association économique comportant l'utilisation de la même monnaie ; aucun changement de statut politique résultant de ces négociations ne sera réalisé sans l'accord de la population lors d'un autre référendum ; en conséquence, accordez-vous au Gouvernement du Québec le mandat de négocier l'entente proposée entre le Québec et le Canada ?

28. Le mot rapatriement est ici mis entre guillemets puisqu'il est plus ou moins exact. En réalité, le Canada n'a jamais eu le pouvoir de modifier sa propre Constitution avant 1982. Il ne l'a donc pas rapatriée en tant que telle, le verbe « rapatrier » désignant le fait de faire revenir quelque chose dans son pays d'origine.

29. Le projet de résolution fut publié le 2 octobre 1980, pour être soumis à la Chambre des communes de même qu'au Sénat du Canada. Il contenait une adresse à Sa Majesté la Reine du chef du Royaume-Uni relativement au rapatriement de la Constitution canadienne ainsi qu'à l'adoption d'une charte des droits et d'une nouvelle procédure de modification constitutionnelle.

30. André Tremblay, *La réforme de la Constitution au Canada*, Montréal, Thémis, 1995 à la p 65. Le projet de résolution d'octobre 1980 contenait un certain nombre d'autres propositions en matière de modification constitutionnelle, lesquelles sont détaillées par André Tremblay à la même page de son livre.

Les provinces (à l'exception de l'Ontario et du Nouveau-Brunswick) ont formé un front commun pour s'opposer au projet fédéral, et ce, même si elles avaient, à une autre époque, donné leur appui, sauf le Québec, à la Charte de Victoria³¹. Dans leur accord interprovincial du 16 avril 1981, les provinces ont présenté leur solution de rechange au rapatriement unilatéral qui était envisagé dans la résolution fédérale³². Selon leur proposition, le rapatriement devait s'accompagner de modifications portant sur deux sujets : d'une part, la procédure de modification constitutionnelle; d'autre part, la délégation de pouvoirs législatifs entre les deux ordres de gouvernement.

Par rapport à la modification constitutionnelle, l'accord interprovincial écartait l'approche régionale de la Charte de Victoria et revenait à la procédure générale et résiduelle fondée sur la règle du 7/50, renonçant par le fait même à octroyer à une province, quelle qu'elle soit, un veto lui permettant de faire échec éventuellement à une modification constitutionnelle. L'accord écartait aussi l'idée, présente dans la résolution fédérale d'octobre 1980, du recours à un référendum en cas d'impasse entre les gouvernements. L'accord ajoutait, par ailleurs, un élément important à la procédure 7/50, soit le droit de retrait avec pleine compensation financière en cas de transfert d'une compétence des provinces au Parlement. Ce droit de retrait et cette procédure de délégation interparlementaire de pouvoirs législatifs représentaient des facteurs de souplesse et peut-être même d'asymétrie.

31. Il faut toutefois admettre que la Charte de Victoria était beaucoup plus large que le projet de résolution d'octobre 1980. En effet, cette charte contenait des propositions relativement aux droits politiques, aux droits linguistiques (qu'elle rendait alors applicables à maintes provinces canadiennes, parfois même à toutes celles-ci), à la Cour suprême du Canada, à l'article 94A de la loi de 1867, à la consultation fédérale-provinciale et à la modernisation de la Constitution. De plus, la Charte de Victoria ne prévoyait pas la possibilité pour le Parlement — et lui seul — de déclencher un référendum pour faire modifier la Constitution au cas où les provinces refuseraient de consentir à la modification proposée.

32. La formule de modification avancée par les provinces fut appelée « formule de Vancouver ». Cette formule privilégiait essentiellement un principe d'égalité entre les provinces, mais avec un droit de retrait facultatif, comprenant une compensation financière. De plus, elle supprimait la nécessité de tenir un référendum, de même que le droit de veto absolu que le gouvernement fédéral se proposait d'accorder au Sénat en matière de réforme constitutionnelle, y compris la réforme du Sénat.

Le projet fédéral de rapatriement fut soumis aux tribunaux de trois provinces (Québec³³, Terre-Neuve³⁴ et Manitoba³⁵) et porté finalement devant la Cour suprême du Canada. Celle-ci, en septembre 1981, conclut à l'existence d'une convention constitutionnelle imposant « un degré appréciable de consentement provincial »³⁶ et, donc, à l'inconstitutionnalité du projet fédéral du point de vue conventionnel³⁷.

Après cet avis, les négociations fédérales-provinciales reprurent et les gouvernements en vinrent à la conclusion, le 5 novembre 1981, d'une entente sur le rapatriement de la Constitution, à laquelle le Québec refusa de donner son accord³⁸. Cette entente retint finalement le modèle basé sur la procédure 7/50, comme c'était le cas dans l'accord interprovincial du 16 avril 1981³⁹, mais en limitant à certains sujets la

33. *Reference re Amendment to the Constitution of Canada*, [1981] CA 80, 1981 CarswellQue 447 [Renvoi à la Cour d'appel relatif à un projet de résolution portant adresse commune à sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada]. Quatre juges contre un appuyèrent la thèse fédérale, malgré le fait que le « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada » portait atteinte aux droits provinciaux.

34. *Reference re Amendment of the Constitution of Canada*, [1981] 29 Nfld & PEIR 503, 1981 CanLII 2638 (NL CA). La Cour d'appel de Terre-Neuve, à l'unanimité, appuya la thèse des provinces.

35. *Reference re Questions Concerning Amendment of Constitution of Canada as Set out in O.C. 1020/80*, [1981] MJ No 95, 1981 CarswellMan 65. À trois juges contre deux, la Cour d'appel du Manitoba endossa la thèse fédérale et affirma que l'histoire ne démontrait pas le besoin d'un consentement des provinces.

36. *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 RCS 753 aux pp 759, 905, 1981 CanLII 25. La version anglaise de « degré appréciable de consentement provincial » est soit « *substantial measure of provincial consent* » ou « *substantial degree of provincial consent* ». Plus précisément, ce sont les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Chouinard et Lamer qui en sont arrivés à la conclusion qu'un rapatriement de la Constitution canadienne, demandé aux autorités britanniques par le Parlement avec l'appui de seulement deux provinces sur dix, est inconstitutionnel sur le plan des conventions.

37. Dans le *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, *supra* note 36, la Cour suprême du Canada conclut néanmoins à la constitutionnalité du projet fédéral sur le plan strictement légal, c'est-à-dire que le Parlement pouvait, en droit strict, demander unilatéralement aux autorités britanniques qu'elles accomplissent le rapatriement. C'est là, du moins, la conclusion à laquelle sont parvenus les juges Laskin, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

38. Le Québec tenta par la suite, sans succès, de se voir reconnaître un veto lui permettant de faire obstacle au rapatriement de la Constitution. Il s'adressa d'abord à sa Cour d'appel : *Quebec (AG) v Canada (AG)*, [1982] CA 33, 1982 CanLII 3082 (QC CA), puis, à la Cour suprême du Canada : *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 RCS 793, 1982 CanLII 219.

39. Dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, *supra* note 1, la Cour suprême du Canada a elle-même confirmé que l'accord interprovincial d'avril 1981 avait été le « canevas » de la loi de 1982. Elle en a d'ailleurs profité pour dresser un bref historique de la réforme constitutionnelle au Canada. Voici comment elle s'est exprimée à ce sujet, aux para 30–31 :

À partir des années 30, le gouvernement fédéral et les provinces ont tenu une série de conférences pour discuter de la possibilité d'adopter une formule de modification

compensation financière prévue dans le cas de l'exercice du droit de retrait et en écartant la procédure de délégation de pouvoirs législatifs. L'entente mena au rapatriement de la Constitution⁴⁰ et à l'entrée en vigueur, le 17 avril 1982, de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁴¹, qui prévoit, dans sa partie V, la procédure actuelle de modification constitutionnelle.

formelle. Ces discussions ont donné lieu à plusieurs propositions : voir en particulier la formule Fulton-Favreau, dans Favreau, p. 110 à 115; et la Charte de Victoria, dans *Conférence constitutionnelle : Délibérations* (1971), ann. B. En octobre 1980, dans le cadre des efforts visant à réaliser une réforme constitutionnelle d'envergure, le gouvernement fédéral a déposé une nouvelle proposition de formule de modification à la Chambre des communes et au Sénat : « Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada », dans *La Constitution canadienne 1980 : Projet de résolution concernant la Constitution du Canada* (1980). En réponse, les premiers ministres provinciaux ont élaboré une contre-proposition — l'« Accord d'avril » de 1981 — qui est devenue le canevas de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982 : Accord constitutionnel : Projet canadien de rapatriement de la Constitution* (1981).

L'Accord d'avril et, en définitive, la partie V reflètent le consensus politique selon lequel les provinces doivent avoir un droit de participation aux modifications constitutionnelles mettant en cause leurs intérêts. [TRADUCTION] L'« objectif sous-jacent » de ces textes consiste « à restreindre les pouvoirs de modification unilatérale de la Constitution conférés au fédéral » : P.J. Monahan et B. Shaw, *Constitutional Law* (4^e éd. 2013), p. 204; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, par. 98–100. On y consacre aussi le principe de « l'égalité constitutionnelle des provinces comme partenaires égaux au sein de la Confédération » : *Accord constitutionnel : Projet canadien de rapatriement de la Constitution*, observations générales dans la partie A, p. 1. En principe, les provinces sont sur un pied d'égalité en ce qui concerne les modifications constitutionnelles, et toutes les provinces jouissent des mêmes droits dans le processus de modification.

40. Techniquement, le rapatriement de la Constitution canadienne a été accompli par l'adoption de l'article 2 de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11. De plus, le paragraphe 53(1) et l'annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [loi de 1982], ont eu pour effet d'abroger l'article 4 et le paragraphe 7(1) du *Statut de Westminster de 1931*, *supra* note 7, dans la mesure où ils s'appliquaient au Canada. Comme nous l'avons vu ci-dessus, il ressortait de l'article 4 et du paragraphe 7(1) du *Statut de Westminster de 1931*, lus en corrélation, qu'à compter de l'entrée en vigueur de ce statut, et ce, jusqu'au rapatriement de la Constitution canadienne, le Parlement britannique ne pouvait modifier cette dernière que conformément aux volontés du Canada lui-même. La souveraineté de l'État canadien, découlant du Statut, était ainsi sauve. Voilà pourquoi on peut affirmer que le Canada est devenu un pays souverain en 1931, en dépit du fait que sa Constitution continua d'être modifiée par les autorités britanniques jusqu'en 1982.

Peter Russell fait une analyse intéressante des événements ayant donné lieu au rapatriement de la Constitution canadienne dans son livre intitulé *Constitutional Odyssey: Can Canadians Become a Sovereign People?*, 3^e éd, Toronto, University of Toronto Press, 2004 aux pp 107–26.

Frédéric Bastien s'est penché sur les dessous, secrets et coulisses du rapatriement de la Constitution canadienne. Il a analysé les événements ayant conduit à ce rapatriement, en s'appuyant sur une étude des archives, notamment des documents secrets du *Foreign Office*. L'auteur allègue que Pierre Elliott Trudeau a enfreint, à l'époque, la séparation des pouvoirs, ce qui, selon l'auteur, compromet la légitimité du régime constitutionnel issu du rapatriement : Frédéric Bastien, *La bataille de Londres : dessous, secrets et coulisses du rapatriement constitutionnel*, Montréal, Boréal, 2013.

41. *Loi de 1982 sur le Canada*, *supra* note 40.

Le processus de ratification de l'Accord du lac Meech⁴², qu'on tenta de mener à terme de 1987 à 1990, a bien montré que la procédure de modification constitutionnelle, contenue dans la loi de 1982, comportait de grandes exigences. Malgré tout, un certain nombre de modifications ont été réalisées depuis 1982. À l'exception de la première, adoptée en 1983 au moyen de la procédure 7/50, ces modifications furent toutes mises en œuvre par voie bilatérale, sous le régime de l'article 43 de la loi de 1982, et n'impliquèrent que le palier fédéral et la province directement concernée. Voici la liste des modifications complexes⁴³ adoptées depuis 1982 :

- la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*⁴⁴, qui intégra à la loi de 1982 un ensemble de dispositions intéressant les peuples autochtones, dont l'article 35.1 prévoyant une participation autochtone aux travaux préalables à la modification de certaines dispositions les concernant directement⁴⁵;
- la *Modification constitutionnelle de 1987 (Loi sur Terre-Neuve)*⁴⁶, qui vint modifier les dispositions constitutionnelles sur l'éducation s'appliquant à Terre-Neuve en vue d'inclure les Assemblées de la Pentecôte au nombre des confessions religieuses détentrices de droits et privilèges dans le système scolaire de la province;
- la *Proclamation de 1993 modifiant la Constitution (Loi sur le Nouveau-Brunswick)*⁴⁷, qui reconnut l'égalité des deux communautés de langue officielle de la province;

42. Réunion des premiers ministres sur la Constitution, *Accord constitutionnel de 1987*, Ottawa, 3 juin 1987 [Accord du lac Meech].

43. Nous entendons par l'expression « modifications complexes », celles requérant l'approbation du Parlement et d'une ou de plusieurs provinces, voire de toutes celles-ci. Nous n'incluons pas dans cette expression les modifications unilatérales visées par les articles 44 et 45 de la loi de 1982.

44. *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, TR/84-102, (1984) Gaz C II, 2984, reproduit dans LRC 1985, ann II, n° 46 [*Proclamation de 1983*].

45. Il est à noter que le gouvernement et l'Assemblée nationale du Québec se sont abstenus de participer au processus multilatéral (procédure 7/50) de ratification, lié à cette modification constitutionnelle. Notons également qu'outre l'ajout de l'article 35.1 de la loi de 1982, la *Proclamation de 1983*, *ibid*, a abrogé et remplacé l'alinéa 25b) de cette loi. Elle a également ajouté les paragraphes 35(3) et (4), de même que la partie IV.1, l'article 54.1 et l'article 61 à la loi de 1982. La partie IV.1 contenait des dispositions ayant trait à la tenue de conférences constitutionnelles. Elle a été abrogée le 18 avril 1987 en vertu de l'article 54.1 de la loi de 1982, cet article ayant lui-même été abrogé le même jour aux termes de ses dispositions.

46. *Modification constitutionnelle de 1987 (Loi sur Terre-Neuve)*, TR/98-25, (1998) Gaz C II, 339.

47. *Proclamation de 1993 modifiant la Constitution (Loi sur le Nouveau-Brunswick)*, TR/93-54, (1993) Gaz C II, 1588.

- la *Modification constitutionnelle de 1994 (Île-du-Prince-Édouard)*⁴⁸, qui permet qu'un pont reliant l'île au continent remplace le service de bateaux à vapeur, garanti constitutionnellement, lors de l'entrée de la province dans la fédération canadienne;
- la *Modification constitutionnelle de 1997 (Québec)*⁴⁹, qui mit fin, pour le Québec, à l'application des garanties de nature confessionnelle prévues à l'article 93 de la loi de 1867, ce qui permit la mise sur pied de commissions scolaires linguistiques⁵⁰;
- la *Modification constitutionnelle de 1997 (Loi sur Terre-Neuve)*⁵¹, qui eut pour objet la déconfessionnalisation du système d'éducation de la province, tout en maintenant certains privilèges de nature confessionnelle;
- la *Modification constitutionnelle de 1998 (Terre-Neuve)*⁵², qui vint abroger les privilèges confessionnels existants dans la province, afin qu'y soit mis en place un système scolaire unique;
- la *Modification constitutionnelle de 2001 (Terre-Neuve-et-Labrador)*⁵³, qui changea la désignation de la province de Terre-Neuve pour celle de Terre-Neuve-et-Labrador.

48. *Proclamation de 1993 modifiant la Constitution (Île-du-Prince-Édouard)*, TR/94-50, (1994) Gaz C II, 2021.

49. *Modification constitutionnelle de 1997 (Québec)*, TR/97-141, (1997) Gaz C II, édition spéciale, vol 131, n° 8.

50. Le but que poursuivait le gouvernement du Québec était d'abolir les commissions scolaires confessionnelles, dont l'existence était prévue par la loi de 1867, afin de les remplacer par des commissions scolaires linguistiques. La résolution unanime, adoptée le 15 avril 1997 par l'Assemblée nationale, afin d'autoriser cette modification de la loi de 1867 précisait « qu'une telle modification ne constitue en aucune façon une reconnaissance par l'Assemblée nationale de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui fut adoptée sans son consentement », Québec, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, *Positions du Québec dans les domaines constitutionnel et intergouvernemental de 1936 à mars 2001*, 2001, document 33, en ligne: <www.saic.gouv.qc.ca/affaires-intergouvernementales/positions-historiques/motions/1997-05-21.pdf>; voir aussi Québec, Assemblée nationale du Québec, *Journal des débats*, 35^e lég, 2^e sess, vol 35, n° 83 (26 mars 1997) « Motion proposant que l'Assemblée autorise la modification de la Constitution par proclamation du gouverneur général afin de mettre en place des commissions scolaires linguistiques ». Elle rappelait en outre les engagements pris par le gouvernement fédéral quant à un processus de modification rapide et bilatéral de la Constitution canadienne à l'égard des droits confessionnels applicables au Québec.

51. *Modification constitutionnelle de 1997 (Loi de Terre-Neuve)*, TR/97-55, (1997) Gaz C II, vol 131, 1527.

52. *Modification constitutionnelle de 1998 (Terre-Neuve)*, TR/98-25, (1998) Gaz C II, édition spéciale, vol 132, n° 1.

53. *Modification constitutionnelle de 2001 (Terre-Neuve-et-Labrador)*, TR/2001-117, (2001) Gaz C II, édition spéciale, vol 135, n° 6.

Certaines modifications, faites unilatéralement par le Parlement, en vertu de l'article 44 de la loi de 1982, méritent aussi d'être mentionnées ici, puisqu'elles comportent des changements au texte de la Constitution du Canada⁵⁴:

- la *Loi de 1985 sur la représentation électorale*⁵⁵, qui réforma le mode de révision du nombre de députés de chaque province à la Chambre des communes;
- la *Loi constitutionnelle de 1999 (Nunavut)*⁵⁶, qui assigna au territoire du Nunavut un sénateur et un député⁵⁷;
- la *Loi sur la représentation équitable*⁵⁸, qui modifia une fois de plus le mode de révision du nombre de députés et de la représentation à la Chambre des communes de chacune des provinces.

Ces trois dernières modifications constitutionnelles, bien qu'accomplies unilatéralement par le Parlement, vont au-delà de la simple modification qu'une assemblée législative peut adopter habituellement en vertu de ses pouvoirs législatifs réguliers. Elles ont plutôt un impact profond sur la fédération, puisque deux d'entre elles déterminent comment doit être formée la Chambre des communes, alors que l'autre donne une place, au Sénat et à la Chambre des communes, à un nouvel interlocuteur au sein de la fédération canadienne : le Nunavut.

II. LE CADRE JURIDIQUE ET POLITIQUE ACTUEL

A. Le cadre juridique de la réforme constitutionnelle

La réforme constitutionnelle au Canada s'inscrit dans un cadre à la fois juridique et politique. Côté juridique, c'est le paragraphe 52(2) de la loi de 1982 qui constitue la clé de voûte de la partie V de cette loi. D'ailleurs, le paragraphe 52(3) de la loi de 1982 affirme que « [l]a Constitution du Canada ne peut être modifiée que conformément aux pouvoirs

54. Notons que les modifications qui ont été accomplies en vertu de l'article 44 de la loi de 1982, mais qui ne comportaient pas de changements des textes constitutionnels eux-mêmes, ont été exclues de cette liste. C'est notamment le cas de la *Loi sur la sanction royale*, LC 2002, c 15.

55. *Loi de 1985 sur la représentation électorale*, LC 1986, c 8.

56. *Loi constitutionnelle de 1999 (Nunavut)*, LC 1998, c 15.

57. Le Nunavut a été créé par la *Loi sur le Nunavut*, LC 1993, c 28.

58. *Loi sur la représentation équitable*, LC 2011, c 26. Cette loi a modifié le mode de révision du nombre de députés à la Chambre des communes, mode qui avait été établi par la *Loi de 1985 sur la représentation électorale*, *supra* note 55.

conférés par elle ». Cela renvoie à l'expression « Constitution du Canada » qu'on trouve aux articles 38, 41, 42, 43 et 44 de la loi de 1982. Quant à l'article 45 de cette loi, il utilise l'expression « constitution de [la] province », ce qui inclut, certes, des dispositions qui font partie de la Constitution du Canada au sens du paragraphe 52(2), mais ce qui vise aussi probablement d'autres mesures non contenues dans cette dernière⁵⁹.

En ce qui a trait à l'expression « Constitution du Canada » au sens du paragraphe 52(2) de la loi de 1982, il y a lieu de se demander si elle couvre les principes intégrés implicitement en droit canadien, en vertu du préambule de la loi de 1867, et les principes constitutionnels sous-jacents dont parle la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*. La réponse la plus probable à cette question est oui, étant donné la nature fondamentale et le caractère incontournable des principes en question⁶⁰. Nous reviendrons sur ce sujet un peu plus loin⁶¹.

Quoi qu'il en soit, la partie V de la loi de 1982 comprend cinq modalités de modification constitutionnelle. Deux de celles-ci sont d'application plutôt simple, car elles reposent sur l'adoption de lois dont la portée est limitée à un seul ordre de gouvernement. Elles concernent respectivement :

59. Nous reviendrons sur ce point un peu plus loin, voir *infra* note 63.

Notons au passage qu'en matière de modification constitutionnelle, il est tout à fait approprié de faire des distinctions entre les trois concepts suivants : la « Constitution du Canada » ou « Constitution canadienne », la « constitution fédérale », et la « constitution provinciale » ou « constitution de la province ». Le premier de ces concepts renvoie au paragraphe 52(3) de la loi de 1982, lequel offre une définition de la « Constitution du Canada » qui, comme nous l'avons vu ci-dessus, s'applique aux articles 38, 41, 42, 43 et 44 de la loi de 1982 et n'est pas exhaustive. Le second concept, soit la « constitution fédérale », traduit l'idée selon laquelle il existe des normes constitutionnelles qui ne concernent que l'ordre fédéral de gouvernement. Ces normes, liées à la régie interne des institutions fédérales, sont celles qui sont couvertes par l'article 44 de la loi de 1982. Ces dernières font donc à la fois partie de la « Constitution du Canada » et de la « constitution fédérale ». Il faut toutefois éviter de confondre ces deux concepts, puisque l'expression « Constitution du Canada » ou « Constitution canadienne » est beaucoup plus large que l'expression « constitution fédérale ». Enfin, le troisième concept, soit celui de la « constitution provinciale » ou « constitution de la province », vise, certes, la partie V (articles 58 à 90) de la loi de 1867, mais aussi les différentes mesures adoptées par les provinces en vertu de l'article 45 de la loi de 1982, et ce, que ces mesures fassent ou non partie de la « Constitution du Canada ».

60. Dans leur traité, les auteurs Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet affirment qu'« il n'apparaît faire aucun doute que le principe d'indépendance judiciaire découlant du préambule de la Loi de 1867 ait la même autorité supralégislative que celui découlant du dispositif de la Constitution » : Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014 au para X.127.

61. Voir *infra* à la partie III, A.

- l'exercice de la compétence exclusive conférée au Parlement par l'article 44 de la loi de 1982, lequel porte sur la modification de certains aspects constitutionnels concernant les institutions fédérales (pouvoir exécutif canadien, Sénat et Chambre des communes)⁶²;
- l'exercice de la compétence provinciale exclusive, prévue à l'article 45 de la loi de 1982, relativement à la modification de la constitution d'une province⁶³.

62. Ce pouvoir fédéral est essentiellement hérité du paragraphe 91(1) de la loi de 1867 (lui-même entré en vigueur en 1949), maintenant abrogé. Il doit être interprété de manière restrictive, car il ne permet pas au Parlement « [...] d'apporter des modifications qui porteraient atteinte aux caractéristiques fondamentales ou essentielles attribuées au Sénat [...] » : *Renvoi : Chambre haute*, supra note 22 à la p 56. Par extension, ce pouvoir ne permet pas non plus au Parlement de modifier unilatéralement les conditions essentielles du compromis fédératif. Dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, supra note 1, la Cour suprême du Canada a confirmé le principe selon lequel l'article 44 de la loi de 1982 — qui constitue la version post-rapatriement du paragraphe 91(1) en question — n'autorise pas le Parlement à modifier unilatéralement des dispositions constitutionnelles qui touchent le compromis fédératif ou le jeu des relations fédérales-provinciales. Parmi ces dispositions se trouvent celles qui portent sur des caractéristiques fondamentales du Sénat.

Notons, au passage, que lorsqu'une modification constitutionnelle est accomplie en vertu de l'article 44 de la loi de 1982, elle doit l'être de façon expresse. En effet, les commentaires que nous formulerons dans la note infrapaginale qui suit, au sujet du pouvoir unilatéral de modification constitutionnelle que l'article 45 de la loi de 1982 confère aux provinces, s'appliquent ici *mutatis mutandis*.

L'auteur Warren J Newman souligne avec raison que le Parlement et les législatures provinciales ont la compétence d'accomplir unilatéralement certaines modifications constitutionnelles, de même que celle d'édicter des lois organiques ou quasi constitutionnelles. Selon lui, cette compétence leur permet de faire progresser la mise en œuvre des valeurs et principes constitutionnels, tout en respectant la structure de la Constitution du Canada, la nature fondamentale des grandes institutions législatives, exécutives et judiciaires de ce pays, et les intérêts provinciaux. Warren J Newman, « Putting One's Faith in a Higher Power: Supreme Law, the *Senate Reform Reference*, Legislative Authority and the Amending Procedures » (2015) 34:2 NJCL 99.

63. Ce pouvoir provient du paragraphe 92(1) de la loi de 1867, maintenant abrogé. Notons toutefois que le juge Beetz a tenu à préciser, à titre *d'obiter dictum*, en se fondant sur la décision du Comité judiciaire du Conseil privé dans *In re Initiative and Referendum Act*, [1919] AC 935, 1919 CanLII 426, que cette dernière affaire peut « étayer la proposition plus générale que le pouvoir de modification constitutionnelle que le par. 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde aux provinces ne comprend pas nécessairement le pouvoir de provoquer des bouleversements constitutionnels profonds par l'introduction d'institutions politiques étrangères et incompatibles avec le système canadien » : *Ontario (PG) c SEFPO*, [1987] 2 RCS 2 au para 111, 1987 CanLII 71 [SEFPO]. Ainsi, il est fort possible que le pouvoir unilatéral de modification constitutionnelle, découlant du paragraphe 92(1) de la loi de 1867, n'aurait pas permis aux provinces — si elles l'avaient véritablement souhaité — d'abolir le parlementarisme de type britannique ni le principe du gouvernement responsable qui est au cœur de ce dernier.

Notons du reste que l'expression « constitution de [la] province », qu'on trouve à l'article 45 de la loi de 1982, ne se limite pas à la seule partie V de la loi de 1867, intitulée « Constitutions provinciales ». Elle est beaucoup plus large et couvre même vraisemblablement des dispositions qui ne figurent pas dans la Constitution du Canada en tant que telle. Comme le dit la Cour

Quant aux dispositions portant sur les modifications constitutionnelles ayant valeur supralégislative⁶⁴, elles ne relèvent évidemment pas des pouvoirs unilatéraux, mais, au contraire, de modalités dites complexes. Celles-ci requièrent une proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada⁶⁵, autorisée à la fois par des résolutions émanant des deux chambres du Parlement (le Sénat ne jouissant cependant que d'un veto suspensif de 180 jours, en vertu de l'article 47 de la loi de 1982⁶⁶) et d'un nombre d'assemblées législatives provinciales, qui varie selon la procédure en cause. Par leur caractère juridique, ces résolutions sont distinctes et indépendantes des accords constitutionnels, lesquels sont des réalités politiques relevant de la sphère des relations intergouvernementales. Trois différentes procédures recourent à de telles résolutions :

suprême dans l'arrêt *Québec (PG) c Blaikie et autres*, [1979] 2 RCS 1016 à la p 1024, 1979 CanLII 21, en parlant de l'ancien paragraphe 92(1) de la loi de 1867 :

Ce dernier peut évidemment viser des changements comme ceux qui font l'objet de l'arrêt *Fielding v. Thomas* ainsi que d'autres matières qui ne sont pas expressément régies par l'Acte de l'Amérique du Nord britannique mais font implicitement partie de la constitution de la province.

Toutefois, lorsqu'on veut modifier des dispositions qui, à la fois, concernent la constitution de la province et figurent dans la Constitution du Canada, il faut alors procéder explicitement, puisque l'article 45 doit être lu en corrélation avec le paragraphe 52(1) de la loi de 1982, qui veut que la Constitution rende inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. Comme le dit le juge Major dans l'arrêt *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 RCS 565 au para 35, 1998 CanLII 801, au nom de quatre autres juges :

Le paragraphe 52(1) exige effectivement que toute loi provinciale visant à modifier la constitution de la province [en vertu de l'article 45 de la loi de 1982] le fasse expressément : [...]. Si cette exigence n'est pas respectée, la loi risque d'être invalidée parce qu'elle est incompatible avec la Constitution.

Cette exigence n'est pas requise pour les dispositions qui concernent la modification de la constitution de la province, mais qui ne font pas partie de la Constitution du Canada.

64. Nous utilisons ici le mot «supralégislative» pour désigner les normes qui ont une autorité juridique qui les place au-dessus de la sphère législative. Nous n'incluons donc dans cette expression que les dispositions constitutionnelles qui sont modifiables en vertu des articles 38, 41, 42 et 43 de la loi de 1982. En effet, les dispositions visées par les articles 44 et 45 de cette loi peuvent être modifiées ou abrogées unilatéralement par le législateur fédéral ou provincial, selon le cas.

65. Voir l'article 48 de la loi de 1982.

66. En vertu de l'article 47 de la loi de 1982, il peut être passé outre au défaut d'autorisation du Sénat si celui-ci n'a pas adopté de résolution d'agrément à une modification constitutionnelle dans les 180 jours suivant l'adoption de celle de la Chambre des communes et si cette dernière, après l'expiration de ce délai, adopte une seconde résolution allant dans le même sens que la première. L'article 47 en question précise, par ailleurs, que les périodes pendant lesquelles le Parlement est prorogé ou dissous ne doivent pas être comptées aux fins du calcul des 180 jours susmentionnés.

- La procédure d’unanimité de l’article 41 de la loi de 1982 est la plus contraignante des trois. Elle exige, outre le consentement fédéral, celui de l’ensemble des provinces. Cette procédure ne s’applique toutefois qu’à un certain nombre de questions spécifiées dans l’article en question⁶⁷.
- La procédure définie à l’article 43 de la loi de 1982 porte sur les modifications constitutionnelles qui ne concernent qu’une ou quelques provinces⁶⁸. Elle prévoit que ces modifications doivent être autorisées au niveau fédéral et par la ou les provinces concernées⁶⁹. Il s’agit en

67. Ces questions sont les suivantes :

- a) les charges de Reine, de gouverneur général et de lieutenant-gouverneur;
- b) le droit d’une province d’avoir à la Chambre des communes un nombre de députés au moins égal à celui des sénateurs par lesquels elle est habilitée à être représentée lors de l’entrée en vigueur de la partie V de la loi de 1982;
- c) l’usage du français ou de l’anglais, sous réserve de l’article 43 de la loi de 1982, portant sur l’usage du français ou de l’anglais dans une province;
- d) la composition de la Cour suprême du Canada;
- e) la modification de la partie V de la loi de 1982, c’est-à-dire la procédure de modification constitutionnelle elle-même.

68. La version française de l’article 43 de la loi de 1982 parle de la modification des dispositions constitutionnelles « applicables à certaines provinces seulement ». La version anglaise de cet article est toutefois plus précise et traite de la modification des dispositions de la Constitution du Canada « *that applies to one or more, but not all, provinces* ». Il faut en conclure que l’article 43 en question porte sur la modification des dispositions constitutionnelles qui ne s’appliquent qu’à une ou à plusieurs provinces, mais non à toutes celles-ci.

L’auteur Dwight Newman a discuté, pour sa part, de l’utilisation de l’article 43 de la loi de 1982 pour enchâsser le droit de propriété dans la Constitution du Canada. Il a, entre autres, affirmé ce qui suit :

Section 43 may well provide a means around certain constitutional impasses and, indeed, a means of entrenching a neglected right to property. The real test of the use of s. 43 is whether provincial and federal political majorities find the intended use an appropriate constitutional modification. In the very hour when many have given up on the hope of constitutional amendment in Canada, prospects for new constitutional amendments in a different form are to found within Canadian federalism.

Dwight Newman, « The Bilateral Amending Formula as a Mechanism for the Entrenchment of Property Rights » (2013) 21:2 Const Forum Const 17 à la p 21.

69. Il est intéressant de noter que certains auteurs suggèrent d’utiliser la modification bilatérale pour protéger l’utilisation du français au Québec et ainsi, indirectement, reconnaître le caractère unique du Québec au sein de la fédération canadienne. Voir David R Cameron et Jacqueline D Krikorian, « Recognizing Quebec in the Constitution of Canada: Using the Bilateral Constitutional Amendment Process » (2008) 58:4 UTLJ 389.

quelque sorte d'une procédure sélective⁷⁰, dont la portée nous semble toutefois être encore relativement nébuleuse⁷¹.

- La procédure 7/50, définie aux articles 38 à 40 de la loi de 1982, constitue la modalité générale et résiduelle⁷². Elle n'est utilisée que lorsque aucune des autres procédures n'est applicable. Elle exige

70. La Cour suprême du Canada a dit de l'article 43 de la loi de 1982 qu'il contient la procédure relative aux arrangements spéciaux. Voir le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, *supra* note 1, entre autres aux para 32, 42–44 de cet avis. Patrick Taillon utilise l'expression « unanimité sélective »; voir Patrick Taillon, « Les obstacles juridiques à la réforme du fédéralisme au Canada » (avril 2007), en ligne : Institut de recherche sur le Québec <irq.quebec/wp-content/uploads/2015/03/Obstaclesjuridiques.pdf>, entre autres, à la page 10. Un résumé de cette étude figure dans Patrick Taillon, « Les obstacles juridiques à la réforme du fédéralisme au Canada » (2008) 3 Bulletin québécois de droit constitutionnel 37 [Taillon, « Obstacles juridiques »].

Pour notre part, nous préférons parler de la procédure sélective.

71. Le sens qu'il convient de donner à l'article 43 de loi de 1982 demeure énigmatique encore à ce jour. Par exemple, s'il est clair qu'il s'applique à la modification des dispositions constitutionnelles existantes, il n'est toutefois pas acquis qu'il permette l'ajout de nouvelles mesures dans la Constitution du Canada.

Parmi les auteurs qui croient que l'article 43 de la loi de 1982 permet effectivement d'ajouter des dispositions nouvelles dans la Constitution, figurent les suivants : Guy Tremblay, « La portée élargie de la procédure bilatérale de modification de la Constitution du Canada » (2011) 41:2 RGD 417, ainsi que Benoît Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, Toronto, Carswell, 1996 aux pp 236–39 [Pelletier, « Modification constitutionnelle »] et « Les modalités de la modification de la Constitution du Canada » (1999) 33:1 RJT 1 [Pelletier, « Les modalités de la modification de la Constitution du Canada »].

Pour l'opinion contraire, voir Daniel Proulx, « La modification constitutionnelle de 1997 relative aux structures scolaires au Québec : une mesure opportune et juridiquement solide » (1998) 58 R du B 41 aux pp 62–66; Jacques-Yvan Morin et José Woehrling, *Les constitutions du Canada et du Québec : du régime français à nos jours*, 2^e éd, Montréal, Thémis, 1994 aux pp 516–17 [Morin et Woehrling, *Les constitutions du Canada et du Québec*]; André Tremblay, *La réforme de la Constitution au Canada*, Montréal, Thémis, 1995 à la p 85; José Woehrling, « Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec » (1991–1992) 7:1 RQDI 12; José Woehrling, « Le recours à la procédure de modification de l'article 43 de la loi constitutionnelle de 1982 pour satisfaire certaines revendications constitutionnelles du Québec » dans Pierre Thibault, Benoît Pelletier et Louis Perret, dir, *Les mélanges Gérard-A Beaudoin, Les défis du constitutionnalisme / Essays in Honour of Gérard-A Beaudoin: The Challenge of the Constitutionalism*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002, 449 aux pp 454–56. Pour un point de vue nuancé, voir Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 60 au para IV.164 : « L'article 43 permet d'adopter des dispositions nouvelles qui ne concernent qu'une ou quelques provinces, pourvu que la modification, de par son caractère véritable, ne vise pas à contourner une disposition applicable à toutes les provinces ».

72. Certains auteurs disent de la procédure 7/50 de l'article 38 de la loi de 1982 qu'elle constitue la « procédure normale » de modification : José Woehrling, *Mise à jour de l'étude intitulée « Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec » produite dans le cadre des travaux de la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec* (7 janvier 2002) en ligne : Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, <www.saic.gouv.qc.ca/documents/institutions-constitution/commission-avenir-1990-1991/10-Jose-Woehrling.pdf> [Woehrling, « Les aspects juridiques du statut du Québec »]. D'autres auteurs

une majorité qualifiée et un droit de retrait en cas de modifications dérogoatoires « à la compétence législative, aux droits de propriété ou à tous autres droits ou privilèges d'une législature ou d'un gouvernement provincial »⁷³. Cependant, lorsqu'il y a exercice du droit de retrait, le droit à une compensation financière s'avère d'une portée fort limitée, ainsi qu'il ressort de l'article 40 de la loi de 1982⁷⁴. De son côté, l'article 42 de cette loi concerne lui aussi la procédure 7/50, à laquelle il rattache expressément certaines questions⁷⁵, mais en précisant que le droit de retrait ne s'applique pas à ces cas précis.

affirment que l'article 38 en question contient les « procédures de droit commun », sur la base de la distinction qu'ils font entre la procédure 7/50 en tant que telle, la procédure 7/50 avec droit de retrait et la procédure 7/50 avec droit de retrait et compensation financière : Taillon, « Obstacles juridiques », *supra* note 70, particulièrement aux pp 5–9. Le professeur Gérald-A Beaudoin parlait de la formule générale : *supra* note 7 aux pp 301–02. Quant à la Cour suprême du Canada, elle utilise l'expression « procédure normale de modification » : *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, *supra* note 1, entre autres, aux para 32–39, 53, 64–65, 95–98.

En ce qui nous concerne, nous préférons parler de la procédure générale et résiduelle.

73. L'expression « dérogoatoire à la compétence législative, aux droits de propriété ou à tous autres droits ou privilèges d'une législature ou d'un gouvernement provincial » est fort large. Lorsqu'on est en présence d'un cas qu'elle vise, s'appliquent alors l'exigence liée à la majorité qualifiée du paragraphe 38(2) et le droit de retrait (ou droit de désaccord) du paragraphe 38(3) de la loi de 1982. Notons que l'exercice du droit de retrait rend la modification constitutionnelle envisagée inapplicable à la province qui a exercé un tel droit.

74. L'article 40 de la loi de 1982 limite le droit à une juste compensation financière aux cas de transferts au Parlement de compétences « en matière d'éducation ou dans d'autres domaines culturels ». Le caractère limité de cette compensation est problématique, du moins aux yeux du Québec. En effet, il suppose qu'une compétence législative portant sur une matière autre que l'éducation ou un autre domaine culturel puisse être transférée par les provinces au Parlement, et ce, sans que le Québec (ou une autre province) puisse faire obstacle à un tel transfert : il suffirait que soient respectées les exigences de la procédure 7/50. Tout ce que le Québec (ou une autre province) pourrait faire, en de telles circonstances, serait d'exercer son droit de retrait, mais il ne recevrait alors aucune compensation financière. Par conséquent, le droit de retrait en question serait exercé au détriment des contribuables du Québec (ou d'une autre province), et ce, bien qu'il n'ait pour but que de conserver intacte la compétence provinciale concernée.

75. Il s'agit des questions suivantes :

- a) le principe de la représentation proportionnelle des provinces à la Chambre des communes, prévu par la Constitution du Canada;
- b) les pouvoirs du Sénat et le mode de sélection des sénateurs;
- c) le nombre des sénateurs par lesquels une province est habilitée à être représentée et les conditions de résidence qu'ils doivent remplir;
- d) la Cour suprême du Canada, sous réserve de l'alinéa 41d), portant sur la composition de la Cour;
- e) le rattachement aux provinces existantes de tout ou partie des territoires;
- f) par dérogation à tout autre loi ou usage, la création de provinces.

Les modalités prévues aux articles 38, 41, 42 et 43 composent ce qu'on appelle la Constitution formelle du Canada⁷⁶. Ces modalités sont rigides en ce sens qu'elles ne peuvent être modifiées qu'avec l'accord des deux ordres de gouvernement (quoique le nombre de provinces dont le consentement est requis puisse varier).

Comme on peut le constater, à la lumière de ce qui précède, la procédure de modification de 1982 est compliquée et ses normes de consentement sont relativement contraignantes. De plus, certains de ses éléments plus techniques peuvent ajouter à cette complexité. C'est le cas, par exemple, des délais de ratification applicables dans le cadre de la procédure 7/50. D'une part, selon le paragraphe 39(1) de la loi de 1982, une modification visée par ce dernier ne peut être proclamée dans l'année qui suit l'adoption de la première résolution que si chaque province s'est prononcée par résolution d'agrément ou de désaccord. D'autre part, en vertu du paragraphe 39(2) de cette loi, le délai pour la proclamation d'une modification faite en vertu de la procédure 7/50 ne peut excéder trois ans à partir de l'adoption de la première résolution⁷⁷.

Un autre élément à mentionner est le fait que, quelle que soit la procédure concernée par une résolution d'agrément, cette dernière

76. Selon nous, le concept de « Constitution formelle » renvoie aux dispositions constitutionnelles visées par les articles 38, 41, 42 ou 43 de la loi de 1982. Il ne renvoie pas aux dispositions constitutionnelles couvertes par les articles 44 et 45 de cette loi, puisqu'elles n'ont pas vraiment une autorité supralégislative. Cela reste vrai même si ces dernières ne peuvent être modifiées que de façon expresse, comme nous l'avons vu ci-dessus : *supra* aux notes 62 et 63.

77. Voir Pelletier, « Modification constitutionnelle », *supra* note 71 aux pp 305–07, où l'auteur exprime le point de vue selon lequel les délais minimal et maximal, prévus à l'article 39 de la loi de 1982, ne s'appliquent qu'à l'égard de la procédure 7/50, et ce, qu'elle soit utilisée en vertu de l'article 38 — en tant que procédure générale ou résiduelle — ou de l'article 42 de la loi de 1982. L'auteur précise toutefois que ces délais ne s'appliquent pas aux modalités prévues aux articles 41 et 43 de cette loi.

En effet, les délais minimal et maximal de l'article 39 de la loi de 1982 sont intimement liés à la possibilité qu'une ou quelques provinces expriment leur désaccord à l'égard d'un projet quelconque de modification constitutionnelle. Le délai minimal a pour but de donner aux provinces le temps de se prononcer favorablement ou défavorablement à l'égard d'une modification constitutionnelle avant qu'elle ne soit proclamée. Quant au délai maximal, il vise à encourager les provinces à se prononcer sur un tel projet, favorablement ou défavorablement, à l'intérieur d'une période de temps fixe. Cela n'est donc d'aucune pertinence lorsqu'on est en présence des modalités prévues aux articles 41 et 43 de la loi de 1982, puisque celles-ci requièrent obligatoirement le consentement de toutes les provinces dans le premier cas et de chaque province concernée dans l'autre.

Il y a toutefois lieu de se demander si le délai maximal de trois ans, prévu au paragraphe 39(2) de la loi de 1982, n'est pas trop long. Il rend le processus de modification constitutionnelle sujet aux nombreux aléas de la vie politique, y compris aux changements de gouvernement et aux fluctuations de l'opinion publique.

peut être révoquée, selon le paragraphe 46(2) de la loi de 1982, à tout moment avant la date de la proclamation qu'elle autorise. Une telle révocation s'est produite en avril 1990, lorsque l'Assemblée législative de Terre-Neuve a annulé son agrément à l'Accord du lac Meech⁷⁸.

Enfin, dans le contexte d'enjeux fondamentaux liés à la réforme du fédéralisme canadien, on a eu tendance, si on considère l'Accord du lac Meech et l'Entente de Charlottetown⁷⁹, à réunir dans une même résolution plusieurs modifications relevant de modalités différentes sur le plan de la procédure. Cette façon de faire a entraîné une certaine augmentation des exigences globales liées au processus, notamment en ce qui concerne les consentements requis ou l'application des délais de ratification. Par exemple, pour l'Accord du lac Meech, on a cherché à obtenir l'unanimité des 11 assemblées législatives (en vertu de l'article 41 de la loi de 1982) dans un délai de 3 ans (conformément au paragraphe 39(2) de la loi de 1982). Face à un ensemble de modifications qu'on veut indissociables sur le plan politique, mais qui impliquent le recours à des procédures différentes, on est porté à retenir les modalités les plus contraignantes⁸⁰.

Depuis l'adoption de la loi de 1982, la partie V qui, rappelons-le, porte sur la procédure de modification constitutionnelle, n'a pas été modifiée. Les tentatives de réforme de cette procédure, qui ont été entreprises dans le cadre de l'Accord du lac Meech⁸¹ et de l'Entente de

78. C'est un changement de gouvernement, survenu après la ratification de l'Accord du lac Meech, *supra* note 42, qui a amené la province de Terre-Neuve à retirer son agrément à cet accord, en vertu du paragraphe 46(2) de la loi de 1982.

79. Canada, Bureau du conseil privé, *Projet de texte juridique* (9 octobre 1992) [Entente de Charlottetown]. Voir aussi Bureau du conseil privé, *Rapport du consensus sur la Constitution*, Charlottetown, le 28 août 1992 : texte définitif (1992).

80. Le cumul des procédures dans un même projet de modification constitutionnelle — comme ce fut le cas avec l'Accord du lac Meech, *supra* note 42, ou l'Entente de Charlottetown, *ibid* — provoque inévitablement une accumulation d'obstacles à la réforme constitutionnelle. Sur ce point, voir Taillon, « Obstacles juridiques », *supra* note 70 aux pp 13–16.

81. L'Accord du lac Meech, *supra* note 42, aurait apporté deux grands changements à la procédure de modification constitutionnelle :

- L'élargissement de la règle de consentement unanime à certains sujets, à savoir :
 - a) les pouvoirs du Sénat et le mode de sélection des sénateurs;
 - b) le nombre des sénateurs par lesquels une province est habilitée à être représentée et les conditions de résidence qu'ils doivent remplir;
 - c) le principe de la représentation proportionnelle des provinces à la Chambre des communes, prévu par la Constitution du Canada;
 - d) la Cour suprême du Canada (en général plutôt que la seule question de sa composition);
 - e) le rattachement aux provinces existantes de tout ou partie des territoires;

Charlottetown⁸², sont restées lettre morte. Cela dit, en 1983, une disposition ayant trait aux peuples autochtones du Canada a été ajoutée à la partie II de la loi de 1982. Il s'agit de l'engagement prévu à l'article 35.1 de cette loi, article dont nous avons parlé précédemment⁸³. Selon cet article, le premier ministre du Canada doit convoquer, préalablement à toute modification constitutionnelle concernant spécifiquement les peuples autochtones⁸⁴, une conférence sur la question

-
- f) par dérogation à tout autre loi ou usage, la création de provinces;
 - g) dans le contexte de la procédure 7/50, l'élargissement du droit à une juste compensation, qui accompagne l'exercice du droit de retrait, à tout cas de transfert d'une compétence au Parlement.
- L'Accord du lac Meech prévoyait aussi l'obligation, pour le premier ministre du Canada, de convoquer, au moins une fois par an, une conférence constitutionnelle fédérale-provinciale, la première devant avoir lieu en 1988. Devaient être inscrites à l'ordre du jour de ces conférences les questions suivantes : la réforme du Sénat, les rôles et responsabilités en matière de pêches et toutes autres questions dont il aurait été convenu.

82. L'Entente de Charlottetown, *supra* note 79, élargissait elle aussi le droit à une juste compensation, prévu dans le cadre de la procédure 7/50. Une application plus large de la procédure d'unanimité était également envisagée, mais avec des différences par rapport à l'Accord du lac Meech, *supra* note 42, en ce qui avait trait aux nouveaux sujets visés. Ainsi, l'unanimité était requise pour les modifications touchant le Sénat. Il en était de même pour celles concernant la Chambre des communes, y compris la garantie alors offerte au Québec d'avoir au moins 25 % des sièges de cette chambre, de même que pour toutes celles visées par l'article 42 de la loi de 1982. Seul le processus de nomination des juges serait demeuré assujéti à la procédure 7/50. Par ailleurs, l'entente prévoyait que soit modifiée la procédure actuelle de façon à rendre de nouveau possible la création de nouvelles provinces par loi fédérale, et ce, sur simple consultation des provinces à l'occasion d'une conférence des premiers ministres. Elle soumettait cependant les sujets suivants à la règle du consentement unanime :

- l'intervention subséquente de ces nouvelles provinces dans la procédure de modification constitutionnelle (sauf en ce qui concerne les questions strictement bilatérales ou unilatérales, notamment l'exercice d'un droit de retrait et le droit à la compensation financière dans le cadre de la procédure 7/50);
- l'augmentation de la représentation de ces nouvelles provinces au sein du Sénat (Sénat qui aurait d'ailleurs été réformé en profondeur par cette entente), l'entente garantissant cependant que les territoires devenant de nouvelles provinces ne pourraient être représentés par moins de députés ou de sénateurs qu'ils ne l'étaient en vertu du statut de territoire.

En ce qui avait trait aux modifications concernant le rattachement aux provinces existantes de la totalité ou d'une partie des territoires, il était proposé de revenir aux dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1871* (R-U), 34 & 35 Vict, c 28, reproduite dans LRC 1985, ann II, n° 11, modifiées de manière à rendre obligatoire le consentement des territoires.

Enfin, l'Entente de Charlottetown mentionnait que les futures modifications constitutionnelles concernant directement les peuples autochtones devaient recevoir l'approbation de ces derniers. Les discussions devaient se poursuivre quant au mécanisme d'expression de ce consentement.

83. Voir *supra* à la partie I.

84. L'article 35.1 de la loi de 1982 fait, à cet égard, référence aux dispositions suivantes : le paragraphe 91(24) de la loi de 1867 (compétence législative fédérale sur les Indiens et les terres réservées aux Indiens); l'article 25 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (sur le maintien

et inviter les représentants de ces derniers à participer aux travaux portant sur de telles modifications. Notons toutefois que l'article 35.1 en question ne crée pas en lui-même un droit de *veto* pour les peuples autochtones, mais seulement un droit de participer aux discussions⁸⁵.

Par ailleurs, l'article 49 de la loi de 1982 fait obligation au premier ministre du Canada de convoquer, dans les 15 ans suivant l'entrée en vigueur de la procédure de modification, une conférence constitutionnelle ayant pour objet le réexamen de cette procédure. Après la conférence fédérale-provinciale qui eut lieu à Ottawa les 20 et 21 juin 1996, le premier ministre Chrétien estima avoir satisfait à cette obligation. Cependant, cette conférence n'amorça aucun processus de révision de cette procédure⁸⁶.

En somme, la procédure de modification constitutionnelle n'aura pas connu d'évolution majeure depuis 1982. Cela dit, une initiative de nature législative doit quand même être soulignée : il s'agit de l'adoption par le Parlement, à la suite du référendum sur la souveraineté du Québec du 30 octobre 1995⁸⁷, de la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*⁸⁸.

des droits et libertés des peuples autochtones); et les articles de la partie II de la loi de 1982 elle-même, laquelle partie porte sur les droits des peuples autochtones du Canada.

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

Au sujet de l'obligation de la couronne de consulter les peuples autochtones, voir, par exemple Sonia Lawrence et Patrick Macklem, « From Consultation to Reconciliation: Aboriginal Rights and the Crown's Duty to Consult » (2000) 29 R du B Can 252; Sébastien Grammond, « La gouvernance territoriale au Québec entre régionalisation et participation des peuples autochtones » (2009) 42:4 *Revue canadienne de science politique* 939.

85. Notons que, même si la Constitution canadienne ne reconnaît pas formellement aux Autochtones un droit de *veto*, rien n'interdit aux acteurs politiques de leur en reconnaître un *de facto*, du moins sur les questions les concernant directement. Il sera expliqué plus loin que c'est effectivement ce qui semble se produire : voir *infra* à la partie II, B.

86. Voir sur cette question Benoît Pelletier, « L'échéance de 1997 doit être respectée », *Le Devoir* [de Montréal] (14 juin 1996) A9. Ce texte fut aussi publié sous le titre « Ottawa doit respecter l'article 49 de la *Loi constitutionnelle de 1982* » dans *La Presse* [de Montréal] (21 juin 1996), B3, et dans *Le Soleil* [de Québec] (14 juin 1996) B7.

87. Plus exactement, ce référendum portait sur un projet de souveraineté-partenariat, ainsi qu'en témoigne la question référendaire, libellée comme suit :

Acceptez-vous que le Québec devienne souverain, après avoir offert formellement au Canada un nouveau partenariat économique et politique, dans le cadre du projet de loi sur l'avenir du Québec, et de l'entente signée le 12 juin 1995, oui ou non?

88. *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, LC 1996, c 1. Patrick Taillon a dit que cette loi complète les textes constitutionnels, n'accorde que des *veto* précaires et ajoute (indirectement) de la rigidité au processus de modification constitutionnelle : Taillon, « Obstacles juridiques », *supra* note 70 à la p 20. Nous sommes du même point de vue.

Cette loi vient ajouter, en marge des dispositions proprement constitutionnelles existantes, des conditions supplémentaires s'insérant dans le processus d'autorisation des modifications au sein du Parlement. Plus précisément, en vertu de cette loi, le dépôt, par un ministre fédéral⁸⁹, d'un projet de résolution constitutionnelle assujettie à la procédure 7/50 est conditionnel à l'obtention du consentement préalable d'une majorité de provinces, majorité devant comprendre :

- l'Ontario;
- le Québec;
- la Colombie-Britannique;
- au moins deux provinces de l'Atlantique, représentant au moins 50 % de la population de cette région;
- au moins deux provinces des Prairies représentant au moins 50 % de la population de cette région.

La *Loi concernant les modifications constitutionnelles* vient donc donner à différentes provinces des garanties supplémentaires quant à leur consentement à certaines modifications. En pratique, elle crée six *veto* régionaux⁹⁰, dont l'un spécifiquement pour le Québec.

À première vue, cette loi a une portée vraiment très large, puisque les *veto* qu'elle accorde sont tous liés à la mise en œuvre de la procédure 7/50, une procédure qui, ne l'oublions pas, non seulement s'applique aux sujets mentionnés à l'article 42 de la loi de 1982, mais constitue, de surcroît, la modalité générale et résiduelle en vertu du paragraphe 38(1) de cette dernière loi. Il faut toutefois savoir que la *Loi concernant les modifications constitutionnelles* ne couvre pas les modifications qui donnent ouverture à l'exercice d'un droit de retrait par une province, ce qui est, certes, fort compréhensible⁹¹, mais ce qui en

89. Ne visant que les ministres, l'exigence pourrait être contournée si un autre parlementaire était à l'origine du dépôt du projet de résolution constitutionnelle. Ce scénario paraît néanmoins plutôt théorique.

90. Rappelons que la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, supra note 88, octroie un droit de *veto* au Québec, à l'Ontario et à la Colombie-Britannique, de même qu'aux régions de l'Atlantique et des Prairies. Finalement, comme l'Alberta compte, à elle seule, plus de 50 % de la population des Prairies, dans les faits, elle possède aussi un droit de *veto*.

91. Un droit de *veto* est plus fort qu'un droit de retrait. Il permet à l'entité qui en dispose (les provinces canadiennes dans le présent cas) de bloquer une démarche (une modification constitutionnelle rédigée en vertu du paragraphe 38(1) de la loi de 1982, en l'occurrence), alors qu'un droit de retrait ne lui permet que de s'en soustraire. Néanmoins, on peut comprendre que, dans

restreint néanmoins assez significativement la portée⁹². Il faut savoir aussi que cette loi ne résout en rien le problème qui résulte du caractère limité de la compensation financière prévue à l'article 40 de la loi de 1982, problème dont nous avons traité ci-dessus⁹³.

Bien que la *Loi concernant les modifications constitutionnelles* ne soit pas de nature constitutionnelle à proprement parler — en ce sens qu'elle n'est pas enchâssée dans la Constitution canadienne —, elle comporte néanmoins des incidences sur la procédure instaurée par la partie V de la loi de 1982, étant donné que le gouvernement canadien est lié par cette loi fédérale et que celle-ci lui interdit de poser certains gestes permettant la réalisation d'une modification constitutionnelle, à moins que les conditions dont nous avons parlé plus haut ne soient respectées. Or, les conditions en question sont extrêmement exigeantes, puisque dans les faits, elles requièrent l'accord d'au moins sept provinces représentant environ 93 % de la population de toutes les provinces⁹⁴.

De fait, les conditions qu'impose la *Loi concernant les modifications constitutionnelles* sont encore plus difficiles à respecter que celles qui étaient contenues dans la Charte de Victoria. En effet, dans cette dernière, la Colombie-Britannique et l'Alberta ne disposaient pas nécessairement

la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, *ibid*, le gouvernement fédéral et le Parlement n'aient pas jugé nécessaire d'ajouter un droit de veto au droit de retrait déjà prévu au paragraphe 38(3) de la loi de 1982.

92. Il faut savoir que les modifications constitutionnelles comportant un droit de retrait en faveur de l'une ou l'autre des provinces canadiennes sont susceptibles de constituer la plupart des cas où, en vertu du paragraphe 38(1) de la loi de 1982, la procédure 7/50 s'applique en tant que modalité générale ou résiduelle.

93. Voir *supra* note 74.

94. Les conditions prévues dans la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, *supra* note 88, équivalent, en fait, à une « procédure 7/93 ». Plus précisément, elles sont fondées sur le consentement de sept provinces représentant environ 93 % de la population de toutes les provinces.

Nous sommes parvenu à ce résultat (93 %) en additionnant la population des trois provinces auxquelles la *Loi concernant les modifications constitutionnelles* accorde expressément un droit de veto (le Québec, l'Ontario et la Colombie-Britannique) à celle de deux provinces des Prairies représentant au moins 50 % de la population de cette région. Selon nos calculs, l'Alberta doit être l'une de ces dernières provinces puisque à elle seule, elle représente plus de 50 % de la population des Prairies. Nous avons ajouté à cela la population des deux provinces les moins peuplées de la région de l'Atlantique, qui nous permettent d'atteindre au moins 50 % de la population de cette région (soit le Nouveau-Brunswick et Terre-Neuve-et-Labrador). Dans ce calcul, seuls l'accord du Manitoba, celui de l'Île-du-Prince-Édouard et celui de la Nouvelle-Écosse ne sont pas requis.

Nous avons cependant exclu du calcul qui précède la population des trois territoires.

toutes les deux d'un *veto*⁹⁵. De plus, dans le modèle de Victoria, le consentement des provinces de l'Atlantique pouvait être donné par deux provinces de cette région sans que celles-ci représentent nécessairement 50 % de la population, alors que dans la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, les deux provinces de l'Atlantique dont, minimalement, le consentement est requis doivent bel et bien représenter au moins 50 % de la population de cette région.

Inutile donc de mentionner que, concrètement, la norme de consentement régional, élaborée par le Parlement dans la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, alourdit substantiellement la mise en œuvre de la partie V de la loi de 1982. Certains pourraient même aller jusqu'à dire que la loi fédérale en cause rend cette mise en œuvre illusoire en ce qui a trait à la procédure 7/50. En ce qui nous concerne, nous nous contenterons de souligner qu'il n'était pas du tout nécessaire pour le Parlement de distribuer aussi largement et généreusement les *veto*. Il lui suffisait d'en donner un au Québec, quitte à chercher éventuellement à faire enchâsser ce *veto* dans la Constitution du pays. Après tout, si la *Loi concernant les modifications constitutionnelles* a été adoptée, c'est parce que le premier ministre Jean Chrétien avait promis aux Québécois, à l'occasion de la campagne référendaire de 1995, d'octroyer un *veto* au Québec⁹⁶, sans toutefois parler des autres provinces canadiennes. De plus, que nous sachions, le Québec a été la seule province à s'être plainte, après le rapatriement de la Constitution canadienne, du fait que la procédure 7/50 ne lui offre pas des garanties suffisantes en matière de modification constitutionnelle.

Si nous nous réjouissons du fait que la *Loi concernant les modifications constitutionnelles* comporte effectivement un engagement à l'égard du consentement québécois à un certain nombre de modifications, nous déplorons cependant que pareil engagement soit étendu à autant de provinces. En ce faisant, la loi en question s'est trouvée à ajouter des conditions terriblement exigeantes, pour ne pas dire exorbitantes, à la procédure de modification constitutionnelle, laquelle était pourtant déjà relativement complexe.

95. Dans la Charte de Victoria, rappelons-le, il suffisait que deux provinces de l'Ouest, représentant au moins 50 % de la population de cette région, approuvent la modification constitutionnelle envisagée. Cette dernière aurait donc pu être apportée sans le consentement de l'Alberta ou de la Colombie-Britannique.

96. Le premier ministre Jean Chrétien n'avait toutefois pas précisé s'il s'agissait d'un droit de *veto* de nature constitutionnelle ou non.

Certes, l'effet de la *Loi concernant les modifications constitutionnelles* sur la procédure énoncée dans la loi de 1982 est indirect, mais il n'en est pas moins réel pour autant. Tant que la loi fédérale en cause ne sera pas abrogée — abrogation qui risque, du reste, d'être assez difficile à accomplir, politiquement parlant⁹⁷ —, cette loi fera bel et bien partie du cadre juridique de la réforme constitutionnelle au Canada, au même titre d'ailleurs que les dispositions de la partie V de la loi de 1982 elles-mêmes.

B. Le cadre politique de la réforme constitutionnelle

Le cadre dans lequel peut être envisagée la réforme constitutionnelle ne se résume pas à ses aspects juridiques. Au contraire, cette réforme s'inscrit dans un environnement où maints enjeux d'ordre politique sont présents.

Selon le paragraphe 46(1) de la loi de 1982, l'initiative en matière de modification constitutionnelle revient aux acteurs politiques. Mais le fait de prendre une telle initiative — qui peut aussi bien être fédérale que provinciale — impose-t-il à ces acteurs une obligation de négocier? Plus précisément, l'obligation de négocier, dégagée par la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, pourrait-elle s'appliquer à une question autre que celle de l'accession du Québec à la souveraineté⁹⁸?

Bien sûr, une telle question ne pourrait vraisemblablement être définitivement résolue que par la Cour suprême elle-même, si un jour elle lui était soumise. Pour le moment, il faut donc se contenter de la doctrine qui, pour sa part, appuie assez largement l'idée selon laquelle l'obligation constitutionnelle de négocier ne se limite pas au seul contexte de la sécession. Par exemple, le professeur Stephen A Scott affirme ce qui suit :

[TRADUCTION] En tout état de cause, il serait à peine juste ou, dans le cas qui nous intéresse, plausible de confiner l'obligation de négocier (si tant est qu'elle existe) soit à un seul type

97. Nous voyons mal comment le droit de veto que la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, supra note 88, confère aux provinces pourrait leur être retiré sans que cela provoque un véritable tollé sur le plan politique.

98. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 au para 92, 1998 CanLII 793 [*Renvoi relatif à la sécession du Québec*], la Cour suprême a établi que « l'expression claire d'une majorité claire de Québécois de leur désir de ne plus faire partie du Canada » emporte une obligation de négocier pour les autres parties au débat constitutionnel.

de changement constitutionnel — la sécession — soit à un seul acteur de changement — le Québec. Il semble en effet que l'obligation de négocier soit plutôt de portée générale et qu'elle soit symétrique et réciproque. Elle couvre (du moins, semble-t-il) des propositions de changements constitutionnels de tous genres, s'applique à tous les partenaires de la même façon et octroie les mêmes droits ou impose les mêmes contraintes à tous ceux-ci⁹⁹.

David P Haljan semble abonder dans le même sens :

[TRADUCTION] [...] la particularité la plus intéressante du renvoi est la mise en place de l'obligation de négocier des participants lorsque l'un ou plusieurs d'entre eux désirent effectuer un changement constitutionnel¹⁰⁰.

Dans un texte qu'ils ont écrit conjointement, Patrick Taillon et Alexis Deschênes expriment eux aussi le point de vue selon lequel l'obligation constitutionnelle de négocier, dont parle le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, s'applique à tout projet de modification constitutionnelle qui obtiendrait l'aval d'une majorité claire de la population d'une province, et pas seulement à l'indépendance du Québec. Selon eux, une telle interprétation du renvoi en question découle non seulement des termes généraux que la Cour suprême y a employés, mais aussi de la place qu'occupe l'obligation de négocier dans la hiérarchie des normes. Ces auteurs vont même jusqu'à dire que l'obligation de

99. Le texte original se lisait ainsi :

On any view, it would scarcely be fair,—or, for that matter, even plausible,—to confine the duty to negotiate (assuming that it exists) either only to one sort of constitutional change,—secession,—or only to one actor proposing change,—Quebec. It seems, indeed, that the duty to negotiate is general in its scope, symmetrical, and reciprocal. It covers (it appears) constitutional proposals of any kind; applies to all actors in the same way; and imposes the same rights and duties in favour of, and against, all.

Stephen A Scott, « Mise à jour de l'étude intitulée "Autodétermination, sécession, division, légalité", produite dans le cadre des travaux de la Commission d'études des questions afférentes à l'accession du Québec à la souveraineté » (5 décembre 2001), en ligne : Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes <www.saic.gouv.qc.ca/documents/institutions-constitution/commission-souverainete-1991-1992/13-StephenAScott.pdf> à la p 12 [Souligné de l'auteur de l'article].

100. David P Haljan, « A Constitutional Duty to Negotiate Amendments: Reference Re Secession of Quebec » (1999) 48:2 ICLQ 447 aux pp 455–56. Le texte original en anglais se lisait ainsi : « [...] *the most interesting feature of the Reference opinion is its introduction of an obligation binding constitutional participants to negotiate when one or more wish to initiate constitutional change* ». Voir également Beaudoin, *supra* note 7 à la p 324; Jean-François Gaudreault-DesBiens, « The Quebec Secession Reference and the Judicial Arbitration of Conflicting Narratives About Law, Democracy, and Identity » (1999) 24 Vt L Rev 792 aux pp 833–34.

négociier pourrait donner lieu à des litiges concrets et que les cours de justice pourraient en sanctionner le non-respect¹⁰¹.

Le professeur José Woehrling est aussi d'avis que l'obligation constitutionnelle de négocier s'applique à la réforme du fédéralisme canadien, bien que, selon lui, elle ne soit pas sanctionnable judiciairement. Il s'exprime en ces termes :

Autrement dit, lorsqu'une province ou le gouvernement fédéral (qui sont les « participants de la Confédération ») prend l'initiative de proposer une modification constitutionnelle, les principes du fédéralisme et de la démocratie mettent à la charge des autres participants une obligation générale de négocier de bonne foi. Une telle obligation s'applique même si la modification proposée est la sécession d'une province.

Si l'obligation de négocier s'applique à une demande de modification pour la sécession d'une province, dont l'effet serait de remettre en cause le fonctionnement du système constitutionnel en vigueur, voire son existence, elle vaut également, à plus forte raison, pour les propositions s'inscrivant dans le fonctionnement normal et continu du système, comme celles par exemple qui portent sur le renouvellement du fédéralisme ou la reconnaissance du caractère distinct du Québec¹⁰².

En ce qui nous concerne, nous constatons que, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*¹⁰³, la Cour suprême tient des propos qui semblent parfois appuyer l'idée selon laquelle l'obligation de négocier — qui n'est au fond qu'une obligation de moyens et non de résultat — s'applique chaque fois qu'un partenaire fédératif prend l'initiative de la modification constitutionnelle au Canada, et pas seulement dans un contexte de sécession¹⁰⁴. Par contre, à d'autres endroits dans ce renvoi, la Cour fait un lien direct entre l'obligation de négocier et le cas de la sécession¹⁰⁵. En effet, la Cour prend à témoin la communauté

101. Patrick Taillon et Alexis Deschênes, « Une voie inexplorée de renouvellement du fédéralisme canadien : l'obligation constitutionnelle de négocier des changements constitutionnels » (2012) 53:3 C de D 461.

102. Woehrling, « Les aspects juridiques du statut du Québec », *supra* note 72 à la p 27.

103. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 98.

104. Sur ce point voir, notamment *ibid* aux para 69 et 150.

105. Sur ce point voir, notamment *ibid* aux para 103–04 et 152.

internationale en ce qui concerne la bonne foi ou la mauvaise foi des parties lors des négociations, ce qui ne vaut que lorsqu'il est question de sécession¹⁰⁶.

Même si la Cour suprême s'exprime dans des termes à la fois larges et ambigus dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, en ce qui a trait à l'obligation constitutionnelle de négocier¹⁰⁷, nous estimons que cette dernière peut s'appliquer dans des contextes autres que celui de la sécession d'une province, par exemple, lorsqu'il est question de réformer le fédéralisme canadien. Nous fondons essentiellement notre conclusion sur le paragraphe 150 de ce renvoi, lequel se lit comme suit :

La Constitution n'est pas un carcan. Un rappel, même bref, de notre histoire constitutionnelle révèle des périodes de changements marquants et extrêmement profonds. Nos institutions démocratiques permettent nécessairement un processus continu de discussion et d'évolution, comme en témoigne le droit reconnu par la Constitution à chacun des participants à la fédération de prendre l'initiative de modifications constitutionnelles. Ce droit emporte l'obligation réciproque des autres

106. Sur ce point voir, notamment *ibid* aux para 106, 142 et 155. Il serait toujours possible qu'un référendum soit éventuellement tenu au Canada sur un quelconque projet de modification constitutionnelle, comme ce fut le cas en 1992 pour l'Entente de Charlottetown, *supra* note 79. Il n'en reste pas moins que la communauté internationale n'aurait alors rien à voir avec cela. Ce n'est que dans le contexte d'une tentative de sécession que la communauté internationale pourrait être interpellée.

107. Pour illustrer le caractère ambigu de certains passages tirés du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 98, nous renvoyons tout simplement le lecteur au paragraphe 88 de ce renvoi, qui se lit comme suit :

Le principe du fédéralisme, joint au principe démocratique, exige que la répudiation claire de l'ordre constitutionnel existant et l'expression claire par la population d'une province du désir de réaliser la sécession donnent naissance à une obligation réciproque pour toutes les parties formant la Confédération de négocier des modifications constitutionnelles en vue de répondre au désir exprimé. La modification de la Constitution commence par un processus politique entrepris en vertu de la Constitution elle-même. Au Canada, l'initiative en matière de modification constitutionnelle relève de la responsabilité des représentants démocratiquement élus des participants à la Confédération. Pour ces représentants, le signal peut être donné par un référendum mais, en termes juridiques, le pouvoir constituant au Canada, comme dans bien d'autres pays, appartient aux représentants du peuple élus démocratiquement. La tentative légitime, par un participant de la Confédération, de modifier la Constitution a pour corollaire l'obligation faite à toutes les parties de venir à la table des négociations. Le rejet clairement exprimé par le peuple du Québec de l'ordre constitutionnel existant conférerait clairement légitimité aux revendications sécessionnistes, et imposerait aux autres provinces et au gouvernement fédéral l'obligation de prendre en considération et de respecter cette expression de la volonté démocratique en engageant des négociations et en les poursuivant en conformité avec les principes constitutionnels sous-jacents mentionnés précédemment.

participants d'engager des discussions sur tout projet légitime de modification de l'ordre constitutionnel. Même s'il est vrai que certaines tentatives de modification de la Constitution ont échoué au cours des dernières années, un vote qui aboutirait à une majorité claire au Québec en faveur de la sécession, en réponse à une question claire, conférerait au projet de sécession une légitimité démocratique que tous les autres participants à la Confédération auraient l'obligation de reconnaître¹⁰⁸.

Peu importe l'interprétation qu'on veut bien donner aux propos tenus par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, l'exercice du droit de prendre une initiative constitutionnelle par l'un des partenaires au sein de la fédération canadienne constitue un geste d'une grande importance qui ne doit pas rester sans lendemain, et ce, qu'une obligation constitutionnelle de négocier existe ou non.

Parlant justement d'initiative constitutionnelle, rappelons que, dans la pratique canadienne, ce sont les premiers ministres qui, habituellement, entreprennent les démarches et concluent les accords visant le renouvellement ou l'adaptation du fédéralisme. Cette réalité est fréquemment décrite par l'expression « fédéralisme exécutif »¹⁰⁹, ce qui traduit l'idée que ce sont les premiers ministres — ou, plus rarement,

108. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *ibid* au para 150.

109. Le concept de fédéralisme exécutif fait référence au processus de négociation intergouvernementale, qui est dominé par les acteurs du pouvoir exécutif dans la fédération (plutôt que par ceux du pouvoir législatif). Au Canada, l'interdépendance des responsabilités constitutionnelles de chaque ordre de gouvernement a contribué à l'essor du fédéralisme exécutif : Ronald L Watts, *Executive Federalism: A Comparative Analysis* dans David P Shugarman et Reginald Whitaker, dir, *Federalism and Political Community: Essays in Honour of Donald Smiley*, Peterborough (Ont), Broadview Press, 1989, 439; Ronald L Watts, *Executive Federalism: A Comparative Analysis*, Kingston (Ont), Institute of Intergovernmental Relations, 1989; James Ross Hurley, *La modification de la constitution du Canada : historique, processus, problèmes et perspectives d'avenir*, Ottawa, Groupe Communication Canada (Ministre des approvisionnement) à la p 162 :

La Modification constitutionnelle de 1987 (*Loi sur Terre-Neuve*) constitue un exemple parfait d'application du fédéralisme exécutif classique. Le gouvernement du Canada et le gouvernement de Terre-Neuve ont négocié ensemble cette modification pour assurer la reconnaissance, dans la Constitution, du droit aux écoles confessionnelles des Assemblées de la Pentecôte de Terre-Neuve. L'Assemblée législative de Terre-Neuve a adopté la résolution constitutionnelle après seulement une journée de débats et sans audiences publiques. La résolution a également été adoptée, sans audiences, par la Chambre des communes et par le Sénat.

Voir aussi les textes de Kathy L Brock, « The End of Executive Federalism? » dans François Rocher et Miriam Catherine Smith, dir, *New Trends in Canadian Federalism*, Peterborough (Ont), Broadview Press, 1995, 91; Kathy L Brock, « Executive Federalism: Beggar Thy Neighbour? » dans François Rocher et Miriam Smith, dir, *New Trends in Canadian Federalism*, 2^e éd, Peterborough (Ont), Broadview Press, 2003, 67.

les ministres — qui négocient et concluent, au nom de leur gouvernement, et avec ou sans réserve, les accords intergouvernementaux. Par la suite, ils cherchent à obtenir l’approbation parlementaire requise.

La volonté des acteurs politiques est donc un facteur essentiel à la réalisation d’une réforme constitutionnelle. Au Canada, cependant, la volonté de modifier la Constitution afin de réformer significativement le fédéralisme fait défaut. Nombre de Québécois sont toujours en quête de changements constitutionnels qui rendraient le rapatriement de 1982 acceptable, aux yeux du gouvernement et de l’Assemblée nationale du Québec.

Pourtant, depuis les années 70, beaucoup de changements ont été proposés ou ont fait l’objet de discussions au Canada au sujet de la réforme constitutionnelle. Les propositions globales qui ont jalonné les débats entourant cette réforme comportaient d’ailleurs des éléments favorisant l’atteinte des objectifs du Québec. Par exemple, la Charte de Victoria de 1971 prévoyait un élargissement important des droits linguistiques. Elle proposait aussi la participation des provinces à la sélection des juges de la Cour suprême du Canada. Enfin, la procédure de modification constitutionnelle qu’elle contenait, procédure qui était fondée sur le concept du consentement régional, comme nous l’avons vu¹¹⁰, donnait au Québec un droit de *veto*. Le projet de loi sur la réforme constitutionnelle (le projet de loi C-60), déposé en 1978 par le gouvernement fédéral, comportait lui aussi des éléments intéressants pour le Québec. Ainsi, la proposition d’une participation des provinces dans la sélection des juges de la Cour suprême y était reprise. Ce projet de loi envisageait également le remplacement du Sénat par une Chambre de la fédération, dont la moitié des membres auraient été nommés par les provinces et qui aurait eu, notamment, le pouvoir d’approuver les nominations à la Cour suprême et dans d’autres organismes fédéraux. Enfin, le projet de loi en cause proposait de modifier la Constitution, afin d’y intégrer un mécanisme protégeant les provinces contre une cessation soudaine ou arbitraire de certains paiements que leur verse le gouvernement fédéral. Aucune de ces propositions n’eut de suite.

Quoi qu’il en soit, depuis 1982, le contexte politique dans lequel s’inscrit le processus de modification constitutionnelle s’avère aussi complexe que son cadre juridique, ce qui ajoute à la difficulté de mener

110. Voir *supra* à la partie I.

à terme une réforme fédérative digne de ce nom. La négociation de l'Entente de Charlottetown a particulièrement bien révélé un certain nombre de facteurs qui contribuent à cette complexité.

Un premier facteur à signaler à cet égard est l'augmentation du nombre des acteurs appelés à participer aux pourparlers constitutionnels: d'un côté, les territoires ont été invités à prendre part au processus de négociation de l'Entente de Charlottetown, ce qui constituait un précédent¹¹¹; de l'autre côté, la négociation de cette entente a permis d'entériner le principe de la participation des Autochtones aux discussions constitutionnelles portant sur des questions les concernant. Comme mentionné plus haut¹¹², l'article 35.1 de la loi de 1982 fait obligation au premier ministre canadien d'inviter les Autochtones à participer aux conférences constitutionnelles portant sur de telles questions. Le processus mis en œuvre dans le cadre de l'Entente de Charlottetown, qui respectait cette disposition, a permis aux peuples autochtones de jouer un rôle significatif dans les négociations et a amené les différents acteurs politiques à rechercher activement leur consentement.

La participation du public au processus de réforme constitutionnelle représente un autre facteur de complexité. L'Entente de Charlottetown a créé un précédent en donnant lieu à la tenue, à l'échelle pancanadienne, de consultations référendaires visant à faire approuver par la population les changements constitutionnels fondamentaux qu'elle proposait¹¹³. Il faut préciser qu'en Alberta et en Colombie-Britannique,

111. Les trois territoires canadiens — les Territoires du Nord-Ouest, le Yukon et le Nunavut — n'ont, en ce moment, aucun rôle formel à jouer en matière de modification constitutionnelle. Dans les faits, les acteurs politiques canadiens pourraient toutefois, s'ils le voulaient, en faire des partenaires pleins et entiers dans le processus de modification constitutionnelle. Peut-être l'Entente de Charlottetown constitue-t-elle, en ce sens, un précédent qu'il sera très difficile d'ignorer dans l'avenir.

Quoi qu'il en soit, on peut, à bon droit, s'interroger sur la nature de l'autonomie (et donc des pouvoirs) dont disposent en ce moment les trois territoires dans l'ensemble canadien. Cette autonomie, qui s'apparente à celle dont bénéficient les provinces elles-mêmes, leur est-elle accordée en dérogation à l'alinéa 42(1)f) de la loi de 1982 portant sur la création de nouvelles provinces? Nous n'osons pas nous aventurer davantage sur ce sujet, qui mériterait, à lui seul, une très longue analyse, voire une thèse. Contentons-nous plutôt de souligner que les procédés paraconstitutionnels, qui se créent et se manifestent en marge de la procédure de modification constitutionnelle, constituent, pour plusieurs de ces territoires, des façons de contourner la Constitution. Ce pourrait être le cas pour l'autonomie qui est actuellement confiée aux territoires par le Parlement et le gouvernement du Canada.

112. À ce sujet, voir *supra* à la partie II, A.

113. En l'espèce, deux référendums furent tenus le 26 octobre 1992, l'un au Québec, l'autre dans le reste du Canada. L'Entente de Charlottetown fut significativement rejetée par la population

l'approbation par la législature provinciale de toute modification constitutionnelle est conditionnelle à la tenue préalable d'un référendum¹¹⁴.

Certains ont donc avancé l'idée selon laquelle les premiers ministres doivent soumettre à la discussion publique tout projet d'accord constitutionnel avant que celui-ci ne soit définitivement conclu. En mai 1987, c'est ce qu'a fait le Québec en soumettant à l'examen d'une commission de l'Assemblée nationale l'accord de principe intervenu le mois précédent au lac Meech. Cet examen a permis de préciser certains points de l'accord avant qu'il ne soit signé, le 3 juin 1987. Le gouvernement du Québec fut, à cette occasion, le seul à procéder ainsi. Soulignons que cette formule, bien que susceptible de compliquer le processus, présente l'avantage d'associer les parlementaires et

canadienne, 54,8 % des votants s'y opposant. Le processus de ratification de l'entente dans les différentes assemblées provinciales et au Parlement ne fut jamais entrepris à la suite de ce résultat référendaire.

En ce qui concerne les facteurs de complication de la procédure de modification constitutionnelle découlant de l'Entente de Charlottetown, le professeur José Woehrling affirme ce qui suit :

Pour conclure sur le référendum du 26 octobre 1992, il faut souligner que celui-ci constitue, sur le plan politique, un précédent qu'il sera sans doute difficile d'ignorer à l'avenir. Toute nouvelle tentative de réforme constitutionnelle devra donc vraisemblablement être soumise à la population. Peu de politiciens fédéraux ou provinciaux voudront désormais encourir l'impopularité résultant d'une tentative de modifier la Constitution sans recourir au référendum. Par ailleurs, l'association des leaders autochtones et des dirigeants des territoires aux négociations qui ont conduit à l'Accord de Charlottetown risque fort de constituer un autre précédent. Par conséquent, les modifications de la Constitution seront désormais encore beaucoup plus ardues que cela n'était le cas depuis 1982, puisque les négociations devront associer onze Premiers ministres, deux leaders des territoires et un certain nombre de représentants autochtones. S'il y a entente, celle-ci devra être approuvée par la population, au niveau pan-canadien bien sûr, mais également, pour certains cas, dans chaque province, ou, pour d'autres cas, dans chacune des quatre « régions ».

Morin et Woehrling, *Les constitutions du Canada et du Québec*, supra note 71 à la p 577.

Sur le précédent créé par l'Entente de Charlottetown, voir aussi Benoît Pelletier, « Les modalités de la modification de la Constitution du Canada » dans *Gérald-A Beaudoin et al, dir, Le fédéralisme de demain : réformes essentielles / Federalism for the Future: Essential Reforms*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998 à la p 287, publié également dans Pelletier, « Les modalités de la modification de la Constitution du Canada », supra note 71 à la p 25 :

Malgré tout, il semble être certain que les autochtones et les territoires ont des attentes et des revendications fermes en ce qui concerne leurs rôles respectifs dans le processus de négociation et de modification constitutionnelles au Canada. De plus, le précédent constitué par l'Entente de Charlottetown demeure révélateur de l'état d'esprit qui règne encore de nos jours en matière de modification constitutionnelle. Ce précédent pourrait d'ailleurs être invoqué à nouveau éventuellement, peut-être avec succès. Contentons-nous d'affirmer pour le moment que tout cela est susceptible de venir compliquer dans l'avenir la mise en œuvre des modalités canadiennes de modification constitutionnelle.

114. Pour l'Alberta, voir le *Constitutional Referendum Act*, RSA 2000, c C-25, art 2. Pour la Colombie-Britannique, voir le *Constitutional Amendment Approval Act*, RSBC 1996, c 67, art 1.

l'opinion publique à l'exercice constitutionnel en cours, ce qui facilite l'adoption de la résolution. Il est à signaler qu'au Manitoba, la tenue d'audiences publiques est requise dans le cadre du débat précédant l'adoption, par la législature, d'une motion gouvernementale visant à autoriser une modification constitutionnelle¹¹⁵.

D'un point de vue politique, les échecs de ratification de l'Accord du lac Meech¹¹⁶ et de l'Entente de Charlottetown ont démontré la difficulté qu'il y a à créer un consensus sur le contenu même des propositions constitutionnelles. En effet, la volonté d'accommoder tous les acteurs politiques se traduit, à l'époque, par un large éventail de modifications à négocier — couvrant, de fait, une foule de domaines —, ce qui compliqua la ratification de l'accord et de l'entente en question.

Les précédents décrits plus haut annoncent-ils que certaines conventions constitutionnelles sont en voie de formation et deviendront

115. Cette exigence est inscrite dans le Règlement de l'Assemblée législative du Manitoba; voir *Règlement, ordres et formalités de procédure de l'Assemblée législative du Manitoba*, art 49(1), (2), en ligne : Assemblée législative du Manitoba, Règlement de l'Assemblée <www.gov.mb.ca/legislature/business/rulebook_full.fr.pdf>.

Il est à noter que le libellé du règlement manitobain, qui est ici en cause (la version française étant boiteuse), n'indique pas clairement si cette exigence s'applique à toutes les modifications constitutionnelles ou seulement à celles apportées à la loi de 1982 elle-même. La première de ces interprétations semble la plus juste.

116. L'Accord du lac Meech, *supra* note 42, est mort le 23 juin 1990, soit trois ans après que le Québec eut adopté la première résolution d'agrément (la résolution à l'origine de la procédure de modification).

À la suite du rejet de l'Accord du lac Meech, le Parlement a mis sur pied, en 1990, le Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur le processus de modification de la Constitution du Canada (le Comité Beaudoin-Edwards). Le rapport de ce comité, déposé en 1991, a proposé que soit adoptée la procédure de modification prévue dans la Charte de Victoria et que la règle de l'unanimité soit appliquée pour modifier, entre autres, les droits des minorités linguistiques, les droits de propriété des provinces et les charges de Reine, de gouverneur général et de lieutenant-gouverneur. Sur ce point, voir Daniel Dupras, *La Constitution du Canada : bref historique des discussions relatives à la procédure de modification*, Direction de la recherche parlementaire de la Bibliothèque du Parlement, Division du droit et du gouvernement, 1992, en ligne : <publications.gc.ca/collections/Collection-R/LoPBdP/BP-f/bp283-f.pdf>; Canada, Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes, *Le processus de modification de la Constitution du Canada*, 35^e lég, 3^e sess, 1991, à la p 28.

Subséquentement aux recommandations du comité Beaudoin-Edwards, le Parlement a créé, en 1991, le Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur le renouvellement du Canada (le Comité Beaudoin-Dobbie). Publié en 1992, le rapport de ce comité a, notamment, recommandé une réforme du Sénat, incluant un système électoral de représentation proportionnelle, des circonscriptions moins vastes qu'à la Chambre des communes et des échéances électorales fixes. Sur ce point, voir André Barnes et al, *Reforming the Senate of Canada: Frequently Asked Questions*, Bibliothèque du Parlement, Ottawa, 2011 à la p 11; Canada, Comité mixte spécial sur le renouvellement du Canada, *Rapport du Comité spécial sur le renouvellement du Canada*, 1992, 34^e lég, 3^e sess, aux pp 42–46.

incontournables dans l'avenir? Marquent-ils inéluctablement la fin du fédéralisme exécutif? Cela est difficile à dire, puisqu'il n'y a eu aucune négociation constitutionnelle à grande échelle depuis la mort de l'Entente de Charlottetown. Chose certaine, les Autochtones¹¹⁷, les territoires, les minorités et la population en général veulent désormais être dans le coup lorsqu'il est question de réforme constitutionnelle. C'est le cas aussi pour les associations et les divers groupes d'intérêts, lesquels se sentent interpellés par les pourparlers susceptibles de toucher leurs droits.

On constate donc que les nouveaux phénomènes politiques liés à la modification constitutionnelle ne relèvent plus exclusivement du fédéralisme exécutif traditionnel, mais font appel à une certaine conciliation entre ce dernier et la participation de la population. Cela ne veut toutefois pas dire que la négociation constitutionnelle doit se dérouler complètement sur la place publique. En effet, il est clair que l'émergence de compromis est facilitée par la tenue de séances à huis clos. Cela ne signifie pas non plus que la présence à la table de négociation d'un plus grand nombre d'acteurs soit souhaitable. Au contraire, dans le contexte du fédéralisme canadien, il nous semble préférable que la négociation constitutionnelle reste essentiellement l'affaire d'acteurs dont l'intérêt dans ce processus ainsi que le statut sont confirmés par la Constitution.

III. L'ADAPTATION PARACONSTITUTIONNELLE : PROCÉDÉS DE SUBSTITUTION AU PROCESSUS FORMEL DE MODIFICATION CONSTITUTIONNELLE

Au Canada, la difficulté que présente la modification constitutionnelle existait bien avant 1982. À l'origine, elle était due à l'absence d'une procédure purement canadienne. D'autres difficultés ont

117. Voici ce qu'a mentionné l'auteure (et maintenant sénatrice) Renée Dupuis en ce qui concerne l'incidence de l'Accord du lac Meech et de l'Entente de Charlottetown sur les Autochtones :

Si ces deux projets d'accords constitutionnels ont échoué, la reconnaissance des droits des autochtones qu'on y a inscrite ne peut que faire augmenter leurs attentes. Il est évident, en effet, que toute nouvelle proposition d'entente qui se situerait en deçà de ces énoncés risquerait fort d'être rejetée.

Renée Dupuis, *Tribus, peuples et nations : les nouveaux enjeux et revendications autochtones au Canada*, Montréal, Boréal, 1997 à la p 114.

émergé après l'adoption de la procédure actuelle. Comme nous l'avons vu précédemment, aux modalités déjà exigeantes de cette procédure se sont ajoutées diverses formalités découlant de décisions politiques. Toute cette complexité¹¹⁸ a encouragé, dans la fédération canadienne, l'élaboration de procédés de substitution au processus formel de modification constitutionnelle.

Ces différents procédés agissent de façon indirecte sur le système de gouvernement et son évolution. Le fait d'y recourir peut donc amener une adaptation du cadre constitutionnel à de nouvelles réalités, adaptation qui peut être qualifiée de paraconstitutionnelle.

Dans certains cas, cette adaptabilité est une caractéristique positive. Elle devient cependant problématique lorsqu'elle se traduit par un simple contournement des réalités constitutionnelles ou lorsqu'elle mène à une relativisation des principes fondamentaux qui sont à la base même de notre système de gouvernement. Il faudrait qu'on se préoccupe davantage, au Canada, de ce type de risques afin, notamment, que le partage des compétences, si fondamental dans un régime fédéral, ne soit pas dévalorisé et que l'autorité inhérente au statut de chacun des partenaires fédératifs soit respectée. Rappelons que, malgré une culture constitutionnelle anglaise peu formaliste, les constituants de la fédération canadienne reconnurent, dès sa naissance, la nécessité de règles, d'où la rédaction d'un texte définissant, entre autres, le partage des compétences législatives.

La nécessité de règles est toujours aussi fondamentale aujourd'hui. La difficulté de modifier la Constitution ne diminue en rien l'importance de celle-ci. Cette difficulté ne justifiait pas non plus, à notre avis, que soit écarté, comme nous l'avons déjà vu¹¹⁹, le réexamen de la procédure de modification constitutionnelle, au sujet duquel devait être convoquée, en vertu de l'article 49 de la loi de 1982, une conférence des premiers ministres.

118. Patrick Taillon a lui aussi constaté que les obstacles à une réforme du fédéralisme canadien sont nombreux. Il est notamment d'avis que l'ajout de nouveaux participants (tels les territoires, les Autochtones, les minorités et les groupes d'intérêts), la globalisation des enjeux, la multiplication des revendications constitutionnelles, l'indivisibilité des réformes envisagées et le cumul des exigences constituent un amoncellement de conditions qui sont autant d'obstacles à la réforme constitutionnelle. Avec tous ces écueils, il ne voit d'ailleurs pas comment une telle réforme pourrait être accomplie de nos jours afin de répondre aux besoins et intérêts du Québec: Taillon, «Obstacles juridiques», *supra* note 70 à la p 4.

119. Voir *supra* à la partie II, A.

Ces quelques remarques faites, examinons maintenant les différents procédés susceptibles de se substituer, dans la pratique canadienne, à la procédure de modification constitutionnelle formelle.

A. La jurisprudence constitutionnelle

Un premier procédé d'adaptation paraconstitutionnelle à signaler est la jurisprudence elle-même. En effet, s'il est vrai que l'interprétation de la Constitution relève de la compétence des tribunaux, il n'en reste pas moins que l'intervention de ces derniers ne participe pas du pouvoir constituant, qui revient aux élus par le truchement des assemblées législatives. Néanmoins, au Canada, l'interprétation judiciaire peut avoir des effets structurants importants sur le plan constitutionnel. De fait, les décisions des tribunaux ont parfois des retombées concrètes qui s'apparentent à de la modification constitutionnelle.

Dans le célèbre arrêt *Edwards v Canada (AG)*¹²⁰ du Comité judiciaire du Conseil privé, on soulignait l'importance d'une interprétation dynamique du texte constitutionnel, comparant celui-ci à un arbre capable de grandir et de se développer à l'intérieur de ses limites naturelles¹²¹. L'interprétation dynamique ou évolutive de la Constitution contribue, de façon significative, à lui conférer la pérennité et l'exhaustivité qui lui sont nécessaires. Il existe cependant un risque à trop miser sur l'interprétation judiciaire pour actualiser le fédéralisme. Cette dernière ne doit pas miner la certitude du texte constitutionnel ni sa capacité à encadrer l'action étatique.

Du reste, l'intervention judiciaire, dans le contexte du contrôle de la constitutionnalité, survient, la plupart du temps, à la suite d'une mesure étatique généralement unilatérale, l'adoption d'une loi, par exemple. Il se peut donc que, lorsque la jurisprudence joue un rôle prédominant dans l'évolution constitutionnelle, ce soient finalement les initiatives législatives unilatérales qui deviennent le moyen privilégié pour influencer l'évolution du système fédéral¹²², et ce, au détriment du processus de négociation constitutionnelle lui-même.

120. [1930], AC 124, 1929 CanLII 438 (UK JCPC) [*Edwards*].

121. « [TRADUCTION] L'Acte de l'Amérique du Nord britannique a planté au Canada un arbre susceptible de croître et de se développer à l'intérieur de ses limites naturelles »; voir l'arrêt *Edwards*, *ibid* à la p 136, tel que cité dans *Hunter et autres c Southam Inc*, [1984] 2 RCS 145 à la p 156, 1984 CanLII 33.

122. À ce sujet, voir le *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can)*, arts 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 RCS 669. Ce renvoi fait suite à un avis de la Cour d'appel du Québec déclarant

Dans la jurisprudence canadienne, il existe une tendance préoccupante à privilégier une appréciation essentiellement fonctionnelle de l'évolution des rapports fédératifs. C'est le cas, notamment, dans l'interprétation de la compétence fédérale sur les échanges et le commerce, prévue au paragraphe 91(2) de la loi de 1867. La jurisprudence à ce sujet a permis de dégager un pouvoir fédéral de nature générale, plutôt que limité aux dimensions interprovinciales et internationales du commerce. La Cour suprême du Canada a reconnu des indices d'un exercice valide de ce pouvoir général, parmi lesquels la notion d'incapacité provinciale à légiférer efficacement occupe une place importante¹²³. Or, il y a lieu de se demander si ce type de critère ne favorise pas un certain jugement d'opportunité et une trop grande subjectivité, éléments qu'on cherche normalement à éviter dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité. Il est, sur ce plan, intéressant de constater que la

inconstitutionnels les articles 22 et 23 de la *Loi sur l'assurance-emploi*, adoptés par le Parlement sur le fondement de la compétence législative que lui confère le paragraphe 91(2A) de la loi de 1867 en matière d'assurance-chômage. Dans ce renvoi, la Cour suprême du Canada s'est fondée sur une interprétation évolutive et généreuse de la Constitution — plutôt que sur l'approche plus littérale et historique qu'avait privilégiée la Cour d'appel du Québec — pour conclure que les prestations de remplacement du revenu pendant les congés de maternité et les congés parentaux n'empiètent pas sur la compétence québécoise en matière de propriété et de droits civils. La Cour suprême affirme, au para 66 de sa décision, que « [l]e caractère social de l'assurance-chômage dicte que le Parlement puisse adapter le régime aux nouvelles réalités du travail. Certaines conditions d'admissibilité relèvent de l'essence de la notion de chômage alors que d'autres conditions sont plutôt des mécanismes qui reflètent un choix de politique sociale lié à la mise en œuvre du régime ».

123. Voir *General Motors of Canada Ltd c City National Leasing*, [1989] 1 RCS 641 aux pp 661–63, 1989 CanLII 133 [*General Motors of Canada*]; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66 aux para 84–87, [2011] 3 RCS 83. Voir également Marc Chevrier, « *Imperium in imperio?* Des déséquilibres, du pouvoir fédéral de dépenser et du constitutionnalisme au Canada » (2008) 34:1 *Queen's LJ* 29.

Dans *General Motors of Canada*, *ibid* à la p 662, la Cour suprême du Canada énonce cinq critères devant s'appliquer à l'analyse de la validité des lois portant sur le commerce en général. Parmi ces critères figure la question de savoir si l'omission d'inclure une ou plusieurs provinces (ou localités) dans le régime législatif fédéral en compromettrait l'application dans d'autres parties du pays.

Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, *ibid* au para 84, la Cour suprême a confirmé ce cadre d'analyse et a même précisé que ces critères « sont reliés et se chevauchent ». Sur ces questions, voir Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 60 au para VI–2.211, où ces auteurs disent que « ces critères ne sont ni exhaustifs, ni cumulatifs, ni immuables ». Ces auteurs y expliquent aussi que les deux premiers critères servent à établir l'existence de la structure formelle nécessaire et que les trois autres permettent de juger si la réglementation fédérale est appropriée sur le plan constitutionnel.

Cour suprême refuse de considérer l'efficacité des mesures fédérales dans l'examen de leur validité au titre du partage des compétences¹²⁴.

Un certain nombre d'auteurs ont dénoncé le penchant centralisateur de la Cour suprême du Canada. C'est le cas d'Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet, qui s'expriment en ces termes :

Au lieu de laisser aux deux ordres de gouvernement le soin de réévaluer au moment opportun le partage des compétences et de laisser à chacun les outils de négociation que l'histoire juridique et politique leur a fournis, la Cour suprême se présente pour le fédéral comme un forum plus commode pour obtenir sans compensation ce qu'il veut¹²⁵.

Certes, on pourrait chercher à réfuter ce dernier point de vue en invoquant certaines décisions de la Cour suprême dans lesquelles celle-ci a semblé vouloir encourager une vision moins centralisatrice du fédéralisme canadien. C'est le cas de l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest c Alberta*¹²⁶, où la Cour a paru sincèrement motivée par la recherche de l'équilibre fédératif. C'est aussi le cas du *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*¹²⁷, où la Cour s'est opposée à la création, par le gouvernement fédéral, d'un organisme canadien unique de réglementation des valeurs mobilières. Il n'en reste toutefois pas moins que, dans des décisions subséquentes à l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest*, la Cour est venue mitiger les effets « rééquilibrants » de ce dernier¹²⁸, et que dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, elle n'a pu s'empêcher de suggérer que, par une « démarche coopérative » reconnaissant la nature essentiellement provinciale de la réglementation des valeurs mobilières, les autorités fédérales sont habilitées à traiter des aspects « véritablement » nationaux de ce sujet.

124. Voir l'avis rendu dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31 au para 57, [2000] 1 RCS 783. La Cour y affirme, à l'égard du programme fédéral de contrôle des armes à feu, que « [l']efficacité ou le manque d'efficacité d'une loi n'est pas pertinent pour déterminer si le Parlement a le pouvoir de l'adopter en vertu de l'analyse relative au partage des pouvoirs ».

125. Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 60 au para VI-2.221.

126. 2007 CSC 22, [2007] 2 RCS 3.

127. *Supra* note 123.

128. Brun, Tremblay et Brouillet, *supra* note 60 au para VI-2.11. Ces auteurs parlaient alors plus particulièrement des arrêts *Québec (PG) c Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 RCS 536; *Québec (PG) c Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 RCS 453; *Canada (PG) c PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 RCS 134.

Que la Cour suprême du Canada ait ou non une sympathie particulière pour les interventions fédérales, il est évident qu'elle doit bien prendre garde, lorsqu'elle interprète la Constitution, de ne pas usurper la fonction du constituant. En d'autres termes, il ne convient pas que la Cour cherche, par une simple interprétation constitutionnelle, à pallier la complexité et la rigidité de la procédure établie dans la partie V de la loi de 1982. Elle doit plutôt s'en tenir au rôle qui est le sien dans l'ordre constitutionnel canadien, ainsi que l'exigent la «justiciabilité»¹²⁹ et la séparation entre les trois grands pouvoirs : le législatif, l'exécutif et le judiciaire.

Si la jurisprudence émanant de la Cour suprême du Canada est fort abondante en ce qui a trait à l'interprétation de la Constitution canadienne en général et du partage des pouvoirs législatifs en particulier, on ne dénombre toutefois que très peu de décisions portant spécifiquement sur la mise en œuvre de la partie V de la loi de 1982. Les deux décisions les plus déterminantes sur cette dernière question nous semblent être le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art 5 et 6*¹³⁰ et le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*¹³¹. Or, on constate que dans ces deux décisions, la Cour suprême a donné à la partie V de la loi de 1982 une interprétation téléologique large¹³². Ainsi, selon la Cour, la partie V en question s'applique non seulement aux modifications qui sont appor-

129. La justiciabilité est une doctrine selon laquelle les tribunaux ne cherchent pas à usurper les fonctions des assemblées législatives ni celles des gouvernements dans l'État. Cette doctrine est évidemment liée à la séparation entre les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. Par exemple, en vertu de cette doctrine, une question de nature purement politique ne devrait pas être traitée par les organes judiciaires.

130. [2014] 1 RCS 433, 2014 CSC 21 [*Renvoi sur la Cour suprême*].

131. *Supra* note 1. Dans l'un de ses articles, Emmett Macfarlane fait une critique virulente de la décision rendue par la Cour suprême du Canada à l'occasion du *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*. Selon lui, cette décision donne à l'article 44 de la loi de 1982 une interprétation beaucoup trop restrictive. L'auteur dénonce également l'application que fait la Cour du concept d'«architecture constitutionnelle», lequel, selon lui, ne fait qu'ajouter de l'ambiguïté dans l'interprétation de la procédure de modification contenue dans la partie V de la loi de 1982. L'auteur conclut en affirmant que ce renvoi est un échec.

Emmett Macfarlane, «Did the Supreme Court Just Kill Senate Reform?», *Maclean's*, (25 avril 2014), en ligne : <www.macleans.ca/politics/did-the-supreme-court-just-kill-senate-reform/>.

Nous croyons, pour notre part, que ce renvoi est d'une logique implacable. Il s'inscrit dans la lignée du *Renvoi : Chambre haute, supra* note 22.

132. Le *Renvoi sur la Cour suprême, supra* note 130 et le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat, supra* note 1 ont ouvert la porte à une interprétation téléologique large de la partie V de la loi de 1982. Au-delà du libellé même des dispositions concernées, il faut rechercher l'esprit de la modification envisagée et celui de la disposition modifiée. C'est désormais toute la structure ou l'architecture de la Constitution canadienne qui est susceptible de tomber sous le coup de l'une quelconque des modalités de modification constitutionnelle. Comme le disait la Cour suprême à l'occasion du *Renvoi relatif à la réforme du Sénat, ibid* au para 27 :

tées aux textes constitutionnels, mais aussi à celles qui touchent la structure de la Constitution du Canada. Une telle approche nous amène à penser que l'incidence qu'a une quelconque modification constitutionnelle sur l'architecture de la Constitution canadienne¹³³ est aussi importante, sinon plus, que celle qu'elle a sur les textes constitutionnels eux-mêmes. De plus, la Cour suprême a donné une définition extensible à l'expression « Constitution du Canada », au sens du paragraphe 52(2) de la loi de 1982¹³⁴.

Elle [la Constitution] a une architecture, une structure fondamentale. Par extension, les modifications constitutionnelles ne se limitent pas aux modifications apportées au texte de la Constitution. Elles comprennent aussi les modifications à son architecture.

Le professeur (maintenant juge) Sébastien Grammond a soutenu que le *Renvoi sur la Cour suprême*, *supra* note 130 et le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, *supra* note 1 font apparaître deux fonctions distinctes de la procédure de modification constitutionnelle : habiliter certains acteurs politiques à modifier la Constitution du Canada et protéger certains domaines contre l'action du législateur ordinaire.

Sébastien Grammond, « La fonction protectrice de la formule de modification de la Constitution », Cycle annuel de conférences sur la recherche en droit de la Section de droit civil en collaboration avec le Groupe de droit public, présentée à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, 11 octobre 2016 [non publiée].

133. Dans l'un de ses textes, l'auteur Warren J Newman dit du concept d'« architecture de la Constitution » qu'il embrasse non seulement les bases fondamentales du fédéralisme canadien, mais aussi les arrangements politiques ou autres qui gouvernent une démocratie parlementaire évoluant dans le respect de la règle de droit. Plus précisément, Warren J Newman s'exprime comme suit :

Judges, jurists, political scientists, constitutional historians and other scholars and practitioners have long struggled with how to give tangible form, substance and coherence to the broad, organic abstraction known as the Constitution of Canada: that congeries of statutory provisions, prerogative powers, unwritten principles and values, common-law rules, and conventions of political behaviour that make up or inform the structure and operation of the supreme law of the country.

[...].

With respect to the "architecture of the Constitution", which was invoked in the Quebec Secession Reference and more recently in the Supreme Court Act Reference and the Senate Reform Reference, it has been this article's contention that this metaphor is a useful overarching concept in that it embraces not only the basic and emerging structural principles of the Constitution, but also, to an important extent, the fundamental institutions and systemic arrangements and relationships associated with a federal parliamentary democracy governed by the rule of law. [...]. "Constitutional architecture" is short-hand for a complex series of interactions between constitutional text and context, constitutional principles and provisions, and constitutionally-protected yet evolving institutions. [...]. Employed appropriately and with some circumspection, it should not stifle the progressive interpretation of the provisions of the Constitution, nor supplant entirely the notional living tree.

Warren J Newman, « Of Castle and Living Trees: The Metaphorical and Structural Constitution » (2016) 9 RDPP 471 aux pp 496-97.

134. Par exemple, dans le *Renvoi sur la Cour suprême*, *supra* note 130, aux para 96-106, la Cour a soumis ses propres caractéristiques essentielles aux modalités complexes de la partie V de la loi de 1982, plus particulièrement à la procédure 7/50 (alinéa 42(1)d)) et à la règle de l'unanimité (alinéa 41d)).

Certains applaudiront au fait que le paragraphe 52(2) et la partie V de la loi de 1982 ont été interprétés aussi généreusement par la Cour suprême ou, du moins, qu'ils l'ont été en tenant compte tout autant de leur esprit que de leur libellé. D'autres, par contre, déploieront sans doute que tout cela équivaille à un élargissement du cadre constitutionnel lui-même et, par voie de conséquence, à une augmentation de la portée de la procédure de modification établie dans la partie V de la loi de 1982.

Il est certain que, plus les modalités complexes de modification constitutionnelle ont de l'ampleur, plus les pouvoirs unilatéraux du Parlement et des législatures sont limités, y compris leur pouvoir d'apporter au système politique et constitutionnel canadien — de part et d'autre —, des changements qu'ils estiment utiles ou nécessaires.

Qu'on soit d'accord ou non avec l'interprétation large que semble vouloir donner la Cour suprême à l'expression « Constitution du Canada », au sens du paragraphe 52(2) de la loi de 1982, il est évident que pareille interprétation est désormais une réalité avec laquelle il faut composer. Néanmoins, la question se pose de savoir si cette expression inclut les principes constitutionnels sous-jacents.

En effet, rappelons que la Constitution canadienne possède une architecture interne. Elle est formée, entre autres, de principes sous-jacents qui l'imprègnent et lui donnent vie¹³⁵. Chacun de ces principes, voire chaque composante individuelle de la Constitution, est lié aux

De même, dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, *supra* note 1 au para 97, la Cour suprême a tenu compte du fait que l'abolition du Sénat transformerait la dynamique intrinsèque à la procédure de modification constitutionnelle, modifierait la structure de la partie V de la loi de 1982 et changerait fondamentalement l'architecture de la Constitution canadienne.

135. Sur les principes constitutionnels sous-jacents, voir notamment *SEFPO*, *supra* note 63; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 RCS 212, 1992 CanLII 115; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de IPE*; *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de IPE*, [1997] 3 RCS 3, 1997 CanLII 317 [*Renvoi relatif aux juges des cours provinciales*]; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 98. Voir aussi l'arrêt *Fraser c CRTFP*, [1985] 2 RCS 455 au para 20, 1985 CanLII 14, où le juge en chef Dickson, au nom de la Cour, a affirmé ce qui suit :

Comme M. Fraser l'a à juste titre souligné, la « liberté de parole » est une valeur profondément enracinée dans notre système de gouvernement démocratique. Il s'agit d'un principe de notre constitution de *common law*, que nous avons hérité du Royaume-Uni en vertu du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Cet extrait vient appuyer l'idée selon laquelle le préambule de la loi de 1867 incorpore par renvoi certains principes constitutionnels, comme la liberté de parole.

Sur la protection des minorités, voir aussi *In Re the Regulation and Control of Aeronautics in Canada*, [1932] AC 54 à la p 70, [1932] 1 DLR 58, 1931 CanLII 466, où le Comité judiciaire du Conseil privé s'est exprimé comme suit :

autres et doit être interprété en fonction de l'ensemble du *corpus* ou du cadre constitutionnel.

Dans les décisions qu'elles rendent en matière constitutionnelle, les cours de justice peuvent tenir compte des postulats non écrits qui sont au fondement même de la Constitution du Canada. Cette dernière et, en particulier, le préambule de la loi de 1867, « invite[nt] les tribunaux à transformer ces principes en prémisses d'une thèse constitutionnelle qui amène à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel »¹³⁶. Mais la reconnaissance de ces principes structurels ne doit pas pour autant être vue comme une invitation à négliger le texte écrit de la Constitution.

Or, il est pour l'instant impossible d'affirmer catégoriquement que les principes constitutionnels sous-jacents sont couverts par la procédure de modification prévue à la partie V de la loi de 1982, bien que nous croyions, comme nous l'avons déjà dit¹³⁷, que tel est effectivement le cas, étant donné leur caractère fondamental pour la bonne marche de l'État canadien.

Si la Cour suprême du Canada en venait un jour à donner un sens précis à chacun de ces principes¹³⁸, elle ferait alors évoluer la Constitution canadienne par sa seule jurisprudence, sans même que les acteurs politiques aient à mettre en œuvre la procédure de modification constitutionnelle.

L'interprétation et la définition des principes constitutionnels sous-jacents ne sauraient toutefois être qualifiées de « paraconstitutionnelles » en tant que telles, puisqu'elles sont plutôt pleinement constitutionnelles, liées qu'elles sont à la délimitation de la « circonférence constitutionnelle », c'est-à-dire à la détermination de la portée de la Constitution elle-même.

Soulignons d'ailleurs que les propos que nous venons de tenir au sujet des principes constitutionnels sous-jacents peuvent aisément

Inasmuch as the Act embodies a compromise under which the original Provinces agreed to federate, it is important to keep in mind that the preservation of the rights of minorities was a condition on which such minorities entered into the federation, and the foundation upon which the whole structure was subsequently erected.

136. *Renvoi relatif aux juges des cours provinciales*, supra note 135 au para 104.

137. Voir supra à la partie II, A.

138. Rappelons que dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, supra note 98, la Cour suprême du Canada a cerné les quatre principes constitutionnels sous-jacents suivants : le fédéralisme, la démocratie, la primauté du droit ou le constitutionnalisme, et la protection des minorités.

s'appliquer, *mutatis mutandis*, aux privilèges parlementaires et aux prérogatives royales, du moins pour ceux de ces privilèges ou prérogatives qu'on peut considérer comme enchâssés dans la Constitution canadienne. Il en est de même d'ailleurs pour les principes qui sont intégrés à la Constitution canadienne par le préambule de la loi de 1867, comme le principe de l'indépendance judiciaire¹³⁹ ou les privilèges inhérents des assemblées législatives.

B. Le pouvoir fédéral de dépenser

Nous venons de voir que les décisions judiciaires en général et, plus particulièrement, celles de la Cour suprême, donnent parfois à la Constitution une interprétation qui est si générale, si libérale et si évolutive que celle-ci peut légitimement être vue comme un procédé de substitution à la modification constitutionnelle formelle. À tout le moins, on peut dire de ce type d'interprétation qu'il contribue fortement, qu'on le veuille ou non, à l'évolution de la Constitution¹⁴⁰.

Mais il existe un autre procédé de substitution à la modification constitutionnelle, qui consiste à multiplier les interventions fédérales dans les champs de compétence provinciaux en recourant à des leviers financiers. De telles interventions illustrent la revendication fédérale d'un large pouvoir de dépenser.

La loi de 1867 ne parle pas du pouvoir de dépenser, c'est-à-dire du pouvoir d'employer de l'argent pour assurer la mise en œuvre de lois ou l'atteinte d'objectifs gouvernementaux, ou encore, tout simplement, pour la gestion, l'acquisition ou l'entretien des biens publics. Toutefois, depuis déjà un certain temps, la Cour suprême du Canada semble vouloir cautionner l'idée selon laquelle le pouvoir fédéral de dépenser peut être exercé indépendamment du partage des compétences législatives. En d'autres termes, la Cour semble encline à autoriser l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser dans les champs de

139. De façon générale, les propos que nous venons de tenir peuvent aussi s'appliquer à tout ce qui est lié à « l'architecture constitutionnelle du Canada », au sens large.

140. Comme devait l'affirmer la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 98 au para 52, alors qu'elle parlait des principes constitutionnels sous-jacents : Ces principes guident l'interprétation du texte et la définition des sphères de compétence, la portée des droits et obligations ainsi que le rôle de nos institutions politiques. Fait tout aussi important, le respect de ces principes est indispensable au processus permanent d'évolution et de développement de notre Constitution, cet [TRADUCTION] « arbre vivant » selon la célèbre description de l'arrêt *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), à la p. 136.

compétence provinciaux. Bien que l'inverse soit aussi vrai, c'est-à-dire que les provinces peuvent dépenser dans les champs de compétence fédéraux, ce scénario est plutôt rarissime, pour ne pas dire purement hypothétique.

La Cour suprême impose néanmoins une limite à l'exercice du pouvoir de dépenser, qu'il soit fédéral ou provincial : il ne doit pas équivaloir à une tentative de légiférer dans les champs de compétence de l'autre ordre de gouvernement, ni de régir ou de régler ces derniers. Cela n'a toutefois pas empêché le Parlement d'adopter une loi, la *Loi canadienne sur la santé*¹⁴¹, qui fixe les conditions auxquelles les provinces doivent se soumettre pour obtenir la totalité des sommes d'argent prévues. Cette loi a été jugée constitutionnelle par la Cour suprême¹⁴².

En ce moment, au Canada, le pouvoir fédéral de dépenser dans les champs de compétence provinciaux prend essentiellement quatre formes : (1) les transferts en bloc aux provinces, lesquels sont accompagnés de certaines conditions; (2) les programmes cofinancés; (3) les versements de sommes d'argent à des personnes, organismes ou municipalités; (4) la péréquation. Soulignons, au passage, que cette dernière est inconditionnelle et jouit d'une reconnaissance constitutionnelle depuis 1982¹⁴³. Soulignons également que les programmes cofinancés sont de moins en moins utilisés par le gouvernement canadien, lequel leur préfère nettement les transferts en bloc. Aussi, les programmes fédéraux en matière de santé, d'éducation post-secondaire et d'affaires sociales, qui ont été cofinancés pendant un certain temps, ont-ils été transformés en transferts en bloc il y a de cela plusieurs années.

Ce qui motive le gouvernement canadien à dépenser dans les champs de compétence provinciaux, c'est, bien entendu, sa volonté d'assurer le développement économique et social du Canada tout entier, de favoriser l'égalité des chances de tous les Canadiens et de réduire les inégalités régionales. C'est aussi, il faut bien l'admettre, son désir d'être proche des Canadiens, d'être plus visible. La poursuite de tous ces objectifs est fort louable, mais elle ne doit cependant, en aucun cas, en venir à compromettre la saine application du fédéralisme.

141. *Loi canadienne sur la santé*, LRC 1985, c C-6.

142. *Chaoulli c Québec (PG)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 RCS 791.

143. Sur ce point, voir l'article 36 de la loi de 1982.

Certes, l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser dans les champs de compétence provinciaux ne constitue pas une aberration au regard du principe fédéral, puisque pareil pouvoir existe dans nombre de fédérations dans le monde, la plupart d'entre elles le tenant d'ailleurs pour acquis et le voyant même comme une nécessité. Toutefois, ce qui peut rendre le pouvoir fédéral de dépenser dans les champs de compétence provinciaux plus problématique dans un contexte fédératif, ce sont ses effets pervers. En effet, ce pouvoir risque, surtout lorsqu'il est assorti de conditions, de miner petit à petit l'autonomie constitutionnelle des provinces, de leur imposer une orientation qu'elles n'endorment pas ou ne souhaitent pas, ou de chambouler leurs priorités et leur planification budgétaires.

Qui plus est, certains disent que les interventions fédérales dans les champs de compétence provinciaux sont facilitées par l'existence d'un déséquilibre fiscal entre le gouvernement fédéral et les provinces, lequel constituerait un problème structurel au sein de la fédération canadienne et résulterait d'une inadéquation entre, d'une part, la distribution des ressources fiscales et, d'autre part, les responsabilités respectives des deux ordres de gouvernement¹⁴⁴.

Inutile de dire que l'existence d'un tel déséquilibre fiscal, si elle devait s'avérer, mènerait à une position fiscale toujours plus prépondérante du gouvernement fédéral par rapport aux provinces et encouragerait l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser dans les champs de compétence provinciaux. En retour, les provinces risqueraient de devenir toujours de plus en plus dépendantes de l'argent provenant d'Ottawa. Comme devait l'affirmer Thomas J Courchene :

[TRADUCTION] De façon plus générale, les changements observés dans l'ampleur des transferts fédéraux aux provinces et dans les incitatifs qui y sont associés équivalent à des changements dans la répartition des pouvoirs : les transferts inconditionnels favorisent l'autonomie des provinces tandis que les transferts conditionnels favorisent l'influence du gouvernement fédéral dans les domaines de compétence provinciale¹⁴⁵.

144. Sur le déséquilibre fiscal au Canada, voir Québec, Commission sur le déséquilibre fiscal, *Pour un nouveau partage des moyens financiers au Canada*, Québec, 2002, (Yves Séguin), en ligne : Commission sur le déséquilibre fiscal, communiqués de presse <www.groupes.finances.gouv.qc.ca/desequilibrefiscal/fr/pdf/rapport_fr.pdf> aux pp 57–67.

145. Thomas J Courchene, « Variations on the Federalism Theme » (2006) 27:7 Policy Options 46 à la p 46, en ligne : Policy options <policyoptions.irpp.org/magazines/the-fiscal-imbalance/>. Le texte original en anglais dit ce qui suit :

Le pouvoir fédéral de dépenser peut donc constituer une manière de contourner le partage des compétences législatives et, par le fait même, le cadre constitutionnel formel. Voilà pourquoi nous l'avons classé parmi les procédés paraconstitutionnels d'adaptation de la Constitution canadienne.

C. Les ententes administratives

Les ententes administratives entre les gouvernements représentent un autre procédé d'adaptation paraconstitutionnelle. Ces ententes, bilatérales ou multilatérales, relèvent du fédéralisme exécutif. Elles constituent un important outil de gestion des rapports intergouvernementaux, entre autres, parce qu'elles assurent une certaine complémentarité des actions des gouvernements dans des secteurs d'intervention communs et aussi parce qu'elles contribuent à réduire, voire à éliminer certains chevauchements ou doublages de programmes.

De fait, dans certains secteurs d'activité où les deux ordres de gouvernement interviennent, le recours à des ententes administratives permet de préciser les modalités des relations fédératives, et ce, sans que ces dernières soient soumises à la rigidité propre aux dispositions constitutionnelles dites formelles. C'est le cas, par exemple, dans le domaine de l'immigration, où le gouvernement du Québec et le gouvernement fédéral ont conclu, depuis les années 70, d'importantes ententes aménageant de façon complémentaire et harmonieuse leurs actions et décisions respectives¹⁴⁶. Sur le plan multilatéral, on peut citer l'Accord sur le commerce intérieur et l'Accord de libre-échange canadien, entrés en vigueur respectivement en 1995 et en 2017¹⁴⁷. Bien

More generally, changes in the magnitude of, and in the incentives embodied within, federal-provincial fiscal transfers are tantamount to de facto changes in the division of powers themselves, with unconditional transfers enhancing provincial autonomy and conditional transfers enhancing the federal government's influence in areas of provincial jurisdiction.

Permettons-nous de préciser que, même lorsqu'ils sont inconditionnels, les paiements de transfert fédéraux aux provinces ont pour effet de rendre celles-ci dépendantes de l'argent provenant du gouvernement canadien.

146. Soulignons, au passage, que l'immigration est un champ de compétence législative conjoint, c'est-à-dire à la fois fédéral et provincial, en vertu de l'article 95 de la loi de 1867.

147. Canada, Secrétariat du commerce intérieur, *Accord de libre-échange canadien : codification administrative*, Winnipeg, 2017, en ligne : <www.cfta-alec.ca/wp-content/uploads/2017/06/CFTA-Consolidated-Text-Final-Print-Text-French-.pdf>; *Accord sur le commerce intérieur : codification administrative* (2015), en ligne : Secrétariat du commerce intérieur, *Accord sur le commerce intérieur* <www.cfta-alec.ca/wp-content/uploads/2017/06/AIT-Consolidated-with-14th-protocol-FR.pdf>.

qu'étant de nature intergouvernementale, ces accords s'inscrivent dans la continuité des discussions sur le développement de l'union économique canadienne, menées dans le cadre du processus de réforme constitutionnelle lié à l'Entente de Charlottetown.

Les ententes administratives apportent donc une certaine souplesse aux rapports intergouvernementaux. Cette souplesse n'est cependant pas toujours souhaitable. Parfois, il vaut mieux enchâsser des arrangements politiques dans la Constitution formelle que de laisser ces derniers à la merci de la suprématie parlementaire, sans véritable possibilité de saisir les tribunaux en cas de non-respect¹⁴⁸. Du reste, il y a un risque que la souplesse susmentionnée encourage la conclusion d'ententes administratives étant en décalage avec le cadre constitutionnel existant. Enfin, cette même souplesse peut, malheureusement, favoriser dans certains cas la conclusion d'ententes qui permettent aux gouvernements de faire indirectement — c'est-à-dire administrativement — ce qui

148. Les ententes administratives sont relativement fragiles. Elles n'offrent pas le même degré de protection que les dispositions constitutionnelles elles-mêmes. En effet, contrairement à ces dernières, les ententes administratives sont soumises au principe de la suprématie parlementaire, en tant qu'actes émanant du pouvoir exécutif. En outre, plusieurs questions se posent quant à leur nature juridique et à leur justiciabilité.

Sur les ententes administratives en général, on peut consulter les travaux suivants de Johanne Poirier, « Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale : aux confins du droit et du nondroit » dans Jean-François Gaudreault-DesBiens et Fabien Gélinas, dir, *Le fédéralisme dans tous ses états : gouvernance, identité et méthodologie / The States and Moods of Federalism: Governance, Identity and Methodology*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005, 441; Johanne Poirier, « Intergovernmental Agreements in Canada: At the Crossroads Between Law and Politics » dans J Peter Meekison, Hamish Telford et Harvey Lazar, dir, *Canada, The State of the Federation*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2004, 425; Johanne Poirier, « Une source paradoxale du droit constitutionnel canadien : les ententes intergouvernementales » (2009) 1 *Revue québécoise de droit constitutionnel*, en ligne : <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2695808>. Dans ce dernier article, Johanne Poirier affirme entre autres ce qui suit à la p 28 :

Ainsi, pour une majorité de la Cour, la doctrine des compétences exclusives doit recevoir une interprétation particulièrement restrictive, puisqu'une application extensive du principe aurait pour effet de miner le « fédéralisme coopératif », « souple » et « moderne ».

Ce constat peut paraître éloigné de notre interrogation initiale : celle du statut des EIG [ententes intergouvernementales] comme source de droit constitutionnel. À cette question, la réponse fournie par l'orthodoxie positiviste est claire : officiellement, en l'absence d'une « constitutionnalisation » officielle, les EIG ne peuvent modifier l'ordre constitutionnel. De plus, en l'absence d'une incorporation législative en bonne et due forme, les EIG n'ont même pas valeur réglementaire dans les ordres juridiques fédéral et provinciaux (arrêts *Anti-inflation*, *Unilever*).

Sur les ententes intergouvernementales, voir aussi le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C-B)*, [1991] 2 RCS 525 à la p 565, 1991 CanLII 74, où le juge Sopinka a entre autres affirmé ce qui suit, au nom de la Cour suprême du Canada : « L'accord est intervenu entre le gouvernement de la Colombie-Britannique et le gouvernement fédéral. Il ne lie pas le Parlement ».

requerrait normalement une modification constitutionnelle. Or, dans un système fédéral, il est essentiel qu'il existe, sur le plan constitutionnel, un partage des compétences législatives de même que d'autres normes constitutionnelles rigides, c'est-à-dire ne pouvant être modifiées qu'en vertu de modalités relativement exigeantes et non par de simples ententes conclues entre des gouvernements.

D. Les résolutions, lois ou instances

Il y a lieu de signaler ici l'émergence de procédés qui visent, peut-être *a priori*, à inspirer une réforme constitutionnelle éventuelle, mais restent, pour le moment, à un niveau infraconstitutionnel. La résolution de la Chambre des communes affirmant que le Québec est une société distincte, adoptée le 11 décembre 1995 à la suite du référendum québécois, en est un exemple¹⁴⁹. La motion de la Chambre des communes du 27 novembre 2006, affirmant que les Québécois forment une nation au sein d'un Canada uni, en est un autre¹⁵⁰. La *Loi concernant les modifications constitutionnelles*¹⁵¹, dont il a été fait mention plus haut¹⁵², participe aussi de ce phénomène comme, dans une certaine mesure, la création du Conseil de la fédération¹⁵³. Le choix de recourir à des modes

149. Cette résolution se lit comme suit:

Attendu que le peuple du Québec a exprimé le désir de voir reconnaître la société distincte qu'il forme,

- 1) la Chambre reconnaît que le Québec forme au sein du Canada une société distincte;
- 2) la Chambre reconnaît que la société distincte comprend notamment une majorité d'expression française, une culture qui est unique et une tradition de droit civil;
- 3) la Chambre s'engage à se laisser guider par cette réalité;
- 4) la Chambre incite tous les organismes des pouvoirs législatif et exécutif du gouvernement à prendre note de cette reconnaissance et à se comporter en conséquence.

Brian O'Neal, « La société distincte: origine, interprétations, implications » (décembre 1995), en ligne: Parlement du Canada <www.bdp.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/bp408-f.htm#INTRO>.

150. Cette motion se lit ainsi: « Que cette Chambre reconnaisse que les Québécoises et les Québécois forment une nation au sein d'un Canada uni ».

Canada, Chambre des communes, *Débats de la Chambre des communes*, 39^e parl, 1^e sess, vol 141, n^o 86 (24 novembre 2006) à la p 5299 (Lawrence Cannon), en ligne: *Débats de la Chambre des communes* <www.parl.gc.ca/content/hoc/House/391/Debates/086/HAN086-F.PDF>.

151. *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, *supra* note 88.

152. Voir *supra* à la partie II, A.

153. Le Conseil de la fédération a été créé le 5 décembre 2003, sur l'initiative du gouvernement du Québec. Cette instance a essentiellement pour but de permettre aux provinces et territoires de jouer un rôle plus important en ce qui a trait à la revitalisation de la fédération canadienne et à l'établissement d'un régime fédéral plus constructif, plus coopératif et plus respectueux du principe fédératif lui-même.

infraconstitutionnels en des matières si liées à la réforme constitutionnelle témoigne de la difficulté de relancer cette réforme si éprouvée depuis le rejet de l'Entente de Charlottetown¹⁵⁴.

E. Les conventions constitutionnelles

La Constitution canadienne est faite d'une foule de principes écrits ou non écrits. Leur autorité varie considérablement de l'un à l'autre. Ils émanent des textes de nature constitutionnelle, de la jurisprudence et de la coutume, ainsi que des conventions constitutionnelles.

Ces dernières sont précisément des règles de nature politique et non de nature juridique¹⁵⁵. Elles reposent sur un ou des précédents. Aussi, lient-elles les acteurs politiques en ce sens qu'elles s'imposent à eux ou exercent sur eux une certaine force contraignante.

Les conventions constitutionnelles ont une raison d'être qui touche le cœur même du régime politique dans lequel elles prennent forme. Elles se transforment au gré des circonstances et des événements, sous l'impulsion des acteurs politiques eux-mêmes.

Il est toutefois extrêmement difficile de déterminer si les conventions constitutionnelles sont assujetties ou non à la procédure prévue à la partie V de la loi de 1982. Le cas échéant, il est encore plus difficile de dire de quelle modalité particulière de modification constitutionnelle elles relèvent. Cela est susceptible de varier beaucoup d'une convention à l'autre.

Le Conseil de la fédération est un organisme intergouvernemental. Il relève donc de la branche exécutive de l'État. Sa création n'a requis aucune modification constitutionnelle. Cette institution présente, à sa façon, un exemple de procédé de substitution, visant, dans ce cas, à pallier quelque peu les déficiences de la structure institutionnelle fédérale qui n'offre aux provinces aucun lieu de participation.

154. Le gouvernement du Canada a créé le Comité consultatif indépendant sur les nominations au Sénat, afin de fournir au premier ministre une liste non contraignante de candidats susceptibles d'être nommés sénateurs. Il a aussi créé le Comité consultatif indépendant sur la nomination des juges à la Cour suprême du Canada, afin de le conseiller sur les nominations à cette Cour.

Gouvernement du Canada, Communiqué de presse, *Le gouvernement annonce une réforme immédiate du Sénat*, 3 décembre 2015, en ligne : Institutions démocratiques <www.canada.ca/fr/institutions-democratiques/nouvelles/2015/12/le-gouvernement-annonce-une-reforme-immEDIATE-du-senat.html>; Justin Trudeau : premier ministre du Canada, Nouvelles, *Nouveau processus de nomination des juges de la Cour suprême du Canada*, 2 août 2016, en ligne : <pm.gc.ca/fra/nouvelles/2016/08/02/nouveau-processus-de-nomination-des-juges-de-la-cour-supreme-du-canada>.

155. Sur les conventions constitutionnelles en général, voir *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, *supra* note 36.

Par exemple, on peut se demander si le principe du gouvernement responsable — qui découle d'une convention constitutionnelle — est enchâssé ou non dans la Constitution canadienne. Et, si tel est le cas, comme nous le croyons, alors quelle modalité de modification constitutionnelle lui est-il applicable? Ne serait-ce pas la procédure 7/50 prévue au paragraphe 38(1) de la loi de 1982, en tant que modalité résiduelle?

Évidemment, les conventions constitutionnelles ne sont pas « para-constitutionnelles » à proprement parler, puisqu'elles font partie intégrante de la Constitution. Néanmoins, au Canada, elles jouent essentiellement le même rôle que les autres procédés paraconstitutionnels dont nous avons discuté ci-dessus¹⁵⁶, puisqu'elles permettent l'évolution du lien fédératif et l'adaptation du cadre constitutionnel au contexte contemporain, et ce, sans qu'il soit nécessaire d'appliquer les modalités formelles de modification constitutionnelle. Notons, au passage, que les conventions constitutionnelles ont été, avec la jurisprudence et les pratiques intergouvernementales, l'un des principaux facteurs favorisant la décentralisation graduelle de la fédération canadienne, de sa naissance à aujourd'hui¹⁵⁷.

* * *

Comme on peut le constater, l'application des différentes procédures de modification constitutionnelle à chacune des normes façonnant la Constitution canadienne doit réellement se faire au cas par cas. En la matière, on ne saurait faire de généralisation. Rien n'est simple ni évident.

Les procédés de substitution à la procédure de modification constitutionnelle sont de nature différente et n'ont pas tous la même répercussion sur l'environnement constitutionnel. Certains de ces procédés émanent d'une saine volonté de faciliter la gestion des rapports intergouvernementaux sans pour autant déroger au cadre constitutionnel¹⁵⁸.

156. Voir *supra* à la partie III.

157. Les Pères de la fédération canadienne ont souhaité doter le Canada d'un Parlement et d'un gouvernement central très fort à l'origine, mais le système canadien s'est décentralisé avec les années. Cela est dû à plusieurs facteurs, comme la jurisprudence, les conventions constitutionnelles, la pratique fédérative (c'est-à-dire le jeu des relations fédérales-provinciales-territoriales) et, tout simplement, l'importance qu'ont acquise, avec le temps, les compétences provinciales en santé, en éducation et en affaires sociales.

158. Évidemment, les ententes administratives sont beaucoup moins problématiques lorsqu'elles sont en harmonie avec les textes constitutionnels que lorsqu'elles entrent en conflit

Par contre, il existe parfois un risque que le recours à de telles mesures ne constitue finalement qu'un contournement pur et simple du processus formel de modification constitutionnelle. Pareille tendance est à éviter, car elle peut mener globalement à l'affaiblissement du cadre constitutionnel et peut réduire la capacité de ce dernier à régir concrètement l'action étatique.

Évidemment, l'abandon du dossier constitutionnel par les acteurs politiques au cours des dernières années, joint à la très grande difficulté de mettre en œuvre la procédure de modification constitutionnelle contenue dans la loi de 1982 et aux autres contraintes dont nous avons parlé ci-dessus¹⁵⁹, explique en bonne partie l'importance grandissante de la Cour suprême du Canada en tant que vecteur d'adaptation du cadre constitutionnel à une société canadienne qui évolue. En effet, non seulement la jurisprudence de la Cour suprême a-t-elle un impact indéniable sur l'interprétation et l'application des textes constitutionnels, mais, en plus, elle les fait évoluer, au-delà parfois des compromis politiques qui les ont forgés¹⁶⁰.

CONCLUSION

Faisant un détour historique, nous avons rappelé, dans ce texte, que la recherche d'une procédure de modification constitutionnelle fut, au Canada, un très long cheminement. Ce dernier s'est soldé par l'adoption en 1982, sans l'accord du Québec, d'une procédure qui s'est, dans les faits, avérée très difficile à mettre en œuvre dans ses dimensions multilatérales. Cela explique, entre autres, pourquoi la presque totalité des modifications accomplies depuis 1982 l'ont été soit par voie unilatérale, soit par voie bilatérale.

avec ces derniers. Ajoutons toutefois que, même lorsqu'il y a cohérence entre les ententes administratives et les textes constitutionnels, la rigidité qu'offre l'enchéassement constitutionnel est parfois préférable à la fragilité qui caractérise les ententes administratives. En effet, pareil enchéassement donne aux textes constitutionnels plus de stabilité et les met à l'abri d'une intervention unilatérale de la part d'un ordre de gouvernement.

159. Voir *supra* à la partie II, A et à la partie II, B.

160. Cela n'est pas un mal en soi, surtout si on tient compte du fait que le compromis politique qui a donné naissance à la fédération canadienne en faisait un État quasi fédéral à l'origine, selon Kenneth C Wheare, *Federal Government*, 4^e éd, London, Oxford University Press, 1963.

Dans une telle situation, il était plus que souhaitable que le Comité judiciaire du Conseil privé et la Cour suprême du Canada fassent progressivement évoluer la Constitution canadienne de sorte que le pays devienne une fédération plus équilibrée, pour ne pas dire une fédération véritable.

L'échec du processus de ratification de l'Accord du lac Meech, puis le rejet de l'Entente de Charlottetown, ont révélé des facteurs d'ordre politique qui, aujourd'hui, sont des composantes importantes du contexte dans lequel la réforme constitutionnelle doit être envisagée. En effet, aux modalités du texte constitutionnel s'ajoute, par exemple, la nécessité de concilier la tradition du fédéralisme exécutif avec les attentes relatives à la participation publique. Également, avec le temps, divers procédés paraconstitutionnels se sont substitués aux modifications constitutionnelles formelles. Ceux-ci occupent maintenant une place de premier plan dans l'étude du fédéralisme canadien. Depuis le rejet de l'Entente de Charlottetown, ces procédés ont notamment été utilisés à l'égard de questions qui, jusqu'alors, avaient été envisagées comme nécessitant de véritables modifications constitutionnelles¹⁶¹.

Depuis les expériences de l'Accord du lac Meech et de l'Entente de Charlottetown, il est clair que le fédéralisme dit exécutif est de plus en plus remis en question au Canada. Les tractations constitutionnelles ne peuvent plus se limiter à des discussions entre premiers ministres. Les Autochtones, les territoires, les minorités et même la population en général veulent avoir leur mot à dire en ce qui concerne la modification constitutionnelle, du moins lorsque celle-ci vise des questions aussi sensibles que la réforme du fédéralisme canadien.

Comme il ressort du présent texte, la réforme de la Constitution canadienne est difficile à accomplir, en raison de la complexité de la procédure de modification constitutionnelle issue du rapatriement de 1982, des autres contraintes de nature législative ou politique qui s'ajoutent à cette dernière et des procédés d'adaptation paraconstitutionnelle qui se sont imposés avec le temps. Cette réforme n'est pas impossible pour autant. Son succès repose d'abord et avant tout sur l'existence d'une forte volonté politique et d'un soutien populaire suffisant. Rien ne justifie que, dans une société aussi évoluée et sophistiquée que le Canada, le mot *Constitution* soit devenu à ce point tabou. Après tout, n'est-il pas normal pour une société, quelle qu'elle soit, de

161. Nous pensons ici, notamment, à la reconnaissance du fait que le Québec forme une société distincte et à celle selon laquelle les Québécois forment une nation au sein d'un Canada uni. Nous pensons aussi à la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, *supra* note 88. Enfin, nous pensons à la création d'un Comité consultatif indépendant ayant pour mandat de conseiller le gouvernement en ce qui touche les nominations au Sénat ou à la Cour suprême du Canada. Nous avons parlé de tous ces sujets précédemment : voir *supra* à la partie II, A et à la partie III, D.

s'interroger sur son avenir politique, certes, mais aussi sur son avenir constitutionnel¹⁶²?

Bien entendu, la réforme de la fédération canadienne ne passe pas que par la voie constitutionnelle. Par exemple, les relations intergouvernementales et la jurisprudence contribuent déjà beaucoup à faire évoluer le système politique canadien sans qu'il soit nécessaire de rouvrir la Constitution. Il n'en reste pas moins que la réforme constitutionnelle en tant que telle doit, au Canada, constituer un objectif politique et sociétal qui, sans être d'une urgence immédiate ni une préoccupation de tous les instants, est considéré comme fondamental.

162. Le 1^{er} juin 2017, le premier ministre du Québec, M Philippe Couillard, a dévoilé la *Politique d'affirmation du Québec et de relations canadiennes : Québécois, notre façon d'être Canadiens*, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, en ligne : <www.saic.gouv.qc.ca/rerelations-canadiennes/politique-affirmation/index.asp>.

Le premier ministre québécois a alors annoncé son intention de rouvrir un nouveau dialogue constitutionnel (avec la société civile, le milieu scientifique, les autres gouvernements au Canada, etc.). Son but avoué est de démystifier le terme « constitution », de lui faire perdre son caractère tabou et, éventuellement, d'engager le Québec dans une ronde de négociations constitutionnelles avec ses partenaires fédératifs.

Cette relance du dossier constitutionnel s'inscrit, selon le premier ministre Couillard, dans une démarche à plus ou moins long terme. Elle vise à créer les conditions favorables à la reprise d'éventuelles négociations constitutionnelles, le moment venu.

Pour l'instant, la politique susmentionnée se focalise sur les conditions qui figuraient dans l'Accord du lac Meech, soit la reconnaissance de la spécificité du Québec, des limites au pouvoir fédéral de dépenser, un rôle pour le Québec en ce qui concerne la nomination des juges à la Cour suprême et des sénateurs, un droit de veto sur les modifications constitutionnelles, et des pouvoirs accrus en matière d'immigration.