



**Le rôle du
Royaume-Uni
dans la modification
de la Constitution canadienne**

Canada

3 0163 00232457 2



JUSTICE CANADA

Le rôle du Royaume-Uni
dans la
modification de la Constitution du Canada

Texte documentaire
publié par le Gouvernement du Canada

Jean Chrétien
Ministre de la Justice du Canada
Mars 1981

AVANT-PROPOS

Alors même que se poursuit le débat sur le projet de résolution invitant le Parlement du Royaume-Uni à adopter le projet de *Loi sur le Canada* et son annexe, la *Loi constitutionnelle de 1981*, le Parlement du Canada, tout comme les Canadiens en général, porte une attention de plus en plus grande au rôle du Royaume-Uni dans la Constitution du Canada. C'est ainsi que la parution récente du rapport du Comité des Affaires étrangères de la Chambre des communes, mieux connu sous le nom de «rapport Kershaw», intitulé (traduction) «Les Actes de l'Amérique du Nord britannique : rôle du Parlement», a suscité chez nous un vif intérêt.

Il est à espérer, dans ce contexte, que le présent exposé permettra, tant aux sénateurs et aux députés qu'à l'ensemble de nos concitoyens, de mieux apprécier les attributions respectives dévolues, à l'occasion de l'importante démarche que nous avons entreprise, au Parlement et au gouvernement des deux pays en cause, membres souverains du Commonwealth.

Jean Chrétien
Ministre de la Justice du Canada
Mars 1981

Pour obtenir d'autres exemplaires de ce document, écrire à :

Publications Canada
Case postale 1986, succursale B
Ottawa (Canada)
K1P 6G6

TABLE DES MATIÈRES

PARAGRAPHE

Introduction

Le rapatriement et la modification de la Constitution du Canada.....	1-2
Le rôle du Royaume-Uni.....	3-8
Résumé des conclusions.....	9

La position du Canada

L'indépendance du Canada.....	10
Les liens juridiques avec le Royaume-Uni.....	11-12
Le rôle du Royaume-Uni est déterminé par convention.....	13-17
La convention ne s'applique qu'aux demandes fédérales.....	18
Le <i>Statut de Westminster</i> : maintien du <i>statu quo</i> constitutionnel.....	19-22
Les modifications : observation constante de la convention....	23-29
Motif de la convention : le principe de la responsabilité du gouvernement.....	30
La recherche d'une procédure de modification : une impasse de 54 ans.....	31
La nécessité d'une solution.....	32-35
Les mesures proposées en matière de rapatriement.....	36-45
Rejet d'un recours provincial.....	46-48

Le rapport Kershaw

Considérations générales.....	49-50
Insuffisance des éléments d'appréciation.....	51-54
La position du comité Kershaw :.....	55-56
A. Le rôle des autorités britanniques.....	57-62
B. Constitutionnalité du projet canadien.....	63-71
C. Circonstances justifiant que les autorités britanniques accèdent à la demande canadienne.....	72-76
D. Incidences sur la souveraineté et l'indépendance du Canada.....	77-80
Conclusions.....	81-82

ANNEXES

ALINÉA

Annexe A — Modifications constitutionnelles touchant les intérêts des provinces

1871	1-2
1886	3
1907	4
1915	5-7
1930	8-10
1931	11-13
1940	14-16
1943	17-19
1946	20
1949	21-24
1949 (No 2).....	25-26
1951	27
1960	28
1964	29

Annexe B — Recherche infructueuse d'une procédure de modification

Annexe C — Délibérations sur le fond des réformes constitutionnelles : 1967-1980

INTRODUCTION

Le rapatriement et la modification de la Constitution du Canada

1. Le Canada est un État souverain. En raison de ses origines coloniales, ce sont des lois britanniques qui constituent les textes fondamentaux de sa Constitution. Aujourd'hui encore, ces lois ne peuvent, sans le concours du Parlement du Royaume-Uni, faire l'objet de modifications importantes. Cette situation anachronique, incompatible avec le statut d'un État pleinement indépendant au sein de la collectivité mondiale, entraîne également des inconvénients pour les autorités britanniques lorsqu'elles sont invitées à sanctionner des modifications de la Constitution du Canada.

2. Pour mettre fin à cette situation inacceptable, le gouvernement du Canada et ceux des provinces ont vainement tenté, au cours des 54 dernières années, de convenir d'un moyen juridique qui permette le rapatriement de la Constitution et l'établissement d'une procédure de modification proprement canadienne. Devant cet échec prolongé, qui entrave les importantes révisions que l'on souhaite apporter à la Constitution, le gouvernement du Canada a proposé au Parlement des mesures destinées à supprimer l'impasse,¹ grâce au rapatriement de notre loi fondamentale, à une procédure de modification et à d'autres réformes qui sont depuis longtemps l'objet de délibérations. Il n'y aura donc plus besoin de faire intervenir le Royaume-Uni pour modifier la Constitution du Canada, mais seulement de recourir une dernière fois à la collaboration de son Parlement.

Le rôle du Royaume-Uni

3. Une convention de la plus haute importance régit le rôle des autorités du Royaume-Uni en la matière. Cette convention comporte deux volets :

- a) seuls le gouvernement et le Parlement du Canada peuvent demander au Parlement du Royaume-Uni d'exercer le pouvoir légal de modifier la Constitution du Canada;
- b) dans tous les cas où le Parlement du Royaume-Uni est saisi d'une demande en ce sens, il y acquiesce.

Cette convention, qui régit de longue date les relations entre le Royaume-Uni et le Canada, a toujours été respectée.

4. Des adversaires du projet actuel de rapatriement prétendent que les autorités britanniques ont non seulement le pouvoir légal de modifier la Constitution du Canada, mais aussi la faculté de décider, sur le plan politique, comment et en quelles circonstances doit s'exercer ce pouvoir légal. Cette fausse idée a été malheureusement acceptée par le Comité des

¹ Voir: *Procès-verbal des délibérations du Comité mixte spécial de la Constitution du Canada (Sénat et Chambre des communes)*, Ottawa, le 13 février 1981.

Affaires étrangères (le comité Kershaw) de la Chambre des communes du Royaume-Uni dans son rapport au Parlement du Royaume-Uni concernant le projet de rapatriement².

5. Le comité Kershaw a présenté au Parlement britannique l'avis suivant :
- a) (Traduction) «Le rôle fondamental du Parlement du Royaume-Uni en l'espèce est de décider si une demande reflète ou non le vœu clairement exprimé par le Canada dans son ensemble, compte tenu du caractère fédéral du système constitutionnel canadien.»³
 - b) (Traduction) «Dans le cas où la modification demandée touche directement la structure fédérale canadienne et où le gouvernement ou le Parlement du Royaume-Uni est officiellement informé de l'opposition des gouvernements provinciaux et de leur législature, le Parlement du Royaume-Uni est tenu de décider, d'une manière aussi judicieuse que possible, si la demande exprime, compte tenu de tous les éléments de la situation, le vœu clairement exprimé par l'ensemble du Canada considéré dans sa structure fédérale.»⁴
 - c) A cette fin, il faut prendre en considération (traduction) «la procédure de modification (ayant, après le rapatriement, un effet analogue sur la structure fédérale) qui, parmi celles proposées par les autorités canadiennes, comporterait les conditions les moins exigeantes pour être agréée par les provinces.»⁵
 - d) Par ailleurs, (traduction) «il conviendrait peut-être que le Parlement du Royaume-Uni acquiesce» sans l'agrément des provinces à une demande de rapatriement assortie d'une procédure de modification si cette demande était modifiée de façon importante sur des points précisés par le comité.⁶

6. L'avis du comité ne tient pas compte de la convention selon laquelle les autorités du Royaume-Uni n'ont pas à exercer leur faculté de décision lorsque le gouvernement et le Parlement du Canada leur demandent de modifier la Constitution du Canada. Il suppose en outre que ces autorités pourraient, par l'exercice de cette faculté, s'ingérer dans la conduite des affaires politiques et constitutionnelles du Canada. Or, c'est aux seules autorités canadiennes que l'électorat du Canada a confié ce mandat. Cette façon de procéder serait sans précédent dans l'histoire des relations entre les deux pays.

² *The British North America Acts: The Role of Parliament; House of Commons, First Report of Foreign Affairs Committee, 1980-81, 30 janvier 1981 (ci-après appelé Rapport Kershaw).*

³ Par. 14(8), fondé sur les par. 107 et 111.

⁴ Par. 14(9), fondé sur le par. 114.

⁵ Par. 14(10), fondé sur le par. 114.

⁶ Par. 115.

7. Suivre l'avis du comité Kershaw serait lourd de conséquences : l'impasse constitutionnelle que le Canada connaît déjà depuis trop longtemps serait indéfiniment prolongée; les rapports cordiaux qu'entretiennent le Canada et le Royaume-Uni se tendraient et l'avenir des relations au sein du Commonwealth pourrait être fortement compromis.

8. En conséquence, il s'impose que le gouvernement du Canada fasse officiellement connaître sa position, indique à quels égards il estime erroné le *rapport Kershaw* et explique la gravité de la situation qui résulterait de l'observation de l'avis du comité.

Résumé des conclusions

9. Il semble opportun de résumer dès maintenant les principales conclusions du présent exposé.

- a) Il faut rapatrier la Constitution du Canada; il faut aussi établir, pour l'avenir, une procédure de modification constitutionnelle exclusivement canadienne (paragraphe 31-35).
- b) Aux mesures de rapatriement et de modification doivent s'ajouter certaines améliorations constitutionnelles fondamentales : une Charte des droits et libertés, un nouveau pouvoir dévolu aux provinces de légiférer en matière de ressources naturelles et un engagement relatif à l'égalité des chances économiques dans tout le Canada (paragraphe 32-44).
- c) Les réformes constitutionnelles que propose le gouvernement du Canada ont été longuement mûries. Elles ont fait l'objet de nombreuses consultations et discussions tant de la part du gouvernement fédéral et de celui des provinces que d'importantes fractions de la population canadienne (paragraphe 31 et 40-41).
- d) Les modifications n'ont pas pour effet de transférer au gouvernement fédéral des droits et pouvoirs qui appartiennent actuellement aux provinces. Si elles touchent à la structure fédérale du pays et aux relations fédérales-provinciales, c'est seulement en vue d'*accroître* le pouvoir législatif des provinces en matière de ressources naturelles et de leur reconnaître, pour la première fois, un rôle juridiquement garanti dans la procédure de modification (paragraphe 43-44).
- e) En raison de la nature particulière de la Constitution canadienne, le Parlement du Royaume-Uni est tenu de sanctionner par une loi les modifications proposées. Cela fait, il ne sera plus nécessaire de recourir à cette procédure anachronique pour les modifications ultérieures (paragraphe 11-12 et 36).
- f) Il n'existe aucun principe constitutionnel fondé soit sur les conventions, soit sur la nature du fédéralisme, soit sur quoi que ce

soit d'autre, qui puisse exiger que le gouvernement et le Parlement du Canada doivent obtenir le consentement des provinces pour des modifications de l'ordre de celles qui sont actuellement proposées (paragraphe 63-71).

- g) Selon une convention bien établie, ce n'est que conformément aux vœux du gouvernement et du Parlement du Canada que le Parlement du Royaume-Uni exerce son pouvoir de modifier la Constitution du Canada. Les autorités du Royaume-Uni ont *toujours* respecté cette convention, par laquelle les Canadiens sont effectivement maîtres de leur Constitution. Les autorités britanniques ne sauraient être responsables de la Constitution du Canada puisqu'elles n'en ont pas reçu le mandat de l'électorat canadien (paragraphe 13-17 et 57-62).
- h) Rien dans l'ensemble des mesures de rapatriement proposées ne saurait justifier qu'en l'occurrence on déroge à la convention (paragraphe 45).
- i) L'inobservation de la convention risquerait d'entraîner de graves tensions dans les relations canado-britanniques et dans les relations entre les pays du Commonwealth (paragraphe 50 et 81-82).

La position du Canada

L'indépendance du Canada

10. Le Canada est en fait, sinon en droit, un État totalement indépendant formé d'anciennes colonies et territoires britanniques. L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*,⁷ qui l'a constitué en État, n'a pas, toutefois, entièrement mis fin à son statut de colonie. Notre pays a cependant rapidement progressé, par la suite, vers une indépendance complète effective, obtenue à la fin de la Première Guerre mondiale. Cette situation de fait fut officiellement confirmée, à l'échelle internationale, par la *déclaration Balfour* de 1926, par laquelle les délégués du gouvernement du Royaume-Uni, de concert avec ceux des gouvernements de plusieurs dominions, proclamaient conjointement que le Royaume-Uni et les dominions étaient des États (traduction) «autonomes» et (traduction) «jouissant d'un statut égal, n'étant en aucune manière subordonnés les uns aux autres, ni dans leurs affaires internes, ni dans leurs relations extérieures, quoique restant unis par une allégeance commune à la Couronne...».⁸

Les liens juridiques avec le Royaume-Uni

11. Les Canadiens sont fiers du fait que leur Constitution, contrairement à bien d'autres, soit née et ait toujours évolué dans la légalité. Elle n'est pas le produit d'une révolution armée, comme c'est le cas par exemple de la Constitution des États-Unis. Elle est, au contraire, l'aboutissement d'une transmission légalement consentie par le Parlement du Royaume-Uni. Chaque étape de cette transmission, depuis l'époque où le pays était encore une colonie jusqu'à celle où il a acquis sa pleine souveraineté dans le concert des nations, a été caractérisée par une observation scrupuleuse du principe de la primauté du droit.

12. A l'époque de la *déclaration Balfour* de 1926, le Parlement et le gouvernement du Royaume-Uni conservaient encore — reliquat du statut colonial du Canada — de vastes pouvoirs juridiques sur le pays et sa Constitution. La *déclaration* n'avait pas modifié cette situation sur le plan juridique, puisqu'elle n'était qu'un document politique dont l'objet était simplement de constater expressément l'indépendance que les dominions avaient déjà acquise en fait, sinon en droit. Il fallait une loi du Parlement du Royaume-Uni pour changer la situation.

Le rôle du Royaume-Uni est déterminé par convention

13. Ce paradoxe apparent de l'indépendance de fait et de la dépendance de droit fut résolu grâce à un instrument constitutionnel que la tradition

⁷ 30 et 31 Victoria, c. 3 (Royaume-Uni).

⁸ *Report of Inter-Imperial Relations Committee of Imperial Conference, 1926.*

britannique a façonné et perfectionné au cours des ans : la limitation du pouvoir juridique par l'usage ou la convention politique. Selon la pratique constitutionnelle du Royaume-Uni et du Commonwealth, il est courant, pour une personnalité officielle ou pour un organisme public investi d'un certain pouvoir conféré par la loi, de ne l'exercer que selon les vœux d'un autre organisme dont la compétence n'est pas sanctionnée par un texte de loi, mais qui possède un mandat conféré par l'électorat concerné. Ainsi, la Reine au Royaume-Uni ou le gouverneur général au Canada ont un droit de veto absolu sur toute loi proposée par le Parlement britannique ou canadien. Ils peuvent en effet accorder ou refuser la sanction royale. En réalité toutefois, ce droit n'est exercé que sur l'avis du Premier ministre et du cabinet au pouvoir. Cette séparation du pouvoir juridique et du pouvoir démocratique et l'équilibre qui existe entre eux ont permis aux constitutions issues du modèle britannique d'évoluer avec le temps. C'est là un des traits les plus caractéristiques et les plus utiles de la doctrine constitutionnelle britannique.

14. Cette doctrine, fidèlement suivie depuis les toutes premières années de l'indépendance du Canada, a pour finalité de résoudre les risques de différends dus au fait qu'un État souverain continue de détenir d'importants pouvoirs juridiques sur un autre État souverain. Elle a été complétée par une convention constitutionnelle aux termes de laquelle les autorités britanniques n'exercent le reliquat de leurs pouvoirs juridiques sur le Canada et les affaires canadiennes qu'en conformité avec la volonté des autorités canadiennes, c'est-à-dire du gouvernement et du Parlement du Canada, véritables responsables des affaires canadiennes.

15. Le fait que cette convention régissait pleinement la modification de la Constitution du Canada longtemps avant la *déclaration Balfour* fut démontré par la procédure d'adoption de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1915*.⁹ Cette loi modifiait l'*AANB* quant au nombre et à la répartition des sénateurs et fixait le nombre minimal de députés qu'une province doit avoir à la Chambre des communes. Ces questions, qui intéressaient au premier chef les provinces, avaient fait l'objet d'une conférence infructueuse des premiers ministres provinciaux. Le gouvernement du Canada ne consulta pas les provinces avant de proposer au Sénat et à la Chambre des communes une résolution portant sur cette modification. Un amendement proposé par le gouvernement de la Colombie-Britannique fut incorporé à la résolution, alors qu'une objection soulevée par le gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard fut rejetée. La résolution portant adresse commune à Sa Majesté pour demander la modification fut adoptée par le Sénat et la Chambre des communes, bien que les deux chambres eussent préféré une

⁹ 5 et 6 George V, c. 45 (Royaume-Uni). (Pour de plus amples renseignements, voir l'annexe A.)

consultation préalable des provinces. Fut rejetée à cet égard une motion mise aux voix au Sénat et proposant cette consultation.¹⁰ Le Parlement du Royaume-Uni, passant outre à la controverse relative à la résolution, adopta la modification selon le libellé du projet de loi contenu dans l'adresse.

16. La modification de 1915 fut la dernière modification contestée antérieure à la *déclaration Balfour*. S'il en est fait mention, c'est qu'elle met en évidence l'attitude des parlementaires du Royaume-Uni bien avant la reconnaissance formelle, par la Grande-Bretagne, de l'indépendance des dominions. Les parlementaires avaient adopté une consigne de non-ingérence dans les affaires politiques et constitutionnelles du Canada. Ils s'en tenaient à cette consigne même dans les situations où une modification que demandaient les autorités fédérales portait nettement atteinte aux intérêts des provinces, faisait l'objet de l'opposition publique de celles-ci et amenait des parlementaires canadiens à réclamer qu'elles soient consultées. Il ne s'agit d'ailleurs pas d'un cas isolé. La modification de 1907, dont il sera question plus loin,¹¹ en fournit une preuve plus ancienne encore.

17. La convention de non-ingérence des Britanniques dans l'administration des *autres* affaires canadiennes n'était pas fermement établie avant la *déclaration Balfour*. Elle l'était par contre à l'égard d'importantes questions *constitutionnelles*. En effet, dès 1868, les autorités britanniques rejetaient une adresse unanime de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse priant la Reine de faire sortir cette province de la Confédération. De même, une motion adoptée à la suite d'une pétition de 36 des 38 députés de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse et de 16 des 19 députés de cette province à la Chambre des communes du Canada, demandant au Parlement britannique d'envoyer une commission d'enquête en Nouvelle-Écosse, fut rejetée à une grande majorité par les deux Chambres du Parlement de Londres.¹² Il y avait, semble-t-il, chez les autorités britanniques, une (traduction) «attitude résolue» lorsqu'il s'agissait de rejeter la demande de la Nouvelle-Écosse visant à modifier son statut constitutionnel. On en trouve le motif dans le principe qu'un spécialiste de la question attribue au secrétaire britannique aux colonies, principe selon lequel (traduction) «la province devait s'adresser à Ottawa en cas de griefs.»¹³ Le sous-secrétaire aux colonies déclara au Parlement que les autorités britanniques (traduction) «ne devaient pas s'ingérer dans les affaires régionales des provinces d'Amérique du Nord.»¹⁴ Les tentatives provinciales ultérieures visant à obtenir des autorités britanniques la modification de la Constitution canadienne ont toutes connu le même sort.¹⁵

¹⁰ Voir l'annexe A.

¹¹ Voir ci-après, par. 59 et suivants.

¹² P. Gérin-Lajoie, *Constitutional Amendment in Canada*, p. 139-40.

¹³ *Ibid.*, p. 139.

¹⁴ *Ibid.*, p. 140.

¹⁵ *Ibid.*, p. 140 et suivantes.

La convention ne s'applique qu'aux demandes fédérales

18. Soulignons que c'est aux demandes faites par l'instance fédérale, c'est-à-dire par le gouvernement et le Parlement du Canada, que s'applique la convention, les demandes et interventions des autorités provinciales concernant les modifications constitutionnelles ayant toujours été rejetées. La raison en est évidente : dans les relations avec le reste du monde, le seul représentant officiel du Canada est son gouvernement national. Comme le reconnaissait le gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard dans son mémoire au comité Kershaw :

(Traduction)

«Des deux ordres de gouvernement, le gouvernement fédéral est celui qui l'emporte sur l'autre. C'est lui qui, dans une large mesure, incarne la nation, surtout à l'extérieur du Canada.»¹⁶

Le Statut de Westminster : maintien du statu quo constitutionnel

19. Même si l'acceptation de cette convention constitutionnelle évitait les conséquences les plus lourdes du maintien du pouvoir légal britannique sur un Canada indépendant, il demeurerait néanmoins souhaitable d'harmoniser le plus tôt possible le droit et la réalité. A cet effet, il y eut une série de conférences qui se termina par le *Statut de Westminster, 1931*¹⁷, lequel consacrait juridiquement l'indépendance déjà reconnue aux dominions par la *déclaration Balfour* en décrétant notamment que le Parlement du Royaume-Uni n'adopterait plus de lois applicables à un dominion sans la demande et le consentement de celui-ci.¹⁸

20. Il n'était pas possible cependant de mettre un terme à l'autorité du Royaume-Uni sur le Canada, car, à la différence des autres dominions, il n'avait pas ses propres procédures internes de modification de la Constitution. La plupart des dispositions des *Actes de l'Amérique du Nord britannique* ne pouvaient donc continuer à être modifiées que par une loi du Parlement du Royaume-Uni. Certes, des entretiens avaient eu lieu en 1927 entre les gouvernements fédéral et provinciaux en vue de trouver une procédure satisfaisante de modification de la Constitution canadienne, mais aucune entente n'était intervenue. Il avait été reconnu par les participants qu'une procédure normale de modification devait prévoir des consultations avec les provinces et leur accord, ou l'une ou l'autre de ces conditions, mais ils furent incapables de s'entendre sur le degré de cette participation des provinces. Les porte-paroles provinciaux exprimèrent leur inquiétude vis-à-vis du transfert, au Canada, par le *Statut de Westminster*, des pleins

¹⁶ *Representation of the Government of P.E.I. to the Foreign Affairs Committee ... Regarding the British North America Acts*, 28 novembre 1980, p. 3.

¹⁷ 22 George V. c. 4 (Royaume-Uni).

¹⁸ Article 4.

pouvoirs constitutionnels, sans que l'on ait conclu au préalable une entente sur une procédure de modification attribuant un rôle convenable aux provinces. La pratique antérieure des demandes unilatérales de modification émanant du fédéral risquerait dès lors de découler non plus d'une convention, mais bien de la disposition obligatoire d'un texte de loi. On risquait ainsi d'entraver l'éventuelle mise au point d'une procédure de modification comprenant, à un degré satisfaisant, un élément de consultation et d'accord des provinces. C'est pourquoi l'article 7 du *Statut de Westminster* fut rédigé de manière à exclure provisoirement de son champ d'application la modification des *AANB*.¹⁹ Cette exclusion laissait intacte la convention régissant les demandes de modification formulées unilatéralement par le gouvernement fédéral. Autrement dit, comme l'indique le *rapport Kershaw*, elle eut pour effet (traduction) «de maintenir purement et simplement le *statu quo* en ce qui concerne les modifications constitutionnelles».²⁰

21. Le «*statu quo*» que maintenait le paragraphe 7(1) du *Statut de Westminster* consistait, comme il a été dit plus haut, pour les autorités britanniques, à ne pas exercer d'attributions politiques mais simplement à faire usage de leurs pouvoirs juridiques de la manière proposée par le gouvernement et le Parlement du Canada, sans chercher à connaître les motifs à l'origine de la demande. Le vicomte Bennett, qui, avant de devenir membre de la Chambre des lords, avait été premier ministre du Canada à l'époque de l'adoption du *Statut de Westminster*, déclarait devant cette chambre, en 1946 (à propos d'une modification à laquelle s'opposait le Québec), que cette pratique était suffisamment bien établie pour conférer, de fait, au fédéral, le pouvoir de modifier la Constitution :

(Traduction)

«Ils ne peuvent la modifier directement, mais ils peuvent le faire indirectement, car nous nous sommes engagés à adopter toute loi qu'ils pourraient demander à notre Parlement d'adopter.»²¹

22. En ce qui concerne la participation des provinces à la procédure de modification, le *statu quo* voulait dire qu'elles n'étaient pas toujours consultées et que la décision de présenter ou non une demande de modification appartenait en dernière analyse au gouvernement fédéral seul, qui pouvait ou non tenir compte de leurs objections.

Les modifications : observation constante de la convention

23. L'historique des modifications constitutionnelles canadiennes depuis 1867 prouve très bien l'existence de la situation de *statu quo* qui vient d'être évoquée. Le Parlement du Royaume-Uni a adopté à 21 reprises des mesures

¹⁹ Article 7(1).

²⁰ Par. 99.

²¹ Chambre des lords du Royaume-Uni: *Debates*, 1946, p. 698-99.

législatives modifiant les *AANB*, ou ayant sur eux quelque incidence. Douze de ces modifications furent effectuées soit avant le *Statut de Westminster, 1931*, soit par le *Statut* lui-même, alors que les neuf autres lui sont postérieures. Dans chaque cas, la demande émanait du gouvernement fédéral, toujours (sauf deux exceptions anciennes d'importance secondaire)²² sous la forme d'une adresse présentée à Sa Majesté par le Sénat et la Chambre des communes. Chaque demande fut agréée telle quelle (sauf certaines modifications de forme apportées à la rédaction). Plusieurs de ces modifications ont influé notablement sur les intérêts des provinces, et certaines modifications furent faites sans qu'elles aient été consultées ou aient donné leur accord, ou même en dépit de l'opposition publique d'une ou de plusieurs provinces. Pourtant, le gouvernement et le Parlement du Royaume-Uni ne se sont jamais préoccupés de savoir s'il y avait eu consultation et accord des provinces et dans quelle mesure.

24. Dans leurs déclarations publiques, les ministres et les parlementaires les plus éminents du Royaume-Uni ont constamment et uniformément confirmé la pratique de la non-intervention des Britanniques dans le fond des modifications constitutionnelles canadiennes. Voici quelques-unes de ces déclarations :

(Traduction)

— Le 10 juillet 1940 — *Débats de la Chambre des communes*, aux pages 1177-81 (objet : l'*AANB*, 1940) :

«*Le solliciteur général (Sir William Jowitt)* : Je propose «Que le projet de loi soit lu une seconde fois . . .»

La Chambre se souviendra que le *Statut de Westminster*, qui reconnaissait formellement que le Dominion du Canada avait déjà obtenu la pleine souveraineté sur ses propres affaires, a préservé expressément les pouvoirs de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Par conséquent, pour rester dans la légalité, il est encore nécessaire, en l'absence d'une meilleure procédure de modification de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, que l'accroissement des pouvoirs du Canada soit adopté par notre Parlement. Mais ce dernier, en adoptant cette mesure législative, ne fait que répondre à la volonté du Parlement du Canada, de sorte que la situation juridique est en plein accord avec la position constitutionnelle. En effet, le préambule du présent projet de loi est ainsi conçu :

«le Sénat et les Communes du Canada, réunis en Parlement, ont présenté une adresse à Sa Majesté demandant humblement que Sa Majesté daigne faire soumettre un projet de loi au Parlement du Royaume-Uni.»

²² Gérin-Lajoie, note 12 ci-dessus, p. 145-6.

Conformément à ces dispositions, nous répondons par conséquent à la volonté du Parlement du Canada en adoptant cette mesure législative. Je ne crois pas que de plus amples explications soient nécessaires . . .

A mon sens — et il importe de le souligner — ce qui doit amener la Chambre à adopter ce projet de loi n'est pas le fond de la proposition, qui relève de la compétence du Parlement du Canada; en nous en occupant, nous risquerions d'empiéter sur ce que j'estime être la position du Canada en matière constitutionnelle. La seule raison pour laquelle nous devons adopter le projet est qu'en agissant ainsi, nous accomplissons ce que le Parlement du Canada souhaite faire.

Je ne sais pas quelle est l'opinion des Parlements provinciaux, mais je sais cependant que certains d'entre eux ont appuyé le Parlement du Canada lorsque la question a été soumise au Conseil privé. Le projet de loi se justifie suffisamment du fait que nous sommes moralement tenus d'agir parce que le Parlement du Dominion nous prie de le faire, et que nous devons actionner conformément à sa volonté le vieux mécanisme qu'il nous a demandé de conserver.

— Le 22 juillet 1943 — *Débats de la Chambre des communes*, p. 1100-1102 (objet : l'*AANB*, 1943) :

«Le secrétaire d'État aux affaires des Dominions (M. Attlee) :

Je propose «Que le projet de loi soit lu une seconde fois . . . » La procédure de modification de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* reste ce qu'elle était avant le *Statut de Westminster*. On suit depuis plusieurs années cette procédure, qui est déclenchée par une adresse présentée au Roi par les deux Chambres du Parlement du Canada, et c'est ce qui s'est passé dans les circonstances. On m'a dit que l'adresse en question a recueilli la grande majorité des voix des deux Chambres. Les articles du projet de loi suivent pour l'essentiel le texte de l'adresse adoptée par le Parlement du Canada, et les considérants correspondent étroitement à ceux qui ont été approuvés la dernière fois où une mesure législative semblable a été adoptée ici . . .

Je ne sais pas si les provinces se sont opposées mais, quoi qu'il en soit, la question nous est soumise par une adresse votée par les deux Chambres du Parlement, et il nous est difficile d'en demander plus.»

— Le 22 juillet 1946 — *Débats de la Chambre des lords*, p. 698 :
(objet : l'*AANB*, 1946) :

«*Le vicomte Bennett* : On a souvent débattu la thèse selon laquelle une modification de la Constitution est une mesure politique. Le Canada est le seul des dominions où le parti au pouvoir peut modifier la Constitution non pas directement certes, mais indirectement, car nous avons convenu d'approuver toute mesure législative qu'il est demandé à notre Parlement d'adopter.»

— Le 2 décembre 1949 — *Débats de la Chambre des communes*, p. 1458-1459 : (objet : l'*AANB* (No 2), 1949) :

«*Le secrétaire d'État aux relations avec le Commonwealth* (M. Philip Noel-Baker) : Je propose «Que le projet de loi soit lu une seconde fois . . .»

Le projet de loi est rédigé selon le texte de l'adresse adoptée par le Parlement du Canada, et naturellement nous sommes tout disposés à faire ce qu'il souhaite. En proposant sa résolution visant l'adresse à Sa Majesté, le premier ministre du Canada a précisé qu'elle traitait des attributions du Canada en sa qualité d'État adulte et souverain parmi les États du monde.»

— Le 30 mai 1951 — *Débats de la Chambre des communes*, p. 225 (objet : l'*AANB*, 1951) :

«*Le secrétaire d'État aux relations avec le Commonwealth* (M. Gordon-Walker) : Je propose «Que le projet de loi soit lu une seconde fois . . .»

Il s'agit réellement d'un projet de loi canadien, ou plutôt d'une loi canadienne, parce que le projet a été adopté par les deux Chambres du Parlement du Canada, et il nous est soumis par souci de respecter les formalités en matière constitutionnelle. Il ne convient donc pas que je me préoccupe du fond du projet . . .»

Le 11 novembre 1960 — *Débats de la Chambre des communes*, p. 1369-1370 (objet : l'*AANB*, 1960) :

«*Le ministre d'État aux relations avec le Commonwealth* (M. C. J. M. Alport) : Je propose «Que le projet de loi soit lu une seconde fois . . .»

A toutes fins utiles, nous agissons à titre officiel pour le gouvernement canadien dans une affaire qui le regarde uniquement. Conformément à une pratique établie depuis longtemps, nous évitons de discuter du fond d'un projet de loi visant à modifier l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* lorsqu'il nous est présenté à la

suite d'adresses à Sa Majesté adoptées par les deux Chambres du Parlement du Canada.»

— Le 25 juillet 1979 — *Débats de la Chambre des lords*, p. 2007 :
«*Lord Trefgarne* («whip» du gouvernement)

Le *Statut de Westminster* réserve au Parlement du Royaume-Uni un rôle de pure forme à l'égard de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

C'est pourquoi je répète à la Chambre que le pouvoir du Parlement du Royaume-Uni sur la Constitution canadienne est strictement limité. Si le Parlement refusait, en dépit de l'usage établi en matière constitutionnelle, d'accéder à une demande du gouvernement canadien, nous risquerions d'être accusés d'ingérence dans la politique nationale du Canada. Même chercher à savoir si une demande de rapatriement de la Constitution a recueilli l'adhésion des Canadiens équivaldrait à mettre en doute la faculté du Parlement ou du gouvernement canadien de faire cette demande. De plus, si le Parlement du Royaume-Uni prétendait légiférer autrement qu'à la demande et avec le consentement du gouvernement canadien, il irait à l'encontre des ententes conclues avec les dominions à la Conférence impériale de 1930 et du *Statut de Westminster, 1931*, que j'ai déjà mentionnés. Seul le gouvernement fédéral peut représenter le Canada dans les relations internationales. Il ne nous appartient pas de juger du bien-fondé de la proposition qui nous est soumise; le gouvernement canadien doit seul en assumer l'entière responsabilité.»

25. De pareilles déclarations ont été répétées si souvent par les représentants du gouvernement britannique, sans soulever la moindre opposition, que l'un des témoins qui ont comparu devant le comité Kershaw, a reconnu, tout en n'étant pas d'accord avec ces déclarations, que les opinions qui y étaient exprimées étaient devenues «un article de foi» (traduction).²³

26. L'annexe A contient le résumé des quatorze modifications les plus importantes apportées à la Constitution canadienne depuis 1867; elle indique également à quel point ces modifications ont touché aux intérêts des provinces, et dans quelle mesure, le cas échéant, elles ont fait l'objet de consultations avec celles-ci, ont reçu leur accord ou subi leur opposition (les sept autres modifications ne touchent pas de façon importante aux intérêts des provinces). La vue d'ensemble que donne l'annexe A confirme entièrement les précédentes observations. Les quatorze modifications ont eu un effet marquant sur les droits, pouvoirs ou intérêts des provinces. Si certains

²³ Exposé de M. Geoffrey Marshall, p. 3.

de ces effets étaient relativement mineurs, d'autres ont eu ou ont été perçus comme ayant des répercussions considérables sur les relations fédérales-provinciales ou sur les intérêts des provinces. Neuf des quatorze modifications ont été demandées et adoptées sans le consentement des provinces, et la dixième (1960) n'avait recueilli qu'un appui partiel. Seulement quatre modifications ont reçu l'adhésion totale des provinces. Il est encore plus important de souligner que six modifications (1907, 1915, 1943, 1946, 1949, 1949 (No 2)) ont été demandées et adoptées en dépit de l'opposition d'une ou de plusieurs provinces. Mais ce qui compte le plus, c'est que le Parlement du Royaume-Uni, à chacune de ces occasions, a adopté sans hésiter les modifications sollicitées par le gouvernement ou le Parlement du Canada, même en présence de l'opposition énergique des provinces.

27. Les deux modifications apportées en 1949 sont probablement les plus remarquables, tant en raison des conséquences qu'elles ont eues (ou qu'on leur a prêtées) sur les intérêts provinciaux que pour l'opposition qu'elles ont suscitée de la part des provinces. Il en est discuté dans les paragraphes qui suivent.

28. *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1949*²⁴ faisait de Terre-Neuve la dixième province canadienne. L'adoption de cette loi touchait considérablement et de plusieurs façons aux intérêts des neuf autres provinces, par exemple en réduisant leur représentation proportionnelle au Sénat et à la Chambre des communes et en augmentant les prétentions aux subventions et aux services fournis par le gouvernement fédéral. Le Québec était particulièrement touché, car sa frontière contestée avec le Labrador était confirmée par l'Acte.²⁵ Cependant, ni le Québec ni aucune des autres provinces existant à l'époque n'avaient été consultées. Le premier ministre du Québec et celui de la Nouvelle-Écosse déclarèrent publiquement que les provinces auraient dû être consultées,²⁶ mais le Parlement du Royaume-Uni adopta la modification sans se préoccuper de l'absence de participation des provinces.

29. *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique (No 2), 1949*²⁷ accordait au Parlement du Canada le pouvoir de modifier la « Constitution du Canada » sur certains points.²⁸ Bien que l'on ait soutenu que cette mesure ne visait que les questions relevant de la compétence exclusive du gouvernement fédéral²⁹, les gouvernements des provinces craignaient sérieusement à l'époque que ce nouveau pouvoir fédéral ne permette au Parlement du Canada de s'ingérer

²⁴ 12 et 13 George VI, c. 22 (Royaume-Uni).

²⁵ *Conditions de l'Union*, art. 2.

²⁶ Gérin-Lajoie, note 12 ci-dessus, p. 129.

²⁷ 13 George VI, c. 81 (Royaume-Uni).

²⁸ Article 91(1).

²⁹ *Renvoi concernant la compétence du Parlement relativement à la Chambre Haute* (1980) 1 R.C.S. 54.

dans des questions ressortissant à la compétence des provinces. La correspondance échangée par le premier ministre du Canada et les premiers ministres provinciaux et déposée à la Chambre des communes du Canada a rendu publique l'opposition acharnée des provinces à cette demande unilatérale de modification émanant du gouvernement fédéral. Le Québec et l'Alberta avaient (traduction) «énergiquement» exigé que les provinces soient consultées.³⁰ L'Ontario doutait (traduction) «de l'opportunité d'aborder la question séparément, sans tout d'abord tenter de faire l'unanimité», et la Nouvelle-Écosse était du même avis.³¹ Le Manitoba ne voulait pas se montrer d'accord avant d'avoir étudié plus attentivement les répercussions possibles sur (traduction) «la position des provinces».³² Vu le désaccord considérable des provinces, l'Opposition présenta une motion à la Chambre des communes du Canada visant à reporter la demande de modification à une date postérieure à une conférence fédérale-provinciale sur le sujet, mais cette motion fut rejetée, l'adresse commune adoptée et transmise à Westminster. Le Parlement du Royaume-Uni adopta sans délai ni questions la modification demandée.³³

Motif de la convention : le principe de la responsabilité du gouvernement

30. Il importe de comprendre que si l'on a invariablement respecté l'usage de la non-intervention du gouvernement britannique dans les affaires constitutionnelles canadiennes, ce n'est pas par simple souci du protocole. Cet usage trouve en effet sa source dans l'un des principes fondamentaux des traditions constitutionnelles britanniques : celui de la responsabilité du gouvernement. Les régimes démocratiques comme ceux du Royaume-Uni et du Canada confient les décisions politiques à ceux qui doivent en répondre devant les électeurs, c'est-à-dire devant les personnes qui en fin de compte ont à subir les conséquences de ces décisions. Les autorités gouvernementales du Royaume-Uni n'ont pas de compte à rendre à l'électorat canadien, c'est au gouvernement et au Parlement du Canada de le faire. Le Parlement du Canada représente toutes les régions du Canada; il est entièrement responsable de ses actions devant ceux qui, comme c'est le cas dans toute démocratie, portent en dernier ressort un jugement en matière politique : les citoyens.

Si les autorités britanniques ont toujours respecté la volonté du gouvernement et du Parlement du Canada relativement à la modification de la Constitution canadienne, c'est parce qu'agir autrement aurait nié le principe de la responsabilité gouvernementale.

³⁰ Gérin-Lajoie, note 12 ci-dessus à la p. xvii. Le mot «outspokenly» dans le texte anglais est celui de M. Gérin-Lajoie.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*, p. xviii.

³³ On apporta au libellé quelques modifications de moindre importance et de pure forme: *ibid.*, p. xxii.

La recherche d'une procédure de modification : une impasse de 54 ans

31. Depuis 1927, les autorités fédérales et provinciales ont tenté à diverses reprises de convenir d'une procédure de modification entièrement canadienne qui mettrait fin au dernier vestige du pouvoir législatif britannique sur les affaires du Canada. Les discussions visant à une solution se sont poursuivies jusqu'à l'été de 1980. Le rapatriement et la formulation d'une procédure de modification ont fait l'objet de dix grandes consultations entre les autorités fédérales et provinciales : en 1927, 1931, 1935-36, 1950, 1960-61, 1964, 1967-71, 1975-76, 1978-79 et 1980. Le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux ont discuté de ces questions à l'occasion de treize conférences des premiers ministres, de dix-sept conférences ministérielles et d'innombrables rencontres de fonctionnaires. Ces efforts se sont déployés au cours du mandat de six premiers ministres fédéraux (deux conservateurs et quatre libéraux), et celui de nombreux premiers ministres provinciaux. La formule «Fulton-Favreau» a failli, en 1965, recueillir l'assentiment des provinces, mais le gouvernement du Québec changea d'avis à la dernière minute. En 1971, la «formule de Victoria» parut également faire l'unanimité, mais les choses en sont restées là, les provinces n'ayant pu s'entendre sur les autres aspects de l'ensemble des mesures de modification d'ordre constitutionnel dont faisait partie cette formule. L'annexe B retrace en plus grand détail ces vains efforts.

La nécessité d'une solution

32. L'échec de la conférence de Victoria, en 1971, n'a pas seulement fait obstacle à la recherche d'une procédure de modification satisfaisante, mais encore, elle a réduit à néant les efforts de plusieurs années en vue d'une entente sur la réforme de divers aspects fondamentaux de la Constitution canadienne. Ainsi, on avait longuement discuté de la constitutionnalisation d'une Charte des droits et libertés. On avait recherché la formule permettant à tous les gouvernements de s'engager à réduire les inégalités régionales et à promouvoir l'égalité des chances pour tous les Canadiens. On avait également envisagé de changer la répartition des pouvoirs législatifs entre les provinces et le gouvernement fédéral. Par la suite, les nombreux efforts déployés en vue de s'entendre sur ces points se sont soldés par un échec. A la liste des questions d'ordre constitutionnel déjà débattues et auxquelles il fallait apporter une solution sont venues s'ajouter celles de la propriété et de la gestion des ressources naturelles, de la compétence législative en matière de communications électroniques et du droit de la famille. Et la liste s'allonge toujours. On trouvera à l'annexe C la présentation des projets de révision constitutionnelle qui ont été discutés entre 1967 et 1980.

33. Si l'on passe en revue les tentatives d'entente sur une procédure de modification de la Constitution et sur les changements de fond à y apporter,

on remarque qu'aucun agencement des points à l'ordre du jour, qu'aucun arrangement des questions par ordre de priorité n'ont connu le succès. Comme on le verra à l'annexe B, au cours des six premières tentatives de réforme constitutionnelle (1927 à 1966), il n'a pas été seulement possible de s'accorder sur le rapatriement et sur la procédure de modification. Lorsqu'en 1976, à la huitième tentative, le premier ministre du Canada a proposé essentiellement d'en arriver à un accord sur les mêmes points, les premiers ministres des provinces ont conclu que cela ne pourrait se faire sans l'adoption simultanée d'autres modifications. Par ailleurs, les septième (1967-71), neuvième (1978-79) et dixième (1980) tentatives ont porté sur une révision en profondeur mais se sont également soldées par un échec.

34. Cette incapacité de réaliser une réforme constitutionnelle, même d'importance mineure, par la voie des consultations a servi ceux qui voulaient des changements radicaux. La preuve en a été fournie de façon éclatante en 1976, année où les Québécois ont élu un gouvernement provincial résolu à retirer le Québec de la Confédération. S'il est vrai que ces mêmes électeurs ont rejeté, en 1980, la solution «souveraineté-association,» c'est fort probablement, en partie, dû au fait que les partisans du fédéralisme (dont la plupart des premiers ministres provinciaux) leur avaient donné l'assurance au cours de la campagne référendaire qu'il était possible de réviser la présente Constitution tout en garantissant aux Québécois que l'option du fédéralisme était pour eux une solution permanente avantageuse. Néanmoins, la conférence fédérale-provinciale des premiers ministres de septembre 1980, tenue après le référendum et consécutive à des consultations poussées entre le gouvernement fédéral et les provinces, s'est elle aussi soldée par un échec.

35. Tous les participants à la conférence de septembre 1980 ont tenté sincèrement d'en arriver à un accord et n'ont pas ménagé leurs efforts à cette fin. Les onze premiers ministres s'étaient mis d'accord sur une liste de douze points à négocier, dont certains avaient été proposés par le gouvernement fédéral, d'autres par ceux des provinces. Dans les négociations qui suivirent, le premier ministre du Canada et ceux des provinces tantôt acceptèrent, tantôt rejetèrent telle ou telle de leurs propositions respectives. L'analyse de leur position sur chacune des propositions à l'étude montre clairement qu'aucune d'entre elles ne parvint à faire l'unanimité. Ce désaccord s'explique par diverses raisons, et l'échec de la conférence n'est imputable à personne en particulier. La faute en revient au système même. La réunion des premiers ministres a démontré une fois de plus qu'il est inutile d'espérer la réalisation de réformes de fond en matière constitutionnelle tant qu'une procédure de modification entièrement canadienne n'aura pas été mise en place.

Les mesures proposées en matière de rapatriement

36. A la suite de l'échec de la conférence constitutionnelle de 1980, le gouvernement du Canada a proposé des mesures destinées à sortir de l'impasse. Il s'agissait de demander au Parlement du Royaume-Uni d'exercer une dernière fois son pouvoir de révision pour mettre fin à son autorité sur la Constitution du Canada, adopter une procédure de modification entièrement canadienne et inscrire dans la Constitution deux séries de dispositions fondamentales sur lesquelles les Canadiens s'entendent dans une large mesure : une Charte des droits et libertés et la reconnaissance d'engagements relatifs aux inégalités régionales et à l'égalité des chances pour tous les Canadiens.

37. La procédure de modification est fondée, exception faite de certains changements, sur la formule de Victoria (que les provinces avaient acceptée à l'unanimité en 1971). Elle prévoit également le moyen de lui substituer une formule plus satisfaisante, au cas où l'on parviendrait à en trouver une. La principale différence par rapport à la formule de Victoria porte sur la possibilité de modifier la Constitution par voie de référendum, aussi bien que par l'intervention du Parlement du Canada et des législatures des provinces.³⁴ Cette procédure n'a rien d'extraordinaire; la Constitution de l'Australie peut aussi être modifiée par voie référendaire.³⁵ Il ne s'agit pas non plus d'une procédure qui va à l'encontre des intérêts provinciaux, car l'approbation des provinces est du même ordre que celle prévue dans la formule de Victoria, laquelle est beaucoup plus exigeante que ne le sont les dispositions analogues de la Constitution de l'Australie.

38. Fait à noter, la proposition prévoit la possibilité de remplacer la formule de Victoria par une autre procédure de modification si les parties parviennent à s'entendre sur une solution de rechange dans les deux ans qui suivent le rapatriement. Dans ce délai, toute modification constitutionnelle est subordonnée au consentement unanime du fédéral et des provinces³⁶, et le premier ministre du Canada est tenu de convoquer, au moins une fois l'an, une conférence constitutionnelle.³⁷ A défaut pour tous les gouvernements concernés de convenir d'une procédure plus satisfaisante, c'est la formule de Victoria qui sera applicable à la fin de cette période transitoire de deux ans. Par contre, si, faute d'accord unanime, sept provinces au moins dont la population confondue représente quatre-vingts pour cent de la population du pays en viennent à s'entendre sur une procédure de remplacement dans le délai prévu, cette procédure pourra être soumise à l'approbation de la population par voie de référendum et, une fois approuvée, remplacera la formule de Victoria modifiée qui est actuellement proposée.³⁸

³⁴ Article 46.

³⁵ Constitution of Australia, art. 128.

³⁶ Article 36.

³⁷ Article 35.

³⁸ Article 42.

39. La formule de péréquation et la Charte des droits et libertés ont été pendant de nombreuses années l'objet de consultations fédérales-provinciales. La péréquation et la réduction des inégalités économiques régionales sont des objectifs qui ne sont pas fortement contestés au Canada. L'idée d'une Charte canadienne des droits et libertés n'est pas nouvelle et le présent gouvernement du Canada n'est pas le seul à l'avoir promue, car d'autres déclarations des droits sont en vigueur au Canada, dont celle de la Saskatchewan, adoptée dès 1947, et la *Déclaration canadienne des droits*, adoptée par le Parlement en 1960. En outre, dès 1950, la constitutionnalisation d'une déclaration ou d'une charte des droits était proposée par la Saskatchewan lors d'une conférence fédérale-provinciale. Depuis 1968, cette question revient régulièrement dans les discussions fédérales-provinciales. Lors de la conférence constitutionnelle de Victoria en 1971, un accord a été conclu sur un certain nombre de droits (la «Charte de Victoria» n'a toutefois pas été adoptée, mais pour d'autres motifs). Le principe de l'inscription d'une charte des droits dans la Constitution, y compris divers éléments de celle qui est actuellement proposée, a été approuvé par un comité parlementaire mixte en 1972 et 1978, par l'Association canadienne du Barreau en 1977 et, de façon plus détaillée, par son comité de la Constitution, en 1978, ainsi que par le Groupe de travail sur l'unité canadienne, en 1979. Il est évident que la population appuie cette mesure. A titre de porte-parole de l'Opposition officielle, l'honorable Jake Epp déclarait devant le Comité mixte spécial de la Constitution, le 20 janvier 1981 :

« . . en soumettant nos projets d'amendement à la résolution du gouvernement, nous le faisons sachant que les Canadiens tiennent à ce que la Constitution soit ramenée au pays. Les Canadiens tiennent également à ce que la Charte des droits et libertés soit enchâssée dans la Constitution».³⁹

40. Le projet de rapatriement a été déposé à la Chambre des communes du Canada au mois d'octobre 1980, par voie de résolution portant adresse à Sa Majesté. A la suite des débats de la chambre, un comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes était constitué pour en faire un examen approfondi. Ce comité a tenu de très longues séances publiques, qui ont été télévisées et autour desquelles on a fait beaucoup de publicité. A cette occasion, une multitude d'observations écrites et orales ont été présentées par un grand nombre de citoyens et d'organismes canadiens. Au 31 décembre 1980,⁴⁰ 962 documents avaient été reçus. Parmi ceux-ci, 639 provenaient de particuliers et 323 de groupes représentant plusieurs milliers d'autres Canadiens. Certains de ces documents n'étaient que des demandes de renseignements ou de comparution devant le comité, mais 572 d'entre

³⁹ Procès-verbal des délibérations, n° 41, p. 93.

⁴⁰ Au 2 fév. 1981, le nombre total des communications écrites était de 1208: *ouv. cit.* note 1 ci-dessus, art. 3.

eux portaient sur le fond de la proposition. Sur ces 572 documents, 409 provenaient de particuliers et 163 d'organismes.⁴¹ Sur ce nombre, 10 particuliers et 94 organismes ont présenté leur point de vue lors de réunions du comité et ont accepté de répondre aux questions de ses membres.⁴² Le comité a tenu 106 réunions pendant 56 jours de séance, soit au total 267 heures de séance. Le ministre de la Justice a comparu 39 fois, tandis que le ministre de la Justice par intérim l'a fait 9 fois à sa place. Plus de 90 heures ont été consacrées à l'étude point par point de la proposition.⁴³ Les organes d'information ont, de leur côté, accordé une attention soutenue aux réunions du comité.

41. A la suite de ces séances, le comité a recommandé de nombreux changements, dont celui de la procédure de modification, le renforcement de la Charte des droits et libertés, la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux et des droits, issus de traités, des peuples autochtones, ainsi que l'adjonction de dispositions détaillées touchant la nature et l'accroissement des pouvoirs des provinces en matière de ressources naturelles. Le rapport du comité⁴⁴ fait actuellement l'objet d'une étude approfondie et de nombreux débats au Parlement du Canada. Lorsqu'il sera demandé au Parlement du Royaume-Uni d'adopter l'ensemble des modifications visant le rapatriement, tous les secteurs politiques et socio-professionnels du pays auront été largement consultés et, grâce au jeu de nos institutions politiques, le projet aura fait l'objet d'un mandat démocratique décisif.

42. Bien qu'il n'aborde pas plusieurs des questions de fond dont la procédure de réforme constitutionnelle devra traiter, le projet n'en constitue pas moins un premier pas très important dans cette direction. En effet, il parachèverait essentiellement la transmission au Canada des pouvoirs que possèdent actuellement les autorités britanniques sur sa Constitution et permettrait aux Canadiens de façonner une Constitution qui réponde mieux à leurs aspirations.

43. Une certaine confusion s'est manifestée quant aux conséquences que la proposition pouvait avoir sur la nature fédérale de la Constitution canadienne. Si importante soit-elle, la mesure envisagée ne modifiera pas la structure fédérale de la Constitution canadienne d'une manière susceptible de nuire aux intérêts des provinces. Elle ne nuira pas non plus aux relations fédérales-provinciales et ne transmettra au gouvernement fédéral aucun des pouvoirs ressortissant aux provinces. Il suffit d'examiner brièvement les éléments de la proposition pour se rendre compte qu'elle ne menace en aucune façon le fédéralisme canadien.

⁴¹ *Ibid.*, annexe D.

⁴² *Ibid.*, annexe B.

⁴³ *Ibid.*, art. 2.

⁴⁴ Note 1, ci-dessus.

- a) *Le rapatriement* produira un effet neutre du fait qu'il ne favorisera ni le gouvernement fédéral ni les provinces.
- b) *Les procédures de modification* proposées conviennent parfaitement à un régime fédéral, car elles attribuent des rôles importants aux deux ordres de gouvernement en matière de modification. Il est vrai que le gouvernement du Canada pourrait déclencher un référendum en certaines circonstances, mais la Constitution de l'Australie a toujours été considérée comme véritablement «fédérale», bien qu'elle attribue un rôle semblable au gouvernement fédéral de ce pays⁴⁵. Les gouvernements et les législatures des États australiens n'ont en fait aucun rôle à jouer dans la procédure de modification⁴⁶. La présente proposition prévoit que les autorités provinciales du Canada auront un rôle beaucoup plus important à jouer que leurs homologues australiens.
- c) *La formule de péréquation* ne compromettra pas l'équilibre fédéral-provincial, puisqu'il doit expressément se réaliser «sous réserve des compétences législatives du Parlement et des législatures.»⁴⁷
- d) *La Charte des droits et libertés* n'entraînera pas non plus de déplacement des pouvoirs entre les autorités fédérales et provinciales. Elle imposera certaines restrictions à la fois aux autorités fédérales et provinciales, dans le but de protéger certaines libertés et certains droits fondamentaux.
- e) De même, *la reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux des autochtones et de leurs droits issus de traités* n'auront pour résultat aucun transfert de pouvoirs. Les pouvoirs des gouvernements tant fédéral que provinciaux seront limités afin que soient mieux protégés les droits des autochtones.

44. Le projet ne modifiera l'équilibre actuel entre les gouvernements fédéral et provinciaux qu'à un seul égard, à savoir, *l'accroissement des pouvoirs des provinces* dans les domaines suivants :

- a) l'actuel pouvoir que possèdent le gouvernement et le Parlement du Canada de modifier la Constitution du Canada en soumettant une demande à cette fin au Royaume-Uni, sans le consentement des provinces, sera aboli et remplacé par une procédure de modification en vertu de laquelle le consentement des provinces sera légalement nécessaire dans une large mesure;
- b) les pouvoirs des provinces en matière de ressources naturelles seront accrus.

⁴⁵ *Constitution of Australia*, art. 128.

⁴⁶ Sauf pour modifier la Constitution des États et pour convenir, aux termes l'article 51 (XXXVII), d'une délégation de compétence.

⁴⁷ Note 1 ci-dessus, art. 34(1).

45. Certains opposants au projet ont laissé entendre que le rapatriement porterait atteinte aux pouvoirs et aux intérêts des provinces, aux relations fédérales-provinciales et à la structure du fédéralisme canadien à un point tel que la convention de non-ingérence britannique quant au bien-fondé d'une modification ne devrait pas être considérée comme applicable en la matière. Tout observateur objectif qui analyserait attentivement les divers éléments du projet en les comparant avec des modifications antérieures devrait plutôt en conclure que ce projet n'a rien de nouveau. Le contenu diffère évidemment des modifications précédentes, mais n'était-ce pas le cas de chacune des autres modifications? Il ne fait aucun doute qu'il s'agit d'une modification importante, mais bien des modifications antérieures étaient aussi très importantes. Pour ce qui est de l'incidence du projet sur le fédéralisme canadien, l'examen objectif de la présente proposition et de celles qui l'ont précédée doit mener aux conclusions suivantes :

- a) la proposition ne modifiera en *rien* les pouvoirs et les droits des provinces, les relations fédérales-provinciales, l'équilibre fédéral-provincial ni la structure fédérale du Canada, de sorte qu'il ne sera pas porté atteinte aux intérêts des provinces;
- b) les provinces avaient à cet égard beaucoup plus à craindre de certaines modifications antérieures — celles de 1949 par exemple — qu'elles n'ont à craindre de la proposition actuelle.

Il est par conséquent faux de prétendre que le fond de la présente proposition diffère tellement de celui des modifications effectuées dans le passé qu'il y a lieu de passer outre aux usages établis.

Rejet d'un recours provincial

46. Les gouvernements de plusieurs provinces canadiennes se sont opposés à la demande de modification envisagée. Ils soutiennent que cette demande ne devrait pas être faite au Parlement britannique sans l'accord de toutes les provinces. Aux yeux du gouvernement du Canada, bien qu'il soit préférable de consulter les provinces et d'obtenir si possible leur assentiment, aucune disposition constitutionnelle n'impose ces démarches et, par conséquent, lorsque des consultations prolongées ont, comme en l'occurrence, connu l'échec, agir sans plus tarder se justifie pleinement.

47. Les provinces en désaccord ont fait appel aux tribunaux de trois provinces. Le 3 février 1981, la Cour d'appel du Manitoba, qui a été la première saisie de l'affaire, rejetait par décision majoritaire la thèse selon laquelle les demandes de modification ne peuvent se faire sans l'accord des provinces et confirmait la position du gouvernement fédéral, à savoir que le Sénat et la Chambre des communes ont la faculté légale et constitutionnelle

de demander au Parlement britannique le rapatriement de la Constitution du Canada sans consulter davantage les provinces.⁴⁸

48. La décision de la Cour d'appel du Manitoba n'a été rendue que quelques jours après la publication du *rapport Kershaw* au Royaume-Uni. Nous passerons maintenant à l'étude de ce *rapport*.

⁴⁸ *Patriation Reference*, C. d'a. Man. 3 fév. 1981.

Le rapport Kershaw

Considérations générales

49. Le *rapport* du comité Kershaw présenté à la Chambre des communes du Royaume-Uni le 30 janvier 1981 est un long document qui atteste du sérieux et de la diligence avec lesquels les membres du comité se sont penchés sur la tâche qu'ils s'étaient imposée. Bien des éléments du *rapport* concordent entièrement avec la position, exposée plus haut, du gouvernement canadien. Par exemple, il y est reconnu ce qui suit :

- a) (Traduction) «L'indépendance du Canada est complète en tant que pays souverain, sur les plans juridique et politique, à l'échelle internationale.»⁴⁹
- b) (Traduction) «Le Parlement du Royaume-Uni aurait nettement tort de délibérer sur l'opportunité des modifications demandées ou des méthodes de rapatriement, ou des conséquences de ces modifications pour le bien-être du Canada, de l'une ou l'autre de ses collectivités ou de ses peuples.»⁵⁰
- c) Une décision du Parlement du Royaume-Uni visant à mettre fin à son pouvoir légal de légiférer pour le Canada, sans créer une procédure de modification postérieure au rapatriement, ou visant à ne plus accepter de modifier la Constitution canadienne (traduction) «équivaldrait à une ingérence flagrante dans les affaires internes du Canada et à une atteinte grave aux relations entre le Royaume-Uni et le Canada.»⁵¹
- d) (Traduction) «Il serait inconstitutionnel pour le Parlement du Royaume-Uni, si on lui demandait de procéder au rapatriement de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* ainsi qu'à l'adoption de la nouvelle Charte des droits, de n'adopter qu'une partie de l'ensemble des mesures demandées (par exemple, le rapatriement seul ou avec une partie seulement de la Charte des droits). Cette façon de procéder équivaldrait à adopter pour le Canada une loi qu'il n'a pas demandée et à laquelle il n'a pas consenti.»⁵²
- e) (Traduction) «Il n'y a pas de règle, de principe ou de convention selon lesquels le Parlement du Royaume-Uni, si on lui demande d'adopter des modifications constitutionnelles portant directement atteinte aux relations fédérales-provinciales canadiennes, ne devrait faire droit à cette demande que si toutes les provinces directement visées y consentent.»⁵³

⁴⁹ Par. 85.

⁵⁰ Par. 113 et 118.

⁵¹ Par. 120.

⁵² Par. 122.

⁵³ Par. 14(7).

- f) (Traduction) «Il ne fait aucun doute que si une demande du gouvernement et du Parlement du Canada est légitime, il incombe au gouvernement et au Parlement du Royaume-Uni d'assurer l'adoption de la demande avec toute l'urgence ou l'empressement que le gouvernement canadien peut raisonnablement souhaiter.»⁵⁴

50. Malheureusement, à plusieurs égards, les opinions exprimées par le comité Kershaw fournissent une interprétation nettement fautive tant de la situation constitutionnelle interne du Canada que de la nature fondamentale des rapports entre le Canada et le Royaume-Uni. En s'appuyant sur ces malentendus, le comité a donné des avis au Parlement du Royaume-Uni qui, s'ils étaient suivis, prolongeraient indéfiniment l'impasse constitutionnelle au Canada et mettraient sérieusement en danger les relations entre les deux pays. La source de ces regrettables malentendus sera examinée dans les paragraphes qui vont suivre.

Insuffisance des éléments d'appréciation

51. On peut aider le lecteur à comprendre les erreurs qui ont été commises en soulignant au départ que la tâche entreprise par le comité comportait un examen détaillé de questions complexes de droit, d'histoire et de pratique constitutionnelle du Canada, sujets qui, on peut fort bien le comprendre, débordaient l'expérience personnelle de ses membres. Afin de combler cette grave lacune, le comité a dû s'appuyer sur les thèses qui lui étaient présentées; malheureusement, ces thèses ne donnaient pas, dans l'ensemble, un aperçu pondéré de la question.

52. Le comité a reçu des exposés du gouvernement de plusieurs des provinces qui s'opposent à la modification proposée, ainsi que de trois juristes britanniques. Deux de ces derniers ont indiqué que, même s'ils exprimaient un point de vue personnel, ils avaient été consultés par des gouvernements provinciaux. Par ailleurs, aucun d'entre eux ne s'est prétendu expert en matière de Constitution canadienne. L'avis de ces trois universitaires britanniques, qui a reçu une attention considérable de la part de la presse, semble avoir eu une grande influence sur le comité, sans doute du fait qu'ils ont eux-mêmes comparu devant lui.

53. Le gouvernement du Canada n'a pas présenté d'observations au comité. En effet, il n'aurait pas été convenable pour le pouvoir exécutif d'une nation de donner des conseils à un comité parlementaire d'une autre nation. Le comité a reçu, du *Foreign and Commonwealth Office* de Londres, un compte rendu donnant uniquement l'historique des faits, document où il n'est nullement pris position sur les questions litigieuses, et il a eu accès aux

⁵⁴ Par. 57.

factums déposés à la Cour d'appel du Manitoba, de même qu'à un historique préparé à d'autres fins par le ministère des Affaires extérieures du Canada. Toutefois, ces documents n'ont pas contrebalancé le caractère nettement provincialiste des éléments d'appréciation présentés au comité, notamment par les universitaires britanniques mentionnés plus haut. C'est bien regrettable, car bon nombre des thèses ainsi exposées comportaient des illogismes et des erreurs de fait.

54. A la question d'un journaliste canadien sur l'absence d'éléments objectifs fournis par des experts canadiens, le président du comité aurait répondu:

(Traduction)

«On accusait déjà le comité de s'immiscer dans les affaires canadiennes, et on lui aurait reproché encore davantage d'avoir invité des témoins canadiens à comparaître.»⁵⁵

Cette déclaration éclaire le dilemme où se trouvait le comité Kershaw en entreprenant d'examiner la proposition de rapatriement : en étudiant en profondeur des questions de droit et de pratique canadienne, il s'exposait à être accusé d'immixtion; en faisant des recommandations susceptibles d'influer sur l'avenir constitutionnel du Canada, sans procéder à cette étude, comme il a choisi de le faire, il s'exposait à des risques encore plus grands.

La position du comité Kershaw

55. La position adoptée par le comité Kershaw peut se résumer ainsi :

- A. *Les autorités britanniques continuent de détenir une responsabilité non seulement d'ordre juridique, mais aussi d'ordre véritablement politique, relativement à la Constitution canadienne. Cela leur permet de refuser la modification constitutionnelle que demande le Parlement du Canada, si elles jugent que la demande contrevient à un principe fondamental (traduction) («à une position constitutionnelle établie») de la Constitution canadienne.*⁵⁶
- B. *L'adoption par le Parlement britannique du projet de rapatriement que demande le Parlement du Canada contreviendrait à un principe fondamental (traduction) («à une position constitutionnelle établie») de la Constitution canadienne si (traduction) «elle ne faisait pas, à un niveau suffisant et selon une répartition convenable, l'objet de l'accord des provinces» en vue de (traduction) «transmettre les vœux explicites du Canada à titre d'entité possédant une structure fédérale.»*⁵⁷

⁵⁵ Toronto *Globe and Mail*, édition nationale, 6 fév. 1981, p. 1.

⁵⁶ Par. 14(5) et 84.

⁵⁷ Par. 14(10).

C. Le Parlement du Royaume-Uni serait fondé à adopter une mesure de rapatriement demandée par le Parlement du Canada si :

- (i) ou bien elle avait l'accord des gouvernements, des assemblées législatives ou des électeurs du Québec, de l'Ontario et des provinces où résident 50 p. 100 de la population de l'Ouest et 50 p. 100 de celle de la région de l'Atlantique,⁵⁸
- (ii) ou bien certains aspects particuliers du fond de la proposition actuelle étaient modifiés.⁵⁹

D. Un tel refus, par le Parlement du Royaume-Uni, (traduction) «ne constituerait pas une ingérence dans les affaires internes du Canada».⁶⁰

56. Les arguments, tout comme les chaînes, ne sont pas plus forts que le plus faible de leurs maillons. S'il est possible de démontrer le caractère erroné de l'un des éléments de l'argumentation, la conclusion s'effondre. Le raisonnement du *rapport Kershaw* souffre de plusieurs de ces graves défauts. Effectivement, il est possible de démontrer que la plupart des éléments de son argumentation sont faux. Les alinéas suivants traitent de ces arguments dans l'ordre établi ci-dessus.

A. Le rôle des autorités britanniques

57. Le raisonnement sur lequel se fonde l'idée que les autorités britanniques conservent, sur la Constitution canadienne, un véritable droit de regard, semble être le suivant :

- a) L'objet de l'article 7(1) du *Statut de Westminster, 1931* était de conserver le *statu quo* en ce qui a trait à la modification de la Constitution canadienne.
- b) Par le *statu quo*, le Parlement britannique avait la faculté de protéger les principes fondamentaux (traduction) («la position constitutionnelle établie») de la Constitution canadienne.
- c) Rien, depuis 1931 — ni les modifications contestées de 1943, 1946 et 1949, ni les déclarations publiques, fréquentes et cohérentes, de non-ingérence dans les affaires canadiennes, qu'ont faites au cours des ans les représentants du gouvernement britannique — n'a modifié cette situation.

58. La prémisse de cet argument est juste : l'article 7(1) du *Statut de Westminster* était destiné à préserver le *statu quo* en ce qui a trait aux modifications constitutionnelles. Toutefois, c'est une erreur que de laisser entendre que le *statu quo* comportait l'ingérence politique du gouvernement britannique dans le fond des modifications constitutionnelles canadiennes.⁶¹

⁵⁸ Par. 14(10) et 114.

⁵⁹ Par. 115.

⁶⁰ Par. 96.

⁶¹ Voir ci-dessus, par. 23 et suivants.

59. L'élément le plus important qu'offre le comité Kershaw pour étayer la thèse selon laquelle les autorités britanniques auraient continué d'exercer un pouvoir politique en cette matière est le mode d'adoption de la modification de 1907. Cette modification portait sur le montant des subventions versées par le gouvernement du Canada aux provinces. Le gouvernement de la Colombie-Britannique n'était pas d'accord avec la modification proposée par le Parlement du Canada, au motif que les subventions en cause n'étaient pas suffisantes. Cette province fit des démarches énergiques auprès de Westminster (les autorités fédérales ayant permis qu'une délégation provinciale se rende au Royaume-Uni à cette fin). Par la suite, on modifia légèrement le texte (avec l'accord du gouvernement du Canada), afin d'en retrancher les mots «final and unalterable» (définitif et irrévocable). On veut parfois laisser croire que ce changement était fondé sur les objections de la Colombie-Britannique. En fait, la modification demandée par le gouvernement fédéral a été adoptée quant au fond par le Parlement du Royaume-Uni malgré les objections de la Colombie-Britannique et la modification apportée au texte l'a été, comme l'admet le *rapport Kershaw*, à cause (traduction) «de l'opinion d'un rédacteur parlementaire selon qui il était inopportun, pour la forme», d'utiliser certaines expressions dans cette mesure législative.⁶² L'affaire de 1907 aurait dû amener le comité à une conclusion fort différente de celle à laquelle il a abouti, c'est-à-dire à la conclusion que déjà, en 1907, alors même que le Canada n'avait pas atteint l'indépendance complète *de facto* dans tous les domaines, indépendance qu'il allait atteindre pendant la Première Guerre mondiale, il était suffisamment indépendant, sur le plan constitutionnel, pour que le gouvernement britannique se refuse à s'occuper du bien-fondé des débats constitutionnels au Canada.

60. Même si avait été en jeu, en 1907, l'exercice d'un certain droit de regard de la part des Britanniques sur la Constitution canadienne, son importance se serait estompée par suite de deux événements postérieurs d'une grande importance :

— La modification de 1915 (vue précédemment),⁶³ où l'adresse canadienne au Souverain, contenant pour la première fois un avant-projet de la modification demandée, était adoptée sans modification, malgré l'opposition des provinces. Le comité Kershaw ne semble pas avoir tenu compte de cet important précédent.

⁶² Par. 58. M. Winston Churchill a, il est vrai, déclaré au Parlement à cette époque que ce changement avait été apporté (traduction) «à la demande de la Colombie-Britannique» et que les autorités britanniques ne seraient (traduction) «pas toujours disposées à prendre parti pour les autorités fédérales contre les autorités provinciales» (par. 38). Il semble toutefois qu'il ait eu des notions erronées quant à l'origine de cet amendement de forme et il reconnaît que les autorités britanniques (traduction) «n'étudieraient pas au fond la question d'un différend constitutionnel entre la Colombie-Britannique et le gouvernement fédéral» (par. 38).

⁶³ Voir ci-dessus, par. 15.

— *La déclaration Balfour* de 1926, qui écartait tout doute pouvant subsister quant au fait que le Canada était absolument autonome et totalement responsable de son propre destin. En disant qu'en 1931, (traduction) «le Canada *était en voie de devenir* un État souverain et indépendant», le comité n'a pas attaché suffisamment d'importance à la *déclaration Balfour*.⁶⁴

61. Selon le comité, le gouvernement britannique aurait, en 1931, conservé une certaine responsabilité quant au fond de la Constitution canadienne. La position du comité est encore moins plausible lorsqu'il affirme que rien, dans la suite des événements ou dans les déclarations ultérieures des représentants du gouvernement britannique, n'était incompatible avec l'existence d'un tel reliquat de responsabilités. Or, le *rapport* n'aurait pas dû négliger les événements de 1943, de 1946 et de 1949, années où le Parlement du Royaume-Uni avait adopté des modifications portant nettement atteinte aux intérêts provinciaux (ou dont on craignait qu'elles y portent atteinte). Il n'aurait pas dû non plus négliger le fait que ces modifications avaient été adoptées à la demande du gouvernement fédéral, sans l'accord des provinces ou sans qu'elles aient été consultées, et en dépit d'objections importantes de leur part. Il ne fait qu'indiquer que le Parlement britannique n'avait pas eu connaissance (traduction) «officiellement» de ces objections.⁶⁵ Cependant, en réalité, ces controverses étaient de notoriété publique. Chaque fois que les membres du gouvernement britannique étaient interrogés à ce sujet, ils répondaient toujours, en public, qu'il n'y avait pas à s'occuper des circonstances aboutissant aux demandes canadiennes de modification. Bien qu'il soit vrai, comme le laisse entendre le comité,⁶⁶ que ces déclarations ne constituaient pas des (traduction) «engagements» envers le Canada, elles n'en constituaient pas moins, tout comme la pratique immuable du respect, par les Britanniques, des volontés, sur le plan constitutionnel, du gouvernement et du Parlement du Canada, une preuve manifeste de l'existence d'une convention sur laquelle le Canada pouvait et peut toujours s'appuyer.

62. Le fait que les autorités britanniques n'aient elles-mêmes exprimé, à titre confidentiel, aucune réserve en faisant de telles déclarations publiques est bien illustré par un incident évoqué dans le *rapport Kershaw*. En 1946, le haut-commissaire du Royaume-Uni au Canada, écrivant au sous-secrétaire permanent du *Dominions Office*, lui rapporte une conversation intervenue entre le secrétaire d'État britannique aux Dominions et le premier ministre du Québec. Celui-ci se serait plaint de l'adoption récente de la modification

⁶⁴ Par. 85. C'est nous qui soulignons.

⁶⁵ Par. 76. Soulignons en passant que selon le par. 110, il suffirait que les provinces expriment (traduction) «*officieusement*» leur approbation.

⁶⁶ Par. 77.

de 1946 sans qu'il y ait eu consultation avec les provinces⁶⁷. Voici un passage de la lettre :

(Traduction)

«Le secrétaire d'État répondit qu'il n'y avait que trois possibilités pour le gouvernement du Royaume-Uni, à la réception de la demande du gouvernement du Canada : soit adopter le texte législatif comme on lui demandait de le faire; soit refuser de le faire; soit, enfin, le modifier. Si nous avions refusé d'adopter cette mesure législative, cela aurait soulevé une vague de protestations d'un bout à l'autre du Canada; le secrétaire d'État fut avisé que nous n'avions pas le pouvoir de modifier le texte législatif; par conséquent, il n'y avait d'autre solution que d'adopter le texte législatif, ce qui a été fait le plus rapidement possible.»

Ailleurs dans la lettre, le haut-commissaire souligne que (traduction) «... le Parlement du Dominion a le pouvoir de proposer des modifications sans consulter les provinces», et que (traduction) «... le Royaume-Uni agit et doit agir d'office.»⁶⁸

B. Constitutionnalité du projet canadien

63. Il est essentiel, pour la thèse avancée dans le *rapport Kershaw*, qu'on puisse établir qu'en sollicitant, auprès du Parlement britannique, l'adoption du projet global de rapatriement sans nouvelles consultations avec les provinces et sans leur accord, le Sénat et la Chambre des communes du Canada enfreindraient un principe fondamental (traduction) («position constitutionnelle établie») de la Constitution du Canada. C'est peut-être sur cette question que le comité Kershaw accuse la plus grave faiblesse. Comme il a été souligné précédemment, le comité s'est fondé principalement sur les témoignages émanant soit d'une seule des parties au différend canadien, soit d'universitaires britanniques qui ne se flattaient pas de connaître le Canada de première main.

64. Voici par quel raisonnement le comité Kershaw en est arrivé à conclure que les mesures proposées seraient inconstitutionnelles :

- a) On ne peut présenter à bon droit, au Parlement du Royaume-Uni, aucune modification (traduction) «touchant un aspect important de la structure fédérale canadienne»⁶⁹, en l'absence (traduction) «d'un vœu clairement exprimé par le Canada dans son ensemble, compte tenu du caractère fédéral de la structure constitutionnelle de cette collectivité»⁷⁰.

⁶⁷ Par. 72, note 2.

⁶⁸ C'est nous qui soulignons.

⁶⁹ Par. 114.

⁷⁰ Par. 111.

- b) L'ensemble des mesures proposées en matière de rapatriement (traduction) «porterait directement atteinte à la structure fédérale». ⁷¹

Or, il a tort sur ces deux points.

65. Le comité se fonde sur trois sources pour estimer que les autorités fédérales ne peuvent proposer à bon droit, en l'absence de consultation avec les provinces et en l'absence d'accord de celles-ci, aucune modification (traduction) «d'un aspect important qui porte sensiblement atteinte à la structure fédérale canadienne»⁷². Il s'agit :

- a) d'un arrêt de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi concernant la compétence du Parlement relativement à la Chambre Haute*⁷³ ;
- b) d'extraits de la plaquette publiée en 1965 par le gouvernement du Canada et intitulée: *Modification de la Constitution du Canada*⁷⁴ ;
- c) d'une interprétation du fédéralisme canadien.

66. Pour ce qui est du *Renvoi concernant la compétence du Parlement relativement à la Chambre Haute*⁷⁵, on peut régler cette question assez rapidement. Il s'agit d'un arrêt rendu par la Cour suprême du Canada sur le point de savoir si le Parlement du Canada avait le pouvoir législatif, en vertu de l'article 91(1) de l'*AANB*, d'adopter de lui-même des modifications touchant le Sénat canadien. L'affaire n'avait rien à voir avec la compétence du Parlement du Canada de présenter des demandes de modification au Parlement du Royaume-Uni.

67. Il est pour le moins étrange que l'on se fonde sur la plaquette publiée par le gouvernement du Canada en 1965⁷⁶ pour confirmer qu'un principe constitutionnel exige l'accord des provinces, car, en réalité, cette publication prouve le contraire. Il est vrai qu'il y est question d'un principe général énonçant dans quelle mesure les provinces doivent être consultées et doivent donner leur accord lorsqu'il s'agit de solliciter une modification «intéressant directement les rapports fédératifs» ; toutefois, on souligne qu'il n'est pas facile de préciser la nature et l'étendue de la participation provinciale requise⁷⁷. En outre, il est déclaré expressément dans cet ouvrage que le principe en question n'a strictement aucun caractère obligatoire sur le plan constitutionnel⁷⁸. Cette publication avait, avant d'être mise en circulation, reçu l'approbation tacite du gouvernement de chacune des provinces. L'idée

⁷¹ Par. 14(9) et 111.

⁷² Par. 114.

⁷³ Note 29 ci-dessus. *Rapport Kershaw*, par. 33 et suivants.

⁷⁴ Par. 48 et suivants.

⁷⁵ Note 29 ci-dessus.

⁷⁶ Note 74 ci-dessus.

⁷⁷ P. 15.

⁷⁸ P. 11.

qui est soutenue, à savoir que ni la consultation avec les provinces ni l'accord de celles-ci *ne sont* obligatoires, sur le plan constitutionnel, selon la procédure actuelle de modification, prend ainsi une valeur indéniable.

68. Fait à noter, dans l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba confirmant la constitutionnalité de l'ensemble des mesures de canadianisation proposées, même les juges en désaccord ont été incapables de trouver une preuve historique manifeste de l'existence d'une convention qui exigerait la consultation et l'accord des provinces pour une telle demande de modification⁷⁹.

69. Le comité Kershaw semblait conscient de la faiblesse de l'argument selon lequel il existe une convention relative à l'accord des provinces. C'est peut-être d'ailleurs pour ce motif qu'il a tenté d'établir un principe constitutionnel en se fondant principalement sur le caractère fédéral de la Constitution canadienne, plutôt que sur des précédents.

70. D'une manière générale, la Constitution canadienne est, il est vrai, de caractère fédéral. Il est également vrai que dans un système fédéral idéal, tant le gouvernement central que les gouvernements régionaux devraient jouer un rôle important dans la modification de la Constitution. Il ne s'ensuit toutefois pas que toute demande de modification portant sensiblement atteinte à la structure fédérale canadienne exige que l'on consulte les provinces et que l'on obtienne leur accord et ce pour plusieurs raisons :

- a) La solution des véritables problèmes politiques et constitutionnels doit être fondée sur les Constitutions telles qu'elles sont et non sur un idéal hypothétique.
- b) En réalité, aucune Constitution «fédérale» existante n'est parfaitement un modèle du genre. Les réalités historiques, sociales et politiques de chaque État fédéral ne permettent que de s'approcher plus ou moins de l'idéal. La Constitution canadienne s'écarte du fédéralisme parfait sur bon nombre de points importants. Ainsi, l'AANB reconnaît au gouvernement fédéral le pouvoir de porter unilatéralement atteinte aux droits et intérêts des provinces lorsqu'il lui permet de nommer les lieutenants-gouverneurs et de leur donner des instructions⁸⁰, de désavouer les lois provinciales⁸¹, de déclarer que des travaux provinciaux sont à «l'avantage général du Canada»⁸² et d'exercer une influence sur les questions relevant de la compétence des provinces grâce à son «pouvoir de dépenser»⁸³. Il serait inutile de s'étendre sur ces pouvoirs et sur leurs ramifications. Il suffit de rappeler qu'ils ont exercé et continuent d'exercer

⁷⁹ Note 48 ci-dessus, par le juge O'Sullivan, p. 26, et par le juge Huband, p. 9.

⁸⁰ AANB, note 7 ci-dessus, art. 58, et suivants.

⁸¹ Art. 90.

⁸² A l'alinéa 92(10)c).

⁸³ Voir: *Government of Canada, Federal-Provincial Grants and the Spending Power of Parliament*, juin 1969.

une profonde influence sur le fédéralisme canadien. Ainsi, des ouvrages provinciaux aussi différents et importants que des chemins de fer, des silos à céréales et des mines d'uranium relèvent de la compétence fédérale en vertu du pouvoir déclaratoire; des programmes aussi vastes et importants sur le plan social que ceux de l'assurance-maladie n'existent que grâce au pouvoir de dépenser du fédéral. Il importe aussi de signaler que dans le système canadien, tout pouvoir non expressément conféré à un ordre de gouvernement revient au gouvernement fédéral, et non aux provinces comme en Australie et aux États-Unis⁸⁴.

- c) Dans le contexte actuel, l'anomalie majeure par rapport au fédéralisme parfait réside dans le fait que c'est au gouvernement fédéral qu'il appartient de demander au gouvernement britannique de modifier la Constitution canadienne tant qu'une procédure de modification exclusivement canadienne n'aura pas été instituée. Cela constitue depuis la création du Canada l'une des caractéristiques de son système fédéral.
- d) Les mesures actuellement débattues rapprocheraient sensiblement sur ce point la Constitution canadienne du fédéralisme idéal en accordant aux provinces, dans la procédure de modification, un rôle juridique qu'elles n'ont jamais eu jusqu'ici. Le rôle que joueront les provinces dans cette procédure sera très important, beaucoup plus important par exemple que celui reconnu à leurs homologues dans la Constitution «fédérale» de l'Australie.

71. Même si le comité Kershaw avait raison (ce qui n'est pas le cas) d'affirmer que la Constitution du Canada exige, dans une certaine mesure tout au moins, le concours des provinces pour que le Parlement du Canada puisse demander au Parlement du Royaume-Uni d'apporter des modifications constitutionnelles «portant sensiblement atteinte à la structure fédérale canadienne», cette exigence ne s'appliquerait pas aux mesures proposées parce que, comme il a déjà été expliqué⁸⁵, ces mesures ne touchent pas à la «structure fédérale» canadienne d'une manière qui aurait pour effet de porter préjudice aux intérêts des provinces.

C. Circonstances justifiant que les autorités britanniques accèdent à la demande canadienne

72. Selon le comité Kershaw, le Parlement du Royaume-Uni serait fondé à accéder à une demande de modification émanant du gouvernement et du Parlement du Canada s'il y avait un agrément minimal précisé⁸⁶ de la part des

⁸⁴ Début de l'AANB, art. 91, clause visant «la paix, l'ordre et le bon gouvernement».

⁸⁵ Voir le par. 43 ci-dessus.

⁸⁶ Par. 114.

provinces ou si les mesures proposées étaient sensiblement modifiées sous certains aspects également précisés⁸⁷. Une autre solution possible, que ne fait que soulever le *rapport*, serait d'attendre l'issue des instances en cours sur le sujet⁸⁸. Finalement, le comité affirme que (traduction) «le Parlement du Royaume-Uni pourrait peut-être fixer un délai d'un certain nombre d'années» au-delà duquel il ferait abstraction de certaines contraintes auxquelles, il l'admet pour l'instant, sont assujettis ses pouvoirs légaux sur la Constitution canadienne⁸⁹. Nous examinerons chacune de ces conditions dont dépendrait la coopération britannique.

73. Ayant décidé que le gouvernement et le Parlement du Canada ne pouvaient, selon la Constitution canadienne, présenter de demande de modification au Parlement du Royaume-Uni sans un certain agrément des provinces, le comité se voyait forcé de préciser l'importance et la répartition de l'appui qui permettrait, selon lui, aux autorités britanniques d'agir. Tous les mémoires soumis au comité par les provinces réclamaient l'appui unanime des provinces. Cette solution fut rejetée⁹⁰ en faveur d'une règle s'inspirant de la formule de modification énoncée dans la proposition initiale du gouvernement du Canada (laquelle a été, depuis, quelque peu modifiée sur ce point) et exigeant le consentement des législatures ou des électeurs du Québec, de l'Ontario et de provinces regroupant au moins 50 p. 100 de la population habitant à l'ouest de l'Ontario et de 50 p. 100 de celle habitant à l'est du Québec⁹¹. Si la règle retenue est nettement acceptable pour ce qui est de l'importance de l'agrément provincial à exiger pour toute modification ultérieure de la Constitution du Canada, la proposition de l'appliquer à la situation actuelle appelle les observations suivantes :

- a) Il est difficile de comprendre comment l'on peut prétendre que cette règle ferait en quelque sorte partie de la nature même du fédéralisme, alors que la Constitution des deux autres grands systèmes fédéraux du monde, soit celui des États-Unis et celui de l'Australie, comporte, sur la participation régionale à la procédure de modification, des dispositions qui en diffèrent radicalement. Dans ces deux pays, il est exigé pour les modifications constitutionnelles un appui régional moindre que celui prévu par la formule de Victoria modifiée retenue par l'actuel projet. La Constitution des États-Unis exige qu'il y ait ratification par les législatures de 75 p. 100 des États, abstraction faite de leur population ou de leur répartition géographique⁹². La Constitution de l'Australie n'exige

⁸⁷ Par. 115.

⁸⁸ Par. 123 et 127.

⁸⁹ Par. 14(11).

⁹⁰ Par. 14(7).

⁹¹ Par. 114.

⁹² Constitution of United States, article V.

- que l'appui, par référendum, de la majorité des États, là encore sans faire de distinction entre les États concernés⁹³.
- b) Le comité propose que la règle ne soit appliquée que dans les cas où la modification porterait «sensiblement» ou «directement» atteinte à la structure fédérale⁹⁴. Comme il a été démontré plus haut⁹⁵, l'ensemble des mesures proposées en matière de rapatriement n'apporterait à la structure fédérale aucun changement qui porterait préjudice aux intérêts des provinces. Dès lors, la propre règle du comité n'exigerait pas qu'il y ait en l'espèce l'agrément des provinces.
 - c) Même si l'on admet avec le comité la nécessité, pour une demande comme celle que l'on propose, qu'elle corresponde (traduction) «aux vœux nettement exprimés de l'ensemble du Canada, compte tenu du caractère fédéral du système constitutionnel canadien»⁹⁶, il reste que c'est le Parlement du Canada, avec ses membres venus de toutes les parties du pays et sa responsabilité constitutionnelle d'assurer les relations du Canada avec le reste du monde, qui est le mieux placé pour faire connaître au Royaume-Uni les vœux nettement exprimés de l'ensemble du Canada.

74. Le paragraphe 115 du *rapport Kershaw* propose une solution de rechange. Selon le *rapport*, en effet, rien ne s'oppose à ce que le Parlement du Royaume-Uni accède, même en l'absence d'appui des provinces, à une demande

(Traduction)

«de rapatriement/modification prévoyant *seulement* (i) l'extinction des pouvoirs législatifs du Royaume-Uni et (ii) une formule de modification de la Constitution portant qu'il ne peut y avoir de modification s'il n'y a pas au moins le degré d'appui provincial qui est nécessaire pour proposer une modification» en vertu de la partie V du projet.⁹⁷

Voilà qui forcerait à supprimer, dans le projet, la Charte des droits et libertés et à adopter comme procédure permanente de modification la formule que le projet ne prévoit qu'à titre transitoire. Cela exigerait la refonte du projet actuel. Le raisonnement par lequel le comité explique pourquoi le Parlement du Royaume-Uni serait fondé à adopter un projet ainsi modifié sans le consentement des provinces n'est pas facile à suivre. Il est affirmé que l'adoption d'un tel projet (traduction) «ne porterait pas sensiblement atteinte au caractère fédéral du système constitutionnel

⁹³ Constitution of Australia, art. 128.

⁹⁴ Par. 111 et 114.

⁹⁵ Voir le par. 43 ci-dessus.

⁹⁶ Par. 14(8).

⁹⁷ Par. 115.

canadien»⁹⁸, mais, comme il a déjà été expliqué⁹⁹, il en va de même pour l'actuel projet. La «solution de rechange» du comité Kershaw ressemble nettement à une tentative de faire ce que le comité lui-même a dit qu'il serait inopportun pour les autorités britanniques de faire, à savoir déterminer (traduction) «si un ensemble de mesures constitutionnelles proposées convient aux Canadiens»¹⁰⁰.

75. La partie du *rapport Kershaw* où il est question des litiges en cours¹⁰¹ ne contient aucune recommandation au Parlement du Royaume-Uni à leur sujet. Elle n'est cependant pas inutile, puisqu'elle rappelle à toutes les parties concernées que les provinces en désaccord n'ont nul besoin d'aller à l'étranger pour faire entendre leurs objections. Les tribunaux canadiens qui ont été saisis par les provinces sont mieux placés que quiconque pour trancher des questions de droit constitutionnel canadien. Quant aux problèmes politiques que soulève la contestation en cause, les parlementaires et les électeurs canadiens peuvent se prononcer sur leur fond beaucoup mieux que des parlementaires étrangers. Le premier tribunal saisi par les provinces en désaccord a déjà jugé qu'il n'y avait aucun empêchement constitutionnel au projet du gouvernement du Canada. Quelle que soit la décision à laquelle en arriveront les autres tribunaux et, en fin de compte, le peuple canadien, il ne fait aucun doute que les institutions judiciaires et politiques canadiennes sont parfaitement capables de régler ce problème canadien.

Bref, les opposants à l'actuel projet n'ont nullement besoin d'une tribune étrangère. Il peut être efficacement, impartialement et en toute connaissance de cause statué sur leurs objections dans le pays même.

76. Selon les conclusions du *rapport Kershaw*, «le Parlement du Royaume-Uni pourrait peut-être fixer un délai d'un certain nombre d'années au-delà duquel il n'accepterait pas que l'actuelle situation constitutionnelle se prolonge.»¹⁰² Rien dans le corps du *rapport* ne semble appuyer une telle conclusion. Cette question semble n'avoir été soulevée qu'à l'étape des conclusions. Il est permis de croire que si le comité avait réfléchi plus longuement aux conséquences déplorables susceptibles de résulter de l'effet d'ensemble d'un rejet du projet présenté et de la fixation d'un terme à la collaboration des autorités britanniques à la procédure canadienne de modification, il n'aurait pas émis cette idée. Mais cette proposition n'est pas non plus inutile, puisqu'elle rappelle aux Canadiens qu'ils ne pourront pas se fier indéfiniment à la bonne volonté et à la patience des Britanniques pour apporter des modifications à leur Constitution. Le temps est venu pour le

⁹⁸ *Ibid*

⁹⁹ Voir le par. 43 ci-dessus.

¹⁰⁰ Par. 14(11).

¹⁰¹ Par. 123, et suivants.

¹⁰² Par. 14(11).

Canada d'être légalement aussi bien que politiquement indépendant en matière constitutionnelle. Les mesures de rapatriement proposées permettront d'atteindre ce but et éviteront d'avoir à l'avenir à importuner le gouvernement et le Parlement du Royaume-Uni en leur présentant des demandes canadiennes de modifications constitutionnelles. Il serait superflu de fixer une date limite.

D. Incidences sur la souveraineté et l'indépendance du Canada

77. Le rapport *Kershaw* présente le Canada, et ce à juste titre, comme (traduction) «un État indépendant et souverain»¹⁰³; il indique en outre que (traduction) «la volonté première du gouvernement et du Parlement du Royaume-Uni est d'entretenir et de développer, avec le Canada, les relations cordiales et chaleureuses qui ont subsisté depuis de nombreuses décennies, de même que tout au long des deux guerres mondiales»¹⁰⁴.

78. Malheureusement, dans bon nombre des conclusions du *rapport*, il est conseillé au gouvernement et au Parlement du Royaume-Uni de donner suite à la demande du Canada concernant la modification de sa Constitution par des moyens qui constitueraient une ingérence inacceptable dans les affaires internes d'un (traduction) «État indépendant et souverain». Pour évaluer l'étendue de l'ingérence dans les affaires canadiennes qui résulterait des suggestions du comité, il suffit de s'arrêter aux responsabilités que le Parlement du Royaume-Uni serait appelé à assumer :

- a) *Gardien du fédéralisme canadien*. Il aurait, sans aucun mandat électoral, (traduction) «la fonction ou responsabilité, envers la population ou la collectivité canadienne»¹⁰⁵ de décider, à l'encontre, au besoin, de la volonté du Parlement national démocratiquement élu, (traduction) «si une demande de modification ou de rapatriement des *AANB* exprime la volonté de l'ensemble du Canada, compte tenu de la nature fédérale du système constitutionnel de cette collectivité.»¹⁰⁶
- b) *Interprète de la Constitution canadienne*. Pour remplir le rôle de gardien du fédéralisme canadien, il lui faudrait décider si le comité Kershaw a bien interprété les exigences de la Constitution canadienne, ou si d'autres instances, telle la Cour d'appel du Manitoba, n'ont pas mieux interprété le droit, l'histoire et les usages constitutionnels du Canada.
- c) *Juge des conditions précises de modification*. Pour remplir le rôle que lui assigne le comité Kershaw, le Parlement du Royaume-Uni

¹⁰³ Par. 7.

¹⁰⁴ Par. 14.

¹⁰⁵ Par. 103.

¹⁰⁶ Par. 111.

devrait aussi juger de l'à-propos des conditions précises posées par le comité pour l'acceptation d'une demande de modification. Il doit donc juger :

- (i) s'il faut d'une part appliquer un critère du genre « formule de Victoria » pour fixer l'étendue et la répartition du consentement des provinces¹⁰⁷,
- (ii) s'il faut, d'autre part, exiger du Parlement du Canada qu'il apporte des changements importants à la formule de modification proposée et qu'il renonce entièrement à la Charte des droits et libertés.

Si le Parlement du Royaume-Uni assumait ces responsabilités, il s'immiscerait profondément dans les affaires canadiennes.

79. A la lumière de ce fait, on s'étonne de lire dans le *rapport Kershaw* des affirmations selon lesquelles (traduction) « rien dans notre *rapport* ne soulève un doute quelconque sur l'indépendance complète du Canada en tant qu'État souverain . . . »¹⁰⁸ et selon lesquelles l'adoption des recommandations du rapport ne (traduction) « constituerait (pas) une ingérence dans les affaires internes du Canada »¹⁰⁹. C'est dans l'énoncé suivant que l'on trouve peut-être la solution de cette contradiction :

(Traduction)

« Le Parlement du Canada n'est pas souverain d'une manière absolue, mais il est, par le vœu de la collectivité canadienne confirmé en 1931, assujéti aux contraintes d'une Constitution *fédérale* »¹¹⁰.

Cet énoncé comporte implicitement deux sophismes :

- a) l'opinion selon laquelle le *statu quo*, qui a été (traduction) « confirmé » en 1931, comportait un droit de regard britannique sur la Constitution canadienne, pouvoir qui subsisterait encore aujourd'hui (il a déjà été expliqué¹¹¹ que c'est là une opinion erronée);
- b) l'idée que le partage interne des fonctions gouvernementales entre le gouvernement central et les gouvernements régionaux, au sein d'un système fédéral, limiterait en quelque sorte la souveraineté nationale d'un État fédéral comme le Canada dans ses relations avec le reste du monde. A la vérité, bien que le Parlement du Canada possède, tout comme l'assemblée législative d'une province, des pouvoirs exclusifs de légiférer au Canada, la souveraineté nationale du Canada est absolue et elle est exercée, au nom de

¹⁰⁷ Voir le par. 73 ci-dessus.

¹⁰⁸ Par. 85.

¹⁰⁹ Par. 96.

¹¹⁰ *Ibid*

¹¹¹ Voir les par. 14 et suivants, ci-dessus.

toute la nation, par le gouvernement et le Parlement du Canada élus de façon démocratique.

Ces deux sophismes semblent avoir été la cause principale des conclusions regrettables du comité Kershaw.

80. Si le Parlement du Royaume-Uni décide de se rallier à ces hypothèses erronées ainsi qu'aux propositions qu'elles ont inspirées au comité, il devra rejeter, par le fait même, l'un des principes fondamentaux du Commonwealth. En effet, c'est la *déclaration Balfour* qui présentait cette association comme un regroupement de (traduction) «collectivités autonomes . . . d'un statut égal, aucune d'entre elles n'étant subordonnée à une autre sur aucun plan . . .». ¹¹² Le principe de l'égalité a toujours comporté l'égalité des Parlements nationaux des collectivités formant le Commonwealth. Il ne faudrait sûrement pas délaisser un principe qui a fait la force de cette association unique.

Conclusions

81. On a signalé plus haut que tout défaut dans la logique du comité Kershaw compromettrait la validité de ses conclusions. Nous estimons que le texte qui précède démontre l'existence d'un bon nombre de ces défauts. En réalité, il est possible de relever des erreurs dans chacun des principaux éléments de la thèse du comité :

- a) Si les institutions britanniques *ne* conservent *pas* de responsabilité politique à l'égard de la modification de la Constitution canadienne, c'est que :
 - (i) les institutions britanniques se sont elles-mêmes dépouillées de toute faculté politique de décision à l'égard de la Constitution du Canada et ce, bien avant le *Statut de Westminster, 1931*;
 - (ii) le *Statut de Westminster* n'a pas modifié le *statu quo* constitutionnel à cet égard;
 - (iii) les déclarations postérieures des représentants du gouvernement du Royaume-Uni et les actes du Parlement du Royaume-Uni ont sans cesse confirmé cette thèse sans la moindre ambiguïté.
- b) Si la Constitution du Canada n'exige pas le consentement des provinces pour une demande de modification, comme on l'a soutenu, c'est que :
 - (i) on ne trouve aucun fondement, dans le droit ou les usages constitutionnels canadiens, étayant la position adoptée par le

¹¹²Note 8 ci-dessus.

comité Kershaw, selon laquelle il faudrait avoir le consentement des provinces pour procéder à des modifications (traduction) «touchant sensiblement la structure fédérale du Canada»;¹¹³

- (ii) en tout état de cause, les modifications proposées ne touchent pas la structure fédérale du Canada d'une façon qui soit préjudiciable aux intérêts des provinces.
- c) Les conditions précises que propose le *rapport Kershaw*, soit quant au degré de consentement requis des provinces, soit, dans l'autre hypothèse, quant au genre de changements qu'il faudrait apporter à la demande de modification pour permettre au Parlement britannique de l'accepter, *sont elles-mêmes contraires à l'avis du comité* selon lequel (traduction) «il serait tout à fait inopportun pour le Parlement britannique de discuter du bien-fondé des modifications demandées ou de la méthode de rapatriement.»¹¹⁴
- d) Si le Parlement du Royaume-Uni suivait l'avis du comité Kershaw à ce sujet, il y aurait effectivement (traduction) «ingérence dans les affaires internes du Canada».¹¹⁵

82. Les Canadiens sont à juste titre fort reconnaissants, au gouvernement et au Parlement du Royaume-Uni, de la patience, de la compréhension et de la collaboration dont ceux-ci ont toujours fait preuve au cours de l'impasse prolongée où se trouve la question des modifications constitutionnelles. Profondément imbues de traditions démocratiques, les autorités britanniques ont toujours reconnu que seuls ceux qui détiennent le mandat politique de la collectivité canadienne peuvent prendre les décisions d'ordre politique quant aux modifications de la Constitution du Canada. Elles ont donc toujours respecté les vœux du gouvernement et du Parlement du Canada à l'occasion des demandes de modification. Les Canadiens ont la certitude que, lorsque cette ultime demande d'aide, sur le plan constitutionnel, sera présentée à Westminster, le Parlement britannique la recevra avec la compréhension et la collaboration qui ont toujours caractérisé les relations entre ces deux membres du Commonwealth des Nations.

¹¹³ Par. 114.

¹¹⁴ Par. 113.

¹¹⁵ Par. 96.

Annexe A

Modifications constitutionnelles touchant les intérêts des provinces

(Source: Factum du procureur général du Canada dans *Manitoba et al. c. Canada*, Cour d'appel du Manitoba, novembre 1980)

1. L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1871* touchait aux relations fédérales-provinciales ainsi qu'aux pouvoirs et droits des gouvernements provinciaux. Il conférait au Parlement le pouvoir de créer, seul, de nouvelles provinces sans l'accord des provinces existantes, lui octroyant ainsi le pouvoir de modifier sensiblement l'équilibre entre les provinces ou entre une province et le gouvernement fédéral, Il permettait au Parlement de créer, seul, au Sénat, de nouveaux sièges pour ces provinces. Il prescrivait une procédure de modification pour apporter des changements aux limites des provinces. L'accord des provinces ne fut ni demandé, ni donné.

2. La question de l'accord des provinces fut soulevée dans une série de résolutions que M. Mills présenta à la Chambre des communes. Elles ne furent pas acceptées. Voici le texte de la dernière de ces résolutions :

(Traduction)

«Que les assemblées législatives des provinces actuellement comprises dans l'Union ont convenu de celle-ci sur une base fédérative, sanctionnée par le Parlement impérial. Aux yeux de cette Chambre, toute modification, par un texte législatif impérial, du principe de la représentation à la Chambre des communes, reconnu et fixé au 51^e et 52^e articles de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, sans le consentement des diverses provinces ayant conclu cette entente, enfreindrait un principe fondamental de notre Constitution et porterait atteinte à l'indépendance et à la sécurité du gouvernement et de la législature des provinces.» (Journaux de la Chambre des communes du Canada, 1871, pp. 253-54.)

3. L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1886* touchait aux relations fédérales-provinciales ainsi qu'aux pouvoirs et aux droits des gouvernements provinciaux. Il conférait au Parlement *seul* le pouvoir d'assurer la représentation des territoires au Parlement, y compris le Sénat. Toute nomination d'un sénateur réduirait donc l'importance relative du vote des autres sénateurs. L'accord des provinces ne fut ni demandé ni donné.

4. L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1907* touchait les relations fédérales-provinciales ainsi que les droits des gouvernements provinciaux. Il augmentait le montant des subventions versées au gouvernement des provin-

ces en vertu des dispositions originelles de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*. Ce que le Parlement avait demandé lui fut accordé, malgré l'opposition de la Colombie-Britannique qui prétendait avoir droit à des subventions supplémentaires à cause de ses besoins particuliers, dus à un territoire montagneux, à une population dispersée et à l'isolement géographique. Les autres provinces, elles, acceptèrent le projet de modification. Le 25 mars 1907, l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique adopta une résolution protestant contre la proposition fédérale. La Colombie-Britannique présenta un mémoire au *Colonial Office* britannique pour faire valoir l'insuffisance du montant qui lui était accordé. L'opposition de la Colombie-Britannique n'empêcha pas l'adoption de la loi, bien que le gouvernement britannique eût accepté d'y inclure une modification. Les mots *final and unalterable* (définitif et irrévocable) furent retranchés de la loi, vu, semble-t-il, l'avis d'un rédacteur parlementaire, selon lequel ils ne convenaient pas à un texte législatif. L'essentiel de cette modification fut adopté en dépit de l'opposition de la province.

5. L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1915* touchait les relations fédérales-provinciales et modifiait les droits des provinces. Il augmentait le nombre de sénateurs et changeait les divisions du Sénat. Il ajoutait également ce qui constitue l'article 51A actuel, qui garantit que les provinces n'auront jamais moins de députés à la Chambre des communes que de sénateurs au Sénat. Les provinces ne furent pas consultées, bien que la province de la Colombie-Britannique ait demandé une modification de la représentation et que cela ait été incorporé à la résolution. Le premier ministre et le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard furent entendus par le comité de la Chambre des communes qui étudiait la résolution. Leur demande de modification ne fut pas acceptée. Le projet touchait toutes les provinces en modifiant la répartition des sénateurs et en établissant un nombre minimal de députés à la Chambre des communes.

6. La question de l'accord des provinces fut soulevée par M. O. Turgeon (Gloucester) :

«... Je suis tout prêt à accepter cette proposition comme très modeste; mais, pour que le Parlement impérial y donne son acquiescement, ne vaudrait-il pas mieux la soumettre d'abord à une conférence des provinces? Il y a, en effet, deux années à peine que les provinces réunies en conférence ont refusé ce droit aux Provinces maritimes. M'est avis que, si le premier ministre réussissait à obtenir sur ce point l'assentiment des législatures provinciales, ou tout au moins une opinion favorable, la proposition aurait chance d'être sanctionnée par le parlement britannique. Je me joins à mon honorable ami de l'Île-du-Prince-Édouard pour suggérer que l'on sépare de l'autre cette proposition, afin de pouvoir la

soumettre aux législatures des différentes provinces et obtenir, s'il se peut, leur assentiment . . . »

(Débats de la Chambre des communes du Canada, 1915, vol. II, p. 1465.)

Toutefois, cette adresse fut acceptée sans aucune autre mention des provinces.

7. On a souligné au Sénat que la question de la modification avait fait l'objet d'entretiens lors d'une rencontre des premiers ministres mais que ceux-ci n'avaient pas tranché la question.

(Débats du Sénat du Canada, 1914, p. 977.)

Au Sénat, on proposa, au moyen d'un amendement, que l'article prévoyant la représentation minimale de chaque province à la Chambre des communes n'entre en vigueur qu'au moment où l'accord des assemblées législatives des provinces aurait été obtenu. Cette proposition fut rejetée à la majorité des voix.

(Débats du Sénat du Canada, 1914, p. 998-999.)

(Voir également les Débats du Sénat du Canada de 1914 aux pages 982-983; 985-989; 993-994.)

8. *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930* touchait les relations fédérales-provinciales et modifiait les droits des provinces. Par cette modification, le gouvernement fédéral a transféré aux quatre provinces de l'Ouest le droit de propriété des terres et des ressources naturelles. (Il transféra beaucoup moins de ces terres et ressources à la Colombie-Britannique qu'il ne le fit aux trois autres provinces, puisque seules les terres de la zone du chemin de fer furent transférées à cette province.) Les quatre provinces acceptèrent la proposition. On ne chercha pas à obtenir l'accord des autres provinces, bien que l'on ait délibéré à ce sujet lors d'une conférence fédérale-provinciale, tenue en 1927, au cours de laquelle l'Ontario et le Québec, du moins, ont exprimé leur accord de principe.

9. Lors des débats à la Chambre des communes, M. MacLaren a soutenu :

« . . . les projets de modification de la loi constitutionnelle, principalement lorsqu'il s'agit d'amendements de cette importance, doivent être communiqués aux provinces non pas officieusement mais officiellement, afin d'obtenir leur ratification, et aussi de savoir si elles les approuvent ou si elles les désapprouvent. Nous procédons autrement que lorsqu'il s'est agi de la Confédération, et contrairement à l'esprit de la loi constitutionnelle, dont nous nous écartons en ne fournissant pas aux provinces l'occasion d'exprimer leur avis.

Je ne vois pas comment l'on peut conclure de la simple adoption de cette pétition que celle-ci représente la volonté des provinces. Je proteste donc, monsieur l'Orateur, contre la présentation d'une pétition de cette nature, sans avoir consulté les provinces de la Confédération.»

(Débats de la Chambre des communes du Canada, 1930, p. 2587.

La question a également été soulevée au cours des débats du Sénat de 1930, aux pages 335-39, 348-9.)

10. Selon les députés de la majorité, cette modification ne touchait que les quatre provinces de l'Ouest; il n'était donc pas nécessaire d'obtenir l'accord de chacune des provinces. De plus, on a souligné qu'aucune d'elles ne s'y opposait, bien que ce projet de modification fût connu de tous.

11. *Le Statut de Westminster, 1931* touchait aux relations fédérales-provinciales et modifiait les droits et les pouvoirs des provinces. Il prévoyait que le Parlement et toutes les assemblées législatives provinciales pourraient légiférer sans tenir compte des restrictions qu'imposait précédemment le *Colonial Laws Validity Act*. Le Royaume-Uni conservait par l'article 7(1) le pouvoir législatif absolu sur les *Actes de l'Amérique du Nord britannique*. Aux termes de l'article 7(3), ni le Parlement ni l'assemblée législative des provinces n'étaient autorisés, en vertu des pouvoirs qui leurs étaient conférés, à légiférer sur des questions ne tombant pas dans leur champ de compétence.

12. Bien que les gouvernements provinciaux aient été consultés au sujet de cette modification et qu'ils aient donné leur accord, il est évident, étant donné la situation, qu'il n'était pas question de reconnaître ou de créer de la sorte une convention selon laquelle on serait tenu d'obtenir l'accord des provinces, relativement aux modifications constitutionnelles, avant que celles-ci ne soient adoptées par Westminster.

- a) Lors de la conférence impériale de 1930, on estimait que les provinces n'avaient qu'un droit à la consultation. Au compte rendu (*Summary Proceedings*, à la p. 3717) de cette conférence, on trouve ce qui suit:

(Traduction)

«... Il semble que certaines provinces du Canada aient fait des représentations à la suite de l'adoption de la résolution, s'opposant à ce que l'on donne suite à ce rapport *jusqu'à ce que les provinces aient eu la possibilité de déterminer si cette initiative porterait atteinte à leurs droits*. C'est pourquoi il sembla nécessaire de prévoir deux choses. En premier lieu, *il était nécessaire de prévoir la possibilité, pour le gouvernement de Sa Majesté au Canada, de*

prendre les mesures voulues en vue de permettre aux provinces de *faire connaître leurs points de vue*. En deuxième lieu, il était nécessaire de décider de l'application au Canada des articles du projet de loi, après que les provinces *eussent été consultées.*» (C'est nous qui soulignons.)

- b) *Dans le compte rendu de la conférence fédérale-provinciale de 1931 il est mentionné à la page 10:*

(Traduction)

«Deux des provinces soutenaient (il [M. Bennett] estimait qu'elles n'avaient pas tort sur ce point) qu'elles devaient être *consultées* sur cette question précise du *Statut de Westminster*, étant donné que cette question les touchait directement. *On avait donc convoqué la conférence à cette fin précise.*» (C'est nous qui soulignons.)

- c) En réponse à l'inquiétude exprimée par les provinces, selon lesquelles l'article 4 actuel ainsi que le préambule du *Statut de Westminster* accorderaient plus de pouvoirs au gouvernement fédéral, M. Geoffrion a proposé l'adjonction d'un nouvel article portant que le *Statut* ne s'applique pas aux *Actes de l'Amérique du Nord britannique*. Cette proposition constitue l'article 7(1) actuel. Dans le compte rendu, à la page 16, cette proposition est présentée ainsi :

(Traduction)

«M. Geoffrion expliqua ensuite que sa proposition était une initiative visant à résoudre la difficulté que suscitait la reconnaissance implicite dans le *Statut* du pouvoir, que possédaient les dominions, de demander des modifications. *Il tenait uniquement à veiller à ce que la situation des provinces ne leur soit pas plus défavorable après l'adoption du Statut qu'elle ne l'était auparavant.* Sa proposition, estimait-il, réserverait la position des provinces jusqu'au moment des délibérations, dans l'avenir, sur la question des modifications...» (C'est nous qui soulignons.)

Après que la proposition de M. Geoffrion eût fait l'objet d'une rédaction en règle, on trouve, à la page 20 :

«A la suite de l'intervention de M. Bennett, M. Guthrie déclara que le nouvel avant-projet visait à établir le plus clairement possible que le *Statut* n'apportait aucune modification à l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et ne conférait au dominion aucun pouvoir nouveau de modifier celui-ci. *Il avait nettement été conçu en vue de maintenir le statu quo.*»

«M. Cahan mit ensuite l'accent sur le seul objectif du comité au cours de la soirée précédente, en proposant des modifications de l'article 7 : *il s'agissait du maintien absolu du statu*

quo quant aux relations entre les intéressés.» (C'est nous qui soulignons.)

- d) La pratique suivie après l'adoption du *Statut de Westminster* ne consistait pas nécessairement à exiger la consultation avec les provinces ou l'obtention de leur accord avant que Westminster puisse adopter une modification constitutionnelle. Par exemple, en 1949, lors de l'admission de Terre-Neuve dans la Confédération, la frontière entre le Québec et le Labrador était confirmée par un texte de loi, sans l'accord du Québec. La modification de 1949 (No 2) a conféré au Parlement le pouvoir de modifier la Constitution sur certains points.

13. Malgré la conclusion en sens contraire de Gérin-Lajoie dans son ouvrage *Constitutional Amendment in Canada*, p. 196-97, le libellé du compte rendu de la conférence impériale de 1930 n'exprime nullement, chez les intéressés, l'intention de ne faire apporter des modifications ultérieures à la Constitution du Canada, y compris même celles touchant les relations fédérales-provinciales ou les droits et les pouvoirs des provinces, qu'avec l'accord de l'assemblée législative ou du gouvernement des provinces. Il est évident que ce libellé devait être neutre. L'argument de M. Ralston, lors du débat portant sur la résolution demandant à Westminster d'adopter le *Statut de Westminster*, à la suite de la conférence fédérale-provinciale de 1931, l'illustre bien :

«...le rapport de la conférence de 1930 évite soigneusement d'exiger le consentement des provinces, mais fournit seulement aux provinces l'opportunité de présenter leurs vues. A la page 18 nous lisons ce qui suit :

Deux mesures paraissaient donc s'imposer : la première, fournir au gouvernement de Sa Majesté au Canada l'occasion de prendre les dispositions nécessaires pour permettre aux provinces de présenter leurs vues, et la seconde, étendre au Canada les articles du statut projeté ou l'exclure de leur application après que les provinces eussent été consultées.

Ceci n'est que le préambule — pour ainsi dire — mais si nous en venons aux conditions légales qui doivent être remplies nous constatons que le consentement des provinces n'est pas mentionné ni doivent-elles nécessairement être consultées et que cela est suffisant si les formalités requises en vue des amendements à effectuer à l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* sont observées. Remarquez comment le rapport continue :

A cette fin, il sembla désirable de noter au protocole l'avis que les articles du statut ayant trait à l'Acte relatif

à la validité des lois coloniales devraient être rédigés de façon à ne pas s'appliquer au Canada, à moins que le statut n'eût été édicté à la suite de requêtes semblables à celles qui doivent précéder une modification de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Il sembla désirable en outre d'exprimer formellement l'avis que les articles ne devraient pas être étendus au Canada dans la suite excepté au moyen d'un Acte du Parlement du Royaume-Uni édicté à la suite du genre de requête qu'exige une modification de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

Toute idée que les provinces pouvaient avoir qu'elles devaient formuler leur consentement s'évanouit lorsque nous lisons la dernière phrase à l'effet que la seule procédure à suivre est celle qu'exige une modification de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Et ce mode de procédure comporte seulement une adresse votée par les deux Chambres du parlement sans aucune mention des provinces du tout.»

(Débats de la Chambre des communes du Canada, 1931, p. 3169-3170.)

14. L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1940* touchait aux relations fédérales-provinciales et modifiait les droits et pouvoirs des provinces. En effet, il enlevait aux provinces la compétence législative en matière d'assurance-chômage pour la transférer au gouvernement fédéral. Toutefois, on avait sollicité et obtenu l'accord de toutes les provinces. (La correspondance avec les provinces a été annexée aux procès-verbaux de la Chambre des communes du 25 juin 1940.)

15. Traitant de la résolution en question, le premier ministre déclara :
«... Ayant obtenu cette année seulement, l'adhésion des neuf provinces, nous ne pouvions absolument pas déposer, avant cette session-ci, une mesure dont la validité pouvait être mise en doute tendant à modifier l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.»

(Débats de la Chambre des communes du Canada, 1940, p. 1153.)

16. Toutefois, l'échange de vues rapporté à la page 1157 permet de constater que l'accord des provinces était *souhaitable*, mais non *nécessaire*.

«*M. Thorson* : ... Je ne désire cependant pas que nous terminions ce débat en reconnaissant directement ou indirectement qu'en principe il nous faut obtenir le consentement des provinces avant de demander la modification de l'*Acte de l'Amérique du Nord*

britannique. Heureusement pour nous, il ne s'agit en ce moment que d'un débat académique.

Le très honorable M. Lapointe : Je puis dire à mon honorable ami que ni le premier ministre ni moi n'avons dit que cela est nécessaire; nous avons dit que cela est désirable.

M. Thorson : Le premier ministre (M. Mackenzie King) a déclaré bien clairement que nous ne débattons pas ici cette question, attendu que toutes les provinces ont manifesté leur consentement à la demande de cet amendement.»

(Débats de la Chambre des communes du Canada, 1940, p. 1157.)

17. *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1943* touchait les relations fédérales-provinciales et l'on peut soutenir qu'il touchait les droits des provinces. Il ajournait, à une date postérieure à la fin de la guerre, le remaniement de la représentation des provinces à la Chambre des communes, qui aurait dû, en vertu de l'article 51 de *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* avoir eu lieu à la suite du recensement décennal de 1941. L'accord des provinces n'avait été ni obtenu ni sollicité. L'Assemblée législative du Québec avait demandé au gouvernement fédéral d'amender son projet. M. Adélar Godbout avait d'ailleurs fait parvenir au premier ministre une lettre officielle en ce sens. (Débats de la Chambre des communes du Canada, 1943, p. 4472-4473.) On n'a toutefois pas tenu compte de l'opposition du Québec.

18. Au cours des débats, l'on s'est opposé à la résolution au motif que l'accord des provinces n'avait pas été obtenu. (Débats de la Chambre des communes du Canada, 1943, p. 4475 et 4483.) Le ministre de la Justice, M. St-Laurent, soutenait que cette modification n'avait pas d'effet sur les pouvoirs fédéraux et provinciaux. Dans le même temps, il déclarait qu'il ne conviendrait pas de changer cette répartition sans le consentement du corps législatif doté des pouvoirs constitutionnels en question. (Débats de la Chambre des communes du Canada, 1943, p. 4485.) M. St-Laurent n'a pas dit que ces modifications ne pouvaient être adoptées par le Parlement seul; il a tout simplement dit qu'il conviendrait d'obtenir l'accord des provinces. Au cours du même débat, M. Coldwell affirmait :

«Il va de soi, je le sais, que le pouvoir réel de modifier notre Constitution qui contient *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique* appartient en réalité à notre Parlement. Comme je viens de le dire, ce que nous pourrions demander nous sera accordé par le parlement impérial de Westminster.»

(Débats de la Chambre des communes du Canada, 1943, p. 4464.)

19. Il y eut également, au Sénat, des délibérations soulignant que l'absence d'accord de la part des provinces était regrettable. (Débats du Sénat du Canada, 1943, p. 288-91.)

20. L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1946* touchait aux relations fédérales-provinciales et modifiait les droits des provinces. Il s'agissait d'une modification visant à remplacer le texte original de l'article 51 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* par un nouvel article prévoyant la représentation strictement proportionnelle des provinces. On n'avait ni obtenu ni sollicité l'accord des provinces. Le Québec exprima son opposition (par une lettre de M. Duplessis à M. St-Laurent, en date du 30 mai 1946). Selon les députés de l'opposition, l'accord des provinces aurait dû être obtenu (Débats de la Chambre des communes du Canada, 1946, p. 2846-54.) M. Diefenbaker avait proposé un amendement exigeant que le gouvernement consulte les provinces; cet amendement fut rejeté. (Journaux de la Chambre des communes du Canada, 1946, vol. 87, p. 373-74.) L'attitude du gouvernement était fondée sur le fait que l'amendement ne touchait pas aux compétences provinciales. M. St-Laurent a souligné que, à son avis, on ne pouvait se prononcer sur les attributions de l'assemblée législative et du gouvernement des provinces sans l'accord de ces dernières (p. 1957-58). D'autres députés ont laissé entendre que l'on ne pouvait se prononcer à ce sujet sans *consulter* les provinces (p. 2274, 2480, 2621, 2645-46). M. St-Laurent a toutefois souligné que, selon lui, le Parlement pouvait demander seul des modifications portant sur les droits linguistiques accordés aux minorités en vertu de l'article 133 (p. 2641).

21. L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1949* touchait aux relations fédérales-provinciales et modifiait les droits des provinces. Il incluait Terre-Neuve dans la Confédération. L'adjonction d'une province a un effet important sur l'équilibre entre les provinces elles-mêmes, ainsi qu'entre les provinces et le gouvernement fédéral. Cette modification confirmait, au moyen d'un texte législatif, les limites entre le Québec et le Labrador, et ce, sans l'accord du Québec. On n'avait ni obtenu ni sollicité l'accord des provinces. A la Chambre des communes, on s'était opposé au projet de loi pour le motif que les provinces auraient dû être consultées. Au cours du débat portant sur la résolution, on a fait la même observation. (Débats de la Chambre des communes du Canada, 1949, p. 356.), (Débats du Sénat du Canada, 1949, p. 71, 83).

22. Le chef de l'opposition proposa d'amender la résolution de la façon suivante :

«Et considérant qu'il est opportun que le gouvernement du Canada consulte les gouvernements des diverses provinces à propos de ladite question.

La Chambre est d'avis que le gouvernement du Canada devrait consulter immédiatement les gouvernements des diverses provinces et que, après l'aboutissement satisfaisant de ces consultations, une humble adresse soit présentée à Sa Majesté dans les termes suivants. . . »

(Journaux de la Chambre des communes du Canada, 1949, p. 69.)

(Débats de la Chambre des communes du Canada, 1949, p. 517-519.)

L'amendement fut battu.

(Journaux de la Chambre des communes du Canada, 1949, p. 73-75.)

23. Le premier ministre du Québec, tout comme celui de la Nouvelle-Écosse, ont affirmé publiquement que les provinces auraient dû être consultées (Gérin-Lajoie, p. 129).

24. Depuis la Confédération, le nombre des provinces a été porté de quatre à dix, par le fait du Parlement fédéral (et, à l'occasion, par celui du Parlement ou du gouvernement du Royaume-Uni), et ce, sans aucune consultation avec les quatre provinces d'origine, et sans l'accord de celles-ci. Par conséquent, la thèse selon laquelle il existe une convention exigeant le consentement des provinces pour que l'on apporte des modifications constitutionnelles, lorsqu'il s'agit des relations fédérales-provinciales, ou des droits et de la compétence des provinces, est, de toute évidence, insoutenable.

25. Au moment où l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1949* (No 2) a été édicté, les provinces soutenaient qu'il apportait des modifications importantes en matière de relations fédérales-provinciales et de droits des provinces. Cette modification ajoutait le paragraphe 91(1) à l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et conférait au Parlement le pouvoir de modifier «la Constitution du Canada» sauf à l'égard des cinq catégories énumérées. On n'a ni obtenu ni sollicité l'accord des provinces. Le gouvernement a soutenu que cette modification ne portait que sur des matières relevant entièrement de la compétence fédérale.

26. L'opposition proposa que la résolution soit amendée afin d'exiger la convocation d'une conférence fédérale-provinciale pour «établir une méthode en vue de modifier, au Canada, la Constitution du Canada et sauvegarder les droits des minorités». Cette méthode, une fois adoptée, aurait fait l'objet de la résolution (Débats de la Chambre des communes du Canada, 1949, p. 853.) Cet amendement fut rejeté.

27. L'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1951* touchait les relations fédérales-provinciales et modifiait les droits des provinces. Il transférait, au

Parlement, une compétence législative en matière de pensions. Les législatures provinciales conservaient toutefois une compétence concurrente. L'accord de chacune des provinces avait été obtenu.

28. *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1960* touchait aux relations fédérales-provinciales ainsi qu'aux droits des provinces. Il fixait à 75 ans l'âge de la retraite obligatoire pour les juges des cours supérieures. Cette modification entraînait plusieurs conséquences pour le gouvernement des provinces, vu la compétence que leur attribue le paragraphe 92(14) de *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique* en matière d'administration de la justice. Au début, l'accord de chacune des provinces avait été obtenu relativement à une modification qui devait s'appliquer aux juges des cours de district et de comté aussi bien qu'aux juges des cours supérieures (la correspondance échangée avec le gouvernement des provinces se trouve en annexe aux procès-verbaux du 16 février 1960). Outre qu'elle fixe, dans la Constitution, l'âge de la retraite des juges des cours de district et de comté, cette modification aurait eu pour effet d'élargir la portée du texte de l'article 99, alors en vigueur, de *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique*, de manière à inscrire leur stabilité d'emploi dans cette même Constitution, tout comme celle des juges des cours supérieures. Cependant, le Sénat s'opposa à cette modification et supprima la mention des juges des cours de district et de comté. Le Parlement adopta la résolution avec cette modification importante; par conséquent, le texte définitif de la modification n'était pas celui qui avait reçu au départ l'approbation du gouvernement des provinces. (Débats de la Chambre des communes du Canada, 1960, p. 7199-201; Débats du Sénat du Canada, 1960, p. 1072; Journaux de la Chambre des communes du Canada, 1960, p. 854-56.)

29. *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1964* touchait aux relations fédérales-provinciales et modifiait les droits des provinces. Il étendait aux prestations additionnelles la compétence concurrente du Parlement en matière de pensions. Toutes les provinces ont consenti à cette modification. (Documents parlementaires n° 202-J, 10 juin 1964.)

Annexe B

Recherche infructueuse d'une procédure de modification

(Source : Factum du Procureur général du Canada dans *Manitoba et al. c. Canada*, Cour d'appel du Manitoba, Novembre 1980.)

1. Voici l'historique des tentatives fédérales-provinciales qui ont été faites pour trouver une procédure de modification relative aux parties de la Constitution qui ne peuvent être modifiées au Canada :

- a) Une première tentative a été faite lors de la conférence du Dominion et des provinces de 1927, convoquée par suite de la *déclaration Balfour* de 1926. Selon cette déclaration, le Canada, tout comme les autres dominions, était un pays indépendant et n'était nullement subordonné au Royaume-Uni. Toutefois, l'on reconnaissait que le Canada n'atteindrait un tel statut sur le plan juridique qu'au moment où l'on trouverait une procédure de modification de la Constitution permettant un transfert intégral, par le Royaume-Uni, des pouvoirs juridiques au Canada. Cette tentative fut infructueuse.
- b) La question de la procédure de modification fut de nouveau soulevée lors de la conférence du Dominion et des provinces tenue en 1931 en prévision de l'adoption du *Statut de Westminster*. On ne parvint pas à s'entendre sur une procédure de modification.
- c) Il y eut une troisième tentative en 1935. La Chambre des communes forma un comité spécial chargé d'étudier quelle serait la meilleure méthode en vue de modifier l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Ce comité siégea à onze reprises du 18 février au 19 juin 1935. On ne s'entendit sur aucune procédure de modification. Il en résulta toutefois une conférence entre le Dominion et les provinces, tenue en décembre 1935. On aboutit à la formation d'un comité permanent des questions constitutionnelles composé de représentants du gouvernement fédéral et des provinces, qui devait proposer une procédure de modification. On n'aboutit à aucun accord.
- d) La conférence du Dominion et des provinces tenue en 1950 donna lieu à une quatrième tentative. On ne parvint pas à s'entendre.
- e) On fit une cinquième tentative lors de la conférence fédérale-provinciale tenue en juillet 1960, au cours de laquelle le premier ministre de l'époque annonça son intention de reprendre les entretiens avec les provinces au sujet de la procédure de modification et de rapatriement. On mit en place une conférence des procureurs généraux qui se réunirent à quatre reprises. Ces conférences

ministérielles proposèrent une procédure de modification (la formule Fulton) qui reçut l'appui de la quasi-totalité des participants. Toutefois, l'avant-projet de loi qui en résulta ne fit pas l'objet d'une approbation unanime et l'on constata, en 1962, l'échec de cette initiative.

- f) On fit une sixième tentative en 1964, lors de la conférence des premiers ministres. La nouvelle proposition (la formule Fulton-Favreau) fit l'objet d'une recommandation unanime, de la part des procureurs généraux, en vue de son acceptation par les premiers ministres lors de leur conférence du 14 octobre 1964. Par la suite, cette formule fut approuvée par l'assemblée législative de neuf provinces. Cependant, en janvier 1966, le gouvernement du Québec déclara qu'il n'en demanderait pas l'approbation à son assemblée législative.
- g) En 1967, une septième tentative débouchait sur ce que l'on allait appeler le processus de révision constitutionnelle de 1967 à 1971. Cela donna lieu à six réunions des premiers ministres, à 26 réunions des ministres et à d'innombrables réunions de fonctionnaires fédéraux et provinciaux. On décida qu'il serait possible de faire des progrès en entreprenant une révision intégrale de la Constitution plutôt que de s'en tenir à la seule procédure de modification. Ce processus donna lieu à la «Charte constitutionnelle canadienne de 1971» (généralement appelée «Charte de Victoria»). Le gouvernement du Canada ainsi que huit des gouvernements provinciaux acceptèrent la Charte, mais le Québec laissa entendre qu'il ne l'accepterait pas. En Saskatchewan, un nouveau gouvernement venait d'être élu. Il n'exprima aucune opinion, puisque la prise de position du Québec avait fait de cette question une affaire purement théorique.
- h) En 1975, lors d'une conférence fédérale-provinciale, le premier ministre fit une huitième tentative en proposant d'aborder la question d'une manière plus restreinte qu'on ne l'avait fait au cours du processus de 1967-71. On proposa de tenter de conclure un accord principalement sur une procédure de modification, avec certaines garanties supplémentaires concernant les droits linguistiques. Lors de deux réunions, les premiers ministres des provinces purent s'entretenir de cette proposition. Le 14 octobre 1976, ils informèrent le gouvernement fédéral qu'ils ne pourraient convenir du rapatriement sans procéder à des réformes constitutionnelles plus importantes, comportant le transfert aux provinces de certains des pouvoirs fédéraux.
- i) On fit une neuvième tentative en octobre 1978, lors de la conférence fédérale-provinciale des premiers ministres. Cette conférence

survenait à la suite du dépôt, au Parlement du Canada, d'un projet de loi sur la réforme constitutionnelle (C-60, Session 1977-78). Les premiers ministres créèrent un comité permanent des ministres qui siégea à trois reprises et qui, en février 1979, rendit compte de ses travaux aux premiers ministres. On ne conclut aucune entente.

- j) La dixième tentative remonte à juin 1980. Les premiers ministres chargèrent le comité permanent de la Constitution de tenter d'aboutir à un accord sur douze éléments de la réforme constitutionnelle, y compris le rapatriement et une procédure de modification. Une fois de plus, cependant, il y eut désaccord.

Annexe C

Délibérations sur le fond des réformes constitutionnelles, 1967-1980

Le processus de révision constitutionnelle, 1967-1971

Le 10 mai 1967, M. Pearson, premier ministre, annonçait la tenue d'une conférence fédérale-provinciale spéciale, chargée d'étudier la possibilité d'inscrire dans la Constitution du Canada une déclaration des droits. Par la suite fut ajoutée à l'ordre du jour la question des droits linguistiques, car une commission royale fédérale à qui l'on avait confié cette question en était à l'étape du rapport. Les provinces furent invitées à inscrire, à l'ordre du jour, (traduction) «tout sujet connexe.» Deux autres sujets furent ajoutés au programme de la conférence, qui finalement eut lieu en février 1968 : les disparités régionales et d'autres éléments de révision constitutionnelle. Il en résulta un processus de révision constitutionnelle fédéro-provincial qui devait se prolonger pendant plus de trois ans et porter sur les sujets suivants :

- (1) les droits fondamentaux;
- (2) les langues officielles et les droits linguistiques;
- (3) la péréquation et les disparités régionales;
- (4) la procédure de modification;
- (5) le rapatriement;
- (6) les mécanismes des relations fédérales-provinciales (par ex. la conférence annuelle des premiers ministres);
- (7) la Cour suprême;
- (8) la modernisation de la Constitution;
- (9) la sécurité du revenu et les services sociaux;
- (10) les principes et les objectifs de la Constitution;
- (11) la réforme du Sénat;
- (12) les relations extérieures;
- (13) les pouvoirs fiscaux (notamment les taxes de vente et les droits successoraux);
- (14) le pouvoir fédéral de dépenser;
- (15) les marchés des capitaux et les institutions financières;
- (16) la gestion de l'environnement.

En juin 1971, on aboutissait à un accord provisoire sur des propositions relatives aux neuf premiers articles de la liste qui précède (et ce, dans un document connu sous le nom de «Charte de Victoria»). Toutefois, le gouvernement du Québec refusa de donner son accord aux propositions, principale-

ment pour le motif qu'il tenait à un accroissement des pouvoirs des provinces dans le domaine de la sécurité du revenu et des services sociaux. Le gouvernement de la Saskatchewan n'a pas non plus entériné formellement la Charte. Il venait d'être élu et estimait que le refus du Québec avait fait de toute autre démarche une initiative purement théorique.

1975-1976

En avril 1975, M. Trudeau, premier ministre, au cours d'une rencontre des premiers ministres des provinces sur une autre question, leur proposa de tenter une fois de plus de se mettre d'accord au moins sur une procédure de modification et de rapatriement, de manière à mettre fin à la nécessité de faire appel au Royaume-Uni pour modifier la Constitution canadienne.

Il en résulta des pourparlers avec les provinces, au cours desquels on a, à leur demande, ajouté d'autres articles à la proposition. Ainsi, en avril 1976, un projet de proposition de réforme constitutionnelle fut présenté, projet comportant des dispositions sur :

- (1) les langues officielles et les droits linguistiques;
- (2) la péréquation et les disparités régionales;
- (3) la procédure de modification;
- (4) le rapatriement;
- (5) les accords fédéraux-provinciaux;
- (6) la Cour suprême;
- (7) la représentation au Sénat.

Les premiers ministres ont répondu le 14 octobre 1976 que :

- toutes les provinces étaient d'accord sur le principe du rapatriement;
- huit provinces étaient d'accord quant à la procédure de modification proposée (c'est-à-dire celle qui avait été proposée et acceptée par les dix provinces à Victoria en 1971);
- il n'y aurait pas, cependant, d'accord sur le rapatriement, à moins qu'il ne (traduction) «coïncide avec l'accroissement de la compétence et de la participation des provinces dans certains domaines», c.-à-d. :
 - (1) une plus grande participation provinciale dans le domaine de l'immigration;
 - (2) un renforcement de la compétence fiscale dans les secteurs primaires d'exploitation du sol, des mines, des minéraux et des forêts;
 - (3) une disposition selon laquelle le gouvernement fédéral ne se prévaudrait pas, sans le consentement de la province intéressée, de ses pouvoirs déclaratoires pour décréter qu'un ouvrage est à l'avantage de l'ensemble du Canada;

- (4) la tenue au moins une fois l'an rendue obligatoire, par la Constitution, d'une conférence des onze premiers ministres du Canada;
- (5) la disposition selon laquelle la création de nouvelles provinces serait subordonnée au consensus exigé par la procédure de modification;
- (6) une nouvelle compétence concurrente dans le domaine culturel;
- (7) un plus grand contrôle des provinces sur les communications;
- (8) pour les provinces, un rôle, dans la nomination des juges de la Cour suprême, qui soit plus important que celui dont faisait état le projet;
- (9) des limites à l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser.

1978-1979

Une nouvelle initiative était lancée en octobre 1978 à la suite du dépôt au Parlement, en juin de la même année, d'un projet de loi intitulé: *Loi modifiant la Constitution* (C-60, session 1977-1978). Les sujets traités cette fois-ci étaient les suivants :

- (1) les droits fondamentaux, y compris les langues officielles et les droits linguistiques;
- (2) la péréquation et les disparités régionales;
- (3) la procédure de modification;
- (4) le rapatriement;
- (5) la Cour suprême;
- (6) le Sénat;
- (7) les impôts indirects;
- (8) le pouvoir fédéral de dépenser;
- (9) les limitations du pouvoir déclaratoire fédéral;
- (10) les communications;
- (11) le droit de la famille;
- (12) la propriété des ressources et le commerce interprovincial;
- (13) la propriété des ressources des fonds sous-marins et la compétence sur celles-ci;
- (14) la compétence sur les pêches;
- (15) la monarchie.

Rares sont les points sur lesquels les gouvernements ont été unanimes. Il a été convenu de ne rien changer à la monarchie et de retirer cette rubrique de l'ordre du jour. On a convenu qu'il serait superflu d'accorder aux provinces des pouvoirs accrus de légiférer pour percevoir des impôts indirects et qu'il y

avait lieu d'abandonner également cette question. On aboutit à un accord sur les propositions touchant au droit de la famille et l'on a été quasi unanime quant aux propositions relatives aux disparités régionales et aux communications.

Juin 1980 — septembre 1980

Les délibérations constitutionnelles ont été reprises en juin 1980, le premier ministre Trudeau ayant invité encore une fois les premiers ministres des provinces à tenter de conclure une entente «ramenant» la Constitution au pays. L'ordre du jour portait sur les points suivants :

- (1) les droits fondamentaux, y compris les langues officielles et les droits linguistiques;
- (2) la péréquation et les disparités régionales;
- (3) la formule de modification (et le rapatriement);
- (4) la Cour suprême;
- (5) la réforme du Sénat;
- (6) les communications;
- (7) le droit de la famille;
- (8) la propriété des ressources et le commerce interprovincial;
- (9) les ressources sous-marines;
- (10) les pêches;
- (11) l'énoncé du principe de la fédération — le préambule;
- (12) les pouvoirs sur l'économie — l'union économique.

Malgré des négociations intensives et quasi ininterrompues tout au long de l'été 1980, comportant deux réunions des premiers ministres, quatre réunions des ministres, d'innombrables réunions de fonctionnaires, l'unanimité n'a pu se faire sur aucune de ces questions. Même les points sur lesquels on s'était mis précédemment d'accord dans le domaine du droit de la famille — l'accroissement de la compétence provinciale — ne firent pas l'unanimité.

- NOTES -

- NOTES -