

# ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

*On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :*

*Les Éditions Thémis*

*Faculté de droit, Université de Montréal*

*C.P. 6128, Succ. Centre-Ville*

*Montréal, Québec*

*H3C 3J7*

*Téléphone : (514)343-6627*

*Télécopieur : (514)343-6779*

*Courriel : [themis@droit.umontreal.ca](mailto:themis@droit.umontreal.ca)*

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite  
disponible à : [www.themis.umontreal.ca](http://www.themis.umontreal.ca)

# Les modalités de la modification de la Constitution du Canada\*

Benoît PELLETIER\*\*

## Résumé

*L'auteur présente une description technique et dresse un portrait des forces et des faiblesses des cinq modalités qui rendent possible, actuellement, la modification de la Constitution du Canada. Ces modalités, établies par la Loi constitutionnelle de 1982, déterminent la marche à suivre pour la concrétisation d'un quelconque projet de réforme constitutionnelle, fût-il de portée limitée ou globale. De plus, l'auteur fait état des divers facteurs juridiques, politiques ou sociaux qui ont pour effet de complexifier la mise en œuvre de notre procédure de modification constitutionnelle, en plus de formuler des propositions visant à améliorer celle-ci. Enfin, l'auteur*

## Abstract

*The author presents a technical description of the five formulas that currently make it possible to amend Canada's Constitution, and describes their strengths and weaknesses. Established by the Constitution Act, 1982, these formulas determine the approach to be taken with respect to constitutional reform, whether limited or general in scope. The author also identifies the legal, political and social factors that render the implementation of our procedure for amending the Constitution more complex, and proposes ways to improve the procedure. Finally, the author discusses the Act Respecting Constitutional Amendments, a federal statute that came*

---

\* Ce texte constitue la version revue et augmentée de l'article portant le même titre, publié dans Gerald-A. BEAUDOIN, Joseph E. MAGNET, Benoît PELLETIER, Gordon ROBERTSON et John TRENT, *Le fédéralisme de demain : RÉFORMES ESSENTIELLES/Federalism for The Future: ESSENTIAL REFORMS*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, 419 p.

Professeur titulaire (en congé) à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, ainsi que membre de l'École des études supérieures et de la recherche de cette université. Les analyses et commentaires qui figurent dans ce texte doivent être lus et compris à la lumière du contexte qui prévalait au moment où celui-ci a été achevé et soumis pour publication, soit en septembre 1998.

*traite de la Loi concernant les modifications constitutionnelles, une loi fédérale qui est entrée en vigueur en 1996. En effet, cette dernière loi est susceptible d'avoir une portée non négligeable sur l'application de cette procédure compliquée et à maints égards obscure, dont le Canada a été formellement doté par les autorités britanniques à l'occasion du « rapatriement » de 1982.*

*into effect in 1996. This Act may have a noticeable impact on the application of the amendment procedure, which Canada formally received from the British authorities in 1982 upon the "patriation" of the Constitution, but which remains complicated and, in many ways, obscure.*

## Plan de l'article

<b>Introduction</b> .....	5
<b>I. L'état réel et les éléments de complication de la procédure de modification constitutionnelle actuelle</b> .....	9
A. La description technique de la procédure de modification constitutionnelle.....	9
B. Les facteurs de complication de la procédure de modification constitutionnelle.....	17
C. L'impact de la <i>Loi concernant les modifications constitutionnelles</i> sur la procédure de modification actuelle.....	25
<b>II. L'efficacité globale et le potentiel de la procédure de modification constitutionnelle canadienne</b> .....	32
A. Les forces et les faiblesses de la procédure de modification constitutionnelle.....	32
B. Le contexte politique entourant la mise en œuvre de la procédure de modification constitutionnelle.....	42
C. Propositions de changements concernant la procédure de modification constitutionnelle.....	47
<b>Conclusion</b> .....	50



Il y a de cela une quinzaine d'années, l'adoption de la *Loi de 1982 sur le Canada*<sup>1</sup> devait marquer le « rapatriement » de la Constitution canadienne, c'est-à-dire l'abandon par les autorités britanniques de leur pouvoir de modifier des parties substantielles de la Constitution du Canada<sup>2</sup>. Ainsi devait prendre fin près d'un demi-siècle d'efforts et de tentatives infructueuses en vue de permettre aux autorités canadiennes, fédérales et provinciales, d'être enfin maîtres de leurs principaux leviers constitutionnels<sup>3</sup>.

Ce « rapatriement » a notamment donné lieu à l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>4</sup>, dont la partie V (articles 38 à 49) établit les principales modalités applicables à la modification de la Constitution du Canada depuis que celle-ci relève strictement des autorités canadiennes.

---

<sup>1</sup> *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, R.-U., c. 11.

<sup>2</sup> Le terme « rapatriement » est utilisé entre guillemets puisqu'il n'est pas tout à fait exact au point de vue lexicographique. En effet, les autorités canadiennes ne disposaient pas du pouvoir de modifier des parties substantielles de la Constitution du Canada avant 1982 et, par conséquent, n'ont pas récupéré ni rapatrié ce pouvoir. En d'autres termes, en 1982, les autorités canadiennes ne sont pas techniquement rentrées en possession de quelque chose qu'elles auraient perdu auparavant : elles ont tout simplement acquis pour la première fois le pouvoir de modifier de larges pans de leur Constitution. Malgré tout, le terme « rapatriement » fait maintenant partie du langage courant en matière constitutionnelle au Canada et a même obtenu une reconnaissance certaine du milieu juridique et de la Cour suprême du Canada : voir le *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, 766, 767 et 788. Voilà pourquoi nous n'hésiterons pas à utiliser ce terme dans ce texte, tout en le plaçant entre guillemets.

<sup>3</sup> Certains pouvoirs de modification constitutionnelle étaient conférés aux autorités canadiennes, fédérales ou provinciales, avant le « rapatriement » de 1982. Ces pouvoirs ne portaient toutefois pas sur le jeu des relations fédérales-provinciales, mais bien plutôt sur des questions intéressant la régie interne de chacun des deux ordres de gouvernement ainsi que sur d'autres questions secondaires. Pour plus de détails, voir Benoît PELLETIER, *La modification constitutionnelle au Canada*, Scarborough, Carswell, 1996, pp. 22-24.

<sup>4</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11). La *Loi constitutionnelle de 1982* sera ci-après appelée la *Loi de 1982*.

La procédure de modification constitutionnelle mise en place en 1982<sup>5</sup> soulève, en elle-même, certaines difficultés. À celles-ci s'ajoutent différents éléments de complication qui relèvent de nos pratiques politiques, de notre contexte social ou encore de la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*<sup>6</sup>. Nous entendons revenir plus loin sur l'ensemble de ces éléments de complication. Qu'il nous suffise de rappeler pour l'instant que cette dernière loi est entrée en vigueur le 2 février 1996 et qu'elle vise essentiellement à instaurer un « veto régional » de nature législative. Bien qu'elle ne possède pas un caractère constitutionnel à proprement parler, cette loi est néanmoins en mesure d'avoir des conséquences importantes sur l'application de la procédure de 1982. Voilà d'ailleurs pourquoi nous lui consacrerons une attention toute particulière dans ce texte.

De fait, il est opportun de rappeler que la modification constitutionnelle revêt, au Canada, une importance capitale. C'est elle qui détermine de façon technique comment pourra être opérée la révision de notre Constitution. Bref, la modification constitutionnelle pave la voie à la réforme constitutionnelle en tant que telle, en précisant en vertu de quelles procédures spéciales cette dernière pourra être accomplie.

Pourtant, la procédure de 1982 a été fréquemment décriée au Canada pour sa lourdeur et son inefficacité, et a été maintes fois remise en question. Le but du présent texte est de faire le point sur toute cette situation.

Ainsi, dans la première partie de cet article, nous allons nous pencher sur l'état réel et les éléments de complication de la procédure de modification constitutionnelle actuelle. Cela nous amènera notamment à examiner plus attentivement la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*<sup>7</sup>, que nous venons tout juste d'évoquer. Puis, dans la deuxième partie, nous nous attarderons à analyser de façon globale l'efficacité et le potentiel de notre procédure de modification constitutionnelle et suggérerons, au passage, des façons d'améliorer celle-ci.

---

<sup>5</sup> Afin de faciliter la lecture et la compréhension de ce texte, nous désignerons à l'occasion la procédure de modification constitutionnelle instituée par la *Loi de 1982* par les simples mots « procédure de 1982 ».

<sup>6</sup> *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, L.C. 1996, c. 1.

<sup>7</sup> *Id.*

Le lecteur devra toutefois noter au premier chef que nous n'entendons pas aborder, dans ce texte, les facteurs qui relèvent de la modification *indirecte* de la Constitution du Canada, c'est-à-dire les facteurs qui rendent possible, *dans les faits*, l'adaptation de la Constitution à une réalité sans cesse changeante sans passer par les mécanismes officiels de modification constitutionnelle. Parmi ces facteurs, notons la jurisprudence, les conventions constitutionnelles, les ententes intergouvernementales et les mécanismes de collaboration fédérale-provinciale, lesquels influencent tous l'évolution de la fédération canadienne. Plus particulièrement, soulignons que les conventions constitutionnelles permettent parfois, *en pratique*, de contourner, neutraliser, modifier ou préciser les textes constitutionnels formels, et ce, sans qu'il y ait application de la procédure de modification constitutionnelle<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> La Cour suprême du Canada a affirmé dans le *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, précité, note 2, 880, que « [l']objet principal des conventions constitutionnelles est d'assurer que le cadre juridique de la Constitution fonctionnera selon les principes ou valeurs constitutionnelles dominantes de l'époque ».

À titre d'exemple, soulignons que, bien qu'ils existent toujours en théorie et figurent formellement aux articles 55, 56, 57 et 90 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3, les pouvoirs de réserve et de désaveu sont censés être tombés en désuétude en vertu des conventions constitutionnelles. Voilà un cas où les conventions sont venues neutraliser à toutes fins utiles les textes constitutionnels en tant que tels. D'ailleurs, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, 250, la Cour suprême du Canada a rappelé que de nombreux auteurs estimaient que le pouvoir fédéral de désaveu avait été abandonné.

Il en est de même pour le droit que garde le monarque de refuser son assentiment aux projets de loi adoptés par le Parlement ou les législatures, de dissoudre de sa propre initiative les chambres électives, ou de renvoyer les membres du cabinet des ministres lorsque ceux-ci possèdent encore la confiance des élus du peuple. Tous ces pouvoirs sont tombés en désuétude, en principe, en vertu des conventions constitutionnelles.

Sur ces questions, voir le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* cité précédemment, aux pages 878-882. On y parle aussi des conventions constitutionnelles relatives à la démission du gouvernement, à la nomination du premier ministre et des ministres, à l'exercice des prérogatives de la Couronne, à la responsabilité ministérielle, à la dissolution de la chambre des élus, à la tenue des conférences fédérales-provinciales, ainsi qu'aux relations entre les membres du Commonwealth.

Nous reviendrons plus loin sur la nature des conventions constitutionnelles dans le contexte canadien : *infra*, notes 132 et 133, ainsi que les textes correspondants.



Nous n'entendons pas non plus aborder dans cet article la délicate question de savoir dans quelle mesure la procédure de 1982 pourrait trouver application dans l'hypothèse de la mise en œuvre d'une démarche sécessionniste par les autorités québécoises<sup>9</sup>. Cette question mérite effectivement de faire l'objet d'une analyse distincte, ce à quoi nous nous sommes d'ailleurs livré précédemment dans un autre texte que celui-ci<sup>10</sup>.

Enfin, il y a tout lieu de souligner que le présent article ne portera pas sur le contenu de la réforme constitutionnelle elle-même, mais plutôt sur les modalités de nature technique qui rendent possible, concrètement, la modification de la Constitution du Canada. En d'autres termes, nous nous pencherons sur les méthodes qui permettent la « constitutionnalisation » d'un quelconque projet de réforme des structures de l'État, et non sur la définition même d'un tel projet. Ainsi, nous n'élaborerons pas sur des propositions passées, tels la *Charte de Victoria* de 1971<sup>11</sup>, l'*Accord du lac Meech* de 1987-1990<sup>12</sup> ou l'*Entente de Charlottetown* de 1992<sup>13</sup>, bien que nous serons appelé à les aborder à

---

<sup>9</sup> Voir toutefois, sur l'application de la procédure de modification constitutionnelle canadienne dans le contexte de la sécession du Québec, *infra*, note 75.

<sup>10</sup> Benoît PELLETIER, « Le face à face entre le projet sécessionniste québécois et la Constitution du Canada », (1997) 57 *R. du B.* 341.

<sup>11</sup> *Charte de Victoria (Charte constitutionnelle canadienne, 1971)*. Pour le texte de cette charte, voir notamment CANADA, SECÉTARIAT DES CONFÉRENCES INTERGOUVERNEMENTALES CANADIENNES, Rapport du Secrétaire, *La révision constitutionnelle 1968-1971*, Information Canada, 1974, pp. 391-412.

<sup>12</sup> Pour le texte de l'entente politique intervenue au lac Meech entre les premiers ministres le 30 avril 1987, voir notamment Roch DENIS (dir.), *Québec : Dix ans de crise constitutionnelle*, coll. Études québécoises, Montréal, VLB éditeur, 1990, pp. 156-160; Alain G. GAGNON et Daniel LATOUCHE, *Allaire, Bélanger, Campeau et les autres : les Québécois s'interrogent sur leur avenir*, Montréal, Québec/Amérique, 1991, pp. 121-124.

Pour le texte juridique de l'*Accord du lac Meech*, tel qu'il a été approuvé à l'édifice Langevin par les premiers ministres en juin 1987, voir GOUVERNEMENT DU CANADA, *Modification constitutionnelle de 1987*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1987. Pour le texte de l'entente politique intervenue à Ottawa, en juin 1990, relativement à l'*Accord du lac Meech*, voir, précités au paragraphe précédent, R. DENIS (dir.), pp. 249-253 et A.-G. GAGNON et D. LATOUCHE, pp. 137-146.

<sup>13</sup> Pour l'entente politique intervenue en août 1992 entre les premiers ministres, les dirigeants des territoires et les représentants des autochtones, relativement à l'*Entente de Charlottetown*, voir GOUVERNEMENT DU CANADA, *Rapport du consensus sur la Constitution : Charlottetown*, Ottawa, sans éd. connu, 1992.

l'occasion. Nous ne chercherons pas non plus à esquisser des plans futurs de réforme constitutionnelle. Au contraire, tel que mentionné plus haut, nous nous limiterons essentiellement à examiner quelle est la *marche à suivre* au Canada pour la concrétisation d'un projet de modification constitutionnelle, ce qui n'est toutefois pas dépourvu d'intérêt, loin de là!

C'est donc fort des remarques qui précèdent que nous entamons cette étude des modalités de la modification de la Constitution du Canada.

## **I. L'état réel et les éléments de complication de la procédure de modification constitutionnelle actuelle**

La procédure de 1982 se présente sous de multiples aspects, qui témoignent pour la plupart d'un degré de complexité assez singulier. Le but de la présente partie est d'explorer cette procédure sous tous ses angles, afin de lever quelque peu le voile de mystère qui l'entoure. Ainsi, nous procéderons d'abord à une analyse des côtés techniques de la procédure de 1982 (A). Puis, nous examinerons les facteurs juridiques, politiques et sociaux qui viennent compliquer la mise en œuvre de la procédure en cause (B). Enfin, nous porterons une attention toute particulière à la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*<sup>14</sup>, une loi qui comporte des conséquences non négligeables sur la procédure de modification de la Constitution canadienne (C).

### **A. La description technique de la procédure de modification constitutionnelle**

La procédure de modification constitutionnelle prévue à la partie V de la *Loi de 1982* prévoit cinq modalités différentes. L'une d'elles requiert le consentement unanime du Parlement du Canada<sup>15</sup> et des dix législatures provinciales (art. 41). Cette

---

Pour le texte juridique de cette entente, voir GOUVERNEMENT DU CANADA, *Projet de texte juridique (Entente de Charlottetown)*, Ottawa, sans éd. connu, 1992. Ce dernier document sera ci-après appelé « Textes juridiques de l'Entente de Charlottetown ».

<sup>14</sup> *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, précitée, note 6.

<sup>15</sup> Sous réserve cependant de l'article 47 de la *Loi de 1982*, qui ne confère au Sénat canadien qu'un veto suspensif de cent quatre-vingts jours à l'égard des

procédure s'applique spécifiquement aux modifications constitutionnelles affectant :

- la charge de Reine, de gouverneur général et de lieutenant-gouverneur (al. 41*a*)<sup>16</sup>,
- le seuil minimal pour la représentation à la Chambre des communes (al. 41*b*);
- les langues officielles au Canada, sous réserve de ce qui ne concerne qu'une ou que quelques-unes des provinces (al. 41*c*);
- la composition de la Cour suprême du Canada (al. 41*d*); et enfin
- la modification des procédures d'amendement elles-mêmes (al. 41*e*).

Une deuxième procédure exige le consentement du Parlement central<sup>17</sup> et de toute province visée par la modification envisagée (art. 43). Cette modalité concerne la modification de toute disposition qui n'est applicable qu'à une ou à quelques provinces seulement. Elle s'applique *notamment*, sous la réserve susmentionnée, aux modifications se rapportant au changement du tracé des frontières interprovinciales (al. 43*a*) et à celles touchant aux langues officielles au niveau provincial (al. 43*b*).

Une troisième procédure permet au Parlement canadien<sup>18</sup> d'apporter *unilatéralement* un certain nombre de modifications à la Constitution du Canada (art. 44). Ces modifications sont toutefois limitées et visent, *sous réserve des articles 41 et 42 de la*

---

modifications constitutionnelles visées par les articles 38, 41, 42 et 43 de cette loi.

<sup>16</sup> Notons, au passage, qu'en soumettant ainsi l'abolition de la monarchie à la règle de l'unanimité, l'alinéa 41*a*) de la *Loi de 1982* se trouve par le fait même à limiter significativement la possibilité pour le Parlement du Canada ou les législatures provinciales de procéder *unilatéralement* à la modification de nos institutions parlementaires. En effet, Sa Majesté et ses représentants officiels font partie intégrante de la composition de ces institutions et possèdent de nombreux pouvoirs relatifs à celles-ci. Ce statut et ces pouvoirs ne pourraient être affectés qu'en vertu de l'alinéa 41*a*) de la *Loi de 1982*.

<sup>17</sup> Sous réserve de l'article 47 de la *Loi de 1982*, dont nous avons déjà parlé : *supra*, note 15.

<sup>18</sup> Voir les commentaires qui figurent *supra*, note 15.

*Loi de 1982*, le pouvoir exécutif fédéral, le Sénat et la Chambre des communes.

De même, une quatrième procédure confère un pouvoir *unilatéral* de modification constitutionnelle à chacune des législatures provinciales, prise isolément (art. 45). Cette modalité, *qui s'applique sous réserve de l'article 41 de la Loi de 1982*, concerne particulièrement la modification de la constitution de chacune des provinces.

Enfin, une cinquième procédure repose sur le consentement du Parlement canadien<sup>19</sup> et d'au moins deux tiers des provinces représentant au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces. Cette procédure, familièrement appelée « procédure 7/50 », est prévue aux articles 38 et 42 de la *Loi de 1982*. De fait, l'article 42 mentionne explicitement toute une série de sujets qui tombent sous le couvert de ladite « procédure 7/50 ». Il s'agit de la réforme des institutions centrales, sous réserve de la composition de la Cour suprême du Canada (al. 42(1)*a*), *b*), *c*) et *d*)), du rattachement aux provinces existantes de tout ou partie des territoires fédéraux, tels les Territoires du Nord-Ouest, le Yukon et le Nunavut (al. 42(1)*e*)), et de la création de nouvelles provinces (al. 42(1)*f*). Quant à l'article 38, il consacre le caractère général et résiduaire de la « procédure 7/50 ». Ainsi, cette procédure se trouve à s'appliquer à l'égard des modifications constitutionnelles touchant à toute question non prévue par les quatre autres modalités instaurées par la *Loi de 1982*.

Il y a lieu de noter par ailleurs que le processus mis en place en 1982 repose sur le « modèle législatif », c'est-à-dire sur l'adoption de lois (art. 44 et 45) ou de résolutions (art. 38, 41, 42 et 43) par les assemblées législatives canadiennes. Suite à l'adoption de ces résolutions, lorsque celles-ci sont requises plutôt que des lois, il appartient au gouverneur général du Canada de proclamer formellement la modification constitutionnelle en cause.

Toutefois, dans notre procédure actuelle, on ne retrouve rien en ce qui concerne le référendum en tant que modalité de modification constitutionnelle, ni en ce qui a trait à la tenue

---

<sup>19</sup> *Id.*

obligatoire d'audiences publiques ou la mise sur pied d'une assemblée constituante<sup>20</sup>.

Du reste, le Parlement du Canada dispose d'un droit de veto par rapport à toute modification constitutionnelle, sauf celles qui touchent à la constitution interne des provinces en vertu de l'article 45 de la *Loi de 1982*. Cependant, en vertu de l'article 47 de cette loi, le Sénat ne possède qu'un veto suspensif de cent quatre-vingts jours pour les modifications visées par les articles 38, 41, 42 et 43.

De plus, il existe en faveur des assemblées législatives provinciales, au paragraphe 38(3) de la *Loi de 1982*, un droit de désaccord (« droit de retrait »)<sup>21</sup> pour toute modification « dérogatoire à la compétence législative, aux droits de propriété ou à tous autres droits ou privilèges d'une législature ou d'un gouvernement provincial ». Ce « droit de retrait » vise notamment

---

<sup>20</sup> L'assemblée constituante, le référendum et les audiences publiques ne font d'aucune façon partie officiellement de la procédure de modification constitutionnelle au Canada. Cela n'empêcherait toutefois pas nos acteurs politiques de tenir, au niveau fédéral ou provincial, de tels référendums ou audiences publiques s'ils le désiraient, voire de mettre sur pied une assemblée constituante nationale. Tout cela ne serait toutefois possible que sous réserve du strict respect des procédures de modification constitutionnelle mises en place en 1982.

À titre d'exemple, soulignons que l'*Accord du lac Meech* avait fait l'objet de diverses audiences publiques ou parlementaires entre 1987 et 1990. Par ailleurs, deux référendums distincts, soit l'un au Québec et l'autre dans le reste du Canada, ont été tenus le 26 octobre 1992 relativement à l'*Entente de Charlottetown* en vertu des lois suivantes : la *Loi concernant les référendums sur la Constitution du Canada*, L.C. 1992, c. 30 et la *Loi sur la consultation populaire*, L.R.Q., c. C-64.1. Ces audiences publiques ou parlementaires et ces référendums n'étaient pourtant pas requis par la Constitution canadienne.

Sur toutes ces questions, voir notamment James R. HURLEY, *Le débat constitutionnel canadien (de l'échec du lac Meech de 1987 au référendum de 1992)*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1994.

Il est d'ailleurs intéressant de rappeler que l'entente politique du 5 novembre 1981 portant sur les modalités du « rapatriement » n'avait pas fait l'objet d'audiences publiques, bien que de telles audiences aient été tenues par un comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes du 6 novembre 1980 au 9 février 1981 sur le « projet de rapatriement unilatéral » du premier ministre Trudeau. Sur ce dernier projet, *infra*, note 92.

<sup>21</sup> Le droit de désaccord prévu au paragraphe 38(3) de la *Loi de 1982* sera désigné par l'expression « droit de retrait » pour la suite de ce texte. En effet, ce dernier terme est utilisé plus couramment en droit constitutionnel canadien.

les modifications en vertu desquelles des compétences législatives sont déléguées ou autrement transférées de façon formelle par les provinces au profit du Parlement central<sup>22</sup>. L'exercice du « droit de retrait » en cause est, en vertu de l'article 40 de la *Loi de 1982*, accompagné d'une compensation financière lorsque la modification est relative à l'« éducation ou à d'autres domaines culturels ».

N'oublions pas également que les autochtones du Canada ont acquis le droit de participer aux travaux relatifs à une question susceptible de les affecter, en vertu de l'article 35.1 de la *Loi de 1982*<sup>23</sup>. Plus particulièrement, ce droit s'applique à l'égard de toute modification des articles 25, 35 et 35.1 de la *Loi de 1982* ainsi que du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>24</sup>. Notons toutefois que l'article 35.1 ne confère pas en lui-même un droit de veto aux autochtones en matière de modification constitutionnelle. Il ne leur confère que le droit de participer aux discussions les intéressant.

De plus, il est très important de souligner que la portée globale de la procédure de modification de la Constitution canadienne est déterminée par l'article 52 de la *Loi de 1982*, qui renvoie directement à l'annexe de cette loi. En d'autres termes, l'article 52 fournit une définition de la « Constitution du Canada » et souligne même, à son paragraphe (3), que « celle-ci ne peut être modifiée que conformément aux pouvoirs conférés par elle ». Quant à la « Constitution du Canada », toujours selon l'article 52 de la *Loi de 1982*, elle comprend les documents suivants :

- la *Loi de 1982 sur le Canada*, y compris la *Loi constitutionnelle de 1982 (Loi de 1982)*;
- les textes législatifs et les décrets figurant à l'annexe de la *Loi de 1982*;
- les modifications des textes législatifs et des décrets mentionnés aux deux points qui précèdent.

---

<sup>22</sup> Pour plus de détails, voir B. PELLETIER, *op. cit.*, note 3, pp. 297 et 298.

<sup>23</sup> Pour une étude intéressante de l'article 35.1 de la *Loi de 1982*, voir Neil FINKELSTEIN et George VEGH, *The Separation of Quebec and the Constitution of Canada*, North York, York University Centre for Public Law and Public Policy, 1992, particulièrement aux pages 14 à 31. Nous reviendrons un peu plus loin sur certains aspects de la réflexion de ces auteurs : *infra*, note 40.

<sup>24</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 8, ci-après appelée la *Loi de 1867*.

Or, l'annexe de la *Loi de 1982* passe sous silence, pour des motifs que l'on ignore, des documents importants pour le Canada. Ainsi, elle omet les lois constitutives de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick. Elle ignore également d'importantes lois, telles la *Loi sur la Cour suprême*<sup>25</sup> et les différentes lois qui ont été adoptées en vertu de l'article 3 de la *Loi constitutionnelle de 1871*<sup>26</sup> relativement au tracé des frontières des provinces canadiennes.

En ce qui nous concerne, nous estimons que la « Constitution du Canada », au sens de l'article 52 de la *Loi de 1982*, inclut les lois constitutives du Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Écosse, par l'intermédiaire de l'article 88 de la *Loi de 1867* qui renvoie expressément à ces lois<sup>27</sup>. Toutefois, nous sommes d'avis qu'aucune autre loi non mentionnée dans l'annexe de la *Loi de 1982* – outre bien entendu la *Loi de 1982 sur le Canada* et la *Loi constitutionnelle de 1982* elle-même, dont il est fait mention à l'alinéa 52(2) a) de cette dernière – ne devrait être incluse dans la définition de la « Constitution du Canada » pour les fins de la modification constitutionnelle en ce pays. Nous devons toutefois admettre que la portée exacte de l'expression « Constitution du Canada » pour les fins de l'article 52 de la *Loi de 1982* est loin d'être claire et qu'un débat doctrinal a cours actuellement sur la question de savoir si l'annexe de cette loi est exhaustive ou non. Ce débat tourne principalement autour de l'application de la procédure de 1982 à l'égard de la *Loi sur la Cour suprême*<sup>28</sup>. Il

---

<sup>25</sup> *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26.

<sup>26</sup> *Loi constitutionnelle de 1871*, 34 & 35 Vict., R.-U., c. 28, ci-après appelée la *Loi de 1871*.

<sup>27</sup> Pour plus de détails sur ce point, voir B. PELLETIER, *op. cit.*, note 3, pp. 78 et 79. Voir aussi Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 4<sup>e</sup> éd., Scarborough, Carswell, 1997, pp. 8-11 et 73.

<sup>28</sup> *Loi sur la Cour suprême*, précitée, note 25. Les auteurs suivants disent que la *Loi sur la Cour suprême* ou certaines des dispositions de cette loi sont visées par la procédure de 1982 : Joseph E. MAGNET, *Constitutional Law of Canada (Cases, Notes and Materials)*, vol. 1, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 1985, p. 64; Ronald I. CHEFFINS et Patricia A. JOHNSON, *The Revised Constitution of Canada – Politics as Law*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1986, pp. 17, 18 et 70-76; Patrick J. MONAHAN, « The Law and Politics of Quebec Secession », (1995) 33 *Osgoode Hall L.J.* 1, 14 et 15; William R. LEDERMAN, « Constitutional Procedure and the Reform of the Supreme Court of Canada », (1985) 26 *C. de D.* 195, 196-200; Stephen A. SCOTT, « Pussycat, Pussycat or Patriation and the New Constitutional Amendment Processes », (1982) 20 *U.W.O.L. Rev.* 247, 250, 269-274, particulièrement à la page 273; Henri BRUN et Guy

appartiendra éventuellement à la Cour suprême du Canada elle-même de venir trancher l'épineuse question de savoir quelle doit être la portée de la « Constitution du Canada » au sens de l'article 52 de la *Loi de 1982*. Cette réponse de la part de la Cour nous permettra alors de déterminer, notamment, si la *Loi de 1871* a été complètement intégrée dans la *Loi de 1982* ou si au contraire elle a survécu en partie à l'adoption de cette dernière<sup>29</sup>. Toute cette

---

TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, éd. Yvon Blais, 1997, pp. 256-260, 762, 768 et 780-782; Robert A. YOUNG, *The Secession of Quebec and the Future of Canada*, Montréal/Kingston, McGill-Queen's University Press, 1995, p. 248; Martin L. FRIEDLAND, *Une place à part : L'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*, Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 1995, p. 26.

Les auteurs suivants disent le contraire : P.W. HOGG, *op. cit.*, note 27, p. 86; Margaret A. BANKS, « The *Canada Act 1982* - Some Facts and Comments », (1983) 21 *U.W.O.L. Rev.* 155, 160 et 161; J. Peter MEEKISON, « The Amending Formula », (1982-83) 8 *Queen's L.J.* 99, 115 et 116; Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, *Les Constitutions du Canada et du Québec (du régime français à nos jours)*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, éd. Thémis, 1994, pp. 482 et 483; Neil FINKELSTEIN, George VEGH et Camille JOLY, « Does Québec Have a Right to Secede at International Law? », (1995) 74 *R. du B. can.* 225, 228 (à leur note infrapaginale n° 8); B. PELLETIER, *op. cit.*, note 3, pp. 74, 203 et 204.

Sont incertains : Gérald-A. BEAUDOIN, *La Constitution du Canada (Institutions, partage des pouvoirs, droits et libertés)*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990, p. 828; James R. HURLEY, *La modification de la Constitution du Canada (Historique, processus, problèmes et perspectives d'avenir)*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1996, p. 81; Barry L. STRAYER, *The Canadian Constitution and the Courts: The Function and Scope of Judicial Review*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Butterworths, 1988, pp. 30-32.

Il est fort intéressant de consulter le rapport émanant de l'Association du Barreau canadien et la réponse de la Cour suprême du Canada qui figurent dans Joseph E. MAGNET, *Constitutional Law of Canada (Cases, Notes and Materials)*, vol. 1, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, pp. 98, 99, 101 et 103. Voir aussi la cinquième édition de cet ouvrage publiée en 1993 par les Éditions Yvon Blais, p. 122.

<sup>29</sup> Un argument peut être légitimement avancé voulant que la procédure de 1982 ne soit pas exhaustive et qu'il faille aussi tenir compte de la *Loi de 1871*, dont l'article 3 serait possiblement encore en vigueur en partie de nos jours. L'article 3 en question continuerait ainsi de régir la modification des frontières séparant une province d'un territoire fédéral ou d'un État étranger, frontières qui ont été fixées à l'époque par des lois qui ne figurent pas dans l'annexe de la *Loi de 1982*. Cette interprétation se concilie d'ailleurs parfaitement avec les dispositions du paragraphe 52(3) de la *Loi de 1982*, puisque la *Loi de 1871* fait elle-même partie de la Constitution du Canada. Sur toute cette question, voir notamment J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, *op. cit.*, note 28, p. 406; B. PELLETIER, *op. cit.*, note 3, pp. 87, 88, 246, 247, 281 et 282 (à la note infrapaginale n° 835 de ce traité).

Au contraire, il pourrait aussi être possible de considérer que la modification des frontières séparant une province d'un territoire fédéral ou d'un État



problématique se complique d'ailleurs davantage à la lumière du fait que la Cour suprême du Canada a déjà jugé que la procédure de 1982 s'applique non seulement à l'égard de lois et de décrets, mais aussi à l'égard d'un certain nombre de privilèges parlementaires ou d'autres principes qui auraient été intégrés *tacitement* dans nos textes constitutionnels eux-mêmes<sup>30</sup>.

Comme on le constate dès lors, l'actuelle procédure de modification constitutionnelle comporte un degré appréciable de

---

étranger est aujourd'hui couverte par l'article 43 de la *Loi de 1982*, en s'inspirant de l'alinéa 43a) qui fournit un exemple de ce sur quoi cette disposition peut porter. Il faudrait cependant en venir à la conclusion, si l'on devait retenir cette solution, que l'annexe de la *Loi de 1982* n'est pas exhaustive et qu'elle contient *implicite*ment toutes les lois fédérales et provinciales qui ont été adoptées dans le passé en vertu de l'article 3 de la *Loi de 1871*.

<sup>30</sup> À proprement parler, la procédure de modification constitutionnelle canadienne ne couvre pas ce qui est régi par les conventions constitutionnelles, telles les questions relatives au cabinet des ministres et au premier ministre. De vastes champs de l'activité canadienne échappent donc à la portée de cette procédure.

Il y a toutefois lieu de noter que la Cour suprême du Canada a déjà jugé que les privilèges parlementaires inhérents qui découlaient tacitement du préambule de la *Loi de 1867* étaient « enchâssés » dans la Constitution du Canada : voir *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 R.C.S. 319. Cette décision ouvre la porte à l'idée que l'on puisse éventuellement intégrer certains principes non écrits dans la « Constitution du Canada » pour les fins de l'article 52 de la *Loi de 1982*, par l'intermédiaire des textes constitutionnels existants. Pour plus de détails, voir B. PELLETIER, *op. cit.*, note 3, pp. 64-82.

Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, note 8, 239, la Cour suprême du Canada a affirmé ce qui suit :

*La « Constitution du Canada » comprend certainement les textes énumérés au par. 52(2) de la Loi constitutionnelle de 1982. Même si ces textes jouent un rôle de premier ordre dans la détermination des règles constitutionnelles, ils ne sont pas exhaustifs. La Constitution « comprend des règles non écrites - et écrites - », comme nous l'avons souligné récemment dans le Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale, précité, par. 92. Enfin, selon le Renvoi relatif au rapatriement, précité, p. 874, la Constitution du Canada comprend :*

*[...] le système global des règles et principes qui régissent la répartition ou l'exercice des pouvoirs constitutionnels dans l'ensemble et dans chaque partie de l'État canadien.*

Il est toutefois très important de souligner que, dans ce passage, la Cour ne s'est pas prononcée sur le caractère exhaustif ou non de l'annexe de la *Loi de 1982*. La Cour a tout simplement tenu à rappeler que la Constitution du Canada, *au sens large*, comprend non seulement les textes mentionnés au paragraphe 52(2) de la *Loi de 1982* mais aussi d'autres règles écrites ou non écrites, telles la jurisprudence et les conventions constitutionnelles.

complexité. En effet, il est inutile de souligner que la procédure de l'unanimité est fort exigeante. Par ailleurs, la « procédure 7/50 » contient elle-même un critère fondé sur une double-majorité, soit (1) le consentement du Parlement du Canada<sup>31</sup> et d'au moins sept provinces sur dix et (2) l'exigence que ces provinces représentent au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces.

Bien que la procédure de 1982 soit déjà relativement obscure, voire alambiquée, différents autres éléments viennent obscurcir davantage la compréhension et l'application de celle-ci. Proposons-nous donc de faire dès à présent l'examen de ces éléments de complication.

## **B. Les facteurs de complication de la procédure de modification constitutionnelle**

Comme nous venons de l'affirmer, différents facteurs viennent compliquer de façon significative la mise en œuvre de notre procédure de modification constitutionnelle. Certains de ces facteurs découlent de la procédure de 1982, alors que d'autres relèvent plutôt de nos pratiques politiques ou de notre contexte social. Ces facteurs sont notamment les suivants :

- Une modification faite en vertu de la « procédure 7/50 » ne peut être proclamée dans l'année qui suit l'adoption de la première résolution que si chaque province s'est prononcée par résolution d'agrément ou de désaccord : paragraphe 39(1) de la *Loi de 1982*.
- Une limite maximale de trois ans, après l'adoption de la première résolution, est imposée pour la proclamation d'une modification visée par le paragraphe 38(1) de la *Loi de 1982* : paragraphe 39(2) de cette loi.
- Une résolution d'agrément concernant quelque procédure que ce soit peut être révoquée à tout moment avant la date de la proclamation qu'elle autorise : paragraphe 46(2) de la *Loi de 1982*.

---

<sup>31</sup> Sous réserve de l'article 47 de la *Loi de 1982*, dont nous avons déjà parlé : *supra*, note 15.

- On dénote au cours des dernières années une tendance des acteurs politiques canadiens à réunir plusieurs modifications dans une même résolution, celles-ci tombant sous des modalités différentes. Les exemples récents de l'*Accord du lac Meech* et de l'*Entente de Charlottetown*, où l'on retrouvait des propositions faisant appel à des modalités de modification constitutionnelle variées, illustrent éloquentement cette tendance<sup>32</sup>.
- Il y a probablement lieu, en toute logique, d'appliquer la modalité la plus contraignante dans un contexte de réunion de plusieurs modifications dans une même résolution<sup>33</sup>.
- Toujours dans un contexte de réunion de plusieurs modifications dans une même résolution, il y a vraisemblablement lieu d'ajouter les conditions posées par les différentes procédures en présence, chacune de ces conditions étant – à sa façon – plus exigeante que l'autre<sup>34</sup>.
- On remarque aussi qu'il y a eu au cours des dernières années une multiplication des intervenants dans le processus de négociation constitutionnelle. De fait, de plus en plus, la population, les groupes d'intérêts et les minorités

---

<sup>32</sup> Sur la tendance à joindre des modalités de modification constitutionnelle différentes dans une même résolution, voir J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, *op. cit.*, note 28, pp. 531-533.

<sup>33</sup> Sur ce phénomène de superposition des modalités de modification constitutionnelle, voir J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, *op. cit.*, note 28, pp. 532 et 533. Pour le même point de vue, voir Gordon ROBERTSON, *A House Divided (Meech Lake, Senate Reform and the Canadian Union)*, Halifax, The Institute for Research on Public Policy, 1989, p. 19, qui, parlant de l'*Accord du lac Meech*, a affirmé :

*Since the Accord is a package, it must be approved by the procedure necessary for whatever part or parts of the package require the highest level of approval. That "highest level" is unanimity of the legislatures of all the provinces.*

<sup>34</sup> Sur ce phénomène de cumul des modalités de modification constitutionnelle, voir J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, *op. cit.*, note 28, pp. 532 et 533.

Voir aussi G. ROBERTSON, *op. cit.*, note 33, pp. 16-19, particulièrement à la page 19, où cet auteur nous explique comment un tel cumul des conditions fixées par les articles 38, 39, 41 et 42 aurait pu être accompli dans le cas de l'*Accord du lac Meech*. Sur ce point, voir aussi *infra*, note 89.

veulent être consultés<sup>35</sup>. Cela donne lieu à des référendums, des audiences publiques et des commissions parlementaires, tenus sur une base volontaire ou obligatoire. Ainsi, au Manitoba, la tenue d'audiences publiques est obligatoire avant même que la législature provinciale puisse adopter une résolution en faveur d'une modification constitutionnelle<sup>36</sup>. De plus, en Alberta et en Colombie-Britannique, la tenue d'un référendum est prévue avant que la législature provinciale puisse adopter une résolution favorable à une quelconque modification constitutionnelle<sup>37</sup>. Nous entendons toutefois revenir plus

---

<sup>35</sup> Sur cette réalité purement canadienne, voir Alan C. CAIRNS, « Citizens and Their Charter: Democratizing the Process of Constitutional Reform », dans Michael D. BEHIELS (éd.), *The Meech Lake Primer: Conflicting Views of the 1987 Constitutional Accord*, Ottawa, University of Ottawa Press, 1989, pp. 109-124. À la page 122, le professeur Cairns affirme ceci :

*The constitution is now also about women, aboriginals, multicultural groups, equality, affirmative action, the disabled, a variety of rights, and so on. Since it is not possible to separate clearly the concerns of the governments which dominate federalism from the concerns of these newly constitutionalized social categories, it logically follows that the constitution with its many non-federal concerns can no longer be entrusted exclusively to governments in the process of constitutional change. Government domination of the constitutional process has seriously declined in legitimacy.*

<sup>36</sup> Au Manitoba, l'article 36.1 du Règlement de l'Assemblée législative prévoit qu'une motion gouvernementale portant modification de la Constitution du Canada doit être obligatoirement renvoyée, avant le sixième jour de débats sur la résolution constitutionnelle, à un comité permanent ou à un comité spécial chargé de recevoir les mémoires du public.

Sur ce point, voir J.R. HURLEY, *op. cit.*, note 28, pp. 170 et 171.

<sup>37</sup> Pour la Colombie-Britannique, voir le *Constitutional Amendment Approval Act*, S.B.C. 1991, c. 2, qui renvoie au *Referendum Act*, S.B.C. 1990, c. 68; pour l'Alberta, voir le *Constitutional Referendum Act*, S.A. 1992, c. C-22.25, modifié particulièrement par le *Constitutional Referendum Amendment Act*, S.A. 1992, c. 36.

Les référendums prévus par les lois de la Colombie-Britannique et de l'Alberta sont obligatoires et contraignants, c'est-à-dire qu'ils doivent nécessairement être tenus avant même que la législature puisse adopter une résolution portant sur une modification constitutionnelle. De plus, le gouvernement de la province est lié par les résultats référendaires. Ce gouvernement a aussi l'obligation légale de tout mettre en œuvre pour donner effet à ces résultats. Dans le cas de la loi de l'Alberta, il est au surplus prévu que le référendum provincial peut être remplacé par un référendum tenu en vertu de la *Loi concernant les référendums sur la Constitution du Canada*, précitée, note 20, si la législature provinciale y consent.

loin sur la question de savoir quelle est la légalité de tels référendums<sup>38</sup>.

- Enfin, on constate que les Canadiens ont l'habitude de procéder la plupart du temps à la recherche de la proposition de réforme constitutionnelle idéale. Ainsi, nous cherchons à peaufiner, à améliorer sans cesse les propositions qui nous sont soumises, plutôt que de les approuver ou de les rejeter en bloc, pour ce qu'elles sont, avec leurs forces et leurs faiblesses. Cette attitude est de nature à complexifier et à ralentir le processus de modification constitutionnelle au Canada.

Un autre élément de complication a trait à la place des autochtones et des territoires dans le processus de négociation et de modification constitutionnelles au Canada. En effet, on pourrait être tenté de soutenir *a priori*, à la lumière du précédent créé par l'**Entente de Charlottetown**, qu'une convention constitutionnelle a été établie en faveur de la participation des gouvernements territoriaux aux négociations constitutionnelles, un peu comme ce qui a été formellement consenti aux autochtones en vertu de l'article 35.1 de la **Loi de 1982**<sup>39</sup>. On pourrait également être tenté de soutenir *à première vue*, toujours dans la foulée de l'**Entente de Charlottetown**, qu'une convention constitutionnelle a été créée allant dans le sens de l'existence d'un droit de veto *de facto* en faveur des gouvernements territoriaux à l'égard des modifications constitutionnelles touchant aux principaux rapports fédératifs. Dans la même veine, on pourrait être tenté de prétendre qu'une convention constitutionnelle accorderait un droit de veto *de facto* aux autochtones lorsque leurs droits sont

---

<sup>38</sup> Sur ce point, *infra*, pp. 29-32.

<sup>39</sup> Rappelons que les représentants des peuples autochtones du Canada et les gouvernements des Territoires du Nord-Ouest et du Yukon ont été invités à participer à la négociation de l'**Entente de Charlottetown** en 1992 et ont accepté et signé cette entente.

Le professeur Woehrling a notamment affirmé que la participation des leaders autochtones et des dirigeants des territoires aux négociations qui ont mené à l'**Entente de Charlottetown** avait vraisemblablement créé un précédent (et non pas nécessairement une convention constitutionnelle à proprement parler) en faveur de leur participation aux négociations constitutionnelles. Ainsi, selon lui, ces négociations devront désormais associer onze premiers ministres, deux leaders des territoires et un certain nombre de représentants autochtones. Sur ce point, voir J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, *op. cit.*, note 28, p. 577.

menacés<sup>40</sup>, en plus du droit qu'ils possèdent en vertu de l'article 35.1 de la *Loi de 1982* de participer aux conférences constitutionnelles susceptibles de les concerner. Certains vont même jusqu'à suggérer, toujours à la lumière de ce qui fut fait pour l'*Entente de Charlottetown*, qu'il n'est plus possible, en pratique, d'apporter une modification constitutionnelle affectant de façon substantielle le jeu des relations fédérales-provinciales au Canada sans tenir un référendum national, en plus d'appliquer les procédures formelles instaurées par la *Loi de 1982*<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Voir N. FINKELSTEIN et G. VEGH, *op. cit.*, note 23, pp. 2, 5, 18, et 27-32, où ces auteurs allèguent qu'il est possible – bien qu'il ne soit pas certain – qu'il existe une convention constitutionnelle conférant aux autochtones un droit de veto *de facto* sur les modifications constitutionnelles affectant les droits qui leur sont reconnus par l'article 35 de la *Loi de 1982*. Dans le même sens, voir aussi P.J. MONAHAN, *loc. cit.*, note 28, 16 et 17; Patrick J. MONAHAN, *Les têtes froides l'emporteront : l'évaluation des coûts et des conséquences de la séparation du Québec*, Toronto, Institut C.D. Howe/commentaire, janvier 1995, pp. 10, 11 et 20; ainsi que Patrick J. MONAHAN et Michael J. BRYANT, en collaboration avec Nancy C. CÔTÉ, *Coming to Terms with Plan B: Ten Principles Governing Secession*, Toronto, C.D. Howe Institute Commentary, juin 1996, p. 38. Voir également Peter W. HOGG, « Principles Governing the Secession of Quebec », (1997) 8 *NJCL/RNDC* 19, 21 et 42-45.

Voir par ailleurs José WOEHLING, « Les aspects juridiques d'une éventuelle sécession du Québec », (1995) 74 *R. du B. can.* 293, 313, où cet auteur reconnaît que le consentement des autochtones pourrait être requis politiquement pour les fins d'une modification constitutionnelle affectant, par exemple, la sécession du Québec.

Pour d'autres points de vue éclairants sur l'octroi ou non d'un droit de veto *de facto* aux autochtones, voir : Douglas SANDERS, « The Right of the Aboriginal Peoples of Canada », (1983) 61 *R. du B. can.* 314; Norman K. ZLOTKIN, « The 1983 and 1984 Constitutional Conference: Only the Beginning », (1984) 3 *C.N.L.R.* 3.

<sup>41</sup> Voir J. WOEHLING, *loc. cit.*, note 40, 313.

*Par ailleurs, depuis le référendum de 1992 sur l'Accord de Charlottetown, il est difficile d'imaginer qu'une modification constitutionnelle puisse réussir, sur le plan politique, sans être d'abord acceptée par la population (bien que, sur le plan strictement juridique, un référendum ne soit jamais nécessaire pour modifier la Constitution).*

Voir aussi J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, *op. cit.*, note 28, p. 577 :

*Pour conclure sur le référendum du 26 octobre 1992, il faut souligner que celui-ci constitue, sur le plan politique, un précédent qu'il sera sans doute difficile d'ignorer à l'avenir. Toute nouvelle tentative de réforme constitutionnelle devra donc vraisemblablement être soumise à la population. Peu de politiciens fédéraux ou provinciaux voudront désormais encourir l'impopularité résultant d'une tentative de modifier la Constitution sans recourir au référendum. [...] S'il y a entente, celle-ci devra être approuvée par la population, au niveau pan-canadien bien-sûr, mais*

Différents documents officiels ont eux aussi suggéré, chacun à sa façon, un renforcement du rôle des autochtones ou des territoires dans le dossier de la réforme constitutionnelle au Canada. Ainsi, le « Comité Beaudoin-Edwards » a recommandé que les représentants des peuples autochtones et que les gouvernements des territoires soient invités à participer aux futures conférences constitutionnelles<sup>42</sup>. Ce comité a également proposé que la Constitution du Canada soit amendée de façon à ce qu'aucune modification concernant directement les peuples autochtones ne puisse se faire désormais sans que ceux-ci y consentent<sup>43</sup>. Au chapitre référendaire, le « Comité Beaudoin-Edwards » a préconisé notamment le remplacement des modalités de modification constitutionnelle instaurées par les articles 38, 41 et 42 de la *Loi de 1982* par une formule de « veto régionaux » semblable à celle que l'on retrouvait dans la *Charte de Victoria* de 1971<sup>44</sup>. Ce comité a aussi prôné l'adoption d'une loi fédérale qui permettrait, si cela était jugé nécessaire par le gouvernement du Canada, la tenue d'un référendum consultatif sur une quelconque proposition de modification constitutionnelle, ce référendum devant requérir une majorité nationale et une majorité dans chacune des quatre grandes régions canadiennes (Atlantique, Québec, Ontario, Ouest)<sup>45</sup>. Le « Comité Beaudoin-Edwards » n'est toutefois pas allé jusqu'à rendre automatique la tenue d'un tel référendum, ni même jusqu'à suggérer que celui-ci eût été rendu nécessaire, en pratique, en vertu de quelque convention constitutionnelle que ce soit.

---

*également, pour certains cas, dans chaque province, ou, pour d'autres cas, dans chacune des quatre « régions ».*

<sup>42</sup> CANADA/Comité mixte spécial sur le processus de modification de la Constitution du Canada (« Comité Beaudoin-Edwards »), *Le processus de modification de la Constitution du Canada : Rapport du comité mixte spécial*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1991, p. 71. Ce rapport sera ci-après appelé « rapport du Comité Beaudoin-Edwards ».

<sup>43</sup> *Id.*, p. 70.

<sup>44</sup> *Id.*, p. 69.

<sup>45</sup> *Id.*, p. 71. Notons que la *Loi concernant les référendums sur la Constitution du Canada*, précitée, note 20, découle de cette proposition de référendum consultatif formulée par le « Comité Beaudoin-Edwards ». Toutefois, le législateur fédéral n'a pas retenu, dans cette loi, l'idée de la « majorité dans chacune des quatre régions ». Au contraire, l'article 3 de la loi susmentionnée prévoit même qu'un référendum fédéral peut être tenu dans une seule province canadienne. Cette dernière disposition mentionne également qu'un référendum fédéral peut être tenu dans l'ensemble du Canada ou dans plusieurs provinces.

L'*Entente de Charlottetown* prévoyait pour sa part qu'il conviendrait d'amender la Constitution du Canada de façon à ce qu'aucune modification constitutionnelle affectant les droits des autochtones puisse être proclamée sans que ceux-ci y consentent<sup>46</sup>.

La « Commission Dussault-Erasmus » a, quant à elle, suggéré que les autochtones obtiennent formellement un droit de veto « enchâssé » dans la Constitution du Canada à l'égard des modifications touchant directement aux droits qui découlent des articles 25, 35 et 35.1 de la *Loi de 1982* et du paragraphe 91(24) de la *Loi de 1867*<sup>47</sup>. À défaut de procéder à une telle reconnaissance constitutionnelle, il y aurait lieu, toujours selon la « Commission Dussault-Erasmus », d'élargir la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*<sup>48</sup> de façon à y prévoir une protection allant dans le sens susmentionné<sup>49</sup>.

Rappelons de plus les anciens articles 37 et 37.1 de la *Loi de 1982*, abrogés respectivement en 1983 et 1987<sup>50</sup>, qui prévoyaient la participation des autochtones et des gouvernements des territoires aux conférences constitutionnelles prévues par ces articles. Dans le cas des autochtones, comme nous l'avons vu, l'article 35.1 de la *Loi de 1982* a pris le relais de ces dispositions.

Malgré ces propositions favorables à un rôle accru des autochtones ou des gouvernements des territoires dans le processus de modification constitutionnelle au Canada, nous ne croyons pas

---

<sup>46</sup> Cette mesure aurait été appelée à devenir, si elle avait finalement été « enchâssée » dans la Constitution, le nouvel article 45.1 de la *Loi de 1982*. Sur ce point, voir les « Textes juridiques de l'*Entente de Charlottetown* », précités, note 13, pp. 49 et 50.

<sup>47</sup> CANADA/Commission royale sur les peuples autochtones (« Commission Dussault-Erasmus »), *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 5 (Vingt ans d'action soutenue pour le renouveau), Ottawa, Groupe Communication Canada - Édition, 1996, p. 136. Ce rapport sera ci-après appelé le « rapport de la Commission Dussault-Erasmus ».

<sup>48</sup> *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, précitée, note 6.

<sup>49</sup> Sur ce point, voir le « rapport de la Commission Dussault-Erasmus », *op cit.*, note 47, p. 148. De façon générale, sur tous les changements qu'il conviendrait, selon cette commission, d'apporter à la Constitution du Canada en faveur des autochtones relativement à la modification constitutionnelle, voir ce même rapport, pp. 6 et 136-148.

<sup>50</sup> L'article 37 de la *Loi de 1982* a été abrogé le 17 avril 1983 aux termes de l'article 54 de cette loi. L'article 37.1 de la *Loi de 1982* a été abrogé le 18 avril 1987 aux termes de l'article 54.1 de cette loi.



que l'on puisse vraiment parler pour l'instant, sur la seule foi du précédent créé par l'*Entente de Charlottetown*, de l'existence d'une convention constitutionnelle favorable à la participation des territoires aux négociations constitutionnelles, ni même d'une convention constitutionnelle allant dans le sens d'un droit de veto *de facto* en faveur desdits territoires ou des autochtones du Canada.

Nous devons toutefois reconnaître que, dans la dynamique propre à la société canadienne, il serait difficile d'imaginer qu'une modification constitutionnelle affectant *réellement* les droits des autochtones puisse être accomplie en pratique sans leur consentement préalable. En d'autres termes, il y a fort à parier que, bien que le consentement des autochtones ne soit pas requis *théoriquement* pour la modification constitutionnelle au Canada, celui-ci soit néanmoins requis *politiquement* de nos jours pour les amendements les affectant directement. Il n'y a toutefois pas encore lieu de parler, selon nous, de convention constitutionnelle en tant que telle, puisqu'il est probablement trop tôt pour dire que les acteurs politiques se sentent liés au respect de quelque obligation que ce soit à l'égard des autochtones en ce qui a trait à la mise en œuvre de la procédure de 1982, et puisque les acteurs politiques demeurent encore maîtres de leur comportement à cet égard<sup>51</sup>. Ce comportement pourra d'ailleurs varier dans le futur en fonction des circonstances précises auxquelles les acteurs politiques feront face, de même qu'en fonction de ce qu'ils jugeront être les intérêts supérieurs de l'État canadien. Rappelons, dans cette veine, que les autochtones n'ont pas été invités à

---

<sup>51</sup> Rappelons d'ailleurs que, dans le « Renvoi sur le droit de veto du Québec », la Cour suprême du Canada avait reconnu qu'il n'existait aucune convention constitutionnelle en vertu de laquelle le consentement du Québec aurait été nécessaire pour procéder, avant 1982, à une modification constitutionnelle affectant les rapports fédératifs de façon substantielle. La Cour avait également rejeté la prétention du Québec selon laquelle la reconnaissance par les acteurs politiques dans les précédents n'était pas essentielle pour établir une convention.

Pourtant, le Québec avait soulevé d'excellents arguments devant la Cour fondés sur le caractère distinct du Québec au sein du Canada, sur la dualité canadienne, ainsi que sur les précédents.

Le « Renvoi sur le droit de veto du Québec » est désigné techniquement comme étant le *Renvoi : opposition à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793.

participer à la conférence fédérale-provinciale qui a été tenue les 20 et 21 juin 1996, ce dont ils se sont plaints amèrement.

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

À tous les éléments de complication que nous avons soulignés plus haut s'ajoute bien entendu la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*<sup>52</sup> de 1996, une loi qui prend maintenant une importance singulière dans le débat canadien comme nous l'avons déjà souligné<sup>53</sup>. Cette loi mérite certainement que nous lui consacrons, dès maintenant, un examen spécial.

### **C. L'impact de la Loi concernant les modifications constitutionnelles sur la procédure de modification actuelle**

La *Loi concernant les modifications constitutionnelles*<sup>54</sup> prévoit l'interdiction pour un ministre de la Couronne fédérale de déposer une motion de résolution autorisant une modification constitutionnelle, à moins qu'il y ait eu consentement préalable de la majorité des provinces, cette majorité devant comprendre :

- le Québec;
- l'Ontario;
- la Colombie-Britannique;

---

<sup>52</sup> *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, précitée, note 6. Pour une analyse de cette loi, voir B. PELLETIER, *op. cit.*, note 3, pp. 322-342.

<sup>53</sup> Sur ce point, *supra*, p. 6.

<sup>54</sup> *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, précitée, note 6.

- au moins deux des provinces de l'Atlantique représentant au moins cinquante pour cent de la population de cette région; et
- au moins deux des provinces des Prairies représentant au moins cinquante pour cent de la population de cette région.

Cette loi ne jouit pour l'instant d'aucun statut constitutionnel. Au contraire, elle s'inscrit hors du cadre de la procédure de modification constitutionnelle formelle, laquelle est établie essentiellement – et peut-être même exclusivement<sup>55</sup> – par la *Loi de 1982*. Elle complexifie néanmoins cette procédure en ce qu'elle détermine de nouvelles modalités pour l'exercice du droit de veto dont dispose le Parlement central à l'égard de la modification de la Constitution du Canada<sup>56</sup>. Elle vient s'ajouter (et non pas se substituer) à la procédure de modification constitutionnelle instaurée par la *Loi de 1982* et vient, à toutes fins utiles, compléter cette dernière sans passer par une modification de la Constitution écrite.

Plus spécifiquement, le « veto régional » en question s'applique à l'ensemble des modifications qui sont actuellement visées par la « procédure 7/50 » prévue aux articles 38 et 42 de la *Loi de 1982*, et qui ne font pas l'objet du « droit de retrait » prévu au paragraphe 38(3) de cette loi. Cela revient à dire, à notre avis, que le « veto régional » est appelé à couvrir les propositions constitutionnelles portant *notamment* sur les sujets suivants : (1) les modifications affectant la plupart des dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>57</sup>; (2) la réforme des institutions centrales; (3) le rattachement aux provinces existantes de tout ou partie des territoires; (4) la création de nouvelles provinces; (5) l'adoption d'une « clause Canada »; (6) la reconnaissance

---

<sup>55</sup> Sur ce point, voir les commentaires qui figurent *supra*, note 29 et texte correspondant.

<sup>56</sup> Rappelons que le Parlement du Canada dispose d'un droit de veto par rapport à toutes les modifications constitutionnelles, sauf celles couvertes par l'article 45 de la *Loi de 1982*. C'est précisément l'exercice de ce droit de veto qui est visé par le « veto régional » prévu dans la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, précitée, note 6. Le veto suspensif du Sénat canadien, reconnu à l'article 47 de la *Loi de 1982*, n'est toutefois d'aucune façon remis en question par le « veto régional » susmentionné.

<sup>57</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 4. Cette charte sera ci-après appelée la *Charte de 1982*.

constitutionnelle, sous certaines formes, du caractère distinctif du Québec; (7) l'adoption de certaines mesures reconnaissant la dualité linguistique au Canada; (8) la limitation constitutionnelle du pouvoir fédéral de dépenser; (9) l'« enchâssement » de certains accords administratifs; (10) la « constitutionnalisation » de dispositions destinées à favoriser la consolidation de l'union sociale et économique au Canada; (11) l'adoption de certaines normes constitutionnelles favorables aux peuples autochtones du Canada; (12) l'adoption de mesures constitutionnelles prévoyant la tenue obligatoire de conférences fédérales-provinciales ou interprovinciales; (13) l'adoption de dispositions constitutionnelles en matière d'asymétrie législative; etc.<sup>58</sup>

Comme on le constate, la portée du « veto régional » institué par la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*<sup>59</sup> est fort large et ses exigences sont particulièrement contraignantes. De fait, ce « veto régional » est encore plus exigeant que la procédure qui était prévue dans la *Charte de Victoria* de 1971, de même que celle qui avait été retenue par le « Comité Beaudoin-Edwards »<sup>60</sup>. En termes concrets, le « veto régional » en question équivaut à une « procédure 7/92 ». On n'est donc pas loin, à toutes fins utiles, de l'application de la règle de l'unanimité à l'égard de toute

---

<sup>58</sup> Pour plus de détails concernant les différentes affirmations faites dans ce paragraphe, voir B. PELLETIER, *op. cit.*, note 3, pp. 329-331.

<sup>59</sup> *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, précitée, note 6.

<sup>60</sup> À cet égard, notons que la *Charte de Victoria* de 1971 n'accordait pas expressément un droit de veto à la Colombie-Britannique, mais plutôt à deux provinces de l'Ouest représentant au moins cinquante pour cent de cette région. Par contre, la *Loi concernant les modifications constitutionnelles, id.*, accorde un droit de veto spécifique à la Colombie-Britannique, en plus d'octroyer un tel veto à deux provinces des Prairies représentant au moins cinquante pour cent de la population de cette région. De plus, la *Charte de Victoria* accordait un droit de veto à deux provinces de l'Atlantique, peu importe leur population, alors que la *Loi concernant les modifications constitutionnelles* requiert que ces deux mêmes provinces représentent au moins cinquante pour cent de la population de l'Atlantique. Cette dernière loi est donc plus exigeante que la *Charte de Victoria*.

Quant au « rapport du Comité Beaudoin-Edwards » (*op. cit.*, note 42), il a recommandé que l'on revienne à la procédure prévue dans la *Charte de Victoria*, mais a néanmoins proposé que la création de nouvelles provinces et le rattachement des territoires aux provinces actuelles en soient exclus. La *Loi concernant les modifications constitutionnelles* s'applique maintenant à ces deux derniers sujets, de sorte que ceux-ci doivent être couverts par le « veto régional » que cette loi établit. De ce fait, cette dernière loi est, là encore, plus exigeante que le « rapport du Comité Beaudoin-Edwards ».

modification concernant les relations fédératives les plus fondamentales au Canada.

À titre d'exemple, mentionnons qu'il serait pratiquement impossible de reconnaître demain le particularisme québécois dans la Constitution canadienne – d'une façon semblable à ce que l'on retrouvait dans l'*Accord du lac Meech* ou l'*Entente de Charlottetown* – sans avoir le consentement du Québec, de l'Ontario, de la Colombie-Britannique, de deux provinces de l'Atlantique représentant cinquante pour cent de la population de cette région et de deux provinces des Prairies représentant cinquante pour cent de la population de cette région. Dès lors, la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*<sup>61</sup> fait en sorte que la « procédure 7/50 » n'est désormais plus suffisante pour procéder à un tel « enchâssement » constitutionnel.

En réalité, la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*<sup>62</sup> enlève de la flexibilité aux acteurs politiques, en ce qu'elle rend plus difficile qu'auparavant le fait de contourner les quelques provinces qui seraient opposées à une modification constitutionnelle quelconque<sup>63</sup>. On constatera également que cette loi vient rendre encore plus difficile la création de nouvelles provinces ou le rattachement de tout ou partie des territoires aux provinces existantes, deux sujets que certains semblaient pourtant désirer dans le passé soumettre à une modalité

---

Sur toute cette question, voir B. PELLETIER, *op. cit.*, note 3, pp. 337 et 338.

<sup>61</sup> *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, précitée, note 6.

<sup>62</sup> *Id.*

<sup>63</sup> À titre d'exemple, soulignons que, dans les propositions fédérales de septembre 1991, le gouvernement du Canada avait soigneusement évité de faire des propositions exigeant l'unanimité. Il s'était limité à des propositions exigeant au plus la « procédure 7/50 », jugeant alors que l'application de cette modalité offrait beaucoup plus de possibilités de parvenir à un dénouement heureux et permettrait éventuellement de contourner, si besoin était, deux ou trois provinces « récalcitrantes ». Cela est devenu encore plus difficile à réaliser depuis l'adoption de la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, *id.*

Pour le texte des propositions fédérales de septembre 1991, voir GOUVERNEMENT DU CANADA, *Bâtir ensemble l'avenir du Canada : Propositions*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1991, pp. 22-25 et 55 (recommandation n° 13).

beaucoup moins exigeante que la « procédure 7/50 » qui leur est présentement applicable de façon formelle<sup>64</sup>.

Soulignons toutefois que des doutes pourraient être soulevés légitimement en ce qui concerne la légalité de la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*<sup>65</sup>. En effet, certains pourraient vouloir soutenir que cette loi est *ultra vires*, dans la mesure où elle empêche, en certaines circonstances, de donner suite au processus et au mécanisme de modification constitutionnelle prévus depuis 1982. Cette loi, prétendra-t-on sans doute, a pour effet indirect d'amender la procédure de modification constitutionnelle elle-même, sans se conformer à la règle de l'unanimité prévue à l'alinéa 41e) de la *Loi de 1982*. On alléguera aussi que cette loi fait plus qu'ajouter à la procédure de 1982 : elle interdit carrément de mettre en œuvre cette procédure au niveau du

---

<sup>64</sup> Voir à cet égard le « rapport du Comité Beaudoin-Edwards », *op cit.*, note 42, p. 70, où l'on a suggéré que la création de nouvelles provinces requière dorénavant le seul consentement du Parlement du Canada et des législatures des territoires concernés, plutôt que la « procédure 7/50 » actuelle. On y a également recommandé que le rattachement aux provinces existantes de tout ou partie des territoires nécessite seulement, dans l'avenir, le consentement du Parlement central ainsi que celui des législatures des provinces et territoires concernés.

Voir également l'*Entente de Charlottetown*, où les acteurs politiques canadiens avaient convenu qu'il y aurait lieu de revenir à la procédure antérieure à 1982 dans le cas de la création de nouvelles provinces, c'est-à-dire de requérir le seul consentement du Parlement du Canada. Quant au rattachement aux provinces existantes de tout ou partie des territoires, l'*Entente de Charlottetown* proposait que l'on requière le seul consentement du Parlement central et des territoires concernés. Sur ce point, voir les « Textes juridiques de l'*Entente de Charlottetown* », *op cit.*, note 13.

<sup>65</sup> *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, précitée, note 6.

Notons que les auteurs Finkelstein et Cohen ont soulevé des doutes en ce qui a trait à la constitutionnalité de la loi susmentionnée, dans l'un de leurs articles : Neil FINKELSTEIN et Russell COHEN, « Suggestions for the Decentralization of Canada », (1996) 75 *R. du B. can.* 251, 252 (à leur note infrapaginale n° 4). Ainsi, ils ont affirmé ce qui suit :

*The Act limits only a Minister from introducing a constitutional amendment; it does not purport to prevent Parliament from approving any amendment, if introduced by some other means. The Act certainly raises the possibility that, in adding an additional threshold to the amending formula contained in the Constitution Act, 1982, it has amended the amending formula of the Constitution without complying with it.*

On remarquera, à la lumière de la citation qui précède, que ces auteurs ne se sont pas vraiment prononcés fermement sur la question de la légalité de la loi en cause. Leurs propos demeurent ambigus.

Parlement canadien, à moins qu'il y ait respect de certaines conditions bien précises.

Il est vrai que, vue sous un certain angle, la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*<sup>66</sup> pourrait, dans certains cas, se trouver à empêcher que des amendements à la Constitution du Canada ne soient accomplis. Cette loi ajoute réellement des exigences à la procédure de 1982 de façon indirecte, c'est-à-dire sans modifier explicitement cette dernière.

Nous estimons néanmoins que la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*<sup>67</sup> est tout à fait légale puisqu'elle ne vise qu'à compléter la procédure de 1982 plutôt qu'à s'y substituer. De même, nous sommes d'avis que cette loi n'entrave pas réellement la souveraineté du Parlement puisque celui-ci demeure toujours libre de l'abroger ou de la modifier, et puisque ladite loi impose techniquement des contraintes au gouvernement du Canada (c'est-à-dire aux ministres de la Couronne, comme la loi le dit elle-même) plutôt qu'au Parlement en tant que tel. De plus, le Parlement pourrait toujours être saisi par un député ou un sénateur (plutôt que par un ministre) d'une motion de résolution autorisant une modification constitutionnelle, ce qui permettrait de contourner la loi en toute légalité. Nous avons même déjà émis l'opinion que le Parlement pourrait adopter une résolution sans que les conditions fixées par la loi en cause aient été préalablement respectées, et que les tribunaux n'auraient malgré tout d'autre choix que de donner effet et préséance à cette résolution<sup>68</sup>. Pour l'ensemble de ces motifs, nous ne voyons donc pas en quoi la loi en question pourrait être considérée comme étant illégale ou inconstitutionnelle<sup>69</sup>. Notons d'ailleurs, au passage,

---

<sup>66</sup> *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, précitée, note 6.

<sup>67</sup> *Id.*

<sup>68</sup> Sur ce point, voir B. PELLETIER, *op. cit.*, note 3, pp. 326 et 327. Nous émettions alors l'opinion que la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, *id.*, ne serait probablement pas sanctionnée par les tribunaux en cas de violation. À la limite, selon nous, les tribunaux pourraient déclarer cette loi inopérante et donner priorité à une résolution qui aurait été adoptée conformément aux dispositions de la partie V de la *Loi de 1982* mais en dérogation à la *Loi concernant les modifications constitutionnelles* elle-même. Sur toute cette question, voir aussi la note infrapaginale qui suit.

<sup>69</sup> Nous ne sommes pas sans savoir qu'il existe un principe en droit constitutionnel canadien voulant que les assemblées législatives ne puissent pas se lier pour l'avenir relativement au fond de la loi mais qu'elles puissent le faire quant à la forme, c'est-à-dire la manière selon laquelle la loi doit être

qu'il en est de même, à notre avis, pour les lois qui prévoient la tenue de référendums en Colombie-Britannique et en Alberta, lois dont nous avons déjà parlé<sup>70</sup>. Nous n'avons toutefois pas la prétention de pouvoir clore définitivement tout le débat entourant le caractère légal ou non de l'ensemble de ces lois.

Peu importe qu'elle soit *intra vires* ou non, il ressort clairement de l'exposé qui précède que la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*<sup>71</sup> est, tant qu'elle est applicable, suscepti-

---

adoptée, modifiée ou abrogée. Ce principe découle de la souveraineté parlementaire, l'une des principales assises de notre régime politique. À notre avis, ce principe pourrait également trouver application à l'égard de l'adoption d'une résolution (et non pas d'une loi à proprement parler) par une assemblée législative quelconque, bien que cela soit un peu moins certain et puisse faire l'objet d'un débat.

Quoi qu'il en soit, dans le cas de la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, précitée, note 6, nous ne croyons pas que l'on puisse dire que le Parlement central se soit lié pour l'avenir relativement à l'adoption d'une résolution en matière de modification constitutionnelle, puisque les contraintes qui sont prévues dans cette loi s'appliquent au gouvernement du Canada et non pas au Parlement lui-même. La souveraineté parlementaire est ainsi sauvée.

Dans ce contexte, nous sommes d'avis que le Parlement pourrait toujours adopter une résolution favorable à une modification constitutionnelle sans se conformer à la loi susmentionnée, et que les tribunaux se devraient alors de donner force légale et primauté à une telle résolution.

Sur cette dernière affirmation, voir aussi la note infrapaginale qui précède.

<sup>70</sup> Ces lois de la Colombie-Britannique et de l'Alberta sont précitées à la note 37.

Il y a lieu de noter que nous avons déjà exprimé le point de vue, dans un autre texte que celui-ci, voulant que les législatures puissent certes s'obliger à tenir des référendums mais qu'elles ne puissent pas s'obliger à l'avance à respecter un résultat référendaire. Cela irait à l'encontre de la souveraineté parlementaire. Sur ce point, voir B. PELLETIER, *op. cit.*, note 3, p. 166.

On aura toutefois remarqué que, dans le cas des lois de la Colombie-Britannique et de l'Alberta qui obligent la tenue d'un référendum préalablement à l'adoption d'une résolution favorable à une modification constitutionnelle, il existe une nuance subtile. En effet, c'est le gouvernement de la province et non pas la législature qui est ici contraint de respecter le verdict référendaire. Cela laisse, à notre avis, la souveraineté parlementaire intacte et empêche que les lois en cause puissent être attaquées avec succès pour motif d'inconstitutionnalité.

Pour une opinion contraire à la nôtre, voir Sébastien GRAMMOND, « Une province peut-elle subordonner l'approbation d'une modification constitutionnelle à la tenue d'un référendum? », (1997) 38 *C. de D.* 569. Cet auteur y affirme que les tribunaux invalideraient probablement les lois référendaires de l'Alberta et de la Colombie-Britannique, en puisant dans des arguments technico-juridiques et en s'inspirant des valeurs politiques.

<sup>71</sup> *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, précitée, note 6.



ble d'avoir un impact non négligeable sur la mise en œuvre de la procédure de 1982. Pourtant, certains reprochent à cette procédure d'être déjà en elle-même d'une certaine lourdeur et inefficacité...

Proposons-nous donc d'examiner, indépendamment de la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*<sup>72</sup>, l'efficacité réelle et virtuelle de la procédure instaurée par la partie V de la *Loi de 1982*.

## **II. L'efficacité globale et le potentiel de la procédure de modification constitutionnelle canadienne**

Comme nous l'avons vu ci-dessus, la procédure de 1982 emprunte tous les détours que lui imposent les méandres découlant de la Constitution canadienne et des impératifs sociaux, politiques et purement législatifs propres au Canada. Dans la présente partie, nous tenterons d'examiner d'un peu plus près les modalités de l'application passée et future de cette procédure. Cela nous amènera à analyser d'abord les forces et les faiblesses de notre procédure de modification constitutionnelle (A). Puis, nous essaierons de reconstituer un tant soit peu l'ambiance politique dans laquelle cette procédure s'inscrit (B). Enfin, nous nous risquerons à formuler quelques propositions de changements concernant ladite procédure (C).

### **A. Les forces et les faiblesses de la procédure de modification constitutionnelle**

La procédure de modification constitutionnelle mise en place par la *Loi de 1982* ne se démarque pas par sa clarté, c'est le moins que l'on puisse dire. Au contraire, cette procédure forme un tout dont la cohérence est discutable. Les cinq modalités de modification constitutionnelle adoptées en 1982 s'enchevêtrent parfois de façon nébuleuse et, sans être contradictoires ni incompatibles, elles posent des problèmes d'application évidents. Ces problèmes sont d'ailleurs accentués par un certain nombre de mesures accessoires dont l'effet concret est de complexifier davantage la mise en œuvre de cette procédure. Par exemple, il

---

<sup>72</sup> *Id.*

n'est pas facile de concilier les articles 45 et 43 de la *Loi de 1982*, puisque ces dispositions concernent toutes deux, à des degrés divers, des modifications qui n'affectent pas l'ensemble des partenaires fédératifs<sup>73</sup>. L'article 43 possède d'ailleurs, à lui seul, une portée des plus énigmatiques. Dans la même veine, il est difficile de déterminer quelle modalité il faudrait appliquer pour les fins de l'abolition du Sénat du Canada<sup>74</sup> ou encore de la sécession du Québec<sup>75</sup>. De même, la question se pose sans cesse

---

<sup>73</sup> Sur ce point, pour plus de détails, voir B. PELLETIER, *op. cit.*, note 3, pp. 230-235 et 348. Plus particulièrement, nous affirmons, aux pages 230 et 231 :

*En effet, certaines des dispositions de la Constitution du Canada qui ne s'appliquent qu'à une ou à quelques provinces – et qui pourraient donc théoriquement être couvertes par l'article 43 – font partie de la constitution interne de ces provinces et, conséquemment, sont plutôt de nature à être assujetties à l'article 45 de la Loi de 1982. Dès lors, inutile d'affirmer qu'il ne saurait être question d'appliquer l'article 43 aux mesures constitutionnelles qui composent la « constitution de la province » au sens de l'article 45, puisque cela aurait pour effet de vider ce dernier article de sa substance.*

<sup>74</sup> L'hypothèse d'une abolition éventuelle du Sénat pose toute la question de savoir s'il faut appliquer l'alinéa 42(1)b), relatif aux modifications affectant les pouvoirs de la Chambre haute, ou l'alinéa 41e), concernant les modifications à la procédure de 1982 elle-même. Nous avons déjà examiné tout ce problème et avons finalement opté pour cette dernière solution : voir B. PELLETIER, *op. cit.*, note 3, pp. 218-224. Voir aussi Gérard-A. BEAUDOIN, « Le Sénat : abolition ou réforme? », *La Presse*, Montréal, 10 juillet 1993, B3. Voir au surplus J.R. HURLEY, *op. cit.*, note 28, p. 86 :

*L'abolition du Sénat supprimerait un acteur dans l'application de la formule de modification adoptée en 1982 et, comme tout changement à cette formule est assujéti au consentement unanime, on pourrait soutenir que l'abolition est assujéti à l'unanimité, soit la procédure la plus contraignante de la formule.*

<sup>75</sup> Sur la question de savoir quelle modalité de modification constitutionnelle s'appliquerait à la sécession du Québec, voir : J.-Y. MORIN et J. WOEHRLING, *op. cit.*, note 28, pp. 538-540; H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 28, pp. 262 et 263; P.J. MONAHAN, *loc. cit.*, note 28, pp. 3 et 5-15; P.J. MONAHAN, *Les têtes froides l'emporteront : l'évaluation des coûts et des conséquences de la séparation du Québec*, *op. cit.*, note 40, pp. 8-10 et 26; P.J. MONAHAN et M.J. BRYANT, en collaboration avec N.C. CÔTÉ, *op. cit.*, note 40, pp. 22, 25, 26 et 43; N. FINKELSTEIN et autres, *loc. cit.*, note 28, 228; N. FINKELSTEIN et G. VEGH, *op. cit.*, note 23, pp. 2, 5-8 et 31; R.A. YOUNG, *op. cit.*, note 28, pp. 247 et 248; P.W. HOGG, *op. cit.*, note 27, pp. 135 et 136; P.W. HOGG, *loc. cit.*, note 40, 24-27; et B. PELLETIER, *loc. cit.*, note 10, 341-377.

Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, note 8, la Cour suprême du Canada a clairement affirmé que la sécession d'une province du Canada requerrait une modification de la Constitution, précédée évidemment d'une négociation constitutionnelle : voir particulièrement les pages 257, 259,

de savoir s'il y a lieu de ne tenir compte que du caractère technique de la modification envisagée ou s'il faut aussi considérer la nature fondamentale de la disposition modifiée<sup>76</sup>.

Sans avoir l'intention de pénétrer au cœur de tout ce débat, nous entendons néanmoins formuler les commentaires qui suivent, relativement à la procédure de 1982.

- Les sujets qui font actuellement l'objet de l'article 41 de la *Loi de 1982* sont adéquats. Il n'y a pas lieu, à notre avis, de soumettre d'autres sujets à la règle de l'unanimité prévue à cet article.

Par contre, par rapport à l'alinéa 41*d*) concernant la composition de la Cour suprême, on ne sait toujours pas de façon déterminante si la *Loi sur la Cour suprême*<sup>77</sup> est couverte ou non par nos modalités de modification constitutionnelle. En effet, cette loi n'est pas mentionnée dans l'annexe de la *Loi de 1982*. En conséquence, certains auteurs concluent que cette loi n'est pas visée par la procédure de modification actuelle, alors que d'autres estiment qu'elle l'est malgré tout, du moins pour certaines de ses dispositions<sup>78</sup>. Tout cela devrait être précisé dans l'avenir, dans un sens ou dans l'autre.

- Les sujets couverts par le paragraphe 38(1) et par l'article 42 de la *Loi de 1982* semblent être adéquats, mais il y a lieu de s'inquiéter, pour des motifs sur lesquels nous reviendrons<sup>79</sup>, de ce que le Québec ne dispose pas d'un

---

260, 263-266, 270, 273, 292 et 293 de ce renvoi. La Cour s'est toutefois abstenue de se prononcer sur l'application d'une procédure précise pour faire sécession : voir les pages 273 et 274 du renvoi en cause.

<sup>76</sup> Pour plus de détails sur cette délicate question, voir José WOEHLING, « La procédure nécessaire pour modifier l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* », (1994) 35 *C. de D.* 551, 575; Jean-Pierre PROULX et José WOEHLING, « La restructuration du système scolaire québécois et la modification de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 », (1997) 31 *R.J.T.* 399, 484-488; Guy TREMBLAY, « La procédure de modification de la Constitution du Canada et ses puzzles », (1983) 43 *R. du B.* 1151, 1157 et 1158; B. PELLETIER, *op. cit.*, note 3, pp. 112-114. Voir aussi les remarques qui figurent *infra*, note 124 et texte correspondant.

<sup>77</sup> *Loi sur la Cour suprême*, précitée, note 25.

<sup>78</sup> Sur ce débat doctrinal, *supra*, note 28.

<sup>79</sup> Sur ce point, *infra*, pp. 44-47, 52 et 53.

droit de veto à l'égard des questions visées par ces mesures.

Par ailleurs, ce que nous venons de dire en ce qui concerne la composition de la Cour suprême du Canada trouve intégralement application par rapport à l'alinéa 42(1)d) de la *Loi de 1982*, en ce qui a trait aux modifications portant sur les autres caractéristiques de cette cour.

- L'article 43 de la *Loi de 1982* semble être adéquat, bien que sa portée demeure encore fort confuse. À la limite, il pourrait y avoir lieu de prévoir spécifiquement que cette disposition puisse s'appliquer à l'égard de la modification constitutionnelle des frontières séparant une province d'un territoire fédéral ou d'un pays étranger, ce qui n'est pas clair actuellement<sup>80</sup>. Dans une telle hypothèse, il faudrait inscrire dans l'annexe de la *Loi de 1982* les différentes lois fédérales et provinciales qui ont été adoptées en vertu de l'article 3 de la *Loi de 1871*. Au cas contraire, il pourrait être utile de préciser une fois pour toutes que c'est l'article 3 de la *Loi de 1871* qui s'applique à ce type de situation.

Dans un autre ordre d'idées, soulignons que l'article 43 semble receler un potentiel énorme à l'heure actuelle, malheureusement trop peu exploité par nos acteurs politiques. Ainsi, nous croyons que cette disposition pourrait autoriser un certain nombre d'asymétries constitutionnelles. Il pourrait s'agir, par exemple, de certaines ententes bilatérales ou multilatérales que l'on voudrait « enchâsser » dans la Constitution du Canada, ou encore d'autres dispositions constitutionnelles que l'on désirerait ajouter à nos textes actuels. Toutes ces ententes ou ces nouvelles mesures constitutionnelles devraient toutefois, pour pouvoir être effectivement visées par l'article 43 de la *Loi de 1982*, répondre à une condition essentielle, à savoir : n'être applicables, *tant dans leur esprit que dans leur*

---

<sup>80</sup> Comme nous l'avons déjà dit, il est possible de prétendre que les modifications des frontières séparant une province d'un territoire fédéral ou d'un État étranger sont couvertes actuellement par l'article 3 de la *Loi de 1871* plutôt que par l'article 43 de la *Loi de 1982*, d'autant plus que les lois qui ont été adoptées à toute époque pertinente en vertu de l'article 3 en cause ne figurent pas dans l'annexe de la *Loi de 1982*. Sur ce point, *supra*, note 29.

*libellé*, qu'à une ou à quelques-unes des provinces canadiennes<sup>81</sup>.

- Les paragraphes 38(2) et (3) de la *Loi de 1982* posent un problème dans la mesure où il est difficile de savoir dans chaque cas quelles sont les modifications qui sont vraiment dérogatoires « à la compétence législative, aux droits de propriété ou à tous autres droits ou privilèges d'une législature ou d'un gouvernement provincial ».

Certains auteurs sont tentés de donner à cette expression une interprétation libérale. Selon eux, les provinces disposeraient d'un « droit de retrait » à l'égard, par exemple, des modifications visant à ajouter un nouveau droit à la *Charte de 1982* ou à donner plus d'amplitude à un droit déjà prévu par celle-ci<sup>82</sup>. Ces auteurs vont même jusqu'à suggérer que les provinces disposent d'un tel « droit de retrait » lorsqu'une modification constitutionnelle vise à apporter des restrictions additionnelles à la clause dérogatoire prévue à l'article 33 de la *Charte de 1982* ou à abroger carrément cette clause<sup>83</sup>. Tout cela nous semble toutefois être loin d'être certain. Au contraire, nous estimons que le « droit de retrait » ne peut pas s'appliquer à l'égard de ce type de situation qui ne touche qu'*indirectement* aux pouvoirs provinciaux. Ainsi, selon nous, le « droit de retrait » dans son état actuel ne devrait s'appliquer que dans les cas où certaines provinces désiraient déléguer ou autrement transférer formellement un ou quelques-uns de leurs pouvoirs au profit du Parlement fédéral<sup>84</sup>. En d'autres termes, nous estimons que le « droit de retrait » ne devrait pouvoir s'appliquer qu'à l'égard des modifications qui concernent *directement* les compétences législatives provinciales, plutôt qu'à l'égard de celles qui n'affectent ces compétences *que de façon indirecte*<sup>85</sup>.

---

<sup>81</sup> Sur ce point, voir B. PELLETIER, *op. cit.*, note 3, p. 314.

<sup>82</sup> Pour un tel point de vue, voir H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 28, p. 260.

<sup>83</sup> H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, pp. 260-262 et 888.

<sup>84</sup> Pour une argumentation plus élaborée en faveur de ce point de vue, voir B. PELLETIER, *op. cit.*, note 3, pp. 301 et 302.

<sup>85</sup> Voir B. PELLETIER, *op. cit.*, note 3, pp. 301 et 302, pour de plus amples explications. Plus particulièrement, nous y avons exprimé le point de vue

Peu importe que nous ayons raison ou non sur cette dernière question, le Québec ne devrait pas commettre l'erreur de se sentir déjà suffisamment protégé par le « droit de retrait » du paragraphe 38(3) de la *Loi de 1982*. En effet, comme nous venons de le mentionner, cette protection nous semble être très limitée dans le contexte actuel. Raison de plus alors pour le Québec de réclamer un droit de veto sur les questions visées par l'article 38 de la *Loi de 1982* – hormis celles qui font effectivement l'objet du « droit de retrait » susmentionné, quelle que soit l'interprétation que l'on donne à ce dernier concept –, en plus de celles visées par l'article 42 de cette loi<sup>86</sup>.

Quant au paragraphe 38(2) de la *Loi de 1982*, qui prévoit une règle de majorité qualifiée pour les modifications qui y sont mentionnées, il nous paraît être d'une utilité douteuse. Cette disposition ajoute également de la confusion en ce qui a trait à la mise en œuvre de la procédure de modification constitutionnelle actuelle puisque, comme

---

voulant que le « droit de retrait » prévu au paragraphe 38(3) de la *Loi de 1982* ne devrait s'appliquer essentiellement que lorsqu'il y a instauration d'un régime de délégation des pouvoirs législatifs ou encore un transfert pur et simple de compétences provinciales en faveur du Parlement. Il ne saurait, selon nous, s'appliquer lorsqu'une disposition de la *Charte de 1982*, quelle qu'elle soit, est amplifiée ou ajoutée. En effet, dans une telle situation, les compétences législatives des provinces ne risqueraient d'être affectées que de façon indirecte, soit comme une conséquence de l'accroissement de la portée globale de la charte en question. Il en serait de même, à notre avis, dans le cas où l'on voudrait abroger ou restreindre davantage la clause dérogatoire prévue à l'article 33 de ladite charte.

<sup>86</sup> Nous reviendrons plus loin sur l'importance qu'un droit de veto soit accordé au Québec en matière de modification constitutionnelle, entre autres en ce qui concerne la réforme des institutions centrales et la création de nouvelles provinces : *infra*, pp. 44-47, 52 et 53.

Nous reviendrons également plus loin sur l'opportunité que le Québec, parmi d'autres provinces canadiennes, obtienne un droit de veto par rapport à tout ce qui est actuellement visé par la « procédure 7/50 » et qui n'est pas couvert par le « droit de retrait » du paragraphe 38(3) de la *Loi de 1982*, quelle que soit l'interprétation que l'on veuille bien donner à ce « droit de retrait » : *infra*, pp. 44-46. Bien entendu, il serait tout à fait absurde que l'on accorde au Québec (ou à une autre province canadienne) un « droit de retrait » à l'égard de modifications constitutionnelles qui seraient par ailleurs visées par un droit de veto. Ce dernier droit permet à l'autorité qui en dispose, quelle qu'elle soit, de faire complètement obstacle à la modification constitutionnelle concernée. Si cette autorité renonce à opposer son veto, c'est alors qu'elle accepte ladite modification – du moins peut-on le présumer – et qu'elle ne voit aucune raison de s'y soustraire.

nous l'avons affirmé plus haut, il est difficile de déterminer dans chaque cas quelles sont les modifications qui sont dérogatoires « à la compétence législative, aux droits de propriété ou à tous autres droits ou privilèges d'une législature ou d'un gouvernement provincial ». Cette disposition devrait être abrogée selon nous.

- Le délai minimal d'un an prévu au paragraphe 39(1) de la *Loi de 1982* pour la prise d'effet d'une proclamation autorisant une modification constitutionnelle vise essentiellement à accorder aux provinces un temps suffisamment long pour exercer le « droit de retrait » prévu au paragraphe 38(3) de cette loi. Ce délai minimal, tel qu'il est énoncé actuellement, nous semble toutefois être inutile et dangereux pour les fins de la modification de la Constitution du Canada. En effet, ce délai empêche que ne soit proclamée rapidement une modification constitutionnelle qui, tout en rencontrant par ailleurs les exigences posées par la modalité applicable spécifiquement, n'aurait toutefois pas été formellement approuvée ni désapprouvée par la totalité des provinces dans l'année suivant l'adoption de la première résolution. Pour notre part, nous estimons qu'il serait préférable qu'une modification constitutionnelle puisse être proclamée dès qu'un nombre suffisant d'assemblées législatives y ont consenti. En conséquence, nous croyons que le délai minimal en cause devrait être aboli. Il y aurait lieu cependant de laisser aux provinces qui n'auraient pas adopté de résolutions (ni d'agrément ni de désaccord) avant qu'une modification visée par le paragraphe 38(1) de la *Loi de 1982* ne soit proclamée, un certain délai additionnel, après ladite proclamation, pour exercer le « droit de retrait » susmentionné<sup>87</sup>.
- Le délai maximal de trois ans prévu au paragraphe 39(2) de la *Loi de 1982* s'applique à l'égard de la prise d'effet de

---

<sup>87</sup> Ce délai additionnel pourrait être par exemple de dix-huit mois ou de deux ans suivant l'adoption de la résolution à l'origine de la procédure de modification. Dans l'hypothèse où une modification constitutionnelle était proclamée dans l'année suivant l'adoption de cette résolution, une province bénéficierait néanmoins de tout le délai susmentionné pour exercer le « droit de retrait » prévu au paragraphe 38(2) de la *Loi de 1982*. Les paragraphes 38(4) et 46(2) de cette loi continueraient, pour leur part, de s'appliquer tels quels.

la proclamation visée au paragraphe 38(1) de cette loi<sup>88</sup>. Ce délai semble être quelque peu problématique, ainsi que l'ont démontré les circonstances qui ont entouré l'échec de l'*Accord du lac Meech*<sup>89</sup>. Ainsi, on peut se demander si un délai aussi long n'est pas nuisible à l'amendement de la Constitution du Canada, étant donné la possibilité que pendant un tel délai des élections ne soient tenues, que des gouvernements ne se succèdent au pouvoir et que l'opinion publique ne change d'humeur. Peut-être ce délai devrait-il être raccourci? Il est néanmoins difficile d'être catégorique à cet égard. En effet, certains pourraient vouloir prétendre, non sans raison, qu'un délai maximal de trois ans est tout à fait raisonnable. D'autres pourraient par contre préconiser que ce délai maximal soit carrément aboli afin de laisser au processus de modification consti-

---

<sup>88</sup> Une distinction doit être faite entre le délai de dix-huit mois ou de deux ans que nous avons proposé dans la note infrapaginale qui précède, en ce qui a trait à l'exercice par une province de son « droit de retrait » dans l'hypothèse où le délai minimal du paragraphe 39(1) de la *Loi de 1982* devait être aboli, et le délai maximal de trois ans prévu actuellement au paragraphe 39(2) pour la prise d'effet de la proclamation d'une modification visée par le paragraphe 38(1) de cette loi. Il ne s'agit pas du tout de la même chose.

<sup>89</sup> Rappelons que, durant les trois ans qu'a duré le processus de ratification de l'*Accord du lac Meech*, de 1987 à 1990, trois élections provinciales ont porté au pouvoir des premiers ministres qui n'étaient pas signataires de l'entente politique originelle (Manitoba, Terre-Neuve et Nouveau-Brunswick). Le premier ministre du Nouveau-Brunswick, Frank McKenna, a fait ratifier l'*Accord du lac Meech* par l'Assemblée législative de la province en juin 1990. Les premiers ministres de Terre-Neuve et du Manitoba ont refusé de faire ratifier cette entente par leurs assemblées législatives respectives et même, dans le cas de Terre-Neuve, ont fait révoquer la résolution d'agrément qui avait déjà été adoptée. L'*Accord du lac Meech* a sombré sur le coup de minuit le 22 juin 1990, soit trois ans après que le Québec eut adopté la première résolution favorable à cet accord. Techniquement, la raison de cet échec tenait au fait que le Manitoba n'avait pas réussi à adopter la résolution à temps en raison des exigences particulières de l'article 36.1 du Règlement de l'Assemblée législative manitobaine, dont nous avons déjà parlé : *supra*, note 36. Voyant que la ratification de l'Accord était de ce fait devenue impossible, Terre-Neuve a décidé de ne pas tenir de vote sur la résolution constitutionnelle en cause.

Il y a toutefois lieu de consulter l'intéressante analyse de l'auteur Gordon Robertson : G. ROBERTSON, *op. cit.*, note 33, p. 19. Cet auteur y suggère qu'il n'y avait aucune raison pour que l'*Accord du lac Meech* périsse en juin 1990 puisque les exigences posées par l'article 38 et le paragraphe 39(2) de la *Loi de 1982* avaient déjà été rencontrées. Il ne restait plus qu'à rencontrer les exigences de l'article 41 de cette loi, à l'égard duquel le délai maximal de trois ans ne saurait trouver application selon Gordon Robertson. Cette argumentation nous convainc totalement.



tutionnelle tout le temps requis pour s'accomplir, au risque malgré tout qu'il ne se perde dans la nuit des temps. D'autres encore pourraient être favorables à l'idée que ce délai soit davantage diminué afin de faire en sorte que tous les partenaires fédératifs soient tenus de se prononcer avec une certaine célérité sur une quelconque proposition de modification constitutionnelle. Bien que notre préférence irait *a priori* pour cette troisième option, nous estimons qu'il y aurait lieu de continuer à réfléchir sur l'opportunité de maintenir, d'abolir ou de raccourcir un tel délai.

- On ne sait pas avec certitude actuellement si les délais maximal et minimal prévus à l'article 39 de la *Loi de 1982* s'appliquent également dans le cas des modifications visées par les articles 41 et 43 de cette loi. Certains auteurs disent que oui alors que d'autres disent que non<sup>90</sup>. Cela mériterait d'être précisé, sous réserve évidemment de la suggestion que nous avons formulée plus haut concernant l'abrogation pure et simple du délai minimal prévu au paragraphe 39(1) de la *Loi de 1982*. Par ailleurs, nous serions favorable à première vue à ce que le délai maximal prévu au paragraphe 39(2) de la *Loi de 1982*, qu'il soit diminué ou non, soit expressément rendu applicable aux articles 41 et 43 de cette loi. Tout cela pourrait toutefois, nous le concédons, faire l'objet d'autres réflexions et débats.
- Enfin, le fait que la compensation financière prévue à l'article 40 de la *Loi de 1982* soit limitée à l'éducation et

---

<sup>90</sup> Certains auteurs disent que ces délais s'appliquent seulement à l'article 38 de la *Loi de 1982*. D'autres disent qu'ils s'appliquent aussi à l'article 42, mais s'entendent néanmoins avec les premiers pour dire que ces délais ne s'appliquent pas aux articles 41 et 43 de cette loi. Tous ces auteurs sont les suivants : G. ROBERTSON, *id.*, pp. 16, 18 et 19; R.A. YOUNG, *op. cit.*, note 28, p. 247; J.-Y. MORIN et J. WOEHRLING, *op. cit.*, note 28, p. 535; H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 28, pp. 265 et 266; B. PELLETIER, *op. cit.*, note 3, pp. 305-307. L'auteur James Ross Hurley semble être du même avis : voir J.R. HURLEY, *op. cit.*, note 28, p. 81.

De son côté, le professeur Beaudoin semble dire qu'il est possible que les délais maximal et minimal de l'article 39 de la *Loi de 1982* s'appliquent aux modalités établies par l'article 41 de la *Loi de 1982* tout autant qu'à celles prévues aux articles 38 et 42 de cette loi : voir G.-A. BEAUDOIN, *op. cit.*, note 28, pp. 253, 254, 829 et 830.

aux autres domaines culturels pose des problèmes indéniables. Cela risque de pénaliser une province qui souhaiterait exercer son « droit de retrait » lorsque seraient en cause des matières autres que l'éducation et les autres domaines culturels. En effet, sans compensation financière, les citoyens de la province en question pourraient faire l'objet d'une double taxation<sup>91</sup>. Cela n'est pas normal, compte tenu du fait que cette compensation financière est destinée à s'appliquer lorsqu'il y a transfert de compétences législatives des provinces en faveur du Parlement, et que ce transfert ne devrait pouvoir être opéré au détriment de l'une ou de quelques-unes des provinces canadiennes. Par conséquent, nous estimons que la compensation financière en cause devrait être élargie, pour s'appliquer à tout transfert de compétences législatives provinciales au Parlement, quelle que soit la matière concernée.

Il ressort donc clairement, si l'on additionne les exigences inhérentes aux procédures de modification issues du compromis de 1982 elles-mêmes avec les divers éléments de complication dont nous avons parlé dans la première partie de ce texte, que la procédure de modification constitutionnelle au Canada est actuellement fort lourde. Il faut d'ailleurs être bien conscient du fait qu'un trop grand nombre de contraintes institutionnelles risquent d'empêcher, plutôt que de favoriser, la réalisation d'une quelconque réforme constitutionnelle.

Malgré tout, il faut admettre que la « procédure 7/50 », retenue comme formule générale et résiduaire en 1982, est loin d'être la plus exigeante qui soit. Au contraire, cette procédure est nettement moins contraignante que celles qui étaient prévues dans la *Charte de Victoria* de 1971, dans le « projet de rapatriement unilatéral » d'octobre 1980<sup>92</sup>, dans le « rapport du Comité

---

<sup>91</sup> Sur ce point, voir H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 28, p. 262; J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, *op. cit.*, note 28, p. 527.

<sup>92</sup> Ce que nous appelons le « projet de rapatriement unilatéral » d'octobre 1980 consiste formellement en un *Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada*, qui avait été soumis par le premier ministre Trudeau à la Chambre des communes le 2 octobre 1980. Ce projet reprenait essentiellement la procédure prévue dans la *Charte de Victoria* de 1971, mais ajoutait cependant la possibilité pour le Parlement canadien, en exclusivité, de tenir un référendum pour faire

Beaudoin-Edwards »<sup>93</sup>, ou même dans la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*<sup>94</sup>. En réalité, l'ensemble du compromis de 1982 en matière de modification constitutionnelle relève *a priori* d'un équilibre acceptable entre des amendements assujettis à la règle de l'unanimité et des amendements pouvant être accomplis unilatéralement par le Parlement du Canada ou une législature provinciale, en passant par des amendements réalisables par les autorités fédérales et un nombre restreint de provinces.

Il faut toutefois tenir compte du fait que la procédure de modification constitutionnelle canadienne baigne dans une atmosphère politique en pleine évolution, caractérisée à certaines époques par la présence de partenaires aux revendications différentes. Toute cette dynamique politique est bien entendu de nature à rendre un peu plus problématique la mise en œuvre de la procédure de 1982. Attardons-nous donc quelque peu à examiner cette dimension tout à fait politique de l'application de notre procédure de modification constitutionnelle.

## **B. Le contexte politique entourant la mise en œuvre de la procédure de modification constitutionnelle**

Ce qui rend l'actuelle procédure de modification constitutionnelle relativement hasardeuse et difficile à appliquer au Canada, c'est que l'ensemble des partenaires fédératifs possède des intérêts divergents à bien des égards, qu'il existe un certain manque de dialogue entre le Québec et le « reste du Canada » et que la volonté politique est changeante en matière de réforme constitutionnelle. Ainsi, il nous semble que c'est à ces trois facteurs que l'on doit d'abord et avant tout certaines des difficultés de mise en œuvre des modalités de modification constitutionnelle au Canada.

En effet, en ce qui a trait aux intérêts parfois divergents des provinces en matière de réforme constitutionnelle, il y a lieu de noter que les provinces de l'Atlantique sont, dans l'ensemble,

---

modifier la Constitution du Canada advenant un refus de la part des provinces d'y consentir. Il s'agissait en quelque sorte d'un référendum servant de mécanisme de déblocage constitutionnel.

<sup>93</sup> Voir le « rapport du Comité Beaudoin-Edwards », *op. cit.*, note 42.

<sup>94</sup> *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, précitée, note 6.

favorables au maintien d'un gouvernement central fort et à une certaine centralisation des pouvoirs au Canada, puisqu'elles sont encore tributaires – quoique moins qu'auparavant – des sommes qui leur sont transférées par le fédéral. Quant aux provinces des Prairies, elles cherchent avidement une réforme des institutions canadiennes qui permette enfin d'amenuiser leur sentiment d'aliénation par rapport aux provinces centrales. Pour sa part, la Colombie-Britannique souhaite être traitée comme un partenaire majeur dans l'ensemble canadien, étant donné l'accroissement constant de sa population et sa prospérité économique. L'Ontario se dit favorable à une certaine décentralisation du régime fédératif canadien. Quant au Québec, il semble parfois être partagé entre son désir d'obtenir une certaine réforme du fédéralisme canadien et ses aspirations sécessionnistes, selon le contexte politique du moment.

En ce qui a trait au manque de dialogue entre le Québec et le « reste du Canada », il s'est souvent traduit par l'expression « les deux solitudes », un concept servant à décrire les différences qui existent en termes de perception et d'orientation du lien fédératif canadien, ainsi que de revendications constitutionnelles.

Enfin, le contexte sociopolitique qui prévaut *actuellement* au Canada ne favorise pas une réforme *globale* de la structure constitutionnelle du pays<sup>95</sup>. De fait, le Québec continue de

---

<sup>95</sup> Nous ne sommes pas sans savoir qu'à l'occasion d'une réunion tenue à Calgary à la mi-septembre 1997, neuf premiers ministres provinciaux et deux dirigeants des territoires ont accepté, à l'unanimité, un cadre de consultations publiques auprès de la population canadienne au sujet du renforcement de notre fédération. Sans nous prononcer pour l'instant sur les mérites réels de ce cadre de discussion, qu'il nous suffise de mentionner que celui-ci ne porte visiblement pas sur un projet de réforme majeure de la structure canadienne, mais bien plutôt sur un certain nombre d'énoncés de principes qui pourraient d'ailleurs ne jamais acquérir une quelconque nature constitutionnelle.

Malgré tout, au moment d'aller sous presse, neuf provinces avaient adopté des résolutions *de nature non constitutionnelle* approuvant la *Déclaration de Calgary*. Seuls le Parlement du Canada et la législature du Québec n'avaient pas entériné une telle proposition.

Pour une opinion sur la *Déclaration de Calgary*, voir particulièrement : John F. CONWAY, « Une stratégie vouée à un échec lamentable », *Le Devoir*, Montréal, 14 octobre 1997, A7; Gérard-A. BEAUDOIN, « Il ne faut pas abandonner le Plan A », *La Presse*, Montréal, 14 janvier 1998, B3; Jacques FRÉMONT, « Le zéro absolu! », *La Presse*, Montréal, 5 juin 1998, B3; Christian DUFOUR, « La main tendue du Canada anglais : une nouvelle stratégie à deux volets », *La Presse*, Montréal, 5 juin 1998, B3; Jean-Louis

s'opposer à toute révision *substantielle* de la Constitution du Canada par les temps qui courent, pour différents motifs politiques et stratégiques sur lesquels il n'y a pas lieu d'insister dans le présent texte.

Mais, au-delà de ces facteurs qui posent problème dans le contexte de l'application de la procédure de modification actuelle, il faut toutefois souligner que celle-ci pêche fondamentalement par le fait qu'elle ne confère aucun droit de veto au Québec à l'égard de la plupart des modifications constitutionnelles. Pourtant, il nous semble que ce droit de veto constitutionnel serait des plus opportuns, étant donné que le Québec est la principale province sur laquelle repose le fardeau d'assurer la survie de la langue française au Canada, que les Québécois peuvent être légitimement perçus comme formant un peuple au sens sociologique, et que la présence du Québec dans l'ensemble canadien est de nature à justifier – avec un certain nombre d'autres facteurs – le choix du fédéralisme en tant que modèle d'organisation juridique et politique pour le pays.

L'idéal serait donc que le Québec se voit accorder un droit de veto à l'égard de l'ensemble des modifications constitutionnelles susceptibles d'affecter le jeu des relations fédérales-provinciales, c'est-à-dire les modifications visées par les articles 38 et 42 de la *Loi de 1982*. À la limite, on pourrait songer à octroyer au Québec un droit de veto un peu plus limité, portant strictement sur la réforme des institutions centrales et sur la création de nouvelles provinces au Canada<sup>96</sup>. Pour ce faire, au point de vue technique,

---

BOURQUE, « La déclaration de Calgary : insignifiante ou dangereuse? », *La Presse*, Montréal, 6 juin 1998, B3; Jean-Paul LEFEBVRE, « Voyage nostalgique vers l'avenir », *Le Devoir*, Montréal, 16 juin 1998, A7; Alain G. GAGNON, « L'expérience récente comme seul passé », *Le Devoir*, Montréal, 17 juin 1998, A7; Jacques-Yvan MORIN, « La paralysie graduelle du Québec », *Le Devoir*, Montréal, 28 juillet 1998, A7; Jacques-Yvan MORIN, « Peut-on être à la fois « unique » et « égal »? », *Le Devoir*, Montréal, 29 juillet 1998, A7; Jacques-Yvan MORIN, « Le filet se resserre autour du Québec », *Le Devoir*, Montréal, 30 juillet 1998, A7; André TREMBLAY, « Déception à l'horizon », *Le Devoir*, Montréal, 24 septembre 1997, A7; Paul RUSSELL, "Why I cannot swallow the premiers' unity potion", *The Vancouver Sun*, 7 novembre 1997, A19; Maurice CHAMPAGNE, « Il est minuit moins trois sur la réserve du peuple québécois », *Le Devoir*, Montréal, 23 octobre 1997, A9; Benoît PELLETIER, « Le "caractère unique" : un concept aussi valable que la "société distincte" », *La Presse*, Montréal, 20 novembre 1997, B3.

<sup>96</sup> Ce droit de veto en faveur du Québec porterait alors sur les alinéas 42(1) a), b), c), d) et f) de la *Loi de 1982*.

on pourrait prévoir que le Québec doive nécessairement faire partie des sept provinces dont le consentement est requis en vertu de l'article 38 ou de l'article 42 de la *Loi de 1982*<sup>97</sup>.

Nous ne sommes toutefois plus, au Canada, dans un contexte où l'on peut raisonnablement envisager que seul le Québec se voit octroyer un tel droit de veto. En effet, les autres partenaires du fédéralisme canadien exigeraient eux aussi d'obtenir des pouvoirs équivalents à ceux du Québec en matière de modification constitutionnelle, de sorte que ce qui serait accordé au Québec en la matière ne pourrait que très difficilement être refusé de nos jours aux autres provinces, du moins aux plus peuplées.

Cela amène de nombreux auteurs, dont nous-même, à songer à l'« enchâssement » dans la Constitution du Canada d'une procédure qui serait inspirée de celle contenue dans la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*<sup>98</sup>, sans toutefois être identique à cette dernière. Ce nouveau « veto régional » de nature constitutionnelle pourrait alors concerner toutes les modifications qui : (1) sont présentement visées par la « procédure 7/50 » ou la formule de l'unanimité de l'article 41 de la *Loi de 1982*, et (2) qui ne sont pas couvertes en ce moment par le « droit de retrait » prévu au paragraphe 38(3) de cette loi, quelle que soit l'interprétation qu'il convienne effectivement de donner à cette

---

<sup>97</sup> Pour une proposition allant dans le même sens, voir CANADA/Comité mixte spécial sur le renouvellement du Canada (« Comité Beaudoin-Dobbie »), *Rapport du comité mixte spécial sur le renouvellement du Canada*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1992, p. 90 (recommandation n° 5).

Voir aussi la recommandation n° 3, à la même page de ce rapport, où il était suggéré que le Québec se voit accorder un droit de veto à l'égard des seules modifications visées par l'article 42 de la *Loi de 1982*, sauf celles concernant la création de nouvelles provinces. Cette toute dernière recommandation est pourtant fort étonnante. En effet, sans un droit de veto sur la création de nouvelles provinces, le Québec pourrait un jour ne plus être qu'une province sur treize, ou qui sait qu'une sur quinze. Il pourrait ainsi y avoir, malgré l'opposition du Québec, une, deux ou trois nouvelles provinces très peu peuplées, créées à partir des territoires fédéraux actuels.

<sup>98</sup> Notons que le Parti libéral du Québec a formulé une proposition allant carrément dans le sens de l'« enchâssement » dans la Constitution du Canada des mesures actuellement contenues dans la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, précitée, note 6. Sur ce point, voir COMITÉ SUR L'ÉVOLUTION DU FÉDÉRALISME CANADIEN, *Reconnaissance et interdépendance (L'identité québécoise et le fédéralisme canadien)*, Montréal, Parti libéral du Québec, 1996, pp. 58 et 59.

dernière disposition<sup>99</sup>. De cette façon, le Québec, l'Ontario, la Colombie-Britannique, les provinces des Prairies, ainsi que les provinces de l'Atlantique disposeraient d'un véritable droit de veto constitutionnel relativement à l'ensemble des modifications susceptibles d'affecter l'équilibre des rapports fédératifs les plus fondamentaux, à moins que celles-ci ne soient déjà visées par le « droit de retrait » susmentionné<sup>100</sup>. Pour sa part, la « procédure 7/50 » continuerait de s'appliquer à l'égard des modifications constitutionnelles couvertes par le « droit de retrait » en cause.

Évidemment, on imaginerait difficilement de nos jours, à toutes fins utiles, qu'une modification constitutionnelle affectant substantiellement les relations fédérales-provinciales soit accomplie sans le consentement de la majorité des partenaires fédératifs, à tout le moins des provinces les plus peuplées. L'« enchâssement » dans la Constitution d'un « veto régional » se trouverait donc, en quelque sorte, à cristalliser formellement nos pratiques et usages actuels, sans compter qu'un tel « veto régional » accorderait au Québec, entre autres, les protections constitutionnelles tant souhaitées<sup>101</sup>. L'idéal serait bien sûr que

---

<sup>99</sup> Rappelons que nous avons suggéré dans le présent texte qu'il soit donné une interprétation assez stricte au « droit de retrait » du paragraphe 38(3) de la *Loi de 1982* : *supra*, pp. 36 et 37. Quelle que soit l'interprétation qu'il y ait effectivement lieu de donner à ce « droit de retrait », nous croyons qu'il serait illogique que le Québec ou une quelconque autre province, se voit octroyer un droit de veto à l'égard des modifications constitutionnelles couvertes par celui-ci. Sur ce point, *supra*, note 86.

<sup>100</sup> On aura noté que la formule des « veto régionaux » que nous proposons ne consacre pas tout à fait le principe de l'égalité des provinces. En effet, certaines provinces disposent elles-mêmes d'un veto en vertu de cette formule alors que d'autres n'en disposent pas. Dans le cas de ces dernières, soit les provinces de l'Atlantique et des Prairies, le veto est conféré à la région à laquelle elles appartiennent plutôt qu'à chacune des provinces en tant que telle.

<sup>101</sup> Comme nous venons de le mentionner dans le corps de ce texte, il serait difficile d'imaginer de nos jours, au point de vue politique, que des modifications importantes soient apportées au fédéralisme canadien sans que le Québec n'y consente. Le Québec dispose donc en quelque sorte d'un droit de veto *de facto* à l'égard de telles modifications, en plus de celui que lui confère maintenant la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, précitée, note 6. Certains pourraient donc être tentés d'affirmer que, puisque nos pratiques et cette dernière loi vont dans le sens susmentionné, il n'est plus nécessaire d'accorder au Québec un droit de veto qui soit réellement de nature constitutionnelle. Nous ne sommes pas de cet avis. Au contraire, nous sommes d'opinion que, sans un tel droit de veto constitutionnel, le Québec ne dispose d'aucune garantie ferme qu'une réforme majeure de notre fédéralisme ne se réalisera pas sans son consentement. Une telle réforme, dont le Québec

le Québec dispose d'un tel droit de veto à lui seul, comme nous l'avons déjà affirmé; mais si cela devait être impossible à réaliser, il y aurait lieu selon nous d'« enchâsser » dans la Constitution du pays la formule des « veto régionaux » susmentionnée.

D'autres changements seraient également souhaitables en ce qui concerne la procédure de modification constitutionnelle actuelle. Concentrons-nous quelques instants sur cette dernière problématique.

### **C. Propositions de changements concernant la procédure de modification constitutionnelle**

Outre la proposition que nous avons formulée précédemment en ce qui touche à l'octroi d'un droit de veto au Québec ou à certaines grandes régions du Canada en matière de modification constitutionnelle, d'autres changements pourraient également être apportés à la procédure prévue dans la *Loi de 1982*. Ainsi, il pourrait y avoir lieu de mettre en œuvre les mesures suivantes :

- songer à l'opportunité de préciser spécifiquement si c'est l'article 3 de la *Loi de 1871* ou l'article 43 de la *Loi de 1982* qui s'applique aux modifications concernant les frontières séparant une province d'un territoire fédéral ou d'un pays étranger. Dans l'hypothèse où l'article 43 en question devait régir ce type de situation, il faudrait inscrire dans l'annexe de la *Loi de 1982* les différentes lois fédérales et provinciales qui ont été adoptées à l'origine en vertu de l'article 3 de la *Loi de 1871*;
- procéder à l'abrogation du délai minimal prévu au paragraphe 39(1) de la *Loi de 1982*, mais laisser aux provinces qui n'auraient pas adopté de résolution d'agrément ou de désaccord avant la date de la proclamation d'une modification visée par le paragraphe 38(1) de cette loi, la possi-

---

a d'ailleurs fait l'expérience en 1982, demeure toujours possible tant que cette province ne bénéficiera pas du droit de veto en question. Un droit de veto constitutionnel devrait donc être attribué au Québec. D'ailleurs, ce n'est pas faire injure au Québec ni le sous-estimer que de lui accorder les protections dont il a besoin.



bilité d'exercer leur « droit de retrait » dans un certain délai après ladite proclamation<sup>102</sup>,

- réfléchir sur l'opportunité de réduire de trois à deux ans ou même à un an et demi le délai maximal prévu au paragraphe 39(2) de la *Loi de 1982*<sup>103</sup>, de le maintenir tel quel ou même de l'abroger.
- préciser spécifiquement si le délai maximal susmentionné s'applique ou non aux modifications visées par les articles 41 et 43 de la *Loi de 1982*;
- abroger le paragraphe 38(2) de la *Loi de 1982*;
- étendre à tous les domaines – pas seulement à l'éducation et aux autres domaines culturels – la compensation financière inconditionnelle prévue à l'article 40 de la *Loi de 1982*, laquelle est applicable essentiellement dans les cas de transferts d'une compétence provinciale au Parlement central;
- analyser sérieusement l'opportunité d'inscrire formellement la *Loi sur la Cour suprême* dans l'annexe de la *Loi de 1982*<sup>104</sup>.

<sup>102</sup> Voir, sur ce point, les remarques que nous avons déjà formulées : *supra*, note 87 et texte correspondant.

<sup>103</sup> Notons que, dans le « rapport du Comité Beaudoin-Edwards », *op. cit.*, note 42, p. 70, on pouvait retrouver une recommandation voulant que ce délai maximal soit fixé à deux ans. Cette recommandation était fondée sur des témoignages et une analyse figurant dans ce rapport, aux pages 32 et 33.

L'auteur J.R. HURLEY, *op. cit.*, note 28, p. 175, devait toutefois faire remarquer, avec raison, que « [r]ien n'empêche les gouvernements de s'entendre sur une période de ratification beaucoup plus courte que celle prévue dans la Constitution. Ils pourraient, par exemple, convenir de voter sur une proposition de modification dans un délai de six mois ».

<sup>104</sup> S'il devait s'avérer que la *Loi sur la Cour suprême*, précitée, note 25, soit l'un de ces jours visée effectivement par la procédure de 1982, il est alors clair que certaines des dispositions de cette loi seraient couvertes par l'alinéa 41*d*) de la *Loi de 1982* alors que d'autres seraient couvertes par l'alinéa 42(1)*d*). Mais il y a tout lieu de croire également que certaines des dispositions de cette loi, de portée secondaire, devraient plutôt tomber sous le couvert de l'article 44 de la *Loi de 1982*. Malheureusement, tels qu'ils sont rédigés actuellement, les alinéas 41*d*) et 42(1)*d*) de la *Loi de 1982* semblent être destinés à couvrir toute modification qui serait apportée à la *Loi sur la Cour suprême*, une fois cette loi « enchâssée » dans la Constitution du Canada », et ne laissent aucune place à l'application à certains égards de l'article 44 en pareille matière. Afin de corriger la situation, il pourrait y avoir lieu de modifier l'alinéa 42(1)*d*) de la *Loi de 1982* de façon à ce que celui-ci s'applique

Nous devons toutefois admettre qu'il est fort possible que les changements que nous avons suggérés un peu plus haut ne se concrétisent pas dans un proche avenir. En effet, il y a lieu de souligner que les modifications à la partie V de la *Loi de 1982* elle-même ne peuvent être accomplies qu'en vertu de la règle de l'unanimité (al. 41 e) de la *Loi de 1982*, alors que celles qui visent l'annexe de cette dernière loi sont vraisemblablement soumises à la fois à la « procédure 7/50 » et au « veto régional » de la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*<sup>105</sup>. De plus, il faut dire que l'heure ne semble pas être aux grands débats constitutionnels portant sur la révision des fondements mêmes de l'État canadien, du moins pas dans l'esprit d'un certain nombre d'acteurs politiques<sup>106</sup>. Voilà précisément pourquoi il ne nous paraît pas opportun pour l'instant d'insister davantage sur la proposition de *référendum constitutionnel* que nous devons suggérer, à titre de mécanisme d'appel permettant de débloquer une impasse, dans notre traité intitulé *La modification constitutionnelle au Canada*<sup>107</sup>. En effet, ce référendum facultatif mais décisif, qui serait inscrit dans la Constitution du Canada et qui

---

désormais sous réserve de l'article 44 tout autant que sous réserve de l'alinéa 41 d) de la *Loi de 1982*. Quant à l'article 44 de la *Loi de 1982*, il devrait être modifié de façon à se lire comme suit :

*Sous réserve des articles 41 et 42, le Parlement a compétence exclusive pour modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives à la Cour suprême du Canada, au pouvoir exécutif fédéral, au Sénat ou à la Chambre des communes.*

Ces dernières modifications à l'alinéa 42(1) d) et à l'article 44 de la *Loi de 1982* ne pourraient évidemment être accomplies qu'en vertu de la règle de l'unanimité prévue à l'alinéa 41 e) de cette loi.

<sup>105</sup> *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, précitée, note 6.

<sup>106</sup> Voir, sur ce point, les commentaires que nous avons déjà formulés : *supra*, note 95.

<sup>107</sup> Voir B. PELLETIER, *op. cit.*, note 3, pp. 357-361.

Cette proposition de notre part s'inspirait d'ailleurs dans une certaine mesure du « projet de rapatriement unilatéral » d'octobre 1980, dont nous avons déjà parlé : *supra*, note 92. En effet, nous nous sommes dit favorable au recours au référendum, sur une base volontaire et de la seule initiative du gouvernement du Canada, pour débloquer une impasse constitutionnelle importante. Dans le cas où un tel référendum serait effectivement tenu, celui-ci remplacerait, à toutes fins utiles, la « procédure 7/50 » actuelle et les résultats référendaires seraient contraignants et devraient démontrer une approbation établie en fonction de quatre ou cinq grandes régions.

Nous continuons à croire que la proposition qui précède mériterait de voir le jour. Nous ne pensons toutefois pas qu'il soit opportun d'en discuter dans cet article.

remplacerait à l'occasion la « procédure 7/50 » prévue aux articles 38 et 42 de la *Loi de 1982*, a peu de chances d'être retenu à moyen terme par nos acteurs politiques et, de toute façon, ne constitue pas une priorité pour la plupart d'entre eux.

De fait, il y a lieu de se demander s'il existe *actuellement* une volonté *totale* de revoir et d'améliorer la procédure de modification constitutionnelle canadienne. Il est vrai que la conférence qui était prévue par l'article 49 de la *Loi de 1982* et qui était censée être tenue avant le 17 avril 1997 aurait pu fournir à nos leaders politiques l'occasion de réexaminer attentivement l'ensemble de la procédure de 1982, d'en dresser le bilan et d'identifier des façons de rendre celle-ci plus efficace l'un de ces jours. Malheureusement, nos acteurs politiques de l'époque ont choisi de ne pas tenir le rendez-vous constitutionnel tant attendu<sup>108</sup>.

\*

\* \*

Nous avons tenté dans ce texte de faire le bilan des modalités de modification constitutionnelle applicables au Canada. Cela nous a notamment permis de faire ressortir un certain nombre de difficultés qui se posent lorsque l'on tente de mettre en œuvre cette procédure, ainsi que la complexité singulière de celle-ci. La procédure instaurée en 1982 n'a cependant pas que des défauts. Au contraire, cette procédure a au moins le mérite d'attribuer un rôle important aux deux ordres de gouvernement existants au Canada, ce qui convient tout à fait à un régime fédéral comme le nôtre.

---

<sup>108</sup> Sur ce point, voir Benoît PELLETIER, « L'échéance de 1997 doit être respectée », *Le Devoir*, Montréal, 14 juin 1996, A9, aussi publié sous le titre « Ottawa doit respecter l'article 49 de la Loi constitutionnelle de 1982 », *La Presse*, Montréal, 21 juin 1996, B3 et sous le titre « Ottawa doit respecter l'article 49 de la Loi constitutionnelle de 1982 », *Le Soleil*, Québec, 14 juin 1996, B7.

Notons toutefois que certains experts ont exprimé un point de vue contraire au nôtre, c'est-à-dire ont soutenu que les dispositions de l'article 49 de la *Loi de 1982* avaient bel et bien été respectées par la tenue de la conférence fédérale-provinciale de juin 1996 ou par les négociations constitutionnelles (par exemple l'*Accord du lac Meech* et l'*Entente de Charlottetown*) survenues depuis 1982. Sur ce point, voir notamment J.R. HURLEY, *op. cit.*, note 28, p. 186.

La procédure de 1982 a d'ailleurs été utilisée avec succès à huit reprises depuis son adoption :

- en 1983-84, pour « constitutionnaliser » différentes mesures favorables aux autochtones<sup>109</sup>;
- en 1985, afin de modifier le paragraphe 51(1) de la **Loi de 1867** en matière de représentation électorale<sup>110</sup>;
- en 1987, pour conférer des droits confessionnels aux écoles pentecôtistes de Terre-Neuve<sup>111</sup>;
- en 1993, afin d'« enchâsser » dans la Constitution du Canada le statut d'égalité des communautés de langue officielle du Nouveau-Brunswick<sup>112</sup>;
- en 1993-94, afin de remplacer le service de traversier par un pont entre l'Île-du-Prince-Édouard et le continent<sup>113</sup>;
- en 1997, afin de permettre la déconfessionnalisation du système scolaire de Terre-Neuve, tout en préservant certains privilèges en faveur des groupes confessionnels<sup>114</sup>;
- en 1997, afin de réaliser la déconfessionnalisation du système scolaire du Québec<sup>115</sup>; et enfin,

---

<sup>109</sup> Voir la **Proclamation de 1983 modifiant la Constitution**, (1984) Gaz. Can. II, 2984; L.R.C. (1985), App. II, n° 46. Cette proclamation a pris effet le 11 juillet 1984.

<sup>110</sup> Voir la **Loi constitutionnelle de 1985 (représentation électorale)**, L.R.C. (1985), App. II, n° 47. Cette loi constitue la partie I de la **Loi de 1985 sur la représentation électorale**, L.C. 1986, c. 8. Cette loi a été sanctionnée le 4 mars 1986 et est entrée en vigueur le 6 mars 1986.

<sup>111</sup> Voir la **Modification constitutionnelle de 1987 (Loi sur Terre-Neuve)**, (1988) Gaz. Can. II, 887. Cette modification a pris effet le 20 janvier 1988.

<sup>112</sup> Voir la **Modification constitutionnelle de 1993 (Nouveau-Brunswick)**, (1993) Gaz. Can. II, 1588. Cette modification a pris effet le 7 avril 1993.

<sup>113</sup> Voir la **Modification constitutionnelle de 1993 (Île-du-Prince-Édouard)**, (1994) Gaz. Can. II, 2021. Cette modification a pris effet le 4 mai 1994.

<sup>114</sup> Voir la **Modification constitutionnelle de 1997 (Loi sur Terre-Neuve)**, (1997) Gaz. Can. II, édition spéciale, vol. 131, n° 4, 1 (erratum, (1997) Gaz. Can. II, 1620). Cette modification a pris effet le 2 mai 1997.

<sup>115</sup> Voir la **Modification constitutionnelle de 1997 (Québec)**, (1997) Gaz. Can. II, édition spéciale, vol. 131, n° 8, 1. Cette modification a pris effet le 22 décembre 1997.

- en 1998, afin d'abroger les quelques privilèges dont bénéficiaient encore les groupes confessionnels à Terre-Neuve<sup>116</sup>.

Dans six de ces cas (1987, 1993, 1993-94, 1997 (Terre-Neuve), 1997 (Québec) et 1998), la modalité en cause fut celle prévue à l'article 43 de la *Loi de 1982*. Dans un cas (1983-84), on a appliqué la procédure résiduaire de l'article 38 de cette loi. Enfin, dans le dernier cas (1985), on a eu recours à la procédure unilatérale prévue à l'article 44 de la *Loi de 1982*. Mais à côté de ces succès reluisants<sup>117</sup> figurent aussi un certain nombre de tentatives infructueuses, dont les plus marquantes ont sans doute été l'*Accord du lac Meech* et l'*Entente de Charlottetown*<sup>118</sup>.

Peu importe que la procédure de modification constitutionnelle actuelle soit efficace ou non dans tel ou tel cas, nous demeurons convaincu qu'elle recèle le défaut de ne pas conférer un véritable droit de veto de nature constitutionnelle au Québec en ce qui concerne les amendements affectant les rapports fédératifs les plus fondamentaux. En effet, le Québec est à la recherche de protections et de reconnaissance dans l'ensemble canadien, à titre de principal garant de la survie de la francophonie en Amérique et de partenaire majeur de notre fédération. Le

---

<sup>116</sup> Il est très important de noter que, suite à un second référendum tenu à Terre-Neuve le 2 septembre 1997 sur la question de la déconfessionnalisation des structures scolaires, la législature de cette province a adopté une nouvelle résolution, le 5 septembre 1997, visant à éliminer les quelques privilèges que la modification constitutionnelle précitée, à la note 114, avait maintenus en faveur des groupes confessionnels de la province. La Chambre des communes du Canada a adopté, le 9 décembre 1997, une résolution allant dans le sens souhaité par Terre-Neuve. Cette dernière résolution a été approuvée par le Sénat du Canada le 18 décembre 1997. Ce processus bilatéral, fondé sur l'article 43 de la *Loi de 1982*, a été suivi par la proclamation de la modification constitutionnelle en cause par le gouverneur général du Canada : *Modification constitutionnelle de 1998 (Loi sur Terre-Neuve)*, (1998) *Gaz. Can.* II, édition spéciale, vol. 132, n° 8, 1. Cette modification a pris effet le 14 janvier 1998.

<sup>117</sup> Pour une étude intéressante de certaines des modifications constitutionnelles accomplies depuis 1982, voir J.R. HURLEY, *op. cit.*, note 28, pp. 95-105.

<sup>118</sup> Pour une étude des tentatives infructueuses de modification constitutionnelle depuis 1982, voir notamment J.R. HURLEY, *op. cit.*, note 28, pp. 107-145.

Sur les motifs qui expliquent l'échec de l'*Accord du lac Meech* au niveau technique, *supra*, note 89.

Quant à l'*Entente de Charlottetown*, il n'y fut pas donné suite après qu'elle eut été rejetée par la population canadienne à l'occasion des référendums tenus le 26 octobre 1992, dont nous avons déjà parlé : *supra*, note 20.

Québec cherche d'ailleurs, par ces protections et cette reconnaissance formelle, à compenser quelque peu la minorisation constante dont les francophones sont en proie au Canada<sup>119</sup>. Cette insistance du Québec pour un droit de veto se comprend d'ailleurs d'autant plus que cette province a vu le « rapatriement » être réalisé sans son consentement, ce qui constitue encore une meurtrissure pour nombre de Québécois. Pour ces Québécois, l'octroi d'un droit de veto pour le Québec est une nécessité, alors que l'absence de droit de veto est un danger. Il est vrai que, sans droit de veto en faveur du Québec, une « clause Canada » pourrait par exemple être adoptée dans la Constitution canadienne ou les institutions centrales réformées sans que le Québec y consente. Il faut bien admettre cependant que, dans la mesure où il est très difficile, dans le contexte actuel, de n'accorder un droit de veto qu'au Québec, l'« enchâssement » d'un « veto régional » dans la Constitution du Canada semble s'imposer par lui-même.

Nous estimons également qu'il est important que les acteurs politiques canadiens ne cherchent pas à accumuler les exigences et les procédures spéciales de ratification *en parallèle* à la procédure formelle de modification constitutionnelle qui prévaut actuellement. Au contraire, le fédéralisme exécutif, c'est-à-dire les délibérations et négociations entre les premiers ministres ou autres représentants du pouvoir gouvernemental, accompagné de l'adoption de résolutions par les différentes assemblées législatives, nous semble être déjà un processus assez exigeant et respectueux des valeurs démocratiques pour ne pas chercher à lui joindre d'autres contraintes. Plus précisément, nous ne voyons pas du tout quelle est l'utilité d'*ajouter* des référendums ou de longues consultations populaires au « modèle législatif » qui est le propre de la procédure de modification constitutionnelle actuelle<sup>120</sup>. En effet, de telles contraintes risquent de nuire

---

<sup>119</sup> Sur ce facteur de minorisation des francophones dans l'ensemble canadien, voir Brian HARRISON et Louise MARMEN, *Les langues au Canada*, coll. Le Canada à l'étude, Ottawa/Scarborough, Statistique Canada et Prentice Hall Canada Inc., 1994, pp. 1, 13, 52 et 66. On y voit notamment que les francophones ont vu diminuer leur importance relative au sein de la population canadienne de 1951 à 1991. Ils sont ainsi passés de 29% en 1951 à 24% en 1991.

<sup>120</sup> Nous ne souhaitons pas que des référendums *s'ajoutent* à la procédure de modification constitutionnelle actuelle, mais nous verrions quand même d'un bon œil que des référendums puissent, à l'occasion, *se substituer* à cette

éventuellement à l'accomplissement de réformes constitutionnelles essentielles pour le Canada.

Dans la perspective de telles réformes, il sera intéressant de voir quel sort sera réservé à l'article 43 de la *Loi de 1982*. En effet, cet article est de nature à ajouter un peu plus de flexibilité au processus de modification constitutionnelle et peut vraiment, s'il est utilisé avec habileté, devenir, *dans une certaine mesure*, l'article-clé de la réforme du fédéralisme canadien. D'ailleurs, il nous semble que le dossier de la déconfessionnalisation du système scolaire québécois fournit la démonstration du potentiel qu'est susceptible de receler l'article 43 en question.

En effet, l'Assemblée nationale du Québec a adopté, le 15 avril 1997, une résolution visant à faire en sorte que les paragraphes (1) à (4) de l'article 93 de la *Loi de 1867* ne s'appliquent plus au Québec. La Chambre des communes du Canada a elle aussi adopté une résolution en ce sens le 18 novembre 1997<sup>121</sup>. Cette résolution a été approuvée par le Sénat du Canada le 15 décembre 1997<sup>122</sup>. Tout ce processus s'est soldé par une proclamation du gouverneur général du Canada, formalisant ainsi la modification de l'article 93 de la *Loi de 1867* dans le sens souhaité par le Québec<sup>123</sup>.

À notre avis, il est possible que le précédent créé par l'application de la procédure bilatérale dans le dossier de la déconfessionnalisation du système scolaire québécois donne le coup d'envoi à une interprétation beaucoup plus souple de l'article 43 de la *Loi de 1982*. Plus précisément, ce précédent pourrait éventuellement nous amener à conclure que le caractère

---

procédure dans le contexte déjà décrit, *supra*, note 107 et texte correspondant.

<sup>121</sup> Une motion avait été déposée à la Chambre des communes du Canada par le ministre des Affaires intergouvernementales, le 22 avril 1997, visant la modification de l'article 93 de la *Loi de 1867* dans le sens souhaité par le Québec. Cette motion est toutefois morte au feuilleté étant donné le déclenchement, quelques jours plus tard, d'élections générales au niveau fédéral. Une autre résolution allant dans le même sens a donc été déposée à la Chambre des communes le 1<sup>er</sup> octobre 1997. Cette dernière résolution a été adoptée par cette chambre le 18 novembre 1997, suite à un vote libre, par 204 députés contre 59.

<sup>122</sup> La résolution en cause a été approuvée par le Sénat du Canada par 51 sénateurs contre 17. Il y eut deux abstentions.

<sup>123</sup> Sur ce point, *supra*, note 115.

technique de la modification proposée a plus d'importance, pour les fins de l'article 43, que la disposition modifiée<sup>124</sup>. Peu importe ce qu'il adviendra vraiment de cette dernière hypothèse, il semble être tout à fait clair, pour l'instant, que le processus suivi par le Québec et le fédéral à l'égard de la modification de l'article 93 en cause est de nature à jeter un éclairage nouveau, et fort précieux, sur l'interprétation de l'article 43 de la *Loi de 1982*.

Il y a lieu de souligner néanmoins que la modification constitutionnelle apportée à l'article 93 de la *Loi de 1867* dans le dossier susmentionné faisait l'objet de contestations judiciaires au moment de publier le présent article. En effet, des procédures ont été engagées devant les cours de justice du Québec visant à faire déclarer cette modification nulle, illégale et inconstitutionnelle<sup>125</sup>. Nous sommes toujours dans l'attente de certaines décisions judiciaires à cet égard.

---

<sup>124</sup> En effet, il faut savoir que, *dans son esprit*, l'article 93 constituait à l'origine un compromis entre les quatre provinces qui ont fondé le Canada et, plus particulièrement, entre le Québec et l'Ontario. Deux autres provinces (la Colombie-Britannique et l'Alberta) ont d'ailleurs adhéré à ce compromis au moment de leur entrée dans la fédération canadienne. On aurait donc pu légitimement en venir à la conclusion, en se fondant sur *l'esprit* de la disposition dont on suggérait la modification – l'article 93 de la *Loi de 1867* –, que pareille modification n'était possible qu'avec le consentement des quatre provinces fondatrices du Canada, ou même des six provinces auxquelles cette mesure s'appliquait virtuellement, en plus, bien entendu, de celui du Parlement canadien. À tout le moins, toujours en s'appuyant sur *l'esprit* de l'article 93, on aurait pu soutenir qu'il aurait fallu le consentement du Québec, de l'Ontario et du Parlement central.

Par contre, si l'on ne considère que le *caractère technique* de la modification recherchée par le Québec, sans même tenir compte de l'esprit de la disposition modifiée, il faut alors conclure que les seuls consentements du Parlement du Canada et du Québec étaient suffisants pour accomplir cette modification. En effet, il faut admettre que la modification de l'article 93 qui était sollicitée par le Québec ne concernait *techniquement* que cette province.

La réussite de la démarche bilatérale (Québec-Ottawa), visant à exclure le Québec de la portée des paragraphes 93(1) à (4) de la *Loi de 1867*, marque précisément la victoire de cette approche technique sur l'approche téléologique de l'article 43 de la *Loi de 1982*. Voir toutefois les remarques qui figurent à la note infrapaginale qui suit, en ce qui concerne des contestations judiciaires de la modification constitutionnelle dont il est ici question.

Pour une étude fort intéressante du contexte historique qui a présidé à l'adoption de l'article 93 de la *Loi de 1867*, voir J. WOEHRLING, *loc. cit.*, note 76; ainsi que J.-P. PROULX et J. WOEHRLING, *loc. cit.*, note 76.

<sup>125</sup> Selon notre compréhension des choses, une requête en injonction interlocutoire a été soumise à la Cour supérieure du Québec en 1997 par quatre citoyens canadiens. Cette requête visait essentiellement à empêcher la



En ce qui nous concerne, nous avons déjà affirmé ce qui suit dans notre traité intitulé *La modification constitutionnelle au Canada*<sup>126</sup> :

*[L']ensemble des paragraphes 93(1) à (4) de la Loi de 1867 ne devraient être modifiés qu'avec le consentement des autorités centrales et des six provinces auxquelles l'article 93 s'applique formellement.*

[...]

*Il n'est donc que normal que toutes les parties prenantes à cet arrangement historique et global, constitué des paragraphes 93(1) à (4) de la Loi de 1867, aient leur mot à dire quant à la modification de celui-ci.*<sup>127</sup>

Toutefois, il faut noter que ces affirmations ont été faites avant même que le Québec ne dévoile la vraie teneur de la modification constitutionnelle qu'il entendait accomplir de concert avec les autorités fédérales relativement à la déconfessionnalisation de ses structures scolaires. Cette dernière modification, visant essentiellement et strictement à exclure le Québec de la portée des paragraphes 93(1) à (4) de la *Loi de 1867*, soulève une problématique vraiment particulière en termes de contenu, de forme et de procédé de ratification. Nous n'entendons cependant pas nous prononcer davantage sur toute cette problématique dans le cadre restreint du présent article, ni d'ailleurs sur la

---

proclamation de la modification bilatérale (Québec/Ottawa) des paragraphes 93(1) à (4) de la *Loi de 1867*. Cette requête a été rejetée par Madame le juge Ginette Piché : voir *Larouche c. Gouvernement du Québec*, J.E. 98-146 (C.S.); voir aussi Louis BARIBEAU, « L'amendement constitutionnel est légal », *La presse juridique*, vol. 5, n° 23, 3.

De plus, il semblerait qu'une action directe en nullité ait été intentée devant la Cour supérieure du Québec par quatre autres citoyens canadiens, appuyés par la Coalition pour la confessionnalité scolaire. Cette affaire n'avait pas encore été entendue par la Cour au moment d'aller sous presse. Sur cette procédure, voir : Caroline MONTPETIT, « Quatre parents défendent leur droit à l'école confessionnelle », *Le Devoir*, Montréal, 26 février 1998, A3.

De même, une requête pour jugement déclaratoire a été présentée en Cour supérieure du Québec par M. Steven Potter et Mme Miriam McCormick. Cette requête visait à faire déclarer invalide et inconstitutionnelle la *Modification constitutionnelle de 1997 (Québec)*, précitée, note 115. Le juge Michel Côté a rejeté cette procédure par une décision rendue le 16 novembre 1998 : voir *Potter c. Québec (Attorney General)*, (1999) R.J.Q. 165. Cette décision a été portée en appel devant la Cour d'appel du Québec (n° de dossier 500-09-007501-984).

<sup>126</sup> Voir B. PELLETIER, *op. cit.*, note 3.

<sup>127</sup> *Id.*, p. 268.

question de savoir quel est le caractère légal et constitutionnel de la modification finalement obtenue par le Québec.

Qu'il nous suffise de mentionner pour l'instant qu'il ne fait pas de doute dans notre esprit que l'ensemble du compromis confessionnel contenu dans les paragraphes 93(1) à (4) de la *Loi de 1867* forme un tout indivisible et ne peut être modifié qu'avec le consentement du Parlement du Canada et de chacune des six provinces auxquelles ces dispositions s'appliquent en pratique ou en théorie. Cela ne veut toutefois pas dire nécessairement que la modification de l'article 93 obtenue par le Québec avec l'accord du Parlement canadien soit inconstitutionnelle. Cela signifie simplement, à ce stade-ci de notre analyse, que les paragraphes 93(1) à (4) de la *Loi de 1867* ne pourraient vraisemblablement être abrogés ou modifiés dans leur essence même qu'avec le consentement du Parlement du Canada et des législatures des six provinces auxquelles ces mesures s'appliquent de façon réelle ou virtuelle.

Quoi qu'il en soit, que l'usage de la procédure bilatérale dans le cas de la déconfessionnalisation des écoles québécoises soit confirmé ou non par les cours de justice, il est clair que l'article 43 de la *Loi de 1982* a été utilisé avec succès à quelques reprises depuis son entrée en vigueur et est donc tout à fait fonctionnel. Les articles 44 et 45 de cette dernière loi sont eux aussi fonctionnels, puisqu'ils établissent des modalités fort simples de modification constitutionnelle. De même, la « procédure 7/50 » établie par l'article 38 de la *Loi de 1982* a déjà été utilisée avec succès dans le dossier autochtone en 1983-1984, comme nous l'avons déjà vu<sup>128</sup>. Quant à la règle de l'unanimité prévue à l'article 41 de la *Loi de 1982*, elle présente toutefois des difficultés d'application évidentes, mises en relief par l'échec de l'*Accord du lac Meech*<sup>129</sup>. L'existence de cette règle s'explique néanmoins par le désir des autorités constituantes de protéger de façon maximale les principes et valeurs considérés comme les plus importants pour la conduite et la survie de l'État canadien. La règle de l'unanimité aurait d'ailleurs très bien pu en venir à être appliquée dans le cas de l'*Entente de Charlottetown*, n'eut été la tenue en octobre 1992 des référendums qui ont amené l'échec de cette

---

<sup>128</sup> *Supra*, note 109.

<sup>129</sup> Sur ce point, *supra*, notes 33 et 89.

entente<sup>130</sup>. On aurait donc tort de faire ressortir de nos propos l'idée voulant qu'aucune modalité de modification constitutionnelle ne soit opératoire. Après tout, la procédure de 1982 a été appliquée efficacement à huit reprises depuis son adoption, comme nous l'avons déjà dit<sup>131</sup>.

En terminant, rappelons que les conventions constitutionnelles ne permettent de préciser, contredire ou neutraliser les textes formels *que dans la pratique*<sup>132</sup>. En cas de conflit entre une convention et une règle établie par une loi de nature constitutionnelle par exemple, les tribunaux doivent appliquer et sanctionner cette dernière<sup>133</sup>. Ces conventions constitutionnelles, qui existent d'ailleurs dans de nombreux pays<sup>134</sup>, ne sauraient donc être vues comme portant ombrage aux normes juridiques composant la Constitution du Canada. Elles ne sauraient non plus permettre à qui que ce soit de conclure que le Canada est, en matière constitutionnelle, face au chaos, au vide ou à l'application anarchique de principes plus ou moins aléatoires.

---

<sup>130</sup> *Supra*, notes 20 et 118.

<sup>131</sup> *Supra*, pp. 50-52.

<sup>132</sup> Sur ce point, *supra*, note 8. Voir aussi le *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, précité, note 2, 876-882, particulièrement aux pages 878 et 879, où l'on parle de pratiques ou d'usages constitutionnels. Citons également cet extrait tiré de J.-Y. MORIN et J. WOEHLING, *op. cit.*, note 28, p. 423 :

*À cette fin, les conventions consistent souvent à ignorer, à contredire ou à mettre de côté dans la pratique des règles juridiques de la Constitution qui ne sont pas (ou ne sont plus) en accord avec les « valeurs » constitutionnelles.* (L'emphase est de nous.)

<sup>133</sup> Sur cette question, voir le *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, précité, note 2, 880-884. Aux pages 880 et 881 de ce renvoi, la Cour suprême du Canada affirme ce qui suit :

*Peut-être la raison principale pour laquelle les règles conventionnelles ne peuvent être appliquées par les tribunaux est qu'elles entrent généralement en conflit avec les règles juridiques qu'elles postulent.*

[...]

*Il y a là un conflit entre une règle juridique qui crée un pouvoir discrétionnaire total et une règle conventionnelle qui le neutralise complètement. Mais, comme les lois, les conventions sont parfois violées. Si cette convention particulière était violée [...], les tribunaux seraient tenus d'appliquer la loi et non la convention.* (L'emphase est de nous.)

<sup>134</sup> Sur ce point, voir le *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, précité, note 2, 879.