

Le sens de la formule Fulton-Favreau

Louis-Philippe Pigeon, c.r. *

J'ai toujours commencé mon cours de droit constitutionnel en disant à mes élèves que la connaissance de l'histoire de la constitution était indispensable pour en pénétrer le sens. On ne devra donc pas être surpris de voir s'ouvrir une étude du sens de la Formule Fulton-Favreau par un rappel de quelques notions de notre histoire constitutionnelle.

Lorsque l'on a jeté les bases de la Confédération, on ne semble pas s'être arrêté à prévoir une formule de modification. Cela n'a pas de quoi nous surprendre si l'on considère que la Grande-Bretagne s'est toujours passée de constitution écrite et s'est admirablement accommodée d'un régime dans lequel la tradition seule a assuré la permanence de principes que le Parlement pouvait toujours changer par une loi votée de la façon ordinaire. Il a donc paru tout-à-fait normal que le nouveau régime canadien repose sur cette base.

"We go to the Imperial Government, the common arbiter of us all, in our true Federal metropolis — we go there to ask for our fundamental Charter. We hope, by having that Charter that can only be amended by the authority that made it, that we will lay the basis of permanency for our future government." (D'Arcy McGee, *Confederation Debates*, p. 146).

Ce qui rendait la solution boiteuse c'est que l'Acte de l'Amérique du Nord britannique donnait naissance à une union fédérale et non pas à un régime unitaire comme celui de la Grande-Bretagne. En s'abstenant de prévoir un mécanisme de modification, on ajournait la solution du problème au lieu de le régler, et c'est ce que l'on continue de faire depuis cent ans.

Une constitution ne saurait évidemment rester inchangée pendant une telle période. Au Canada, il ne s'écoula pas quatre ans avant qu'on éprouve le besoin de changements. Le gouvernement fédéral eut l'audace de faire une demande à Londres sans même consulter les Chambres. Sur les protestations de l'opposition, il dut reconnaître que le procédé n'était pas convenable et faire voter une adresse conjointe du Sénat et de la Chambre des Communes. L'histoire se répéta après un changement de gouvernement et le précédent fut définitivement établi. On ne se préoccupa des provinces

* Professeur de Droit de l'Université Laval; ancien Bâtonnier du Barreau de Québec.

que lorsqu'il s'agit en 1907 de modifier les subventions que leur accorde l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. La demande fut faite malgré l'opposition d'une province, et celle-ci protesta jusqu'à Londres et réussit à obtenir que l'on retranche du projet fédéral les mots qui prétendaient en faire un règlement final et inaltérable.

En 1926, une conférence impériale décida que le temps était venu d'accorder la souveraineté aux colonies autonomes appelées « Dominions ». On voulut qu'elles deviennent des pays ayant le même souverain que le Royaume-Uni au lieu de continuer à dépendre de lui, et, par conséquent, on reconnut immédiatement que c'était le droit du gouvernement de chacun de ces pays d'aviser la Couronne sur toutes choses ayant trait à ses propres affaires: "It is the right of the Government of each Dominion to advise the Crown in all matters relating to its own affairs", dit le communiqué officiel. Les « avis » donnés au souverain britannique étant pratiquement des ordres ("commands veiled under a polite name"), le « droit d'aviser » c'est en fait le droit de décider.

En ce qui concerne le pouvoir exécutif dont l'exercice est réglé par l'usage (« convention »), cette décision suffisait par elle-même à effectuer le changement d'état. Il restait bien à modifier les lettres-patentes régissant la charge de gouverneur-général, mais cette formalité avait si peu d'importance que pendant de nombreuses années on se contenta d'un texte insuffisamment remanié.

En ce qui concerne le pouvoir législatif, la décision prise à la Conférence nécessitait l'adoption d'une législation pour avoir effet. On rédigea donc le Statut de Westminster pour décréter essentiellement que le Parlement d'un « Dominion » peut modifier toute loi du Parlement britannique qui fait partie de la législation de ce « Dominion » (art. 2, par. 2).

Ce texte créait pour le Canada un grave problème: l'adopter tel quel aurait rendu le parlement fédéral maître absolu de la constitution. La solution logique aurait dû être l'adoption d'une formule législative spéciale pour la modification de la constitution du pays. Ce qui aurait été normal pour un état accédant à l'indépendance aurait été l'adoption d'une constitution complète pour parachever l'oeuvre incomplète des « Pères de la Confédération ».

Ce ne fut pas la logique qui triompha en l'occurrence, mais l'expédient politique. Il est bien évident que l'on ne voulut pas prendre le risque d'accepter une formule. En effet, toute formule susceptible d'être acceptée par toutes les provinces et le fédéral doit nécessairement être le résultat d'un compromis entre diverses tendances. Une formule idéale, cela n'existe pas pour des groupes non homogènes, car chacun a la sienne. Pour en venir à une formule unique,

il faut donc faire des concessions. Mais inévitablement toute concession prête le flanc aux attaques des adversaires. En démocratie, c'est essentiellement un jeu dangereux; il est tellement plus sûr d'être en mesure de dire que l'on n'a sacrifié aucun droit.

C'est ainsi que l'on en est venu, en conclusion de la Conférence interprovinciale des 7 et 8 avril 1931, à l'invraisemblable solution qui a consisté à faire insérer dans le Statut de Westminster un article décrétant que rien de ce qui y est contenu n'est censé s'appliquer à l'abrogation ou à la modification de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. On a ainsi accepté ou fait accepter le Statut de Westminster comme un acte qui laissait inchangée la constitution canadienne et son processus de modification.

C'était pourtant une erreur manifeste. Aucun texte ne pouvait détruire le changement capital survenu dans les relations entre le Canada et la Grande-Bretagne du fait de l'accession à la souveraineté et de la reconnaissance à l'exécutif canadien du droit « d'aviser » Sa Majesté en tout ce qui concerne le Canada.

La jurisprudence ne devait pas tarder non plus à révéler un autre changement d'importance majeure: le Statut de Westminster, nonobstant les réserves relatives à la Constitution, avait permis au Fédéral de rendre la Cour Suprême arbitre des litiges constitutionnels au lieu du Conseil Privé. On pourra méditer sur l'importance de ce changement en se rappelant cette phrase de F. R. Scott: "In the United States, a looser federalism was unified by the judgments of a Marshall, while in Canada a stronger union was decentralized by a Watson and a Haldane".

Il était assurément désirable que les appels du Conseil privé soient abolis comme tous les autres éléments du régime impérial sous lequel la constitution du Canada avait été fondée. Mais, comme le processus de modification de la Constitution, cela aurait dû faire l'objet d'un accord au moment opportun, c'est-à-dire, lors de l'accession à la souveraineté. Au lieu de cela, comme conséquence de la décision de prétendre laisser inchangé ce qui était profondément modifié, on a permis que le pouvoir de légiférer sur le tribunal constitutionnel soit transporté au Parlement fédéral au lieu d'être considéré comme une partie essentielle de la constitution elle-même. Cette modification indirecte et subreptice de l'Acte constitutionnel par le Statut de Westminster a consacré une incroyable anomalie: une constitution qui garantit l'inamovibilité des juges des cours supérieures ne prévoit rien de tel pour ceux de la Cour Suprême.

L'interprétation d'une constitution fédérale est tout aussi importante que sa rédaction elle-même. En effet, il est impossible d'écrire une constitution avec le genre de précision que comportent la plupart

des articles du Code civil; il faut inévitablement recourir à des préceptes généraux du genre de l'article 1053 C.c. En partant de cette règle très simple que « toute personne capable de discerner le bien du mal est responsable du dommage causé par sa faute à autrui », les tribunaux ont édifié toute la théorie de la faute et du partage de la responsabilité et cette théorie ne cesse de se développer et de se préciser en regard des conditions de la vie contemporaine et tout spécialement de l'évolution des moyens de transport. De même aux États-Unis on voit la Cour Suprême rédiger graduellement tout un Code de procédure criminelle qu'elle impose en partant du simple principe que nul ne doit être privé de sa vie ou de sa liberté sauf par une procédure conforme à la justice ("due process of law").

Cela est inévitable parce que la précision des textes législatifs ordinaires vient de ce qu'on les rédige en fonction d'un système juridique déterminé. Mais la constitution doit nécessairement être écrite en fonction de concepts en perpétuelle évolution; elle ne peut donc pas atteindre le même genre de précision, surtout dans le partage de la compétence législative, élément essentiel de tout régime fédératif. En droit positif, rien n'est plus facile que de caractériser une loi comme du domaine du droit civil ou du droit criminel. Mais quand il s'agit de savoir si un principe nouveau est de la compétence de celui qui a le pouvoir de légiférer en matière civile ou en matière criminelle, on ne tarde pas à constater que le légiste peut ordinairement donner à la législation l'une ou l'autre forme à volonté. Pour statuer sur la constitutionnalité, on sera obligé de se demander si la vraie nature de la loi ("pith and substance") est conforme à son apparence ("colour"). Comme résultat pratique de telles distinctions, on constatera que si le Parlement du Canada n'a pas réussi à réglementer le commerce de l'assurance par un article du Code criminel, il est cependant parvenu à réglementer de cette manière les courses de chevaux.*

On voit donc que le rôle du tribunal constitutionnel est d'importance capitale dans un régime fédératif, du moins si l'on s'en tient

* Dans mon étude sur le sens de l'autonomie provinciale (1951, *Revue du Barreau canadien*, Volume 29, p. 1126) je crois avoir démontré que la plupart des décisions sur la constitutionnalité des lois d'pendent en dernière analyse de l'appréciation d'un degré de nécessité, d'importance ou de connexité.

"Frequently the court is compelled to act on an 'intuitive' appreciation of the primary 'object' of the law, when its essentially political judgment has to be wrapped up in such question-begging phrases as 'pith and substance', or 'true nature', phrases depending on a fallacious identification of fluid man-made norms with immutable Aristotelian natural types or Platonic ideal forms", dit le professeur Sawyer dans *The Commonwealth of Australia* (1952), p. 61.

au concept de l'autonomie juridiquement protégée. Autrement, la souveraineté des états constituants dans leur domaine législatif n'est protégée que politiquement. Cela ne veut pas dire que la protection politique ne peut pas s'avérer dans certaines circonstances plus efficace que la protection juridique, mais cela veut dire qu'en droit l'autonomie n'est pas protégée et qu'elle est susceptible d'être réduite ou même pratiquement anéantie selon les circonstances.

Il est indéniable que nous sommes présentement dans une période où l'équilibre des forces politiques défavorise l'extension du pouvoir central mais il est également évident qu'il n'en était pas ainsi il y a une vingtaine d'années. En même temps qu'il se faisait reconnaître par les tribunaux le pouvoir de substituer la Cour Suprême au Conseil privé comme arbitre de l'interprétation de la constitution et cela sans consulter les provinces quoique ce fût un changement essentiel, il se faisait aussi reconnaître par Londres en 1943 et en 1946 celui de changer de la même manière la représentation à la Chambre des Communes et, enfin, en 1949, non seulement celui d'admettre Terre-Neuve dans la Confédération en lui reconnaissant le droit au Labrador, mais surtout celui de modifier généralement la Constitution sauf dans les matières qu'il avait jugé convenable d'exclure, non seulement sans avoir obtenu l'assentiment des provinces, mais sans même les consulter.

C'était évidemment un coup de force et on le reconnaissait ouvertement en convoquant ensuite une conférence fédérale-provinciale sur la constitution et déclarant qu'advenant un accord sur une procédure générale de modification, on serait disposé à réexaminer la loi de 1949. Le fédéral disait en somme aux provinces: vous le voyez, l'article 7 du Statut de Westminster ne vous protège aucunement, j'ai le pouvoir d'obtenir de Londres sans vous consulter tous les changements constitutionnels que je demande. Je reconnais qu'il n'est pas convenable que dans un régime fédéral il en soit ainsi, je suis donc disposé à rechercher avec vous une formule de rechange. Si nous parvenons à nous entendre, je serai prêt à reconsidérer ce que j'ai fait décréter sans vous consulter. Il n'est pas difficile de comprendre aujourd'hui comment il se fait que dans ces conditions on n'a pas réussi à s'entendre. Le problème est resté entier malgré tous les efforts faits pour classer les dispositions de la Constitution en vue d'une méthode de modification appropriée à leur nature et à leur importance.

Pour simplifier le plus possible la recherche d'une formule acceptable, la première proposition étudiée à la Conférence des procureurs généraux, en octobre 1960, fut de demander à Londres de décréter simplement que la Constitution du Canada puisse être

abrogée ou modifiée par une loi du Parlement du Canada avec l'assentiment de la législature de chaque province. Cela aurait permis au Canada de reviser sa constitution lui-même, tout en laissant subsister jusqu'à ce que le contraire soit décrété, le pouvoir du Parlement britannique de modifier la Constitution du Canada sur demande.

Cette proposition n'a pas été agréée parce que l'on a craint que le résultat pratique soit d'établir la règle de l'unanimité pour toutes les modifications qui requièrent présentement l'intervention du Parlement du Royaume-Uni. Cette inquiétude n'était pas sans fondement si l'on considère que l'un des résultats inattendus de l'accession du Canada à l'indépendance a été d'enlever, en pratique, au Parlement du Canada, le pouvoir qu'il avait par l'article 132, de faire des lois pour remplir les obligations du Canada *ou de ses provinces* en vertu de traités conclus entre l'empire britannique et des pays étrangers. Comme on le sait, le Conseil privé a décidé que ce texte ne s'applique pas à des traités conclus par le Canada lui-même. Quel est le gouvernement canadien qui, après cela, aurait osé, afin de contourner l'obstacle, demander à Londres de conclure un traité pour le Canada ?

On a donc été amené à rechercher pour la modification de la Constitution une formule plus souple. Dans les conditions qui existent au Canada, ce n'est pas facile. Le Québec peut-il accepter une formule qui ait pour résultat de permettre de porter atteinte à sa compétence législative sans son consentement ? L'expérience démontre qu'il est trop souvent seul à s'opposer à la centralisation. C'est pourquoi dans son article de 1951 (29 *Revue du Barreau canadien*, p. 1175) Me Paul Gérin-Lajoie suggérait que l'on exige l'accord des deux tiers ou des trois quarts des provinces, à condition que ces provinces comptent au moins 75 pour cent de la population totale du Canada.

L'obstacle à l'acceptation d'une telle formule, c'est qu'elle donne à deux provinces un droit de veto. Comment veut-on que les huit autres provinces soient disposées à accepter de ne pas jouir du même droit ? Si la population requise était d'un tiers, cela signifierait que l'Ontario aurait droit de veto, mais non le Québec, cela serait-il acceptable ? On a donc été amené à n'exiger que cinquante pour cent de la population.

Il est évident qu'une formule qui permet ainsi de modifier la constitution avec l'assentiment des deux tiers des provinces est extrêmement souple et ne constitue guère une protection contre des tentatives de centralisation, surtout dans le contexte canadien.

Il a donc fallu se mettre à faire la liste des dispositions constitutionnelles qui seraient soustraites à l'application de la formule

souple et protégées par la règle de l'unanimité ("entrenched by a unanimity requirement", dit-on en anglais).

Assez curieusement, la première de ces dispositions a été un texte qui ne jouit présentement d'aucune protection et que le Parlement du Canada peut modifier à son gré. Ce texte, c'est l'article 51A par lequel il est décrété qu'une province ne doit jamais avoir au Parlement fédéral moins de députés que de sénateurs.

De même, on s'est facilement mis d'accord pour réserver au consentement unanime des provinces l'altération du droit à l'usage officiel de l'anglais ou du français.

La grande difficulté est survenue lorsqu'il s'est agi du pouvoir législatif des provinces. On a commencé par tenter de considérer un à un chacun des chefs de l'article 92, mais on a fini par s'apercevoir que le noeud du problème est la compétence sur la propriété et les droits civils. Si on ne la protège pas, quelle raison peut-on avoir d'agir autrement pour les autres chefs qui sont indubitablement beaucoup moins importants ? Et si on la protège, comment agir différemment pour les autres chefs qui y sont tous plus ou moins directement reliés ?

Il est évident qu'en décidant d'exiger le consentement unanime des provinces pour toute modification constitutionnelle qui porte atteinte à leurs droits, on rend la constitution rigide sous ce rapport. Cependant, on ne fait au fond que décréter législativement ce qui est déjà reconnu par l'usage, car jamais on n'a fait une telle modification sans ce consentement même si on ne l'a pas obtenu sous la forme solennelle que prévoit la Formule Fulton-Favreau, savoir, « le concours de la législature ». Malgré cette considération, la Saskatchewan, comme elle l'a déclaré officiellement, a tout d'abord refusé d'accepter la « réserve » entière du pouvoir législatif des provinces, elle n'y a consenti qu'avec l'addition à la Formule du pouvoir de délégation.

Le principe de l'assentiment unanime des provinces ayant été accepté, il était assez facile de convenir que pour les dispositions qui concernent une seule province ou quelques provinces seulement, leur assentiment serait nécessaire.

De même, pour ce qui est de l'éducation, le même principe impliquait, vu le régime spécial de Terre-Neuve, la nécessité d'une règle particulière: les modifications touchant l'éducation à Terre-Neuve requièrent le consentement de cette province-là, celles qui visent l'éducation dans le reste du pays exigent l'accord unanime des autres provinces.

Ce qui empêcha la formule élaborée à la Conférence des procureurs généraux d'obtenir l'assentiment du Québec, c'est le refus du

fédéral d'y intégrer avec des restrictions acceptables son pouvoir de modification obtenu en 1949. On ne voulait pas considérer cela comme une partie de la Formule et l'on exigeait que les provinces se contentent de la promesse qu'une fois la formule sanctionnée, on serait disposé à reconsidérer le texte de 1949. On avait bien accepté, dès le début, de faire une réserve complète pour l'article 51A auquel les provinces de l'Atlantique et particulièrement l'Île du Prince-Edouard attachent beaucoup d'importance, mais, pour le surplus, on s'est obstiné à soutenir que c'était un autre problème qu'il fallait laisser de côté jusqu'après le « rapatriement » de la Constitution.

Ce n'est donc qu'à la Conférence d'octobre 1964 que l'on entreprit d'intégrer à la Formule ce pouvoir de modification. Tandis que l'article 6 du texte de 1961 le laissait intact, celui de 1964 y apporte d'importantes restrictions. On sait que la loi de 1949 fait exception pour :

1. les droits des provinces;
2. l'éducation;
3. la langue;
4. la session annuelle;
5. la durée du Parlement sauf prolongation à certaines conditions.

On a ajouté:

6. les fonctions de la Reine et du gouverneur général vis-à-vis du Parlement ou du gouvernement du Canada;
7. le nombre de sénateurs auquel une province a droit comme représentants au Sénat;
8. les qualités requises des sénateurs quant à la résidence ainsi que les prescriptions de la constitution du Canada concernant leur nomination par le gouverneur général au nom de la Reine;
9. le droit d'une province à un nombre de députés à la Chambre des Communes, non inférieur au nombre de sénateurs la représentant;
10. les principes de représentation proportionnelle des provinces à la Chambre des Communes que prescrit la constitution du Canada.

Les matières qui font l'objet des trois premières exceptions de 1949 sont celles qui, d'après les articles 2, 3 et 4 de la Formule, exigent le concours des législatures des provinces. Les autres, y compris celles qui font l'objet des nouvelles exceptions, sauf l'avant-dernière, se trouvent en vertu de l'article 5 de la Formule à n'exiger l'assentiment que des deux tiers des provinces, mais celles-ci doivent représenter au moins cinquante pour cent de la population du Canada selon le dernier recensement général. L'article 8 a pour seul but de

préciser cette conséquence des restrictions apportées au pouvoir fédéral.

Pour rendre la formule complète, on a introduit comme article 7 dans le texte de 1964, la disposition qui est présentement la première subdivision de l'article 92: la législature a, dans chaque province, le droit exclusif de modifier la constitution de la province sauf en ce qui concerne la charge de lieutenant-gouverneur.

On aurait tort de croire que cela signifie qu'en ce qui concerne à l'avenir la modification d'une constitution provinciale, rien ne serait changé par l'adoption de la Formule. Nous avons vu combien profondément le Statut de Westminster a modifié la constitution du Canada malgré l'article qui semble à première vue la laisser inchangée. Il faut se méfier des apparences. En réalité, vu que la Formule par son article 10 supprime définitivement pour le Canada le pouvoir législatif du Parlement du Royaume-Uni, le texte aurait pour conséquence que, sauf en ce qui concerne la charge de lieutenant-gouverneur, la constitution de la province de Québec ne pourrait être modifiée que par une loi de sa législature, ce qui signifie "de l'avis et du consentement du Conseil législatif et de l'Assemblée législative". La Chambre haute ayant un nombre fixe de membres que seule une loi votée par elle peut changer, l'adoption de la Formule signifierait que ses pouvoirs ne pourraient plus être modifiés contre son gré et qu'à plus forte raison on ne pourrait l'abolir sans son consentement.

Peut-on prétendre que telle est déjà la situation? Je ne le crois pas. Même si l'article 7 du Statut de Westminster n'a pas tout l'effet que l'on serait porté à lui donner à prime abord, il n'est pas moins certain qu'il laisse subsister le pouvoir du Parlement de Londres sur l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. A preuve, les nombreuses modifications qu'il y a apportées depuis 1931 à la demande du Canada. Il est vrai que ces modifications ne touchent pas à des dispositions relatives à des constitutions provinciales mais cela ne signifie pas que l'on puisse soutenir qu'en accordant aux législatures des provinces le pouvoir de modifier ces constitutions le Parlement britannique s'est interdit de le faire lui-même. Une telle prétention vient non seulement à l'encontre du principe qu'aucun texte voté par ce parlement ne peut avoir pour effet de le priver du pouvoir de le modifier lui-même (*Vauxhall Estates Limited v. Liverpool Corporation*, [1932] 1 K.B. 733; *Ellen Street Estates Ltd. v. Minister of Health*, [1934] 1 K.B. 590), elle est également contredite par un arrêt du Conseil privé:

"It is doubtless true that the power of the Imperial Parliament to pass on its own initiative any legislation that it sought fit extending to Canada

remains in theory unimpaired: indeed, the Imperial Parliament could, as a matter of abstract law, repeal or disregard Section 4 of the Statute." (Par Lord Sankey dans *British Coal Corporation v. The King* [1935] A.C. 520).

On aura noté que c'est en théorie seulement que, d'après Lord Sankey, le pouvoir absolu du Parlement britannique sur la Constitution du Canada demeure intact, dans la réalité il faut évidemment tenir compte de ce que le Canada est maintenant un pays souverain et que, par conséquent, le pouvoir dont il s'agit ne doit être exercé qu'à la demande du Canada. Si ces mots signifiaient "sur demande par adresse conjointe du Sénat et de la Chambre des Communes", cela voudrait dire que présentement le fédéral est maître absolu de la Constitution du Canada, ce qui ne serait certainement pas conforme, ni à l'usage reconnu, ni à la décision prise en 1931. En effet, dans cette hypothèse, l'article 7 du Statut de Westminster serait parfaitement inutile, il aurait pour seul résultat d'obliger Ottawa à s'adresser à Londres, au lieu de décréter lui-même les changements qu'il désire. Il faut donc dire qu'à l'heure présente rien ne définit ni ne limite rigoureusement le procédé par lequel une modification quelconque peut être demandée à Londres.

Les observations ci-dessus font voir que l'article 10 de la Formule n'est pas entièrement efficace. Pour supprimer définitivement dans l'ordre juridique le pouvoir législatif du Parlement de Westminster, il semble bien qu'il faudra, après l'adoption d'une formule quelconque, décréter au Canada par législation canadienne une semblable disposition. C'est de cette façon seulement que nos tribunaux pourront être légalement obligés de ne pas tenir compte d'une législation qui serait décrétée par le parlement britannique à l'encontre du Statut de Westminster et de la Formule.

Dans le texte de 1964 comme dans celui de 1961, la clause de délégation du pouvoir législatif fait l'objet d'une partie distincte du projet sous le titre: "Modifications de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique (1867)". On voit donc qu'en réalité ce n'est pas une partie de la formule de modification de la Constitution. En effet, le principe même de la délégation, c'est de ne pas changer la Constitution tout en transférant de façon révocable l'exercice du pouvoir législatif d'une autorité à une autre. Cela ne doit pas faire sous-estimer l'importance de la délégation. Ce qui compte dans la réalité c'est l'exercice du pouvoir et non la fiction juridique. De plus, l'exercice du pouvoir implique ordinairement des dépenses de deniers publics dont l'effet économique est souvent très important.

L'article auquel on s'est arrêté en 1961 et qu'on a légèrement modifié en 1964 prévoit la délégation dans les deux sens: des provinces au fédéral et du fédéral aux provinces. Il y a cependant une rigou-

reuse restriction: il faut toujours qu'au moins quatre provinces consentent ou acceptent la délégation. On ajoute cependant, pour la délégation au fédéral seulement, que si le Parlement du Canada déclare que l'adoption d'une loi par délégation intéresse moins de quatre provinces, le consentement de toutes les provinces intéressées suffit. Dans le cas de la délégation par le fédéral aux provinces, le texte exige clairement qu'au moins quatre provinces aient édicté identiquement la loi autorisée par le Parlement du Canada. Le pouvoir de délégation ne peut donc pas servir à accorder à une province un statut particulier. D'un autre côté, ce texte rigide n'a sûrement pas pour résultat d'exclure l'utilisation des nombreuses méthodes qui ont prouvé leur efficacité. Ainsi, le fédéral pourra toujours déléguer des pouvoirs à un organisme ou fonctionnaire provincial tout comme rien n'empêchera les provinces de continuer à déléguer des pouvoirs à des organismes ou fonctionnaires fédéraux ainsi qu'il découle de l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Prince-Edward Island Potato Marketing Board v. Willis* [1952] 2 R.C.S. 392.

La troisième partie de la Formule a pour objet de la rendre bilingue. Notre constitution ayant été décrétée sous la forme d'une loi du Parlement du Royaume-Uni, n'a qu'un seul texte officiel. La version française que l'on a imprimée dans les recueils de lois publiés, soit par le gouvernement fédéral, soit par celui du Québec, ne peut être considérée autrement que comme une simple traduction sans valeur juridique. Il en est autrement pour les modifications décrétées par le Parlement du Canada: la version française fait loi au même titre que la version anglaise. Pour les modifications décrétées par le Parlement britannique sur demande faite par une adresse qui en propose le texte exact, il n'est pas certain que le texte français de l'adresse dans les journaux des Chambres donne un caractère officiel à la traduction française de la loi britannique.

L'addition du texte français destiné à être imprimé en annexe dans le recueil des lois anglaises est donc un progrès dans la voie du bilinguisme officiel.

Il convient maintenant de rechercher pourquoi la Formule unanimement agréée par les premiers-ministres après son achèvement par les procureurs généraux et formellement acceptée par les neuf autres provinces, s'est trouvée rejetée parce que le Québec ne l'a pas acceptée.

Il faut tout d'abord observer que le gouvernement du Québec a jugé indispensable de régler au préalable la question du Conseil législatif. Comme on l'a vu, la sanction de la Formule aurait eu cette conséquence que les pouvoirs de cette Chambre Haute n'auraient pas pu être ensuite modifiés sans son consentement. Si l'on considère le caractère non démocratique de cette Chambre et l'origine de la

constitution de la Province, on ne peut sûrement pas voir là un résultat acceptable.

En effet, il convient de rappeler, car on est porté à l'ignorer, comment la constitution actuelle du Québec a été élaborée.

Lorsque l'on a jeté les bases de la Confédération canadienne, la Province du Canada était indubitablement une colonie britannique jouissant de l'autonomie législative mais non de la souveraineté. Sa constitution, l'Acte d'Union, lui avait été imposée par le Parlement britannique. Dans ces circonstances, on décida de recourir au même Parlement non pas pour lui demander de sanctionner un accord signé au pays, comme ce devait plus tard être le cas pour l'union de Terre-Neuve au Canada, en 1948, mais pour faire décréter une loi "basée sur les résolutions" adoptées le 10 octobre 1864.

La demande fut faite au moyen d'adresses à Sa Majesté votées par chacune des deux Chambres, les 20 février et 13 mars 1865.

Ces adresses ne renfermaient pas toute la substance de la constitution à venir car elles ne reproduisaient que les résolutions de 1864 d'après lesquelles (par. 41) : "Les gouvernements et les parlements des diverses provinces seront constitués en la manière que leurs législatures actuelles jugeront respectivement à propos de les établir."

En conséquence, la Législature de la Province du Canada fut appelée, en 1866, à voter d'autres adresses aux fins de proposer des dispositions pour la constitution des législatures des futures provinces de Québec et d'Ontario (alors Bas-Canada et Haut-Canada). Suivant la résolution que je viens de citer, les décisions sur le contenu de ces adresses furent prises non pas à la majorité des représentants du Bas-Canada pour la constitution du Québec et des représentants du Haut-Canada pour la constitution de l'Ontario, mais bien à la majorité de l'ensemble. C'est donc par le vote de la majorité des députés à l'Assemblée législative de la Province du Canada que l'on rejeta successivement la proposition d'une législature unicamérale pour le Bas-Canada et celle d'une Chambre Haute élective (2 août 1866, *Journaux*, pp. 275, 277).

On voit donc que l'on ne peut pas prétendre que c'est le Québec qui a choisi de se donner une constitution d'après laquelle l'exercice du pouvoir législatif requiert toujours l'assentiment d'une Chambre Haute non élective et formée d'un nombre fixe de membres.

Le droit de veto absolu du Conseil législatif est d'autant plus important pour le Québec que sa constitution renferme une autre disposition singulière, l'article 80. D'après ce texte, la modification de la représentation à l'assemblée législative ne peut toucher à aucun

des districts énumérés en annexe sans l'assentiment de la majorité de leurs députés.*

* On trouve dans notre législation provinciale trois textes touchant l'application de cet article:

1° Dans la loi qui a fait des comtés de Wolfe et de Richmond deux districts électoraux au lieu d'un seul (53 Victoria (1890), chap. 3):

"4. Les deux nouvelles divisions électorales créées par le présent acte, resteront soumises séparément, quant aux changements futurs de leurs limites, aux dispositions de la section 80, de l'Acte de l'Amérique Britannique du Nord, 1867."

2° Dans la loi de 1912 concernant la représentation à l'Assemblée législative (2 George V (1912), chap. 9):

"78. Les nouvelles divisions électorales de Frontenac, d'Ottawa, de Pontiac, de Témiscamingue et de Labelle, créées par la présente loi, restent soumises, séparément, quant au changement futur de leurs limites, aux dispositions de la section 80 de l'Acte de l'Amérique britannique du Nord, 1867."

3° Dans la refonte de la Loi de la division territoriale en 1922 (13 George V (1922), chap. 13):

"5. Les nouvelles divisions électorales de Pontiac, Hull, Papineau, Témiscamingue, Abitibi et Labelle, délimitées ou créées par la présente loi, restent soumises, séparément quant au changement futur de leurs limites, aux dispositions de la section 80 de l'Acte de l'Amérique Britannique du Nord, 1867."

Ces textes sont bien loin d'être des modèles de rédaction et l'on pourrait argumenter assez longuement sur leur portée. Cependant, personne ne soutient qu'ils ne révèlent pas l'intention de faire en sorte que les nouvelles circonscriptions soient traitées de la même manière que si elles étaient énumérées dans la seconde cédule. Cela conduit donc à dire que l'article 80 s'applique maintenant aux 17 districts électoraux suivants:

Pontiac, Richmond, Compton, Shefford, Brome, Huntingdon, Argenteuil, Frontenac, Mégantic, Hull, Stanstead, Papineau, Sherbrooke, Témiscamingue, Missisquoi, Labelle, Wolfe.

On notera que la liste ci-dessus ne renferme pas le district électoral d'Abitibi, quoique celui-ci soit mentionné dans le dernier des trois textes législatifs cités ci-dessus. La raison est la suivante. C'est qu'il n'existe plus de division électorale portant ce nom. En effet, la loi 8 George VI, chapitre 6, a fait disparaître le district électoral d'Abitibi et créé deux nouveaux districts électoraux: Abitibi-Est et Abitibi-Ouest. La division électorale visée par le texte de 1922 n'existe donc plus.

La règle fondamentale, c'est qu'il faut toujours s'en tenir à ce que le texte décrète. Tous les arrêts nous apprennent qu'il faut rechercher l'intention du législateur dans le texte et non pas en spéculant sur ce que l'intention a pu être. Voilà pourquoi il me paraît qu'il faut laisser Hull dans la liste et que l'on ne peut pas y substituer Gatineau.

Lorsqu'en 1930, le législateur a créé la nouvelle division de Gatineau (20 George V, chapitre 15), sans décréter que celle-ci serait soumise aux dispositions de l'article 80 de la Constitution, la seule conclusion juridiquement possible, c'est qu'il n'a pas voulu qu'elle y soit soumise. Au contraire, comme il a laissé subsister une division sous le nom de Hull, on n'a pas à rechercher si c'est la population ou le territoire qui est le plus important. Il suffit de constater que Hull subsiste. Rien ne permet de lui enlever le privilège.

Il est de plus en plus évident que le privilège établi il y a cent ans de la façon que l'on sait, n'a plus sa raison d'être et qu'il constitue un obstacle majeur à une répartition équitable de la représentation à l'Assemblée législative. Il est également évident que les inconvénients de ce régime iront en s'aggravant. Il ne faut donc pas que ce privilège exorbitant soit susceptible d'être protégé par une Chambre Haute inamovible.

Comme il s'agit d'une question qui ne concerne que le Québec, il était normal que cette province cherche à la régler elle-même. C'était le but du projet de "Loi du Parlement du Québec", inspiré du *Parliament Act* britannique. Aujourd'hui, c'est la solution plus radicale de l'abolition qui est préconisée. D'une façon ou d'une autre, on ne pourra sûrement pas se mettre à la recherche d'une formule sans se préoccuper de ce problème s'il n'est pas réglé dans l'intervalle.*

* Il faut observer que la Formule, en décrétant sans réserve le pouvoir de modification de la constitution provinciale, aurait pour effet de supprimer tout doute sur le droit de la Législature d'abroger le privilège de l'article 80 par une loi votée en la manière ordinaire.

Je ne crois pas que présentement l'abrogation du privilège exige l'assentiment de la majorité des députés des districts privilégiés, ce qui rendrait cette abrogation pratiquement impossible. En effet, il s'agit d'une disposition d'exception qui ne vise qu'une loi "à l'effet de modifier les délimitations des districts électoraux énumérés...". De plus, l'article 92 permet de modifier la constitution de la province "nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte".

Je dois cependant admettre qu'en donnant un effet absolu au "nonobstant" on peut être amené à dire que si le lieutenant-gouverneur sanctionne un bill sans tenir compte de l'article 80 il devient une loi valide, ce qui est discutable. Il faut aussi tenir compte de la règle d'interprétation suivant laquelle nulle disposition ne doit être réputée inutile et il faut tâcher de donner un sens à tous les articles d'une loi. Il semble donc que l'on pourrait décider que l'article 92 ne permet pas de *passer une loi en violation de l'article 80*.

Je vois difficilement au nom de quel principe on pourrait soutenir que l'on ne peut *abroger la disposition elle-même* sans s'y conformer. En effet, on est obligé pour dire cela d'ajouter quelque chose au texte. Il est bien beau d'affirmer que l'on ne peut pas faire indirectement ce que la loi défend de faire directement, mais il n'est pas facile de démontrer qu'une telle règle existe à l'encontre d'un texte formel comme celui de l'article 92. Concilier les deux textes est une autre chose, ajouter à l'article 80 ce qui n'y est pas est toute autre chose.

Il ne semble pas y avoir de jurisprudence britannique sur un cas semblable. Les dispositions des constitutions de la Nouvelle-Zélande et de l'Union Sud-Africaine qui ont fait l'objet des célèbres arrêts *Attorney General for New South Wales v. Trethowan* [1932] A.C. 526 et *Harris v. Minister of the Interior* [1952] 2 S.A. 428 décrétaient expressément dans les deux cas la nécessité d'observer les conditions prescrites dans le cas où il s'agirait de l'abrogation de la restriction elle-même.

D. K. Singh a récemment publié dans *The Modern Law Review* (Vol. 29, No 3) un article intitulé: "What cannot be done directly cannot be done indirectly: Its meaning and logical status in constitutionalism". Son analyse touche exclu-

Cependant, chacun le sait, là n'est pas le fond du problème, le rejet de la Formule au Québec découle essentiellement de ce qu'on y a vu une entrave à l'évolution constitutionnelle. Alors qu'auparavant l'opinion s'était essentiellement préoccupée de la protection des droits provinciaux, elle a été orientée vers les possibilités d'amélioration. On a soutenu que la Formule y ferait obstacle parce qu'il faudrait le consentement de toutes les provinces pour accroître leur compétence législative. On a même été jusqu'à prétendre que ce même consentement serait nécessaire pour augmenter les droits de la langue française et les droits scolaires des minorités. Il y a là une grave méprise: la Formule ne comporte rien de tel.

Prenons tout d'abord le cas des droits de la langue française. Que dit la Formule? Lisons l'article 2 en retranchant tout ce qui ne concerne pas ce cas particulier: "Nulle loi édictée en vertu de la présente partie et touchant... une disposition de la constitution du Canada relative... à l'usage de l'anglais ou du français, n'entrera en vigueur sans le concours des législatures de toutes les provinces." Ce qu'il importe d'observer c'est que pour donner lieu à l'application de la règle de l'unanimité, il faut non pas une loi "touchant l'usage de l'anglais ou du français", mais une loi "touchant *une disposition de la Constitution du Canada relative* à l'usage de l'anglais ou du français".

On a fait observer que "touchant", tout comme l'anglais "affecting", ne signifiait pas seulement "atteindre d'une façon défavorable", mais "atteindre d'une façon quelconque". C'est vrai, mais cela ne veut pas dire que l'on doive lire le texte autrement qu'il est écrit, ni qu'on puisse omettre de tenir compte de mots essentiels. Pour que la règle de l'unanimité joue, il faut que la loi nouvelle touche une disposition de la constitution relative à la matière dont il s'agit, il ne suffit pas qu'elle ait trait à cette matière.

Par conséquent, si le fédéral veut étendre le bilinguisme au-delà de ce que prescrit l'article 133, il n'a pas besoin du consentement des provinces car il ne modifie pas une disposition de la constitution. L'assentiment des provinces ne deviendrait nécessaire que si l'on voulait restreindre les droits du français ou de l'anglais car, autre-

sivement la méthode d'interprétation fondée sur la "pith and substance". Pour appliquer cette méthode en l'occurrence il faudrait admettre qu'une loi qui abroge le privilège est en réalité une loi à l'effet de modifier les délimitations des districts privilégiés puisque la conséquence de l'abrogation est de permettre cette modification. Ce n'est peut-être pas impossible. Pour invalider certaines lois créditistes de l'Alberta on a bien accepté de tenir compte de l'ensemble de la législation et du but général poursuivi.

ment, la nature de la législation serait telle qu'elle ne "toucherait" pas la constitution. Le raisonnement serait le même s'il s'agissait d'une province qui déciderait de rendre le français langue officielle. A l'heure présente, l'article de la constitution ne vise que le Québec en outre du fédéral. Personne ne pourrait prétendre que l'on y touche par une semblable disposition.

Pour ce qui est de l'éducation, je ne puis voir comment prétendre que ce serait toucher à une disposition de la constitution que de légiférer dans une province pour y accroître les droits des minorités. Le texte constitutionnel établit comme règle fondamentale la compétence des provinces en la matière, légiférer pour accorder des droits scolaires ce n'est pas le modifier mais s'en prévaloir. On n'y toucherait qu'en altérant les restrictions à ce principe à moins qu'on ne prétende imposer aux provinces une extension des droits des minorités. Mais qui voudrait une formule qui aurait pour effet de permettre d'imposer à des provinces contre leur gré, soit une extension des droits scolaires des minorités, soit une extension des droits de la langue française ou de la langue anglaise ?

Lorsqu'il s'agit du pouvoir législatif, il est bien évident que toute extension des droits des provinces ne peut se faire que par voie de retranchement du pouvoir fédéral. C'est un axiome que la totalité du pouvoir législatif est divisée entre le fédéral d'une part et les provinces de l'autre. Peut-on dire que l'on toucherait à une disposition relative aux droits des provinces en décrétant par exemple que le fédéral ne pourrait plus légiférer en matière de faillite ? Je ne le crois pas. A mon avis, une pareille modification de la constitution ne toucherait pas une disposition de la constitution relative aux droits des provinces mais bien une disposition relative à ceux du fédéral. Par conséquent, l'unanimité ne serait pas requise.

A ceux qui seront surpris de cette interprétation, je signalerai que la Cour suprême a récemment écarté de façon définitive la prétention que dès que le Code criminel comportait des dispositions sur une question, le champ se trouvait occupé de telle sorte que la législation provinciale devenait inopérante, même dans une matière d'intérêt local ou privé, comme l'usage des véhicules-automobiles. Il y avait toute une jurisprudence édifiée sur cette conception du conflit entre la législation fédérale et la législation provinciale. Comme on vient de le réaffirmer dans *Mann v. La Reine* ([1966] R.C.S. 238), ce n'est pas ainsi qu'il faut envisager la question. Il faut se demander si le Code criminel contredit la loi provinciale, en l'occurrence le Code de la route. Ce n'est pas le contredire que de décréter qu'un acte constitue une infraction en certaines circonstances, même si le Code de la route en fait de son côté une infraction dans des cir-

constances définies autrement et en des termes plus larges, de telle sorte que l'on peut être coupable sous le Code de la route, sans l'être sous le Code criminel, mais que l'on peut également être coupable sous l'un et l'autre à la fois.

Suivant cette interprétation décisive de ce qui constitue dans une législation provinciale une atteinte à la compétence fédérale sur le droit criminel, il me paraît certain qu'une loi modifiant la constitution pour accorder aux provinces des pouvoirs législatifs qui sont présentement du ressort du parlement fédéral ne serait pas une loi "touchant une *disposition de la constitution* du Canada relative au pouvoir de faire des lois que *possède* la législature d'une province..." C'est qu'en accordant aux provinces un pouvoir qu'elles ne *possèdent pas* présentement on ne touche d'aucune manière aux dispositions constitutionnelles qui leur accordent des pouvoirs législatifs. Ces dispositions restent intactes et on ne fait qu'en ajouter d'autres. Il faut bien observer que la Formule n'exige pas l'unanimité pour toute modification touchant le pouvoir législatif des provinces, mais seulement pour une modification touchant *une disposition de la constitution* relative au pouvoir législatif que *possède* la législature d'une province. S'il s'agit d'un pouvoir qu'elle ne possède pas la règle de l'unanimité, qui est une exception, ne joue pas.

On va sans doute me demander maintenant qu'elle était en réalité l'intention de ceux qui ont rédigé la formule. Voilà une question à laquelle je ne saurais répondre. Ce n'est peut-être pas sans raison que la jurisprudence britannique a interdit la recherche des intentions législatives dans les travaux préparatoires.

Il me paraît préférable de me demander en quel sens on peut s'orienter pour sortir de l'impasse. Le Canada ne peut pas rester indéfiniment dans la situation illogique créée par la conférence de 1926 et le Statut de Westminster. Il est aujourd'hui évident que ceux qui ont accepté en 1931 le fameux article 7 ont été dupes des apparences. La situation qui en découle est essentiellement instable et ouvre la voie aux coups de force. Il faut donc continuer à rechercher une solution. Si la préoccupation dominante est la recherche du dynamisme on peut songer à abandonner la préoccupation de la protection juridique et accepter la "formule souple" comme règle unique. Cela trancherait toutes les difficultés si l'on considère que la protection politique des droits fondamentaux est suffisante.
