

Réflexions sur la crise constitutionnelle canadienne

Gérald A. Beaudoin

Volume 8, Number 2, 1977

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1059600ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1059600ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Beaudoin, G. A. (1977). Réflexions sur la crise constitutionnelle canadienne. *Revue générale de droit*, 8(2), 237–245. <https://doi.org/10.7202/1059600ar>

Réflexions sur la crise constitutionnelle canadienne

Dans son Rapport préliminaire, la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme nous informait en février 1965 que le Canada «traversait sans toujours en être conscient la crise majeure de son histoire». Pour la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme... «c'était l'heure des décisions et des vrais changements; il en résultera soit la rupture, soit un nouvel agencement des conditions d'existence.» Une législation fédérale sur les langues officielles en 1969 et une loi québécoise sur la langue officielle en 1974 furent adoptées. De plus pendant trois ans de février 1968 à juin 1971 le fédéral et les provinces ont tenté sans succès d'apporter des réformes importantes à la Constitution du Canada. Le 15 novembre 1976 le Canada constatait de façon très concrète qu'il vivait sur le plan constitutionnel les heures les plus importantes peut-être depuis 1867. La crise dure depuis plusieurs années. Elle en est maintenant à une phase plus aigüe.

Sommes-nous au bord de la rupture ou dans une phase de «pré-constituante»? Le Québec d'aujourd'hui dans l'ensemble canadien diffère à maints égards du Bas-Canada de 1864, date de la dernière Constituante. De plus, contrairement à 1864, il existe aujourd'hui une autorité fédérale.

L'objet des lignes qui suivent est de réfléchir sur la crise constitutionnelle canadienne. Notre exposé comprendra trois parties:

- I- Les accrocs de notre Constitution fédérale.
- II- Les silences de la Constitution.
- III- Les réformes de structures.

Partie I

LES ACCROCS AU FÉDÉRALISME.

La Constitution de 1867, qui est une Constitution à forme fédérative et à caractère parlementaire nous a, c'est évident, rendu beaucoup de services. Elle nous a assuré un régime économique enviable et un système démocratique de tout premier rang. Sur plusieurs plans il s'agit d'une réussite fort remarquable. En leur temps, les Pères de la Confédération ont fait une œuvre utile et durable. Plusieurs parmi eux ont fait preuve de vision.

Mais cette Constitution comporte quelques accrocs à la doctrine fédéraliste. Pour certaines raisons on a voulu en 1867 centraliser le fédéralisme au Canada. Les Pères de la Confédération avaient vécu tout près d'eux la guerre civile américaine et avaient voulu réagir contre les pouvoirs étendus reconnus aux états fédérés par les Pères de la Constitution américaine. D'ailleurs, John A. McDonald avouait qu'il désirait une union législative et ce n'est que parce que George Étienne Cartier du Québec et certains autres représentants voulaient un pays fédéral que la forme fédérative fut adoptée. C'est à ces derniers que nous devons la dimension fédérale de notre Constitution. Mais cette Constitution, sur papier, fut très centralisée. Nous y relevons plus d'un trait unitaire, comme par exemple le pouvoir déclaratoire, les pouvoirs de réserve et de désaveu, le pouvoir fédéral illimité de taxer et de dépenser, le mode de nomination des juges des Hautes Cours et des Lieutenant-Gouverneurs, la désignation des membres du Sénat...

Bien sûr, comme on le sait, le Comité Judiciaire du Conseil Privé a notablement décentralisé par son interprétation le partage des compétences. Mais certains accrocs importants demeurent.

Sur plusieurs points, l'autorité fédérale elle-même a convenu, ainsi qu'en témoigne la charte de Victoria de 1971 des accrocs à corriger et des silences à remédier dans notre loi fondamentale.

Le pouvoir déclaratoire permet au parlement central de sa propre autorité et sans l'intervention des provinces de déclarer de l'avantage général du Canada des travaux ou ouvrages locaux et d'acquiescer ainsi une compétence sur des travaux qui jusque là étaient de la juridiction des provinces. La discrétion du Parlement est très grande et les Cours ne se reconnaissent pas un pouvoir d'intervention si ce n'est sur le sens du mot «travaux», vocable demeuré vague. Sur ce point, les Cours ont été des plus généreuses¹.

Ce pouvoir a rendu certains services dans le domaine du commerce du blé et de l'administration des chemins de fer. Il constitue toutefois un accroc très sérieux au fédéralisme. Mieux vaudrait aujourd'hui reconnaître une compétence au Parlement fédéral en matière de chemins de fer et écarter ce pouvoir déclaratoire.

Les pouvoirs de réserve et de désaveu existent toujours au Canada, en droit strict, ainsi qu'en témoigne un jugement de la Cour suprême de 1938²; le pouvoir de désaveu n'a pas été employé depuis 1943; on a eu recours au pouvoir de réserve au début des années 60 au grand embarras de l'Exécutif fédéral. Ces deux pouvoirs constituent un accroc inacceptable à la théorie fédéraliste et il n'y a aucun doute qu'il faille les écarter. D'ailleurs le Premier Ministre Trudeau et la plupart des juristes³ les considèrent désuets en tout état de cause. Le Juge en Chef Laskin écrit qu'ils sont: «Dormant if not entirely dead⁴.»

L'autorité centrale peut légiférer en matière de taxes directes et indirectes et les provinces peuvent prélever des taxes directes pour des fins provinciales. On sait que les provinces grâce à des fictions légales se sont immiscées dans le domaine de la taxation indirecte. Mais elles l'ont toujours fait pour prélever des impôts destinés à leurs fins. Les tribunaux ont accepté ces fictions légales⁵.

Le pouvoir central sur la base des articles 91.1A et 91.3 se reconnaît un pouvoir de prélever des impôts directs et indirects, et de les dépenser. Le pouvoir illimité de taxer et de dépenser soulève des difficultés. Une fois entrés dans le revenu consolidé, les impôts fédéraux peuvent-ils être dépensés pour des fins autres que fédérales? La jurisprudence n'est pas concluante sur la question. Le «caveat» posé par le Conseil Privé en 1937⁶ est plus ou moins efficace. Très peu d'arrêts portent sur le pouvoir de dépenser; en tout état de cause, ils en cernent mal les paramètres⁷. L'autorité fédérale elle-même a déjà convenu de la nécessité de fixer certaines limites⁸.

Dans une nouvelle constitution, il faudrait reconnaître aux provinces (en plus de la taxe directe) l'accès à la taxe indirecte, sauf aux douanes, maintenir l'article 121 qui empêche l'érection de barrières tarifaires entre provinces et apporter certaines limites au pouvoir fédéral illimité de taxer. Que l'autorité fédérale puisse légiférer et dépenser pour lutter contre les disparités régionales et pour égaliser les chances au Canada apparaît dans la logique du fédéralisme. Mais il faudrait préciser dans la Constitution les domaines où ce pouvoir de dépenser peut s'exercer parce que ce pouvoir risque de fausser le jeu délicat du fédéralisme et l'équilibre des pouvoirs législatifs. On pourrait ajouter à la liste des pouvoirs fédéraux de l'article 91, la péréquation et la lutte aux disparités régionales.

Pour ce qui est de la nomination des juges des Hautes Cours telle que prévue par l'article 96, il faudrait songer sérieusement à un amendement possible permettant l'organisation des tribunaux administratifs, la réorganisation des tribunaux judiciaires provinciaux et l'établissement de tribunaux de la famille. Sur le

¹ Andrée LAJOIE, *Le pouvoir déclaratoire du Parlement: augmentation discrétionnaire de la compétence fédérale au Canada*, P.U.M., 1969.

² 1938, S.C.R. 71

³ *Le fédéralisme et la société canadienne-française*, p. 157. Voir BRUN et TREMBLAY, *Droit public fondamental*, p. 233.

⁴ *The British Tradition in Canadian Law*, p. 121-2.

⁵ Voir Gérard V. LAFOREST, *Allocation of Taxing Power in Canada*; Marcel FARIBEAULT et Robert FOWLER, *Dix pour un ou le pari confédératif*, p. 112-113; voir TRUDEAU, *Le fédéralisme et la société canadienne française*, p. 145.

⁶ 1937 A.C. 355.

⁷ *Arrêt Angers*, 1957 R.C. de l'E. 83, *Arrêt Porter*, (1965) 1 Ex.C.R. 200

⁸ P.E. TRUDEAU, *Le fédéralisme et la société canadienne-française* pp. 88 et 145; du même auteur, *Les subventions fédérales-provinciales et le pouvoir de dépenser du Parlement canadien*, 1969.

plan législatif et judiciaire, Québec jouit d'un embryon de statut différent à cause des articles 94 et 98. Il pourrait au besoin en être ainsi pour l'article 96. Il vaut la peine de se pencher sur la question.

Pour ce qui est de la Cour suprême, comme il s'agit du Tribunal qui est l'arbitre suprême de la Constitution et qui juge en dernier ressort des conflits entre le pouvoir central et les provinces, il conviendrait que les juges qui président cette Cour soient nommés par le gouvernement fédéral avec ratification ou participation d'un Sénat réformé ou des autorités provinciales. L'autorité centrale, d'ailleurs, en a elle-même convenu dans ses propositions de la Charte de Victoria en 1971, en prévoyant la participation des provinces. Il suffirait de perfectionner le système mis alors de l'avant. Si le Sénat était réformé de façon à devenir plus fédéral, comme c'est le cas des chambres hautes dans plusieurs fédérations, le choix des juges de la Cour Suprême (comme des ambassadeurs et les présidents de Sociétés d'État) pourrait être ratifié par le Sénat.

Les lieutenant-gouverneurs, au XIX^e siècle, avaient un grand rôle à jouer, ce dernier s'atténue. Si ce n'est dans des cas rarissimes (qui peuvent encore exister) leurs prérogatives s'exercent de façon quasi-automatique. Si le principe monarchique devait demeurer, il faudra que les hauts officiers des états ou provinces fédérés soient nommés par les provinces et qu'il n'y ait aucun lien de subordination entre cet Officier et l'autorité centrale. La jurisprudence du Conseil Privé établit clairement que dans le domaine que leur alloue la Constitution les provinces sont souveraines⁹. Si un régime républicain est instauré, la désignation des membres de l'exécutif provincial ne devrait relever que des provinces.

Les sénateurs sont nommés par la seule autorité centrale. Le Sénat gagnerait à être plus « fédéralisé » dans ses structures.

Enfin, la compétence législative résiduelle appartient à l'autorité centrale, contrairement à la situation qui prévaut dans la plupart des fédérations.

Partie II

LES SILENCES DE LA CONSTITUTION.

L'EXISTENCE DE LA COUR SUPRÊME.

Contrairement à la Constitution américaine, notre Constitution ne mentionne pas l'existence obligatoire d'une Cour suprême comme clef de voûte du Pouvoir judiciaire. Son existence n'est pas garantie. La Constitution prévoit que l'autorité centrale pourra créer une Cour Générale d'appel pour le Canada. Mais le Parlement fédéral demeure libre de l'établir et de l'abolir ou d'en modifier la composition. Cette Cour Suprême d'ailleurs n'a pas vu le jour avant 1875. Jusqu'en 1949 elle était dominée par le Conseil privé. Elle n'est suprême que depuis vingt-cinq ans. Comme dans notre Constitution fédérale la Cour suprême est la gardienne de la Constitution, il faudrait que son existence soit garantie par la Constitution ainsi que sa composition, son rôle et le mode de nomination des juges. L'autorité centrale en a convenu à Victoria en 1971.

Il faudrait de plus prévoir dans la Constitution la proportion des juges de formation civiliste.

CONCEPT DE LANGUES OFFICIELLES.

Dans notre Constitution, il n'y a pas de concept de langues officielles¹⁰. Tout au plus retrouvons-nous à l'article 133 qui ne lie que la Législature du Québec et le Parlement fédéral, quelques garanties constitutionnelles¹¹, et l'article 23 de la loi constitutive du Manitoba qui sur le plan constitutionnel a la même valeur que l'article 133¹² mais qui, en 1890, a été mis de côté par le Parlement manitobain; le Juge Laskin a émis des doutes sur la constitutionnalité de cette loi manitobaine¹³.

⁹ *L'arrêt Hodge*, (1883-4) 9 A.C. 117; *L'arrêt Maritime Bank*, (1892) A.C. 437.

¹⁰ *Le Bureau métropolitain des écoles protestantes de Montréal c. Le ministère de l'Éducation et al.*, 1976 C.S. 430.

¹¹ *Arrêt Jones*, (1975) 2 R.C.S. 182.

¹² F.R. Scott, *Civil Liberties and Canadian Federalism*, p. 32.

¹³ *The British Tradition in Canadian Law*, p. 132.

Une cour manitobaine vient de la déclarer ultra vires¹⁴. L'affaire est actuellement en appel.

LE GOUVERNEMENT RESPONSABLE.

La Constitution écrite ne dit mot du régime de la responsabilité ministérielle et du gouvernement responsable. Il faudrait dans toute Constitution nouvelle, prévoir l'existence du vote de confiance, sa signification, son déroulement et l'exercice du droit de dissolution du Parlement. Au nom de l'autorité fédérale, M. Trudeau, a déjà fait des suggestions en ce sens dans un livre blanc, intitulé «La Constitution canadienne et le citoyen» 1969, aux pages 67 à 79. Il faudrait codifier plusieurs de nos conventions constitutionnelles.

LE CABINET, LE PREMIER MINISTRE, LE CHEF DE L'OPPOSITION.

Notre Constitution écrite est étrangement silencieuse sur l'existence et le rôle du premier ministre et du Conseil des Ministres. Elle ne traite que du Conseil privé. Il s'agit là d'une carence dans notre système de démocratie parlementaire où nous avons un Gouvernement de Cabinet. À la suite d'une longue évolution, le Parlement a grugé les pouvoirs de la Couronne, et, le Cabinet par la suite a dominé le Parlement; le premier des ministres a cessé d'être un «Primus inter pares» pour devenir un monarque élu, ainsi que l'illustre si bien Maurice Duverger¹⁵. Il ne serait que normal que la Constitution prévoit les pouvoirs du premier ministre et ceux du Conseil des Ministres. Les fonctions de l'Opposition et de son chef devraient être prévues également; elles sont capitales dans notre système.

Les fonctions du Cabinet, du premier ministre et du chef de l'Opposition devraient bien sûr être décrites de façon générale. Pareille description suffirait. Il ne s'agit pas de tout décrire en détail. On tomberait ici dans le mal inverse.

LA CULTURE.

La Constitution ne traite pas expressément et directement de la culture; il s'agit d'une lacune dans notre contexte moderne. Il est évident que chacun des pouvoirs doit avoir une compétence en la matière. Cette compétence pourrait être exclusive dans certains secteurs et concurrente ou simultanée dans d'autres.

LES DROITS DES MINORITÉS.

Les droits des minorités sont inadéquatement protégés par notre Constitution; l'article 93 protège les droits confessionnels (sans stipulation de réciprocité à l'article 93.2, ce qui devait s'avérer une erreur) et l'article 133 certains droits linguistiques à certains endroits, et, l'article 91.24 permet au Parlement central de légiférer sur les Indiens. Dans un pays composé d'une mosaïque de minorités, la Constitution devrait traiter bien davantage de certains droits collectifs et des droits des minorités, et, assurer une égalité de traitement des minorités dans les différentes provinces. Il n'est pas sûr que les droits linguistiques, les droits des minorités et les droits individuels ne devraient pas faire partie d'une seule et unique charte des droits fondamentaux. Il y a ici une harmonie à réaliser. Le Canada pourrait se situer à l'avant-garde sur ce plan. M. Claude Ryan l'éditorialiste le plus prestigieux au Canada actuellement, écrivait dans «Le Devoir» avec justesse:

La question la plus importante aujourd'hui dans l'ordre politique est probablement celle des rapports entre les droits des personnes et ceux des collectivités. Qu'il s'agisse de collectivités nationales, professionnelles, syndicales, culturelles ou religieuses, les droits de l'une ou de l'autre entrent très souvent en conflit avec les droits individuels des citoyens.

Il apparaît de plus en plus souhaitable qu'une charte des droits fondamentaux soit enchassée dans la Constitution de façon à habiliter les tribunaux, à en assurer le respect par leur «Judicial Review». Aux États-Unis, Jefferson avait fait le reproche aux auteurs de la Constitution de 1787 de les avoir oubliés. On s'est empressé d'y remédier dès 1790. Pour Jefferson, rien n'est inaliénable si ce n'est les droits fondamentaux.

Au XIX^e siècle et au début du XX^e, on a, au Manitoba et en Ontario, légiféré de façon négative sur des

¹⁴ *La Reine c. Forest*, (1977) 1 W.W.R. 363.

¹⁵ *La monarchie républicaine*, p. 48, 63 et 67.

droits collectifs en matière de langue et d'éducation. En 1968, le pouvoir fédéral a légiféré de façon positive ainsi que le Nouveau-Brunswick en 1969. Québec avec la loi 63, la loi 22, et la loi 101 fait le difficile apprentissage d'une législation linguistique acceptable.

LA FORMULE GÉNÉRALE D'AMENDEMENT.

Nous n'avons pas dans notre Constitution, de formule générale d'amendement. Les Pères de la Confédération ont pensé en 1867 que le Parlement de Westminster amenderait la Constitution à notre demande et que lesdits amendements seraient peu nombreux. Après l'accession du Canada, à la pleine souveraineté en 1931, il eût été souhaitable que le Canada se donnât alors une nouvelle Constitution, mais il n'était manifestement pas prêt. Nous avons peu progressé. Aucun accord ne s'est fait depuis, sur le contenu de la formule générale d'amendement, de sorte qu'aujourd'hui, le Parlement de Westminster peut seul, à notre demande, amender le partage des pouvoirs. Notre Constitution est encore une loi d'un pays devenu étranger que nous ne pouvons pas amender chez-nous... Il conviendrait, il va sans dire, le plus tôt possible de rapatrier cette Constitution et de trouver une formule générale d'amendement.

LES TRAITÉS.

Avec l'accession du Canada à la souveraineté, l'article 132 est devenu désuet. Depuis que le Canada signe lui-même ses traités il faut s'en reporter à d'autres sources ou critères pour savoir qui peut signer les traités et qui peut les mettre en œuvre. Une nouvelle Constitution devrait prévoir et l'un et l'autre. Quelques décisions judiciaires portent sur la mise en œuvre des traités, notamment l'arrêt de 1937¹⁶ sur les Conventions du Travail, mais il existe un contentieux entre Québec et Ottawa sur le plan de la conclusion des traités et sur le plan de la représentation externe des provinces dans les domaines de l'article 92. Tout en préservant l'unicité de la politique étrangère du Canada, il faudrait institutionnaliser la participation des provinces dans la conclusion par le pouvoir fédéral des ententes internationales.

LE POUVOIR D'URGENCE.

Le pouvoir d'urgence nationale est une création jurisprudentielle¹⁷. Il faudrait dans toute Constitution nouvelle, prévoir l'existence de ce pouvoir, ses critères d'application et également son mécanisme de déroulement. Il existe des degrés dans l'urgence. De plus, l'urgence en tant de guerre n'est pas celle qu'on pourrait imaginer en temps de paix.

Comme en cas d'urgence, le fédéralisme subit un éclipse et que le jeu du partage des pouvoirs est suspendu, on ne saurait y avoir recours que dans des cas très graves et déterminés.

LA POSITION DU QUÉBEC.

Sauf peut-être pour les articles 92.13, 94 et 98 qui constituent un certain embryon de statut distinct, le Québec n'est pas protégé de façon spéciale. C'est une lacune ainsi qu'en témoigne l'histoire. La spécificité du Québec ne fait pas de doute. Aux accrocs et aux silences de la Constitution, il faut ajouter une situation factuelle: le Québec est autrement plus dynamique qu'en 1867. Le cadre constitutionnel canadien devrait refléter ce fait.

LA DÉLÉGATION DES POUVOIRS LÉGISLATIFS.

La jurisprudence en interdit le recours¹⁸. On pourrait s'interroger encore comme on l'a déjà fait sur l'utilité de prévoir dans la Constitution son usage.

LES AFFAIRES ÉTRANGÈRES.

La Constitution est silencieuse sur la conduite des affaires étrangères. Il n'existe pas de pouvoir énuméré sur ce point au chapitre du partage des compétences législatives. L'autorité centrale se reconnaît cette compétence, à cause de la prérogative royale et du pouvoir résiduel. Est-il besoin de souligner qu'une nouvelle Constitution devrait traiter de façon expresse de ce sujet.

¹⁶ (1937) A.C. 326.

¹⁷ *Arrêt Fort Frances*, (1923) A.C. 695.

¹⁸ 1951 R.C.S. 31.

LA PRÉSENCE DE DEUX PEUPLES FONDATEURS.

On réfère dans le préambule de l'Acte de 1867 à une fédération de provinces. On devrait référer à une alliance entre les deux peuples fondateurs. Ceci est fondamental dans notre système. Dans ce préambule on devrait énumérer les buts et les raisons de l'alliance, la présence des deux peuples fondateurs, la lutte aux disparités régionales, la protection des droits des minorités et des droits fondamentaux, etc.

Partie III

LA RÉFORME CONSTITUTIONNELLE.

On pourrait se poser la question de savoir si la compétence résiduelle ne pourrait pas être octroyée aux législatures provinciales, comme c'est le cas notamment en Australie et aux États-Unis. On a voulu faire l'inverse au Canada en 1867. Les Pères de la Confédération voulaient réagir contre la théorie des *States' Rights* qui s'était développée aux États-Unis. On sait, par contre, que le Conseil privé a décentralisé la Constitution canadienne dans une série de décisions s'étalant sur 80 ans.

Il ne faudra pas, toutefois, attacher trop de vertu à la clause résiduelle. Aux États-Unis la Cour suprême en dépit de cette clause a centralisé la Constitution. Mais il n'en reste pas moins que la clause résiduelle peut jouer un rôle qui n'est pas à minimiser.

Si la Constitution actuelle devait perdurer, elle ne pourrait pas ne pas être révisée en profondeur. Mieux vaudrait en écrire une nouvelle quitte à reproduire plusieurs dispositions de la Constitution actuelle.

Il faudrait, en tout état de cause, pallier aux silences de la Constitution dans les domaines précités dans notre Partie II et écarter les accroc mentionnés dans notre Partie I. C'est déjà beaucoup. Mais il faut davantage.

La loi fondamentale devrait référer expressément aux deux peuples fondateurs qui ont marqué très profondément le Canada; on devrait y enchâsser une charte des droits fondamentaux (droits individuels et droits des minorités), assurer aux provinces l'accès à la taxe indirecte (sauf aux douanes), consacrer et institutionnaliser l'alternance d'un francophone et d'un anglophone aux postes de gouverneur général, président du Sénat et président de la Chambre des Communes, refléter la spécificité du Québec dans la Constitution, rendre le Sénat électif ou à tout le moins le «fédéraliser», effacer dans la Constitution les traits d'un état unitaire, prévoir de façon expresse la compétence fédérale en matière de péréquation et de lutte aux disparités régionales, apporter des limites expresses au pouvoir fédéral de taxer et de dépenser, préciser les juridictions au niveau des communications, du bien-être social et de la santé. En matière d'immigration, domaine de compétence simultanée, il faudrait prévoir un partage plus adopté aux besoins modernes.

Si l'on excepte quelques lois constitutives comme celles du Manitoba, de la Saskatchewan et de l'Alberta, seul le texte anglais de la Constitution canadienne est officiel; le libellé manque d'élégance et il a des relents de colonialisme, étrangers au XX^e siècle; il faudrait redonner aux provinces (ou à tout le moins au Québec) la compétence en matière de mariage et de divorce pour accorder au Québec la possibilité d'avoir un droit familial plus fidèle à son génie (maintenant que Québec est pluraliste, il est beaucoup moins de raisons de laisser cette compétence au Parlement central), stipuler l'indépendance de tous les juges (seule l'indépendance des juges des cours supérieures est prévue expressément à l'article 99); consacrer le Québec comme le foyer principal de la langue et de la culture françaises au Canada, stipuler dans le préambule pourquoi les divers peuples au Canada veulent former une union.

Enfin, il faudra bien profiter de l'occasion pour se prononcer sur la forme de l'État. Continuera-t-il d'être monarchique? Deviendra-t-il républicain?

Rappelons enfin qu'on peut perfectionner la Constitution sans trop décentraliser, car, il faut, en tout état de cause, maintenir une puissance au centre.

Il y aurait enfin grand intérêt à ce que les provinces se regroupent pour former quatre ou cinq grandes unités plus égales, ce qui contribuerait à l'harmonie de l'ensemble, et assurerait un meilleur marché des richesses.

Nous disons au début que nous vivions peut-être une ère de «pré-constituante». Le moment n'est peut-être pas encore venu de convoquer cette constituante formée de délégués fédéraux et provinciaux et de représentants des éléments qui composent notre pays. Mais il ne saurait tarder. Un travail préalable doit être fait tant au niveau fédéral que provincial. Il faut procéder à la relance d'une alliance nouvelle entre les deux peuples fondateurs. Par la suite, il faudra passer à la phase de la Constituante; il faut dès à présent étudier sa composition. Plusieurs hypothèses sont possibles. Aux États-Unis en 1787 chaque État envoyait des délégués, pas nécessairement en nombre égal. Il serait éminemment désirable que les Québécois, lors du référendum, aient un choix entre la ou les options du parti québécois et les propositions constitutionnelles concrètes et nouvelles que le pouvoir fédéral et les autres provinces seraient prêts à offrir.

L'option du Parti québécois semble s'assimiler à une association d'États indépendants, c'est-à-dire à une véritable confédération d'États souverains. L'histoire en donne des exemples; il faudrait les étudier. La confédération diffère substantiellement on le sait de la fédération. Le Canada peut se refaire de nouveau, et, sur des bases fédérales une fois de plus, mais avec un partage législatif différent et un Québec mieux redéfini dans l'ensemble canadien. Il est douteux que la majorité des Québécois votent pour l'isolement. Le Québec se voudra ou fédéré ou confédéré, mais il est possible qu'il n'ait à choisir qu'entre un nouveau fédéralisme et l'indépendance totale.

Le problème canadien ou le «mal» canadien (si l'on nous permet un emprunt à Alain Peyrefitte) n'en est pas un de fédéralisme uniquement, mais bien aussi un problème de dualisme. Comme le remarquait Keith Spicer, le 14 septembre 1976 dans le *Journal Le Droit*:

Si nous voulons avoir un pays, nous devons comprendre que le Canada comprend deux sociétés unilingues, très bien structurées et qu'il faut les unir dans quelques institutions bilingues.

Ces deux sociétés doivent mettre au point un nouvel arrangement ainsi que les y conviait en 1965 la Commission Laurendeau-Dunton.

La politique linguistique se doit d'être perfectionnée. Elle règle un préalable nécessaire. Cette politique se doit d'être réaliste. On semble pour la première fois en comprendre l'étendue possible et ses limites inévitables, et ce tant sur le plan fédéral que sur le plan des provinces. Il faudra par la suite, aller au-delà de la politique linguistique. Il restera, à réédicter une constitution canadienne qui pourra bien reposer une fois de plus sur des assises fédérales.

On ne peut conserver indéfiniment comme constitution, une loi d'un pays étranger, même s'il elle a été conçue chez-nous.

Il ne faut pas se surprendre si des peuples désirent à la fois garder leur identité et faire partie d'un ensemble plus vaste. Le phénomène n'a pas échappé à l'œil perspicace de Glazer, qui dans un article paru dans 1976 *Dialogue* 41 propose à la page 55 que dans les Constitutions des pays pluriethniques (et ils constituent la très grande majorité) des garanties bien expresses soient données aux minorités sur les plans ethnique, religieux et linguistique.

... le phénomène ethnique semble être désormais une force permanente du monde moderne et la forme multi-ethnique devient de plus en plus fréquente au sein de toutes les nations...

La réponse au polyethnisme sera peut-être une situation où, dans chaque pays, chaque groupe aura des droits garantis, et une part garantie dans l'économie, la sphère politique et la vie sociale. On pourra mettre l'accent sur l'un ou l'autre aspect de cette solution, et privilégier soit la garantie des postes pour chaque groupe, soit la garantie des droits pour chaque individu et chaque groupe.

On a coutume de dire que dans une fédération, les états, provinces, ou landers ou cantons sont égaux, et qu'aucun des États fédérés ne doit avoir un statut différent, bref que l'égalité des états fédérés est inhérente au système. Nous avons déjà dans notre Constitution un certain embryon de statut particulier pour le Québec (articles 23.6, 94, 98), pour le Nouveau-Brunswick (article 124), pour Terre-Neuve (article 93), pour le Manitoba (les articles 22, 23, 27 de sa loi constitutive), pour la Saskatchewan et Alberta (article 24 de leur loi constitutive). Le parlement fédéral en créant une province à même les territoires non érigés en province, peut lui donner un statut quelque peu différent des autres provinces¹⁹. Il y a dans notre

¹⁹ 1953 A.C. 594 aux pages 614-5; *A.G. for Saskatchewan c. Canadian Pacific Ry Co*; voir BRUN et TREMBLAY, *Droit public fondamental* p. 142.

Constitution quelques variantes d'une province à l'autre. Les Prairies n'avaient pas compétence sur leurs richesses naturelles avant 1930. Le gouvernement actuel du Québec ne croit pas que le statut particulier constituerait un compromis valable et le gouvernement d'Ottawa non plus. Cependant, dans toute négociation ultérieure d'une nouvelle Constitution, la question du statut particulier n'est pas complètement à rejeter, à tout le moins comme hypothèse de travail.

Que la Constitution reflète le contexte spécial du Québec comme foyer principal de la langue et de la culture française n'est que normal. Dans cette province les francophones représentent 80% de la population et sur le plan fédéral la langue des francophones est officielle. Aucune autre minorité sur le plan fédéral ne se trouve en pareille situation. L'ensemble canadien est hétérogène et non homogène.

L'égalité des provinces ne suffit pas à rendre compte du phénomène. D'ailleurs à la Cour suprême, au Sénat, les provinces n'ont pas la même représentation. La fédération n'est pas une union de provinces uniquement mais de peuples et de cultures. Il ne s'agit pas de revenir à la double majorité qui a paralysé les dernières années de l'Union. Il faut trouver un système plus efficace. D'ailleurs, à la Chambre basse à Ottawa, le principe en est un de représentation proportionnelle. Au Sénat, la représentation pourrait être basée sur d'autres critères comme c'est le cas dans les fédérations de façon générale.

Il faut aussi s'interroger sur l'égalité des pouvoirs entre le Sénat et les Communes si le Sénat ne devient pas électif.

FÉDÉRATION OU CONFÉDÉRATION?

Dans une fédération la souveraineté législative est divisée et le citoyen est soumis à deux gouvernements et à deux règles de droit. L'ensemble forme un pays, même s'il peut comprendre plusieurs sociétés ou nations.

Le fédéralisme débouche-t-il fatalement sur la centralisation? Le constitutionnaliste André Tunc suggérerait que les U.S.A. abandonnent maintenant la formule fédérale qui s'avérait nécessaire au début. K.C. Wheare se demandait si le fédéralisme australien survivrait à la seconde guerre mondiale²⁰. Le professeur MacWhinney a écrit avec raison que le fédéralisme peut survivre²¹.

La pérennité du système fédéral est due à un équilibre qui est toujours à rechercher et à maintenir. Il est difficile. Les tribunaux et les parlements jouent un rôle capital. Rien n'est acquis. On peut imaginer un fédéralisme qui dure, si les éléments qui composent un pays le désirent vraiment et aménagent la Constitution en conséquence. Tout est dans le vouloir vivre! Il y a des formes de fédéralisme qui ont duré plusieurs siècles.

Il faudrait bientôt faire une étude sur la pérennité des fédérations et confédérations et sur leurs avantages et désavantages.

Dans une confédération, deux ou plusieurs états mettent en commun certains pouvoirs délégués et en confient l'exercice à des organismes centraux. Le pouvoir réside d'abord dans les États qui peuvent constituer autant de pays; les citoyens ne sont soumis qu'à un seul état, la citoyenneté peut différer dans chaque état. Les organismes centraux n'ont que des pouvoirs délégués. Les États peuvent se séparer. Dans une Confédération les États sont, en principe, unis par un traité alors que dans une fédération, une Constitution unit les États fédérés. Carré de Malberg définit la confédération comme une «...société contractuelle entre états demeurant souverains²²». Il y a entre les deux systèmes une différence de substance et de nature.

Dans l'hypothèse où la souveraineté du Québec et son association aux autres provinces deviendrait le choix des divers éléments qui composent notre pays, il faudrait prévoir la nature du mécanisme central qui continuerait à unir Québec aux autres provinces. Serait-il un mécanisme de délégation ou un parlement véritable? Une véritable union peut-elle durer et signifier quelque chose, à moins d'avoir un parlement au centre?

²⁰ *Op. cit.*, p. 239.

²¹ E. McWHINNEY, *Federal Constitution — Making for a Multi-National World*, Leyde, A.W. Sythoff, 1966, p. 13-14. Voir en ce sens le *Rapport Tremblay*, vol. II, p. 131.

²² *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920 réédité en 1962, tome I, p. 95.

La Communauté économique européenne a convenu d'établir un Parlement et en 1978 il y aura élection d'un parlement européen au suffrage universel direct. C'est à bon droit qu'on s'interroge sur l'influence de cette élection sur la souveraineté nationale de chacun des pays concernés²³.

Pour le moment, ce Parlement européen a bien peu de pouvoirs. C'est une assemblée parlementaire. Son rôle est consultatif. Les structures européennes sont tout au plus pré-fédérales ou même pré-confédérales. Il s'agit d'un système communautaire selon les mots d'Emile Noël. Il est à prévoir que pendant longtemps les pays membres ou les patries seront très jaloux de leur souveraineté et ne voudront pas la diviser comme c'est le cas en régime fédératif. Mais l'union européenne ne pourra se faire et durer que si une certaine partie de la souveraineté nationale des États est dévolue au pouvoir central. L'Europe en est actuellement à un stage inter-étatique qui se dirige vers une phase confédérale. Cette phase peut durer longtemps avant de déboucher un jour sur le régime fédéral. Incidemment, les États-Unis d'Amérique ont passé par la phase confédérale avant d'adopter le système fédéral.

L'un des Pères et l'Europe, Jean Monnet, avec prudence, n'emploie pas les mots «confédération» et «fédération». Mais son but est clairement exprimé. Il souhaite l'avènement d'un système qui dépasse les souverainetés nationales²⁴.

Le fédéralisme canadien en est à une phase de renaissance. Il se redéfinira ou il éclatera.

Si Québec rejette la formule fédérative, s'il devient un pays entièrement souverain, l'avenir seul dira s'il réussira ou non son association. Si cette association se réalise il est probablement dans la nature des choses qu'elle évoluera à son tour vers un fédéralisme si elle se veut efficace et durable.

Aussi le Canada a-t-il intérêt, dans un proche avenir, à convoquer une Constituante et à se donner une nouvelle Constitution fédérale calquée sur ses besoins actuels, lesquels diffèrent de ceux de 1967. Le Canada doit rapatrier sa Constitution et s'en donner une nouvelle en même temps. L'autorité fédérale et les provinces peuvent prendre l'initiative de faire des propositions constitutionnelles. Le contexte actuel diffère de celui de Victoria en 1971.

D'ici un an ou tout au plus deux ans, un référendum se tiendra au Québec sur le statut constitutionnel du Québec. Cette forme de démocratie directe ne fait pas partie de notre Constitution basée sur le Gouvernement responsable et la démocratie représentative. Il demeure possible toutefois. Terre-Neuve a décidé d'entrer dans la Confédération en 1949 après deux référendums. Québec peut tenir un référendum consultatif sur l'indépendance de cette province. Sur la plan juridique, il ne change pas per se la situation. Cependant, sur le plan politique, il peut revêtir une importance qui peut devenir déterminante.

Le problème canadien actuel peut-il être réglé par une nouvelle Constitution? C'est une solution qui apparaît logique. Jamais, du moins, les circonstances n'ont été aussi favorables. Cette Constitution devrait être libellée dans les deux langues, et, référer aux peuples fondateurs et à ceux qui sont venus nous enrichir de leur culture, et, opérer un partage des pouvoirs fondé sur les besoins actuels, et, garantir les droits fondamentaux de l'individu et ceux des minorités.

Il se pourrait que nous ayons quelque chose à réaliser, qui pourra, qui sait, être matière d'exportation un jour.

Gérald BEAUDOIN
doyen, Droit civil,
Université d'Ottawa

²³ Voir *arrêt du conseil constitutionnel français*, rendu en décembre 1976; *l'arrêt britannique Blackburn*, (1971) 2 All E.R. 1380.

²⁴ *Mémoires*, p. 616-617.