

LES ACCORDS MEECH-LANGEVIN

Sénateur Gérald-A. Beaudoin O.C. C.R.*

Introduction

Entre les Accords du Lac Meech conclus le 30 avril 1987 et ceux qui sont intervenus à Ottawa, à l'édifice Langevin, le 3 juin 1987 à l'aube, il y a plus qu'une différence entre une entente de principe et un document en forme juridique. Plusieurs clauses de sauvegarde ont été apportées dans le texte final, dont deux aux deux rubriques les plus controversées: la société distincte et le pouvoir fédéral de dépenser, une troisième à la compétence du Parlement sur la Cour suprême, et une clause spéciale de sauvegarde pour les droits des peuples autochtones et pour la multiculturalité. D'autres amendements ont également été adoptés et ils ont de l'importance, comme nous le verrons plus loin.

Nous analysons dans les lignes qui suivent les différents points de l'*Entente constitutionnelle de 1987*:

- La formule d'amendement;
- La Cour suprême;
- Le Sénat
- Le pouvoir de dépenser;
- La dualité linguistique et la société distincte;
- L'immigration.

Dans notre conclusion, nous dirons un mot des sujets suivants:

- Centralisation et décentralisation;
- Fédéralisme idéal;
- Le balancier;
- Droits individuels et les Accords Meech-Langevin
- Un compromis acceptable.

I. La formule d'amendement

Les Accords amendent les articles 40, 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'article 42 disparaît. Les articles 44, 46, et 47 sont modifiés par voie de conséquence.

"40. Le Canada fournit une juste compensation aux provinces auxquelles ne s'applique pas une modification faite conformément au paragraphe 38(1) et relative à un transfert de compétences législatives provinciales au Parlement.

41. Toute modification de la Constitution de Canada portant sur les questions suivantes se fait par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du

* Professeur de droit constitutionnel à l'Université d'Ottawa. Témoignage devant le Comité spécial de l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick, le 29 septembre 1988.

Canada, autorisée par des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province:

- a) la charge de Reine, celle de gouverneur général et celle de lieutenant-gouverneur;
- b) les pouvoirs du Sénat et le mode de sélection des sénateurs;
- c) le nombre de sénateurs par lesquels une province est habilitée à être représentée et les conditions de résidence qu'ils doivent remplir;
- d) le droit d'une province d'avoir à la Chambre des communes un nombre de députés au moins égal à celui des sénateurs par lesquels elle était habilitée à être représentée le 17 avril 1982;
- e) le principe de la représentation proportionnelle des provinces à la Chambre des communes prévu par la Constitution du Canada;
- f) sous réserve de l'article 43, l'usage de français ou de l'anglais;
- g) la Cour suprême du Canada;
- h) le rattachement aux provinces existantes de tout ou partie des territoires;
- i) par dérogation à toute autre loi ou usage, la création de provinces;
- j) la modification de la présente partie."

L'article 44 de la même loi est abrogé et remplacé par ce qui suit:

"44. Sous réserve de l'article 41, le Parlement a compétence exclusive pour modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives au pouvoir exécutif fédéral, au Sénat ou à la Chambre des communes."

Le paragraphe 46(1) de la même loi est abrogé et remplacé par ce qui suit:

"46.(1) L'initiative des procédures de modification visées aux articles 38, 41 et 43 appartient au Sénat, à la Chambre des communes ou à une assemblée législative."

Le paragraphe 47(1) de la même loi est abrogé et remplacé par ce qui suit:

"47.(1) Dans les cas visés, à l'article 38, 41 ou 43, il peut être passé outre au défaut d'autorisation du Sénat si celui-ci n'a pas adopté de résolution dans un délai de cent quatre-vingts jours suivant l'adoption de celle de la Chambre des communes et si cette dernière, après l'expiration du délai, adopte une nouvelle résolution dans le même sens."

La formule actuelle de modification enchâssée dans la *Loi constitutionnelle de 1982* comporte des lacunes pour la protection du Québec au sein des institutions centrales. Au fait, au niveau de la Cour suprême, il n'est pas certain du tout que la "composition civiliste" de cette Cour (un tiers des membres) soit vraiment protégée.¹ Au Sénat, certains juristes ont prétendu que le Québec jouit d'un droit de veto possible grâce à la conjugaison des articles 23 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Encore là, à mon avis, un doute fort sérieux demeure. La fusion des articles 41 et 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982* proposée par les Accords du lac Meech fait en sorte que les amendements à la constitution du Sénat et à la composition de la Cour suprême requièrent l'unanimité, ce qui donne maintenant une bonne protection au Québec au sein de ces deux grandes institutions centrales.

La formule d'amendement s'alourdit, c'est vrai; mais il ne faut pas exagérer. Si l'unanimité des "onze" doit exister pour les institutions centrales et quelques autres sujets, il n'en reste pas moins que la formule de base demeure toujours la même, savoir, celle de sept provinces regroupant 50% de la population, prévue à l'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

La formule proposée au Lac Meech apparaît encore réaliste. Car, après tout, que l'unanimité s'étende à des sujets aussi fondamentaux que la représentation proportionnelle des provinces aux Communes, le rattachement des territoires à des provinces existantes et la création de nouvelles provinces ne fait pas de la formule d'amendement une camisole de force. Parmi les nouveaux secteurs requérant l'unanimité, plusieurs sont très reliés aux sujets protégés en 1982 par l'article 41.

Dans toutes les formules d'amendement proposées depuis 1927, ou presque, il y a toujours eu quelques sujets qui requerraient l'unanimité des pouvoirs publics.²

Mackenzie King en 1927 et en 1935, R.B. Bennett, en 1931, Louis St-Laurent en 1949-50, John Diefenbaker en 1960-61, L.B. Pearson en 1964 et en 1968, et enfin, Pierre Trudeau en 1971, 1979, 1980 et en 1981 voulaient éviter autant que possible la règle de l'unanimité; mais ils l'acceptaient tout de même pour des domaines triés sur le volet. Il ne faut pas oublier que jusqu'en 1981 on a parlé d'un droit de veto pour le Québec. Ce veto, Robert Bourassa a tenté de le récupérer en proposant le 9 août 1986 que la formule de base soit modifiée et que

¹Peter Hogg dans son ouvrage: "*Canada Act Annotated*", Carswell, 1982 soulève des doutes sérieux sur la protection constitutionnelle de la composition de la Cour suprême. *La loi sur la Cour suprême*, écrit-il n'est pas listée en annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982* parmi les lois constitutionnelles qui comprennent la Constitution du Canada. L'alinéa d) de l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982* porte sur la composition de la Cour suprême du Canada. A son avis le Parlement fédéral peut, en vertu de l'article 101 de la Loi de 1867, modifier unilatéralement la composition de la Cour. De plus, le mot "composition" à l'article 41d) comprend-il aussi la composante civiliste de la Cour? Ce n'est pas sûr du tout.

²G. Favreau, *Modification de la Constitution du Canada*, Imprimeur de la Reine, 1965. P. Gérin-Lajoie, *Constitutional amendment in Canada*, Toronto: University of Toronto Press, 1950.

la clause de regroupement de la population prévue à l'article 38 passe de 50 à 75% de la population canadienne ce qui aurait donné un droit de veto au Québec et à l'Ontario. L'idée était bonne. Malheureusement les autres provinces se sont opposées. Le Premier ministre Brian Mulroney a suggéré à son tour le retour à la formule de Toronto, soit le chiffre de 80%.³ Il s'est heurté, lui aussi, à un mur. On peut considérer que depuis l'Accord des huit du 16 avril 1981, le veto est devenu impossible. On s'est entendu alors pour y substituer un droit de retrait avec pleine compensation. Quel moyen restait-il au Québec pour se protéger dans les institutions centrales? Certainement pas le droit de retrait! On ne se retire pas du Sénat et de la Cour suprême. La seule protection pour le Québec devenait donc la règle de l'unanimité. C'est dommage mais c'est un pis-aller.

Je voudrais ici répondre à quelques reproches que l'on fait à la formule d'amendement.

Les Accords Meech-Langevin ne rendront pas plus difficiles les amendements au chapitre du partage des pouvoirs. La règle demeure ce qu'elle était en 1982. Il faut le concours du fédéral et de sept provinces regroupant 50% de la population canadienne.

On a dit que les provinces ne céderont jamais rien. L'histoire enseigne le contraire. En 1940, elles ont cédé l'assurance-chômage. En 1951 et 1964 elles ont accepté un pouvoir concurrent (d'exclusif qu'il était) en matière de pensions de vieillesse. Elles l'ont même fait de façon unanime. L'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'en demande pas tant; ce dernier demeure inchangé⁴ par les Accords Meech-Langevin.

II. La Cour suprême

Les Accords ajoutent l'article 101A, B, C, D, E, à la *Loi constitutionnelle de 1867*.

"Cour suprême du Canada

101A.(1) La cour qui existe sous le nom de Cour suprême du Canada est maintenue à titre de cour générale d'appel pour le Canada et de cour additionnelle propre à améliorer l'application des lois du Canada. Elle conserve ses attributions de cour supérieure d'archives.

(2) La Cour suprême du Canada se compose du juge en chef, appelé juge en chef du Canada, et de huit autres juges, que nomme le gouverneur général en conseil par lettres patentes sous le grand sceau.

³Voir G.A. Beaudoin, *Le Québec et le Lac Meech*, Montréal: Guérin Littérature, 1987, pages 75 et 76.

⁴Ceci dit je ne veux pas faire l'apologie du droit de retrait. Je lui ai toujours préféré le droit de veto. Mais depuis le 16 avril 1981, ce dernier était fatalement laissé pour compte au profit de l'autre.

101B.(1) Les juges sont choisis parmi les personnes qui, après avoir été admises au barreau d'une province ou d'un territoire, ont, pendant au moins dix ans au total, été juges de n'importe quel tribunal du pays ou inscrites au barreau de n'importe quelle province ou de n'importe quel territoire.

(2) Au moins trois des juges sont choisis parmi les personnes qui, après avoir été admises au barreau du Québec, ont, pendant au moins dix ans au total, été inscrites à ce barreau ou juges d'un tribunal du Québec ou d'un tribunal créé par le Parlement du Canada.

101.C(1) En cas de vacance à la Cour suprême du Canada, le gouvernement de chaque province peut proposer au ministre fédéral de la Justice, pour la charge devenue vacante, des personnes admises au barreau de cette province et remplissant les conditions visées à l'article 101B.

(2) Le gouverneur général en conseil procède aux nominations parmi les personnes proposées et qui agrément au Conseil privé de la Reine pour le Canada; le présent paragraphe ne s'applique pas à la nomination du juge en chef dans les cas où il est choisi parmi les juges de la Cour suprême du Canada.

(3) Dans le cas de chacune des trois nominations à faire conformément au paragraphe 101B(2), le gouverneur général en conseil nomme une personne proposée par le gouvernement du Québec.

(4) Dans le cas de toute autre nomination, le gouverneur général en conseil nomme une personne proposée par le gouvernement d'une autre province que le Québec.

101D. Les articles 99 et 100 s'appliquent aux juges de la Cour suprême du Canada.

101E.(1) Sous réserve que ne soient pas adoptées, dans les matières visées à l'article 101, de dispositions incompatibles avec les articles 101A à 101D, ceux-ci n'ont pas pour effet de porter atteinte à la compétence législative conférée au Parlement du Canada en ces matières.

(2) Il est entendu que l'article 101A n'a pas pour effet de porter atteinte à la compétence législative du Parlement du Canada en ce qui concerne le renvoi à la Cour suprême du Canada de questions de droit ou de fait, ou de toute autre question."

Personne, ne s'oppose, bien au contraire, à ce que l'on constitutionnalise l'existence même de la Cour suprême du Canada. Cette dernière départage les deux ordres de gouvernement en cas de conflit et interprète la nouvelle Charte constitutionnelle des droits. On en parle, depuis 1949 à tout le moins, soit depuis que notre Cour suprême est vraiment devenue suprême. C'est l'un des points sur lequel tous les gouvernements se sont toujours mis d'accord. La Cour suprême

créée en 1875 ne doit son existence qu'à une simple loi fédérale. Comme dans les autres constitutions fédérales, il convenait de consacrer son existence dans la loi fondamentale du pays. Les Accords Meech-Langevin le disent clairement.

Personne ne s'oppose à ce que l'on constitutionnalise la "composition civiliste" de la Cour suprême. Cela va de soi dans une fédération où il y a deux systèmes de droit et une cour générale d'appel. Mais c'est la première fois que l'on constitutionnalise de façon *non équivoque* la composition civiliste de la Cour. Le texte de l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'est pas assez transparent sur ce point. Le Québec sera assuré d'avoir trois juges sur neuf. On constitutionnalise ainsi l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême*, telle que modifiée en 1949, lorsque la Cour est passée de 7 à 9 juges.

L'indépendance judiciaire et le mécanisme de révocation des juges du tribunal suprême sont également enchâssés dans la Constitution. On ne peut que s'en réjouir!

Pour la nomination des juges, on pense depuis des décennies à mettre au point une formule qui consacrerait la participation des provinces, ce qui va de soi dans une fédération. Sur ce plan, c'est la pratique suivie depuis 1875 qui ne respecte pas la théorie du fédéralisme; le processus actuel est unilatéral et inacceptable. Je ne connais pas un constitutionnaliste qui n'ait pas souligné cette lacune dans la Constitution de la fédération canadienne.

Dupuis 1968 surtout, on s'est sérieusement mis à l'étude de formules de nomination des juges plus respectueuses du fédéralisme.

Plusieurs formules⁵ ont été mises de l'avant: (1) la consultation obligatoire des provinces, (2) la ratification par une seconde chambre ou par les provinces du choix effectué par l'exécutif fédéral, (3) les listes provinciales et fédérales alternatives, (4) les listes provinciales et le double veto. Les Accords Meech-Langevin favorisent cette dernière formule.

Aux États-Unis, c'est le Président qui nomme le juge mais selon la Constitution ce choix doit être ratifié par le Sénat. Ce dernier jouit d'un veto et s'en est servi plus de vingt fois, dont une fois en 1987.⁶ Le système fonctionne et porte fruits.

⁵Le *Rapport du Barreau canadien: "Vers un Canada nouveau,"* 1978, le *Rapport Pepin-Robarts: Se Retrouver,* 1979. Le *Livre beige (Rapport Ryan-Langlois)* 1980. "Une nouvelle fédération canadienne." La *Charte constitutionnelle canadienne*, Victoria, juin, 1971, le *Rapport Molgat-MacGuigan;* 1972.

⁶Voir l'article II section 2(2) et l'article III, de la *Constitution américaine* de 1787. Le Sénat a rejeté jusqu'ici 27 des 140 candidats présentés par les Présidents américains successifs. Le choix du juge Robert Bork en 1987 a été rejeté par le Comité judiciaire du Sénat et par 58 à 42 par le Sénat lui-même. Le juge Kennedy a reçu l'appui unanime du Comité judiciaire du Sénat.

Soit dit en passant, on peut difficilement prévoir comment une fois nommé au tribunal suprême un juge va se comporter. En nommant le Gouverneur Earl Warren à la Cour suprême, le Président Eisenhower croyait engager cette dernière sur une voie "conservatrice" (*strict constructionism*). Ce fut l'inverse qui se produisit, comme on le sait.

Dans une fédération comme la nôtre où le contrôle de la constitutionnalité des lois est rigoureux, le tribunal suprême par ses décisions oriente puissamment le fédéralisme.⁷ Raison de plus pour respecter les principes du fédéralisme lors de la nomination des juges.

Les Accords Meech-Langevin prévoient que l'exécutif fédéral nommera les juges, à partir de listes dressées par les provinces, et, pour le Québec, à partir de la liste québécoise. C'est une formule de veto concurrents, ne l'oublions pas. Les deux ordres de gouvernement participent obligatoirement à la nomination.

Contrairement à la formule de Victoria de 1971, rien n'est prévu en cas d'impasse.⁸ La formule de Victoria, qui prévoyait la participation des provinces à la nomination des juges à la Cour suprême, faisait appel à un collège arbitral pour résoudre l'impasse. Ce qui veut dire qu'en pratique la décision finale pouvait venir d'une personne non élue.

Que l'impasse se règle par des négociations politiques entre deux gouvernements démocratiquement élus ne m'apparaît pas une erreur en soi. On peut croire que cette solution est aussi bonne, sinon meilleure, que l'arbitrage prévu en 1971 dans la *Charte* de Victoria. Vraisemblablement, il se créera des pratiques, voire même des conventions pour permettre aux deux parties impliquées d'en arriver à un *modus vivendi* acceptable à l'avenir.

Aux termes des Accords Meech-Langevin, le Premier ministre du Canada jouit, en ce domaine, d'un grand pouvoir, ne l'oublions pas. Pour les provinces de *common law*, il peut, en cas d'impasse, aller chercher un juge dans une province autre que celle favorisée à un moment donné par la tradition ou la rotation. La province dont c'est le tour selon les traditions et les pratiques de voir l'un de ses juristes accéder au tribunal suprême a tout à gagner à lui présenter des candidat(e)s acceptables. Pour le Québec qui a droit à trois juges, la situation est quelque peu différente. Les deux premiers ministres se doivent d'en arriver à une solution. La négociation politique finira bien par régler l'impasse.

Le Président du Barreau canadien a suggéré en 1987 la formule *McKelvey* de 1986.⁹ Cette formule prévoit l'établissement d'un comité consultatif dans chaque

⁷Voir G.A. Beaudoin, éd., *La Cour suprême du Canada*, Montréal, Éditions Blais, 1986. Ouvrage collectif *Actes de la Conférence d'Octobre 1985*. Voir l'introduction de G.A. Beaudoin et les textes de Chevrette, De Montigny, Hogg, McWhinney et Cox, *inter alia*.

⁸La *Charte constitutionnelle canadienne de Victoria de 1971*, articles 22 à 42.

⁹*La nomination des juges au Canada*, Fondation du Barreau canadien, août 1985. Rapport du comité McKelvey. Voir aussi le Rapport du Barreau canadien, intitulé "*L'Indépendance de la magistrature au Canada*" 20 août 1985. rapport du Comité présidé par M. L.P. de Grandpré, C.C. C.R. Fondation du Barreau canadien.

province ou territoire, composé d'un représentant du Ministre de la Justice du Canada, du Procureur général de la province concernée, du Juge en chef, d'un représentant du Barreau canadien et du Barreau de la province et de deux représentants du public choisis par les membres du comité. Ce comité fait ses recommandations au gouvernement du Canada. Ce comité consultatif peut être établi sans qu'il soit besoin de modifier les Accords Meech-Langevin.

Dans son rapport intitulé: *La Cour suprême du Canada* présidé par Me Claude R. Thomson C.R., l'Association du Barreau canadien consacre quelques pages aux Accords Meech-Langevin. Elle exprime quelques réserves mais donne son assentiment de principe aux Accords du Lac Meech au sujet de la Cour suprême.¹⁰

Il est normal que le dernier mot en matière de nomination des juges de la Cour suprême revienne à l'autorité fédérale. Toutefois, le moins que l'on puisse reconnaître aux provinces c'est le droit pour ces dernières d'être consultées. Au fait, il convient de les impliquer davantage dans le processus de nomination.

La formule Meech-Langevin est, en tout état de cause, préférable à la formule actuelle qui consacre l'unilatéralisme total.

Enfin signalons que sauf pour l'existence de la Cour suprême, sa composante civiliste, la révocation des juges et le processus de nomination des juges, le Parlement fédéral, grâce à une clause de l'Accord d'Ottawa du 3 juin 1987, conserve les pouvoirs déjà prévus à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ce qui à notre avis est excellent! Le Parlement fédéral continuera de mettre à jour sa loi organique sur la Cour suprême adoptée en 1875.

Aujourd'hui, plus que jamais, il est de bon ton d'affirmer qu'on donne trop de pouvoir aux juges. Si tel est le cas, cela ne date pas des Accords Meech-Langevin. Dès 1867, on laissait aux tribunaux le soin de définir des expressions aussi vagues que "peace, order and good government," "property and civil rights" "trade and commerce" et bien d'autres encore. Dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, on a employé des expressions aussi globales que "autres domaines culturels" ou "héritage multiculturel" à l'article 27. En 1982 on a enchâssé dans la Constitution une Charte des droits, ce qui magnifiait considérablement le rôle des juges.

Il est impossible en droit constitutionnel d'échapper à l'interprétation des tribunaux. Les textes constitutionnels reposent sur des compromis politiques. Le constituant doit souvent faire appel à des termes ou vocables globaux et généraux. Comme on ne peut changer de Constitution chaque année, les tribunaux com-

¹⁰ Association du Barreau canadien, *La Cour suprême du Canada*, août 1987, à la p. 15. A la page 18, le Comité écrit qu'il "... est d'accord avec le texte constitutionnel proposé avec seulement deux réserves." Ces réserves sont les suivantes: "Le Comité recommande de modifier le texte du Lac Meech de façon à ne pas stipuler le nombre de juges." ... La deuxième réserve, à la page 19 "... est que les membres tant de la magistrature que du barreau d'un Territoire semblent être, de facto exclus lorsqu'il s'agit de nommer les juges de la Cour."

plètent et précisent les compromis, au besoin. Nos tribunaux sont rompus à ce système. Pour notre part, nous sommes d'accord.

C'est grâce à la Cour suprême, rappelons-le, que le français a pu être rétabli au Manitoba en 1979 et en 1984 après avoir été écarté *illégalement* par le législateur provincial pendant près d'un siècle.¹¹ C'est grâce à la Cour suprême que le principe de l'égalité devant la loi fut reconnu dans l'affaire *Roncarelli*.¹² C'est grâce à la Cour suprême que la liberté de presse et d'expression en 1938 fut reconnue comme étant implicitement protégée par notre Constitution.¹³

Enfin, en terminant, disons que comme la Cour suprême est listée à l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour son existence, sa composition et le mode de nomination des juges et leur révocation, il est à prévoir que le nombre des juges demeurera à neuf, dont trois du Québec et qu'elle continuera d'être une Cour générale d'appel. Ces données apparaissent acceptables. A mon avis, le nombre des juges doit demeurer à neuf et si besoin est (maladie, absence), on devrait faire appel à des juges *ad hoc*, choisis parmi les juges retraités de la Cour suprême ou des cours supérieures ou d'appel. De plus, pour soulager le fardeau des juges et pour unifier le droit criminel, on devrait prévoir une Cour d'appel intermédiaire criminelle avec appel à la Cour suprême, sur permission.¹⁴

III. Le Sénat

Les Accords ajoutent l'article 25 à la *Loi constitutionnelle de 1867*.

"25.(1) En cas de vacance au Sénat, le gouvernement de la province à représenter peut proposer au Conseil privé de la Reine pour le Canada des personnes susceptibles d'être nommées au siège vacant.

(2) Jusqu'à la modification, faite conformément à l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de toute disposition de la Constitution du Canada relative au Sénat, les personnes nommées aux sièges vacants au Sénat sont choisies parmi celles qui ont été proposées par le gouvernement de la province à représenter et agréées par le Conseil privé de la Reine pour le Canada."

Dans toute fédération la seconde chambre représente les États fédérés ou provinces ou *Länder* ou cantons. Les membres de cette chambre sont élus, nommés ou délégués.

¹¹Forrest, [1979] 2 R.C.S. 1032. *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 et [1985] 2 R.C.S. 347.

¹²*Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

¹³*In Re Alberta Bills*, [1938] R.C.S. 100.

¹⁴Voir G.A. Beaudoin, éd., *La Cour suprême du Canada*, Montréal, Editions Blais, 1986. Ouvrage collectif *Actes de la Conférence d'Octobre 1985*.

Les Pères de la Confédération, de 1864 à 1867, ont consacré de longs débats à la Chambre Haute. Ils ont voulu qu'elle soit une chambre de réflexion.

Ils ont rejeté l'idée d'un Sénat élu directement ou indirectement comme aux États-Unis. Ils se sont inspirés de la Chambre des Lords. Certains croient qu'ils ont peut-être eu tort de vouloir transposer au sein d'une fédération, et, en terre d'Amérique, l'idée d'une Chambre Haute conçue pour un pays unitaire, et surtout d'une chambre tribunaire d'une longue évolution politique tout à fait particulière au Royaume-Uni.¹⁵

Le Sénat canadien a fait l'objet d'un grand nombre de projets de réforme. Aucune réforme radicale comme celles qui furent apportées aux États-Unis en 1913 et au Royaume-Uni en 1911 et en 1949 n'a vu le jour chez nous. Le sujet est reporté à la phase II.

Le Sénat canadien qui dispose des mêmes pouvoirs que la Chambre des communes, à trois exceptions près, (vote de confiance, "money bill," amendement constitutionnel) n'ose pas se servir de tous ses grands pouvoirs parce qu'il n'est pas élu.¹⁶ Il rend de grands et loyaux services, mais il ne joue pas ici le rôle du Sénat américain chez lui. Ce vacuum a été rempli en partie par les premiers ministres des provinces. Avec les années, s'est créée chez nous une institution bien canadienne, dite du "fédéralisme exécutif," institution maintenant ancrée dans nos mœurs.

Pendant quelques années, de 1977 à 1982, on a "flirté" avec l'idée d'un Sénat inspiré du *Bundesrat* allemand. Plusieurs rapports s'en sont inspirés de 1970 à 1982. Depuis 1982, la mode est au Sénat élu. Bien malin qui dira *quand* et *si* ce dernier verra le jour. Le Premier ministre du Canada a recommandé en 1978 que les provinces nomment la moitié des membres du Sénat, et ce, pour la durée du mandat électoral.¹⁷ Les Accords Meech-Langevin, en attendant la réforme du Sénat, prévoient deux veto concurrents pour la nomination des sénateurs. Le Premier ministre du Canada nomme les sénateurs à partir de listes provinciales. (Ces sénateurs seront en poste jusqu'à l'âge de 75 ans comme c'est le cas depuis 1965). Le Premier ministre peut exiger une autre liste; au besoin, il peut se permettre d'attendre; le quorum est peu élevé au Sénat; le Premier ministre a tout son temps. Ce système se veut transitoire! En matière d'institutions, toutefois, le transitoire peut durer! Un jour, peut-être, notre Sénat sera élu. La réforme ne se fera pas sans résistance! La Chambre des communes n'est peut-être pas pressée de voir une rivale à ses côtés. Le pays peut ne pas désirer un "miroir" possible de la Chambre des communes. Un Sénat élu ne sera acceptable que s'il remplit bien son rôle. Les premiers ministres des provinces veulent bien parler pour ces dernières. Telle est la situation avec ou sans les Accords Meech-

¹⁵Voir G.A. Beaudoin, "La réforme des institutions centrales: Quelques jalons," (1984) 25 *Les Cahiers de Droit*, à la p. 173.

¹⁶G.A. Beaudoin, *idem*.

¹⁷Bill C-60, de 1978; *Le temps d'agir*, 1978.

Langevin! Le Nouveau Parti Démocratique, pour sa part, suggère l'abolition du Sénat, ce qui sans ou avec les Accords Meech-Langevin requiert l'unanimité.¹⁸

Au sujet du Sénat, une question demeure. Quelle sera l'affiliation politique des nouveaux sénateurs ainsi nommés? Il faudra que des pratiques et des traditions se créent. L'esprit de parti est moins fort au Sénat qu'aux Communes, mais il n'en existe pas moins! Ce fut particulièrement évident en 1987. Il arrive que le Premier ministre nomme, à l'occasion, au Sénat, un membre d'un parti autre que le sien ou encore qu'il nomme quelqu'un qui siègera comme indépendant. Une nouvelle ère débute avec les Accords Meech-Langevin.

Si le Sénat ne devait pas devenir électif avant un certain temps, on doit s'interroger sur la réforme proposée par le Projet de loi du Ministre Crosbie, qui s'inspire de la réforme apportée aux pouvoirs de la Chambre des Lords en 1911 et en 1949. Une chambre non élue pourrait en matière législative disposer de pouvoirs réduits, comme c'est le cas pour la Chambre des Lords depuis 1911. Le débat reprendra à la phase II.

Si jamais le Sénat devenait une chambre élue, il faudrait régler la question du vote de confiance et de la dissolution du Parlement en plus de fixer le mode et la durée du mandat électoral des sénateurs. Ce débat fort important sera lui aussi pour la phase II. Il faudrait écarter la possibilité d'une crise constitutionnelle comme en a connue l'Australie en 1975.

IV. Le pouvoir de dépenser

Les Accords Meech-Langevin ajoutent à la *Loi constitutionnelle de 1867* l'article 106A.

"106A.(1) Le gouvernement du Canada fournit une juste compensation au gouvernement d'une province qui choisit de ne pas participer à un programme national cofinancé qu'il établit après l'entrée en vigueur du présent article dans un secteur de compétence exclusive provinciale, si la province applique un programme ou une mesure compatible avec les objectifs nationaux.

(2) Le présent article n'élargit pas les compétences législatives du Parlement du Canada ou des législatures des provinces."

La Constitution de 1867 n'en dit mot, si l'on excepte l'article 118 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui prévoit que le fédéral subventionnera les provinces.¹⁹ Les "Law Officers of the Crown" ont reconnu l'existence du pouvoir de dépenser

¹⁸Le Sénat est inclu dans la formule d'amendement. Articles 38 et suivants. En abolissant le Sénat on modifie *ipso facto* la formule d'amendement. Pour modifier cette dernière il faut suivre la règle de l'unanimité des "onze" prévue à l'article 41 e) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c.11.

¹⁹Cet article est maintenant désuet. Voir la *Loi constitutionnelle de 1907*. Le Parlement adopte une législation quinquennale sur le sujet.

dès 1868 à Londres,²⁰ et, en 1937, le Comité judiciaire du Conseil privé a rendu une décision, un peu trop discrète, sur le sujet.²¹ Parce que les provinces n'ont pas jugé bon de saisir les tribunaux de la portée de ce pouvoir, la Cour suprême n'a pas eu l'occasion de rendre un arrêt fondamental sur la question; elle y a référé en 1978.²²

On sait d'une part que l'autorité fédérale peut faire des dons à des particuliers, des organismes et gouvernements dans des domaines fédéraux ou mêmes provinciaux, mais qu'elle ne peut d'autre part, par voie législative, réglementer en ce faisant les domaines provinciaux. Voilà, selon la jurisprudence, dans quel état se trouve actuellement le pouvoir fédéral de dépenser. Les contours apparaissent flous ou, du moins, sont-ils à préciser.

Ce pouvoir de dépenser existe également au niveau des provinces.²³ Ces dernières dépensent "outre-territoire" comme on le sait.

Une brochette de juristes que l'on retrouve aujourd'hui aux postes de commande ont écrit en 1950-65 sur ce pouvoir: Jean Beetz, Gérard La Forest, Gérald Le Dain, et les regrettés Frank Scott, L.P. Pigeon et Elmer Driedger. Des hommes politiques y sont allés de leurs suggestions: Louis St-Laurent, Maurice Lamontagne, Pierre Trudeau, Antonio Barrette, Jacques-Yvan Morin et bien d'autres. Des juristes britanniques s'y sont également intéressés: K.C. Wheare et B. Keith. Les constitutionnalistes de la première vague (1950-65) et ceux de la deuxième (1965-80) ont tous consacré bon nombre de pages dans leurs traités au pouvoir de dépenser.²⁴

Le pouvoir fédéral de dépenser est là pour demeurer. Il a débouché *inter alia* sur la péréquation, une trouvaille de notre fédéralisme, pour assurer une meilleure justice distributive entre les provinces riches et les provinces pauvres. Le Québec bénéficie de cette péréquation dont le principe fut enchâssé dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, à l'article 36, et ce, dans le respect du partage des pouvoirs.²⁵ Les Accords Meech-Langevin ne touchent pas à la péréquation.

²⁰Voir G.A. Beaudoin, *Le partage des pouvoirs*, 3e édition, Ottawa: Université d'Ottawa, 1983, à la p. 342.

²¹*A.G. Canada v. A.G. Ontario*, (1937) A.C. 355 surtout à la page 366.

²²*Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198 aux pp. 1233-34.

²³E. Driedger, "The Spending Power," (1981) *Queen's Law Journal* 131.

²⁴Voir G.A. Beaudoin, *Le partage des pouvoirs*, 3e édition, Ottawa, Université d'Ottawa, aux pp. 344, 345, 346, 347. Le professeur La Forest maintenant juge à la Cour suprême a écrit et pris position sur le sujet. Il en avait été ainsi pour Bora Laskin, L.P. Pigeon, Jean Beetz et Gérald Le Dain. Enfin M. Trudeau ne cachait pas un étonnement de partager sur ce point (le seul probablement) l'opinion de Maurice Duplessis (p. 344). L'opinion de K.C. Wheare est également intéressante (p. 345). On lira aussi les opinions des professeurs Andrée Lajoie, J. Frémont et Jacques Parizeau dans *Le Québec et le Lac Meech* aux pages 170-171-172 et 177-179 respectivement et G.A. Beaudoin, "Le pouvoir de dépenser," dans Guérin Littérature, *Le Québec et le Lac Meech*, Montréal, à la p. 174-177.

²⁵L'article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982* constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, comporte une clause de sauvegarde pour le partage des pouvoirs.

Depuis longtemps, cependant, le Québec, *inter alia*, rêve de dresser des paramètres à l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser. En 1969, l'autorité fédérale elle-même avait proposé de limiter ce pouvoir.²⁶ Elle est revenue sur la question en 1978. En 1969, elle offrait aux provinces dissidentes un droit de retrait avec une juste compensation à être versée aux individus.

J'ai du mal à comprendre pourquoi, en certains milieux aujourd'hui, on s'inquiète à ce point du droit de retrait des provinces en matière de pouvoir de dépenser. Ce n'est pas nouveau! Un droit de retrait s'est créé et il doit sa naissance aux programmes à frais partagés.²⁷

Aujourd'hui on constitutionnalise ce droit de retrait. En ce faisant, bien sûr, on reconnaît implicitement l'existence du pouvoir de dépenser, c'est vrai! Mais, on constitutionnalise ce dernier pouvoir dans son état actuel; d'où la clause de sauvegarde qui a été ajoutée à l'article 106A.²⁸ Ainsi le Québec qui reconnaît ce pouvoir sera satisfait que l'on n'en étende pas la portée et les autres provinces qu'on le maintienne au moins dans l'état où il se trouve. Ce compromis nous paraît acceptable. La clause de sauvegarde n'existait pas dans les Accords du 30 avril 1987. Elle a été ajoutée le 3 juin 1987.

Certains juristes au Québec croient que le Québec cède trop; dans certaines provinces, certains autres croient que c'est le fédéral qui cède trop. On semble oublier que la clause de sauvegarde constitutionnalise le pouvoir de dépenser dans l'état où il se trouve: pas plus, pas moins.

Le droit de retrait que l'on redoute s'avère pourtant un paramètre intéressant dans un fédéralisme qui se veut équilibré. Comme le prévoit les Accords Meech-Langevin il ne s'exerce que lorsque le fédéral met de l'avant un programme:

- 1) nouveau 2) national 3) à frais partagés 4) dans un champ *strictement* provincial.

Il faut répondre aux quatre conditions. C'est dire que le fédéral peut, lorsque le programme n'est pas à frais partagés, dépenser comme il veut, *et ce, même dans un domaine provincial exclusif*. Bien sûr, il ne peut réglementer le champ, sur le plan législatif, car alors il irait contre la décision du Comité judiciaire du Conseil privé de 1937. N'est-il pas normal que l'on respecte le partage des compétences dans une fédération?

²⁶P.E. Trudeau, *Les subventions fédérales-provinciales et le pouvoir de dépenser du Parlement canadien*: Imprimeur de la Reine, 1969.

²⁷France Morrissette, "Le droit de retrait (opting out) avec compensation au Canada et l'article 40 de la *Loi constitutionnelle de 1982*," (1984) 15 *Revue générale de droit*, à la p. 221.

²⁸G.A. Beaudoin, témoignage devant le Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes, août 1987. Rapporté dans *L'Entente constitutionnelle de 1987 Procès-verbaux et témoignages*, Fascicule no 2, pages 2.63, 2.64.

Soit dit en passant c'est le mot "gouvernement" et non le vocable "Parlement" qui apparaît au nouvel article 106A, ce qui est respectueux de la décision du *Conseil privé de 1937*.

Ne mettre aucune limite au pouvoir fédéral de dépenser lorsqu'il s'agit d'un programme à frais partagés dans des domaines *exclusivement provinciaux* m'apparaît aller à l'encontre même de la théorie du fédéralisme. La formule proposée au Lac Meech l'emporte donc sur l'état actuel. Ce virage amorcé par le Québec est une fort bonne chose.

Québec n'a jamais voulu faire disparaître le pouvoir de dépenser. Comment l'aurait-il pu? Ou même voulu? Ce pouvoir joue un rôle essentiel dans la fédération. Québec veut que son exercice respecte le fédéralisme; c'est ce qu'assure l'article 106A.

On objecte: on ne sait pas si le pouvoir de dépenser existe, pourquoi alors le constitutionnaliser? Au fait ce pouvoir existe même s'il est en très grande partie une création jurisprudentielle. Il fait partie du droit constitutionnel, à défaut d'être bien défini dans nos règles législatives. Il n'y a rien de mauvais à constater son existence; existence qui dans le contexte canadien est nécessaire. Les Accords Meech-Langevin en venant constitutionnaliser le droit de retrait, créent un contrôle constitutionnel sur l'exercice de ce pouvoir demeuré jusqu'ici trop flou.

La compensation ne soulève pas de difficultés. Nous sommes rompus à ce système depuis le début des années 1960.

Les problèmes de "compétence provinciale exclusive" sont ceux que nous connaissons depuis 120 ans, au chapitre du partage des pouvoirs. Ils ne sont ni élargis ni amoindris par les Accords.

On peut s'interroger sur la portée de l'article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les mots "engagement de principe" sont-ils impératifs? La Cour suprême peut-elle enjoindre un Parlement récalcitrant à faire des paiements? Il pourra revenir à la Cour suprême de se prononcer. Sur ce plan, les Accords Meech-Langevin n'ajoutent et ne retranchent rien.

V. La dualité linguistique et la société distincte

C'est la clause qui suscite le plus de débats. Les Accords Meech-Langevin l'ont enchâssée à l'article 2 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

"2.(1) Toute interprétation de la Constitution du Canada doit concorder avec:

- a) la reconnaissance de ce que l'existence de Canadiens d'expression française, concentrés au Québec mais présents aussi dans le reste du pays, et de Canadiens d'expression anglaise, concentrés dans le reste du pays mais aussi présents au Québec, constitue une caractéristique fondamentale du Canada;

- b) la reconnaissance de ce que le Québec forme au sein du Canada une société distincte.
- (2) Le Parlement du Canada et les législatures des provinces ont le rôle de protéger la caractéristique fondamentale du Canada visée à l'alinéa (1)a).
- (3) La législature et le gouvernement du Québec ont le rôle de protéger et de promouvoir le caractère distinct du Québec visé à l'alinéa (1)b).
- (4) Le présent article n'a pas pour effet de déroger aux pouvoirs, droits ou privilèges du Parlement ou du gouvernement du Canada, ou des législatures ou des gouvernements des provinces, y compris à leurs pouvoirs, droits ou privilèges en matière de langue."

Cette clause n'apparaît pas dans le préambule de la Constitution, comme il en avait déjà été question, mais à l'article 2 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.²⁹ Le libellé de la clause sur la dualité linguistique et sur la *Société distincte* a été modifié de façon significative dans la version juridique du 3 juin 1987. On revient en premier lieu au concept des Canadiens d'expression française et des Canadiens d'expression anglaise. Et c'est très bien! La déclaration de *Société distincte* demeure, mais avec une clause de sauvegarde. Le partage des pouvoirs n'est donc pas modifié. Il faut le souligner. Il y en a beaucoup qui l'oublient ou qui veulent l'oublier.

La clause de la dualité linguistique n'est pas une surprise. Elle s'impose. Elle est le reflet même du pays. Cette clause expresse donne quelque chose aux francophones hors-Québec; probablement pas autant qu'ils le voudraient, mais elle ajoute tout de même. Elle constitutionnalise à tout le moins le principe de la dualité linguistique alors que jusqu'ici c'est une asymétrie linguistique que nous avons. De plus, on emploie l'expression "caractéristique fondamentale" pour la dualité linguistique. En droit, l'expression est forte et devrait rassurer ceux qui craignent l'éclatement du pays.

Dans le Projet de loi C-60 de 1978, on avait inscrit à l'article 4 les mots "une francophonie canadienne concentrée mais non limitée au Québec." Le Premier ministre du Canada le 15 juillet 1980, moins de deux mois après le référendum québécois se déclarait prêt à reconnaître dans le préambule de la Constitution "l'existence des deux principales communautés linguistiques et culturelles du pays dont la française a son foyer et son centre de gravité au Québec, quoiqu'elle s'étende dans l'ensemble du Canada."³⁰ Le libellé proposé n'est pas si éloigné.

²⁹ M. Trudeau a expliqué dans son témoignage devant le Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes, Ottawa, le 27 août 1987, que le caractère de la société distincte existe sur le plan sociologique. Il a ajouté qu'il aurait été prêt à la mettre dans la préambule de la Constitution mais non à l'article 2 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

³⁰ Sénateur Lowell Murray, dans Guérin Littérature, *Le Québec et le Lac Meech*, Montréal: à la p. 344.

Somme toute la première partie de l'article 2 est une caractéristique fondamentale qu'on enchâsse dans la Constitution.

Les Accords Meech-Langevin, au plan de la *Société distincte*, donnent-ils au Québec des compétences nouvelles que les autres provinces n'ont pas au niveau du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif?

Pour plusieurs juristes dont je suis, la déclaration de la société distincte ne modifie pas le libellé du partage des pouvoirs, non plus que celui de la *Charte canadienne des droits et libertés*. C'est une règle d'interprétation expresse, importante certes, mais une règle qui ne change pas *matériellement* le partage des pouvoirs et la *Charte des droits*. Cependant, elle peut, comme toute règle, en certains cas, notamment sous l'article 1 de la *Charte*, ou dans une zone grise du partage des pouvoirs, faire pencher la balance d'un côté ou de l'autre.³¹ Elle ne crée pas une asymétrie constitutionnelle. Si elle doit influencer, à un moment donné, l'influence concernera le pays tout entier. Québec demeure soumis au même partage législatif.³²

La spécificité du Québec a influencé le Comité judiciaire du Conseil privé. C'est ainsi par exemple que dans l'arrêt *Parsons*³³ le Conseil privé analyse la rubrique 92.13 et l'article 94 et déclare que nous avons deux systèmes de droit. Ce fait a influencé l'interprétation de 92(13) et de 91(2). Il fit de même en 1937 lorsqu'il campa le pouvoir de mise en oeuvre des traités. Encore une fois il souligne le cas particulier du Québec.

³¹Tremblay-Speyer, *Le Rapport du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes, 1987, L'Enseignement constitutionnel 1987*, aux pages 61, 68 et 19.

³²P. Hogg, *Meech Lake Constitutional Accord Annotated*, Toronto: Carswell, 1988, écrit aux pages 14-15 que l'article 2 est une règle d'interprétation.

³³Voir *Citizens Ins. Co. c. Parsons, Queens Ins. Co. c. Parsons*, (1881-1882) 7 A.C. 96, à la pages 110-111. Voir *Procureur Général Can. c. Procureur Général Ontario (Conventions du travail)* [1937] A.C. 326 à la page 351. Page 351:

No one can doubt that this distribution (of powers) is one of the most essential conditions, probably the most essential condition, in the inter-provincial compact to which the British North America Act gives effect. If the position of Lower Canada, now Quebec, alone were considered, the existence of her separate jurisprudence as to both property and civil rights might be said to depend upon loyal adherence to her constitutional rights to the exclusive competence of her own legislature in these matters.

Page 110-111:

If, however the narrow construction of the words "civil rights," contended for by the appellants were to prevail, the dominion parliament could, under its general power, legislate in regard to contracts in all and each of the provinces and as a consequence of this the province of Quebec, though not governed by its own Civil Code, founded on the French law as regards contracts and their incidents, would be subject to have its law on that subject, altered by the dominion legislature, and brought into conformity with the English law prevailing in the other three provinces, notwithstanding that Quebec has been carefully left out of the uniformity section (S.94) of the Act.

Le concept de société distincte pourra amener la Cour suprême à penser de même dans une instance où le partage ou la *Charte* sera en jeu.

Il n'y a rien là qui ne soit pas dans l'ordre des choses! La spécificité du Québec est certes l'une des dimensions de la fédération canadienne.

Ce sera au tribunal suprême de juger.

On peut comparer la clause de la société distincte, au plan de l'interprétation, à certaines autres clauses, comme celle de la multiculturalité énoncée expressément à l'article 27 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. D'ailleurs le libellé du nouvel article 2 emprunte la forme de celui de l'article 27, *on doit le noter*. Il est curieux que certains ne s'objectent pas à la clause 27 mais s'objectent à la clause de la société distincte. Pourtant cette dernière est ancrée dans le terroir de notre pays. A mon avis, on peut faire remonter le concept de société distincte du Québec à l'*Acte de Québec de 1774* qui réintroduisait les lois civiles françaises à l'intérieur d'une colonie britannique.

Si le constituant avait voulu un partage des pouvoirs particulier pour le Québec et un autre pour le reste du Canada, il l'aurait dit de façon expresse et non équivoque et ne se serait pas contenté d'une règle d'interprétation comme celle qui apparaît à l'article 2. Au demeurant, la nouvelle clause de sauvegarde ajoutée à l'article 2(4) durant la nuit du 3 juin 1987 écarte toute interprétation possible en ce sens. Enfin, la proposition de Résolution relative à l'Entente constitutionnelle affirme clairement le principe de *l'égalité des provinces*.

La Constitution canadienne n'en est pas à sa première reconnaissance d'une spécificité. Les peuples autochtones ont une protection spécifique enchâssée à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Bien sur, j'aurais bien aimé que les quatre conférences constitutionnelles de 1983 à 1987 débouchassent sur le principe du gouvernement autochtone autonome. Mais ça viendra! Et plus vite, lorsque le Québec sera à la table de négociation et pourra voter de tout son poids. Il est clair que les peuples autochtones ont un statut bien à eux. En témoignent les articles 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et les articles 25 et 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Et c'est normal! D'ailleurs l'article 16 de la *Modification constitutionnelle de 1987* contient une clause de sauvegarde pour l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'article 25 de la *Charte* et l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La protection est étanche.

L'héritage multiculturel du Canada est enchâssé dans la *Charte* à l'article 27. En plein coeur de la *Charte*, donc dans la Constitution même du pays! La Cour suprême y a déjà référé à quelques reprises dans ses arrêts sur la *Charte canadienne des droits et libertés*.³⁴ Ça signifie donc quelque chose! C'est un point d'appui! Au surplus, cet héritage multiculturel est également l'objet d'une clause de sauvegarde à l'article 16 des Accords Meech-Langevin.

³⁴Dans *R. c. Big M. Drug Mart* [1985] 1 R.C.S. 295 notamment.

De même que l'article 27 ne change pas le partage des pouvoirs à cause de l'article 31 de la *Charte*, de même la société distincte ne change pas le partage des compétences à cause de l'article 2(4) proposé. Il faut le dire et l'affirmer.

La *Constitution* reconnaîtra donc dorénavant les droits des peuples autochtones, les deux grandes communautés linguistiques présentes partout au Canada, la société distincte du Québec, seul endroit en Amérique où les francophones sont en majorité, et enfin l'héritage multiculturel des Canadiens. Voilà les grands traits actuels du Canada qu'il est bon d'inscrire en noir et en blanc dans la *Constitution*. En 1982, deux de ces traits fondamentaux étaient enchâssés dans la Constitution; pourquoi pas les deux autres?

On dit que les mots "société distincte" seront à définir par les tribunaux. Il n'y a là rien de bien nouveau! En 1867 quand les articles 91, 92 et 93 furent rédigés on a laissé au tribunaux une tâche immense: le Conseil privé s'est prononcé à 120 reprises sur la portée de ces articles. La Cour suprême depuis 1949 en a fait autant. Et ça continue! Ça n'arrêtera pas. La signification d'une rubrique constitutionnelle n'est jamais statique. Les tribunaux doivent donner vie à la Constitution. Cette dernière est là pour durer. Ma foi! les tribunaux ne s'en sont pas si mal tirés.

En 1982, justement, on a écrit à l'article 36 au chapitre de la péréquation le mot "engagement de principe" et à l'article 40 "autres domaines culturels." Il faudra bien interpréter aussi ces mots. Comme il faudra interpréter les vocables "role" et "promouvoir" à l'article 2.

Québec forme-t-il une société distincte au Canada? Par sa majorité linguistique, par sa culture, par son droit civil, il est vraiment unique parmi les provinces au Canada. Quelques articles l'affirment depuis 1867: les articles 92(13) (où on reprend l'expression de l'*Acte de Québec* de 1774), 94 et 98.

En tout état de cause, il est préférable de ne pas définir le concept de société distincte.³⁵ Ce concept peut varier dans une certaine mesure d'un siècle à l'autre, ce qui fut le cas pour le Québec, sur le plan de la confessionnalité par exemple. De plus, en le définissant on risque de le limiter, de le "geler." Il y a avantage à ne pas le définir. Il comprend certes la langue, la culture, le droit privé.

Au sujet de la dualité linguistique et du caractère distinct du Québec, il y a entre l'Entente du Lac Meech et l'Accord à l'Édifice Langevin plus d'une différence. Le mot "rôle" apparaît dorénavant et pour la dualité linguistique et pour la société distincte. Dans les Accords du Lac Meech il n'apparaissait que pour la société distincte. Le mot "rôle" n'est pas en soi attributif de compétence législative nouvelle. Il souligne un rôle à l'intérieur du partage actuel des

³⁵C'est l'opinion de M. Yves Fortier dans *Le Québec et le Lac Meech*, aux pages 146-151. C'est aussi l'opinion du professeur Nicole Duplé dans *Le Québec et le Lac Meech*, aux pages 100-104.

pouvoirs et de la *Charte*. Le mot "promouvoir" n'apparaît que pour la société distincte. Le mot "s'engage" n'apparaît plus pour la dualité linguistique.

Remarquons en passant que la déclaration sur la dualité linguistique et celle sur la société distincte font partie d'un seul et même article. On a voulu un certain équilibre.

Ce n'est pas d'hier que l'on parle de la spécificité du Québec. Sir Wilfrid Laurier disait que le Québec est "La Mecque" des Canadiens-français et Eugene Forsey toujours prolifique écrit que le Québec n'est pas et n'a jamais été une province comme une autre! "C'est la citadelle du Canada français!"³⁶

Un mot de l'interaction entre la déclaration sur la société distincte et la *Charte* constitutionnelle.

Quand la Cour d'appel de l'Ontario déclare qu'en vertu de l'article 23 de la *Charte*, la minorité de langue officielle en Ontario, *i.e.* les francophones, doivent avoir le contrôle de leurs écoles françaises, on ne brime pas les droits individuels des autres Ontariens.³⁷

La société distincte qui vient de la présence unique au Canada d'une majorité francophone concentrée au Québec comprend aussi les anglophones et les allophones. Elle laisse intacts les grands principes de la *Charte*. C'est pourquoi je l'accepte. Moi aussi je tiens à mes droits individuels protégés enfin par une *Charte* constitutionnelle. Mais aussi je tiens à un fédéralisme qui fait du Canada un pays prospère.

Ceci n'empêche pas l'Ontario ou toute autre province d'octroyer des droits statutaires à la langue française.

Le mot "promouvoir" qui apparaît à l'article 2 pour la société distincte n'est pas attributif de compétence à cause de la clause de sauvegarde. La clause de sauvegarde à cause des mots "droits et privilèges" laisse également intact l'usage de la clause "nonobstant," à l'article 33 de la *Charte*. Ici, dans cette mesure, et, dans ce domaine, on consacre le *statu quo*.

VI. L'immigration

Aux termes de l'article 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, l'immigration est depuis 120 ans un domaine concurrent, avec, en cas d'incompatibilité entre la

³⁶Voici les termes employés par le Sénateur Eugene Forsey:

Quebec is not just 'one province like the others.' It always has had, and always will have, a special position, a special status. It is the citadel of French Canada. This is written into the B.N.A. Act plainly, unequivocally.

Voir Gordon Hawkins, éd., *Concepts of Federalism*, Toronto, Canadian Institute on Public Affairs, 1965, à la p. 26.

³⁷*Re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984) 10 D.L.R. (4th) 491.

législation fédérale et une loi provinciale, une prépondérance fédérale. Le système se défend. Cependant, le Québec, vu son inquiétante dénatalité, découvre brutalement l'importance de ce domaine. L'Accord Cullen-Couture de 1978 répond aux attentes du Québec.

En 1982, à l'article 23 de la *Charte*, on a constitutionnalisé les *Accords de St. Andrews*, aujourd'hui à l'article 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867* on constitutionnalise l'Accord Cullen-Couture.

Les Accords Meech-Langevin proposent l'addition de l'article 95 A, B, C, D et E à la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Les Accords Meech-Langevin laissent intact l'article 6 de la *Charte* qui consacre le droit d'établissement dans la province de son choix et les droits de la *mobilité* dans le Canada, aux citoyens canadiens et aux résidents permanents. Il y a une clause spéciale à cet effet à l'article 95B(3).

Autres amendements

Les Accords Meech-Langevin prévoient la tenue annuelle d'une conférence sur l'économie et d'une conférence sur la Constitution. L'article 16 de ces Accords prévoit une clause de sauvegarde pour le patrimoine multiculturel, pour les droits des peuples autochtones et pour la compétence fédérale sur les Indiens.

Conclusion

Le gouvernement Bourassa a adopté, le premier, la Résolution d'amendement.³⁸ C'est le Québec qui était demandeur dans l'instance. L'Alberta et la Saskatchewan ont suivi³⁹ et cinq autres provinces: Terre-Neuve, Nouvelle-Écosse, Ile-du-Prince-Edouard, l'Ontario et la Colombie-Britannique.

Même si légalement le Québec est lié par le rapatriement et la *Loi constitutionnelle de 1982*,⁴⁰ le retour "politique" du Québec à la table de négociation est important pour le Québec et pour l'équilibre du Canada. C'est le Québec qui a lancé les pourparlers constitutionnels en 1960. C'est lui qui au référendum a dit "oui," au fédéralisme canadien et un "non" clair et net à la souveraineté-association. Il l'a fait contre la promesse d'un fédéralisme renouvelé. Les Accords Meech-Langevin constituent une forme possible de fédéralisme renouvelé.

³⁸Le 23 juin 1987 par un vote de 95 à 18 et aucune abstention l'Assemblée nationale du Québec acceptait les Accords Meech-Langevin.

³⁹L'Alberta le 8 décembre 1987. La Saskatchewan le 23 septembre 1987. L'Ontario a mis sur pied un comité parlementaire et a entériné l'Accord le 22 juin 1988.

⁴⁰A cause de la décision de la Cour suprême dans *Renvoi: Résolution pour amender la Constitution*. [1981] 1 R.C.S. 753 et *Re A.G. Ont. and A.G. Can.* (Qué. Veto Reference) (1983), 140 D.L.R. (3d) 385

Centralisation et décentralisation

Dans une fédération comme la nôtre, qui est hétérogène par nature, il faut assez de centralisation pour maintenir ensemble toutes les composantes du pays mais pas trop afin d'assurer une harmonie entre les divers éléments qui composent ce pays. Il faut viser à un équilibre. Il n'y a pas d'équilibre statique.

Le Québec à cause de sa majorité de langue et de culture françaises et de droit privé français forme une société distincte. Il est distinct des autres provinces. Il est distinct en Amérique. Alexis de Tocqueville écrivait, en 1830, peu de temps avant la Rébellion de 1837 que: "le Bas-Canada était perdu parmi les flots d'une société nouvelle."⁴¹ Il s'est développé. Il a imposé la formule fédérale en 1867 plutôt que l'union législative. Cette fédération canadienne fleurit. Le Québec aura toujours besoin de protéger son caractère distinct. Ce n'est là que réalisme politique en Amérique du Nord. Aussi vise-t-il toujours à un fédéralisme qui sur certains plans comme le plan économique peut être centralisé alors que sur d'autres il doit demeurer décentralisé.

MacDonald, Laurier, King et Trudeau qui ont chacun régné quinze ans et plus ont fortement imprégné le fédéralisme de leur époque. MacDonald par sa politique nationale, mais aussi constitutionnelle. Sir John A. MacDonald fit grand usage du pouvoir de désaveu des lois provinciales⁴² et du pouvoir déclaratoire surtout dans le domaine du transport ferroviaire.⁴³

MacDonald assumait le premier le poste de Chef du gouvernement du Canada et favorisa un fédéralisme centralisé. D'ailleurs ce n'est qu'à contrecœur, on le sait, qu'il avait accepté le fédéralisme en 1867. Il préférerait de beaucoup l'union législative et ne s'en est d'ailleurs jamais caché.

Au chapitre du partage des compétences, ses calculs furent en partie déjoués par le Conseil privé. Ce dernier, par son interprétation, décentralisa le fédéralisme canadien. Le célèbre Professeur Frank Scott, partisan avoué d'un pouvoir central fort, mit en lumière le rôle de Lord Haldane et de Lord Watson sur ce plan.⁴⁴

Laurier voulait, entre 1890-96, que l'autorité fédérale n'intervienne pas législativement dans l'affaire des *Ecoles du Manitoba* même si l'article 22 de la *Loi du Manitoba* le lui permettait. Les conservateurs favorisaient une mesure remédiate; Laurier préférerait la négociation. Il mit fin à un régime politique sur cette question. Devenu Premier ministre, il créa deux provinces en 1905 et, en 1907 modifia l'article 118 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Bon nombre de juristes et historiens ont conclu que, dans l'ensemble, il fut plutôt "autonomiste."

⁴¹A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*. Paris, Union Générale d'Éditions, 1963, à la page 212.

⁴²Prévu aux articles 56 et 90 de la *Loi de 1867 sur l'Amérique du Nord britannique*.

⁴³*Loi constitutionnelle de 1867*, alinéa 92.10 c).

⁴⁴F. Scott, "Centralization and Decentralization in Canadian Federalism," (1951) 29 *Can. Bar. Rev.* 1095, aux pages 1116 et 1117.

Mackenzie King au cours de la période 1920-1930 fut à son tour plutôt "autonomiste." En 1927 toutefois, il n'accepta pas l'unanimité pour la formule de base d'amendement. D'autres Premiers ministres provinciaux s'y objectaient d'ailleurs autant que lui. Aucun premier ministre fédéral depuis ne l'a acceptée. La seconde décennie King, qui a coïncidé avec la crise économique et la guerre, fut beaucoup plus centralisée. De 1935 à 1948, King fit une forte percée en matière sociale.

Le pouvoir fédéral de dépenser connut son zénith sous Messieurs Louis St-Laurent et John Diefenbaker. Le Sénateur Maurice Lamontagne y laissa son empreinte.⁴⁵ Pearson qui connut deux gouvernements minoritaires pratiqua un fédéralisme dit "coopératif."

Trudeau vécut une période mouvementée et fertile en événements: la loi des langues officielles, les troubles de 1970, le rejet de la *Charte* de Victoria en 1971, l'élection du Parti québécois en 1976, le référendum québécois du 20 mai 1980, le rapatriement de la *Constitution* et la *Charte canadienne des droits et libertés*, en 1982. Il a puissamment influencé le fédéralisme de son époque. Pierre Trudeau a favorisé un fédéralisme assez corsé. Il le croyait nécessaire à un moment où un parti au pouvoir au Québec voulait faire accéder le Québec à la souveraineté politique.

Dans son arrêt sur le rapatriement de 1981, la Cour suprême du Canada soulignait avec raison qu'il n'y a pas de fédéralisme standardisé.⁴⁶ Le fédéralisme varie dans l'espace et dans le temps. La question est de savoir si le nôtre répond aux besoins de l'époque!

On entend souvent dire que le Canada a l'une des constitutions fédérales les plus décentralisées. Ce genre d'affirmation doit être nuancé.⁴⁷

Parle-t-on sur le plan des textes? Parle-t-on de l'interprétation qu'en donnent les cours de justice? Parle-t-on de la dynamique même du fédéralisme? Il n'y a peut-être pas un pays fédéral au monde où l'on parle autant de fédéralisme qu'au Canada et où le fédéralisme soit devenu aussi vivant et raffiné!

Notre fédéralisme actuel est certes moins centralisé, en pratique, que le fédéralisme américain ou australien, encore qu'au Canada, le fédéral, s'il le veut, peut toujours désavouer une loi provinciale, déclarer un ouvrage local de l'avantage général du Canada, nommer les juges et les sénateurs unilatéralement;

⁴⁵M. Lamontagne, *Le Fédéralisme canadien*, Les Presses universitaires Laval, 1954.

⁴⁶Renvoi relatif à la *Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753 à la page 806: "... il n'y a pas ni ne peut y avoir de régime fédéral standardisé dont on doit tirer des conclusions particulières."

⁴⁷K.C. Wheare, *Federal Government*, fourth edition, Oxford, écrit à la page 20: "... it seems justifiable to conclude that although the Canadian Constitution is quasi-federal in law, it is predominantly federal in practice. Or, to put it another way, although Canada has not a federal constitution, it has a federal government."

encore que le système bancaire canadien et le système de droit criminel soient autrement plus centralisés qu'aux États-Unis (je suis d'ailleurs d'accord avec la centralisation sur ces deux derniers points); encore que le pouvoir fédéral d'urgence en temps de guerre et de paix soit solidement reconnu par la jurisprudence (ce qui est acceptable); encore que le pouvoir résiduel au Canada soit fédéral et non "provincial" comme aux États-Unis et en Australie (ce qui peut se défendre).

Je ne suis pas prêt à dire que de façon générale le fédéralisme suisse ou allemand soit vraiment plus centralisé que le nôtre. Sur certains plans, oui; sur d'autres non. Au fond, en matière de fédéralisme comparé, il faut faire un tas de distinctions et je me méfie des affirmations trop globales.

Fédéralisme idéal?

Le fédéralisme idéal n'est-il pas celui qui est taillé sur mesure pour répondre à nos besoins? Ce fédéralisme idéal on ne l'atteint jamais! On affirmera jamais trop que le fédéralisme peut varier selon les époques. On a qu'à lire l'histoire de la Suisse et celle des États-Unis. On trouvera toujours d'excellents esprits, de grands juristes, des hommes d'État qui favoriseront les uns plus de centralisation et les autres plus de décentralisation, à une période donnée. C'est là une philosophie de base.

Le balancier

Aux États-Unis, au début de la République, Thomas Jefferson favorisait la décentralisation et Alexander Hamilton la centralisation. A long terme, surtout depuis Franklin Delano Roosevelt, c'est Hamilton qui a gagné. La Cour suprême a centralisé le partage des pouvoirs, surtout en matière commerciale et en matière sociale. Par contre, sur le plan des libertés individuelles, c'est Jefferson qui a long terme fut le vainqueur. La Cour suprême des États-Unis depuis quelques décennies s'est montrée libérale en la matière, parachevant sur le plan de l'égalité, le programme de Lincoln.

Droits individuels

En terminant, je voudrais ici réaffirmer mon adhésion entière à la *Charte canadienne des droits et libertés* de 1982. J'ai toujours été favorable à l'enchâssement d'une Charte des droits dans la Constitution du Canada.

Comme toutes les chartes de cette nature, elle protège surtout des droits individuels classiques auxquels viennent s'ajouter dans le contexte canadien les droits linguistiques qui sont cruciaux. Cette Charte constitutionnelle laisse intacts les droits collectifs des peuples autochtones et les droits confessionnels.⁴⁸ De plus, toute interprétation de la *Charte* constitutionnelle doit concorder avec

⁴⁸ *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*.

l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.⁴⁹ Tout ceci m'apparaît conciliable. La clause de la société distincte vient s'ajouter à cette liste.⁵⁰ Elle est le reflet d'une situation factuelle. Dans notre Constitution, on gagne beaucoup plus à le dire qu'à le taire, à mon avis.

Un compromis acceptable

Les Accords Meech-Langevin ne sont pas parfaits! Ils sont le fruit d'un compromis. On pourrait imaginer d'autres solutions tout à fait valables. Ce compromis m'apparaît acceptable dans le contexte qui est le nôtre.

Il n'est pas dit qu'il ne faudra pas préciser certains points à la phase II ou à la phase III. A vouloir viser à la perfection tout de suite, on risque de ne pas avoir d'accord du tout. On ne peut tout régler d'un seul coup. Le but des Accords Meech-Langevin est de faire revenir Québec à la table de la famille. Le dialogue constitutionnel continuera par la suite.

Gérald-A. Beaudoin

⁴⁹Charte, Article 27.

⁵⁰Comme pour l'article 27 de la Charte elle est pour la Constitution une règle d'interprétation.