

Université de Montréal

**Les asymétries entre les provinces dans la Constitution canadienne :**  
*leurs fondements, leur portée et leur interprétation par la Cour suprême*

*Par*

Rachelle Saint-Laurent

Faculté de droit

Mémoire présenté en vue de l'obtention du grade de Maîtrise  
en droit, option Droit public

Avril 2024

© Rachelle Saint-Laurent, 2024

Université de Montréal

Faculté de droit

---

*Ce mémoire intitulé*

**Les asymétries entre les provinces dans la Constitution canadienne :  
*leurs fondements, leur portée et leur interprétation par la Cour suprême***

*Présenté par*

**Rachelle Saint-Laurent**

*A été évalué par un jury composé des personnes suivantes*

**Jean-François Gaudreault-DesBiens**  
Président-rapporteur

**Jean Leclair**  
Directeur de recherche

**Michel Morin**  
Codirecteur de recherche

**Noura Karazivan**  
Membre du jury

## Résumé

La théorie classique du fédéralisme prône la symétrie : les entités fédérées devraient être traitées de la même manière par la Constitution. Or, il arrive que le texte constitutionnel prévoie plutôt des asymétries, soit des différences ayant un caractère permanent quant au statut des provinces au sein des institutions centrales ou quant aux pouvoirs législatifs qui leur sont reconnus. En conséquence, ce mémoire vise à répondre à la question suivante : quelles sont les asymétries constitutionnelles qui existent entre les provinces canadiennes, et quel traitement reçoivent-elles de la part du tribunal de dernière instance ? Cette question a pour pendant de déterminer si les asymétries présentes dans la Constitution sont renforcées ou atténuées par l'interprétation judiciaire.

Puisque les réflexions sur l'asymétrie émanent principalement de la science politique, le premier chapitre fait état des réflexions théoriques que l'on retrouve dans cette discipline quant aux fondements ainsi qu'aux limites d'arrangements asymétriques dans une fédération. Le second chapitre porte sur l'analyse des asymétries de représentation des provinces au sein des institutions centrales, soit au Sénat et à la Cour suprême. Le troisième chapitre traite des asymétries en termes de pouvoirs législatifs et prend pour cas d'étude l'article 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ainsi que l'exigence constitutionnelle de bilinguisme parlementaire, législatif et judiciaire qui s'impose uniquement à trois des provinces canadiennes. Cette démarche nous mène à conclure que les asymétries quant au statut des provinces dans les institutions centrales sont renforcées par l'interprétation judiciaire. En revanche, la Cour suprême semble plus réticente à l'idée qu'il puisse y avoir des asymétries entre les pouvoirs législatifs des provinces, ce qui la mène parfois à atténuer la portée des asymétries que la Constitution prévoit dans ce domaine. Enfin, nous constatons que les fondements ainsi que les avantages associés à l'asymétrie par les auteurs de science politique se reflètent dans le raisonnement de la Cour lorsqu'elle renforce une asymétrie. De même, les limites théoriques, reconnues en science politique, aux asymétries admises entre les entités fédérées se reflètent dans les jugements de la Cour qui favorisent plutôt la symétrie.

**Mots-clés** : Asymétrie constitutionnelle – Symétrie constitutionnelle – Fédéralisme asymétrique – Fédération multinationale – Science politique – Cour suprême – Sénat – Pouvoirs législatifs des provinces – Bilinguisme – Article 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

## Abstract

The classical theory of federalism promotes symmetry: federated entities should be treated in the same way by the Constitution. However, a constitutional text can sometimes provide for asymmetries, i.e. permanent differences in the status of provinces within the central institutions, or in the legislative powers vested in them by the Constitution. Accordingly, this thesis seeks to answer the following question: what are the constitutional asymmetries that exist between Canadian provinces, and how are they treated by the apex court? The corollary of this question is to determine whether the asymmetries found in the Constitution are reinforced or attenuated by judicial interpretation.

Since studies on asymmetry have mainly emanated from the field of political science, the first chapter outlines the theoretical arguments found in this discipline regarding the foundations and limits of asymmetrical arrangements within a federation. The second chapter analyzes asymmetries in provincial representation within central institutions, namely the Senate and the Supreme Court. The third chapter focuses on asymmetries in terms of legislative powers, taking as a case study section 94 of the *Constitution Act, 1867*, as well as the constitutional requirement of parliamentary, legislative and judicial bilingualism that is only imposed on three Canadian provinces. This analysis leads us to conclude that asymmetries in provincial representation within central institutions are reinforced by judicial interpretation. On the other hand, the Supreme Court seems more hesitant to the idea that there may be asymmetries between provinces in terms of their legislative powers. This sometimes leads the Court to attenuate the asymmetries that the Constitution provided for in this area. Finally, this thesis finds that the foundations and advantages associated with asymmetry by political science theorists are reflected in the Court's reasoning when it reinforces asymmetries between provinces. Similarly, the theoretical limits, recognized by political scientists, to the asymmetries admitted between federated entities are reflected in the Court's rulings that tend to favor symmetry.

**Keywords** : Constitutional asymmetry – Constitutional symmetry – Asymmetrical federalism – Multinational federation – Political science – Supreme Court – Senate – Powers of Provincial Legislatures – Bilingualism – Section 94 of the *Constitution Act, 1867*.

# Table des matières

<b>Résumé</b> .....	<b>i</b>
<b>Abstract</b> .....	<b>ii</b>
<b>Table des matières</b> .....	<b>iii</b>
<b>Liste des sigles et abréviations</b> .....	<b>x</b>
<b>Remerciements</b> .....	<b>xi</b>
<b>Introduction</b> .....	<b>1</b>
Mise en contexte et définition .....	1
Délimitation du sujet de recherche .....	6
Objectifs de l'étude .....	8
Présentation de l'étude et perspectives disciplinaires .....	11
<b>Chapitre 1 – Des considérations théoriques sur l'asymétrie et sur le fédéralisme et de l'élaboration d'une grille d'analyse</b> .....	<b>14</b>
Section 1 – Du concept d'asymétrie.....	14
1. Des diverses définitions de l'asymétrie en science politique .....	14
1.1. Brève recension des définitions du concept d'asymétrie et de fédéralisme asymétrique .....	14
1.2. La classification doctrinale des types d'asymétries.....	17
1.2.1. La distinction entre les asymétries <i>de jure</i> et <i>de facto</i> .....	17
1.2.2. La distinction entre les asymétries constitutionnelles, institutionnelles et administratives .....	20
1.3. La définition du concept d'asymétrie retenue dans le cadre du mémoire .....	21
2. L'asymétrie, la conception classique du fédéralisme et l'influence du modèle américain .....	22
3. Des fondements normatifs de l'asymétrie .....	26

3.1.	Les origines et la légitimité des asymétries .....	26
3.2.	La présence de plus d'une nation au sein de la fédération .....	27
3.2.1.	Le concept de minorité nationale .....	27
3.2.2.	La théorie du pacte entre peuples fondateurs .....	28
3.2.3.	Les concepts de fédération multinationale et plurinationale .....	30
3.2.4.	Le lien entre l'asymétrie, le concept de minorité nationale, la théorie du pacte et la reconnaissance du caractère multinational de l'État .....	30
3.3.	Le principe communautaire .....	32
3.4.	Le principe de l'égalité réelle — ou de l'équité — entre les provinces .....	33
3.5.	Le principe démocratique .....	35
4.	Des limites théoriques et pratiques à l'asymétrie .....	36
4.1.	La stabilité de l'État .....	36
4.2.	Le principe de l'égalité formelle des provinces et des citoyens .....	37
4.3.	La légitimité .....	39
4.4.	Les valeurs politiques communes .....	40
4.5.	L'enjeu de la représentation des entités fédérées au sein du Parlement central ...	42
4.6.	La reddition de compte envers l'électorat, ou l'enjeu de la transparence .....	43
Section 2 – De l'élaboration d'une méthodologie pour l'analyse des dispositions constitutionnelles asymétriques .....		44
1.	Introduction .....	44
2.	Grille d'analyse des asymétries constitutionnelles et de leur portée .....	44
2.1.	L'origine de l'asymétrie .....	44
2.1.1.	Les asymétries résultant du texte de la disposition .....	44
2.1.2.	Les asymétries résultant du contexte d'adoption ou d'application de la disposition .....	45
2.1.3.	Les asymétries résultant de l'interprétation judiciaire de la disposition .....	46

2.2.	Les considérations prises en compte dans le raisonnement de la Cour .....	46
2.3.	Le degré et l'importance de l'asymétrie .....	47
2.4.	La procédure de modification de la disposition asymétrique .....	48
3.	Conclusion.....	49
	Conclusion du chapitre 1 .....	49
	<b>Chapitre 2 – Des asymétries de représentation des provinces au sein des institutions centrales.....</b>	<b>50</b>
	Introduction – De la participation des entités fédérées dans les institutions centrales .....	50
	Section 1 – De la représentation des provinces au Sénat .....	53
1.	Introduction .....	53
2.	Analyse de l'article 22 de la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i> .....	53
2.1.	L'origine textuelle de l'asymétrie.....	53
2.2.	Interprétation historique et doctrinale de la disposition .....	54
2.2.1.	Le rôle traditionnel et théorique d'une chambre haute dans une fédération.....	55
2.2.2.	Les origines et les fonctions du Sénat canadien.....	56
2.2.3.	La représentation des provinces au Sénat .....	58
2.2.4.	La question des collèges électoraux québécois.....	63
2.3.	Interprétation jurisprudentielle de la disposition.....	63
2.3.1.	Le rôle du Sénat selon la Cour suprême du Canada .....	64
2.3.2.	La représentation des régions et des provinces au Sénat .....	66
2.3.3.	Les considérations prises en compte dans le raisonnement de la Cour .....	67
2.3.4.	Le lien entre l'interprétation de la Cour et les considérations théoriques sur l'asymétrie.....	69
2.3.5.	Perspective critique sur l'interprétation de la Cour .....	73
2.4.	Le degré et l'importance de l'asymétrie .....	75

2.4.1.	Le lien entre le peu d'influence des provinces au Sénat et la faiblesse de l'asymétrie.....	75
2.4.2.	Un Sénat imparfait, mais important pour les provinces.....	76
2.5.	La procédure de modification de la représentation des provinces au Sénat .....	78
3.	Conclusion : Le rôle de la Cour dans le renforcement de l'asymétrie .....	83
Section 2 –	De la représentation des provinces à la Cour suprême.....	85
1.	Introduction .....	85
2.	Analyse de l'article 6 de la <i>Loi sur la Cour suprême</i> .....	85
2.1.	L'origine jurisprudentielle et contextuelle de l'asymétrie.....	85
2.2.	Interprétation historique et doctrinale de la disposition .....	86
2.2.1.	L'article 101 de la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i> et le pouvoir du Parlement fédéral de créer une cour générale d'appel.....	86
2.2.2.	La représentation du Québec comme exigence à la création de la Cour .....	88
2.2.3.	La représentation des autres provinces à la Cour.....	91
2.2.4.	Les opinions doctrinales quant au statut de la composition de la Cour avant le renvoi de 2014 .....	93
2.3.	Interprétation jurisprudentielle de la disposition .....	97
2.3.1.	Les renvois <i>Nadon</i> et <i>Mainville</i> , ou la raison d'être de la représentation du Québec à la Cour suprême .....	97
2.3.2.	Les considérations prises en compte dans le raisonnement de la Cour .....	101
2.3.3.	Le lien entre l'interprétation de la Cour et les considérations théoriques sur l'asymétrie .....	104
2.3.4.	Perspective critique sur l'interprétation de la Cour .....	108
2.4.	Le degré et l'importance de l'asymétrie .....	111
2.4.1.	Des juges « représentant » le Québec ? .....	111
2.4.2.	Le rôle prépondérant de l'arbitre constitutionnel dans une fédération .....	116

2.5.	La procédure de modification de la composition de la Cour suprême .....	118
3.	Conclusion : Le rôle de la Cour dans la création de l'asymétrie.....	123
	Conclusion du chapitre 2 – Une Cour favorable aux asymétries s'inscrivant dans les institutions centrales.....	124
	<b>Chapitre 3 – Des asymétries en termes de pouvoirs législatifs.....</b>	<b>126</b>
	Introduction – Du grand principe de la symétrie des pouvoirs des provinces .....	126
	Section 1 — De la possibilité pour les provinces de common law d'unifier leurs lois .....	129
1.	Introduction .....	129
2.	Analyse de l'article 94 de la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i> .....	129
2.1.	L'origine textuelle de l'asymétrie.....	129
2.2.	Interprétation historique et doctrinale de la disposition .....	130
2.2.1.	Le champ d'application de l'article 94 et la logique le sous-tendant .....	130
2.2.2.	Le fonctionnement de l'article 94 .....	133
2.2.3.	Le potentiel de l'article 94 : la création d'un fédéralisme asymétrique.....	137
2.3.	Interprétation jurisprudentielle de la disposition .....	141
2.3.1.	Une disposition peu étudiée par les tribunaux .....	142
2.3.2.	L'arrêt <i>Parsons</i> et le champ d'application de l'article 94.....	142
2.3.3.	Le lien entre l'article 94 et la nomination des juges de cours supérieures.....	143
2.3.4.	L'arrêt <i>Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada</i> , ou l'interdiction de la délégation inter-parlementaire en droit constitutionnel canadien..	144
2.3.5.	Les considérations prises en compte dans le raisonnement de la Cour .....	145
2.3.6.	Le lien entre l'interprétation de la Cour et les considérations théoriques sur l'asymétrie.....	147
2.4.	Le degré et l'importance de l'asymétrie .....	150
2.4.1.	Une asymétrie potentielle qui s'inscrit dans la distribution des pouvoirs législatifs .....	150

2.4.2.	La propriété et les droits civils : la compétence phare des provinces .....	151
2.5.	La procédure de modification de l'article 94.....	153
3.	Conclusion : Le rôle de la Cour dans l'atténuation de l'asymétrie .....	155
Section 2 – Des exigences constitutionnelles de bilinguisme parlementaire, législatif et judiciaire.....		156
1.	Introduction .....	156
2.	Analyse de l'article 133 de la <i>Loi constitutionnelle de 1867</i> et de ses équivalents pour les provinces du Manitoba et du Nouveau-Brunswick.....	158
2.1.	L'origine textuelle de l'asymétrie.....	158
2.2.	Interprétation historique et doctrinale des garanties constitutionnelles de bilinguisme .....	159
2.2.1.	Des garanties linguistiques issues de compromis politiques .....	160
2.2.1.1.	Le caractère réciproque des volets fédéral et québécois de l'article 133.....	160
2.2.1.2.	L'article 23 de la <i>Loi de 1870 sur le Manitoba</i> : une condition essentielle au consentement des Métis .....	162
2.2.1.3.	Les articles 17(2) à 19(2) de la Charte, ou la consécration des droits des francophones du Nouveau-Brunswick .....	164
2.2.2.	Une asymétrie s'expliquant par le rapport de force entre groupes linguistiques et par les pratiques antérieures des colonies .....	165
2.2.3.	Les opinions doctrinales quant au pouvoir des provinces de modifier l'obligation de bilinguisme antérieurement aux arrêts <i>Blaikie</i> et <i>Forest</i> .....	168
2.3.	Interprétation jurisprudentielle des garanties constitutionnelles de bilinguisme	169
2.3.1.	Les similitudes entre les obligations constitutionnelles du Québec, du Manitoba et du Nouveau-Brunswick.....	170
2.3.2.	La portée de l'exigence de bilinguisme .....	171
2.3.2.1.	Le bilinguisme parlementaire et législatif.....	172
2.3.2.2.	Le bilinguisme judiciaire .....	173

2.3.3.	Le fondement des garanties de bilinguisme et leur caractère intangible .....	175
2.3.3.1.	Les cas de la Saskatchewan et de l'Alberta : un bilinguisme tributaire de la seule volonté de la législature.....	180
2.3.4.	Les considérations prises en compte dans le raisonnement de la Cour .....	183
2.3.5.	Le lien entre l'interprétation de la Cour et les considérations théoriques sur l'asymétrie.....	189
2.3.6.	Perspective critique sur l'interprétation de la Cour .....	194
2.4.	Le degré et l'importance de l'asymétrie .....	196
2.4.1.	Une asymétrie qui se traduit dans les modalités de l'exercice du pouvoir législatif? .....	197
2.4.2.	La langue : un domaine sensible pour les provinces.....	199
2.5.	La procédure de modification de l'exigence de bilinguisme.....	203
3.	Conclusion – Le rôle de la Cour à la fois dans le renforcement et dans l'atténuation de l'asymétrie.....	207
	Conclusion du chapitre 3 – L'attitude ambivalente de la Cour en matière d'asymétries de pouvoirs législatifs .....	208
	<b>Conclusion.....</b>	<b>212</b>
	<b>Références bibliographiques .....</b>	<b>218</b>

## Liste des sigles et abréviations

### *Législation*

L.C.	Lois du Canada
L.N.-B.	Lois du Nouveau-Brunswick
L.Q.	Lois du Québec
L.R.C.	Lois révisées du Canada
L.R.N.-B.	Lois révisées du Nouveau-Brunswick
RLRQ	Recueil des lois et des règlements du Québec
R.S.A.	Revised Statutes of Alberta
S.C.	Statuts du Canada
S.M.	Statutes of Manitoba
S.Q.	Statuts du Québec
S.R.C.	Statuts révisés du Canada
S. Sask.	Statutes of Saskatchewan

### *Jurisprudence*

A.C.	Law Reports: Appeal Cases (House of Lords)
C.A.	Recueils de jurisprudence du Québec, Cour d'appel
C.S.	Recueils de jurisprudence du Québec, Cour supérieure
CSC	Cour suprême du Canada, référence neutre
D.L.R.	Dominion Law Reports
NBCA	Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, référence neutre
QCCA	Cour d'appel du Québec, référence neutre
R.C.S.	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada
R.J.Q.	Recueil de jurisprudence du Québec

## Remerciements

Je tiens d'abord à exprimer ma reconnaissance envers mes directeurs de recherche, les professeurs Jean Leclair et Michel Morin, pour leur appui et leur accompagnement respectif tout au long de ce projet, leur temps, les échanges enrichissants et leurs relectures attentives des nombreuses versions antérieures de ce mémoire. Je les remercie également de m'avoir accordé la latitude de rédiger un mémoire sans doute un peu plus long que la moyenne, ce qui m'a permis de développer pleinement mes idées dans les pages qui suivent.

Mes remerciements vont ensuite à ma famille. À mes parents, pour leur amour et leur support inconditionnels. Merci de toujours m'encourager à poursuivre mes projets et de croire en moi. À ma grande sœur, pour son oreille attentive et ses sages conseils. À mon copain, pour son amour, son appui constant et pour tous les beaux moments que nous partageons.

Enfin, ce projet a bénéficié de l'appui financier du *Conseil de recherche en sciences humaines* (CRSH) et de la *Bourse d'excellence Pierre-Elliott-Trudeau*, dont je remercie les donateurs pour leur générosité, laquelle m'a permis de me consacrer entièrement à ce mémoire durant la dernière année et demie.

# Introduction

## Mise en contexte et définition

Le fédéralisme est un principe normatif désignant la promotion d'une union et d'une non-centralisation. La fédération, quant à elle, est l'incarnation institutionnelle du fédéralisme<sup>1</sup>. Le principe sur lequel se base toute fédération est celui du fractionnement de la souveraineté<sup>2</sup>. C'est notamment ce qui la distingue de l'État unitaire<sup>3</sup>. Ce partage des compétences entre ordres de gouvernement permet notamment d'accommoder les différences régionales et les besoins spécifiques des entités fédérées<sup>4</sup>. Parmi les autres moyens de promouvoir la diversité au sein d'une fédération, on compte le principe de l'asymétrie<sup>5</sup>.

En contexte canadien, le fédéralisme asymétrique est une conception des relations entre Ottawa et les provinces qui rejette le postulat selon lequel ces dernières doivent toutes être traitées uniformément, et devraient dès lors avoir exactement les mêmes droits, les mêmes pouvoirs, au sein de la fédération<sup>6</sup>. Bien que cette conception ait le potentiel de s'appliquer à plusieurs provinces, elle s'articule la plupart du temps autour de la question de la place du Québec dans la fédération. Sous cet angle, le fédéralisme asymétrique suppose un traitement distinct pour le Québec, voire une augmentation de ses pouvoirs, en raison de sa spécificité nationale. À cet égard, il est parfois soulevé comme une alternative à la sécession de la province<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Ronald L. WATTS, *Comparaison des régimes fédéraux*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Presses universitaires McGill-Queen's, 2002, p. 7-8.

<sup>2</sup> Alexis de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique I (1835)*, 12<sup>e</sup> éd., Paris, Gallimard, 2012, p. 255.

<sup>3</sup> *Id.*, p. 196.

<sup>4</sup> Pierre FOUCHER, « Le carré redevenu cercle ? Fédéralisme, droits linguistiques et égalité dans l'interprétation de la Constitution canadienne », dans Linda CARDINAL (dir.), *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Sudbury, Prise de parole, 2008, p. 269, à la p. 272.

<sup>5</sup> Benoît PELLETIER, « L'asymétrie pour répondre aux défis de la diversité », dans Linda CARDINAL (dir.), *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Sudbury, Prise de parole, 2008, p. 425, à la p. 425.

<sup>6</sup> Philippe BOUDREAU et Claude PERRON, *Lexique de science politique*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Chenelière Éducation, 2016, « Fédéralisme asymétrique », p. 85-86.

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

La théorie classique du fédéralisme a tendance à prôner la symétrie : les entités fédérées doivent entretenir des relations égales à la fois entre elles, mais aussi envers l'autorité centrale. La présence d'asymétries dans ces relations, et plus particulièrement d'asymétries constitutionnelles, serait donc perçue comme une anomalie<sup>8</sup>.

Il importe de préciser ce que nous entendons par l'expression « asymétrie constitutionnelle », dans le cadre du présent mémoire, puisque la doctrine en décline plusieurs définitions<sup>9</sup>. L'asymétrie constitutionnelle fait partie de l'ingénierie constitutionnelle et résulte d'un choix du constituant de créer une différenciation formelle entre les provinces<sup>10</sup>. Elle réfère à un écart, une différence ayant un caractère permanent, quant au *statut* des provinces au sein des institutions centrales ou aux *pouvoirs législatifs* qui leur sont reconnus par la Constitution canadienne en tant qu'entités souveraines<sup>11</sup>. Elle a le potentiel d'engendrer un privilège ou un fardeau supplémentaire pour la ou les provinces concernées<sup>12</sup>. Par ailleurs, nous incluons dans notre définition les dispositions qui sont de nature ou qui ont le potentiel d'engendrer une asymétrie entre les provinces, qu'elles aient ou non été effectivement mises en œuvre<sup>13</sup>.

Cette définition de l'asymétrie constitutionnelle vise à circonscrire l'objet de notre étude. De prime abord, elle permet d'écarter l'asymétrie qui peut survenir entre le statut ou les pouvoirs législatifs des provinces, des territoires et des communautés autochtones, en ne mettant l'accent que sur les asymétries entre les entités fédérées que sont les provinces. Ensuite, elle fait fi des asymétries constitutionnelles transitoires, qui découlent habituellement d'une volonté de tenir compte du degré de développement de chaque région au moment de son entrée dans la fédération<sup>14</sup>. Nous nous

---

<sup>8</sup> Patricia POPELIER et Maja SAHADŽIĆ, « Linking Constitutional Asymmetry with Multinationalism. An Attempt to Crack the Code in Five Hypotheses », dans Patricia POPELIER et Maja SAHADŽIĆ (dir.), *Constitutional Asymmetry in Multinational Federalism : Managing Multinationalism in Multi-tiered Systems*, Cham, Springer International Publishing, 2019, p. 1, aux p. 1 et 2.

<sup>9</sup> *Infra*, chapitre 1, section 1, sous-section 1 : « Des diverses définitions de l'asymétrie en science politique ».

<sup>10</sup> P. POPELIER et M. SAHADŽIĆ, préc., note 8, à la p. 6.

<sup>11</sup> R. L. WATTS, préc., note 1, p. 68.

<sup>12</sup> P. POPELIER et M. SAHADŽIĆ, préc., note 8, à la p. 7.

<sup>13</sup> Nous pensons ici, à titre d'exemple, à l'article 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), (ci-après « *Loi constitutionnelle de 1867* » ou « LC 1867 »). L'analyse de cette disposition fait l'objet d'une section du présent mémoire, *infra*, chapitre 3, section 1 : « De la possibilité pour les provinces de common law d'unifier leurs lois ». Pensons aussi au droit de retrait, prévu à l'article 38(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, c. 11 (R.-U.), (ci-après « *Loi constitutionnelle de 1982* » ou « LC 1982 »).

<sup>14</sup> R. L. WATTS, préc., note 1, p. 70.

penchons donc sur les asymétries qui, par nature, ont un caractère permanent<sup>15</sup>. Ainsi, il n'est pas question dans le présent mémoire des diverses dispositions temporaires que l'on retrouve comme conditions d'entrée de certaines provinces dans la Confédération<sup>16</sup>. Finalement, il est uniquement question des asymétries que l'on retrouve à l'heure actuelle dans les dispositions de la Constitution canadienne. Ceci permet d'écarter les asymétries qui peuvent être présentes dans d'autres lois, ou encore dans des ententes intergouvernementales, ce que la doctrine désigne couramment comme des asymétries normatives, conventionnelles ou administratives. Par ailleurs, cela permet également d'écarter l'étude de dispositions créant des asymétries qui, à une époque, ont pu être importantes, mais qui ont par la suite été abrogées<sup>17</sup>.

L'idée qu'il puisse exister une asymétrie entre les provinces canadiennes est loin d'être une question purement théorique. À titre d'exemple, le bien-fondé, ou la pertinence, d'arrangements asymétriques en contexte canadien est redevenu un sujet de discussion à la suite de l'adoption d'un accord fédéral-provincial en matière de santé en 2004, qui présentait un caractère asymétrique à la demande du Québec, et où l'on reconnaissait la spécificité de la province<sup>18</sup>. Mais au Canada, ce débat existe au moins depuis les années 1950<sup>19</sup>, bien que sous un vocable différent. Avant l'accord de 2004, le terme employé était celui de « statut spécial ». Or, depuis, l'expression consacrée est

---

<sup>15</sup> P. POPELIER et M. SAHADŽIĆ, préc., note 8, à la p. 5.

<sup>16</sup> Voir à titre d'exemple : *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique*, Arrêté en conseil de Sa Majesté admettant la Colombie-Britannique, en date du 16 mai 1871, art. 11 ; *Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard*, Arrêté en conseil de Sa Majesté admettant l'Île-du-Prince-Édouard, en date du 26 juin 1873, art. 2 et 6 ; *Loi sur l'Alberta*, 1905, 4-5 Édouard VII, c. 3 (Canada), art. 18-19 (ci-après « *Loi sur l'Alberta* ») ; *Loi sur la Saskatchewan*, 1905, 4-5 Édouard VII, c. 42 (Canada), art. 18-19, (ci-après « *Loi sur la Saskatchewan* ») ; *Loi sur Terre-Neuve*, 1949, 12-13 Geo. VI, c. 22 (R.-U.), art. 26 et 28, (ci-après « *Loi sur Terre-Neuve* »).

<sup>17</sup> Nous pensons ici, à titre d'exemple, au fait qu'à une époque, les législatures du Québec (art. 71 LC 1867), de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick (art. 88 LC 1867) étaient composées de deux chambres, soit le Conseil législatif et l'assemblée législative. La législature de l'Ontario était quant à elle monocamérale (art. 70 LC 1867). De même, la Saskatchewan, l'Alberta et Terre-Neuve, au moment de leur entrée dans la Confédération, ont établi des législatures monocamérales. Le Manitoba a aboli sa Chambre haute en 1874, le Nouveau-Brunswick en 1891, l'Île-du-Prince-Édouard en 1893 et la Nouvelle-Écosse en 1928 : ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Encyclopédie du parlementarisme québécois*, 2022, « Conseil législatif », en ligne : <<https://www.assnat.qc.ca/fr/patrimoine/lexique/index>>. Le Québec fut la dernière province à abolir son Conseil législatif en 1968 : voir la *Loi concernant le Conseil législatif*, S.Q. 1968, c. 9 et la *Loi sur l'Assemblée nationale*, RLRQ, c. A-23.1, art. 2.

<sup>18</sup> Linda CARDINAL, « Introduction », dans Linda CARDINAL (dir.), *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Sudbury, Prise de parole, 2008, p. 7, à la p. 21.

<sup>19</sup> *Id.*, à la p. 20.

celle de l'asymétrie<sup>20</sup>, qui nous vient de la science politique, et qui sert à justifier un traitement distinct pour une ou pour certaines provinces.

À des degrés divers, le fédéralisme asymétrique a déjà été mis de l'avant dans les plus récentes tentatives de réformes constitutionnelles, couramment désignées comme les accords du lac Meech<sup>21</sup> et de Charlottetown<sup>22</sup>. Elles visaient entre autres à faire adhérer le Québec à la *Loi constitutionnelle de 1982*. En effet, à ce jour, aucun gouvernement québécois n'a ratifié ce document constitutionnel<sup>23</sup>. On se rappellera qu'initialement, face aux difficultés de s'entendre avec les gouvernements provinciaux sur un projet de modification et de rapatriement de la Constitution, le gouvernement fédéral annonça son intention de procéder à cette démarche, et si nécessaire, de le faire sans le consentement des provinces.

La constitutionnalité d'une démarche unilatérale du gouvernement fédéral fit l'objet d'une contestation de la part de provinces devant les tribunaux<sup>24</sup>. En 1981, dans le *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*<sup>25</sup>, la Cour suprême du Canada finira par conclure que le projet unilatéral du gouvernement fédéral était conforme au droit de la Constitution, mais non aux conventions constitutionnelles<sup>26</sup>. En analysant les tentatives de modification constitutionnelle précédentes, la Cour détermina qu'un degré appréciable de consentement provincial était requis pour respecter la convention constitutionnelle qui s'était établie lors de ces négociations antérieures<sup>27</sup>. À la suite de cette décision, le gouvernement fédéral et toutes les provinces, exception

---

<sup>20</sup> Il est intéressant de noter que le terme « asymétrie » apparaît à partir de l'édition annuelle de 2004 de l'ouvrage de référence *Constitutional Law of Canada* du professeur Peter Hogg. L'expression employée pour désigner le même concept dans les éditions précédentes était celle de « statut spécial ». Ce changement concorde avec l'accord fédéral-provincial en matière de santé, signé la même année. Voir : Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada - Student Edition*, Toronto, Thomson Carswell, 2004, n°18a, p. 108.

<sup>21</sup> *Accord constitutionnel de 1987*, Ottawa, 3 juin 1987, (ci-après « Accord du lac Meech »).

<sup>22</sup> *Consensus Report on the Constitution : Final Text*, Charlottetown, 28 août 1992, (ci-après « Accord de Charlottetown »).

<sup>23</sup> Noura KARAZIVAN et Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Rights Trivialization, Constitutional Legitimacy, and Derogation clauses: the Example of Quebec's Laïcité Act », (2020) 99 *S.C.L.R. (2d)* 487, p. 489.

<sup>24</sup> José WOEHLING, « L'évolution et le réaménagement des rapports entre le Québec et le Canada anglais », dans Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING (dir.), *Demain le Québec - Choix politiques et constitutionnels d'un pays en devenir*, Québec, Septentrion, 1994, p. 17, aux p. 52-53.

<sup>25</sup> *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753 (ci-après : « *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution* »).

<sup>26</sup> J. WOEHLING, préc., note 24, à la p. 53.

<sup>27</sup> *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, p. 904-905.

faite du Québec, finirent par s'entendre sur un projet de modification constitutionnelle. Il fut sanctionné par le Parlement britannique et la nouvelle Constitution entra en vigueur<sup>28</sup>.

Le Québec tenta de s'opposer à cette démarche en s'adressant, par renvoi, à sa cour d'appel<sup>29</sup>. La question de l'existence d'un veto québécois sur les modifications constitutionnelles se rendit ultimement en Cour suprême<sup>30</sup>. Essentiellement, il s'agissait pour la Cour de définir ce qu'elle entendait par l'expression « degré appréciable » de consentement provincial. Ce degré appréciable de consentement était-il quantitatif ou également qualitatif? Autrement dit, pour qu'un degré appréciable de consentement soit atteint, cela nécessitait-il celui du Québec? Le Procureur général du Québec soutenait entre autres que la province détenait un veto en raison du principe de la dualité canadienne, selon lequel le Québec représente l'un des deux peuples fondateurs et constitue une société distincte<sup>31</sup>. La Cour suprême conclut qu'il n'existait ni règle de droit ni convention constitutionnelle requérant le consentement spécifique du Québec<sup>32</sup>. Ainsi, légalement, le Québec est déjà assujéti à l'entièreté du corpus constitutionnel canadien. Son adhésion relève dans une certaine mesure du symbolique<sup>33</sup>. Toutefois, si l'Accord du lac Meech ou de celui de Charlottetown avaient été adoptés, une clause aurait imposé l'obligation formelle d'interpréter la Constitution en adéquation avec le principe selon lequel le Québec est une société distincte.

En ce qui concerne l'Accord du lac Meech, la clause prévoyait que « [t]oute interprétation de la Constitution du Canada doit concorder avec : [...] la reconnaissance de ce que le Québec forme au sein du Canada une société distincte. »<sup>34</sup> L'une des critiques des opposants de l'Accord était l'ambiguïté de la portée et des conséquences de cette nouvelle clause interprétative<sup>35</sup>. C'est ce qui

---

<sup>28</sup> J. WOEHLING, préc., note 24, aux p. 53-54.

<sup>29</sup> Renvoi à la Cour d'appel relatif à une résolution concernant la Constitution du Canada, [1982] C.A. 33.

<sup>30</sup> Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution, [1982] 2 R.C.S. 793.

<sup>31</sup> *Id.*, p. 813-814.

<sup>32</sup> *Id.*, p. 817-818.

<sup>33</sup> Ivan BERNIER, « Meech Lake and Constitutional Visions », dans Katherine E. SWINTON et Carol J. ROGERSON (dir.), *Competing constitutional visions : the Meech Lake Accord*, Agincourt, Carswell, 1988, p. 239, à la p. 243.

<sup>34</sup> Accord du lac Meech, art. 2(1)b).

<sup>35</sup> F. Leslie SEIDLE et Gina BISHOP, « Public opinion on asymmetrical federalism : growing openness or continuing ambiguity? », dans Harvey LAZAR (dir.), *Asymmetry Series*, n°2, Kingston, Institut des relations intergouvernementales, Université Queen's, 2005, à la p. 7.

mena la doctrine à se prêter à un exercice d'interprétation<sup>36</sup>. Pour ce qui est de l'Accord de Charlottetown, on y retrouvait encore le fait que le Québec constitue une société distincte, mais cette fois-ci, la mention était comprise dans la « clause Canada »<sup>37</sup>, qui comprenait également d'autres principes directeurs, et potentiellement contradictoires, quant à l'interprétation de la Constitution. Par ailleurs, en réponse aux critiques de l'Accord du lac Meech<sup>38</sup>, on précisa quelque peu ce que l'on entendait par l'expression « société distincte » : « le Québec forme au sein du Canada une société distincte, comprenant notamment une *majorité d'expression française*, une *culture qui est unique* et une *tradition de droit civil*. »<sup>39</sup> Dans son ensemble, la clause Canada visait à doter les tribunaux d'un cadre d'interprétation de la Constitution, plus spécifiquement de la Charte canadienne<sup>40</sup> et du fédéralisme<sup>41</sup>.

## Délimitation du sujet de recherche

L'Accord de Charlottetown remonte maintenant à plus de 30 ans, et constitue la dernière tentative de réforme constitutionnelle. L'un des principaux arguments à l'encontre d'un fédéralisme asymétrique au profit du Québec est qu'il minerait le principe de l'égalité des provinces<sup>42</sup>. Or, dans l'état actuel des choses, la Constitution canadienne fait déjà état d'un certain degré d'asymétries entre celles-ci<sup>43</sup>. Pour David Milne, la question à se poser, en contexte canadien, serait plutôt de savoir dans quelle mesure de telles différences peuvent exister entre les provinces dans un cadre fédéral, dans quelle mesure elles existent déjà, et dans quelle mesure elles peuvent être justifiées<sup>44</sup>.

---

<sup>36</sup> Pour une recension des diverses interprétations doctrinales de la clause de la société distincte, voir l'ouvrage de Katherine E. SWINTON et Carol J. ROGERSON (dir.), *Competing constitutional visions : the Meech Lake Accord*, Agincourt, Carswell, 1988.

<sup>37</sup> Peter W. HOGG, « Division of Powers in the Charlottetown Accord », dans Kenneth MCROBERTS et Patrick J. MONAHAN (dir.), *The Charlottetown Accord, the Referendum, and the Future of Canada*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 1993, p. 85, à la p. 86.

<sup>38</sup> F. L. SEIDLE et G. BISHOP, préc., note 35, à la p. 7.

<sup>39</sup> Accord de Charlottetown, art. 1(c) (nos italiques) ; Pour une interprétation de la clause, voir J. WOEHLING, préc., note 24, à la p. 87.

<sup>40</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, c. 11 (R.-U.)], (ci-après « Charte canadienne »).

<sup>41</sup> Ronald L. WATTS, « The Reform of Federal Institutions », dans Kenneth MCROBERTS et Patrick J. MONAHAN (dir.), *The Charlottetown Accord, the Referendum, and the Future of Canada*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 1993, p. 17, à la p. 18.

<sup>42</sup> Jocelyn MACLURE, « Beyond recognition and asymmetry », dans Harvey LAZAR (dir.), *Asymmetry Series*, n°9, Kingston, Institut des relations intergouvernementales, Université Queen's, 2005, à la p. 2.

<sup>43</sup> R. L. WATTS, préc., note 1, p. 68-69.

<sup>44</sup> David MILNE, « Asymmetry in Canada, past and present », dans Harvey LAZAR (dir.), *Asymmetry Series*, n°1, Institut des relations intergouvernementales, Université Queen's, 2005, à la p. 1.

Par ailleurs, au-delà des débats doctrinaux sur la portée potentielle de la clause de la société distincte, ce qui est manifeste, c'est que ce sont aux tribunaux, et principalement à la Cour suprême, qu'allait revenir la difficile tâche de donner un sens à cette nouvelle disposition interprétative de la Constitution<sup>45</sup>. Cela n'est toutefois pas inhabituel. En effet, le droit constitutionnel, par sa nature vague et parfois lacunaire, est un terreau fertile pour l'interprétation judiciaire : une constitution découle autant de son texte que de son interprétation par les tribunaux<sup>46</sup>.

En contexte canadien, les acteurs politiques ne semblent pas être en mesure de s'entendre sur des réformes constitutionnelles. Dès lors, cet immobilisme est pallié par la Cour, dont la jurisprudence fait évoluer à la fois la Constitution et la fédération<sup>47</sup>. Certains auteurs ont soutenu que par son rôle d'arbitre de différends entre partenaires politiques, la branche judiciaire permet également de préserver l'unité et la cohésion de la fédération<sup>48</sup>.

Les asymétries que l'on retrouve dans la Constitution canadienne sont, pour certains auteurs, le fruit de négociations entre les colonies britanniques. Elles ont été réfléchies. Sans ces dispositions particulières, l'avènement de la fédération n'aurait peut-être pas été possible<sup>49</sup>. Au Canada, la consécration d'asymétries a ainsi été une manière de gérer les différences entre les provinces<sup>50</sup>. Il s'agit donc de dispositions dont l'interprétation par les tribunaux est particulièrement importante. En tant qu'arbitre fédératif, le tribunal de dernière instance a le potentiel de favoriser une symétrisation, ou au contraire, une asymétrisation du système fédéral<sup>51</sup>. D'ailleurs, tel que le souligne Ronald Watts, dans bien des cas, la réduction ou l'augmentation de l'asymétrie entre les

---

<sup>45</sup> A. Wayne MACKAY, « Linguistic Duality and the Distinct Society in Quebec: Declarations of Sociological Fact or Legal Limits on Constitutional Interpretation? », dans Katherine E. SWINTON et Carol J. ROGERSON (dir.), *Competing constitutional visions : the Meech Lake Accord*, Agincourt, Carswell, 1988, p. 65, à la p. 66; Peter H. RUSSELL, « Meech Lake and the Supreme Court », dans Katherine E. SWINTON et Carol J. ROGERSON (dir.), *Competing constitutional visions : the Meech Lake Accord*, Agincourt, Carswell, 1988, p. 97, à la p. 112.

<sup>46</sup> Joseph RAZ, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 191.

<sup>47</sup> Dave GUÉNETTE, « La Cour suprême du Canada et la pluralité démotique de l'État canadien. Des traces de consociationalisme dans la jurisprudence constitutionnelle », (2016) 46-1 *R.G.D.* 215, p. 218.

<sup>48</sup> Patricia POPELIER, « Le fédéralisme dynamique », dans Félix MATHIEU, Dave GUÉNETTE et Alain-G. GAGNON (dir.), *Cinquante déclinaisons de fédéralisme : Théorie, enjeux et études de cas*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2020, p. 123, à la p. 127.

<sup>49</sup> *Infra*, chapitre 1, section 1, sous-section 3.1 : « Les origines et la légitimité des asymétries ».

<sup>50</sup> R. L. WATTS, préc., note 1, p. 70.

<sup>51</sup> Patricia POPELIER et Maja SAHADŽIĆ, « Conclusion », dans Patricia POPELIER et Maja SAHADŽIĆ (dir.), *Constitutional Asymmetry in Multinational Federalism : Managing Multinationalism in Multi-tiered Systems*, Cham, Springer International Publishing, 2019, p. 489, à la p. 495.

unités constituantes a été le produit de révisions constitutionnelles<sup>52</sup>, révisions qui ne sont pas nécessairement formelles, mais peuvent implicitement provenir de l'interprétation des tribunaux.

## Objectifs de l'étude

Au vu et au su de ce qui précède, la question de recherche spécifique à laquelle tentera de répondre ce mémoire est la suivante : quelles sont les asymétries constitutionnelles que l'on retrouve entre les provinces canadiennes et quel traitement reçoivent-elles de la part du tribunal de dernière instance? Autrement dit, les asymétries déjà présentes dans la Constitution sont-elles renforcées, ou à l'inverse atténuées, par l'interprétation judiciaire ? Le tribunal joue-t-il un rôle de créateur d'asymétries ?

Notre objectif ainsi que notre apport aux connaissances seront de déterminer quelle est la place et la portée des asymétries en droit constitutionnel canadien, puisque dans le cadre d'un État qui opte pour la forme fédérale, il doit nécessairement y avoir une limite aux asymétries admises entre les entités fédérées. Nous analyserons ainsi certaines des asymétries constitutionnelles qui existent dans la Constitution canadienne, qu'elles découlent directement du texte ou de l'interprétation judiciaire de celui-ci. Bien qu'il aurait été intéressant de recenser et d'analyser toutes les asymétries constitutionnelles entre les provinces canadiennes, en raison de considérations pratiques, une telle tâche n'était pas réalisable dans le cadre du présent mémoire. Nous limiterons ainsi notre analyse à l'étude de quatre d'entre elles. Nous étudierons deux asymétries qui s'inscrivent dans le statut des entités fédérées au sein des institutions centrales, ainsi que deux asymétries en termes de pouvoirs législatifs. Enfin, contrairement aux études ayant pu être faites par le passé, nous axerons plus spécifiquement notre réflexion sur le rôle de la branche judiciaire dans le processus de symétrisation ou d'asymétrisation de la fédération.

Toute question de recherche a pour corollaire une hypothèse, soit une réponse provisoire qui, au terme du mémoire, devra être confirmée ou infirmée. Dans le cas présent, notre hypothèse est la suivante : les asymétries que l'on retrouve dans la Constitution sont tributaires des tribunaux, lesquels justifieront l'interprétation retenue pour une disposition asymétrique en intégrant les

---

<sup>52</sup> Ronald L. WATTS, « A comparative perspective on asymmetry in federations », dans Harvey LAZAR (dir.), *Asymmetry series*, n°4, Kingston, Institut des relations intergouvernementales, Université Queen's, 2005, à la p. 3.

théories élaborées à ce sujet en science politique. Ainsi, sans prétendre qu'il s'agira des seuls éléments explicatifs de la conclusion à laquelle en vient un tribunal, lorsque l'interprétation judiciaire a pour effet de favoriser l'asymétrie, nous anticipons que les fondements de ce type d'arrangement ainsi que les avantages associés à l'asymétrie par les auteurs de science politique se refléteront dans le raisonnement de la Cour. Inversement, dans les jugements qui atténuent les asymétries, les limites théoriques que les politologues associent aux asymétries admises entre les entités fédérées devraient également se refléter dans le raisonnement de la Cour.

Certes, la question du fédéralisme canadien et de la relation qu'entretiennent les différentes provinces par rapport au pouvoir central est aussi vieille que la création du Canada. Pourquoi alors ajouter à ce qui a déjà été dit ? De prime abord, il importe de souligner que les études sur la question de l'asymétrie dans les fédérations ont essentiellement émané de la science politique, et que le type d'asymétries qui a attiré l'attention des chercheurs dans ce domaine est en grande partie ce que l'on désigne comme étant de l'asymétrie politique<sup>53</sup>. Ce type d'asymétrie s'intéresse aux disparités en termes de taille de population, de territoire, d'économie, d'identité ou de réalité politique entre les entités fédérées<sup>54</sup>.

L'apport majeur de la science politique a été, jusqu'à présent, (I) de définir ce que l'on entend par les expressions *asymétrie* et *fédéralisme asymétrique*, (II) d'analyser les fondements normatifs qui devraient théoriquement donner lieu à des asymétries dans une fédération, et (III) d'explorer, sur la base de théories propres à la science politique, les avantages ainsi que les limites de ce genre d'arrangements dans un cadre étatique. Puisque, selon certains politologues, l'asymétrie pourrait devenir dans les années futures une avenue prometteuse pour la gérer les défis de la diversité dans une fédération<sup>55</sup>, nous estimons utile de recenser les asymétries qui existent déjà, ou qui ont le potentiel d'exister à l'heure actuelle, et la posture qu'entretiennent les tribunaux canadiens à leur égard.

---

<sup>53</sup> P. POPELIER et M. SAHADŽIĆ, préc., note 8, à la p. 2.

<sup>54</sup> *Id.*, à la p. 5.

<sup>55</sup> Alain-G. GAGNON et Jean-Denis GARON, « Constitutional and Non-constitutional Asymmetries in the Canada Federation: An Exploration into the Policy Fields of Immigration and Manpower Training. A Country Study on Constitutional Asymmetry in Canada », dans Patricia POPELIER et Maja SAHADŽIĆ (dir.), *Constitutional Asymmetry in Multinational Federalism : Managing Multinationalism in Multi-tiered Systems*, Cham, Springer International Publishing, 2019, p. 77, à la p. 101.

La signification des dispositions de la Constitution et leur portée normative potentielle est grandement tributaire de l'interprétation jurisprudentielle. Le juge de dernière instance devient créateur de la loi<sup>56</sup>. Or, il existe toujours un risque de subjectivité lorsque l'on tente de qualifier le comportement de tribunaux, puisqu'il n'existe pas de méthode généralisée pour le faire<sup>57</sup>. Dans la littérature, certains ont fait remarquer que l'origine d'un auteur peut avoir une incidence sur sa perception de la manière dont opère et a évolué le fédéralisme canadien<sup>58</sup>. Par ailleurs, des postures intellectuelles prônant davantage de pouvoirs pour les provinces, ou pour le fédéral, ont le potentiel de constituer des obstacles épistémologiques<sup>59</sup>. L'épistémologie réfère à la nature du savoir et aux moyens employés pour créer ce savoir. Une méthode d'analyse donnée, la grille conceptuelle que l'on adopte, détermine ou prédétermine en quelque sorte le résultat auquel nous arriverons<sup>60</sup>. C'est ce qui explique que différentes méthodes de recherche peuvent mener à des réponses divergentes à la même question<sup>61</sup>. Ainsi, pour répondre adéquatement à notre question de recherche, nous devons nous assurer de ne pas sélectionner arbitrairement les faits ou ce que l'on considère comme important ni prétendre connaître avec certitude ce qui est par nature équivoque<sup>62</sup>. C'est d'ailleurs ce doute qui distingue le savoir des croyances<sup>63</sup>.

Le présent mémoire n'a pas pour but de porter un jugement normatif sur la désirabilité d'asymétries entre les entités fédérées. Nous laissons ces questions, certes d'importance, aux politologues. Sans prendre position quant au bien-fondé d'une décision judiciaire augmentant ou diminuant les asymétries constitutionnelles, nous mettons en lumière les interprétations possibles et contradictoires de certaines dispositions qui s'offraient au tribunal, dans le but de comprendre son

---

<sup>56</sup> Bora LASKIN, « The Role and Functions of Final Appellate Courts: The Supreme Court of Canada », (1975) 53-3 *R. du B. can.* 469, p. 477.

<sup>57</sup> Patricia POPELIER et Samantha BIELEN, « How Courts Decide Federalism Disputes: Legal Merit, Attitudinal Effects, and Strategic Considerations in the Jurisprudence of the Belgian Constitutional Court », (2019) 49-4 *Publius J. Fed.* 587, p. 1.

<sup>58</sup> François ROCHER, « The Quebec–Canada Dynamic or the Negation of the Ideal of Federalism », dans Alain-G. GAGNON (dir.), *Contemporary Canadian Federalism*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 2009, p. 81, à la p. 81.

<sup>59</sup> Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « The “Principle of Federalism” and the Legacy of the Patriation and Quebec Veto References », (2011) 54 *S.C.L.R. (2d)* 77, p. 79.

<sup>60</sup> Jean LECLAIR, « Brèves remarques au sujet des conditions de réalisation du travail intellectuel », (2022) 63-3 *C. de D.* 753, p. 759.

<sup>61</sup> Yves-Marie MORISSETTE, « L'impact des disciplines exogènes au droit sur le métier des praticiens », (2009) 43 *R.J.T.* 455, p. 464.

<sup>62</sup> Jean LECLAIR, « Les périls du totalisme conceptuel en droit et en sciences sociales », (2009) 14-1 *Lex Electronica* 1, p. 12.

<sup>63</sup> Y.-M. MORISSETTE, préc., note 61, p. 465.

adoption d'une approche plutôt qu'une autre. Il sera en revanche possible de signaler les lacunes juridiques d'un raisonnement.

## Présentation de l'étude et perspectives disciplinaires

Deux théories juridiques sont, à notre sens, particulièrement d'intérêt pour notre projet de recherche et seront de ce fait mobilisées tout au long de celui-ci : le positivisme, selon la conception de Hart, et l'interdisciplinarité.

Le positivisme selon Hart d'abord, puisqu'il conçoit qu'il existe des situations où les sources formelles du droit, comme le texte de loi, sont claires et n'ont de ce fait qu'à être appliquées. Mais, il conçoit également qu'il existe une texture ouverte à la règle de droit, des domaines vagues et indéterminés, où les juges remplissent alors une fonction de création de la règle. Ils ont la tâche, dans cette fonction créatrice, d'opérer un équilibre, selon les circonstances, entre des intérêts concurrents<sup>64</sup>. Selon H. L. A. Hart, toute règle de droit possède à la fois un « noyau de certitude et une pénombre de doute »<sup>65</sup>. Elles comportent toute une marge d'imprécision, ce que Hart désigne sous le vocable de « texture ouverte »<sup>66</sup>. Il en est ainsi puisque les normes sont d'ordinaire énoncées dans des termes généraux, qui s'appliqueront clairement dans certaines situations, et dont l'application sera ambiguë et indéterminée dans d'autres<sup>67</sup>.

Dans le cas présent, nous porterons notre attention sur les sources formelles que sont les textes constitutionnels et qui forment le socle de l'interprétation judiciaire. Mais le caractère parfois flou et indéterminé de la Constitution s'inscrit dans la texture ouverte du droit. Le positivisme selon Hart nous permettra dès lors d'être attentif à ce rôle créateur des juges et de déterminer si les considérations théoriques que l'on retrouve au sujet de l'asymétrie en science politique font partie de celles prises en compte par les magistrats dans l'exercice d'interprétation judiciaire visant à élucider la pénombre de doute.

---

<sup>64</sup> Herbert HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 167-168.

<sup>65</sup> *Id.*, p. 119.

<sup>66</sup> *Id.*, p. 120.

<sup>67</sup> *Id.*, p. 123-124.

L'interdisciplinarité ensuite, puisque le droit ainsi que la science politique sont intrinsèquement reliés. En effet, la science politique en tant que domaine d'étude tire ses origines d'un détachement progressif des disciplines juridiques<sup>68</sup> : avant de devenir autonome, la science politique fut longtemps une discipline connexe au droit public<sup>69</sup>. Par ailleurs, nous nous intéresserons principalement à la jurisprudence du plus haut tribunal canadien. Or, les questions judiciairisées qui atteignent ce forum ne sont d'ordinaire pas étrangères aux enjeux politiques de la société<sup>70</sup>. Bien que toute question constitutionnelle ne soit pas nécessairement politique, celles qui se rendent jusqu'en Cour suprême et qui concernent les compétences de l'État fédéral et des États fédérés le sont<sup>71</sup>. Nous emprunterons donc à l'approche interdisciplinaire puisque certains concepts de science politique peuvent aider à mieux comprendre le raisonnement des juges en matière de droit constitutionnel. Comme précédemment mentionnées, les notions d'asymétrie et de fédéralisme asymétrique sont le fruit de la science politique, sur laquelle il importe dès lors de nous appuyer afin de les circonscrire adéquatement. En ce sens, l'interdisciplinarité nous permet de poser des questions qui ne pourraient l'être à partir d'une seule discipline<sup>72</sup> et d'y répondre.

Le premier chapitre de notre analyse portera sur la définition de concepts clés, sur le postulat de certaines théories centrales à notre étude et sur la méthodologie que nous emprunterons afin de mener notre réflexion à terme. La première partie de ce chapitre débutera par un survol des diverses définitions que l'on retrouve du concept d'asymétrie. Par la suite, nous explorerons quels sont les fondements normatifs de l'asymétrie, soit les motifs qui la justifient habituellement et les raisons pour lesquelles elle est revendiquée. Finalement, cette partie se clora par une recension des limites théoriques et pratiques, dans le contexte canadien, aux asymétries qui peuvent être admises entre les provinces. Pour ce faire, nous nous baserons majoritairement sur la littérature de science politique. La deuxième et dernière partie du premier chapitre présente une grille d'analyse élaborée afin de faciliter l'examen objectif des dispositions de la Constitution et de leur portée normative

---

<sup>68</sup> Lucien SFEZ, « Préface », dans Lucien SFEZ (dir.), *Science politique et interdisciplinarité - Conférences (1998-2000)*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2002, p. 7, à la p. 7.

<sup>69</sup> Philippe RAYNAUD, « Le droit et la science politique », (2009) 2 *Jus Politicum* 1.

<sup>70</sup> Ivan BERNIER et Andrée LAJOIE, *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*, n°47, Études de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986, p. 3.

<sup>71</sup> *Id.*, p. 3.

<sup>72</sup> Violaine LEMAY, « Ouverture », dans Violaine LEMAY et Frédéric DARBELLAY (dir.), *L'interdisciplinarité racontée - Chercher hors frontières, vivre l'interculturalité*, Berne, Peter Lang, 2014, p. 1, à la p. 4.

potentielle, à la lumière de la jurisprudence. Cette grille permettra entre autres de mieux appréhender quelles sont les asymétries que l'on retrouve dans la Constitution et de les classer.

Le second volet du mémoire se divise en deux chapitres, et constitue le cœur de notre analyse. Le chapitre deux fait état des asymétries de représentation entre les provinces au sein des institutions centrales. Nous analyserons les cas du Sénat et de la Cour suprême. Le chapitre trois, quant à lui, concerne certaines des asymétries entre les provinces en termes de pouvoirs législatifs, notamment en matière d'uniformisation du droit privé dans les provinces de common law, ainsi qu'en matière de bilinguisme parlementaire, législatif et judiciaire dans certaines provinces.

Dans son ensemble, le second volet du mémoire consistera en une analyse d'un échantillon des asymétries que l'on retrouve entre les provinces dans la Constitution canadienne, à l'aide de la grille élaborée au chapitre un et de l'apport de la science politique. Pour chacune des asymétries étudiées, nous en analyserons la portée normative à partir de la doctrine juridique traitant de cette disposition, mais également de la jurisprudence l'interprétant. Nous porterons principalement notre attention sur la jurisprudence de la Cour suprême et, dans une moindre mesure, sur celle du Comité judiciaire du Conseil privé. Toutefois, vu le contrôle diffus de la constitutionnalité au Canada<sup>73</sup>, nous n'avons pas exclu de prendre en considération la jurisprudence d'une cour d'appel, lorsqu'elle fut la dernière à se prononcer sur une disposition particulière, ou encore sur la jurisprudence d'une cour supérieure, lorsque son raisonnement reçoit l'aval du tribunal de dernière instance.

Notre analyse de l'interprétation judiciaire des dispositions constitutionnelles permettra notamment de voir si le tribunal, dans son raisonnement, intègre les théories élaborées par la science politique au sujet de l'asymétrie. À terme, ce processus devrait nous permettre d'une part de répondre à notre question de recherche, et d'autre part, de confirmer ou d'infirmier notre hypothèse.

---

<sup>73</sup> Patrick TAILLON et Amélie BINETTE, « Québec et Canada », (2019) 34-2018 *Annuaire international de justice constitutionnelle* 175, p. 184.

# Chapitre 1 – Des considérations théoriques sur l’asymétrie et sur le fédéralisme et de l’élaboration d’une grille d’analyse

## Section 1 – Du concept d’asymétrie

### 1. Des diverses définitions de l’asymétrie en science politique

#### 1.1. Brève recension des définitions du concept d’asymétrie et de fédéralisme asymétrique

Charles D. Tarlton, dans un essai de 1965<sup>74</sup>, aurait été l’un des premiers à tenter de conceptualiser la symétrie et l’asymétrie<sup>75</sup> lorsqu’appréhendées pour décrire la dynamique d’une fédération :

« The first, the notion of symmetry refers to the extent to which component states share in the conditions and thereby the concerns more or less common to the federal system as a whole. By the same token, the second term, the concept of asymmetry expresses the extent to which component states do not share in these common features. Whether the relationship of a state is symmetrical or asymmetrical is a question of its participation in the pattern of social, cultural, economic, and political characteristics of the federal system of which it is part. »<sup>76</sup>

Cette acception de l’asymétrie, entendue comme le produit de différences culturelles, sociologiques ou politiques<sup>77</sup> se retrouverait dans pratiquement toutes les fédérations<sup>78</sup>, de telle sorte que les définitions offertes par la littérature se sont progressivement éloignées de celle de Tarlton<sup>79</sup>. Ainsi, l’asymétrie, dans sa plus simple expression, renverrait plutôt de nos jours à l’absence de traitement

---

<sup>74</sup> Charles D. TARLTON, « Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism: A Theoretical Speculation », (1965) 27-4 *The Journal of Politics* 861.

<sup>75</sup> François ROCHER et Philippe COUSINEAU-MORIN, « Fédéralisme asymétrique et reconnaissance des nations internes au Canada - Évolution récente dans l’espace québécois ou comment abdiquer l’asymétrie sur l’autel du principe de l’égalité des provinces », dans Michel SEYMOUR et Guy LAFOREST (dir.), *Le fédéralisme multinational : un modèle viable ?*, Bruxelles, Peter Lang, 2011, p. 269, à la p. 280.

<sup>76</sup> C. D. TARLTON, préc., note 74, p. 861.

<sup>77</sup> R. L. WATTS, préc., note 52, à la p. 1.

<sup>78</sup> *Id.*, à la p. 2.

<sup>79</sup> F. ROCHER et P. COUSINEAU-MORIN, préc., note 75, à la p. 281.

uniforme<sup>80</sup> ou à la différence de traitement entre les entités fédérées<sup>81</sup>. Elle se mesure à l'aune de la symétrie<sup>82</sup>.

Pour certains auteurs, telle Jennifer Smith, l'asymétrie est le fait de traiter les entités fédérées de manière différente, que ce soit par la Constitution ou par les politiques publiques nationales<sup>83</sup>. Le politologue David Milne soutient quant à lui que l'asymétrie peut concerner les compétences, les droits et les devoirs des provinces, leur représentation dans les institutions centrales ou encore l'application des lois et des programmes fédéraux à travers les provinces<sup>84</sup>. Pour le professeur Benoît Pelletier, l'asymétrie dans un contexte fédéral s'entend comme un aménagement différencié des pouvoirs entre le centre et certaines entités fédérées<sup>85</sup>. Enfin, Kenneth McRoberts considère que l'asymétrie se présente lorsqu'au moins un des États membres exerce des pouvoirs qui, dans le reste de la fédération, sont exercés par le gouvernement central<sup>86</sup>. Dans cette acception, l'asymétrie « is more about *where* decisions are made than about *what* decisions are made »<sup>87</sup>.

De ces diverses conceptions de l'asymétrie, on peut donc percevoir qu'elle renvoie pour certains à une différence qui se mesure entre la situation des provinces. D'autres estiment plutôt que pour parler d'asymétrie, c'est la relation des provinces avec le pouvoir central qui doit différer.

Il importe également de distinguer entre l'asymétrie et le fédéralisme asymétrique. Linda Cardinal définit ce dernier comme renvoyant à une pratique visant à aménager des rapports distincts entre les entités fédérées et le pouvoir central<sup>88</sup> en vue d'accorder à une région au sein d'un État une

---

<sup>80</sup> Guy LAFOREST, « The historical and legal origins of asymmetrical federalism in Canada's founding debates: a brief interpretive note », dans Harvey LAZAR (dir.), *Asymmetry Series*, n°8, Kingston, Institut des relations intergouvernementales, Université Queen's, 2005, à la p. 1.

<sup>81</sup> F. ROCHER et P. COUSINEAU-MORIN, préc., note 75, à la p. 281.

<sup>82</sup> Réjean PELLETIER, « L'asymétrie dans une fédération multinationale : Le cas canadien », dans Linda CARDINAL (dir.), *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Sudbury, Prise de parole, 2008, p. 33, à la p. 33.

<sup>83</sup> Jennifer SMITH, « The case for asymmetry in canadian federalism », dans Harvey LAZAR (dir.), *Asymmetry Series*, n°6, Kingston, Institut des relations intergouvernementales, Université Queen's, 2005, aux p. 1-2.

<sup>84</sup> D. MILNE, préc., note 44, à la p. 1.

<sup>85</sup> B. PELLETIER, préc., note 5, aux p. 426-427.

<sup>86</sup> Kenneth MCROBERTS, « Les modèles asymétriques au Canada et en Espagne », dans Alain-G. GAGNON (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain. Fondements, traditions, institutions*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 503, par. 4.

<sup>87</sup> Jeremy H. A. WEBBER, *Reimagining Canada : Language, Culture, Community and the Canadian Constitution*, Kingston, Presses universitaires McGill-Queen's, 1994, p. 230 (en italiques dans l'original).

<sup>88</sup> L. CARDINAL, préc., note 18, à la p. 18.

forme spéciale d'autonomie ou un statut constitutionnel particulier qui la distinguera des autres unités constituantes. Cette forme d'aménagement particulier se fera par le biais de dispositions asymétriques, qui peuvent être consacrées dans la constitution du pays, dans des accords internationaux ou encore dans la législation<sup>89</sup>. Pour le professeur Benoît Pelletier, le fédéralisme asymétrique correspond à la prise en compte de la diversité dans l'organisation des rapports politiques et constitutionnels. Il crée une différenciation entre les entités fédérées qui s'inscrit dans leurs compétences, leurs pouvoirs, leurs responsabilités ou leur mission<sup>90</sup>. Le philosophe Jocelyn Maclure, quant à lui, reprend la même idée, en ajoutant toutefois que, dans le fédéralisme asymétrique, l'aménagement de rapports distincts se traduit par une répartition des compétences différenciées d'une province à une autre<sup>91</sup>. Finalement, pour Reg Whitaker, le fédéralisme asymétrique se définit comme la dévolution de pouvoirs uniquement en faveur du Québec<sup>92</sup>.

Au vu de ces diverses définitions, on pourrait conclure que pour qu'une fédération soit qualifiée d'asymétrique, il faut évidemment qu'elle présente des éléments d'asymétrie entre les entités fédérées. Toutefois, certains auteurs considèrent qu'une fédération ne sera pas nécessairement qualifiable d'asymétrique du simple fait qu'on y observe des éléments d'asymétries. En effet, les positions de Maclure et de Whitaker illustrent l'idée plus restrictive selon laquelle l'emploi de l'expression « fédéralisme asymétrique » serait approprié uniquement dans la mesure où les éléments d'asymétrie traduisent une dévolution différenciée de pouvoirs d'une province à une autre. C'est pourquoi certains soutiennent, dans la littérature, que « le Canada n'est pas une fédération asymétrique même si elle contient certains éléments d'asymétrie. »<sup>93</sup>

Si nous prenons acte de l'absence de consensus dans la doctrine quant au concept de fédération – ou de fédéralisme – asymétrique, et incidemment de l'absence de consensus sur la manière de qualifier la fédération canadienne, le présent mémoire ne tentera pas d'élucider ces questions. Toutefois, dans l'éventualité où certaines dispositions de la Constitution canadienne à l'étude

---

<sup>89</sup> LINDA CARDINAL et BILJANA KOSTADINOV, « Les nouvelles avancées du fédéralisme asymétrique. Le Canada en perspective. », (2007) 57-4-5 *Actes de la Faculté de droit de Zagreb* 727, p. 727-728.

<sup>90</sup> B. PELLETIER, préc., note 5, à la p. 2.

<sup>91</sup> J. MACLURE, préc., note 42, à la p. 1.

<sup>92</sup> Reg WHITAKER, « The Dog That Never Barked: Who Killed Asymmetrical Federalism? », dans Kenneth MCROBERTS et Patrick J. MONAHAN (dir.), *The Charlottetown Accord, the Referendum, and the Future of Canada*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 1993, p. 107, à la p. 107.

<sup>93</sup> L. CARDINAL et B. KOSTADINOV, préc., note 89, p. 730.

auraient le potentiel d'engendrer une dévolution différenciée des pouvoirs d'une province à une autre, ce qui correspond au fédéralisme asymétrique dans son acception la plus restrictive et la plus forte, nous le soulignerons.

## 1.2. La classification doctrinale des types d'asymétries

Si les auteurs s'entendent habituellement pour distinguer entre les asymétries *de jure* et *de facto*, ou encore entre les asymétries constitutionnelles, institutionnelles et administratives, nous verrons qu'il n'existe pas de consensus quant à la définition de ce type d'asymétries ni de ce qu'elles comprennent.

### 1.2.1. *La distinction entre les asymétries de jure et de facto*

Une première classification, d'ordre général, que l'on retrouve en doctrine quant à l'asymétrie est la distinction entre l'asymétrie dite *de jure*, et celle dite *de facto*. Le Canada constitue l'exemple d'un État où l'on retrouve ces deux types d'asymétries<sup>94</sup>.

Pour les auteurs Popelier et Sahadžić, l'asymétrie *de jure* consiste en une différence entre les entités fédérées qui est ancrée dans le système constitutionnel. Selon elles, l'asymétrie *de jure* est synonyme d'asymétrie légale, formelle ou constitutionnelle. Il s'agit d'une différence quant au statut, aux compétences ou au pouvoir fiscal des entités fédérées<sup>95</sup>. L'asymétrie *de facto* consiste quant à elle en une différence entre les entités fédérées qui est factuelle. Un synonyme de ce type d'asymétrie serait l'asymétrie dite politique<sup>96</sup>. Elle engloberait les différences en termes de population, de territoire, d'économie, de géographie, d'identité et de paysage politique<sup>97</sup>.

Les professeures Linda Cardinal et Biljana Kostadinov soutiennent quant à elles que l'asymétrie *de jure* est formellement inscrite dans la législation ou dans la Constitution. Lorsqu'elle est inscrite dans la Constitution, elle rappelle l'existence de distinctions inhérentes à l'organisation des unités

---

<sup>94</sup> Douglas Mitchell BROWN, « Who's Afraid of Asymmetrical Federalism? - A Summary Discussion », dans Harvey LAZAR (dir.), *Asymmetry Series*, n°17, Kingston, Institut des relations intergouvernementales, Université Queen's, 2005, à la p. 2.

<sup>95</sup> P. POPELIER et M. SAHADŽIĆ, préc., note 8, à la p. 6.

<sup>96</sup> *Id.*, à la p. 5.

<sup>97</sup> *Id.*

constituantes. Cardinal et Kostadinov distinguent également entre l'asymétrie positive, et celle dite négative. La première favorise la reconnaissance des besoins particuliers d'une unité au sein de la fédération alors que la seconde la soumettra à des exigences supplémentaires<sup>98</sup>. En contexte canadien, à titre d'exemple, la surreprésentation du Québec au Sénat et à la Cour suprême<sup>99</sup>, de même que l'assurance que les juges des cours supérieures de la province seront toujours nommés parmi les membres de son barreau<sup>100</sup>, pourraient être appréhendées comme des asymétries positives. Les exigences de bilinguisme parlementaire, législatif et judiciaire qui ne s'appliquent qu'au Québec, au Manitoba et au Nouveau-Brunswick, quant à elles, pourraient être qualifiées d'asymétries négatives puisqu'elles soumettent ces législatures à certaines contraintes additionnelles<sup>101</sup>. Il en est de même des dispositions prévoyant des garanties pour certaines minorités confessionnelles, qui diffèrent d'une province à une autre<sup>102</sup>.

Cette distinction entre asymétrie positive et négative ne comporterait pas de jugement de valeur sur la désirabilité de l'asymétrie, mais permettrait plutôt d'analyser la dynamique de la fédération. Certains considèrent qu'une asymétrie dite positive accordera davantage de pouvoirs à une entité fédérée et entraînera un mouvement de décentralisation. À l'inverse, une asymétrie négative, puisqu'elle réduira les pouvoirs de l'entité fédérée, aura pour effet de centraliser la souveraineté étatique<sup>103</sup>. Toujours selon les professeurs Cardinal et Kostadinov, l'asymétrie *de facto* correspond quant à elle à la reconnaissance de distinctions naturelles entre les entités constituantes<sup>104</sup>.

---

<sup>98</sup> L. CARDINAL et B. KOSTADINOV, préc., note 89, p. 730 ; Cette distinction est également reprise par R. PELLETIER, préc., note 82, aux p. 40-41.

<sup>99</sup> Respectivement prévus aux articles 22 LC 1867 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, (ci-après « *Loi sur la Cour suprême* »). Ces dispositions font l'objet du deuxième chapitre du présent mémoire, *infra*, chapitre 2 : « Des asymétries de représentation des provinces au sein des institutions centrales ».

<sup>100</sup> Art. 98 LC 1867. Nous analyserons cette disposition dans le cadre de ce mémoire, *infra*, chapitre 3, section 1, sous-section 2.3.3 : « Le lien entre l'article 94 et la nomination des juges de cours supérieures ». Voir également *infra*, chapitre 2, section 2, sous-section 2.3.1 : « Les renvois *Nadon* et *Mainville*, ou la raison d'être de la représentation du Québec à la Cour suprême ».

<sup>101</sup> Respectivement prévus aux art. 133 LC 1867, art. 23 *Loi de 1870 sur le Manitoba*, 1870, 33 Victoria, c. 3 (Canada), (ci-après « *Loi de 1870* » ou « *Loi de 1870 sur le Manitoba* ») et aux articles 17(2) à 19(2) de la Charte canadienne. Cette question fait l'objet de la dernière section de ce mémoire, *infra*, chapitre 3, section 2 : « Des exigences constitutionnelles de bilinguisme parlementaire, législatif et judiciaire ».

<sup>102</sup> Art. 93 LC 1867.

<sup>103</sup> F. ROCHER et P. COUSINEAU-MORIN, préc., note 75, à la p. 283.

<sup>104</sup> L. CARDINAL et B. KOSTADINOV, préc., note 89, p. 730.

Le politologue Ronald Watts adopte également la distinction entre l'asymétrie *de jure* et celle *de facto*. La première est imbriquée dans les processus constitutionnels et juridiques, ce qui fait que les entités fédérées sont traitées différemment en vertu de la loi. Elle peut référer, à titre d'exemple, à des distinctions en termes d'autonomie, de compétences, de pouvoirs quant aux procédures de modification de la Constitution ou à la protection des minorités à l'intérieur des entités fédérées<sup>105</sup>. La seconde réfère aux différences culturelles, sociales et économiques entre les provinces. Ces différences ont pour effet d'influer sur les relations qu'entretiennent à la fois les entités fédérées entre elles, mais aussi envers le pouvoir central. Ce type d'asymétrie se retrouve dans pratiquement toutes les fédérations<sup>106</sup>.

Enfin, le professeur Peter Graefe propose une définition différente de ce que constitue une asymétrie *de jure* et *de facto*. La première référerait à la situation où une ou certaines provinces reçoivent un traitement différent qui est prévu de manière explicite. La deuxième référerait à une situation où une ou certaines provinces choisissent de profiter d'un traitement auquel toutes ont droit. En ce sens, l'asymétrie *de facto* ne référerait plus à une différence naturelle entre les provinces. L'auteur donne à titre d'exemple d'asymétrie *de facto* « le domaine des impôts, où seul le Québec collecte son propre impôt sur le revenu des particuliers, alors que toutes les provinces en auraient l'occasion »<sup>107</sup>. Cela étant, à la lumière des diverses définitions, on peut dire de manière générale, et en simplifiant quelque peu, que la doctrine définit l'asymétrie *de jure* comme une asymétrie inscrite dans une norme juridique. L'asymétrie *de facto* couvre davantage et correspond à la diversité naturelle et empiriquement observable entre les provinces, ce qui rappelle la définition de Tarlton<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> R. L. WATTS, préc., note 52, à la p. 2.

<sup>106</sup> *Id.*

<sup>107</sup> Peter GRAEFE, « L'asymétrie banale et l'asymétrie politique dans les accords récents en politiques sociales au Canada », dans *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Sudbury, Prise de parole, 2008, p. 135, à la p. 139.

<sup>108</sup> C. D. TARLTON, préc., note 74, p. 861.

### 1.2.2. La distinction entre les asymétries constitutionnelles, institutionnelles et administratives

Plutôt que de parler uniquement d'asymétries *de jure* ou *de facto*, certains préfèrent également distinguer entre les asymétries constitutionnelles, institutionnelles et administratives.

L'asymétrie constitutionnelle se définit, pour Ronald Watts, comme un écart quant au statut ou aux pouvoirs législatifs et administratifs attribués aux provinces par la Constitution<sup>109</sup>. Il existerait trois manières d'établir une asymétrie constitutionnelle : (I) accroître les pouvoirs fédéraux en ce qui concerne certaines matières dans quelques États membres, (II) accroître les pouvoirs de certaines des entités fédérées, ou (III) établir une symétrie dans les pouvoirs des entités fédérées, en laissant le choix entre une adhésion volontaire ou un refus de participer lors d'une éventuelle initiative centralisatrice. Se corse alors la distinction entre asymétrie *de jure* et asymétrie *de facto*. Alors que pour bien des auteurs, l'asymétrie constitutionnelle est une asymétrie *de jure*, pour Watts, il est possible qu'une asymétrie constitutionnelle soit une asymétrie *de facto*, lorsqu'il s'agit de mécanismes laissant le libre choix aux entités fédérées entre une adhésion volontaire ou un retrait<sup>110</sup>. Cette distinction de Watts recoupe le point de vue de Gordon Gibson. Ce dernier considère que l'on ne peut pas parler d'asymétrie constitutionnelle si les entités fédérées possèdent les mêmes possibilités, et que l'asymétrie résulte d'un choix différencié de ces entités<sup>111</sup>. Enfin, pour Réjean Pelletier, l'asymétrie constitutionnelle réfère à une asymétrie qui est inscrite dans la Constitution du Canada et qui consiste en l'absence d'uniformité dans les pouvoirs des entités fédérées<sup>112</sup>.

L'asymétrie institutionnelle, quant à elle, se traduit dans la différence de représentation des provinces au sein des institutions politiques centrales. En contexte canadien, on réfère aux institutions que sont le Sénat ainsi que la Cour suprême<sup>113</sup>. Toutefois, notons qu'une asymétrie institutionnelle peut simultanément se qualifier d'asymétrie constitutionnelle.

---

<sup>109</sup> R. L. WATTS, préc., note 1, p. 68.

<sup>110</sup> *Id.*, p. 69.

<sup>111</sup> Gordon GIBSON, « Some asymmetries are more legitimate than others and subsidiarity solves most things anyway », dans Harvey LAZAR (dir.), *Asymmetry Series*, n°3, Kingston, Institut des relations intergouvernementales, Université Queen's, 2005, à la p. 3.

<sup>112</sup> R. PELLETIER, préc., note 82, à la p. 38.

<sup>113</sup> K. MCROBERTS, préc., note 86, par. 24-26.

Finalement, pour certains auteurs, dont Linda Cardinal, l'asymétrie administrative est une variante de l'asymétrie *de jure*. Elle vise les ententes administratives qui sont conclues entre les provinces et l'autorité fédérale<sup>114</sup>. Tant en théorie et qu'en pratique, les ententes administratives ont un caractère juridique puisqu'il s'agit de contrats administratifs<sup>115</sup>. Toutefois, d'autres soutiennent qu'elles traduisent non pas une asymétrie *de jure*, mais plutôt une asymétrie *de facto*<sup>116</sup> en raison du fait que l'asymétrie administrative est offerte à toutes les entités fédérées. À titre d'exemple, ce sont les demandes du gouvernement du Québec pour plus d'autonomie qui ont donné lieu à certaines ententes intergouvernementales. D'autres provinces auraient également pu conclure de telles ententes, mais elles ont choisi de ne pas le faire<sup>117</sup>.

### 1.3. La définition du concept d'asymétrie retenue dans le cadre du mémoire

Le tour d'horizon des diverses définitions de l'asymétrie, du fédéralisme asymétrique ainsi que de la classification des types d'asymétries a eu pour but de démontrer qu'il n'existe pas de consensus doctrinal à ce sujet. L'asymétrie, selon la conception que l'on s'en fait, a donc le potentiel de viser presque toutes les distinctions qui existent entre les provinces. Elle a également le potentiel de ne viser que quelques situations très spécifiques, qui n'existent peut-être même pas à l'heure actuelle en contexte canadien. Ainsi, l'asymétrie peut à la fois tout, ou ne rien dire.

Lorsqu'il est question, dans le présent mémoire, d'asymétries constitutionnelles, nous renvoyons simplement au fait que les asymétries dont il est question ont une assise constitutionnelle<sup>118</sup>. En ce sens, les asymétries dont il sera question seront des asymétries *de jure*, dans la mesure où elles s'inscrivent dans une norme juridique. Alors que la classification que l'on retrouve dans la doctrine s'attelle à établir une typologie générale des types d'asymétries, nous cherchons plutôt à établir une classification à l'intérieur d'une des grandes catégories d'asymétries qui découle de cette typologie, à savoir l'asymétrie constitutionnelle. C'est à l'intérieur de cette catégorie que nous distinguerons les asymétries s'inscrivant dans les institutions centrales de celles concernant l'étendue du pouvoir législatif. Finalement, bien que nous nous penchions sur la question des

---

<sup>114</sup> L. CARDINAL, préc., note 18, à la p. 19.

<sup>115</sup> R. PELLETIER, préc., note 82, à la p. 38.

<sup>116</sup> F. ROCHER et P. COUSINEAU-MORIN, préc., note 75, à la p. 283.

<sup>117</sup> André LECOURS, « Speaking of asymmetry: Canada and the “Belgian model” », dans Harvey LAZAR (dir.), *Asymmetry Series*, n°7, Kingston, Institut des relations intergouvernementales, Université Queen's, 2005, à la p. 2.

<sup>118</sup> K. MCROBERTS, préc., note 86, par. 4.

répercussions de l'asymétrie constitutionnelle sur la ou les provinces concernées, ce que certains qualifient d'asymétrie positive ou négative, nous ne sommes pas d'avis que la première entraîne inévitablement une dynamique de décentralisation, et la seconde, de centralisation. Nous verrons que certaines asymétries imposent des limites aux pouvoirs législatifs de quelques provinces, sans pour autant que ce pouvoir puisse être exercé par le Parlement central<sup>119</sup>.

## **2. L'asymétrie, la conception classique du fédéralisme et l'influence du modèle américain**

Alexis de Tocqueville, dans son ouvrage classique sur le fédéralisme, *De la démocratie en Amérique*<sup>120</sup>, décrit la Constitution des États-Unis comme la plus parfaite de toutes les constitutions fédérales connues<sup>121</sup>. Le fait que la Constitution américaine y soit ainsi qualifiée n'est pas sans impact normatif. En effet, cette dernière est fréquemment présentée dans les études sur le fédéralisme comme le modèle de référence. D'ailleurs, les États-Unis figurent parmi les modèles les plus anciens et les plus connus de fédéralisme. Il est donc logique que la grande majorité des pays ayant subséquentement emprunté cette forme se soient basés sur l'exemple américain afin d'élaborer leur propre structure fédérale<sup>122</sup>.

On retrouve, dans l'œuvre de Tocqueville, l'idée que le régime fédéral n'est pas à la portée de tous les peuples<sup>123</sup>. Parmi les obstacles à la création d'une fédération figure la présence d'intérêts et de droits qui diffèrent, desquels découlerait une diversité inconciliable<sup>124</sup>. Une fédération ne répondant pas à certaines conditions d'union permettant la vie commune ne pourra donc pas perdurer<sup>125</sup>. C'est ce que Tocqueville désigne comme les liens intellectuels de l'association<sup>126</sup>. En contexte américain, ce qui a facilité l'avènement d'un gouvernement fédéral selon Tocqueville est le fait que les Treize colonies possédaient la même origine, la même langue, la même religion, les mêmes mœurs,

---

<sup>119</sup> *Infra*, chapitre 3, section 2 : « Des exigences de bilinguisme parlementaire, législatif et judiciaire ».

<sup>120</sup> A. de TOCQUEVILLE, préc., note 2.

<sup>121</sup> *Id.*, p. 254.

<sup>122</sup> R. L. WATTS, préc., note 1, p. 24.

<sup>123</sup> A. de TOCQUEVILLE, préc., note 2, p. 253.

<sup>124</sup> *Id.*, p. 191.

<sup>125</sup> *Id.*, p. 257.

<sup>126</sup> *Id.*, p. 257-258.

sensiblement les mêmes lois et une population dont les besoins étaient homogènes<sup>127</sup>. En somme, malgré quelques différences, rien ne fondait qu'elles aient des intérêts fortement opposés les unes aux autres<sup>128</sup>.

À l'origine, le fédéralisme américain n'a pas été conçu pour être asymétrique. Les États fédérés sont tous liés de la même manière au pouvoir central<sup>129</sup>. Chaque État américain est entré dans la fédération sur un pied d'égalité parfait<sup>130</sup>. De ce fait, la littérature sur le fédéralisme a traditionnellement supposé que la symétrie était la norme dans les fédérations<sup>131</sup>. De plus, Alexis de Tocqueville, en tant que l'un des principaux théoriciens du fédéralisme, a envisagé les États-Unis comme étant composés d'une seule nation<sup>132</sup>. Les entités fédérées ne représentent pas des peuples, mais forment plutôt des corps politiques<sup>133</sup>. Bien que le fédéralisme dans la conception de Tocqueville permette de tenir compte de la diversité des mœurs des régions<sup>134</sup>, il ne l'a pas appréhendé comme un mode de gestion de la diversité culturelle<sup>135</sup>. C'est en partie ce qui pourrait expliquer qu'il indique en 1835 que les conditions de formation d'une fédération ne sont pas remplies au Canada, puisque la population y est divisée entre deux nations ennemies<sup>136</sup>. Une trentaine d'années plus tard, l'histoire lui donnera tort par la création de la fédération canadienne, où cette forme étatique fut adoptée non pas en dépit d'une diversité, mais plutôt pour la protéger<sup>137</sup>.

---

<sup>127</sup> *Id.*, p. 181-182 et 258.

<sup>128</sup> *Id.*, p. 191-192.

<sup>129</sup> L. CARDINAL, préc., note 18, à la p. 20.

<sup>130</sup> A. de TOCQUEVILLE, préc., note 2, p. 189.

<sup>131</sup> R. L. WATTS, préc., note 52, à la p. 1.

<sup>132</sup> Jean LECLAIR, « Vive Le Québec Libre! - Liberté(s) et fédéralisme », (2010) 3 *R.Q.D.C.* 23, p. 10.

<sup>133</sup> A. de TOCQUEVILLE, préc., note 2, p. 219-220.

<sup>134</sup> *Id.*, p. 249.

<sup>135</sup> J. LECLAIR, préc., note 132, p. 10.

<sup>136</sup> A. de TOCQUEVILLE, préc., note 2, p. 261.

<sup>137</sup> Bruce RYDER, « The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism: Promoting Autonomy for the Provinces and First Nations », (1990) 36-2 *R.D. McGill* 308, n° 129, à la p. 340 ; L'avènement de la Confédération canadienne et l'union des colonies britanniques s'explique par des facteurs politiques et économiques : (I) la création d'un État fort face à la puissance américaine ainsi que (II) le désir de créer une économie intégrée et un système de transport dans la moitié supérieure de l'Amérique du Nord, de la coloniser, de la développer et de la contrôler. Toutefois, comme l'indique le professeur David Cameron, « [t]hese were reasons to form a new, larger political association, but they were not, in themselves, reasons for federalism » : David CAMERON, « Quebec and the Canadian Federation », dans Herman BAKVIS et Grace SKOGSTAD (dir.), *Canadian Federalism : Performance, Effectiveness, and Legitimacy*, 4<sup>e</sup> éd., Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 2020, p. 59, à la p. 62 ; La forme fédérale, plutôt qu'unitaire, tient pour beaucoup à l'insistance des représentants du Bas-Canada, qui y voyaient une manière de devenir majoritaire dans l'une des entités fédérées, ce qui leur assurerait le contrôle démocratique de cette nouvelle province : J. WOEHLING, préc., note 24, à la p. 20 ; À cet effet, les propos de John A. MacDonald lors des débats préconfédératifs sont éloquentes : « J'ai déclaré maintes et maintes fois que si nous pouvions avoir un gouvernement et un parlement

La formule fédérative servira à unir des populations différentes quant à leur origine, à leur langue et à leur culture, cherchant les avantages de l'appartenance à un ensemble politique plus grand<sup>138</sup>.

La conception doctrinale majoritaire veut que tous les gouvernements qui ont été ou qui sont qualifiés de fédéraux furent organisés sur une base territoriale<sup>139</sup>. Le fédéralisme territorial ne reconnaît qu'une seule communauté politique nationale. Dans cette acception, la forme fédérale n'est pas adoptée pour répondre à un désir d'autonomie provenant de minorités nationales, mais plutôt parce qu'il fournit un moyen par lequel une seule communauté nationale peut diviser et répartir le pouvoir<sup>140</sup>. Ainsi, chaque entité fédérée est traitée de la même manière et dispose des mêmes compétences législatives. Le fédéralisme territorial est donc souvent accompagné du principe de l'égalité des États fédérés et du concept de symétrie constitutionnelle<sup>141</sup>. La déclinaison territoriale représente la forme classique du fédéralisme et est celle qu'ont adoptée les États-Unis<sup>142</sup>.

Il existe cependant d'autres déclinaisons du fédéralisme, dont le fédéralisme multinational. Il caractérise un État où le partage du pouvoir s'exerce entre plusieurs nations, ou encore entre une nation et une minorité nationale<sup>143</sup>. L'idée qu'un État puisse comporter plus d'une nation se heurte

---

pour toutes les provinces, nous aurions eu le gouvernement le meilleur, le moins dispendieux, le plus vigoureux et le plus fort. [...] Mais en considérant ce sujet et en le discutant, comme nous l'avons fait dans la conférence avec le désir d'en venir à une solution satisfaisante, j'ai trouvé que ce système était impraticable. Et d'abord, il ne saurait rencontrer l'assentiment du peuple du Bas-Canada, qui sent que, dans la position particulière où il se trouve comme minorité, parlant un langage différent, et professant une foi différente de la majorité du peuple sous la confédération, ses institutions, ses lois, ses associations nationales, qu'il estime hautement, pourraient avoir eu à souffrir. C'est pourquoi il a été compris que toute proposition qui impliquerait l'absorption de l'individualité du Bas-Canada ne serait pas reçue avec faveur par le peuple de cette section. » : CANADA, LÉGISLATURE, *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique Britannique du Nord*, (1865), 3<sup>e</sup> sess., 8<sup>e</sup> parlement provincial du Canada, p. 80 (ci-après « Débats de 1865 ») ; Les provinces des Maritimes ont également voulu préserver leurs particularités : Janet AJZENSTAT, Ian GENTLES, Paul ROMNEY et William D. GAIRDNER, *Canada's Founding Debates*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 2003, p. 279.

<sup>138</sup> R. PELLETIER, préc., note 82, à la p. 36.

<sup>139</sup> Daniel HALBERSTAM, « Federalism: A Critical Guide », (2011) 251 *U of Michigan Public Law Working Paper* 1, p. 7.

<sup>140</sup> Will KYMLICKA, *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 100.

<sup>141</sup> Félix MATHIEU, *Les nations fragiles : trajectoires sociopolitiques comparées*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté de science politique et de droit, Université du Québec à Montréal, 2020, p. 106, en ligne : <<https://archipel.uqam.ca/13859/>>.

<sup>142</sup> Linda CARDINAL, « Fédéralisme et langue - L'incidence du fédéralisme d'ouverture sur les régimes linguistiques canadien et québécois », dans Michel SEYMOUR et Guy LAFOREST (dir.), *Le fédéralisme multinational : un modèle viable ?*, Bruxelles, Peter Lang, 2011, p. 247, à la p. 253.

<sup>143</sup> L. CARDINAL, préc., note 18, à la p. 9.

aux enseignements classiques de la théorie de l'État, même fédéral, selon lesquels la nation et l'État ne font qu'un<sup>144</sup>. Cette déclinaison du fédéralisme implique une reconnaissance politique et constitutionnelle des nations, et est souvent accompagnée d'un découpage territorial permettant à une minorité nationale de constituer la majorité dans l'une des entités fédérées<sup>145</sup>. Le concept de fédéralisme multinational vient la plupart du temps de pair avec celui de l'asymétrie constitutionnelle, présentée comme une manière de gérer les défis de la diversité<sup>146</sup>.

Bien que les fédéralismes territorial et multinational semblent entrer en contradiction, il n'est pas impossible qu'ils coexistent au sein d'un même pays<sup>147</sup>. À ce titre, il existe au Canada une forte tension entre le fédéralisme territorial et le fédéralisme multinational, bien que l'État opère principalement sur la base du premier<sup>148</sup>. Il n'existe pas un modèle unique et idéal de fédération. On observe des variations, à l'échelle mondiale, entre la manière dont les fédérations opèrent le partage des compétences, entre la manière dont elles centralisent ou décentralisent le pouvoir et entre la manière dont interagissent les divers ordres de gouvernements. On observe également que dans certaines fédérations, les compétences sont attribuées aux entités fédérées de manière symétrique, alors que dans d'autres, afin de tenir compte de circonstances particulières et des différences des entités, elles le sont de manière asymétrique<sup>149</sup>. Malgré le fait que la théorie classique du fédéralisme perçoive la présence d'asymétries comme une anomalie, ce type d'arrangements peut donc se trouver dans la Constitution d'un pays.

---

<sup>144</sup> Hugues DUMONT et Mathias EL BERHOUMI, « L'État fédéral plurinational : tentative de définition juridique », dans *Les visages de l'État - Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 363, à la p. 369.

<sup>145</sup> Dave GUÉNETTE, *L'exercice de la fonction constituante dans les sociétés fragmentées : contribution à l'étude des procédures de révision constitutionnelle de la Belgique, du Canada et de la Suisse à travers le prisme du fédéralisme consociatif*, thèse de doctorat, Québec, Faculté de droit, Université Laval et Université catholique de Louvain, 2020, p. 19.

<sup>146</sup> P. POPELIER et M. SAHADŽIĆ, préc., note 8, à la p. 2.

<sup>147</sup> L. CARDINAL, préc., note 142, à la p. 253.

<sup>148</sup> L. CARDINAL, préc., note 18, à la p. 9.

<sup>149</sup> Ronald L. WATTS, « Comparative conclusions », dans Akhtar MAJEED et Douglas BROWN (dir.), *Distribution of powers and responsibilities in federal countries*, Montréal, Presses universitaires McGill-Queen's, 2005, p. 322, à la p. 322.

### 3. Des fondements normatifs de l'asymétrie

#### 3.1. Les origines et la légitimité des asymétries

L'asymétrie découlerait la plupart du temps de revendications provenant de mouvements politiques internes<sup>150</sup>. Par ailleurs, bien que l'asymétrie constitutionnelle entre entités fédérées introduise un niveau de complexité additionnel dans le fonctionnement d'une fédération, elle est parfois considérée, au Canada, comme la seule façon de tenir compte des diverses pressions en faveur de l'autonomie de certaines régions<sup>151</sup>. Lorsque ces pressions pour la reconnaissance d'une autonomie ne sont pas suffisamment prises en compte, cela peut entraîner la création d'un mouvement souverainiste, comme ce fut le cas au Québec<sup>152</sup>. En ce sens, l'asymétrie se présente comme une solution médiane entre le *statu quo* et l'indépendance, permettant de satisfaire les revendications diverses des communautés culturelles que l'on retrouve au sein d'une fédération, de reconnaître cette diversité et d'aménager des politiques plus respectueuses de celle-ci<sup>153</sup>.

Le Canada est né d'un double phénomène : la désagrégation de l'union législative de la Province du Canada, pour créer l'Ontario et le Québec, et l'agrégation d'anciennes colonies<sup>154</sup>. Lorsqu'une fédération se forme par agrégation, les représentants des unités constitutives en devenir négocient la création du nouvel État fédéral<sup>155</sup>. Pour Gordon Gibson, l'asymétrie entre les partenaires de la fédération est légitime lorsqu'elle résulte de compromis ou d'accords explicites entre ceux-ci. Ce sont des différences entre les entités fédérées qui ont été négociées à la naissance du Canada, et qui constituent dès lors le prix à payer pour mener à terme le projet de création du Dominion<sup>156</sup>. La légitimité des arrangements asymétriques découle du fait qu'ils permettent une expression libre et

---

<sup>150</sup> L. CARDINAL et B. KOSTADINOV, préc., note 89, p. 729.

<sup>151</sup> R. L. WATTS, préc., note 1, p. 70.

<sup>152</sup> Eugénie BROUILLET, « Le fédéralisme canadien d'hier à aujourd'hui : quelle reconnaissance de la nation québécoise ? », (2010) 7 *Iura Vasconiae* 407, p. 418.

<sup>153</sup> Marie-Ève HUDON, *Le fédéralisme asymétrique et les communautés francophones en situation minoritaire au Canada*, PRB 04-14F, Les études générales modulaires, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, direction de la recherche parlementaire, 2004, p. 17, en ligne : < <https://publications.gc.ca/site/fra/9.592504/publication.html> >.

<sup>154</sup> Jean LECLAIR, « Pierre Elliott Trudeau : une pensée fédérale marquée au fer de l'antinationalisme », dans Noura KARAZIVAN et Jean LECLAIR (dir.), *L'héritage politique et constitutionnel de Pierre Elliott Trudeau*, Toronto, LexisNexis, 2020, p. 37, aux p. 62-63.

<sup>155</sup> Jörg BROSCHEK, « Self-Rule vs. Shared Rule: Canada as a Case of Comparative Federalism », dans Herman BAKVIS et Grace SKOGSTAD (dir.), *Canadian Federalism: Performance, Effectiveness, and Legitimacy*, 4<sup>e</sup> éd., Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 2020, p. 31, à la p. 36.

<sup>156</sup> G. GIBSON, préc., note 111, à la p. 3.

juste des identités politiques nationales, tout en devant faire l'objet de négociations pour être acceptés par les autres partenaires de la fédération<sup>157</sup>.

Les arrangements asymétriques ont normalement une raison d'être ainsi qu'une justification profonde desquelles découle leur légitimité. Ils ne sont donc pas, tel que l'indique Benoît Pelletier, le fruit du hasard<sup>158</sup>. On compte parmi ces justifications profondes des revendications divergentes en matière d'autonomie régionale, des clivages linguistiques, religieux ou ethniques, ou encore d'importantes variations en termes de situation économique, géographique ou démographique<sup>159</sup>.

### 3.2. La présence de plus d'une nation au sein de la fédération

#### 3.2.1. *Le concept de minorité nationale*

Will Kymlicka donne la définition suivante de ce qu'il appelle une minorité nationale : (I) un groupe partageant une langue commune, (II) actuellement minoritaire au sein de la fédération, (III) qui s'autogouvernait avant l'avènement de celle-ci et (IV) qui se gouverne toujours à l'heure actuelle<sup>160</sup>. La nation québécoise correspond à cette définition<sup>161</sup>. Enfin, tel que l'indique l'historien Paul Romney, la forme fédérale de l'État canadien a permis la préservation de cette nation :

« Lower (i.e., French) Canadians are a nationality because [...] the treaty of union underpins a federal system, under which they are effectively self-governing. Under representation by population they would "cease to be a nationality" because their reduction to minority status within a purely unitary system would destroy the conditions that make them self-governing. »<sup>162</sup>

---

<sup>157</sup> F. ROCHER et P. COUSINEAU-MORIN, préc., note 75, à la p. 278.

<sup>158</sup> Benoît PELLETIER, « Le fédéralisme asymétrique : une formule gagnante pour tous ! », dans Harvey LAZAR (dir.), *Asymmetry Series*, n°15b, Kingston, Institut des relations intergouvernementales, Université Queen's, 2005, à la p. 5.

<sup>159</sup> R. L. WATTS, préc., note 149, à la p. 11.

<sup>160</sup> Will KYMLICKA, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1996. La définition de Kymlicka est classique. Si d'autres emploient plutôt le vocable de *nation minoritaire* ou *intérieure*, ils renvoient somme toute au même concept. Voir à titre d'exemple : Dave GUÉNETTE et Félix MATHIEU, « Le Québec face à la vision Trudeau - La question des nations minoritaires et de leur fragilité », dans Noura KARAZIVAN et Jean LECLAIR (dir.), *L'héritage politique et constitutionnel de Pierre Elliott Trudeau*, Toronto, LexisNexis, 2020, p. 213, à la p. 221 ; Andrew GIBSON, « Aspects culturels de la "reconnaissance" et de l'expérience canadienne-française », (2013) 3 *Minorités linguistiques et société* 106, p. 108.

<sup>161</sup> W. KYMLICKA, préc., note 160, p. 12.

<sup>162</sup> J. AJZENSTAT *et al.*, préc., note 137, p. 279.

### 3.2.2. *La théorie du pacte entre peuples fondateurs*

La théorie du pacte renvoie à l'idée que l'autorité politique d'un État fédéral donné découle d'un accord entre ses composantes. Il présuppose que la fédération est le fruit d'une coalition d'entités ou de groupes politiques dont l'existence a précédé celle de l'État fédéral. Tel que l'indique le professeur Sébastien Grammond, cette théorie peut servir à donner une légitimité à la constitution d'un pays et avoir un sens normatif :

« the theory provides a strong justification for requiring all parties to the original compact to comply with its basic terms. Those terms may include, in particular, the principle of federalism; the continuing existence of the political units that entered into the compact; a procedure for amending the initial compact; and the protection of minorities. »<sup>163</sup>

Lorsqu'employée à titre de méthode de raisonnement juridique, la théorie du pacte implique la prise en compte non seulement du texte de la constitution, mais également du contexte historique ayant mené à son adoption<sup>164</sup>. De ce fait, à la différence du principe fédéral, qui cherche à tirer un contenu normatif de l'idée abstraite du fédéralisme, la théorie du pacte tire un contenu normatif de l'expérience historique de l'État et des engagements qui ont été pris par ses parties constitutives<sup>165</sup>.

Il existe toutefois, en contexte canadien, deux conceptions de ce pacte ayant des impacts normatifs différents. La première soutient que les parties au pacte sont les provinces canadiennes<sup>166</sup>. La deuxième conception est dualiste, et veut que les parties au pacte soient deux groupes linguistiques, francophone et anglophone, ou deux nations, française et britannique<sup>167</sup>. La difficulté résulte ainsi dans l'identification des parties<sup>168</sup>. Cette question n'est pas résolue, mais maintenir le caractère ambigu du pacte fédéral permettrait de faire cohabiter les deux visions opposées du Canada<sup>169</sup>. En effet, tel que le souligne Jeremy Webber, le fédéralisme sert entre autres à accommoder des visions multiples de l'identité politique<sup>170</sup>. C'est à tort qu'on s'attendrait à un niveau de consensus élevé

---

<sup>163</sup> Sébastien GRAMMOND, « Compact is Back: The Supreme Court of Canada's Revival of the Compact Theory of Confederation », (2015) 53-3 *Osgoode Hall L. J.* 799, p. 801-802.

<sup>164</sup> *Id.*, p. 804-805.

<sup>165</sup> *Id.*, p. 808.

<sup>166</sup> *Id.*, p. 804.

<sup>167</sup> *Id.*, p. 816.

<sup>168</sup> *Id.*, p. 815.

<sup>169</sup> Dominique LEYDET, « Changement constitutionnel informel et légitimité », dans Michel SEYMOUR et Guy LAFOREST (dir.), *Le fédéralisme multinational : un modèle viable ?*, Bruxelles, Peter Lang, 2011, p. 115, à la p. 126.

<sup>170</sup> Jeremy WEBBER, « Federalism's radical potential », (2020) 18-4 *Int J Constitutional Law* 1324, p. 1333.

sur la question des raisons d'être de l'État fédéral<sup>171</sup>. Les fondements idéologiques du fédéralisme sont contestés au Canada, puisque les deux compréhensions du pacte impliquent un rôle différent des provinces<sup>172</sup>. Enfin, le politologue Peter Russell indique que la théorie du pacte est un mythe au sens où « its validity depends not on its historical accuracy, but on its capacity to serve as a set of beliefs and notions that men hold, that they live by or live for. »<sup>173</sup>

Même si la théorie du pacte a été fortement critiquée<sup>174</sup>, elle demeure populaire au Québec<sup>175</sup> et imprègne la littérature<sup>176</sup>. À titre d'exemple, le *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels* met de l'avant l'idée que la Constitution vise en grande partie à préserver et à promouvoir la dualité canadienne<sup>177</sup>. Contrairement à la conception du pacte entre provinces, la conception de pacte entre deux cultures ne favoriserait aucune province autre que le Québec, puisqu'il représente le foyer de la nation francophone<sup>178</sup>. Pour le professeur F. R. Scott, le rapport de la Commission ne représenterait peut-être pas ce qu'est le fédéralisme canadien, mais plutôt ce qu'il devrait être pour un pan de la population<sup>179</sup> afin qu'il maintienne sa légitimité<sup>180</sup>.

---

<sup>171</sup> *Id.*, p. 1343.

<sup>172</sup> J. BROSCHEK, préc., note 155, à la p. 43.

<sup>173</sup> Peter H. RUSSELL, *Constitutional Odyssey : Can Canadians Become a Sovereign People ?*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 2004, p. 48-49 : « From a strictly legal point of view, the founding colonies in 1867, as colonies, did not have sovereign powers to retain. They did not formally sign or give legal authority to the Constitution. Further, given the elitist quality of the process and the failure, indeed the disinclination, to seek a clear popular mandate for the Confederation deal, it is a total fabrication to maintain that the peoples of the founding provinces had covenanted together to produce the Canadian federal union. This fabrication flies in the face of the top-down process whereby new provinces were added – especially the two provinces carved out of the North-West Territories in 1905. As Arthur Lower observed, “there was not the slightest vestige of a 'compact' in the Acts of Parliament that created the provinces of Alberta and Saskatchewan in 1905”. »

<sup>174</sup> Le texte phare en la matière est celui de Norman McL. ROGERS, « The Compact Theory of Confederation », (1931) 9-6 *R. du B. can.* 395. Ce dernier déconstruit l'idée que la Confédération puisse être fondée sur un pacte.

<sup>175</sup> S. GRAMMOND, préc., note 163, p. 809.

<sup>176</sup> Voir à titre d'exemple Alain-G. GAGNON et Paul MAY, « Les fédéralistes, les autonomistes et les souverainistes au Québec - Visions plurielles et enjeux nationaux », dans Robert LALIBERTÉ et Louise BEAUDOIN (dir.), *À la rencontre d'un Québec qui bouge : Introduction générale au Québec*, Paris, Éditions du CTHS, 2009, p. 121, à la p. 121 ; J. WOEHLING, préc., note 24, à la p. 24.

<sup>177</sup> COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LES PROBLÈMES CONSTITUTIONNELS, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels*, vol. 1, Québec, Gouvernement du Québec, 1956, p. 18-21.

<sup>178</sup> D. MILNE, préc., note 44, à la p. 7.

<sup>179</sup> F. R. SCOTT, « Our Changing Constitution », dans William Ralph LEDERMAN (dir.), *The Courts and the Canadian Constitution*, Toronto, McClelland and Stewart Limited, 1964, p. 19, aux p. 23-24.

<sup>180</sup> Herman BAKVIS et Grace SKOGSTAD, *Canadian federalism: performance, effectiveness, and legitimacy*, 2<sup>e</sup> éd., Don Mills, Oxford University Press, 2008, p. 24-25.

### 3.2.3. *Les concepts de fédération multinationale et plurinationale*

Les concepts de fédération multinationale ou plurinationale sont fréquemment employés dans la littérature de science politique comme renvoyant au même concept, soit un État hébergeant en son sein plus d'une communauté nationale<sup>181</sup>. Il existerait des États multinationaux *de facto*, où la fédération serait composée de plus d'un peuple, sans que cela se reflète dans les institutions ou dans la constitution, et ceux qui le sont *de jure*<sup>182</sup>.

Les professeurs Dumont et El Berhoumi emploient le vocable d'État plurinational pour renvoyer à l'État qui englobe plusieurs collectivités prétendant former des nations distinctes et qui a adopté la forme fédérale en vue d'accorder à ces collectivités une autonomie politique et législative<sup>183</sup>. En ce sens, le pluralisme n'est pas qu'une caractéristique sociologique, mais est plutôt juridiquement fondateur de l'État fédéral<sup>184</sup>. Il importe toutefois de noter qu'un auteur a donné une définition différente au concept d'État plurinational, qu'il distingue de l'État multinational. Robert Schertzer avance, dans sa thèse de doctorat, l'idée que le Canada est un État plurinational. Or, ce qu'il entend par ce qualificatif est le fait qu'au sein de l'État, le concept même de nationalité est contesté<sup>185</sup>. Ainsi, le Canada serait plurinational non pas parce qu'il répond à la définition donnée par Dumont et El Berhoumi, mais plutôt parce qu'une partie de la population adhère à la conception selon laquelle l'État est mononational, et une autre frange adhère plutôt à l'idée qu'il est multinational<sup>186</sup>.

### 3.2.4. *Le lien entre l'asymétrie, le concept de minorité nationale, la théorie du pacte et la reconnaissance du caractère multinational de l'État*

Plusieurs auteurs relient la question de l'asymétrie avec celle du fédéralisme multinational ou plurinational<sup>187</sup>. L'asymétrie deviendrait une traduction concrète du principe selon lequel une

---

<sup>181</sup> F. MATHIEU, préc., note 141, p. 4.

<sup>182</sup> Michel SEYMOUR et Guy LAFOREST, « Introduction : Le fédéralisme multinational en question - Problèmes et perspectives », dans Michel SEYMOUR et Guy LAFOREST (dir.), *Le fédéralisme multinational : un modèle viable ?*, Bruxelles, Peter Lang, 2011, p. 9, à la p. 10.

<sup>183</sup> H. DUMONT et M. EL BERHOUMI, préc., note 144, à la p. 386.

<sup>184</sup> *Id.*, n° 35, à la p. 369.

<sup>185</sup> Robert SCHERTZER, *The Judicial Role in a Diverse Federation - Lessons from the Supreme Court of Canada*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 2016, p. 64.

<sup>186</sup> *Id.*, p. 280.

<sup>187</sup> P. POPELIER et M. SAHADŽIĆ, préc., note 8, à la p. 2.

fédération donnée comporte plus d'une nation interne<sup>188</sup>. Alors que la théorie du pacte perçue comme un accord entre provinces égales suppose la symétrie, sa conception comme l'association de deux nations sert de fondement normatif à des arrangements asymétriques<sup>189</sup>. Par ailleurs, puisque la théorie du pacte suppose, en tant que théorie d'interprétation constitutionnelle, la prise en compte du contexte historique et de l'intention des unités constituantes de l'État, cela peut contribuer à la protection des minorités nationales :

« [...] whatever may be said against originalism in other contexts, it is much more attractive where a constitution embodies an agreement between a majority and a minority defining the rights of the minority and the terms of its inclusion in a wider polity. In those cases, a dynamic method of interpretation that totally dismisses the relevance of original intent or meaning risks whittling down the protections given to the minority [...]. »<sup>190</sup>

Enfin, l'asymétrie constitutionnelle a pour vocation d'habiliter politiquement les *demoi* constitutifs de l'association politique de sorte qu'ils possèdent les compétences nécessaires à leur autodétermination et à leur autonomie gouvernementale<sup>191</sup>, ce qui peut être atteint par la création d'un statut spécial<sup>192</sup>. L'État canadien compte dix provinces, dont une seule concorde avec la définition de ce qu'est une minorité nationale<sup>193</sup>. Dans ce contexte, l'asymétrie servirait à traiter le Québec de façon distincte des autres provinces, en lui octroyant une autonomie élargie et des garanties institutionnelles particulières<sup>194</sup>. Dans les mots de Will Kymlicka, « [s]elon une conception multinationale du fédéralisme, rien n'autorise à penser que toutes les provinces doivent obtenir les mêmes pouvoirs et la même forme de reconnaissance ; car les unités fondées sur la nationalité et les unités fondées sur la région servent des fonctions fort différentes. »<sup>195</sup> De ce fait, « il est presque inévitable que les unités fondées sur la nationalité cherchent des pouvoirs différents et plus étendus que ceux des unités fondées sur la région »<sup>196</sup>, ce qui engendrera des demandes pour une forme de fédéralisme asymétrique.

---

<sup>188</sup> F. ROCHER et P. COUSINEAU-MORIN, préc., note 75, à la p. 276.

<sup>189</sup> J. BROSCHEK, préc., note 155, à la p. 43.

<sup>190</sup> S. GRAMMOND, préc., note 163, p. 822.

<sup>191</sup> F. MATHIEU, préc., note 141, p. 307.

<sup>192</sup> M. SEYMOUR et G. LAFOREST, préc., note 182, à la p. 18.

<sup>193</sup> Will KYMLICKA, « Le fédéralisme multinational au Canada : un partenariat à repenser », dans Guy LAFOREST et Roger GIBBINS (dir.), *Sortir de l'impasse - Les voies de la réconciliation*, Montréal, Institut de recherche en politiques publiques, 1998, p. 15, à la p. 25.

<sup>194</sup> H. DUMONT et M. EL BERHOUMI, préc., note 144, à la p. 376.

<sup>195</sup> W. KYMLICKA, préc., note 193, à la p. 25.

<sup>196</sup> *Id.*

### 3.3. Le principe communautaire

Le principe communautaire vise la préservation des traits des communautés, de leur existence politique distincte, de leur continuité historique et de la promotion de leurs cultures<sup>197</sup>. On considère, de manière générale, que les unités politiques plus petites, en raison de leur proximité avec le citoyen, sont plus sensibles aux liens linguistiques, culturels, religieux, aux traditions historiques et aux pratiques sociales de leur population<sup>198</sup>. Elles peuvent exprimer les spécificités locales<sup>199</sup> lorsqu'elles édictent des lois dans les champs de compétences qui leur sont attribuées<sup>200</sup>. Le principe communautaire vise ainsi à maintenir l'unité de la fédération, tout en respectant la diversité de ses composantes<sup>201</sup>. Pour le politologue Alain-G. Gagnon, l'asymétrie permet la protection des traits distinctifs des communautés culturelles minoritaires :

« Social life necessitates the nourishing of the culture of a political community, which should be protected and promoted by the state to ensure its long-term continuation. Espousing this view, it is inevitable that one should desire, as well as demand, that a government in assuming leadership on behalf of a political community be vested with the powers necessary to implement corresponding policy measures. »<sup>202</sup>

En contexte canadien, certains considéreront que la communauté politique primaire est pancanadienne. Pour d'autres, elle est provinciale<sup>203</sup>. C'est ce qui fait dire au politologue Richard Simeon que la première question à se poser lorsque l'on parle de communauté est d'identifier de laquelle il s'agit, puisque cela teinte le reste de l'analyse. Tel que l'explique Jeremy Webber, « [c]onstitutional asymmetry is [...] one way of responding to the varying perceptions of political community in Canada »<sup>204</sup>. Elle permet de tenir compte du fait que les citoyens de certaines provinces peuvent avoir un attachement plus grand envers la communauté politique provinciale qu'envers la communauté pancanadienne<sup>205</sup>.

---

<sup>197</sup> F. ROCHER et P. COUSINEAU-MORIN, préc., note 75, à la p. 277.

<sup>198</sup> Ronald L. WATTS, « The Contemporary Relevance of the Federal Idea », (1995) 1995 *St. Louis-Warsaw Transatlantic L.J.* 109, p. 109.

<sup>199</sup> *Id.*, p. 110.

<sup>200</sup> B. PELLETIER, préc., note 5, à la p. 427.

<sup>201</sup> A.-G. GAGNON et J.-D. GARON, préc., note 55, à la p. 90.

<sup>202</sup> Alain-G. GAGNON, « The moral foundations of asymmetrical federalism: a normative exploration of the case of Quebec and Canada », dans Alain-G. GAGNON et James TULLY (dir.), *Multinational Democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 319, à la p. 325.

<sup>203</sup> Richard E. SIMEON, « Criteria for Choice in Federal Systems », (1982) 8-1-2 *Queen's L.J.* 131, p. 137-138.

<sup>204</sup> J. H. A. WEBBER, préc., note 87, p. 230-231.

<sup>205</sup> *Id.*, p. 231.

En soi, le fédéralisme, qu'il comporte des éléments d'asymétrie ou non, permet d'ores et déjà de promouvoir la diversité. Toutefois, cette logique est poussée davantage avec l'asymétrie, qui permettrait l'avènement de politiques habilitantes pour les communautés culturelles<sup>206</sup>. En contexte canadien plus particulièrement, le vecteur le plus important — et le plus ancien — d'asymétrie est la nécessité de reconnaître la diversité linguistique et culturelle du Canada<sup>207</sup>. C'est ce qui explique que l'asymétrie a principalement été associée à des questions identitaires et culturelles, notamment la langue ou la question du Québec au sein de la fédération<sup>208</sup>.

La province de Québec a historiquement été celle qui a revendiqué le plus d'arrangements asymétriques<sup>209</sup>. Toutefois, au-delà de revendications identitaires, l'asymétrie peut également répondre à d'autres préoccupations et servir à promouvoir la diversité qui existe entre toutes les entités fédérées<sup>210</sup>. Si l'asymétrie est soulevée au Québec comme un principe normatif favorable à la reconnaissance de la multination, elle est plutôt appréhendée dans le reste du Canada dans une approche pragmatique ou utilitaire<sup>211</sup>. Tout comme il existe des clivages socio-économiques, socio-culturels et socio-politiques entre le Québec et le reste du Canada, de tels clivages existent également entre les provinces, par exemple celles du centre du Canada et de l'Ouest<sup>212</sup>. L'asymétrie se présenterait, dans cette perspective, comme une manière de renforcer l'autonomie des entités fédérées d'une manière compatible avec la variabilité de leurs besoins spécifiques<sup>213</sup>.

#### 3.4. Le principe de l'égalité réelle — ou de l'équité — entre les provinces

Il existe, en droit, deux conceptions fort différentes de l'égalité<sup>214</sup>. Initialement élaborée dans le contexte du traitement des individus<sup>215</sup>, la distinction entre l'égalité formelle et réelle est toutefois applicable dans le contexte du fédéralisme. La première conception de l'égalité réfère au fait de traiter les entités fédérées de manière identique ou standardisée. La seconde, quant à elle, exige la

---

<sup>206</sup> ALAIN G. GAGNON et PAUL MAY, « Empowerment et diversité culturelle : quelques prolégomènes », (2010) 7 *Métropoles* 1, par. 19.

<sup>207</sup> D. M. BROWN, préc., note 94, à la p. 5.

<sup>208</sup> B. PELLETIER, préc., note 158, à la p. 4.

<sup>209</sup> A.-G. GAGNON et J.-D. GARON, préc., note 55, à la p. 78.

<sup>210</sup> B. PELLETIER, préc., note 158, à la p. 4.

<sup>211</sup> L. CARDINAL, préc., note 18, à la p. 25.

<sup>212</sup> J. BROSCHEK, préc., note 155, à la p. 54.

<sup>213</sup> F. ROCHER et P. COUSINEAU-MORIN, préc., note 75, à la p. 269.

<sup>214</sup> P. FOUCHER, préc., note 4, à la p. 270.

<sup>215</sup> Voir l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

reconnaissance de leur différence afin de les traiter adéquatement<sup>216</sup>. Certains effectuent un rapprochement entre égalité et uniformité. Or, pour Benoît Pelletier, ce rapprochement n'a pas lieu d'être, car si la recherche de l'égalité est souhaitable, celle de l'uniformité ne l'est pas toujours<sup>217</sup>. L'asymétrie n'impliquerait pas l'inégalité entre les partenaires de l'association politique. Plutôt, elle suggère qu'un traitement uniforme qui serait aveugle aux différences ne serait pas gage d'un traitement équitable entre ces partenaires<sup>218</sup>. Par ailleurs, comme le souligne Jeremy Webber, l'asymétrie, lorsqu'elle se traduit dans une répartition différenciée du partage des compétences, n'enlève pas de pouvoirs aux citoyens des entités fédérées auxquelles certaines compétences n'ont pas été dévolues. Elle en déplacerait plutôt le lieu d'exercice<sup>219</sup>. Dans l'optique d'une dévolution de pouvoirs uniquement en faveur du Québec, le professeur Webber tint les propos suivants :

« It is often said that these arrangements would give Quebec more power. This is true in one sense, because under certain kinds of asymmetry the Quebec legislature would be able to make laws that other provinces could not make. But we should be careful not to confuse this with the idea that Quebecers would get more clout at the federal level or more clout over the affairs of the other provinces. Constitutional asymmetry is not so much about citizens getting more power as about where they exercise power. Individual Quebecers, just like Canadians in other provinces, would still have a say over the same kinds of political decisions. It is just that they would exercise that say in a provincial rather than a federal forum. »<sup>220</sup>

C'est en raison d'une diversité dans les besoins des communautés qu'une asymétrie peut être consacrée afin de rendre les rapports entre ces dernières plus égalitaires<sup>221</sup>. L'asymétrie constitutionnelle se justifie par le fait qu'il est approprié de traiter différemment des entités dont la situation est différente<sup>222</sup> : ce qui est égal ne doit pas nécessairement être traité de la même manière<sup>223</sup>. Ce traitement différencié permet d'atteindre l'équité, qui se profile donc comme la raison d'être de l'asymétrie<sup>224</sup>. À cet effet, Will Kymlicka indique que « la reconnaissance d'un statut asymétrique pour des unités fondées sur la nationalité peut en fin de compte servir plus

---

<sup>216</sup> D. M. BROWN, préc., note 94, à la p. 5.

<sup>217</sup> B. PELLETIER, préc., note 158, à la p. 4.

<sup>218</sup> F. MATHIEU, préc., note 141, p. 77.

<sup>219</sup> J. H. A. WEBBER, préc., note 87, p. 229.

<sup>220</sup> *Id.*

<sup>221</sup> M.-È. HUDON, préc., note 153, p. 18.

<sup>222</sup> J. SMITH, préc., note 83, à la p. 2.

<sup>223</sup> P. FOUCHER, préc., note 4, à la p. 270.

<sup>224</sup> B. PELLETIER, préc., note 5, aux p. 426-427.

efficacement l'égalité morale, puisqu'elle apporte aux minorités le même souci et le même respect qu'à la nation majoritaire. »<sup>225</sup>

### 3.5. Le principe démocratique

Le principe démocratique renvoie à la notion que chaque citoyen puisse participer pleinement à la vie politique<sup>226</sup>. En contexte fédéral, la souveraineté est fractionnée et chaque province compose un corps politique distinct<sup>227</sup>. Toute fédération nie donc, par sa nature même, l'idée que la majorité nationale soit la seule expression de la souveraineté du peuple<sup>228</sup>. Au Canada, tel que l'a souligné la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*<sup>229</sup>, le principe démocratique figure parmi les principes constitutionnels sous-jacents. Il englobe entre autres la promotion de l'autonomie gouvernementale, le respect des identités culturelles et collectives et l'expression de la volonté souveraine d'un peuple<sup>230</sup>. Le principe démocratique se conjugue avec celui du fédéralisme pour reconnaître l'existence de plus d'une majorité légitime :

« Les rapports entre démocratie et fédéralisme signifient par exemple que peuvent coexister des majorités différentes et également légitimes dans divers provinces et territoires ainsi qu'au niveau fédéral. [...] La fonction du fédéralisme est de permettre aux citoyens de faire partie simultanément de collectivités différentes et de poursuivre des objectifs aussi bien au niveau provincial qu'au niveau fédéral. »<sup>231</sup>

Jane Jenson souligne quant à elle que « [t]outes les personnes qui vivent au Canada ne partagent pas le même sens de la citoyenneté ou le même projet politique. »<sup>232</sup> D'ailleurs, l'appartenance ou l'identité nationale d'une personne peut différer, voir entrer en conflit avec sa citoyenneté politique<sup>233</sup>. Selon Charles Taylor, le bon fonctionnement de la démocratie exige que soit reconnue la différence : « [p]our que les gens se sentent responsables de l'avenir d'un pays et, par

---

<sup>225</sup> W. KYMLICKA, préc., note 193, aux p. 26-27.

<sup>226</sup> F. ROCHER et P. COUSINEAU-MORIN, préc., note 75, à la p. 277.

<sup>227</sup> A.-G. GAGNON et J.-D. GARON, préc., note 55, à la p. 91.

<sup>228</sup> Reginald WHITAKER, *A Sovereign Idea: Essays on Canada as a Democratic Community*, Montréal, Presses universitaires McGill-Queen's, 1992, p. 167.

<sup>229</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 (ci-après « *Renvoi relatif à la sécession du Québec* »).

<sup>230</sup> *Id.*, par. 64 et 66.

<sup>231</sup> *Id.*, par. 66.

<sup>232</sup> Jane JENSON, « Reconnaître les différences : Sociétés distinctes, régimes de citoyenneté, partenariats », dans Guy LAFOREST et Roger GIBBINS (dir.), *Sortir de l'impasse - Les voies de la réconciliation*, Montréal, Institut de recherche en politiques publiques, 1998, p. 235, à la p. 256.

<sup>233</sup> W. KYMLICKA, préc., note 193, à la p. 21.

conséquent, y participent, encore faut-il qu'ils soient reconnus pour ce qu'ils sont.»<sup>234</sup> Dans cette perspective, l'asymétrie permet la coexistence de plus d'un projet politique, de plus d'une définition de la citoyenneté<sup>235</sup>. Comme l'indique le professeur Kymlicka, « [i]f democracy is the rule of "the people", national minorities claim that there is more than one people, each with the right to rule themselves. »<sup>236</sup>

## 4. Des limites théoriques et pratiques à l'asymétrie

### 4.1. La stabilité de l'État

Le principe fédéral implique, aux plans théoriques et normatifs, un équilibre entre les forces qui tendent à la diversité et celles qui tendent vers l'unité. Puisque le partage des compétences législatives se présente comme la première manifestation des désirs d'unité et de diversité, l'équilibre doit entre autres se traduire dans celui-ci<sup>237</sup>. Si l'unité l'emporte, l'État fédéral ne sera qu'un État unitaire déguisé. Si la diversité l'emporte, l'État fédéral ne fera pas long feu<sup>238</sup>. Ainsi, l'asymétrie, puisqu'elle engendre une diversité entre les provinces, peut menacer la stabilité et la cohésion de la fédération<sup>239</sup>. C'est notamment ce qui explique qu'elle ne fait pas l'unanimité en contexte canadien<sup>240</sup>.

Pour Kathy L. Brock, l'asymétrie aurait le potentiel d'engendrer un comportement de la part des entités fédérées consistant à établir leurs relations avec l'État central, chacune en fonction de leurs propres intérêts, sans véritable tentative de définir un avenir commun<sup>241</sup>. De la même manière, le professeur Rainer Baubök indique que « those representatives who enjoy greater powers than others can use them to demand further increases of their powers as a concession for consenting to

---

<sup>234</sup> Charles TAYLOR, « Entretien avec Charles Taylor », dans Marcos ANCELOVICI et Francis DUPUIS-DERI (dir.), *L'Archipel identitaire - Recueil d'entretiens sur l'identité culturelle*, Montréal, Boréal, 1997, p. 23, à la p. 32.

<sup>235</sup> J. JENSON, préc., note 232, à la p. 256.

<sup>236</sup> W. KYMLICKA, préc., note 140, p. 114-115.

<sup>237</sup> E. BROUILLET, préc., note 152, p. 412.

<sup>238</sup> Francis DELPÉRÉE, « La complexité fédérale », dans *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet - L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Paris, Dalloz, 2003, p. 117, aux p. 117-118.

<sup>239</sup> F. ROCHER et P. COUSINEAU-MORIN, préc., note 75, à la p. 278.

<sup>240</sup> B. PELLETIER, préc., note 5, à la p. 430.

<sup>241</sup> Kathy L. BROCK, « The Politics of Asymmetrical Federalism: Reconsidering the Role and Responsibilities of Ottawa », (2008) 34-2 *Anal. De Pol.* 143, p. 150.

policies that the other representatives are vitally interested in. »<sup>242</sup> Comme le souligne Kenneth McRoberts, il s'agit essentiellement d'un argument de pente glissante, voulant que de l'asymétrie naisse un désir de plus d'asymétrie<sup>243</sup>. Enfin, le professeur Jeremy Webber estime que « the concern is not that the country might one day slip towards dissolution, but that asymmetry is a partial dissolution — a surrender of their idea of the Canadian nation. »<sup>244</sup>

Même si la complexité fait partie de la nature du système fédéral, l'asymétrie aurait le potentiel de compliquer de manière excessive le fonctionnement de la fédération, et d'ainsi mettre à mal l'objectif de pacification politique que poursuivent les États fédéraux caractérisés par une grande diversité<sup>245</sup>. En contexte canadien, le fait que la Constitution comporte de nombreuses dispositions symétriques permet aux différences de se côtoyer paisiblement, puisque chaque province peut adopter des lois se rapportant aux mêmes sujets, de la manière dont elle l'entend sur son territoire<sup>246</sup>. Si l'asymétrie entre les provinces était excessive, elle pourrait engendrer de la compétition, de la jalousie ou des tensions entre celles-ci<sup>247</sup>. Enfin, dans certains cas, des pressions en faveur de l'asymétrie ont engendré un mouvement contraire en faveur de la symétrie, ce qui fait conclure au professeur Ronald Watts qu'il y a peut-être un seuil au-delà duquel l'asymétrie devient dysfonctionnelle<sup>248</sup>.

#### 4.2. Le principe de l'égalité formelle des provinces et des citoyens

Tout comme le principe d'égalité figure parmi les avantages théoriques de l'asymétrie, il figure également pour certains auteurs comme un argument à l'encontre de ce type d'arrangements dans un contexte fédéral. Ici, le principe de l'égalité, sous deux déclinaisons, s'opposerait à l'asymétrie : l'égalité des citoyens et l'égalité des entités fédérées.

---

<sup>242</sup> Rainer BAUBÖCK, « United in Misunderstanding? Asymmetry in Multinational Federations », (2002) 26 *ICE-Working Paper Series* 1, p. 16.

<sup>243</sup> K. MCROBERTS, préc., note 86, n° 63.

<sup>244</sup> J. H. A. WEBBER, préc., note 87, p. 252.

<sup>245</sup> F. DELPÉRÉE, préc., note 238, à la p. 124.

<sup>246</sup> Noël A. KINSELLA, *Fédéralisme : l'expérience canadienne 1867-2007*, Allocution prononcée par le sénateur Noël A. Kinsella devant la Faculté de relations internationales de l'Université d'État de Saint-Petersbourg, Gouvernement du Canada, 2007, p. 5, en ligne : <<https://sencanada.ca/media/170142/federalism-f.pdf>>.

<sup>247</sup> K. L. BROCK, préc., note 241, p. 144-148.

<sup>248</sup> R. L. WATTS, préc., note 1, p. 70.

On retrouve dans la doctrine l'idée que l'asymétrie peut menacer l'égalité entre les citoyens<sup>249</sup>. La norme moderne de l'égalité démocratique, née de la lutte contre les hiérarchies sociales préétablies et institutionnalisées, semble commander que tous, peu importe la classe, la culture, le sexe ou la religion soient égaux — dans le sens d'identiques — devant la loi<sup>250</sup>. La résistance qui existe au Canada à l'encontre de l'asymétrie constitutionnelle s'expliquerait en partie par la conviction qu'elle entraînerait deux classes de citoyens en accordant à l'une ou à certaines des provinces, en tant que communauté politique, des privilèges<sup>251</sup>. Pour le professeur Webber, l'argument de l'égalité des citoyens est en fait un argument concernant la conception de ce qu'est la nation canadienne :

« They find asymmetry objectionable, not because it is contrary to some abstract idea of freedom, but because it is contrary to their idea of Canada. For them, it is inconsistent with citizenship to have cultural differences taken into account in the interpretation of rights. All Canadians should be treated in precisely the same way simply because they are Canadians.[...] Often, in other words, arguments of rights are really arguments of nation in disguise. The concern is not with individual liberty as such, but with requiring uniform treatment across the country as part of the very idea of having a country. »<sup>252</sup>

Par ailleurs, le droit à l'égalité sans discrimination, qui est constitutionnalisé, se serait transposé dans le droit de chaque province à un traitement égalitaire. Ainsi, « [l'é]galité des individus s'est étendue à l'égalité des provinces. »<sup>253</sup> Ce concept d'égalité des provinces canadiennes se serait imposé depuis le rapatriement de la Constitution en 1982. D'après Réjean Pelletier, on ne devrait en principe pas opposer les notions d'asymétrie et d'égalité des provinces, car l'asymétrie s'oppose à la symétrie, et l'égalité à l'inégalité. Toutefois, il reconnaît que l'égalité peut servir de fondement à la symétrie de traitement<sup>254</sup>. L'idée que le Canada constitue l'association de dix provinces égales a aussi été popularisée lors des négociations de l'Accord du lac Meech. Selon cette conception, ce qui vaut pour une province devrait valoir pour les autres<sup>255</sup>. Ainsi, l'égalité fondamentale des provinces vient avec l'idée qu'elles ont un droit égal à être accommodées au sein de la fédération<sup>256</sup>.

---

<sup>249</sup> F. ROCHER et P. COUSINEAU-MORIN, préc., note 75, à la p. 278.

<sup>250</sup> J. MACLURE, préc., note 42, à la p. 2.

<sup>251</sup> A.-G. GAGNON et J.-D. GARON, préc., note 55, à la p. 81.

<sup>252</sup> J. H. A. WEBBER, préc., note 87, p. 251 ; Cet argument est également repris par le professeur W. KYMLICKA, préc., note 193, aux p. 27-28.

<sup>253</sup> P. FOUCHER, préc., note 4, à la p. 273.

<sup>254</sup> R. PELLETIER, préc., note 82, à la p. 33.

<sup>255</sup> Judy REBICK, « The Charlottetown Accord : A Faulty Framework and a Wrong-headed Compromise », dans Kenneth MCROBERTS et Patrick J. MONAHAN (dir.), *The Charlottetown Accord, the Referendum, and the Future of Canada*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 1993, p. 102, à la p. 102.

<sup>256</sup> K. L. BROCK, préc., note 241, p. 149.

En somme, tant l'égalité des citoyens que celle des entités fédérées se dressent comme des obstacles à la reconnaissance d'un statut spécial pour une ou pour certaines provinces<sup>257</sup>.

### 4.3. La légitimité

Légalité et légitimité ne sont pas synonymes. Ainsi, il importe de distinguer entre la légalité d'une asymétrie, et sa légitimité. Puisque nous portons notre attention sur les asymétries qui disposent d'une assise constitutionnelle, nous estimons pertinent d'étayer les fondements de la légitimité d'une constitution, et par extension de son contenu.

Pour certains, les vieilles constitutions tirent leur légitimité de la pratique. Tant et aussi longtemps que leur contenu demeure dans les limites de ce qui est moralement acceptable, les constitutions puisent leur validité de rien d'autre que du fait qu'elles existent. Ainsi, selon cette conception, une constitution est légitime puisque c'est celle que possède un État donné<sup>258</sup>. D'autres distinguent entre la légitimité sociologique, morale et juridique<sup>259</sup>. La légitimité sociologique, dans son acception forte, réfère à la conviction *active* des citoyens selon laquelle la constitution est justifiée et appropriée<sup>260</sup>. Dans son acception faible, elle renvoie plutôt à l'acquiescement *passif*<sup>261</sup>. Dans tous les cas, la légitimité sociologique est une variante plutôt qu'une constante : ce qui a un haut degré d'appui dans un groupe donné peut souffrir d'un déficit de légitimité sociologique pour un autre<sup>262</sup>. La légitimité morale, quant à elle, renvoie au contenu de la constitution<sup>263</sup>, et suppose qu'un tel document peut être légalement ou sociologiquement légitime, sans pour autant être moralement légitime<sup>264</sup>. Finalement, la légitimité juridique fait écho à l'idée qu'une constitution est légitime, ayant été adoptée dans le respect des normes légales<sup>265</sup>.

---

<sup>257</sup> Richard SIMEON et Daniel-Patrick CONWAY, « Federalism and the management of conflict in multinational societies », dans Alain-G. GAGNON et James TULLY (dir.), *Multinational Democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 338, à la p. 344.

<sup>258</sup> J. RAZ, préc., note 46, p. 173.

<sup>259</sup> Richard FALLON, « Legitimacy and the Constitution », (2006) 118 *Harv. L. Rev.* 1787.

<sup>260</sup> *Id.*, p. 1795.

<sup>261</sup> *Id.*, p. 1796.

<sup>262</sup> *Id.*

<sup>263</sup> Guy LAFOREST, *Trudeau et la fin d'un rêve canadien*, Sillery, Septentrion, 1992, p. 65.

<sup>264</sup> R. FALLON, préc., note 259, p. 1796.

<sup>265</sup> *Id.*

Transposée dans le contexte du présent mémoire, la question est donc de savoir si les asymétries constitutionnelles sont moralement, sociologiquement ou juridiquement acceptables, tout comme la constitution qui les contient. Pour Gordon Gibson, la légitimité d'une asymétrie dépendrait de la manière dont elle en est venue à être consacrée, donc de l'intégrité de la négociation et de la validité du consentement qui y a été donné<sup>266</sup>.

Outre la légitimité du processus ayant mené à la consécration de l'asymétrie, donc sur la forme, la légitimité de l'asymétrie sur le fond peut également être contestée. Selon Kenneth McRoberts, au Canada, l'opposition à l'asymétrie s'est fait sentir avec le plus de vigueur en ce qui concerne la clause de la société distincte, comprise dans les accords du lac Meech et de Charlottetown. Il suppose que la principale résistance à l'asymétrie se trouve dans l'asymétrie entre les identités nationales. L'argument à l'encontre de la clause de la société distincte était qu'elle remettait en cause le fait que le Canada forme une seule nation. Pour McRoberts, « [c]'est ainsi qu'une fois que le nationalisme majoritaire est identifié aux institutions politiques centrales et à l'ensemble du territoire de l'État, le nationalisme minoritaire et sa gestion par l'asymétrie deviennent illégitimes. »<sup>267</sup> Si le gouvernement fédéral est le gouvernement national de tous les Canadiens, l'asymétrie au chapitre des identités n'est plus légitime, car la nation est le Canada<sup>268</sup>.

#### 4.4. Les valeurs politiques communes

Tel que l'a énoncé Alexis de Tocqueville, une fédération ne respectant pas certaines conditions d'union permettant la vie commune ne pourra pas perdurer<sup>269</sup>. Si la Constitution d'un État ne formule pas à tout le moins quelques principes élémentaires universels, on assistera à la création d'un État mosaïque, au point où l'on pourra se demander si l'association des entités fédérées demeure pertinente<sup>270</sup>. En effet, le fédéralisme suppose l'adhésion à certaines valeurs minimales, la mise en commun des risques et des chances ainsi que la participation à un projet commun<sup>271</sup>. Les

---

<sup>266</sup> G. GIBSON, préc., note 111, à la p. 3.

<sup>267</sup> K. MCROBERTS, préc., note 86, par. 48.

<sup>268</sup> *Id.*, par. 51.

<sup>269</sup> A. de TOCQUEVILLE, préc., note 2, p. 257.

<sup>270</sup> F. DELPÉRÉE, préc., note 238, à la p. 123.

<sup>271</sup> B. PELLETIER, préc., note 158, à la p. 5.

valeurs constitutionnelles qui y sont associées sont la solidarité, l'égalité et la liberté. Elles pourraient, selon certains, être menacées par l'asymétrie<sup>272</sup>.

En contexte canadien, il n'existe pas un fort consensus quant au degré de centralisation, ou de décentralisation, que devrait reconnaître la Constitution. Le Québec, suivi par d'autres provinces telle l'Alberta, a toujours cherché à préserver l'autonomie des provinces comme prévu par la *Loi constitutionnelle de 1867* et à se garder des empiétements fédéraux. Dans le reste du Canada, il existe un appui pour davantage d'interventions fédérales. Entre ces deux positions, soit la décentralisation ou la centralisation, l'asymétrie se présente comme un compromis controversé<sup>273</sup>. Par ailleurs, le degré auquel la diversité devrait être reconnue et consacrée par la Constitution canadienne ou dans le fonctionnement de la fédération ne fait pas non plus consensus<sup>274</sup>. Puisque l'asymétrie peut être une manière de répondre aux besoins spécifiques de nations minoritaires dans le cadre d'un État multinational, elle peut être perçue comme posant problème pour la population générale, qui, elle, continue de s'identifier au nationalisme majoritaire<sup>275</sup>.

Enfin, le politologue Ronald Watts, s'il n'est pas opposé à l'asymétrie entre entités fédérées, mettait tout de même en garde contre la création de grandes disparités d'autonomie entre celles-ci dans son étude à l'attention de la *Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme* :

« Certaines fédérations, où les pressions autonomistes ont varié selon les provinces, ont, à titre expérimental, donné plus d'autonomie à certaines provinces. La plupart de ces essais ont en réalité accru les tensions au lieu de les réduire. En conséquence, ils ont été généralement suivis soit par une tentative de réduction des différences entre les degrés d'autonomie, soit par la sécession ultérieure des provinces plus autonomes. Ainsi, l'expérience nous montre que, là où certaines provinces jouissent d'une plus grande autonomie, il faut veiller à ce qu'elles se sentent toujours partie intégrante de la fédération. »<sup>276</sup>

---

<sup>272</sup> L. CARDINAL et B. KOSTADINOV, préc., note 89, p. 727.

<sup>273</sup> D. M. BROWN, préc., note 94, aux p. 2-3.

<sup>274</sup> *Id.*, à la p. 5.

<sup>275</sup> K. MCROBERTS, préc., note 86, par. 66.

<sup>276</sup> Ronald L. WATTS, *Les sociétés pluriculturelles et le fédéralisme*, n°8, Études de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, Ottawa, Information Canada, 1971, p. 92.

De l'étude comparée des fédérations, il ressort ainsi que toutes celles ayant perduré ont en commun des valeurs qui s'articulent dans leurs constitutions et qui servent de liant entre les membres de la fédération<sup>277</sup>.

#### 4.5. L'enjeu de la représentation des entités fédérées au sein du Parlement central

En contexte canadien, la question de savoir si l'accroissement de l'autonomie de certaines provinces doit se répercuter sur leur représentation au sein du Parlement, ou plus largement dans les institutions fédérales, a maintes fois été soulevée<sup>278</sup>. Il s'agit là, pour Stéphane Dion, de la principale difficulté qui se présenterait avec l'avènement d'une forte asymétrie<sup>279</sup> dans la division des pouvoirs législatifs :

« En effet, le corollaire de l'asymétrie est que toute délégation exclusive d'une compétence à une province entraîne pour cette province la perte des pouvoirs correspondants, au sein du parlement fédéral. Concrètement, cela veut dire que, une fois l'asymétrie forte adoptée, les députés fédéraux élus par le Québec ne pourraient plus voter sur des matières dont la compétence, pour le Québec, aurait été déléguée en exclusivité à l'Assemblée nationale de cette province. »<sup>280</sup>

Cette préoccupation avait été soulevée dès 1975 par Gérard La Forest, pour qui le fait d'accorder un statut spécial à une province pourrait miner l'influence ainsi que les responsabilités de ses représentants parlementaires au palier fédéral<sup>281</sup>. D'une asymétrie de pouvoirs devrait en théorie découler une asymétrie de représentation<sup>282</sup>. Pour Peter Hogg le fait que ce problème n'a jamais été résolu par les politologues fait conclure qu'il y a de sérieuses limites au degré d'asymétrie qui peut être admis en contexte fédéral<sup>283</sup>.

---

<sup>277</sup> R. L. WATTS, préc., note 41, à la p. 17.

<sup>278</sup> R. L. WATTS, préc., note 1, p. 70.

<sup>279</sup> Stéphane DION, « Le fédéralisme fortement asymétrique : improbable et indésirable », dans F. Leslie SEIDLE (dir.), *À la recherche d'un nouveau contrat politique pour le Canada - Options asymétriques et options confédérales*, Montréal, Institut de recherche en politiques publiques, 1994, p. 133, à la p. 134 : « J'entends par fédéralisme fortement asymétrique une situation où des pans entiers des pouvoirs législatifs et budgétaires du gouvernement fédéral s'appliquent à certaines unités constituantes sans s'appliquer aux autres ».

<sup>280</sup> *Id.*, à la p. 136.

<sup>281</sup> Gérard V. LA FOREST, « Delegation of Legislative Power in Canada », (1975) 21-1 *R.D. McGill* 131, p. 146.

<sup>282</sup> W. KYMLICKA, préc., note 140, p. 108 ; Philip RESNICK, « Toward a Multinational Federalism : Asymmetrical and Confederal Alternatives », dans F. Leslie SEIDLE (dir.), *À la recherche d'un nouveau contrat politique pour le Canada : options asymétriques et options confédérales*, Montréal, Institut de recherche en politiques publiques, 1994, p. 71, aux p. 79-80.

<sup>283</sup> P. W. HOGG, préc., note 37, à la p. 86.

Outre la difficulté que pose une forte asymétrie dans la représentation des entités fédérées, Dion est également d'avis que cette avenue n'est pas à l'avantage du Québec, d'une part parce que « l'asymétrie poussée affaiblirait terriblement la présence du Québec à Ottawa » et d'autre part puisque « cet affaiblissement serait un prix trop élevé à payer pour l'obtention d'une nouvelle marge d'autonomie dont la pertinence n'a pas été démontrée. »<sup>284</sup>

#### 4.6. La reddition de compte envers l'électorat, ou l'enjeu de la transparence

La problématique de la reddition de compte envers l'électorat, ou de la transparence du système fédéral, se présente comme un autre des arguments à l'encontre de l'asymétrie. Cette dernière serait perçue comme impliquant la complexification du fonctionnement et des structures de la fédération, qui deviendraient inintelligibles pour les citoyens<sup>285</sup>.

Tel que le souligne John Roberts, la capacité pour les citoyens de déterminer qui est responsable des décisions qui ont été prises, et de leurs conséquences, repose sur leur aptitude à identifier les responsabilités respectives des deux ordres de gouvernement. Or, ce n'est que lorsque ces responsabilités sont bien définies que le public peut exprimer son approbation, ou sa désapprobation, des actions gouvernementales. L'opinion exprimée par les citoyens sert entre autres à faire comprendre aux gouvernements que leurs choix politiques ont des conséquences, qu'ils demeurent imputables envers l'électorat<sup>286</sup>. L'asymétrie minerait la capacité du public à tenir l'ordre de gouvernement approprié responsable de ses actes, puisqu'elle entraînerait une ambiguïté quant aux responsabilités des uns et des autres d'une province à l'autre<sup>287</sup>. En effet, tel que le souligne le professeur Rainer Baubök, « [t]he complexity of a federal system multiplies with each layer of government but increases exponentially if individual units at each level enjoy different powers. »<sup>288</sup> Ainsi, « highly asymmetric federations become opaque for their citizens. »<sup>289</sup>

---

<sup>284</sup> S. DION, préc., note 279, à la p. 140.

<sup>285</sup> F. ROCHER et P. COUSINEAU-MORIN, préc., note 75, à la p. 278.

<sup>286</sup> John ROBERTS, « Asymmetrical federalism : magic wand or “bait and switch” », dans Harvey LAZAR (dir.), *Asymmetry Series*, n°14, Kingston, Institut des relations intergouvernementales, Université Queen's, 2005, à la p. 2.

<sup>287</sup> *Id.*, à la p. 2.

<sup>288</sup> R. BAUBÖCK, préc., note 242, p. 16.

<sup>289</sup> *Id.*

## **Section 2 – De l’élaboration d’une méthodologie pour l’analyse des dispositions constitutionnelles asymétriques**

### **1. Introduction**

Dans le but de répondre à l’hypothèse de départ, une grille d’analyse a été élaborée et sera appliquée à l’étude de toutes les dispositions ciblées dans le présent mémoire qui engendrent des asymétries constitutionnelles, ou qui ont le potentiel d’engendrer de telles asymétries entre les provinces. L’utilité de cette grille est double : d’une part, elle permet d’analyser de manière uniforme les dispositions ciblées et de faire ressortir les éléments pertinents à notre question de recherche. D’autre part, elle vise à faciliter l’analyse objective à la fois des dispositions en cause et du raisonnement de la Cour.

Nous identifions trois sources potentielles d’asymétries dans la Constitution : les asymétries résultant directement du *texte* de la disposition (section 2.1.1), les asymétries résultant du *contexte* d’adoption ou d’application de la disposition (section 2.1.2) et les asymétries résultant de l’*interprétation judiciaire* de la disposition (section 2.1.3). Après avoir classifié chacune des dispositions dans ces catégories, dans le but de répondre à notre hypothèse, nous évaluerons également si les tribunaux, lorsqu’ils justifient l’interprétation retenue pour une disposition asymétrique, se basent sur les considérations théoriques des avantages et inconvénients de l’asymétrie, exposés dans la première section du chapitre 1 (section 2.2). Enfin, nous analyserons s’il s’agit d’une asymétrie forte ou faible (section 2.3) et quelle est la procédure de modification de la disposition asymétrique (section 2.4).

### **2. Grille d’analyse des asymétries constitutionnelles et de leur portée**

#### 2.1. L’origine de l’asymétrie

##### *2.1.1. Les asymétries résultant du texte de la disposition*

En ce qui concerne la première source d’asymétries, soit celles qui ressortent à la face même de la disposition en cause, nous pourrions tirer comme conclusion que la distinction entre les provinces

était voulue par le constituant, par un choix délibéré de ne pas viser toutes les entités fédérées. Nous pourrions par la suite nous pencher sur l'interprétation jurisprudentielle de ce type de dispositions asymétriques, pour observer quel fut son traitement par les tribunaux. Nous pourrions voir si l'interprétation judiciaire renforce ou donne une portée plus étendue à la disposition, ou au contraire, lui donne une interprétation atténuée. À titre d'exemple, si une disposition asymétrique a pour effet d'ajouter un fardeau supplémentaire à une ou plusieurs provinces, et qu'une cour par sa jurisprudence donne une interprétation large et généreuse à cette obligation, nous pourrions conclure que l'asymétrie fut renforcée. L'inverse nous fera conclure que la cour a plutôt opté pour une diminution de l'asymétrie. La même logique s'applique en cas de dispositions asymétriques conférant un statut ou un pouvoir particulier à une ou plusieurs des provinces.

### *2.1.2. Les asymétries résultant du contexte d'adoption ou d'application de la disposition*

Tant l'étude du contexte d'adoption que celle du contexte d'application de certaines dispositions permettront de mettre en relief les asymétries qui ne ressortent autrement pas à la lecture même du texte de la Constitution. En ce qui concerne la pertinence d'observer le contexte d'adoption d'une disposition, nous faisons nôtres les propos du professeur Sébastien Grammond, qui use de la pensée contractuelle dans l'analyse des dispositions de la Constitution :

« Appliquée à la Constitution, la pensée contractuelle permet ainsi d'isoler les intérêts de certains acteurs clés, que la Cour décrit comme des "partenaires de la Confédération" ou des "acteurs" ou des "parties prenantes" dans la structure de la Constitution canadienne, et de comprendre la raison d'être de certaines dispositions, même lorsque leur texte est rédigé d'une manière générale qui ne distingue pas entre les différentes provinces. Il est donc possible de révéler les asymétries implicites de la Constitution. Ce procédé peut aussi être appliqué de manière indépendante à des dispositions différentes, si bien que les "parties" à une disposition de la Constitution ne sont pas nécessairement les mêmes que pour d'autres dispositions. »<sup>290</sup> (références omises)

De ce fait, tant le contexte d'adoption d'une disposition que sa raison d'être nous permettront de révéler les asymétries implicites de la Constitution, lorsque le texte en soi ne distingue pas entre les provinces<sup>291</sup>. Pour ce qui est des asymétries découlant du contexte d'application, nous référons aux dispositions qui, ne faisant pas de distinctions entre les provinces, ne s'appliquent toutefois en

---

<sup>290</sup> Sébastien GRAMMOND, « La pensée contractuelle dans l'interprétation de la Constitution canadienne », dans Alain-G. GAGNON et Johanne POIRIER (dir.), *L'avenir du fédéralisme canadien - Acteurs et institutions*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2020, p. 175, à la p. 192.

<sup>291</sup> *Id.*

pratique qu'à l'une ou à certaines d'entre elles, du fait de leurs conditions de mise en œuvre qui ne peuvent être remplies par toutes<sup>292</sup>.

### *2.1.3. Les asymétries résultant de l'interprétation judiciaire de la disposition*

La dernière source potentielle d'asymétrie que nous percevons est celle où le pouvoir créateur du juge sera le plus apparent, soit les asymétries qui ne découlent ni du texte, ni clairement du contexte, mais qui résultent plutôt de l'interprétation jurisprudentielle qui a été donnée à la Constitution ou à l'une de ses dispositions. Dans ce dernier cas, nous partons de la prémisse selon laquelle le juge qui, en quelque sorte, crée une asymétrie constitutionnelle ou une possibilité d'asymétrie là où le texte ou le contexte n'en laissait pas clairement présager, renforce le processus d'asymétrisation de la fédération. Il se pourrait toutefois que les asymétries résultant de l'interprétation judiciaire se recourent avec celles qui découlent du contexte d'adoption d'une disposition, puisqu'il est légitime de penser que les juges se baseront sur certains faits, parfois historiques, afin de justifier l'asymétrie constitutionnelle ainsi consacrée.

## 2.2. Les considérations prises en compte dans le raisonnement de la Cour

Afin de répondre à nos questions de recherche principale et accessoire, et de pouvoir confirmer ou infirmer l'hypothèse de départ, il importe de se pencher sur le raisonnement de la Cour qui interprète la portée des dispositions asymétriques. En effet, l'origine des asymétries étudiées (section 2.1) permet de classer les asymétries que l'on retrouve dans la Constitution et, dans une certaine mesure, de percevoir le rôle de la Cour dans leur consécration. Toutefois, ce critère ne permet pas d'établir de lien entre l'interprétation judiciaire des dispositions asymétriques d'une part, et les considérations théoriques que l'on retrouve en science politique au sujet de l'asymétrie d'autre part, lien que nous supposons dans l'hypothèse.

Lorsque se fera l'analyse de l'interprétation jurisprudentielle des dispositions asymétriques, nous alimenterons notre réflexion à la source des théories de science politique sur les fondements et les

---

<sup>292</sup> Il est à noter que, compte tenu de l'échantillon de dispositions asymétriques ayant été retenu dans le cadre du présent mémoire, nous n'analyserons pas d'asymétries découlant du contexte d'application d'une disposition. Nous estimons toutefois pertinent de souligner qu'il s'agit là d'une source possible d'asymétrie implicite dans la Constitution canadienne. Afin d'illustrer notre propos, nous pourrions donner l'exemple de l'article 51A LC 1867, lequel ne distingue en théorie pas entre les provinces, mais qui, en pratique, ne viserait que les provinces peu peuplées.

limites de l'asymétrie, exposés dans la section 1 du présent chapitre. Ici, il n'est pas question de savoir si le tribunal se réfère directement à la notion d'asymétrie telle que définie dans la littérature de science politique, ce qui ne sera probablement pas le cas, mais plutôt de savoir les considérations théoriques que l'on retrouve dans cette discipline au sujet de l'asymétrie sont reflétées dans les jugements. Quand l'interprétation judiciaire a pour effet de favoriser l'asymétrie, nous analyserons si les fondements et les avantages théoriques de l'asymétrie exposés dans la section 1 du présent chapitre se reflètent dans le raisonnement de la Cour. Inversement, dans les jugements qui atténuent les asymétries, nous analyserons si les limites théoriques à l'asymétrie se reflètent dans le raisonnement, ou si l'asymétrie est perçue comme une anomalie, sachant que les études sur le fédéralisme la considèrent parfois comme telle<sup>293</sup>.

### 2.3. Le degré et l'importance de l'asymétrie

Le premier critère de la grille permet de comprendre quelle est l'origine de l'asymétrie de départ : textuelle, contextuelle ou jurisprudentielle. Le deuxième critère permet quant à lui de vérifier l'hypothèse. Toutefois, il importe également de mesurer quel est le degré de ces asymétries, autrement dit, si elles sont fortes ou faibles afin de déterminer dans quelle mesure on peut affirmer qu'il existe des asymétries entre les provinces dans la Constitution canadienne.

Dans la littérature juridique, les auteures Popelier et Sahadžić estiment qu'une asymétrie constitutionnelle quant au *statut* des entités fédérées au sein des institutions centrales sera faible si leur niveau de représentation varie, mais que les intérêts ou points de vue des entités les moins représentées influencent tout de même la prise de décision au sein de la fédération. Elle sera forte si une ou certaines entités ont un droit de veto, ou un quasi-droit de veto. En ce qui concerne l'asymétrie en termes de *pouvoirs* législatifs, elles la considèrent comme faible si les pouvoirs des entités fédérées sont différents, mais seulement dans le détail. À l'inverse, elle sera perçue comme forte si une ou certaines entités ont considérablement plus, ou moins, de pouvoirs que les autres<sup>294</sup>.

---

<sup>293</sup> Patricia POPELIER et Maja SAHADŽIĆ, « Preface », dans Patricia POPELIER et Maja SAHADŽIĆ (dir.), *Constitutional Asymmetry in Multinational Federalism : Managing Multinationalism in Multi-tiered Systems*, Cham, Springer International Publishing, 2019, p. v, aux p. v-vi.

<sup>294</sup> P. POPELIER et M. SAHADŽIĆ, préc., note 8, à la p. 7.

Nous nous baserons sur cette méthode de classification du degré d'asymétrie. Toutefois, nous estimons qu'il est à propos d'y ajouter. En effet, il est pertinent de s'arrêter aux domaines dans lesquels on retrouve ces asymétries. Une asymétrie dans un domaine de peu ou de grande importance devrait influencer sur la qualification du degré de cette asymétrie. Ainsi, plus un domaine est important pour les entités fédérées, plus on pourrait considérer qu'une asymétrie qui s'y inscrit engendrera des effets importants, ce qui influera sur sa qualification d'asymétrie forte ou faible. Afin de déterminer si un domaine donné est d'importance pour les entités fédérées, nous nous pencherons notamment sur la question de savoir si l'asymétrie influe sur la capacité des provinces à faire d'importants choix de société, à mener leurs projets politiques à terme. De plus, nous observerons si la présence de cette asymétrie est sujette à débats, ce qui donnera un indice à savoir si elle entrave la ou les provinces dans l'exercice de leur souveraineté.

#### 2.4. La procédure de modification de la disposition asymétrique

Enfin, il est à propos de s'attarder au degré selon lequel la Constitution protège et consacre l'asymétrie entre les entités fédérées. Nous entendons ici le degré de difficulté associé à la modification ou à l'abrogation de la disposition asymétrique. Cela ne signifie pas qu'une disposition difficilement modifiable crée nécessairement une plus grande asymétrie. Toutefois, cela peut donner un indice de son importance dans l'ordre constitutionnel. Nous verrons donc si la disposition fait partie de la constitution matérielle, modifiable par une loi ordinaire, ou si elle fait partie de la constitution formelle, ce qui engendre une procédure de modification plus complexe<sup>295</sup>. Une attention sera donc portée à la formule de modification<sup>296</sup> applicable à la disposition asymétrique.

Nous considérons cette question importante, puisque les formules de modification sont non seulement le fruit d'une entente entre les entités constituantes, mais elles édictent également de quelle façon les ententes qui ont été conclues par celles-ci peuvent être modifiés à l'avenir<sup>297</sup>. Par

---

<sup>295</sup> Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 2014, par. I.10-I.11.

<sup>296</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, partie V.

<sup>297</sup> S. GRAMMOND, préc., note 163, p. 813 ; Si le Québec n'a jamais donné son consentement à la *Loi constitutionnelle de 1982*, il n'en demeure pas moins, comme nous le verrons au chapitre 2 de ce mémoire, que la Cour suprême se fondera en partie sur le caractère négocié des formules de modification pour en interpréter la portée. Pour ce faire, elle s'attardera à l'intention des provinces, y compris à celle du Québec.

ailleurs, si c'est l'interprétation judiciaire qui a consacré une procédure de modification plus ou moins complexe, ce facteur sera pris en considération dans l'évaluation du rôle de la Cour dans le processus d'asymétrisation ou de symétrisation de la fédération.

### **3. Conclusion**

Dans son ensemble, cette méthodologie permettra, lorsqu'appliquée à la Constitution canadienne, de répondre à la question de recherche. Nous pourrions comprendre quelles sont les asymétries que l'on retrouve dans la Constitution, quelles sont leurs origines, quel fut le rôle des tribunaux dans la consécration, ou la diminution de ces asymétries, et quel est le degré de celles-ci. Par ailleurs, elle devrait permettre de confirmer, ou d'infirmer notre hypothèse. Sans prétendre que les considérations que l'on retrouve en science politique sur l'asymétrie constituent le seul fondement du raisonnement de la Cour, ou de sa conclusion quant à l'interprétation d'une disposition asymétrique, nous pourrions néanmoins observer si elles influencent ses motifs.

## **Conclusion du chapitre 1**

Ce premier chapitre a permis de jeter les bases des fondements de l'asymétrie constitutionnelle et du rôle que peut en théorie jouer un tribunal dans le processus de symétrisation ou d'asymétrisation de la fédération par le biais de l'interprétation judiciaire.

La première section de ce chapitre a cherché à conceptualiser la notion de l'asymétrie. Dans un premier temps, nous avons exploré les diverses acceptions que l'on retrouve de ce concept dans la doctrine, ainsi que justifié notre choix de retenir une définition particulière plutôt qu'une autre dans le cadre du présent mémoire. Nous avons par la suite exploré en quoi la symétrie se présente comme la norme, ou le référent dans les fédérations, en raison du modèle américain qui fut longtemps l'hégémon. De ce fait, l'asymétrie fut traditionnellement appréhendée comme une anomalie. Nous avons poursuivi en étayant à la fois les motifs qui appuient l'avènement d'asymétries dans une fédération et, à l'inverse, ceux qui militent en défaveur de ce type d'arrangement. De ces observations, nous pouvons tirer comme conclusion que l'ensemble des arguments en faveur, et en défaveur, d'arrangements asymétriques peuvent se rattacher à des considérations quant à la stabilité et la pérennité de la fédération. En effet, selon la position des auteurs, l'asymétrie est tantôt un

vecteur d'instabilité, puisque la reconnaissance d'un statut spécial mènerait à davantage de demandes d'accommodement, tantôt une formule nécessaire à la survie d'une fédération qui se caractérise par une forte diversité. Paradoxalement, les tenants de la symétrie perçoivent la sécession comme le résultat ultime vers lequel tendraient les arrangements asymétriques, alors que les défenseurs d'arrangements asymétriques voient la sécession comme la conséquence inévitable de la négation de ce type d'arrangements<sup>298</sup>.

La deuxième section du présent chapitre a, pour sa part, consisté en l'élaboration d'une méthodologie qui servira à l'analyse des dispositions asymétriques ciblées aux chapitres deux et trois. Les éléments pris en compte dans notre grille permettront d'abord de comprendre quelle est l'origine des asymétries constitutionnelles à l'étude, quel est leur degré d'importance ainsi que l'étendue de la protection qui leur est conférée. Ces considérations permettront de mieux saisir le rôle de la Cour dans l'interprétation ou la consécration des asymétries à l'étude. Nous pourrions en effet appréhender quelle est l'attitude du tribunal envers la possibilité que les provinces ne soient pas toutes traitées symétriquement par la Constitution canadienne. Enfin, nous tenterons d'effectuer des rapprochements, si possible, entre les arguments mis de l'avant par la Cour dans l'interprétation d'une disposition, et les considérations en faveur ou en défaveur de l'asymétrie exposés dans la section 1 du présent chapitre, dans le but de vérifier notre hypothèse de départ.

## **Chapitre 2 – Des asymétries de représentation des provinces au sein des institutions centrales**

### **Introduction – De la participation des entités fédérées dans les institutions centrales**

Une constitution, dans un contexte fédéral, sert évidemment à diviser l'exercice du pouvoir souverain entre au moins deux ordres de gouvernement. Toutefois, elle sert aussi à définir les grandes institutions centrales au fonctionnement de l'État. En ce sens, l'une des principales préoccupations lors de l'élaboration de la structure de ces institutions est le souci qu'elles reflètent

---

<sup>298</sup> R. SIMEON et D.-P. CONWAY, préc., note 257, à la p. 346.

et complètent la nature fédérale de l'État<sup>299</sup>. Alors que le partage des compétences entre les divers ordres de gouvernement renvoie à la notion d'*autonomie* ou de *self-rule*, celle des institutions fédérales centrales réfère plutôt à la notion de *participation* ou de *shared-rule*<sup>300</sup>. Parmi les institutions centrales qui contribuent à cette dernière, on compte la Chambre haute ainsi que l'arbitre judiciaire fédéral<sup>301</sup>. Ce sont ces deux institutions qui font l'objet du présent chapitre<sup>302</sup>. Pour certains, en contexte fédéral multinational, l'un des facteurs qui contribuent à maintenir la légitimité de l'organisation politique est la représentation des minorités au sein des institutions centrales<sup>303</sup>. La consécration d'une asymétrie de statut entre les entités fédérées au sein de ces institutions peut ainsi servir à prendre en compte la situation particulière de minorités nationales.

Pour mener à terme notre étude de la composition du Sénat et de la Cour suprême, nous appliquerons la grille d'analyse élaborée au chapitre précédent<sup>304</sup>. Ainsi, nous qualifierons dans un premier temps l'asymétrie qui se présente dans chacune de ces institutions comme une asymétrie découlant du texte constitutionnel, de son contexte d'adoption ou encore de son interprétation. Cette première qualification permettra de comprendre si l'asymétrie était voulue par le constituant, ou si elle est plutôt l'œuvre des tribunaux.

---

<sup>299</sup> J. H. A. WEBBER, préc., note 87, p. 84 et 86.

<sup>300</sup> Les notions d'autonomie et de participation, ou en anglais de *self-rule* et de *shared-rule*, caractérisent toutes les fédérations. Voir R. L. WATTS, préc., note 1, p. 7 : « L'expression "système politique fédéral" désigne une grande catégorie de régimes politiques où, par opposition au centre de pouvoir unique des systèmes unitaires, il existe deux (ou plusieurs) niveaux de gouvernement qui allient des éléments du partage des pouvoirs par le truchement d'institutions communes et d'autonomie régionale pour les gouvernements des collectivités qui les composent. »

<sup>301</sup> Robert SCHERTZER, « Quebec Justices as Quebec Representatives : National Minority Representation and the Supreme Court of Canada's Federalism Jurisprudence », (2016) 46-4 *Publius : The Journal of Federalism* 539, p. 540.

<sup>302</sup> La troisième institution centrale de la fédération canadienne, soit la Chambre des communes, ne fait pas l'objet du présent mémoire. La représentation de chaque province à la Chambre basse se fait majoritairement sur une base proportionnelle, c'est-à-dire une représentation fondée sur la population : art. 51 LC 1867 ; José WOEHLING, « Les enjeux de la réforme du Sénat canadien », (1992) 23-1 *R.G.D.* 81, p. 87 ; H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 295, par. VI-1.95 ; Toutefois, la représentation par la population peut être écartée dans certains cas précis, puisque chaque province a le droit d'avoir à la Chambre des communes un nombre de députés au moins égal au nombre de sénateurs par lequel elle est habilitée à être représentée (art. 51 et 51A LC 1867). Si chaque province se voit représenter à la Chambre basse par un nombre de députés différents, et que la représentation ne s'établit pas uniquement sur une base proportionnelle, la doctrine ne considère généralement pas que cette différence se qualifie d'asymétrie constitutionnelle. À titre d'exemple, le politologue Ronald Watts qualifie la différence de représentation des provinces à la Chambre basse d'asymétrie politique, par opposition à l'asymétrie constitutionnelle, puisqu'elle se fonde principalement sur la représentation par la population, donc sur des différences démographiques naturelles. Elle est caractéristique de presque toutes les fédérations : R. L. WATTS, préc., note 1, p. 67.

<sup>303</sup> R. SCHERTZER, préc., note 301, p. 539.

<sup>304</sup> *Supra*, chapitre 1, section 2 : « De l'élaboration d'une méthodologie pour l'analyse des dispositions constitutionnelles asymétriques ».

Dans un deuxième temps, nous verrons l'interprétation historique et doctrinale de l'objet de ces asymétries. Puisque la jurisprudence des tribunaux ne vise que certaines questions précises relatives aux deux institutions à l'étude, une analyse qui ne s'attarderait qu'à quelques arrêts clés ne broserait pas un portrait complet du rôle de ces institutions et de l'asymétrie de représentation des entités fédérées qui s'y inscrit. D'une part, cela permettra d'analyser les débats parlementaires qui ont précédé la création du Sénat et de la Cour suprême et de comprendre la manière dont les représentants des provinces ainsi que la doctrine appréhendaient l'asymétrie qui s'inscrit dans ces institutions. D'autre part, cela permettra de mettre en relief les divergences entre la conception que les sources historiques et la doctrine se font de ces asymétries par rapport à la lecture qu'offre le tribunal. Ainsi, nous verrons dans quelle mesure l'interprétation retenue par la Cour suprême faisait consensus, ce qui nous permettra d'évaluer son rôle dans le processus de symétrisation, ou d'asymétrisation, de la fédération.

Dans un troisième temps, nous porterons notre attention sur l'interprétation jurisprudentielle à la fois du rôle de l'institution dans la fédération canadienne, et de l'objectif de l'asymétrie entre les provinces qui s'y inscrit. Cette analyse permettra de comprendre la conception que se fait la Cour de la raison d'être de ces asymétries. Nous tenterons par la suite de relier les considérations prises en compte par le tribunal avec la théorie en science politique au sujet de l'asymétrie. Cette comparaison contribuera à vérifier notre hypothèse.

Finalement, la dernière partie de notre analyse portera sur le degré ainsi que sur l'importance de l'asymétrie consacrée par les dispositions à l'étude. Pour ce faire, nous évaluerons dans quelle mesure l'asymétrie entre les provinces dans ces institutions influe sur la prise de décision dans la fédération. Autrement dit, dans quelle mesure peut-on affirmer que les sénateurs ou les juges à la Cour suprême sont porte-parole des provinces qu'ils représentent ? Les provinces surreprésentées sont-elles réellement avantagées par rapport à celles qui ne le sont pas ? Enfin, en ce qui a trait à l'importance de l'asymétrie, nous verrons quel est le rôle des deux institutions que sont le Sénat et la Cour suprême dans le fonctionnement du fédéralisme canadien et à quel degré l'asymétrie qui s'y inscrit est protégée par les formules de modification de la Constitution. À terme, ce processus devrait nous permettre d'évaluer la portée de l'asymétrie entre les provinces dans ces institutions et de déterminer quelle fut la posture de la Cour suprême face à ces asymétries.

## Section 1 – De la représentation des provinces au Sénat

### 1. Introduction

Il est de coutume de dire que la représentation égale des États fédérés dans la Chambre haute constitue la norme dans les fédérations, en raison du précédent établi par les États-Unis. En effet, la représentation des États fédérés au Sénat américain est symétrique : chacun est représenté par deux sénateurs, et ce, peu importe la taille de sa population ou encore le moment de son entrée dans la fédération. James Madison, dans *The Federalist No 39*, indique au sujet de l'éventuel Sénat américain que ce dernier « will derive its powers from the States, as political and coequal societies; and these will be represented on the principle of equality in the Senate »<sup>305</sup>. De l'idée que les États fédérés américains sont égaux découle donc la conséquence qu'ils devraient avoir une représentation identique dans la Chambre haute<sup>306</sup>. Il s'agit là d'une avenue que le constituant canadien a choisi de ne pas emprunter : la représentation des provinces au Sénat canadien est asymétrique, chacune d'entre elles n'étant pas représentée par le même nombre de sénateurs.

### 2. Analyse de l'article 22 de la *Loi constitutionnelle de 1867*

#### 2.1. L'origine textuelle de l'asymétrie

La composition du Sénat est prévue à l'article 22 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dont le libellé va comme suit :

« **Représentation des provinces au Sénat – 22.** En ce qui concerne la composition du Sénat, le Canada sera censé comprendre quatre divisions :

1. Ontario ;

2. Québec ;

3. les provinces Maritimes — la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick — ainsi que l'Île-du-Prince-Édouard ;

---

<sup>305</sup> James MADISON, « The Federalist No 39 - The Conformity of the Plan to Republican Principles », *Independent Journal*, 16 janvier 1788, en ligne : <<https://pressbooks.library.torontomu.ca/federalist/chapter/no-39-the-conformity-of-the-plan-to-republican-principles/>>.

<sup>306</sup> A. de TOCQUEVILLE, préc., note 2, p. 189-190.

4. les provinces de l'Ouest : le Manitoba, la Colombie-Britannique, la Saskatchewan et l'Alberta ;

les quatre divisions doivent (subordonnement aux révisions de la présente loi) être également représentées dans le Sénat, ainsi qu'il suit : — Ontario par vingt-quatre sénateurs ; Québec par vingt-quatre sénateurs ; les Provinces maritimes et l'Île-du-Prince-Édouard par vingt-quatre sénateurs, dont dix représentent la Nouvelle-Écosse, dix le Nouveau-Brunswick, et quatre l'Île-du-Prince-Édouard ; les Provinces de l'Ouest par vingt-quatre sénateurs, dont six représentent le Manitoba, six la Colombie-Britannique, six la Saskatchewan et six l'Alberta ; la province de Terre-Neuve aura droit d'être représentée au Sénat par six sénateurs ; le territoire du Yukon, les territoires du Nord-Ouest et le territoire du Nunavut ont le droit d'être représentés au Sénat par un sénateur chacun.

En ce qui concerne la province de Québec, chacun des vingt-quatre sénateurs la représentant, sera nommé pour l'un des vingt-quatre collèges électoraux du Bas-Canada énumérés dans la cédule A, annexée au chapitre premier des statuts refondus du Canada. »

Si les régions sont représentées également au Sénat canadien, les provinces ne le sont en revanche pas. Par ailleurs, seuls l'Ontario et le Québec se qualifient simultanément en tant que province et en tant que l'une des quatre divisions du Sénat<sup>307</sup>. Quant à Terre-Neuve, elle se trouve dans une situation différente des autres provinces, puisqu'elle ne fait partie d'aucune des quatre divisions. Finalement, le dernier alinéa de l'article 22 vise exclusivement la province de Québec, en prévoyant que ses 24 sénateurs seront nommés en fonction de collèges électoraux prédéterminés. Une telle exigence n'existe pas pour les autres régions ni pour les autres provinces. En somme, l'asymétrie de représentation des provinces au sein du Sénat est textuelle, puisqu'elle est expressément prévue par le libellé de la Constitution. Nous pouvons de ce fait en inférer qu'elle était voulue par le constituant.

## 2.2. Interprétation historique et doctrinale de la disposition

Avant de nous attarder à la posture de la Cour suprême face à l'asymétrie consacrée entre les provinces au Sénat, ce qui fera l'objet de la prochaine sous-section<sup>308</sup>, nous estimons opportun de débiter notre analyse en puisant dans les sources historiques et doctrinales au sujet de la Chambre haute. Cela nous permettra de contextualiser l'analyse subséquente de la jurisprudence de la Cour ainsi que de brosser un portrait plus fidèle et complet de l'asymétrie entre les provinces au Sénat.

---

<sup>307</sup> Robert A. MACKAY, *The Unreformed Senate of Canada*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, McClelland and Stewart, 1963, p. 113.

<sup>308</sup> *Infra*, chapitre 2, section 1, sous-section 2.3 : « Interprétation jurisprudentielle de la disposition ».

De prime abord, les rôles traditionnel et théorique d'une chambre haute en contexte fédéral seront analysés (section 2.2.1). Ensuite, nous explorerons les origines ainsi que le rôle pratique du Sénat en contexte canadien (section 2.2.2). La question de la représentation des provinces au sein de l'institution sera également étudiée (section 2.2.3). Finalement, nous porterons notre attention sur la situation particulière des collègues électoraux québécois (section 2.2.4).

### 2.2.1. *Le rôle traditionnel et théorique d'une chambre haute dans une fédération*

Les concepts de bicaméralisme et de fédéralisme sont étroitement associés depuis l'avènement de la fédération américaine<sup>309</sup>. Le rôle des secondes chambres serait double : la révision des lois et la représentation des intérêts régionaux. Si le premier rôle peut être bénéfique dans le cadre d'un État unitaire<sup>310</sup>, le second est davantage propre aux États fédéraux<sup>311</sup>. Selon James Madison, la fonction de révision d'une chambre haute se décline à son tour en deux composantes :

« In order to judge of the form to be given to this institution, it will be proper to take a view of the ends to be served by it. These were, first, to protect the people against their rulers, secondly, to protect the people against the transient impressions into which they themselves might be led. »<sup>312</sup>

En ce qui concerne la deuxième fonction d'une chambre haute, elle fait contrepoids au principe de représentation par la population dans la chambre basse, et permet de tenir compte des intérêts des entités juridiques que sont les États fédérés, ou encore des régions ou des groupes ethniques composant le pays<sup>313</sup>. La prise en compte de ces intérêts est ce qui justifie habituellement une surreprésentation des petites unités. On s'assure ainsi que les points de vue des différentes entités ne soient pas étouffés par certaines provinces plus peuplées<sup>314</sup>. En somme, la chambre haute permet en théorie la réalisation du principe démocratique, du principe de la protection des minorités et le respect de la diversité des entités fédérées<sup>315</sup>.

---

<sup>309</sup> Ronald L. WATTS, « Le bicaméralisme dans les régimes parlementaires fédéraux », dans Serge JOYAL (dir.), *Protéger la démocratie canadienne : Le Sénat, en vérité...*, Montréal, Presses universitaires McGill-Queen's, 2003, p. 73, à la p. 73.

<sup>310</sup> *Id.*, aux p. 74-75.

<sup>311</sup> Janet AJZENSTAT, « Le bicaméralisme et les architectes du Canada : les origines du Sénat canadien », dans Serge JOYAL (dir.), *Protéger la démocratie canadienne : Le Sénat, en vérité...*, Montréal, Presses universitaires McGill-Queen's, 2003, p. 3, à la p. 16.

<sup>312</sup> James MADISON, *Journal of the Constitutional Convention*, vol. 1, Chicago, Albert Scott & Co., 1894, p. 241-242.

<sup>313</sup> Jean-Charles BONENFANT, « La vocation manquée du Sénat canadien », (1972) 37 *Cahiers des dix* 51, p. 51.

<sup>314</sup> R. L. WATTS, préc., note 309, à la p. 75.

<sup>315</sup> *Id.*, à la p. 76.

Dans la plupart des fédérations, l'intérêt des régions est synonyme d'intérêts des entités fédérées. Par ailleurs, lorsque ce sont uniquement les intérêts des provinces qui sont représentées au Sénat, alors les intérêts des minorités ne seront protégés que dans la mesure où il s'agit de minorités nationales, c'est-à-dire des minorités qui constituent par ailleurs une majorité dans l'un des États fédérés<sup>316</sup>. Finalement, la représentation des intérêts des régions ou des provinces dans la chambre haute dépend de la mesure dans laquelle on considère que les sénateurs expriment leurs préoccupations, celles de leurs électeurs ou celles de leurs assemblées législatives<sup>317</sup>.

### 2.2.2. *Les origines et les fonctions du Sénat canadien*

Dans la littérature, certains soutiennent que Pères de la fédération ne voyaient pas le principe fédéral comme consacré par la distribution des compétences, mais plutôt par la structure du Parlement central et de l'équilibre entre la Chambre des communes et le Sénat<sup>318</sup>. C'est notamment ce qui expliquerait que dans les débats préconfédératifs, l'aspect le plus litigieux de l'union fédérale ne fut pas la distribution du pouvoir législatif entre les deux ordres de gouvernement, mais plutôt les pouvoirs ainsi que la composition du Sénat. En effet, près de la moitié de la Conférence de Québec, qui s'étendit sur 14 jours, fut consacrée à cette question<sup>319</sup>. Selon le *Comité permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, le Sénat aurait historiquement rempli quatre fonctions : un rôle de révision législative, un rôle d'enquêteur, un rôle de représentation régionale et un rôle de protection de minorités, entre autres linguistiques<sup>320</sup>. Une attention particulière sera portée à ces deux dernières fonctions.

L'une des fonctions du Sénat à son origine, du moins dans l'esprit de certains des fondateurs, était de représenter les intérêts des régions et des provinces<sup>321</sup>. En ce sens, il devait servir de contre-pouvoir permettant de tenir responsables les détenteurs du pouvoir fédéral aux yeux des provinces

---

<sup>316</sup> *Id.*

<sup>317</sup> *Id.*, à la p. 77.

<sup>318</sup> Peter Busby WAITE, *The Life and Times of Confederation 1864-1867: Politics, Newspapers, and the Union of British North America*, coll. « Heritage », Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 1962, p. 110 ; Patrick J. MONAHAN, *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada*, Toronto, Carswell, 1987, p. 171.

<sup>319</sup> P. J. MONAHAN, préc., note 318, p. 171.

<sup>320</sup> CANADA, PARLEMENT, *Rapport sur certains aspects de la Constitution Canadienne*, Ottawa, Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, 1980, p. 33-34, en ligne : <<https://primarydocuments.ca/report-on-certain-aspects-of-the-canadian-constitution/>>.

<sup>321</sup> R. A. MACKAY, préc., note 307, p. 112.

et d'en prévenir les abus<sup>322</sup>. Les sénateurs mettraient par ailleurs leur connaissance de leurs régions respectives au profit des délibérations sur des enjeux nationaux<sup>323</sup>. Mais le rôle du Sénat en tant que protecteur de ces intérêts fut mitigé dans l'histoire de la fédération<sup>324</sup>, de telle sorte que l'on ne peut pas aujourd'hui affirmer qu'il constitue une chambre des régions ou des provinces<sup>325</sup>.

Un autre rôle du Sénat aurait été la protection des minorités de l'époque. En effet, « [t]here was general agreement that the protection of minorities was an important function of the Senate. »<sup>326</sup> Les minorités dont on prévoyait la protection par l'entremise du Sénat étaient probablement des minorités régionales ou politiques<sup>327</sup>. La *Loi constitutionnelle de 1867* conférait certaines protections aux minorités religieuses et linguistiques<sup>328</sup>. Elle permit également à la population minoritaire francophone catholique de former la majorité au sein d'une des entités constituantes. En ce sens, on peut dire que dans le cas particulier du Québec, le Sénat avait pour fonction à la fois de protéger ses intérêts en tant que province, mais également en tant que foyer d'une population francophone et catholique minoritaire.

Le Sénat canadien serait de nature hybride, puisqu'inspiré à la fois de la Chambre des Lords britannique et du Sénat américain. À l'image de la Chambre des Lords, d'abord, puisque les sénateurs sont nommés, que leurs qualifications sont de nature à donner à la Chambre haute un prestige supérieur à celle de la Chambre basse et que l'une des fonctions du Sénat est de réviser les lois. À l'instar du Sénat américain ensuite, puisque l'un de ses rôles d'origine était d'être une chambre fédérale visant à protéger les droits des régions ainsi que des provinces<sup>329</sup>. Le Sénat canadien est donc une combinaison d'un souci de représentation des intérêts élitistes en raison de

---

<sup>322</sup> Vincent POULIOT, « Revisit the Senate as it was meant to be – The Upper House was created to protect provincial interests in the federal legislative process », (2015) 24-1 *Forum constit.* 15, p. 15.

<sup>323</sup> J. AJZENSTAT, préc., note 311, à la p. 19.

<sup>324</sup> R. A. MACKAY, préc., note 307, p. 112.

<sup>325</sup> *Id.*, p. 114.

<sup>326</sup> *Id.*, p. 127.

<sup>327</sup> Benoît PELLETIER, « Réponses suggérées aux questions soulevées par le renvoi à la Cour suprême du Canada concernant la réforme du Sénat », (2013) 43-2 *R.G.D.* 445, n° 75, p. 485 ; J. AJZENSTAT, préc., note 311, à la p. 7.

<sup>328</sup> R. A. MACKAY, préc., note 307, p. 127.

<sup>329</sup> J. WOEHLING, préc., note 302, p. 84.

qualifications pécuniaires<sup>330</sup> et d'un souci de représentation des régions<sup>331</sup>. Toutefois, ces deux objectifs furent rapidement minés. L'inflation rendit en quelque sorte caduques<sup>332</sup> les qualifications de propriété requises pour être sénateur<sup>333</sup>. Enfin, en raison du mode de nomination des sénateurs, soit par le premier ministre fédéral, on considère généralement que le Sénat n'a pas la légitimité démocratique pour s'opposer à la volonté exprimée par les représentants élus de la Chambre des communes<sup>334</sup>.

### 2.2.3. *La représentation des provinces au Sénat*

L'une des premières questions à trancher lors de la création d'une chambre haute est celle de sa composition<sup>335</sup>. D'une étude comparative du fonctionnement des fédérations, Ronald Watts conclut que malgré la tendance à penser l'inverse, la norme serait l'asymétrie de représentation des entités fédérées au Sénat. Dans les faits, les modalités de représentation des entités fédérées varient d'une fédération à une autre, mais il y a fréquemment un souci de tenir compte et de compenser la domination que les entités plus peuplées peuvent exercer dans la prise de décision. De ce fait, on tente généralement de pondérer la représentation au Sénat de telle sorte que les entités régionales plus petites ainsi que les minorités puissent y avoir une voix<sup>336</sup>.

Les professeurs Popelier et Sahadžić soutiennent que dans les fédérations où l'on maintient l'égalité formelle de représentation à la chambre haute, cela entraîne une surreprésentation des entités fédérées les plus petites et crée une sorte d'inégalité entre les unités. Ainsi, l'inégalité entre

---

<sup>330</sup> On ne peut en effet pas parler d'intérêts aristocratiques comme c'était initialement le cas pour tous les membres de la Chambre des Lords en Angleterre, puisque le titre, au Canada, n'est pas héréditaire. À cet égard, lors des débats préconfédératifs, John A. MacDonald tint les propos suivants : « Une chambre haute héréditaire est une impossibilité en ce jeune pays, car nous n'avons aucun des éléments propres à former une aristocratie foncière ; nous sommes sans fortunes territoriales - nous n'avons aucune classe séparée et distincte du peuple et un corps politique héréditaire ne conviendrait par conséquent en aucune manière à notre état de société. Il se réduirait bientôt à rien. » Voir *Débats de 1865*, p. 36.

<sup>331</sup> Jeremy H. A. WEBBER, « Frustrations of Federalism, Frustrations of Democracy: Trudeau, Transformative Change and the Canadian Constitutional Order », dans Noura KARAZIVAN et Jean LECLAIR (dir.), *L'héritage politique et constitutionnel de Pierre Elliott Trudeau*, Toronto, LexisNexis, 2020, p. 101, à la p. 124.

<sup>332</sup> *Id.*, à la p. 124.

<sup>333</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 23(4).

<sup>334</sup> J. WOEHLING, préc., note 302, p. 84.

<sup>335</sup> Cheryl SAUNDERS, « Le potentiel et les pièges du bicaméralisme dans une démocratie fédérale », dans Alain-G. GAGNON et Johanne POIRIER (dir.), *L'avenir du fédéralisme canadien - Acteurs et institutions*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2020, p. 27, à la p. 34.

<sup>336</sup> R. L. WATTS, préc., note 309, à la p. 88.

les entités constituantes serait inévitable<sup>337</sup>, que l'on adopte une solution asymétrique ou que l'on opte pour la symétrie formelle. Dans la même optique, le professeur Woehrling souligne que l'égalité absolue des provinces conduit à une injustice et risque d'engendrer des effets antidémocratiques. Ce serait le cas si un grand nombre d'entités fédérées peu peuplées s'opposaient à la volonté des grands États où vit la majorité de la population<sup>338</sup>. Il existe donc une tension entre le fort symbolisme de la représentation égale des entités fédérées d'une part, et le standard démocratique voulant que la voix de chaque électeur compte de manière identique<sup>339</sup>. En ce sens, la symétrie n'est donc pas toujours synonyme d'égalité.

À ce stade, nous pouvons tirer deux conclusions de la comparaison avec d'autres régimes fédéraux. D'une part, la symétrie ne serait pas la norme dans la représentation des unités constituantes à la chambre haute, et d'autre part, lorsque c'est le cas, elle n'est pas garante d'un traitement égalitaire des entités. Si le Canada, dont les provinces ne sont pas représentées également au Sénat, ne constitue pas une exception, il figure en revanche comme « un cas unique parmi les fédérations étant donné que la représentation y est établie en fonction de quatre groupes régionaux de provinces »<sup>340</sup>. Le cas canadien se distingue donc par l'établissement d'une distinction constitutionnelle entre les régions et les provinces pour les fins de la représentation au Sénat<sup>341</sup>.

Le politologue Robert A. MacKay, dans son ouvrage phare sur le Sénat canadien, affirme qu'en raison de différences de langue et de religion, on estima qu'au Sénat, le Haut et le Bas-Canada, aujourd'hui l'Ontario et le Québec, devaient être considérés comme deux divisions distinctes. Le Bas-Canada insista pour que sa représentation dans la Chambre haute soit égale à celle du Haut-Canada, et ce, bien que cette dernière soit plus peuplée<sup>342</sup>. Selon la lecture que Jean-Charles Bonenfant fait des débats préconfédératifs, George-Étienne Cartier voyait le Sénat comme une institution qui protégerait les intérêts du Québec dans la nouvelle union législative<sup>343</sup>. Toujours selon cet auteur, si le Sénat n'a pas spécialement été conçu pour refléter la dualité canadienne, les

---

<sup>337</sup> P. POPELIER et M. SAHADŽIĆ, préc., note 8, à la p. 6.

<sup>338</sup> J. WOEHLING, préc., note 302, p. 88.

<sup>339</sup> C. SAUNDERS, préc., note 335, à la p. 34.

<sup>340</sup> R. L. WATTS, préc., note 1, p. 99.

<sup>341</sup> R. L. WATTS, préc., note 309, à la p. 76.

<sup>342</sup> J.-C. BONENFANT, préc., note 313, p. 53.

<sup>343</sup> *Id.*, p. 57.

Canadiens français ont en revanche plus facilement accepté la représentation selon la population dans la Chambre basse en sachant que cette représentation serait équilibrée dans la Chambre haute<sup>344</sup>. En effet, et tel que le souligne le professeur Morin, « malgré l'écart croissant entre la population du Haut et celle du Bas-Canada, le principe de l'égalité entre les deux anciennes provinces n'a jamais été abandonné, en raison de l'opposition farouche de la députation bas-canadienne. »<sup>345</sup> La professeure Linda Cardinal indique également que la création du Sénat doit beaucoup au principe de la représentation des minorités puisqu'il permettrait, aux yeux des Canadiens français de 1867, de protéger les intérêts de ceux d'entre eux qui vivaient au Québec<sup>346</sup>.

Pour des raisons géographiques, les colonies des Maritimes furent considérées comme composant une troisième division. Elles partageaient en effet des intérêts économiques communs se distinguant de ceux du Canada-Uni. C'est ce qui justifia qu'on les regroupa dans une même division<sup>347</sup>. Initialement, les colonies des Maritimes demandèrent l'égalité de représentation de toutes les provinces en devenir. Moins peuplées, elles ne pourraient exercer que peu d'influence au sein de la Chambre basse, où la représentation par population régnerait<sup>348</sup>. Leur représentation au Sénat se profilait donc comme une manière de protéger leurs intérêts. Or, on s'accorda finalement pour diviser le Sénat en trois régions, qui seraient également représentées par 24 sénateurs<sup>349</sup>. Il faut noter qu'outre celles des Maritimes, plusieurs colonies craignaient que face aux « géants » de l'Amérique du Nord britannique, soit le Haut et le Bas-Canada, elles constituent uniquement un prolongement des deux provinces centrales<sup>350</sup>.

Comme le souligne Robert MacKay, il importe de distinguer entre les droits des divisions et ceux des provinces. Alors que les provinces sont les entités constituantes de la fédération canadienne, les divisions qui sont reconnues dans la *Loi constitutionnelle de 1867* ne le sont que dans le but d'assurer leur représentation égale au Sénat. Toutefois, et comme précédemment mentionné,

---

<sup>344</sup> *Id.*, p. 58.

<sup>345</sup> Michel MORIN, « L'élection des membres de la Chambre haute du Canada-Uni, 1856-1867 », (1994) 35-1 *C. de D.* 23, n° 89, p. 42.

<sup>346</sup> Linda CARDINAL, « La représentation des groupes minoritaires et des femmes au Sénat depuis 1867 », dans Alain-G. GAGNON et Johanne POIRIER (dir.), *L'avenir du fédéralisme canadien - Acteurs et institutions*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2020, p. 109, à la p. 112.

<sup>347</sup> R. A. MACKAY, préc., note 307, p. 34.

<sup>348</sup> *Id.*, p. 37.

<sup>349</sup> *Id.*

<sup>350</sup> J. AJZENSTAT, préc., note 311, à la p. 17.

l'Ontario et le Québec constituent à la fois des provinces et des divisions. Or, les régions en tant que telles, outre leur représentation au Sénat, n'ont aucun autre droit en vertu de la Constitution canadienne<sup>351</sup>. Terre-Neuve fait figure seule en ne faisant partie d'aucune division, ce qui se justifiait, selon les propos que John A. MacDonald tint lors des débats précédant la Confédération, par le fait que la province ne partageait pas les mêmes intérêts que les provinces des Maritimes et qu'elle avait un caractère spécial du fait de sa position géographique à l'embouchure du fleuve Saint-Laurent<sup>352</sup>. À cet effet, l'article 147 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, lequel prévoit la représentation de Terre-Neuve et de l'Île-du-Prince-Édouard au Sénat dans l'éventualité de leur admission à la Confédération, indique que cette dernière se joindra à la région des provinces maritimes, alors que ce n'est pas le cas pour la première<sup>353</sup>.

Un autre particularisme de la Chambre haute est le nombre de sénateurs par lequel une province est représentée, selon des proportions qui peuvent à certains égards sembler difficilement justifiables<sup>354</sup>. Pour David E. Smith, le nombre de sénateurs accordé à chaque province s'expliquerait en partie par la protection institutionnelle de l'autonomie du Québec, par l'anticipation du développement économique et démographique de l'Ontario et par la grande variation démographique entre les provinces les moins et les plus peuplées<sup>355</sup>. L'asymétrie de départ dans la représentation des entités fédérées au Sénat a perduré avec l'entrée des autres provinces<sup>356</sup>.

L'évolution démographique fit en sorte que des provinces relativement peuplées, telles la Colombie-Britannique et l'Alberta, ne sont représentées que par six sénateurs, alors que les provinces de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick, qui sont substantiellement moins peuplées, le sont par dix sénateurs<sup>357</sup>. De plus, seuls l'Ontario et le Québec ont pu figurer à la fois en tant que provinces et en tant que région, ce qui leur donnent, lorsque combiné, près de la

---

<sup>351</sup> R. A. MACKAY, préc., note 307, p. 113.

<sup>352</sup> Débats de 1865, p. 35.

<sup>353</sup> L'octroi de cette représentation spéciale pour Terre-Neuve se trouvait également dans les 72 résolutions ayant mené au texte final de l'A.A.N.B. : *Id.*, p. 1 art. 9.

<sup>354</sup> C. SAUNDERS, préc., note 335, à la p. 53.

<sup>355</sup> David E. SMITH, *Federalism and the constitution of Canada*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 2010, p. 78.

<sup>356</sup> A.-G. GAGNON et J.-D. GARON, préc., note 55, à la p. 93.

<sup>357</sup> R. L. WATTS, préc., note 309, à la p. 89.

moitié des sièges au Sénat d'aujourd'hui, sans qu'il semble avoir été tenu compte de l'éventualité de la création de nouvelles provinces. Ces dernières ont quant à elles dû fusionner leurs identités provinciales en deux catégories régionales dont le caractère homogène serait, selon David Milne, douteux. L'auteur qualifie d'ailleurs le nombre de sénateurs attribué à chaque province de purement arbitraire<sup>358</sup>. On peut quant à nous en tirer la conclusion que les provinces originelles sont favorisées dans leur représentation au Sénat par rapport aux provinces qui se sont jointes après 1867 dont l'évolution démographique pourrait de nos jours justifier une représentation plus importante au sein de l'institution<sup>359</sup>.

Si une chambre haute a en partie pour fonction de représenter les régions ou les entités fédérées, la doctrine soutient habituellement que cet objectif ne fut pas atteint en contexte canadien<sup>360</sup>. Puisque les sénateurs sont nommés par le Gouvernement fédéral, on considère généralement qu'ils ne représentent pas les provinces<sup>361</sup>. Par ailleurs, le seul lien de rattachement entre un sénateur et la province pour laquelle il est nommé est qu'il doit y avoir son domicile et y posséder des biens<sup>362</sup>. Ainsi, un sénateur nommé pour représenter une province ne véhicule pas nécessairement ses intérêts<sup>363</sup>. En vertu du droit positif actuel, « les provinces n'ont pas la compétence de participer au processus de sélection, de nomination ou d'élection des membres de la chambre censée pourtant représenter leurs intérêts au sein du Parlement fédéral. »<sup>364</sup> Le Canada est d'ailleurs la seule fédération au monde où les entités fédérées ne participent pas formellement à la sélection des sénateurs qui sont censés les représenter<sup>365</sup>.

---

<sup>358</sup> D. MILNE, préc., note 44, à la p. 4.

<sup>359</sup> Ce ne sont en effet pas toutes les provinces canadiennes qui se sont jointes à la Confédération après 1867 qui sont désavantagées dans leur représentation au Sénat. Pensons, à ce titre, à l'Île-du-Prince-Édouard et à Terre-Neuve, dont les populations au dernier recensement représentaient respectivement 0,42% et 1,38% de la population canadienne, et qui sont représentés respectivement par quatre et six sénateurs : CANADA, « Chiffres de population et des logements : Canada, provinces et territoires », *Statistique Canada*, 9 février 2022, en ligne : <<https://www150.statcan.gc.ca/t1/tb11/fr/tv.action?pid=9810000101>>.

<sup>360</sup> Gérald-A. BEAUDOIN, « La philosophie constitutionnelle du Rapport Pepin-Robarts », (1979) 57-3 *R. du B. can.* 428, p. 436.

<sup>361</sup> H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 295, par. VI-1.92.

<sup>362</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 23(3).

<sup>363</sup> H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 295, par. V-1.281.

<sup>364</sup> Catherine MATHIEU et Patrick TAILLON, « Aux frontières de la modification constitutionnelle : le caractère para-constitutionnel de la réforme du Sénat canadien », (2013) 5 *R.Q.D.C.* 7, p. 47.

<sup>365</sup> Ronald L. WATTS, « Federal Second Chambers Compared », dans Jennifer SMITH (dir.), *The Democratic Dilemma : Reforming the Canadian Senate*, Montréal, Presses universitaires McGill-Queen's, 2009, p. 35, à la p. 38.

#### 2.2.4. La question des collèges électoraux québécois

Comme prévu au dernier alinéa de l'article 22 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, seuls les sénateurs représentant le Québec doivent être nommés pour l'un des 24 collèges électoraux dont la liste figure dans la cédule A du chapitre premier des *Statuts refondus du Canada* de 1859<sup>366</sup>. Des débats préconfédératifs, il ressort que la conservation des collèges électoraux visait à tenir compte de la situation particulière du Bas-Canada<sup>367</sup> et serait l'issue d'accords entre les membres du gouvernement de cette partie du Canada-Uni<sup>368</sup>. La minorité anglo-protestante obtint des garanties supplémentaires en s'assurant que par le biais des collèges électoraux, les régions du Québec à majorité anglophone seraient représentées au Sénat<sup>369</sup>. Il est toutefois à noter que les minorités francophones des autres provinces n'obtinrent pas de telles garanties<sup>370</sup>. Les critères juridiques de la composition du Sénat sont d'ordre régional ou provincial. Mais dans le cas du Québec, ils sont également d'ordre local<sup>371</sup> et, dans une certaine mesure, linguistique<sup>372</sup>.

#### 2.3. Interprétation jurisprudentielle de la disposition

La section précédente a permis de comprendre les fondements historiques du Sénat canadien ainsi que la raison d'être de l'asymétrie de représentation qui y est inscrit, du moins d'un point de vue doctrinal et historique. Nous nous attarderons désormais à la jurisprudence de la Cour suprême en la matière. En premier lieu, nous explorerons l'idée que se fait la Cour du rôle du Sénat dans la fédération canadienne (section 2.3.1) ainsi que de la représentation asymétrique des provinces au sein de l'institution (section 2.3.2). Les principales considérations prises en compte dans le raisonnement de la Cour seront établies (section 2.3.3) pour par la suite être comparées avec les considérations théoriques que l'on retrouve en science politique sur l'asymétrie entre entités fédérées (section 2.3.4). Cette comparaison a pour but de vérifier notre hypothèse. Enfin, un bref

---

<sup>366</sup> *Les statuts refondus du Canada*, 1859, 22 Vict., c. 29, p. 5-7.

<sup>367</sup> Débats de 1865, p. 90.

<sup>368</sup> R. A. MACKAY, préc., note 307, p. 38.

<sup>369</sup> C'est également ce qui expliquerait que l'assemblée législative du Québec était bicamérale à l'origine, de manière à assurer une protection à la minorité anglo-saxonne à l'encontre d'une action législative de la Chambre basse. En effet, l'article 72 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, maintenant périmé, prévoyait que chacun des membres du Conseil législatif du Québec devait représenter l'un des 24 collèges électoraux de la province : J. WOEHLING, préc., note 302, n° 30, p. 91 ; M. MORIN, préc., note 345, n° 118, p. 47.

<sup>370</sup> J. WOEHLING, préc., note 302, n° 30, p. 91.

<sup>371</sup> H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 295, par. V-1.290.

<sup>372</sup> Il demeure toutefois entendu qu'il n'existe aucune exigence qu'un sénateur nommé pour un de ces collèges électoraux soit effectivement anglophone.

survol des critiques du raisonnement de la Cour permettra de soulever que sa posture n'était pas nécessairement celle à laquelle les communautés juridique et politique s'attendaient (section 2.3.5).

### 2.3.1. *Le rôle du Sénat selon la Cour suprême du Canada*

Au tournant des années 1980, le gouvernement fédéral projetait de réformer le Sénat canadien. Dans ce contexte, il soumit plusieurs questions à la Cour suprême quant à la compétence législative du Parlement pour mener à terme ces réformes. C'est notamment dans le cadre du *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*<sup>373</sup> que l'on peut percevoir ce qu'est le rôle du Sénat dans le fonctionnement de la fédération canadienne aux yeux du plus haut tribunal du pays :

« Le Sénat a un rôle vital en tant qu'institution faisant partie du système fédéral [...] Un but primordial de l'institution du Sénat, en tant que partie du système législatif fédéral, était [...] d'assurer la protection des divers intérêts régionaux au Canada quant à l'adoption de la législation fédérale. [...] Le pouvoir d'édicter des lois fédérales a été donné à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes. Ainsi, on a voulu que l'organisme créé pour protéger les intérêts des régions et des provinces participe à ce processus législatif. »<sup>374</sup>

La Cour décrira plus tard, dans le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*<sup>375</sup>, la Chambre haute comme l'une des institutions politiques fondamentales du pays se situant au cœur des ententes ayant permis l'union fédérale<sup>376</sup>. Elle permet d'assurer une forme de représentation des régions et des provinces en contrepartie de leur cession d'une part importante de leurs pouvoirs législatifs en entrant dans l'union<sup>377</sup>. De ce fait, l'un des rôles confiés au Sénat au moment de sa création était la représentation des intérêts des entités fédérées<sup>378</sup>.

Dans le cadre du *Renvoi relatif à la Chambre haute*, il était entre autres demandé au tribunal si le Parlement fédéral, agissant seul, avait le pouvoir d'abolir le Sénat. L'avis consultatif fut rendu en 1979, soit avant l'adoption des formules de modification. Le Parlement fédéral, aux termes de

---

<sup>373</sup> *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54, (ci-après « *Renvoi relatif à la Chambre haute* »).

<sup>374</sup> *Id.*, p. 66-68.

<sup>375</sup> *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, (ci-après « *Renvoi relatif au Sénat* »).

<sup>376</sup> *Id.*, par. 1.

<sup>377</sup> *Id.*, par. 15.

<sup>378</sup> *Id.*, par. 17.

l'article 91(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, avait le pouvoir de modifier de temps à autre la Constitution du Canada, sauf en ce qui concerne, entre autres, « les matières rentrant dans les catégories de sujets que la présente loi attribue exclusivement aux législatures des provinces ». Le paragraphe premier, ajouté à l'article 91 en 1949<sup>379</sup>, visait à donner au Parlement fédéral le même pouvoir de modification de sa constitution qui avait été reconnu aux législatures provinciales dès 1867<sup>380</sup>. Il s'agit là de la disposition que la Cour devait interpréter<sup>381</sup>. Le Sénat joue un rôle vital en tant qu'institution du régime fédéral. Même si son abrogation n'a pas un effet direct sur les compétences des provinces, elle a néanmoins un impact sur la structure du Parlement fédéral à qui la Constitution confère le pouvoir de légiférer en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>382</sup>. En effet, le Sénat est l'une des institutions qui doivent participer à l'édiction des lois fédérales<sup>383</sup>. Pour conclure que le Parlement fédéral ne peut unilatéralement abolir le Sénat, la Cour suprême s'appuie sur le raisonnement du Comité judiciaire du Conseil privé dans un autre renvoi :

« [TRADUCTION] Dans la mesure où l'Acte renferme un compromis en vertu duquel les provinces primitives consentaient à se fédérer, il est important de ne pas perdre de vue que le maintien des droits des minorités était une des conditions auxquelles ces minorités consentaient à entrer dans la fédération et qu'il constituait la base sur laquelle toute la structure allait par la suite être érigée. La façon dont on l'interprète d'année en année ne doit pas faire perdre de vue ou modifier les dispositions du contrat initial qui prévoyait l'établissement de la fédération ; il n'est pas juste non plus qu'une interprétation judiciaire des dispositions des art. 91 et 92 impose aux membres de la fédération un contrat nouveau et différent. »<sup>384</sup>

Ainsi, le Sénat, en tant que l'une des institutions fondamentales lors de l'avènement du Dominion, sert non seulement à protéger les intérêts des régions et des provinces, mais également ceux des populations minoritaires présentes dans ces provinces ou qui deviendraient minoritaires du fait de l'union législative. La Cour a réitéré le rôle de protecteur des droits des minorités que joue le Sénat dans le *Renvoi relatif au Sénat*<sup>385</sup>. Finalement, outre son rôle de représentation et de protection, le

---

<sup>379</sup> *Acte de l'Amérique du Nord britannique (n° 2)*, 1949, 13 Geo. VI, c. 81 (R.-U.).

<sup>380</sup> Ce pouvoir des provinces découlait de l'article 92(1) LC 1867, maintenant abrogé et remplacé par l'article 45 LC 1982 ; GOUVERNEMENT DU CANADA, *The amendment of the Constitution of Canada*, Ottawa, Département de la justice, 1965, p. 9, en ligne : <[http://publications.gc.ca/collections/collection\\_2019/jus/J2-16-1965-eng.pdf](http://publications.gc.ca/collections/collection_2019/jus/J2-16-1965-eng.pdf)>.

<sup>381</sup> L'article 91(1) a été abrogé en 1982 et remplacé par l'article 44 LC 1982, lequel prévoit également des dispositions concernant la modification du Sénat.

<sup>382</sup> *Renvoi relatif à la Chambre haute*, p. 65-66.

<sup>383</sup> *Id.*, p. 70.

<sup>384</sup> *Re Aerial Navigation, A.-G. Can. v. A.-G. Ont. et al.*, [1932] A.C. 54, p. 70 (C. privé).

<sup>385</sup> *Renvoi relatif au Sénat*, par. 25 et 92.

Sénat a pour vocation de réviser de manière impartiale les projets de loi<sup>386</sup>, de jeter un second regard attentif sur les mesures législatives adoptées par la Chambre des communes<sup>387</sup>.

Il convient dès maintenant de préciser qu'une des critiques qui sera subséquemment faite du raisonnement adopté par la Cour dans l'avis consultatif de 2014 est celle selon laquelle elle adopte une vision idéaliste – plutôt que réaliste – du Sénat dans la fédération<sup>388</sup>. La Cour aurait passé outre le profond décalage entre l'idéal poursuivi par les Pères de la Confédération quant au rôle du Sénat, et la fonction qu'il joue à présent<sup>389</sup>. Ainsi, la Cour, dans ses deux renvois sur la réforme du Sénat, n'a pas évalué si l'institution s'acquitte effectivement du rôle qui avait été pensé pour elle en 1867<sup>390</sup>.

### 2.3.2. *La représentation des régions et des provinces au Sénat*

Dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*, la Cour suprême du Canada indique que le mode de représentation régionale tel qu'il a été consacré par la Constitution était essentiel à la création du Sénat<sup>391</sup>. Le plus haut tribunal du pays considère que la représentation égale entre régions au Sénat, et non proportionnelle à la population, avait pour objectif de garantir une voix aux régions dans le processus législatif, malgré le fait qu'elles devenaient minoritaires à l'échelle du pays. Au fil des ans, le Sénat aurait servi à protéger les intérêts des groupes sous-représentés à la Chambre des communes et dans le processus démocratique de manière plus générale<sup>392</sup>. Ces propos de la Cour doivent être nuancés. Si le Sénat permet dans une certaine mesure la protection de la minorité nationale qu'est le Québec, il existe en revanche peu de preuves empiriques que la Chambre haute aurait rempli de manière effective le même rôle à l'égard d'autres groupes minoritaires<sup>393</sup>.

---

<sup>386</sup> *Renvoi relatif à la Chambre haute*, p. 77.

<sup>387</sup> *Renvoi relatif au Sénat*, par. 15.

<sup>388</sup> Ian PEACH, « Fédéralisme et fraternité : des arrangements pour un dialogue fédéral dans les institutions centrales du Canada », dans Alain-G. GAGNON et Johanne POIRIER (dir.), *L'avenir du fédéralisme canadien - Acteurs et institutions*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2020, p. 89, à la p. 98.

<sup>389</sup> Noura KARAZIVAN, « Constitutional Structure and Original Intent: A Canadian Perspective », (2017) 2017-2 *U. Ill. L. Rev.* 629, p. 645.

<sup>390</sup> H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 295, par. V-1.282.

<sup>391</sup> *Renvoi relatif à la Chambre haute*, p. 76.

<sup>392</sup> *Renvoi relatif au Sénat*, par. 15-16.

<sup>393</sup> L. CARDINAL, préc., note 346, aux p. 111-114 ; Voir également, de manière plus générale, l'étude de J.-C. BONENFANT, préc., note 313.

Si les sénateurs ont pour fonction de représenter les provinces pour lesquelles ils sont nommés, la Cour suprême considère néanmoins que de permettre aux provinces de choisir leurs sénateurs impliquerait une participation indirecte des provinces dans le processus d'adoption des lois fédérales. Il en résulterait une délégation inconstitutionnelle de pouvoirs du fédéral vers les provinces<sup>394</sup>. En somme, si les sénateurs représentent les provinces et les régions, cela n'équivaut pas à une participation des provinces dans l'élaboration de la législation fédérale.

Finale­ment, dans l'arrêt *Figueroa*<sup>395</sup>, le juge LeBel se permet quelques remarques quant à la représentation régionale des provinces au Sénat. Selon lui, le Sénat incarne le principe de représentation démocratique collective des citoyens<sup>396</sup>. Il permettrait l'avènement d'une égalité relative minimale entre les provinces ou les régions canadiennes de telle sorte que les intérêts de leurs résidents respectifs ne puissent être entièrement écartés par la majorité à l'échelle du pays<sup>397</sup>.

### 2.3.3. *Les considérations prises en compte dans le raisonnement de la Cour*

Un des principes qui est au cœur de l'interprétation retenue par la Cour quant au Sénat est celui du fédéralisme, perçu comme étant le fruit d'un pacte entre des entités préexistantes à la Confédération. C'est ce qui explique en partie pourquoi la Cour considère que le Parlement ne peut pas modifier de manière substantielle et unilatérale le fonctionnement du Sénat canadien. Cette idée revient tant dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute* de 1979 que dans le *Renvoi relatif au Sénat* de 2014. Le raisonnement de la Cour dans le premier renvoi est résumé comme suit par le professeur Monahan :

« Essentially, the Court's argument can be reduced to the following three propositions. First, the confederation settlement was a "compact" between the various provinces which was later ratified by the British Parliament. Second, an essential element of the bargain was an Upper Chamber designed to protect sectional or provincial interests from majorities in the House of Commons. Therefore, it is beyond the power of the Canadian Parliament to alter the character of the Senate, regardless of the wording of s. 91(1). In effect, this restrictive reading of s. 91(1) is entailed by the federal character of Canada's constitution. »<sup>398</sup>

---

<sup>394</sup> *Renvoi relatif à la Chambre haute*, p. 77.

<sup>395</sup> *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37.

<sup>396</sup> *Id.*, par. 166 (motifs conc.).

<sup>397</sup> *Id.*, par. 169 (motifs conc.).

<sup>398</sup> P. J. MONAHAN, préc., note 318, p. 180.

Cette même logique revient dans le renvoi de 2014, où le Sénat est décrit comme le fruit d'une entente, d'un marché conclu entre les composantes de la fédération<sup>399</sup>. De ce fait, les éléments fondamentaux de l'institution ne peuvent être modifiés sans le consentement de ces partenaires<sup>400</sup>. Ainsi, le Parlement fédéral agissant seul ne peut modifier que les aspects du Sénat qui n'affectent ni les intérêts des provinces ni la nature ou les pouvoirs fondamentaux de l'institution<sup>401</sup>. C'est ce qui expliquerait, selon le tribunal, que les formules de modification prévues dans la *Loi constitutionnelle de 1982* servent à constitutionnaliser le *statu quo* jusqu'à ce qu'il existe un degré substantiel de consentement du fédéral et des provinces relativement à la modification de cette institution<sup>402</sup>.

Outre le fédéralisme, la Cour suprême accorde une importance accrue à la preuve historique dans les deux renvois concernant le Sénat<sup>403</sup>. Le *Renvoi relatif à la Chambre haute* marque la première fois où la Cour se réfère aux débats préconfédératifs pour guider son interprétation d'une disposition. Elle s'est servie de la preuve historique pour identifier la fonction du Sénat à l'époque de sa création<sup>404</sup>. Ainsi, plutôt que de déduire l'intention du constituant à partir du texte, la Cour se penche directement sur les propos des Pères fondateurs quant à l'adoption des dispositions pertinentes<sup>405</sup>. Selon le professeur Sébastien Grammond, « puisque le Sénat avait été conçu, à l'origine, pour assurer la représentation des provinces et des régions au sein du processus législatif fédéral, sa composition et son rôle ne pouvaient être considérés comme une affaire purement interne à l'ordre fédéral. »<sup>406</sup> En ce qui concerne le *Renvoi relatif au Sénat*, le contexte historique démontre que l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et la formule de modification qu'il contient, ont la même portée que l'ancien article 91(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. C'est entre autres ce qui permet à la Cour d'en arriver à la même conclusion qu'en 1979 : le Parlement fédéral ne peut opérer unilatéralement des modifications aux caractéristiques essentielles du Sénat.

---

<sup>399</sup> *Renvoi relatif au Sénat*, par. 17.

<sup>400</sup> S. GRAMMOND, préc., note 163, p. 814.

<sup>401</sup> Errol P. MENDES, « Constitutional Options After the Supreme Court's Decision in Reference Re Senate Reform; Restoring Trust and Credibility Through Senate Reform », (2015) 35-1 *N.J.C.L.* 85, p. 88.

<sup>402</sup> *Renvoi relatif au Sénat*, par. 31.

<sup>403</sup> *Id.*, par. 13-20 ; *Renvoi relatif à la Chambre haute*, p. 66-67.

<sup>404</sup> J. Gareth MORLEY, « Dead Hands, Living Trees, Historic Compromises: The Senate Reform and Supreme Court Act References Bring the Originalism Debate to Canada », (2015) 53-3 *Osgoode Hall L. J.* 745, p. 754.

<sup>405</sup> P. J. MONAHAN, préc., note 318, p. 179.

<sup>406</sup> Sébastien GRAMMOND, « Le contrôle judiciaire des modifications constitutionnelles au Canada », dans Dave GUÉNETTE, Marc VERDUSSEN et Patrick TAILLON (dir.), *La révision constitutionnelle dans tous ses états*, Montréal, Anthemis - Yvon Blais, 2020, p. 51, à la p. 63.

Selon Gareth Morley, « [i]f the dissenting provinces were trying to codify their victory in the Upper House Reference with what became Part V, then Parliament could do no more by itself in 2014 than it could before in 1979. »<sup>407</sup>

Finalement, dans le *Renvoi sur le Sénat*, la Cour suprême indique que la Constitution, loin d'être un simple amalgame de dispositions isolées, possède une architecture – ou une structure – fondamentale. Ainsi, c'est à la lumière de l'architecture de la Constitution et de l'imbrication de ses dispositions que l'on doit évaluer l'impact d'une modification<sup>408</sup>. Les modifications à la Constitution ne sont donc pas limitées au changement du texte, mais également à son fonctionnement<sup>409</sup>. La professeure Noura Karazivan résume ainsi le cheminement intellectuel de la Cour dans la détermination de ce qui constitue l'architecture de la Constitution :

« The first step consists of determining what the institutions are that make up Canada's constitutional structure. The second step leads the interpreter to identify the fundamental roles these institutions play within the constitutional structure and their relationships with the other structural institutions. The third step allows the interpreter to shield from unilateral changes those features that are essential to the fulfillment of the fundamental role played by the institution. »<sup>410</sup>

En somme, cette métaphore architecturale permet de constitutionnaliser certaines caractéristiques des institutions centrales<sup>411</sup>, donc de soustraire des dispositions ou des sujets de procédures de modification unilatérales. D'éventuels changements à ces caractéristiques constitutionnalisées seront ainsi réservés au pouvoir constituant, lequel fera une place aux provinces<sup>412</sup>.

#### 2.3.4. *Le lien entre l'interprétation de la Cour et les considérations théoriques sur l'asymétrie*

La Cour suprême s'appuie sur plusieurs considérations pour conclure à l'inconstitutionnalité de la réforme unilatérale de l'institution projetée par le Parlement fédéral, dont : (I) la Constitution et la

---

<sup>407</sup> J. G. MORLEY, préc., note 404, p. 793.

<sup>408</sup> *Renvoi relatif au Sénat*, par. 27.

<sup>409</sup> Emmett MACFARLANE, « Unsteady Architecture: Ambiguity, the Senate Reference, and the Future of Constitutional Amendment in Canada », (2015) 60-4 *R.D. McGill* 883, p. 887.

<sup>410</sup> N. KARAZIVAN, préc., note 389, p. 643.

<sup>411</sup> *Id.*, p. 635.

<sup>412</sup> Sébastien GRAMMOND, « La fonction protectrice de la formule de modification de la Constitution », (2017) 47-1 *R.G.D.* 119, p. 128.

composition asymétrique du Sénat appréhendé comme le fruit d'un compromis, (II) la protection des minorités nationales, (III) le principe démocratique et la reconnaissance de plus d'une majorité légitime, (IV) le principe de la préservation des communautés provinciales et (V) l'interprétation originaliste. Si ces considérations à elles seules ne peuvent pas expliquer l'entièreté du raisonnement de la Cour, il n'en demeure pas moins que ce type d'arguments sont d'ordinaire ceux qui favorisent ou qui justifient des arrangements asymétriques en science politique.

Dans les deux renvois concernant le Sénat, la Cour suprême s'inspire de la théorie du pacte afin de décrire les fondements de la Constitution canadienne. Il faut rappeler que lors de l'avis consultatif sur le rapatriement de la Constitution, la Cour avait pourtant exprimé de grands doutes quant à la théorie du pacte, et l'avait cantonnée au domaine de la science politique<sup>413</sup>. On perçoit donc une ouverture de la Cour aux concepts ainsi qu'aux théories provenant de ce domaine de manière qu'ils puissent exercer une influence sur l'interprétation du droit positif.

De prime abord, si la Cour ne réfère pas expressément à la notion de « pacte », elle indique néanmoins que la Constitution est le fruit d'une entente et d'accords historiques, et ce, particulièrement en ce qui concerne le fonctionnement des institutions centrales<sup>414</sup>. Dès le premier paragraphe du *Renvoi relatif au Sénat*, la Cour suprême indique que cette institution « se situe au cœur des ententes ayant donné naissance à la fédération canadienne ». Elle ajoute un peu plus tard que la création du Sénat est « le fruit d'un consensus »<sup>415</sup>. Le professeur Sébastien Grammond soutient que la conception du fédéralisme adoptée dans le *Renvoi relatif au Sénat* reconnaît une asymétrie entre les provinces, et, de ce fait, s'éloigne quelque peu de la vision d'égalité des entités fédérées qui était prééminente au début des années 1980<sup>416</sup>.

En science politique, on considère généralement que les asymétries constitutionnelles sont légitimes lorsqu'elles résultent de compromis ou encore d'accords explicites entre les partenaires de la fédération. Elles reflètent les conditions auxquelles il a été convenu de créer l'union<sup>417</sup>. En

---

<sup>413</sup> Sébastien GRAMMOND, « Louis LeBel et la société distincte », (2016) 57-2 *C. de D.* 251, p. 264. ; *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, p. 803-804.

<sup>414</sup> S. GRAMMOND, préc., note 413, p. 265.

<sup>415</sup> *Renvoi relatif au Sénat*, par. 17.

<sup>416</sup> S. GRAMMOND, préc., note 406, à la p. 73.

<sup>417</sup> *Supra*, chapitre 1, section 1, sous-section 3.1 : « Les origines et la légitimité des asymétries ».

puissant dans l'histoire constitutionnelle du pays, la Cour a décidé de donner une importance centrale au compromis intervenu entre les anciennes colonies britanniques au sujet du Sénat, aux conditions auxquelles elles avaient consenti à se fédérer, et donc à l'asymétrie librement négociée qui est consacrée entre elles dans cette institution. Par ailleurs, la théorie du pacte entre peuples fondateurs, lorsque perçue comme l'association de plus d'une nation, sert normalement de justification à l'asymétrie<sup>418</sup>. Dans le renvoi de 2014, « la Cour reconnaît explicitement le caractère distinct, à certains égards, du Québec. Le principe de l'égalité des provinces est ainsi relégué au second rang. »<sup>419</sup>

Ensuite, il ressort également des opinions de la Cour que l'une des fonctions du Sénat est de maintenir et de protéger les minorités dans le projet d'union législative fédérale. En science politique, une autre justification à l'asymétrie est le fait qu'elle permet de donner des garanties institutionnelles particulières à certaines minorités<sup>420</sup>. Puisque le Sénat opère en vertu du principe selon lequel les sénateurs représentent des provinces, il offre principalement des garanties institutionnelles aux minorités dites nationales, donc aux minorités qui sont majoritaires dans l'une ou certaines des entités fédérées. C'est le cas du Québec. Ainsi, la minorité dont les intérêts sont protégés par le Sénat à laquelle la Cour suprême réfère dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute* est celle du Québec<sup>421</sup>.

Outre ces deux premières considérations, le plus haut tribunal du pays, dans l'arrêt *Figueroa*, indique que le Sénat incarne le principe de représentation démocratique collective des citoyens<sup>422</sup> et leur donne une voix face à la volonté majoritaire nationale<sup>423</sup>. Le principe démocratique, lorsque combiné avec celui de l'asymétrie, renvoie au respect des identités collectives, à l'idée que la majorité nationale n'est pas la seule expression démocratique légitime et à la coexistence de plus

---

<sup>418</sup> *Supra*, chapitre 1, section 1, sous-section 3.2.4 : « Le lien entre l'asymétrie, le concept de minorité nationale, la théorie du pacte et la reconnaissance du caractère multinational de l'État ».

<sup>419</sup> S. GRAMMOND, préc., note 406, à la p. 73.

<sup>420</sup> *Supra*, chapitre 1, section 1, sous-section 3.2.4 : « Le lien entre l'asymétrie, le concept de minorité nationale, la théorie du pacte et la reconnaissance du caractère multinational de l'État ».

<sup>421</sup> R. SCHERTZER, préc., note 301, p. 552.

<sup>422</sup> *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, par. 166 (motifs conc.).

<sup>423</sup> *Id.*, par. 169 (motifs conc.).

d'un projet politique. Ainsi, le bon fonctionnement de la démocratie commande la reconnaissance de la différence, et l'asymétrie participe à cette reconnaissance<sup>424</sup>.

Par ailleurs, la Cour indique que la représentation des provinces au Sénat permet d'assurer la protection des intérêts régionaux en ce qui concerne l'adoption de la législation fédérale<sup>425</sup>. Elle adopte la perspective des provinces et de leurs intérêts dans l'interprétation de la Constitution et du rôle du Sénat. En effet, le tribunal interprète le texte constitutionnel et ses formules de modification dans le renvoi de 2014 à partir de l'Accord d'avril 1981<sup>426</sup>, document émanant exclusivement de la volonté des provinces<sup>427</sup>. Aux paragraphes 30 et 31 de son avis consultatif, la Cour indique que lors des négociations ayant précédé le rapatriement de la Constitution, les provinces ont élaboré une contre-proposition à l'offre du Parlement fédéral. Cette contre-proposition est « devenue le canevas de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* ». De ce fait, « [l']Accord d'avril et, en définitive, la partie V, reflètent le consensus politique selon lequel les provinces doivent avoir un droit de participation aux modifications constitutionnelles mettant en cause leurs intérêts. »<sup>428</sup> Il convient toutefois de nuancer ces propos de la Cour et de préciser que l'Accord d'avril n'avait pas été signé par tous les premiers ministres provinciaux, l'Ontario ainsi que le Nouveau-Brunswick n'y ayant pas consenti.

En science politique, le principe communautaire vise la préservation des traits, de l'existence et de la continuité d'une communauté. Lorsqu'appréhendée à la lumière du principe de l'asymétrie, la communauté dont il s'agit est provinciale<sup>429</sup>. La Cour semble adopter la vision de communautés provinciales, plutôt que d'une communauté pancanadienne, dans ses renvois sur le Sénat, en raison de la place prépondérante qu'elle accorde à leurs intérêts. Elle adopte ainsi une vision du fédéralisme axée sur la somme des intérêts provinciaux plutôt que sur l'intérêt d'une communauté pancanadienne qui les dépasserait.

---

<sup>424</sup> *Supra*, chapitre 1, section 1, sous-section 3.5 : « Le principe démocratique ».

<sup>425</sup> *Renvoi relatif à la Chambre haute*, p. 56.

<sup>426</sup> *Accord constitutionnel : projet canadien de rapatriement de la Constitution*, Ottawa, 16 avril 1981 (ci-après « Accord d'avril »).

<sup>427</sup> S. GRAMMOND, préc., note 413, p. 265.

<sup>428</sup> *Renvoi relatif au Sénat*, par. 31.

<sup>429</sup> *Supra*, chapitre 1, section 1, sous-section 3.3 : « Le principe communautaire ».

Enfin, la Cour, dans son interprétation du rôle du Sénat ainsi que de sa fonction dans la fédération canadienne, se base sur la conception que les Pères fondateurs s'en faisaient à l'origine, soit au moment de sa création, plutôt que sur le rôle qu'il joue effectivement de nos jours. Il y a d'ailleurs une forte discordance entre la fonction théorique et originelle du Sénat ainsi que celle dont il s'acquitte en pratique. Or, une certaine forme d'interprétation originaliste de la Constitution, qui prend en compte le contexte historique ainsi que l'intention des parties prenantes aux négociations constitutionnelles, permet de préserver les conditions auxquelles certaines minorités ont consenties à entrer dans la Confédération<sup>430</sup>. En épousant le rôle du Sénat tel qu'il devait être plutôt que tel qu'il est, la Cour renforce son importance dans la fédération canadienne, et, de ce fait, l'asymétrie qui y est inscrite.

### 2.3.5. *Perspective critique sur l'interprétation de la Cour*

Le raisonnement adopté par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute* a été critiqué par un pan de la doctrine, notamment au motif qu'il adoptait la théorie du pacte, sinon textuellement, du moins en pratique<sup>431</sup>. En effet, le professeur Monahan qualifie l'adoption de cette théorie par la Cour comme « puzzling and remarkable », et ce, parce qu'il s'agit d'une conception de l'union fédérale qui avait été discréditée depuis près de 50 ans. Le recours à la théorie du pacte n'aurait ni fondement constitutionnel ni fondement historique<sup>432</sup>. On comprend donc que l'adoption de cette théorie par le tribunal n'est pas sans soulever des controverses.

Une deuxième critique du raisonnement de la Cour concerne le rôle qu'elle attribue au Sénat dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*. La critique va ainsi : s'il est vrai que le Sénat avait initialement pour vocation d'incarner le principe fédéral et les intérêts des provinces, cela ne veut pas pour autant dire que les gouvernements provinciaux sont les seuls représentants légitimes de ces intérêts. La Cour suprême n'aurait pas distingué entre les intérêts des provinces, d'une part, et les intérêts des gouvernements provinciaux, d'autre part, ce qui l'a menée à une lecture erronée de l'historique du Sénat<sup>433</sup>. Le fait que la représentation au Sénat se fasse sur la base de régions égales,

---

<sup>430</sup> *Supra*, chapitre 1, section 1, sous-section 3.2.4 : « Le lien entre l'asymétrie, le concept de minorité nationale, la théorie du pacte et la reconnaissance du caractère multinational de l'État ».

<sup>431</sup> S. GRAMMOND, préc., note 163, p. 808.

<sup>432</sup> P. J. MONAHAN, préc., note 318, p. 181-182.

<sup>433</sup> *Id.*, p. 182-183.

plutôt que de provinces égales, viendrait appuyer l'argument que le Sénat avait pour vocation de protéger les intérêts des régions, et non ceux des gouvernements provinciaux<sup>434</sup>. En concluant qu'une modification aux caractéristiques essentielles du Sénat requiert le consentement des provinces, la Cour « ignored the possibility that a province's representatives in Ottawa were the appropriate voice for provincial interests with respect to matters falling within federal jurisdiction »<sup>435</sup>. Ces deux premières critiques, bien qu'adressées spécifiquement au renvoi de 1979, peuvent également s'étendre au renvoi de 2014 en raison de leur grande similitude.

Une troisième critique qui a été spécifiquement adressée au renvoi de 2014 est le fait que la Cour aurait ignoré le texte constitutionnel pour plutôt faire reposer son argumentaire sur le principe abstrait de l'architecture de la Constitution. Puisque ce concept est indéterminé, il rend difficile l'identification des réformes qui impliqueront une modification de la Constitution avec l'accord des provinces<sup>436</sup>. Selon le professeur de science politique Emmett MacFarlane, « too much dependence on the fundamentally vague notion of the basic structure of the constitution may divorce specific provisions from their textual underpinnings and their basic meaning », en plus de donner une grande marge discrétionnaire aux juges quant aux implications potentielles de ce concept<sup>437</sup>.

Finalement, certains voient dans le raisonnement adopté par la Cour en 2014 une diminution problématique de la portée de l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>438</sup>, et donc du pouvoir du Parlement fédéral de modifier les dispositions de la Constitution du Canada en ce qui a trait au pouvoir exécutif fédéral, à la Chambre des communes ou encore au Sénat. En effet, l'interprétation généreuse que donne la Cour à la notion d'intérêts provinciaux semblerait laisser peu de marge à l'action unilatérale fédérale<sup>439</sup>. En somme, la revue de quelques-unes des critiques adressées au raisonnement de la Cour quant à son interprétation des dispositions concernant le Sénat permet de

---

<sup>434</sup> *Id.*, p. 183-184.

<sup>435</sup> *Id.*, p. 184.

<sup>436</sup> S. GRAMMOND, préc., note 412, p. 138.

<sup>437</sup> E. MACFARLANE, préc., note 409, p. 888.

<sup>438</sup> *Id.*, p. 901.

<sup>439</sup> Michael PAL, « Constitutional Amendment after the Senate Reference and the Prospects for Electoral Reform », (2016) 76-2 *S.C.L.R. (2d)* 377, p. 383.

mettre en lumière l'absence de consensus dans le domaine juridique quant à la valeur que la Cour aurait dû accorder à certains des arguments qui l'ont influencée.

#### 2.4. Le degré et l'importance de l'asymétrie

Les analyses qui précèdent ont permis de concevoir la raison d'être de l'asymétrie de représentation des provinces au Sénat tant d'un point de vue historique que doctrinal et jurisprudentiel. Par ailleurs, nous avons pu effectuer des rapprochements entre les théories de science politique à l'égard de l'asymétrie ainsi que le type d'argument employé par la Cour dans son raisonnement. Il importe désormais de nous pencher sur le degré et l'importance de l'asymétrie prévue à l'article 22 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En premier lieu, nous verrons dans quelle mesure l'exclusion des provinces dans la sélection des sénateurs influe sur le degré de l'asymétrie (section 2.4.1). En deuxième lieu, nous nous attarderons au domaine dans lequel s'inscrit l'asymétrie, donc sur l'importance pratique et symbolique du Sénat dans la fédération canadienne (section 2.4.2).

##### *2.4.1. Le lien entre le peu d'influence des provinces au Sénat et la faiblesse de l'asymétrie*

Tel qu'il fut indiqué dans la présentation de la grille d'analyse<sup>440</sup>, une asymétrie constitutionnelle quant au statut des entités fédérées au sein des institutions centrales sera faible si leur niveau de représentation varie, mais que les intérêts ou les points de vue des entités les moins représentées influencent tout de même la prise de décision au sein de la fédération. Elle sera forte si une ou certaines entités ont un droit de veto, ou un quasi-droit de veto.

Dans le cas du Sénat, la représentation des provinces varie grandement : l'Ontario et le Québec ont plus du double de sénateurs que les autres provinces les plus représentées. Toutefois, on ne peut pas affirmer que, de ce fait, les intérêts des provinces les moins représentées ne sont pas pris en compte ou que ceux de l'Ontario et du Québec le sont davantage. En effet, les intérêts d'aucune des provinces ne sont réellement représentés au Sénat. De plus, aucune province n'a un droit de veto ou un quasi-droit de veto sur les délibérations au sein de l'institution, puisqu'aucune d'entre elles n'a un nombre de sénateurs suffisant pour s'opposer aux décisions qui y sont prises. De ces constats, on perçoit donc que, de prime abord, la représentation inégale des provinces au Sénat

---

<sup>440</sup> *Supra*, chapitre 1, section 2, sous-section 2.3 : « Le degré et l'importance de l'asymétrie ».

constitue une asymétrie que nous pourrions qualifier de faible. Toutefois, nous verrons que malgré cette conclusion, la représentation dans cette institution demeure une question centrale pour les entités fédérées.

#### 2.4.2. *Un Sénat imparfait, mais important pour les provinces*

Nous avons supposé que l'importance d'une institution dans le fonctionnement de la fédération influe sur l'importance de l'asymétrie constitutionnelle qui s'y inscrit<sup>441</sup>. Il ressort des débats parlementaires ayant mené à la création du Dominion du Canada que la représentation des provinces au Sénat était l'une des principales préoccupations des délégués des colonies britanniques. Le politologue Robert MacKay soutient que « [t]he basis of representation in the upper house was the great compromise of the [Québec] conference [...] [and] the key to federation. »<sup>442</sup> La question de la représentation au Sénat fut la plus vivement débattue dans le cadre des négociations menant à la création du régime fédéral<sup>443</sup>. De la même manière, le fait que la proportion de sénateurs par région ne puisse pas être modifiée unilatéralement par la Couronne se trouve à la base de l'union fédérale<sup>444</sup>. La crainte du Bas-Canada et des colonies des Maritimes était qu'en permettant à la Couronne d'augmenter le nombre de sénateurs, il serait possible de déséquilibrer les proportions établies entre chaque division<sup>445</sup>. De ce fait, et conformément au libellé de l'article 26 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, si la Couronne peut augmenter le nombre de sénateurs, elle ne peut le faire qu'en ajoutant un nombre égal de sénateurs par région, de sorte qu'elles soient toujours représentées également. Cette mesure se veut temporaire et permet de dénouer les impasses en cas de blocage au Parlement<sup>446</sup>. Cela démontre donc l'importance des proportions établies entre chaque division au sein de l'institution.

Évidemment, le rôle du Sénat a évolué au fil du temps, de sorte qu'il n'est plus nécessairement celui qui a été envisagé par les Pères fondateurs en 1867. Néanmoins, les origines d'une institution politique sont importantes afin d'avoir une meilleure compréhension de sa nature ainsi que de sa

---

<sup>441</sup> *Supra*, chapitre 1, section 2, sous-section 2.3 : « Le degré et l'importance de l'asymétrie ».

<sup>442</sup> R. A. MACKAY, préc., note 307, p. 38.

<sup>443</sup> *Id.*, p. 37.

<sup>444</sup> Débats de 1865, p. 88.

<sup>445</sup> R. A. MACKAY, préc., note 307, p. 39-40.

<sup>446</sup> M. MORIN, préc., note 345, p. 43-44.

fonction<sup>447</sup>. Le Sénat ne joue aujourd'hui pas un rôle concret dans la représentation des intérêts des provinces et des régions<sup>448</sup>. On pourrait donc penser qu'une asymétrie de représentation des provinces dans cette institution soit banale. L'attention qui y fut accordée lors de la création de la fédération canadienne témoigne toutefois de l'importance que cette institution devait avoir pour représenter les intérêts des régions<sup>449</sup>. De plus, les multiples tentatives de réforme du Sénat témoignent de l'importance, sinon pratique, du moins théorique et symbolique, de la représentation dans cette institution pour les provinces.

L'histoire démontre que les acteurs politiques ont été incapables de s'entendre sur un mode de réforme du Sénat, et ce, malgré des tentatives qui remontent pour la première à 1874<sup>450</sup>. Ainsi, la réforme du Sénat a été « une source presque intarissable de discours politiques et de tracas depuis presque aussi longtemps qu'existe la Confédération ».<sup>451</sup> Une alternative à la réforme est l'abolition. Le politologue Ronald Watts souligne en revanche qu'une étude comparée d'autres grandes fédérations révèle que la présence d'une seconde chambre est presque toujours une constante. Les exceptions seraient quelques fédérations beaucoup plus petites que le Canada ou encore des fédérations instables<sup>452</sup>. Ainsi, pour plusieurs, et malgré ses imperfections, le Sénat serait une institution vitale à la fédération canadienne<sup>453</sup>.

Finalement, les provinces canadiennes ont toujours voulu avoir leur mot à dire dans la réforme du Sénat et ce sont de ce fait opposées aux tentatives unilatérales d'Ottawa. Le fait que leur représentation y soit asymétrique est également un enjeu, dans la mesure où plusieurs propositions de réforme visaient à revoir la base sur laquelle le nombre de sénateurs par province serait établi. À titre d'exemple, la proposition du Sénat « Triple-E », soit élu, efficace et égalitaire, apparaîtrait comme une manifestation de l'idée que toutes les provinces doivent être traitées de la même manière<sup>454</sup>. On remarque ainsi que le fait qu'il existe une asymétrie constitutionnelle entre les provinces dans ce domaine est litigieux et sujet à débats. Tel que le souligne David Milne, si

---

<sup>447</sup> R. A. MACKAY, préc., note 307, p. 11.

<sup>448</sup> P. J. MONAHAN, préc., note 318, p. 169-170.

<sup>449</sup> *Id.*, p. 171.

<sup>450</sup> I. PEACH, préc., note 388, à la p. 99.

<sup>451</sup> *Id.*

<sup>452</sup> R. L. WATTS, préc., note 309, à la p. 98.

<sup>453</sup> E. P. MENDES, préc., note 401, p. 89.

<sup>454</sup> J. H. A. WEBBER, préc., note 87, p. 299.

certaines asymétries constitutionnelles ne soulèvent pas de controverses, « others, such as the inequality accorded to the provinces in representation in the Senate, are by their very nature contentious and extremely important »<sup>455</sup>. Il serait donc erroné de déduire de l'incapacité du Sénat à remplir adéquatement sa fonction originelle qu'il n'a pas d'importance dans la fédération canadienne ou que l'asymétrie qui s'y inscrit est banale.

## 2.5. La procédure de modification de la représentation des provinces au Sénat

Afin de mener notre analyse à terme, nous nous attarderons au degré de protection accordée par la Constitution à l'asymétrie entre les provinces au Sénat ainsi que le rôle de la Cour suprême dans la consécration de la formule de modification appropriée pour en changer la composition.

Les formules de modification de la Constitution permettent de déterminer qui détient le pouvoir de réécrire les règles fondamentales qui nous gouvernent<sup>456</sup>. Elles impliquent une théorie, ou une conception spécifique du pouvoir constituant<sup>457</sup>. En principe, selon les mots de la Cour, « les provinces sont sur un pied d'égalité en ce qui concerne les modifications constitutionnelles, et toutes les provinces jouissent des mêmes droits dans le processus de modification. »<sup>458</sup> Le *Renvoi relatif à la Chambre haute*, rendu en 1979, établit que le Parlement fédéral ne peut modifier unilatéralement les caractéristiques essentielles du Sénat. Cela impliquait donc à l'époque que ce type de modification ne pouvait être fait que par Londres<sup>459</sup>. Selon Sébastien Grammond, le raisonnement de la Cour dans ce renvoi aurait probablement contribué à légitimer la présence de listes de sujets qui ne peuvent être modifiés unilatéralement par le Parlement, comme désormais prévu aux articles 41 et 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>460</sup>. De manière similaire, le professeur Benoît Pelletier souligne que le constituant, en 1982, a confirmé plutôt qu'écarté l'interprétation retenue par la Cour suprême en enchâssant les caractéristiques fondamentales du Sénat telles que répertoriées dans le renvoi de 1979, de manière à ce qu'elles fassent partie de la Constitution formelle<sup>461</sup>.

---

<sup>455</sup> D. MILNE, préc., note 44, à la p. 2.

<sup>456</sup> E. MACFARLANE, préc., note 409, p. 903.

<sup>457</sup> F. R. SCOTT, préc., note 179, à la p. 33.

<sup>458</sup> *Renvoi relatif au Sénat*, par. 31.

<sup>459</sup> B. PELLETIER, préc., note 327, p. 450.

<sup>460</sup> S. GRAMMOND, préc., note 412, p. 141.

<sup>461</sup> B. PELLETIER, préc., note 327, n° 24, p. 459.

Parmi les modifications au Sénat qui peuvent avoir un impact sur l'asymétrie de représentation entre les provinces, on compte la modification du nombre de sénateurs par province ainsi que l'abolition de l'institution. Dans la première éventualité, on pourrait imaginer l'avènement d'un Sénat symétrique, ou l'adoption d'une autre base de représentation. Dans la deuxième éventualité, l'asymétrie de représentation n'existe plus puisque l'institution elle-même n'est plus.

Conformément à l'article 42(1)c) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la formule pour modifier le nombre de sénateurs par lequel une province est représentée est la formule dite générale, requérant le consentement des deux chambres du Parlement fédéral et des assemblées législatives de sept provinces dont la population confondue est au moins égale à 50% de la population de toutes les provinces. À première vue, aucune province ne dispose d'un veto quant à la modification de son nombre de sénateurs. En effet, dans les mots de la Cour, « les modifications apportées sous le régime de l'art. 42 s'appliquent de manière uniforme à toutes les provinces et les changements visés par la disposition sont mis en œuvre de manière cohérente partout au pays. »<sup>462</sup> Une nuance importante est toutefois à apporter dans le cas du Québec.

En 1982, le professeur de droit constitutionnel Stephen A. Scott, dans son texte « Pussycat, Pussycat or Patriation and New Constitutional Amendment Processes »<sup>463</sup>, se prêta à un exercice d'interprétation des diverses formules de modification qui faisaient désormais partie intégrante de la Constitution du Canada. Tel que l'indique l'article 42(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et tel que le rappela la Cour suprême dans le *Renvoi relatif au Sénat* en 2014<sup>464</sup>, une province ne peut pas exercer le droit de retrait prévu aux paragraphes 2 à 4 de l'article 38 en ce qui a trait, entre autres, « au nombre de sénateurs par lesquels une province est habilitée à être représentée et les conditions de résidence qu'ils doivent remplir ». Dès 1982, le professeur Scott soulignait toutefois les difficultés de concilier cet article avec la formule de l'article 43<sup>465</sup>.

---

<sup>462</sup> *Renvoi relatif au Sénat*, par. 38.

<sup>463</sup> Stephen A. SCOTT, « Pussycat, Pussycat or Patriation and New Constitutional Amendment Processes », (1982) 20-2 *U.W.O.L. Rev.* 247.

<sup>464</sup> *Renvoi relatif au Sénat*, par. 38.

<sup>465</sup> S. A. SCOTT, préc., note 463, p. 298.

L'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit la procédure de modification pour les dispositions de la Constitution qui ne s'appliquent qu'à certaines provinces. Dans de tels cas, seuls le consentement des provinces visées par la modification et celui des deux chambres du Parlement fédéral sont requis, ce qui permet « d'éviter qu'une disposition qui prévoit un arrangement spécial puisse être modifiée sans le consentement des provinces visées par l'arrangement »<sup>466</sup>. Dans l'éventualité où une disposition de la Constitution ne vise que certaines, et non toutes les provinces, et qu'une modification à cette disposition est proposée, ce ne sont que les provinces affectées par la modification, et non toutes les provinces visées par la disposition d'origine, qui devront consentir<sup>467</sup>. Le professeur José Woehrling explique par ailleurs la dynamique entre l'article 43 et l'article 45, qui permet à une province de modifier sa constitution :

« l'article 43 doit être interprété en tenant compte du pouvoir constituant des provinces en vigueur avant 1982, dont l'article 45 maintient à la fois l'existence et la portée. Par conséquent, parmi les dispositions qui s'appliquent seulement à une province, l'article 43 vise uniquement celles qui ne peuvent pas être considérées comme faisant partie de la constitution de cette province, au sens de l'article 45, ou qui, tout en pouvant, sous un certain angle, être considérées comme faisant partie de la constitution provinciale, transcendent néanmoins le seul intérêt de la province en question. »<sup>468</sup>

L'article 43 s'applique donc entre autres lorsqu'une disposition échappe à la régie interne d'une province ou de certaines provinces<sup>469</sup>. En outre, l'article 43 témoigne de la présence d'asymétries dans la Constitution canadienne et indique les domaines où le constituant a jugé approprié d'en consacrer<sup>470</sup>. Par ailleurs, il importe de noter que cet article, selon plusieurs auteurs, ne permet pas de créer de nouveaux arrangements spéciaux, ou de nouvelles asymétries, du simple gré des chambres du Parlement fédéral et de la législature concernée<sup>471</sup>. Il ne permettrait que de modifier des arrangements spéciaux existant déjà à l'heure actuelle dans la Constitution du Canada. Similairement, cet article ne pourrait pas être employé pour ajouter, à une disposition existante, des

---

<sup>466</sup> *Renvoi relatif au Sénat*, par. 44.

<sup>467</sup> José WOEHLING, « Le recours à la procédure de modification de l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour satisfaire certaines revendications constitutionnelles du Québec », dans *Les mélanges Gerald-A. Beaudoin : Les défis du constitutionnalisme*, Cowansville, Yvon Blais, 2002, p. 449, à la p. 454 ; Voir aussi l'arrêt *Potter c. Québec (Procureur général du)*, [2001] R.J.Q. 2823, par. 33-46 (C.A.), lequel confirme cette interprétation.

<sup>468</sup> J. WOEHLING, préc., note 467, à la p. 453.

<sup>469</sup> B. PELLETIER, préc., note 327, n° 54, p. 476.

<sup>470</sup> J. WOEHLING, préc., note 467, à la p. 456.

<sup>471</sup> S. A. SCOTT, préc., note 463, p. 297.

éléments sans liens avec la disposition d'origine<sup>472</sup>. Cette interprétation n'est cependant pas partagée par tous<sup>473</sup>.

L'article 22 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui prévoit le nombre de sénateurs par lequel chaque province est représentée au Sénat, constitue-t-il un arrangement spécial au sens de l'article 43 ? Autrement dit, les formules de l'article 42 et celle de l'article 43 sont-elles exclusives, ou peuvent-elles être cumulatives ? C'est en quelque sorte la question que posait le professeur Scott en 1982, lorsqu'il se demandait si la représentation d'une province au Sénat pouvait être réduite sans son consentement, suivant la procédure normale de modification, ou si l'article 43 excluait cette possibilité<sup>474</sup>. La ou les provinces dont la représentation est modifiée doivent-elles figurer parmi les sept provinces ayant donné leur accord à la modification ?

Reconnaissant les difficultés posées par la présence de l'article 43, la Cour suprême, dans le *Renvoi relatif au Sénat*, indique qu'elle se limite à l'analyse de l'article dans la mesure où cela est nécessaire pour répondre aux questions qui lui sont posées<sup>475</sup>. Mais la problématique de la modification du nombre de sénateurs par province ne lui fut pas présentée. Cela étant, les professeurs Catherine Mathieu et Patrick Taillon offrent une lecture du renvoi qui voudrait que l'article 43 se cumule à la formule du 7/50, impliquant que « la ou les provinces concernées par l'arrangement spécial doivent nécessairement faire partie des sept provinces qui donnent leur accord »<sup>476</sup>. À l'heure actuelle, la question de savoir si le nombre de sénateurs par province constitue un arrangement spécial demeure toutefois sans réponse officielle.

Dans le cas spécifique du Québec, la Cour suprême mentionne que la modification des dispositions uniquement applicables à la province en ce qui concerne les collèges électoraux suit la formule de

---

<sup>472</sup> *Id.*, p. 296 ; José WOEHLING, « L'évolution constitutionnelle du Canada et du Québec de 1867 à nos jours », dans Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING (dir.), *Les constitutions du Canada et du Québec : du régime français à nos jours*, Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 123, aux p. 516-517 ; H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 295, par. IV.164.

<sup>473</sup> Certains auteurs sont d'avis que la formule de modification prévue à l'article 43 ne vise pas seulement les dispositions existantes de la Constitution canadienne, mais qu'elle permettrait d'enrichir de nouveaux sujets d'arrangements spéciaux. Voir à titre d'exemple : D. GUÉNETTE, préc., note 47 ; Catherine MATHIEU et Patrick TAILLON, « Le fédéralisme comme principe matriciel dans l'interprétation de la procédure de modification constitutionnelle », (2015) 60-4 *R.D. McGill* 763.

<sup>474</sup> S. A. SCOTT, préc., note 463, p. 298.

<sup>475</sup> *Renvoi relatif au Sénat*, par. 43-44.

<sup>476</sup> C. MATHIEU et P. TAILLON, préc., note 473, p. 791.

l'article 43. Cela implique donc le consentement des chambres du Parlement et de l'Assemblée nationale de la province<sup>477</sup>. Comme le souligne le professeur Grammond, puisque toute tentative de redéfinir le nombre de sénateurs attribué à la province aura une incidence sur les dispositions visant les collèges électoraux québécois, cela exigera le consentement de l'Assemblée nationale du Québec.

Chacun des 24 sénateurs de la province est associé à l'un des 24 collèges électoraux. Si le nombre de sénateurs venait à être diminué, cela aurait pour effet qu'un sénateur ne serait plus nommé pour chacun d'entre eux, et se poserait alors la question de savoir quel collègue ne serait plus représenté. Si à l'inverse leur nombre était augmenté, la question serait alors de savoir si cela entraînerait la création de nouveaux collèges afin de respecter l'arrangement spécial, ou si, au contraire, ces nouveaux sénateurs ne seraient nommés pour aucun d'entre eux, comme c'est le cas dans les autres régions représentées au Sénat. Ainsi, « peut-être par accident, la Cour suprême offre au Québec un droit de veto sur certains types de réforme du Sénat, en raison [...] de dispositions spécifiques sur les collèges électoraux, qui ne s'appliquent à aucune autre province. »<sup>478</sup> Il est donc probable que le nombre de sénateurs représentant le Québec ne puisse pas être modifié sans son consentement<sup>479</sup>. Ainsi, si aucune province ne possède de veto quant aux décisions qui sont prises au Sénat, il semblerait que le Québec ait néanmoins un veto quant à sa représentation.

Pour ce qui est de la procédure de modification applicable à l'abolition du Sénat, la formule de modification la plus complexe prévue par la Constitution est celle qui est applicable : elle requiert le consentement unanime des assemblées législatives provinciales et des chambres du Parlement fédéral, suivant le libellé de l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Cour suprême, dans le Renvoi de 2014, cite avec approbation les propos du professeur Pelletier quant aux motifs sous-tendant la règle de l'unanimité :

« [L]a règle de l'unanimité, affirmée par l'article 41 de la Loi de 1982, se justifie par la nécessité qu'il y a [...] de conférer à chacun des partenaires du compromis fédératif

---

<sup>477</sup> *Renvoi relatif au Sénat*, par. 85-86 et 93.

<sup>478</sup> S. GRAMMOND, préc., note 413, p. 266.

<sup>479</sup> S. GRAMMOND, préc., note 163, p. 820.

canadien un droit de veto par rapport aux sujets qui sont considérés comme les plus fondamentaux pour la survie de l'État. »<sup>480</sup>

L'abolition du Sénat changerait fondamentalement l'architecture de la *Loi constitutionnelle de 1867*, puisqu'elle supprimerait le bicaméralisme. Elle aurait également un impact sur les procédures de modification de la Constitution, ce qui requiert le consentement unanime des assemblées législatives provinciales et des chambres du Parlement, suivant l'article 41(e) de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>481</sup>. Pour la Cour, la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* a été rédigée en tenant pour acquis que le Parlement fédéral conserverait son caractère bicaméral<sup>482</sup>. Notons que la doctrine n'était pas nécessairement d'avis que la formule de l'unanimité s'appliquerait à l'abolition de cette institution<sup>483</sup>.

En somme, la Constitution, par le biais de l'interprétation qui en a été faite par la Cour suprême, consacre et protège l'asymétrie de représentation entre les provinces. L'abolition du Sénat, puisqu'elle requiert l'unanimité des législatures et des chambres du Parlement fédéral, témoigne de l'importance de cette institution dans l'ordre constitutionnel. Pour ce qui est du nombre de sénateurs octroyé à chaque province, même s'il semble modifiable par le biais de la formule ordinaire, il demeure néanmoins que dans le cas spécifique du Québec, la province posséderait un droit de veto quant à une modification de sa représentation qui impacterait ses collègues électoraux.

### **3. Conclusion : Le rôle de la Cour dans le renforcement de l'asymétrie**

En contexte américain, aucune des Treize colonies d'origine ne bénéficie d'une représentation accrue au sein du Sénat par rapport aux États qui se sont joints à l'union fédérale par la suite. Le cas canadien est singulier, puisque le nombre de sénateurs octroyé à chaque province au terme de l'article 22 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a favorisé les quatre provinces originelles, d'une manière contestée par les autres entités fédérées. L'asymétrie textuelle qui se retrouve à cet article de la Constitution a été renforcée par l'interprétation jurisprudentielle. En effet, la Cour suprême du Canada, par ses conclusions quant aux formules de modification applicables à la réforme ou à

---

<sup>480</sup> Benoît PELLETIER, *La modification constitutionnelle au Canada*, Scarborough, Carswell, 1996, p. 208 ; *Renvoi relatif au Sénat*, par. 41.

<sup>481</sup> *Renvoi relatif au Sénat*, par. 97.

<sup>482</sup> *Id.*, par. 106.

<sup>483</sup> B. PELLETIER, préc., note 327, p. 481.

l'abolition du Sénat, a consacré une procédure de modification complexe<sup>484</sup>. En outre, dans le cas spécifique du Québec, l'issue du renvoi de 2014 semble être de lui octroyer des garanties institutionnelles particulières, soit un veto sur une modification du nombre de sénateurs par lequel la province est représentée, laquelle aurait un impact sur ses collègues électoraux.

Les critiques dont le *Renvoi relatif à la Chambre haute* et le *Renvoi relatif au Sénat* firent l'objet révèlent que le raisonnement adopté par la Cour suprême n'était pas nécessairement celui auquel s'attendait la doctrine ni la seule manière d'appréhender le rôle du Sénat. Mais en puisant dans la preuve historique, la Cour a choisi de consacrer la fonction théorique qui avait été pensée pour le Sénat en 1867, plutôt que d'adopter une vision plus réaliste de son rôle en pratique. Ce faisant, la Cour attribue au Sénat le rôle très important de représenter les intérêts des entités fédérées au sein de l'institution centrale, alors que le consensus doctrinal voulait plutôt que cette institution avait manqué à son rôle de représentant régional. Ce faisant, elle accentue peut-être l'importance du rôle du Sénat d'aujourd'hui, quoique cette manière d'appréhender la fonction de l'institution tient compte de l'intérêt que lui portent les provinces. Ainsi, si l'interprétation de la Constitution canadienne a évolué depuis 1867 par l'œuvre des tribunaux, le Sénat est demeuré en marge de cette évolution<sup>485</sup>. La posture adoptée par la Cour suprême dans les deux renvois concernant le Sénat est celle de protectrice des intérêts provinciaux, tout particulièrement de ceux de la province de Québec<sup>486</sup>.

Enfin, en ce qui a trait à la vérification de notre hypothèse, nous estimons que les avantages ou les justifications théoriques de l'asymétrie se refléteraient dans le raisonnement d'un tribunal qui renforce une asymétrie constitutionnelle. En l'espèce, la Cour donne une protection accrue à l'asymétrie de représentation entre les provinces, et certaines des considérations qui fondent cette conclusion tant dans le renvoi de 1979 que dans celui de 2014 s'apparentent effectivement à celle que l'on retrouve en science politique comme justification à des arrangements asymétriques.

---

<sup>484</sup> I. PEACH, préc., note 388, à la p. 100.

<sup>485</sup> *Id.*, à la p. 107.

<sup>486</sup> R. SCHERTZER, préc., note 301, p. 552.

## Section 2 – De la représentation des provinces à la Cour suprême

### 1. Introduction

Les cours de dernière instance sont à la fois créatrices et créatures de fédéralisme. Créatrices, au sens où leurs activités jurisprudentielles sont « un facteur de l'évolution des règles juridiques qui concrétisent le pacte fédéral propre à un État donné »<sup>487</sup>. Créatures, dans la mesure où certains de leurs traits – dont leur composition – découlent de considérations fédérales<sup>488</sup>. L'étude comparée du fonctionnement des tribunaux de dernière instance en contexte fédéral démontre néanmoins que la représentation des minorités nationales au sein de ces institutions n'est pas un objectif courant<sup>489</sup>. En revanche, au Canada, la représentation du Québec – seule province majoritairement francophone et possédant une tradition juridique distincte – est constitutionnellement garantie.

### 2. Analyse de l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême*

#### 2.1. L'origine jurisprudentielle et contextuelle de l'asymétrie

La *Loi sur la Cour suprême* est une loi ordinaire adoptée par le Parlement fédéral qui consacre l'existence de la Cour suprême du Canada à titre de cour générale d'appel pour l'ensemble du pays<sup>490</sup>. En outre, la loi prévoit la composition du tribunal à son article 4 ainsi que les conditions de nomination des magistrats à ses articles 5 et 6 :

« **Composition de la Cour – 4 (1).** La Cour se compose du juge en chef, appelé juge en chef du Canada, et de huit juges puînés.

**Conditions de nomination – 5.** Les juges sont choisis parmi les juges, actuels ou anciens, d'une cour supérieure provinciale et parmi les avocats inscrits pendant au moins dix ans au barreau d'une province.

**Représentation du Québec – 6.** Au moins trois des juges sont choisis parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats de celle-ci. »

---

<sup>487</sup> Frédéric BOUHON, « Analyse transversale : les juridictions constitutionnelles suprêmes – créatures et créateurs de fédéralisme ? », (2017) 17 *Fédéralisme Régionalisme*, par. 1.

<sup>488</sup> *Id.*

<sup>489</sup> *Id.*, par. 7.

<sup>490</sup> *Loi sur la Cour suprême*, art. 3.

Suivant le libellé de ces articles, des neuf juges de la Cour, au moins trois doivent représenter le Québec. Une telle exigence n'existe pour aucune autre province au terme de la loi ou de dispositions constitutionnelles<sup>491</sup>. Si le texte même de la disposition consacre une asymétrie entre les situations des provinces quant à leur représentation à la Cour suprême, elle le fait à l'origine dans un cadre législatif. C'est pourquoi nous ne considérons pas que l'asymétrie était voulue par le constituant : du moins au départ, l'asymétrie a été consacrée par le législateur ordinaire. Nous verrons que le caractère constitutionnel de cette asymétrie découle de l'interprétation qu'en fait le plus haut tribunal du pays en s'appuyant sur le contexte historique de son adoption<sup>492</sup>. C'est donc en raison de l'interprétation judiciaire que l'asymétrie consacrée entre le Québec et les autres provinces est passée d'une asymétrie institutionnelle et législative à une asymétrie constitutionnelle.

## 2.2. Interprétation historique et doctrinale de la disposition

Avant de nous attarder à l'interprétation jurisprudentielle de l'asymétrie de représentation en faveur du Québec à la Cour suprême, nous nous pencherons d'abord sur les débats ayant mené à la création de l'institution ainsi qu'à l'interprétation doctrinale qui fut donnée à la surreprésentation québécoise. Dans un premier temps, les origines historiques de la Cour (section 2.2.1) et de la représentation québécoise (section 2.2.2) seront explorées. Par la suite, la question de la représentation des autres provinces à la Cour sera étudiée (section 2.2.3), puisque les décisions des tribunaux nous éclaireront peu à ce sujet. Finalement, les opinions doctrinales quant au statut de la Cour avant que cette dernière se prononce à ce sujet seront résumées afin de démontrer que la question faisait l'objet d'un important débat (section 2.2.4).

### 2.2.1. *L'article 101 de la Loi constitutionnelle de 1867 et le pouvoir du Parlement fédéral de créer une cour générale d'appel*

En raison du caractère fédéral du pays, et des conflits de compétence qui allaient nécessairement surgir, il était primordial d'avoir un arbitre qui pourrait trancher les litiges entre ordres de

---

<sup>491</sup> Nous verrons en revanche qu'il existe une convention constitutionnelle de représentation des autres régions ou provinces canadiennes à la Cour, *infra*, chapitre 2, section 2, sous-section 2.2.3 : « La représentation des autres provinces à la Cour ».

<sup>492</sup> *Infra*, chapitre 2, section 2, sous-section 2.3.2 : « Les considérations prises en compte dans le raisonnement de la Cour » et sous-section 2.5 : « La procédure de modification de la composition de la Cour suprême ».

gouvernement. En effet, « [a]n overall legal authority was necessary to interpret the enactments of the various legislatures where disputes arose with respect to the power of the legislatures to pass such enactments. For this function, the creation of a supreme court was imperative. »<sup>493</sup>

L'octroi au palier fédéral du pouvoir de « maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada » conformément à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne semble pas avoir suscité de grands débats lors des négociations préconfédératives. D'ailleurs, tel que le souligne le professeur Russell, la Cour suprême, à l'origine, n'a pas été une institution soigneusement planifiée. Le texte de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne porte aucunement sur la composition d'une future Cour suprême, sur la méthode de nomination de ses juges ou même sur l'étendue de sa compétence<sup>494</sup>. Toujours selon Russell, « [t]his relatively uncontroversial and cursory treatment of the proposal for a general court of appeal reflects the fact that the judicial organization of the new state, compared to executive and legislative institutions, was not regarded as fraught with significant political implications. »<sup>495</sup>

Si l'octroi de ce pouvoir au Parlement fédéral ne semble pas avoir suscité les passions, il n'en demeure pas moins que l'établissement de la Cour suprême, et la pertinence de sa création, fit l'objet d'oppositions. Un point vivement débattu fut celui de l'opportunité d'abroger les appels de la Cour suprême vers le Comité judiciaire du Conseil privé<sup>496</sup>. Comme de fait, bien que la Cour fût créée en 1875, l'abolition totale des appels vers Londres ne se fit qu'en 1949<sup>497</sup>.

Outre la position de la Cour suprême dans la hiérarchie judiciaire canadienne, la portée de la juridiction de la Cour sur les questions provinciales fut également sujette à débat<sup>498</sup>. L'un des arguments en soutien à la création d'une cour générale d'appel pour le Canada était de favoriser l'avènement d'une plus grande cohérence du droit au pays. Si le caractère approprié d'une application cohérente et uniforme des lois fédérales d'un océan à l'autre n'était pas contesté, il en

---

<sup>493</sup> Frank MACKINNON, « The Establishment of The Supreme Court of Canada », dans William Ralph LEDERMAN (dir.), *The Courts and the Canadian Constitution*, Toronto, McClelland and Stewart Limited, 1964, p. 106, à la p. 107.

<sup>494</sup> Peter H. RUSSELL, *The Supreme Court of Canada as a Bilingual and Bicultural Institution*, n°1, Études de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, Ottawa, Information Canada, 1969, p. 1.

<sup>495</sup> *Id.*, p. 2.

<sup>496</sup> *Id.*, p. 13.

<sup>497</sup> *Loi modifiant la Loi de la Cour suprême*, S.C. 1949 (2<sup>e</sup> sess.), c. 37, art. 3.

<sup>498</sup> P. H. RUSSELL, préc., note 494, p. 13.

était autrement de la recherche d'uniformité dans l'interprétation du droit en vigueur au sein des entités fédérées. Ainsi, « [i]t was this possibility of the new federal Court's appellate jurisdiction extending to provincial law matters which touched off the strongest reaction against the Court during the Confederation Debates. »<sup>499</sup> Cette crainte fut véhiculée presque exclusivement par les représentants francophones du Québec<sup>500</sup>. En effet, si une certaine uniformité des lois des provinces de common law était déjà envisagée par le projet de Confédération<sup>501</sup>, il en était tout autrement pour le droit privé de la province de Québec.

### 2.2.2. *La représentation du Québec comme exigence à la création de la Cour*

Le principal obstacle à la création d'une cour générale d'appel pour l'ensemble du Canada fut l'hostilité de la province de Québec envers le projet, lequel était perçu comme pouvant potentiellement porter atteinte aux droits ainsi qu'aux pouvoirs législatifs de la province<sup>502</sup>. John A. MacDonald se prononce avec éloquence à ce sujet : « Les difficultés d'établir une cour qui pût donner satisfaction à la province de Québec ont été une des raisons qui m'ont fait hésiter pendant si longtemps à proposer au parlement une mesure établissant la Cour suprême. »<sup>503</sup> La crainte que la Cour porte atteinte aux droits des provinces ou à ceux des minorités est demeurée, même après sa création.<sup>504</sup> L'appréhension de certains représentants de la province de Québec était relative à l'interprétation du droit civil. La possibilité qu'une majorité de juges issus de la common law puisse

---

<sup>499</sup> *Id.*, p. 6-7.

<sup>500</sup> *Id.*, p. 7 ; Dans une moindre mesure, certains Canadiens anglais, tel David Mills, s'opposaient également à la compétence de la Cour en matières provinciales, mais sur la base du respect du fédéralisme. À l'inverse, l'opposition canadienne-française n'était non pas reliée à des considérations sur le fédéralisme, mais plutôt à la préservation de la culture. Voir à ce sujet P. H. RUSSELL, préc., note 494, p. 14-15 : « But Mills was nearly alone in this anxiety to maintain a division of judicial authority parallel to the division of legislative powers. The French Canadians showed no inclination to couch their criticism of the Supreme Court's appellate jurisdiction in federalist terms. On the whole, the rationale of their case turned much more on an interest in preserving their own culture than on the logic of federalism. »

<sup>501</sup> Nous référons ici à l'article 94 LC 1867, lequel fait l'objet d'une analyse détaillée dans le présent mémoire, *infra*, chapitre 3, section 1 : « De la possibilité pour les provinces de common law d'unifier leurs lois ».

<sup>502</sup> Outre cet obstacle, on compte parmi les autres arguments en défaveur à la création d'une cour suprême le fait qu'elle ne constituerait qu'une étape intermédiaire supplémentaire avant de se rendre en appel devant le Comité judiciaire du Conseil privé. Une solution à cet argument était l'abolition des appels vers Londres, mais cette hypothèse faisait également l'objet de réticences : P. H. RUSSELL, préc., note 494, p. 15-16.

<sup>503</sup> CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Débats de la Chambre des communes du Canada*, 2<sup>e</sup> sess., 4<sup>e</sup> légis., 43 Vict. 1880, vol. 1, p. 238.

<sup>504</sup> F. MACKINNON, préc., note 493, à la p. 123.

infirmier la décision d'un banc de juges civilistes en cette matière fut l'une des raisons qui retardèrent l'instauration de la Cour suprême<sup>505</sup>.

Outre la pureté du droit civil, d'autres facteurs expliqueraient l'attention portée à la question de son interprétation. De son analyse des débats parlementaires, le professeur Russell conclut qu'il y avait d'abord la prémisse selon laquelle le système de droit civil de la province est une composante essentielle de sa culture distinctive et, par conséquent, de son identité culturelle. Il en déduit donc que ce système requérait des magistrats imprégnés des méthodes juridiques et des valeurs sociales qui font partie intégrante de cette culture. Ils en seraient les gardiens<sup>506</sup>. Deuxièmement, on percevait le Comité judiciaire du Conseil privé, en raison de la formation de ses membres en droit romain et de leur familiarité avec le droit civil français, comme plus apte qu'une éventuelle cour générale d'appel à entendre les appels de droit privé provenant du Québec<sup>507</sup>.

C'est finalement en 1875 qu'un projet de loi créant la Cour suprême du Canada fut adopté, mais pas avant qu'un amendement prévoyant une représentation du Québec n'y soit ajouté. Cet amendement est l'œuvre de Toussaint Laflamme, qui présenta une proposition selon laquelle deux juges devront être choisis parmi les juges de la Cour supérieure ou du Banc de la Reine du Québec, ou parmi les avocats de la province. Cet amendement avait pour objectif de garantir « une bonne interprétation des lois de cette province » et se justifiait par la position particulière du Québec du fait de sa tradition de droit civil<sup>508</sup>. À ce sujet, il est intéressant de noter que des représentants de la Colombie-Britannique proposèrent un amendement au projet de loi pour assurer qu'un des six juges proviendrait de leur province. Cet amendement fut rejeté « because of the feeling on both sides of the House that the representative principle was not of the same importance to the other provinces as it was to Quebec »<sup>509</sup>.

---

<sup>505</sup> Voir à titre d'exemple les propos du député Cauchon, *Débats de 1865*, p. 581 ; Peter W. HOGG et Wade K. WRIGHT, *Constitutional Law of Canada*, feuilles mobiles par W. Wright, à jour juillet 2023, vol. 1, Toronto, Carswell Thomson Reuters, 2023, p. 8-15 ; P. H. RUSSELL, préc., note 494, p. 7.

<sup>506</sup> P. H. RUSSELL, préc., note 494, p. 8.

<sup>507</sup> *Débats de 1865*, p. 897-898 (M. Taschereau) ; P. H. RUSSELL, préc., note 494, p. 8-9.

<sup>508</sup> CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Débats de la Chambre des communes du Canada*, 2<sup>e</sup> sess., 3<sup>e</sup> légis., 1875, vol. 1, p. 1028-1029.

<sup>509</sup> F. MACKINNON, préc., note 493, à la p. 112.

La raison d'être de la représentation québécoise à la Cour suprême peut s'expliquer par deux facteurs. De prime abord, elle découle du biculturalisme et du caractère bijuridique de la compétence de la Cour :

« The reasoning behind this special provision for Quebec representation on the Supreme Court's bench has always been based, primarily, on the bicultural dimensions of the Supreme Court's case load. The requirement of a minimal number of judges drawn from the bar or bench of Quebec has been regarded as necessary to ensure that there would always be some civilian jurists available to hear those appeals from Quebec which involve the application of Quebec's distinctive system of civil law. »<sup>510</sup>

Ensuite, une autre explication, quoique moins convaincante selon le professeur Russell, serait que la présence de juges du Québec permettrait le respect de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>511</sup>, lequel concerne notamment la possibilité d'employer l'une des deux langues officielles devant les tribunaux fédéraux. La présence de juges québécois sur le banc rendrait plus plausible que les justiciables ainsi que les plaideurs francophones puissent exercer le droit de s'exprimer en français devant la Cour. Cette explication serait moins probante que la première, car il n'est pas requis qu'un juge représentant le Québec soit bilingue<sup>512</sup>.

On peut donc tirer de ces diverses observations tenues à la fois par des députés au moment de la création de la Cour et par la doctrine que la représentation québécoise au sein de l'institution servait à protéger la tradition de droit civil, laquelle est intimement reliée à l'héritage culturel de la province. Mais, comme nous le verrons, la Cour suprême franchit un pas de plus puisqu'elle indiquera également que la représentation québécoise sert à protéger non seulement un système juridique propre à la culture de la province, mais également les valeurs sociales de celle-ci<sup>513</sup>.

---

<sup>510</sup> P. H. RUSSELL, préc., note 494, p. 60.

<sup>511</sup> L'analyse de l'article 133 fait l'objet d'une section du présent mémoire, *infra*, chapitre 3, section 2 : « Des exigences de bilinguisme parlementaire, législatif et judiciaire ».

<sup>512</sup> P. H. RUSSELL, préc., note 494, p. 61. Au moment où Russell fit cette réflexion, il n'existait en effet pas d'exigence législative de bilinguisme pour la nomination des juges à la Cour suprême. Ainsi, il était plus probable que les juges du Québec soient bilingues que ceux des autres provinces. Une récente modification à la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, c. 31 exigera dorénavant que les juges de la Cour suprême soient bilingues : *Loi visant l'égalité réelle entre les langues officielles du Canada*, L.C. 2023, c. 15. Par ailleurs, s'il est probable que les juristes francophones, qu'ils proviennent du Québec ou des autres provinces, soient bilingues, il demeure que de plaider dans une langue seconde n'équivaut pas à plaider dans sa langue maternelle. Cette question est également importante pour les justiciables.

<sup>513</sup> *Infra*, chapitre 2, section 2, sous-section 2.3.1 : « Les renvois *Nadon* et *Mainville*, ou la raison d'être de la représentation du Québec à la Cour suprême ».

### 2.2.3. *La représentation des autres provinces à la Cour*

Des neuf juges actuels de la Cour suprême, seuls trois représentent une province, soit le Québec. S'ils ont évidemment une province d'origine, les autres juges ne représentent pas une province donnée<sup>514</sup>. Historiquement, outre les trois juges du Québec, trois juges provenaient généralement de l'Ontario, deux juges émanaient des provinces de l'Ouest et un juge était originaire des provinces de l'Atlantique<sup>515</sup>. La décision initiale de créer une cour avec six juges, et non sept, malgré la possibilité qu'il y ait égalité des voix, s'expliquerait probablement par le fait que les nominations à la Cour pourraient suivre la représentation régionale : deux juges pour le Québec, deux pour l'Ontario et deux pour les Maritimes<sup>516</sup>. Cela n'est pas sans faire penser au principe d'égalité régionale consacrée à l'origine au Sénat.

Les six premiers juges de la Cour suprême du Canada provenaient donc des quatre provinces d'origine<sup>517</sup>. La décision de ne pas nommer un juge issu de l'une des provinces de l'Ouest s'expliquerait entre autres par le fait que celles-ci étaient peu peuplées et que le gouvernement fédéral de l'époque entretenait des relations difficiles avec la Colombie-Britannique<sup>518</sup>. Il a d'ailleurs fallu attendre jusqu'en 1903 pour qu'un juge qui ne provenait pas de l'Est du pays soit nommé. De plus, la Cour, dans sa composition, a du moins historiquement été dominée par l'Ontario et le Québec :

« In truth, however, and for reasons unique to Canadian federalism, the Court has always been numerically dominated by Ontario and Quebec appointees. If precedent in judicial appointments means anything – and it has governed for a long time already – there will

---

<sup>514</sup> Maxime ST-HILAIRE, « Affaire de la nomination du juge Mainville à la Cour d'appel du Québec : une concession et trois critiques », (2015) 45-3 *R.D.U.S.* 575, p. 593 ; Nous aborderons la question de savoir si les juges du Québec représentent effectivement la province dans une section subséquente, *infra*, chapitre 2, section 2, sous-section 2.4.1 : « Des juges "représentant" le Québec ? ». Il demeure toutefois que le vocable employé dans le titre de l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême* est celui de « *Représentation* du Québec » (nos italiques).

<sup>515</sup> Eugénie BROUILLET et Yves TANGUAY, « The Legitimacy of the Constitutional Arbitration Process in a Multinational Federative Regime: The Case of the Supreme Court of Canada », (2012) 45-1 *U.B.C.L. Rev.* 47, p. 81.

<sup>516</sup> P. H. RUSSELL, préc., note 494, p. 11-12.

<sup>517</sup> F. MACKINNON, préc., note 493, à la p. 118.

<sup>518</sup> James G. SNELL et Frederick VAUGHAN, *The Supreme Court of Canada: history of the institution*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 1985, p. 12.

be only three places in the present nine-judge court to distribute among eight provinces. »<sup>519</sup>

Cela veut donc dire que si l'Ontario et le Québec accaparent six des neuf sièges, il y a toujours au moins cinq provinces dont aucun juge à la Cour suprême n'est issu<sup>520</sup>. En théorie, puisque le libellé de l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême* indique qu'« au moins trois des juges » doivent représenter le Québec, il n'y aurait pas non plus d'obstacle à ce que plus du tiers de la Cour soit composé de juristes québécois<sup>521</sup>. L'article 5, bien qu'il fasse partie de la notion de la composition de la Cour, ne renvoie pas à une représentation particulière des régions canadiennes, à l'inverse de l'article 6<sup>522</sup>. Les propos des ministres de la justice fédéraux lors de modifications à la *Loi sur la Cour suprême* appuient l'idée que les juges autres que ceux du Québec ne visent pas à représenter une région et qu'aucun mode spécifique de représentation n'est constitutionnalisé<sup>523</sup>. La représentation régionale est donc une considération pratique dans les nominations à la Cour suprême qui contribue à la légitimité de l'institution<sup>524</sup>. À cet égard, Bora Laskin, du temps où il était professeur, soutenait que les nominations reflètent le caractère fédéral du pays, la dualité canadienne et la représentation des provinces :

« Whether one regards it as inevitable or not, it is a fact that membership on the Court has from the beginning been affected by sectional and religious considerations in the same way as has the composition of all federal cabinets since Confederation. The French-Canadian and English-Canadian components of the population, the Protestant and Roman Catholic persuasion of most of the citizenry, the sectional (and provincial) pressure for representation in central organs of government, were factors to which appointments to the Court gave expression. »<sup>525</sup>

---

<sup>519</sup> Bora LASKIN, « The Supreme Court of Canada: A Final Court of and for Canadians », dans William Ralph LEDERMAN (dir.), *The Courts and the Canadian Constitution*, Toronto, McClelland and Stewart Limited, 1964, p. 125, à la p. 129.

<sup>520</sup> P. H. RUSSELL, préc., note 494, p. 64-65.

<sup>521</sup> Ian A. MCISSAC, « Reference Re Supreme Court Act: Atlantic Canada and Regional Considerations in Supreme Court of Canada Appointments », (2017) 26-1 *Forum constit.* 9, p. 11-12.

<sup>522</sup> *Id.*, p. 12.

<sup>523</sup> *Id.* ; Le ministre de la Justice Lapointe s'exprimait ainsi en 1927 : « Pour la nomination des juges on ne devrait pas tenir compte des conditions géographiques, car il faut nommer les meilleurs juristes à la Cour suprême du Canada ; néanmoins, il y a deux juges choisis dans le barreau ou la magistrature de Québec, versés dans la loi civile et la procédure de cette province. À part cela, il n'est nullement fait mention, dans la loi, de conditions géographiques. Toutefois, je dois le dire, depuis l'institution de ce tribunal on en a tenu compte dans la nomination des juges. » : CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Débats de la Chambre des communes*, 1<sup>re</sup> sess., 16<sup>e</sup> légis., 1927, vol. 1, p. 1075. Son homologue de 1949 tint également des propos similaires : CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Débats de la Chambre des communes*, 1<sup>re</sup> sess., 21<sup>e</sup> légis., 1949, vol. 1, p. 675 (M. Stuart Garson).

<sup>524</sup> I. A. MCISSAC, préc., note 521, p. 14.

<sup>525</sup> B. LASKIN, préc., note 519, aux p. 128-129.

Si la représentation du Québec à la Cour par un tiers des juges sera constitutionnalisée par interprétation jurisprudentielle, la représentation régionale des autres provinces est plutôt issue de conventions constitutionnelles. À titre d'exemple, à l'époque de la création de la Cour, la convention constitutionnelle voulait qu'il y ait autant de juges issus de l'Ontario que de juges issus du Québec<sup>526</sup>. Le juriste Albert Venn Dicey offre la définition suivante de ce qui distingue une règle de droit d'une convention constitutionnelle :

« In an earlier part of this work stress was laid upon the essential distinction between the “law of the constitution”, which, consisting (as it does) of rules enforced or recognised by the Courts, makes up a body of “laws” in the proper sense of that term, and the “conventions of the constitution”, which consisting (as they do) of customs, practices, maxims, or precepts which are not enforced or recognised by the Courts, make up a body not of laws, but of constitutional or political ethics. »<sup>527</sup>

En contexte canadien, si un tribunal peut clarifier quelles sont les conventions constitutionnelles existantes<sup>528</sup>, il ne peut en revanche pas forcer les acteurs politiques à agir conformément à celles-ci<sup>529</sup>. Malgré la pratique de nommer, généralement, trois juges de l'Ontario, deux des provinces de l'Ouest et un des provinces de l'Atlantique, l'exécutif aurait pu procéder autrement<sup>530</sup>.

#### 2.2.4. *Les opinions doctrinales quant au statut de la composition de la Cour avant le renvoi de 2014*

Dans son ouvrage phare sur la Cour suprême à l'intention de la *Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, le professeur Peter H. Russell indiquait que la composition du

---

<sup>526</sup> P. H. RUSSELL, préc., note 494, p. 63.

<sup>527</sup> Albert Venn DICEY, *Introduction to the study of the law of the constitution (1915)*, 8<sup>e</sup> éd., Indianapolis, Liberty Fund, 1982, p. 277.

<sup>528</sup> Ce fut notamment le cas, à titre d'exemple, dans le *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, où l'on demanda à la Cour suprême s'il existait une convention constitutionnelle nécessitant le consentement des provinces lors de modifications constitutionnelles affectant les relations fédérales-provinciales. Ce fût également le cas dans le *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, où l'on demanda à la Cour suprême s'il existait une convention constitutionnelle exigeant le consentement du Québec pour des modifications constitutionnelles affectant ses droits.

<sup>529</sup> Carissima MATHEN et Michael PLAXTON, *The Tenth Justice - Judicial Appointments, Marc Nadon, and the Supreme Court Act Reference*, coll. « Landmark Cases in Canadian Law », Vancouver, Presses de l'Université de la Colombie-Britannique, 2020, p. 173.

<sup>530</sup> E. BROUILLET et Y. TANGUAY, préc., note 515, p. 81 ; Quant à la possibilité que la convention constitutionnelle soit désormais constitutionnalisée, voir *infra*, chapitre 2, section 2, sous-section 2.5 : « La procédure de modification de la composition de la Cour suprême ».

tribunal – y compris l'exigence de trois juges provenant du Québec – n'était prévue que de manière législative, et ne faisait donc pas partie de la Constitution du Canada :

« There are no constitutional guarantees governing any aspects of the Supreme Court's composition. Thus, for instance, the requirement that one-third of the Court must come from the bar or bench of Quebec is subject to unilateral amendment by the Canadian Parliament. »<sup>531</sup>

Cet ouvrage remonte à 1969. Quelques années plus tard, soit en 1975, le juge Laskin, dans un texte académique, écrivait que « the Supreme Court of Canada has no constitutional base. »<sup>532</sup> De la même manière, en 1979, dans sa synthèse des propositions constitutionnelles de la *Commission de l'unité canadienne*, le professeur Gérard-A. Beaudoin indiquait que l'une des propositions de la Commission était de constitutionnaliser l'existence et la composition de la Cour suprême ainsi que le mode de nomination et de révocation de ses juges<sup>533</sup>. Le rapport de la Commission soulignait en effet que « l'existence même de la plus haute cour du pays dépend d'une loi ordinaire, adoptée en 1875, que le Parlement central peut modifier à volonté. »<sup>534</sup> Finalement, en 1981, le professeur Peter W. Hogg mentionnait qu'en raison du fondement législatif de la Cour suprême, cette dernière pourrait être abolie ou drastiquement modifiée par l'œuvre unilatérale du Parlement fédéral. Il estimait toutefois que cette hypothèse, valide en droit, serait une « practical impossibility »<sup>535</sup>.

Ces observations sont antérieures au rapatriement de la Constitution et à l'adoption des formules de modification. Mais même après le rapatriement, la doctrine était divisée à savoir si ces changements constitutionnels posaient des obstacles, et le cas échéant jusqu'à quel point, au pouvoir du Parlement fédéral en vertu de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>536</sup>. Le statut constitutionnel de la Cour ou de certaines de ses caractéristiques était équivoque<sup>537</sup>. Dans les mots du professeur Russell, « [t]he Constitution Act, 1982 put the cart before the horse: rules for

---

<sup>531</sup> P. H. RUSSELL, préc., note 494, p. 59.

<sup>532</sup> B. LASKIN, préc., note 56, p. 470.

<sup>533</sup> G.-A. BEAUDOIN, préc., note 360, p. 437.

<sup>534</sup> COMMISSION DE L'UNITÉ CANADIENNE, *Se retrouver - Observations et recommandations*, Hull, Centre d'édition du gouvernement du Canada, Approvisionnements et Services Canada, 1979, p. 106.

<sup>535</sup> Peter W. HOGG, « The Theory and Practice of Constitutional Reform », (1981) 19-3 *Alta. L. Rev.* 335, p. 343.

<sup>536</sup> C. MATHEN et M. PLAXTON, préc., note 529, p. 73.

<sup>537</sup> James Ross HURLEY, *La modification de la Constitution du Canada : historique, processus, problèmes et perspectives d'avenir*, Ottawa, Bureau du Conseil privé, Éditions et Services de dépôt, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1996, p. 80-81, en ligne : <[http://publications.gc.ca/collections/collection\\_2014/priv/CP32-63-1995-fra.pdf](http://publications.gc.ca/collections/collection_2014/priv/CP32-63-1995-fra.pdf)>.

amending constitutional provisions concerning the Supreme Court were introduced before the Supreme Court was put in the Constitution. »<sup>538</sup>

Le professeur de droit constitutionnel Stephen A. Scott déclarait, dès 1982, que l'adoption des formules de modification posait la question de savoir si, et dans quelle mesure, la *Loi sur la Cour suprême* faisait désormais partie de la Constitution du Canada. Dans l'affirmative, une modification aux composantes de la loi qui étaient constitutionnalisées entraînerait l'application des formules de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans la négative, l'exclusion de la *Loi sur la Cour suprême* du contenu de la Constitution entraîne de tout autres effets :

« On such a view, the Parliament of Canada is not only free to make whatever provision it wishes as to the "composition of the Supreme Court of Canada," but, what is more, it cannot be deprived of this power unless through the unanimous consent procedure (section 41(d)). Again, not only is Parliament free to make whatever provision it wishes as to other aspects of the Court's "Constitution, Maintenance, and Organization," but, what is more, it cannot be deprived of this power without the concurrence, inter alia, of the legislative assemblies of at least two-thirds of the provinces with at least half the total provincial populations (section 42(1)(d)). »<sup>539</sup>

Un premier pan de la doctrine soutint que la Cour suprême n'avait pas été constitutionnalisée, malgré la présence de formules de modification concernant l'institution dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ces formules seraient celles applicables à une éventuelle constitutionnalisation des dispositions de la *Loi sur la Cour suprême*. C'était notamment l'avis des professeurs Jacques-Yvan Morin et José Woehrling<sup>540</sup>, d'André Tremblay<sup>541</sup>, de Gérald-A. Beaudoin<sup>542</sup> et de Peter W. Hogg. Ce dernier, à titre d'exemple, tenait les propos suivants tout juste avant que ne soit rendu l'avis de la Cour suprême :

« However, since s. 41 applies only to amendments to the "Constitution of Canada", and since the rules regarding the composition of the Supreme Court of Canada are contained

---

<sup>538</sup> P. H. RUSSELL, préc., note 45, à la p. 99.

<sup>539</sup> S. A. SCOTT, préc., note 463, p. 272.

<sup>540</sup> Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec : du régime français à nos jours*, Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 482-483.

<sup>541</sup> André TREMBLAY, *Droit constitutionnel : principes*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 43 et 46.

<sup>542</sup> Gérald-A. BEAUDOIN, « The Charlottetown Accord and Central Institutions », dans Kenneth MCROBERTS et Patrick J. MONAHAN (dir.), *The Charlottetown Accord, the Referendum, and the Future of Canada*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 1993, p. 73, à la p. 77. Ce dernier est d'avis que l'existence de la Cour suprême du Canada ne repose que sur une loi fédérale, et que la composition civiliste de la Cour suprême n'est probablement pas protégée par la notion de « composition de la Cour » que l'on retrouve à l'article 41 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

in the Supreme Court Act, which is not part of the “Constitution of Canada”, paragraph (d) is probably ineffective. »<sup>543</sup>

Selon Hogg, la garantie de représentation québécoise, qui tout comme la création de la Cour suprême se trouve dans une loi ordinaire du Parlement fédéral, n’est pas non plus comprise sous le vocable « composition de la Cour suprême du Canada » que l’on retrouve à l’article 41(d) de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>544</sup>. Sa thèse, celle des « contenants vides », est souvent employée pour représenter cette position en doctrine.

Un deuxième pan de la doctrine considérait que la Cour bénéficiait d’une certaine protection constitutionnelle<sup>545</sup>. Le libellé de l’article 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, lequel définit ce qu’est la Constitution du Canada, indique que la « Constitution du Canada comprend » certains textes de loi subséquentement énumérés et mis en annexe. L’utilisation du terme « comprend », par opposé à « désigne », laissait donc sous-entendre que l’énumération n’était pas exhaustive. D’autre part, l’idée que la Constitution possède des sections sans effets semblait contre-intuitive :

« Intuitively, the whole point of sections 41(d) and 42(1)(d) must have been to restrain Parliament’s power to change some aspects of the Supreme Court of Canada without provincial consent. They were, after all, meant to answer the concerns of the “gang of eight” – the provinces that had opposed Trudeau’s constitutional reforms. »<sup>546</sup>

Tout comme la thèse de Peter W. Hogg symbolise la position d’un premier pan de la doctrine, celle du professeur Scott est emblématique de la deuxième<sup>547</sup>. Dès 1982, il a en quelque sorte prédit le raisonnement qu’adopterait la Cour suprême en 2014. Il était de l’avis que la Cour constitutionnaliserait certaines de ses composantes : « [m]y conjecture is that the Supreme Court of Canada will be disposed to adopt an intermediate position, "constitutionalizing" the legal status of the Court in essential particulars without going to the lengths of submitting all change to Part V

---

<sup>543</sup> Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada—Student Edition*, 5<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 2014, p. 4-27.

<sup>544</sup> *Id.*, p. 4-14.

<sup>545</sup> Warren J. NEWMAN, « The Constitutional Status of the Supreme Court of Canada », (2009) 47-1 *S.C.L.R.* (2d) 429 ; Patrick MONAHAN, *Constitutional law*, 3<sup>e</sup> éd., coll. « Essentials of Canadian law », Toronto, Irwin Law, 2006, p. 193-194 ; Henri BRUN, Eugénie BROUILLET et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 2008, p. 234-235 et 814 ; S. A. SCOTT, préc., note 463.

<sup>546</sup> C. MATHEN et M. PLAXTON, préc., note 529, p. 73-74.

<sup>547</sup> À titre d’exemple, la Cour suprême elle-même, lorsque fut le temps de trancher la question, exposa les deux thèses possibles en reprenant les positions du professeur Hogg et du professeur Scott. Voir à cet effet les paragraphes 97 et 98 du *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, 2014 CSC 21, (ci-après « *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême* »).

of the 1982 Act. »<sup>548</sup> À l'époque, il admettait tout de même que la difficulté, dans cette éventualité, serait de distinguer les parties de la loi qui bénéficieraient d'une protection constitutionnelle de celles qui n'en jouiraient pas<sup>549</sup>.

### 2.3. Interprétation jurisprudentielle de la disposition

Maintenant que nous avons exposé les circonstances qui ont mené à la consécration législative d'une surreprésentation québécoise à la Cour suprême, nous allons nous pencher sur l'interprétation judiciaire qui mènera à la constitutionnalisation de cette asymétrie. Nous nous attarderons en premier lieu sur l'idée que se font les tribunaux du fondement et de la justification de la surreprésentation québécoise au sein de l'institution (section 2.3.1). Les principales considérations prises en compte dans le raisonnement de la Cour seront exposées (section 2.3.2) pour par la suite être comparées avec les considérations théoriques que l'on retrouve en science politique sur l'asymétrie entre entités fédérées (section 2.3.3). Cette comparaison a pour but de vérifier notre hypothèse. Enfin, un bref survol des critiques qui furent adressées au raisonnement de la Cour permettra de constater que sa posture n'était pas nécessairement celle à laquelle les communautés juridique et politique s'attendaient (section 2.3.4).

#### 2.3.1. *Les renvois Nadon et Mainville, ou la raison d'être de la représentation du Québec à la Cour suprême*

La Cour suprême a eu l'occasion d'analyser la raison d'être de la garantie de représentation du Québec en son sein, donc de l'asymétrie qui est consacrée par l'article 6, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*. Le plus haut tribunal du pays devait étudier les conditions de nomination pour les trois postes de juge réservés au Québec aux termes de la *Loi sur la Cour suprême*<sup>550</sup>. De manière plus précise, le renvoi portait sur l'interprétation des articles 5 et 6 de la loi, et sur le pouvoir du Parlement fédéral de les modifier<sup>551</sup>. La question de l'interprétation de ces articles se posait dans le contexte où Marc Nadon, juge surnuméraire de la Cour fédérale, s'était fait nommer par le premier ministre du Canada à titre d'un des trois juges provenant du Québec<sup>552</sup>.

---

<sup>548</sup> S. A. SCOTT, préc., note 463, p. 273.

<sup>549</sup> *Id.*

<sup>550</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, par. 1.

<sup>551</sup> *Id.*, par. 8.

<sup>552</sup> *Id.*, par. 9.

Puisque l'article 6 prévoit qu'un juge du Québec doit être choisi « parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province de Québec ou parmi les avocats de celle-ci », et que la Cour d'appel fédérale n'est pas l'une des institutions qui figurent à cet article, la première question était de savoir « si une personne peut être nommée à la Cour suprême en vertu de l'art. 6 en sa qualité d'ancien membre du Barreau du Québec »<sup>553</sup>. Si tel n'est pas le cas, la deuxième question posée à la Cour était de déterminer si le Parlement fédéral, agissant seul, pouvait modifier les conditions de nomination prévues dans la *Loi sur la Cour suprême*. La majorité de la Cour répondra par la négative à ces deux questions. Le juge Moldaver, dissident, aurait quant à lui conclu par l'affirmative à la première question.

Plusieurs motifs expliquent l'interprétation retenue par la majorité de la Cour suprême<sup>554</sup>. Pour nos fins toutefois, nous porterons notre attention sur l'interprétation qu'elle fait de l'objet de l'article 6. La Cour estime que les juges représentant le Québec ne peuvent être choisis qu'à partir des juges actuels de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure de la province ou encore parmi les avocats inscrits au Barreau de la province depuis au moins dix ans *au moment de leur nomination*. L'exigence de contemporanéité de l'inscription au Barreau ne se trouve pas dans le libellé de l'article 6. Toutefois, cette interprétation restrictive de la disposition respecterait son objectif sous-jacent<sup>555</sup>. Il exprime le compromis historique ayant mené à la création de la Cour puisqu'il garantit une certaine protection des intérêts de la province de Québec. La Cour doit respecter ce compromis :

« Tout comme la protection des droits linguistiques, religieux et scolaires de minorités constituait une considération majeure dans les négociations qui ont mené à la Confédération [...], la protection du Québec par un nombre minimum de juges du Québec constituait un enjeu majeur de la création de la Cour. Une interprétation téléologique de l'art. 6 doit refléter la conclusion de ce compromis et non saper celui-ci. »<sup>556</sup>(références omises)

---

<sup>553</sup> *Id.*, par. 15.

<sup>554</sup> En effet, la majorité de la Cour fonde son interprétation sur quatre motifs principaux : le sens ordinaire de l'article 6, les différences entre le libellé des articles 5 et 6, l'objet de l'article 6 et finalement l'économie générale de la *Loi sur la Cour suprême*. Pour un résumé des quatre motifs, voir : *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, par. 18.

<sup>555</sup> *Id.*, par. 45-46.

<sup>556</sup> *Id.*, par. 48.

Par ailleurs, l'objectif de l'article 6 est d'assurer le fonctionnement ainsi que la légitimité de l'institution en tant que cour générale d'appel pour le Canada, spécifiquement aux yeux de la population du Québec :

« L'objectif de l'art. 6 est de garantir que non seulement des juristes civilistes expérimentés siègent à la Cour, mais également que les traditions juridiques et les valeurs sociales distinctes du Québec y soient représentées, pour renforcer la confiance des Québécois envers la Cour en tant qu'arbitre ultime de leurs droits. Autrement dit, l'art. 6 protège à la fois le *fonctionnement* et la *légitimité* de la Cour suprême dans sa fonction de cour générale d'appel pour le Canada. »<sup>557</sup>

De ces propos, on peut donc conclure qu'aux yeux de la Cour suprême, la représentation du Québec au sein de l'institution s'explique par la nécessité d'une telle garantie pour obtenir le consentement des représentants de la province au projet de création d'une cour générale d'appel pour le Canada, par l'existence du droit civil québécois nécessitant des magistrats formés dans cette tradition juridique et par le fait qu'une telle garantie renforce la confiance et la légitimité de la Cour aux yeux de la population québécoise, tout en protégeant les intérêts de la province.

Un autre renvoi, cette fois-ci rendu par la Cour d'appel du Québec<sup>558</sup>, témoigne également de l'idée que se font les tribunaux de la raison d'être de l'asymétrie de représentation des provinces à la Cour suprême. Le *Renvoi sur l'article 98* portait sur l'interprétation de cet article, lequel prévoit que « [l]es juges des cours de Québec seront choisis parmi les membres du barreau de cette province. » À la suite de la nomination du juge Mainville à la Cour d'appel du Québec, anciennement juge à la Cour d'appel fédérale, le Gouvernement du Québec sollicita un avis sur la constitutionnalité d'une telle nomination.

Il était entre autres nécessaire de déterminer quelles sont les conditions de nomination aux cours du Québec au sens de l'article 98 et si les juges des cours fédérales faisaient partie du bassin de candidats admissibles à la magistrature en vertu de cet article<sup>559</sup>. On se demandait si le

---

<sup>557</sup> *Id.*, par. 49 (italiques dans l'original).

<sup>558</sup> *Renvoi sur l'article 98 de la Loi constitutionnelle de 1867 (Dans l'affaire du)*, 2014 QCCA 2365, (ci-après « *Renvoi sur l'article 98* »). Le raisonnement de la Cour d'appel a subséquentement reçu l'aval de la Cour suprême dans *Québec (P.G.) c. Canada (P.G.)*, 2015 CSC 22 ; L'arrêt de la Cour suprême ne compte que quatre paragraphes, où la Cour s'en remet pour l'essentiel aux motifs de l'avis de la Cour d'appel du Québec. C'est donc sur ce dernier renvoi que nous porterons notre attention, et non sur celui de la Cour suprême.

<sup>559</sup> *Renvoi sur l'article 98*, par. 1-3.

raisonnement de la Cour suprême au sujet de l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême* valait également pour l'article 98 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Tant la Cour d'appel que la Cour suprême répondirent par la négative. Un ancien juge d'une cour fédérale peut donc être nommé à la magistrature du Québec en vertu de l'article 98<sup>560</sup>. Dans son interprétation de l'article 98, la Cour d'appel le distingue de l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême*. Elle en vient ainsi à indirectement interpréter l'objet de ce dernier.

Dans le *Renvoi sur l'article 98*, on retrouve l'idée que les trois juges du Québec dont la place est garantie à la Cour suprême ont pour mission de représenter la tradition civiliste<sup>561</sup>. La Cour distingue ensuite le contexte historique ayant mené à l'adoption de l'article 98 de celui ayant mené à la création de la Cour suprême :

« [...] l'article 98 s'inscrit dans un contexte précis et bien différent de celui qui entoura la création de la Cour suprême. Les préoccupations qui firent surface en 1875 n'avaient pas lieu d'être entre 1865 et 1867. Le Québec n'avait aucune raison de craindre l'édulcoration de sa tradition civiliste [...] Et l'on peut en déduire que l'article 98 de la *Loi constitutionnelle de 1867* avait pour objectif de continuer une pratique déjà bien ancrée avant la Confédération. En vertu de cette pratique, les juges des cours supérieures étaient invariablement choisis parmi les personnes qui avaient reçu une formation en droit local sanctionnée par le barreau de la province. »<sup>562</sup> (références omises)

La représentation québécoise à la Cour suprême a donc entre autres pour vocation de ne pas « édulcorer » la tradition civiliste. Un autre élément qui distingue l'article 98 de la création de la Cour suprême est que l'on ne retrouve pas, dans les débats entourant le premier, de préoccupations véhiculées quant à la confiance de la population envers les cours supérieures provinciales, ou quant à leur légitimité. Or, ces deux préoccupations expliquent en partie la garantie de représentation du Québec à la Cour suprême<sup>563</sup>. La Cour conclut donc que si l'article 98 permet la sauvegarde de la tradition civiliste au Canada, il est néanmoins impossible d'affirmer qu'il traduit un compromis semblable à celui qui sous-tend l'article 6<sup>564</sup>. Ainsi, et contrairement à la logique adoptée dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, « [c]omme un juge d'une des deux Cours fédérales ne pourrait être nommé à la Cour supérieure ou à la Cour d'appel du Québec sans avoir été membre

---

<sup>560</sup> *Id.*, par. 68-69 ; *Québec (P.G.) c. Canada (P.G.)*, 2015 CSC 22, par. 2-3.

<sup>561</sup> *Renvoi sur l'article 98*, par. 47.

<sup>562</sup> *Id.*, par. 52.

<sup>563</sup> *Id.*, par. 54.

<sup>564</sup> *Id.*, par. 56.

du barreau du Québec, on conçoit mal quel pourrait être l'obstacle cognitif à ce qu'il participe [...] à des débats judiciaires sur le droit civil du Québec. »<sup>565</sup> On perçoit donc que l'article 6 et la représentation québécoise qu'il garantit impliquent davantage que la simple présence de juristes compétents en droit civil. Autrement, on pourrait difficilement distinguer son objet de celui de l'article 98 ni probablement interpréter ces deux articles différemment.

### 2.3.2. *Les considérations prises en compte dans le raisonnement de la Cour*

Plusieurs considérations sont prises en compte dans le raisonnement de la Cour suprême quant à la raison d'être de l'asymétrie que crée l'article 6 entre le statut du Québec et celui des autres provinces au sein du tribunal de dernière instance.

En premier lieu, le tribunal indique que « les conditions de nomination des juges pour le Québec résultent de l'entente historique qui a permis la création de la Cour en 1875. »<sup>566</sup> Du fait que les députés du Québec à la Chambre des communes se soient opposés à deux reprises avec succès à un projet de création de la Cour qui n'assurait pas à la province une garantie, la Cour suprême en a déduit que la représentation québécoise constituait une caractéristique essentielle de l'institution<sup>567</sup>. Cette représentation spéciale fut d'ailleurs conservée lorsque le tribunal fit l'objet de réformes<sup>568</sup>.

Ensuite, le tribunal se réfère aux débats ayant mené à sa création afin de déceler l'intention législative dans la reconnaissance d'une représentation au Québec. De l'analyse des débats de 1875, la Cour conclut que « [l]a confiance du Québec envers la Cour dépendait de la présence de deux juges (un tiers) originaires du Québec. »<sup>569</sup> Tant les députés du gouvernement que ceux de l'opposition considéraient qu'en plus d'assurer son bon fonctionnement, la garantie de représentation québécoise se profilait comme un moyen d'assurer la légitimité de la Cour en tant qu'institution fédérale et bijuridique<sup>570</sup>. Ainsi, la notion de confiance envers la Cour renvoie à la

---

<sup>565</sup> *Id.*, par. 57.

<sup>566</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, par. 20.

<sup>567</sup> *Id.*, par. 20-21, 48 et 79 ; J. G. MORLEY, préc., note 404, p.782.

<sup>568</sup> Lorsque le nombre de juges est passé de six à sept en 1927, le nombre de juges du Québec n'a pas été modifié. Mais lorsque ce nombre est passé à neuf en 1949, « [o]n a préservé la proportion de juges pour le Québec, en faisant passer leur nombre à trois » : *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, par. 25.

<sup>569</sup> *Id.*, par. 54.

<sup>570</sup> *Id.*, par. 55.

fois à la confiance dans ses capacités juridiques et à la perception de sa légitimité en ce qui a trait à la préservation des intérêts de la population québécoise et de ses valeurs sociales distinctes.

En ce qui concerne le fonctionnement de la Cour d'abord, tous, au moment de la création de l'institution, « étaient conscients de la situation particulière du Québec et de la nécessité d'assurer une expertise en droit civil à la Cour »<sup>571</sup>. Certains députés de l'époque qualifièrent la représentation minimale du Québec comme une question de droit pour la province. D'autres estimèrent qu'il n'était que raisonnable que la province eut une garantie que la Cour comprît le système de lois qu'elle devrait administrer<sup>572</sup>. La garantie de représentation de la province visait à atténuer les craintes que le Québec entretenait depuis la Confédération qu'une éventuelle Cour suprême ne puisse traiter adéquatement les questions de droit civil québécois<sup>573</sup>. Sa composition assurant la présence de juges des deux traditions juridiques du Canada a notamment permis que « la common law et le droit civil évoluent côte à côte, tout en conservant leur caractère distinctif »<sup>574</sup>. La présence de juges de formation civiliste à la Cour permet donc d'assurer la préservation du caractère distinct de la tradition juridique québécoise<sup>575</sup>. Ensuite, en ce qui concerne la légitimité de l'institution, la Cour indique que d'« [e]xiger que les membres actuels des institutions de droit civil soient nommés [à titre de juges pour le Québec] garantissait non seulement que ces juges soient qualifiés pour représenter le Québec, mais que les Québécois les perçoivent ainsi »<sup>576</sup>. Ainsi, les normes constitutionnelles, en plus d'avoir pour objectif de créer certaines institutions, sont censées contribuer à leur légitimité<sup>577</sup>.

Le second volet du renvoi portait sur la capacité du Parlement fédéral, agissant unilatéralement, de modifier les articles 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*. Afin de répondre à cette question, le tribunal de dernière instance, comme il le fit dans le *Renvoi relatif au Sénat*, s'appuie sur la notion de l'architecture de la Constitution. L'abolition de tous les appels au Conseil privé en 1949 a

---

<sup>571</sup> *Id.*, par. 52.

<sup>572</sup> *Id.*, par. 53 ; *Débats de la Chambre des communes du Canada*, préc., note 508, p. 993 (M. Toussaint Laflamme) et 1030 (M. David Mills).

<sup>573</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, par. 50-51.

<sup>574</sup> *Id.*, par. 85.

<sup>575</sup> *Id.*, par. 87.

<sup>576</sup> *Id.*, par. 56.

<sup>577</sup> Hugo CYR, « The Bungling of Justice Nadon's Appointment to the Supreme Court of Canada », (2014) 67 *S.C.L.R.* (2d) 74, p. 90.

cristallisé l'importance de la Cour suprême dans le fonctionnement de la fédération canadienne puisque le rôle d'ultime arbitre constitutionnel que jouait jusqu'alors le Conseil privé lui fut dévolu<sup>578</sup>. Sa pérennité ainsi que son fonctionnement « sont devenus des questions d'intérêt primordiales pour le Parlement et pour les provinces »<sup>579</sup>. Par ailleurs, la *Loi constitutionnelle de 1982* a confirmé et consacré que les caractéristiques essentielles du tribunal de dernière instance sont constitutionnalisées<sup>580</sup>. La Cour s'est ainsi prêtée à un exercice d'interprétation de son rôle non pas en fonction de ce qu'il était à l'origine en 1875, mais en fonction de ce qu'il est aujourd'hui<sup>581</sup>.

Dans son analyse de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, laquelle prévoit les formules de modification applicables à la Constitution formelle, la Cour se base en grande partie sur la preuve historique ainsi que sur l'intention des parties prenantes lors du rapatriement de la Constitution. Comme ce fut également le cas pour le *Renvoi relatif au Sénat* de 2014, le tribunal s'appuie sur l'Accord d'avril de 1981 afin de déceler l'intention des provinces lors des négociations ayant mené à l'adoption de ces formules :

« Le texte de la partie V apparaissait à l'origine dans l'"Accord d'avril" de 1981, signé par huit provinces, dont le Québec. Les notes explicatives de cet Accord confirment que les signataires avaient l'intention de limiter le pouvoir unilatéral du Parlement de réformer la Cour suprême. Cette intention est exprimée en particulier dans la note explicative du texte maintenant devenu l'art. 41, qui requiert un consentement unanime pour les modifications portant sur cinq sujets, dont la composition de la Cour suprême. »<sup>582</sup> (références omises)

La formule applicable à la modification de la composition de la Cour est celle de l'unanimité puisqu'il s'agit d'un sujet d'une importance fondamentale. L'unanimité revient à donner un droit de veto aux chambres fédérales et aux assemblées législatives, mais plus particulièrement à celle du Québec, qui voit une protection constitutionnelle spéciale donnée à sa représentation à la Cour :

« Le consentement unanime exigé pour changer la composition de la Cour a donné au Québec la garantie constitutionnelle que sa représentation à la Cour ne sera pas modifiée sans son consentement. Il était nécessaire de protéger la composition de la Cour à l'al. 41*d*) parce que la protection prévue à l'al. 42(1)*d*) n'aurait pas empêché que le nombre

---

<sup>578</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, par. 82.

<sup>579</sup> *Id.*, par. 85.

<sup>580</sup> *Id.*, par. 90.

<sup>581</sup> N. KARAZIVAN, préc., note 389, p. 646.

<sup>582</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, par. 92.

de postes de juge réservés pour le Québec puisse être réduit, peut-être même totalement supprimé, sans le consentement du Québec. »<sup>583</sup>

La formule de l'unanimité en ce qui concerne la composition de la Cour visait à constitutionnaliser le *statu quo*<sup>584</sup>. La Cour rejette l'interprétation selon laquelle l'existence ainsi que la composition de la Cour ne sont pas protégées par la Partie V puisque « le Québec, qui a signé l'Accord d'avril, n'aurait certainement pas consenti à cela, et les autres provinces non plus. »<sup>585</sup>

### 2.3.3. *Le lien entre l'interprétation de la Cour et les considérations théoriques sur l'asymétrie*

L'interprétation que fait le tribunal de l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême* et de certaines dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982* fait écho aux considérations que l'on retrouve en science politique quant à l'origine et aux justifications à l'asymétrie entre entités fédérées. En effet, pour conclure à l'inconstitutionnalité à la fois de la nomination d'un juge fédéral à titre de représentant du Québec à la Cour et de la démarche unilatérale du Parlement fédéral afin de modifier les conditions de nomination à la Cour suprême, le tribunal s'appuie entre autres sur : (I) la garantie de représentation à la Cour pour le Québec – donc l'asymétrie qui est consacrée entre les provinces – comme compromis nécessaire à la création de la Cour, (II) la nécessité de garanties institutionnelles particulières afin de tenir compte de la situation distincte du Québec dans la fédération et (III) le caractère pluri ou multinational de l'État canadien.

De prime abord, on retrouve l'idée, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, que la création de l'institution relève d'un compromis historique avec la province de Québec. L'asymétrie de représentation des provinces au sein de l'institution était une condition à sa création. C'est à ce compromis qu'en sont venus les partenaires fédéraux à l'origine, ce qui explique que la Cour est réticente à le modifier<sup>586</sup>. En science politique, on considère une asymétrie légitime lorsqu'elle a été négociée entre les partenaires de la fédération et qu'elle a une justification profonde<sup>587</sup>. L'asymétrie, au départ, était législative et non constitutionnelle. Elle a été négociée entre les

---

<sup>583</sup> *Id.*, par. 93.

<sup>584</sup> *Id.*, par. 100.

<sup>585</sup> *Id.*, par. 99.

<sup>586</sup> H. CYR, préc., note 577, p. 98.

<sup>587</sup> *Supra*, chapitre 1, section 1, sous-section 3.1 : « Les origines et la légitimité des asymétries ».

députés du palier fédéral, et non entre les représentants d'unités constitutives. Néanmoins, on considère que les députés de circonscriptions québécoises ont représenté les intérêts de la province en cette matière. Quant à sa justification profonde, n'eût été d'elle, ces députés n'auraient pas donné leur consentement à la création de l'institution.

Le compromis historique ayant mené à la création du tribunal de dernière instance constituerait une reconnaissance par la majorité de la Cour du caractère « asymétrique de la fédération canadienne fondée sur le pacte constitutionnel de deux peuples fondateurs »<sup>588</sup>. On sait que la théorie du pacte dans son acception canadienne sert de fondement normatif à la consécration d'asymétries en faveur du Québec<sup>589</sup>. Elle est omniprésente dans le renvoi par le biais du récit historique qui est déployé par la Cour ainsi que par les techniques d'interprétation qu'elle emploie pour donner un sens aux dispositions de la Constitution<sup>590</sup>. La création de la Cour suprême – et la garantie de représentation pour le Québec – est reliée à l'histoire des peuples fondateurs, à la préservation du droit civil dans la province qui lui a été consenti dès l'*Acte de Québec de 1774*<sup>591</sup>, ainsi qu'à la codification du droit civil en 1866<sup>592</sup>.

Ensuite, l'accent est mis sur l'importance que la population *québécoise* ait confiance en l'institution et qu'elle la perçoive comme légitime. Pour les professeurs Taillon et Mathieu, la Cour prend de ce fait acte « des clivages démotiques [...] du fédéralisme canadien »<sup>593</sup>. Cette confiance se maintient entre autres par la capacité de trancher les questions de droit civil, puisque la présence de juges civilistes assure la préservation du caractère distinct de cette tradition juridique. La littérature de science politique soutient que l'asymétrie a notamment pour but de reconnaître la diversité au sein d'une fédération et d'aménager des politiques à la lumière de cette diversité<sup>594</sup>. Dans le cas spécifique du Québec, l'asymétrie servirait à traiter la province de façon distincte des

---

<sup>588</sup> D. GUÉNETTE, préc., note 47, p. 234.

<sup>589</sup> Du moins lorsqu'appréhendée dans sa déclinaison dualiste entre deux peuples fondateurs, *supra*, chapitre 1, section 1, sous-section 3.2.4 : « Le lien entre l'asymétrie, le concept de minorité nationale, la théorie du pacte et la reconnaissance du caractère multinational de l'État ».

<sup>590</sup> S. GRAMMOND, préc., note 163, p. 811-812.

<sup>591</sup> *Acte de Québec de 1774*, 14 Geo. III, c. 83 (R.-U.) (ci-après « *Acte de Québec de 1774* »).

<sup>592</sup> J. G. MORLEY, préc., note 404, p. 787.

<sup>593</sup> C. MATHIEU et P. TAILLON, préc., note 473, p. 784-785.

<sup>594</sup> *Supra*, chapitre 1, section 1, sous-section 3.1 : « Les origines et la légitimité des asymétries ».

autres, en lui octroyant notamment des garanties institutionnelles particulières<sup>595</sup>. Or, des provinces canadiennes, seul le Québec, en raison de son caractère distinctif, requiert un arrangement asymétrique lui garantissant une représentation à la Cour, ce que lui reconnaît l'avis consultatif :

« the decision was largely based upon a view of Quebec as unique among the provinces as the only jurisdiction with a civil law tradition that requires asymmetrical protections and institutional designs (see paras 18, 46, 49, 52–59). The importance of maintaining expertise in the civil law was regularly highlighted here, but this more legalistic and restrained view was augmented by noting that bijuralism and its preservation on the Court also has a symbolic and legitimacy generating purpose. »<sup>596</sup>

Le droit civil a toujours été intrinsèquement relié à la préservation de l'héritage culturel de la province<sup>597</sup>. Dans l'Accord de Charlottetown, lequel s'inscrivait comme l'Accord du lac Meech dans une logique de fédéralisme asymétrique, la tradition civiliste est l'une des composantes de la définition du Québec en tant que société distincte<sup>598</sup>. Si la Cour ne reprend pas textuellement cette expression, elle écrit néanmoins que les valeurs sociales, la culture et la tradition juridique de la province sont distinctes<sup>599</sup>. C'est ce qui fait conclure à plusieurs que le tribunal reconnaît la spécificité du Québec<sup>600</sup>, voire le fait que la province constitue une société distincte<sup>601</sup> d'une manière qui ne se limite pas à un constat sociologique, mais qui a des impacts juridiques sur l'interprétation de la Constitution<sup>602</sup>.

Pour interpréter l'article 41(d), la Cour se base sur l'intention des provinces<sup>603</sup>. Textuellement, l'article ne distingue pas entre les entités fédérées, mais l'interprétation que lui donne la Cour révèle des asymétries implicites dans la Constitution. La Cour insiste sur la relation bilatérale spéciale

---

<sup>595</sup> *Supra*, chapitre 1, section 1, sous-section 3.2.4 : « Le lien entre l'asymétrie, le concept de minorité nationale, la théorie du pacte et la reconnaissance du caractère multinational de l'État ».

<sup>596</sup> R. SCHERTZER, préc., note 301, p. 557.

<sup>597</sup> C. MATHEN et M. PLAXTON, préc., note 529, p. 57 ; P. H. RUSSELL, préc., note 494, p. 8.

<sup>598</sup> Accord de Charlottetown, art. 1(c).

<sup>599</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, par. 49, 85, 93 et 113. Au paragraphe 143 de sa dissidence, le juge Moldaver reconnaît quant à lui le « caractère *unique* du Québec et la place importante qu'il occupe dans notre pays » (nos italiques).

<sup>600</sup> Sean Fine reprend dans son article les propos du professeur de droit Paul Daly : Sean FINE, « Supreme Court's Rejection of Nadon Is a Legal Marker and a Political Blow », *Globe and Mail*, 21 mars 2014, en ligne : <<https://www.administrativelawmatters.com/media/supreme-courts-rejection-of-nadon-is-a-legal-marker-and-a-political-blow/>> ; C. MATHIEU et P. TAILLON, préc., note 473, p. 784.

<sup>601</sup> S. GRAMMOND, préc., note 290, à la p. 199 ; D. GUÉNETTE, préc., note 47, p. 235 ; Dave GUÉNETTE, « Le silence des textes constitutionnels canadiens - expression d'une constitution encore inachevée », (2015) 56-3-4 *C. de D.* 411, p. 422. Pour en arriver à cette conclusion, Guénette se fonde sur les paragraphes 18, 49, 56, 57 et 69 de l'avis.

<sup>602</sup> C. MATHIEU et P. TAILLON, préc., note 473, p. 785.

<sup>603</sup> S. GRAMMOND, préc., note 290, aux p. 186-187.

entre le Québec et le reste du Canada<sup>604</sup>. L'intérêt qui était protégé par la formule de modification de l'article 41(d) était la pérennité du système de droit civil<sup>605</sup>. Ainsi, comme le souligne le professeur Grammond, « même si l'article 41 exige le consentement unanime des provinces, c'est du Québec qu'il s'agit en réalité »<sup>606</sup>, du moins en ce qui concerne la composition de la Cour. Ainsi, le Québec s'est fait reconnaître un droit de veto sur la modification du nombre de sièges garantis aux juges représentant la province, sur la base quasi exclusive de ses intérêts ou de ses attentes spécifiques<sup>607</sup>. Le professeur Grammond fait le parallèle entre l'unanimité considérée comme un droit de veto pour une province, et l'Accord du lac Meech, où un veto au Québec sur certains sujets avait été consenti par le biais de l'exigence d'un consentement unanime<sup>608</sup>. L'idée même que la représentation québécoise à la Cour suprême soit constitutionnalisée relève d'un fort symbolisme et participe à la reconnaissance du caractère distinct de la province<sup>609</sup>.

Enfin, par l'interprétation du texte constitutionnel à la lumière des préoccupations particulières du Québec lors du rapatriement de la Constitution, la Cour reconnaît, selon les professeurs Mathieu et Taillon, « les préoccupations légitimes de chaque communauté nationale qui compose le Canada »<sup>610</sup>. L'idée que le Canada soit formé de plus d'une communauté nationale renvoie au concept de fédération multinationale, elle aussi intrinsèquement reliée aux fondements normatifs de l'asymétrie entre entités constituantes<sup>611</sup>. En somme, si la Cour n'emploie pas le vocable d'asymétrie dans son avis consultatif, il demeure que ses propos laissent sous-entendre une conception du fédéralisme canadien conciliable avec la théorie du pacte et avec l'existence de plus d'une nation à l'intérieur du Canada. Ces considérations sont les principaux vecteurs d'arrangements asymétriques entre les entités fédérées. Forte de ces considérations, la Cour s'autorise à reconnaître le caractère distinct de la province de Québec, ce qui avait été réclamé dans

---

<sup>604</sup> *Id.*, à la p. 193.

<sup>605</sup> S. GRAMMOND, préc., note 163, p. 814.

<sup>606</sup> S. GRAMMOND, préc., note 290, à la p. 193.

<sup>607</sup> S. GRAMMOND, préc., note 163, p. 819.

<sup>608</sup> S. GRAMMOND, préc., note 290, à la p. 193 ; Voir à ce sujet l'article 9 de l'Accord du lac Meech, lequel aurait modifié l'article 41 LC 1982 afin d'ajouter d'autres sujets à la procédure unanime de modification.

<sup>609</sup> P. H. RUSSELL, préc., note 45, à la p. 101. Le texte du professeur Russell porte sur la constitutionnalisation de la représentation advenant l'adoption de l'Accord du lac Meech, mais la remarque vaut, selon nous, peu importe la manière dont la représentation en est venue à être constitutionnalisée.

<sup>610</sup> C. MATHIEU et P. TAILLON, préc., note 473, p. 789.

<sup>611</sup> *Supra*, chapitre 1, section 1, sous-section 3.2.3 : « Les concepts de fédération multinationale et plurinationale » et sous-section 3.2.4 : « Le lien entre l'asymétrie, le concept de minorité nationale, la théorie du pacte et la reconnaissance du caractère multinational de l'État ».

les dernières tentatives de réforme constitutionnelles qui auraient consacré une certaine forme de fédéralisme asymétrique.

#### 2.3.4. *Perspective critique sur l'interprétation de la Cour*

La première critique adressée au raisonnement adopté par la majorité de la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême* est son recours à la notion de « valeurs sociales distinctes ». Dans sa dissidence<sup>612</sup>, le juge Moldaver indique que l'objectif législatif de l'article 6 est de protéger la tradition civiliste du Québec et de susciter la confiance du Québec envers la Cour<sup>613</sup>. Le juge écrit également que « [l']article 6 reconnaît le caractère unique du Québec et la place importante qu'il occupe dans notre pays. »<sup>614</sup> Là où l'opinion du juge Moldaver diffère de celle de ses confrères majoritaires est quant au fait que l'article 6 aurait également pour objectif de garantir que les valeurs sociales du Québec soient représentées à la Cour :

« Le législateur a délibérément choisi d'inclure uniquement des conditions de nomination objectives dans les art. 5 et 6, et rien dans le libellé de la Loi ou dans son historique n'autorise à y importer les valeurs sociales — 140 ans plus tard. »<sup>615</sup>

La possibilité qu'il existe un lot de valeurs sociales uniformément partagées au sein de la province a soulevé des doutes<sup>616</sup>, et pose la difficulté d'identifier ces valeurs sociales, ce que la majorité de la Cour s'abstient de faire. Mais pour le professeur Schertzer, « the lack of detail is likely a reflection of the competing conceptions inside and outside Quebec on the nature of the federation and thus what Quebec values are and what is in its interest. » La Cour maintiendrait volontairement l'ambiguïté sur ces questions sensibles<sup>617</sup>.

Ensuite, l'idée que la nomination de juges fédéraux anciennement membres du Barreau de la province puisse miner la confiance de la population québécoise envers la Cour a également été

---

<sup>612</sup> Il est à noter que la critique du juge Moldaver en ce qui a trait aux motifs majoritaires ne se limite pas aux points que nous aborderons, mais nous avons jugé qu'ils étaient les principales critiques pertinentes pour nos fins. Pour un aperçu plus complet, voir les paragraphes 124 et 152-153 des motifs dissidents.

<sup>613</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, par. 145.

<sup>614</sup> *Id.*, par. 146.

<sup>615</sup> *Id.*, par. 145.

<sup>616</sup> Grant HUSCROFT, « The Supreme Court's faulty logic on Nadon », *National Post*, 25 mars 2014, en ligne : <<https://nationalpost.com/opinion/grant-huscroft-the-supreme-courts-faulty-logic-on-nadon>>.

<sup>617</sup> R. SCHERTZER, préc., note 301, p. 558.

critiquée<sup>618</sup>, d'autant plus que cette règle priverait la province de candidats forts compétents<sup>619</sup>. En réponse à cet argument, certains auteurs soutinrent que « the mere fact that a rule is over- or underinclusive is no reason, in itself, to doubt its rationality. »<sup>620</sup> De la même manière, le professeur Hugo Cyr souligna que le jugement de la majorité ne veut pas dire que les exigences en ce qui concerne les juges du Québec sont suffisantes pour assurer la connaissance actuelle du droit civil ou la confiance du public envers ces juges. Elles constituent plutôt des exigences minimales<sup>621</sup>.

Certains auteurs critiquèrent la constitutionnalisation de certaines composantes de la Cour aux termes du renvoi ainsi que le fait que le tribunal se trouve à ajouter au contenu de la Constitution du Canada. La majorité distingue entre les caractéristiques essentielles ainsi que les caractéristiques non essentielles de l'institution, en donnant toutefois une interprétation large à la première. De ce fait, il se pourrait qu'il soit difficile, voire quasi impossible, d'apporter des modifications légitimes à la Cour sans passer par une procédure de modification constitutionnelle<sup>622</sup>. Enfin, les motifs de la majorité n'indiquent pas avec précision le moment où la Cour suprême a vu son existence être constitutionnalisée. Comme le souligne le professeur Cyr, « we do not know exactly when it happened, we only know that it has happened. »<sup>623</sup> C'est ce qui explique qu'il s'interroge sur la validité constitutionnelle de modifications apportées à la *Loi sur la Cour suprême* par le Parlement fédéral au fil des ans : « [i]t thus matters that we know when every aspect of the Supreme Court was entrenched, in order to determine whether past legislative changes to the Supreme Court Act were valid. »<sup>624</sup> Le professeur Cyr ne fournit cependant pas d'exemples concrets de modifications

---

<sup>618</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, par. 147 et 150-151 (j. Moldaver, dissident) ; Leonid SIROTA, « What You Wish For », *Double Aspect*, 22 mars 2014, en ligne : <<https://doubleaspect.blog/2014/03/22/what-you-wish-for/>>.

<sup>619</sup> L. SIROTA, préc., note 618 ; Daryl BARTON, « Analysis of Reference re Supreme Court Act: The Implied Currency Requirement for Quebec Seat Appointees to the Supreme Court », (2015) 24-1 *Forum constit.* 19, p. 24.

<sup>620</sup> C. MATHEN et M. PLAXTON, préc., note 529, p. 121.

<sup>621</sup> H. CYR, préc., note 577, p. 93.

<sup>622</sup> C. MATHEN et M. PLAXTON, préc., note 529, p. 161 ; À titre d'exemple, certains auteurs sont d'avis qu'il est désormais probablement impossible de requérir le bilinguisme comme condition de nomination à la magistrature de la plus haute Cour. À cet effet, voir : *Id.*, p. 166-169 ; L. SIROTA, préc., note 618 ; Leonid SIROTA, « Immuring Dicey's Ghost: The Senate Reform Reference and Constitutional Conventions », (2020) 51-2 *Ottawa L. Rev.* 313, p. 355 ; Pour l'opinion contraire, voir Sébastien GRAMMOND, « Can Parliament enact a requirement that Supreme Court judges be bilingual? », *Administrative Law Matters*, 13 mai 2016, en ligne : <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2016/05/13/guest-post-sebastien-grammond-can-parliament-enact-a-requirement-that-supreme-court-judges-be-bilingual/>> ; H. CYR, préc., note 577, p. 106-107 ; Il est également à noter que la *Loi visant l'égalité réelle entre les langues officielles du Canada*, L.C. 2023, c. 15, qui modernise la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, c. 31, a reçu la sanction royale en juin 2023 et pose comme exigence pour tous les juges fédéraux, y compris ceux de la Cour suprême, le bilinguisme.

<sup>623</sup> H. CYR, préc., note 577, p. 100-101.

<sup>624</sup> *Id.*, p. 101.

apportées à la loi qui auraient pu avoir des incidences sur des caractéristiques potentiellement constitutionnalisées du tribunal de dernière instance<sup>625</sup>. Par ailleurs, si la constitutionnalisation de la Cour suprême en tant que telle ne soulève pas de grandes oppositions, il demeure que la conclusion selon laquelle certaines règles de nomination des juges étaient constitutionnalisées n'est pas partagée par tous<sup>626</sup>. Dans cette veine, la professeure Glover a soulevé que le raisonnement adopté dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême* n'est pas cohérent avec celui adopté la même année relativement à la réforme du Sénat :

« the Court's conclusion that abolition of the Supreme Court falls within s. 41(d) is inconsistent with its subsequent holding that abolition of the Senate could not fall within s. 42(1)(b) or (c) because these provisions contemplate the continued existence of the Senate: Senate Reform Reference, at para. 99. It is not obvious why the same reasoning does not exclude abolition of the Court from the scope of the Court's "composition" in s. 41(d). »<sup>627</sup>

Autrement dit, la critique de la professeure Glover est la suivante : tant pour l'abolition du Sénat que pour l'abolition de la Cour suprême, le consentement unanime des chambres du Parlement fédéral et des assemblées législatives provinciales est requis. Toutefois, dans le cas du Sénat, la Cour suprême en vient à cette conclusion en soustrayant l'abolition du Sénat des formules de modification applicables à la réforme de l'institution, notamment à la modification de sa composition ou du mode de sélection des sénateurs. Or, dans le cas du *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, le tribunal conclut que l'expression « la composition de la Cour » inclut l'abolition de celle-ci et que cette dernière ne relève pas de l'article 42(1)d)<sup>628</sup>. En somme, le tribunal distingue entre l'abolition et la composition du Sénat, mais pas entre l'abolition et la composition de la Cour suprême.

Finalement, la logique interprétative adoptée dans le *Renvoi sur l'article 98* a quant à elle été critiquée sur deux points par le professeur St-Hilaire. Premièrement, l'effet du *Renvoi sur l'article 98* vient contrecarrer la protection établie dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*. Or,

---

<sup>625</sup> La recension et l'analyse de l'historique législatif de la *Loi sur la Cour suprême* afin d'identifier de potentielles modifications portant sur des éléments constitutionnalisés de la Cour, bien que fort intéressantes, dépassent le cadre du présent mémoire.

<sup>626</sup> J. G. MORLEY, préc., note 404, p. 785.

<sup>627</sup> Kate GLOVER, « Structure, Substance and Spirit: Lessons in Constitutional Architecture from the Senate Reform Reference », (2014) 67-1 *S.C.L.R.* (2d), n° 108, p. 243.

<sup>628</sup> L'article 41(1)d) LC 1982 prévoit certains domaines modifiables par la formule ordinaire du 7/50 et va comme suit : « sous réserve de l'article 41(d), la Cour suprême du Canada ».

le droit n'est pas censé permettre de faire indirectement ce qui ne peut l'être directement. Deuxièmement, il serait faux de prétendre que l'article 98 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême* ne relèvent pas du même compromis. Ils servent tous deux à préserver la tradition civiliste québécoise. En conséquence, leur interprétation aurait dû être conciliée<sup>629</sup>.

#### 2.4. Le degré et l'importance de l'asymétrie

Afin d'évaluer le degré ainsi que l'importance de l'asymétrie entre les provinces dans leur représentation à la Cour suprême, nous nous pencherons sur deux facteurs. D'abord, nous nous intéresserons à la question de savoir si les trois juges du Québec représentent effectivement la province (section 2.4.1). Ensuite, nous nous attarderons au domaine dans lequel s'inscrit l'asymétrie, donc sur l'importance de la Cour suprême dans la fédération canadienne (section 2.4.2).

##### 2.4.1. Des juges « représentant » le Québec ?

De prime abord, l'asymétrie pourrait être considérée comme forte en raison du fait que seul le Québec voit sa représentation à la Cour constitutionnalisée, et qu'outre l'Ontario, les autres régions ou provinces canadiennes bénéficient d'une représentation bien moindre à la Cour. Mais de cette représentation accrue, peut-on en conclure que les intérêts de la province de Québec sont davantage pris en compte ? On considère généralement que les juges issus d'une province ne la représentent pas à proprement parler. Le politologue Kenneth McRoberts affirme à cet égard l'idée suivante :

« Parmi les ententes asymétriques adoptées pour intégrer le Québec aux institutions centrales, l'exemple le plus patent concerne la Cour suprême, dont trois des neuf juges doivent provenir de la magistrature du Québec. Toutefois, en tant que juges, ils ne peuvent représenter activement le Québec ou le Canada français. »<sup>630</sup>

C'est ce qui lui fait dire qu'il « n'existe aucune asymétrie *de jure* quant à la représentation francophone ou québécoise dans les institutions centrales »<sup>631</sup>. En effet, l'absence d'un rôle

---

<sup>629</sup> M. ST-HILAIRE, préc., note 514 ; Au terme de cet avis, un juge d'une cour fédérale nommé à la Cour d'appel du Québec pourrait subséquemment être nommé à la Cour suprême à titre de juge pour le Québec.

<sup>630</sup> K. McROBERTS, préc., note 86, par. 26.

<sup>631</sup> *Id.*

substantiel des provinces dans la procédure de nomination des juges a perpétué l'idée que ces derniers n'ont pas de liens directs avec leurs provinces ou régions d'origine<sup>632</sup>.

En 1969, le professeur Peter H. Russell menait une étude exhaustive sur la Cour suprême du Canada. Parmi les éléments analysés à l'intention de la *Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, il était question de savoir s'il était possible de voir une tendance dans les positions des juges. L'analyse démontre la difficulté d'en venir à une conclusion quant à savoir si des juges adoptaient des positions analogues en raison de leurs origines ethniques ou du fait qu'ils proviennent de la même province<sup>633</sup>. La seule exception concerne les juges catholiques, et majoritairement francophones, qui ont pris position en bloc au sujet de certaines questions de droits et libertés au cours des années 1954 à 1964<sup>634</sup>. Toutefois, le professeur Russell met en garde contre des conclusions hâtives :

« it would be a mistake to explain this voting trend in terms of French Canadian values being simply outvoted by English Canadian values in areas of law suspected of being especially sensitive to such a conflict of ethnic values. [...] [W]e cannot assume that one group of judges are products of French Canadian culture and the other of English Canadian culture. The difference in ethnic background may be a necessary but by no means a sufficient cause of these divisions. »<sup>635</sup>

Les recherches empiriques portant sur le comportement des juges ont eu tendance à émettre comme hypothèse que le clivage régional le plus important se situerait entre le Québec et le Canada anglais, sans toutefois que leurs conclusions puissent appuyer ce postulat de départ<sup>636</sup>. Une étude, menée en 2013, conclut quant à elle que c'est plutôt une multitude de facteurs interreliés qui influencent les juges de la Cour suprême dans leur prise de décisions, que ce soient leurs expériences, leurs valeurs personnelles, l'idéologie à laquelle ils adhèrent ou le mode de fonctionnement de la Cour<sup>637</sup>.

---

<sup>632</sup> R. SCHERTZER, préc., note 301, p. 544.

<sup>633</sup> P. H. RUSSELL, préc., note 494, p. 128-129.

<sup>634</sup> *Id.*, p. 144-145 ; Voir, à titre d'exemple, la manière dont s'est divisé les juges de la Cour du Banc de la Reine et de la Cour suprême au sujet de l'affaire *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121 ; Roderick MACDONALD, « Was Duplessis Right? », (2010) 55-3 *R.D. McGill* 401, p. 409-414.

<sup>635</sup> P. H. RUSSELL, préc., note 494, p. 145.

<sup>636</sup> Donald R. SONGER, *The transformation of the Supreme Court of Canada - An empirical examination*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 2008, p. 198 ; Une analyse des décisions de la Cour entre 1970 et 2003 démontrerait plutôt que ce sont les juges issus de l'Ontario qui prennent le plus souvent la même position juridique. Voir aussi à cet effet : Donald R. SONGER, *Law, ideology, and collegiality: judicial behaviour in the Supreme Court of Canada*, Montréal, Presses universitaires McGill-Queen's, 2012, p. 140-142.

<sup>637</sup> Emmett MACFARLANE, *Governing from the bench: the Supreme Court of Canada and the judicial role*, coll. « Law and society », Vancouver, Presses de l'Université de la Colombie-Britannique, 2013, p. 38 et 100.

Il n'est donc pas facile d'isoler un de ces facteurs comme expliquant l'issue d'une question juridique. Dans les mots de l'auteur de cette étude, Emmett MacFarlane, « the Court is a complex institution whose decisions are dependent on a combination of the individual approaches of its nine justices and the group interaction produced by them. »<sup>638</sup> Enfin, en 2016, un autre auteur a analysé à la fois les jugements ainsi que les déclarations publiques des juges représentant le Québec pour en conclure que leur rôle en tant que juges du Québec ne signifie pas qu'ils agissent le plus souvent à l'unisson. De même, il existerait des variations dans la façon dont ils conçoivent leur rôle en tant que représentants du Québec<sup>639</sup>. Ces premiers constats semblent donner raison au professeur McRoberts. Nous pensons toutefois que des nuances s'imposent, puisque d'autres offrent une lecture différente du rôle des juges à la Cour.

Les professeurs Hogg et Wright indiquent que lorsque la Cour suprême ne siège pas en formation de neuf juges, il existerait tout de même « a tendency towards regional or provincial specialization by the inclusion in the panel for a particular case of the judges from the province or region in which the case arose », non seulement pour le Québec, mais également pour les autres provinces ou régions<sup>640</sup>. Ainsi, peut-être pour une raison de perception ou de légitimité, on considère comme important de prendre en compte la provenance des juges qui entendront les causes. Si, en raison de l'indépendance judiciaire, un juge ne représente pas directement une province ou une région, il peut tout de même être plus sensible à la réalité de celle dont il provient :

« Of course, the nature of the judicial function, as understood in Canada and other countries in which the judiciary is independent, does not allow a judge to “represent” the region from which the judge was appointed in any direct sense, and certainly does not allow the judge to favour the arguments of persons or governments from that region. What regional representation does do, however, is to ensure that there are judges on the Court who are personally familiar with each major region of the country, and who can bring to the decision of a case from that region an understanding of the region's distinctive legal, social and economic character. »<sup>641</sup>

Si les juges du Québec ne représentent pas directement la province, il n'en demeure pas moins que ces derniers représentent sa tradition de droit civil, laquelle constitue l'une des caractéristiques

---

<sup>638</sup> *Id.*, p. 182.

<sup>639</sup> R. SCHERTZER, préc., note 301, p. 562.

<sup>640</sup> P. W. HOGG et W. K. WRIGHT, préc., note 505, p. 8-8.

<sup>641</sup> *Id.*, p. 8-35.

singulières de la province et a historiquement contribué à la définir en tant que société distincte<sup>642</sup>. Après une tendance uniformisatrice entre les traditions de common law et de droit civil au début de l'existence de la Cour<sup>643</sup>, on assista à l'affirmation de la spécificité du droit civil, courant insufflé à la Cour suprême par la présence de juges québécois civilistes<sup>644</sup>. Par ailleurs, lorsque le nombre de juges passa de sept à neuf en 1949, le quorum demeura de cinq membres<sup>645</sup>. Dès lors, la pratique voulut que les trois juges du Québec siègent dans les affaires de droit civil. Comme l'indique le professeur Michel Morin, « [c]ette façon de procéder [...] permet aux civilistes de décider quelle sera l'opinion majoritaire. »<sup>646</sup> Notons toutefois qu'une étude de la composition des bancs à la Cour suprême en matière civiliste de 1976 à 2019 révèle un changement dans cette tendance, particulièrement dans les dernières années, en raison du fait que la Cour siège plus rarement en banc de cinq juges<sup>647</sup>.

Considérant toutefois que seule une petite fraction des affaires entendues sur le fond par la Cour concerne le droit civil<sup>648</sup>, il est à se demander si la surreprésentation québécoise sert uniquement à représenter le système juridique civiliste, ou si les trois juges issus du Québec n'auraient pas également un autre rôle à jouer à la Cour. À cet égard, avant que ne soit rendu l'avis consultatif de 2014, certains auteurs soutenaient que la présence de trois juges issus de la province de Québec pourrait potentiellement être appréhendée comme « un désir sous-jacent d'y assurer une représentation adéquate du Québec en raison de sa culture distinctive », et non pas uniquement

---

<sup>642</sup> Voir, à titre d'exemple, l'article 1(c) de l'Accord de Charlottetown.

<sup>643</sup> Louis LEBEL et Pierre-Louis LE SAUNIER, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », (2006) 47-2 *C. de D.* 179, p. 182-185 ; Jean-Louis BAUDOIN, « L'interprétation du Code Civil québécois par la Cour Suprême du Canada », (1975) 53-4 *R. du B. can.* 715, p. 725 et 736.

<sup>644</sup> L. LEBEL et P.-L. LE SAUNIER, préc., note 643, p. 186-201. Il s'agit, entre autres, des juges Pierre-Basile Migneault, Louis-Philippe Pigeon et Jean Beetz.

<sup>645</sup> *Loi modifiant la Loi de la Cour suprême*, S.C. 1949 (2<sup>e</sup> sess.), c. 37.

<sup>646</sup> Michel MORIN, « Des juristes sédentaires ? L'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du Code civil du Bas Canada », (2000) 60 *R. du B.* 247, p. 311.

<sup>647</sup> Andrew STOBO SNIDERMAN et Mariella MONTPLAISIR-BAZAN, « La Cour suprême du Canada, le Code civil du Québec et le rôle des juges de Common law : Une étude des arrêts de 1976–2019 », (2022) 100-3 *R. du B. can.* 548, p. 562-564. À la p. 564 de leur étude, les auteurs s'expriment ainsi : « Nous notons qu'entre 2007 et 2017, [...] les civilistes n'ont pas formé la majorité d'un banc à la Cour suprême une seule fois. Dans la dernière décennie sous la juge en chef McLachlin ainsi que pour les premières années du juge en chef Richard Wagner, les civilistes n'ont jamais formé une majorité pour entendre une cause impliquant le Code civil, et ce, même en comptant la juge Sheilah Martin (diplômée de McGill) comme civiliste. »

<sup>648</sup> Michael PLAXTON et Carissima MATHEN, « Purposive Interpretation, Quebec, and the Supreme Court Act », (2013) 22-3 *Forum constit.* 15, p. 21 ; COUR SUPRÊME DU CANADA, « Rétrospective annuelle - 2022 », *Cour suprême du Canada*, 2023, en ligne : <<https://www.scc-csc.ca/review-revue/2022/2022-Numbers-Statistiques-fra.html#trends-tendances>>.

pour assurer la présence de juges formés en matière de droit civil<sup>649</sup>. De la même manière, Robert Schertzer soutient que la présence de trois juges québécois ne se limite pas à de pures considérations sur l'interprétation du système civiliste :

« including judges with civil law expertise in this federal institution also has a symbolic element. Beyond requiring technical expertise, the guarantee of three justices from Quebec can be seen as recognizing the importance of Quebec's civil law tradition. Maintaining this legal system is a fundamental compromise at the heart of Canadian federalism and is often taken as a cornerstone of Quebec's status as a national minority community. »<sup>650</sup>

Finalement, le professeur Jeremy Webber indique quant à lui que la culture peut avoir une influence sur l'interprétation du droit, et de manière accrue pour les normes constitutionnelles, lesquelles sont d'ordinaire abstraites. Pour Webber, « [d]etermining the effect of these principles in specific cases involves a very complex set of judgements »<sup>651</sup>. C'est ce qui lui fait conclure que ces jugements sont « shaped by judges' general understanding of the structure of Canadian society and the nature of its social life – judgments which should, in Canada, ideally take account of the complexity of our political communities and the varying challenges faced by our cultural groups »<sup>652</sup>.

De fait, on retrouve, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, l'idée que les trois juges du Québec ont entre autres pour rôle d'assurer la représentation des valeurs sociales distinctes de la province<sup>653</sup>. Le fait que les juges de la Cour suprême originaires du Québec doivent maintenir un lien substantiel avec la province demeure une question essentielle non seulement pour l'efficacité, mais également pour la légitimité de l'institution<sup>654</sup>. En ce sens, le renvoi reconnaît un certain rôle représentatif aux juges québécois<sup>655</sup>. Dans un texte portant sur le *Renvoi relatif au Sénat* ainsi que le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, le professeur Grammond écrivait d'ailleurs que le juge Louis LeBel incarnait « à merveille le rôle que les juges québécois sont appelés à jouer

---

<sup>649</sup> Eugénie BROUILLET et Yves TANGUAY, « La légitimité de l'arbitrage constitutionnel en régime fédératif multinational », dans Michel SEYMOUR et Guy LAFOREST (dir.), *Le fédéralisme multinational : un modèle viable ?*, Bruxelles, Peter Lang, 2011, p. 133, à la p. 145.

<sup>650</sup> R. SCHERTZER, préc., note 301, p. 545.

<sup>651</sup> J. H. A. WEBBER, préc., note 87, p. 244.

<sup>652</sup> *Id.*

<sup>653</sup> D. GUÉNETTE, préc., note 47, p. 232.

<sup>654</sup> R. SCHERTZER, préc., note 301, p. 544.

<sup>655</sup> *Id.*, p. 556.

à la Cour suprême », parce qu'il a su, notamment dans ces deux renvois, « obtenir l'adhésion de ses collègues à une vision de la Constitution du Canada qui reconnaît une place distincte au Québec »<sup>656</sup>. On perçoit donc que les juges du Québec auraient un rôle particulier à jouer.

En somme, même si la question du rôle que sont appelés à jouer les juges représentant le Québec est ambiguë, il demeure que de manière générale, la question de la composition des tribunaux de dernière instance, et de leur représentation régionale ou provinciale, est une question centrale dans la plupart des fédérations<sup>657</sup>. De ce fait, une représentation assurée à la Cour suprême, indépendamment de sa portée pratique, demeure d'une forte importance symbolique.

#### 2.4.2. *Le rôle prépondérant de l'arbitre constitutionnel dans une fédération*

Avant 1949 et l'abolition des appels au Comité judiciaire du Conseil privé, certains soutenaient que le rôle de la Cour suprême n'était pas d'interpréter la Constitution, mais plutôt d'interpréter ce que le Conseil privé avait dit à son sujet<sup>658</sup>. Mais, au fil des ans, l'importance de la Cour s'est accentuée pour devenir centrale au fonctionnement de la fédération canadienne. Quant à son rôle, nous verrons qu'il est autant pratique et juridique que politique et symbolique.

La Cour suprême, en tant qu'arbitre constitutionnel de la fédération canadienne, joue d'abord un rôle pratique et juridique d'importance. La suprématie de la Constitution est l'un des principes cardinaux de la majorité des fédérations<sup>659</sup>. Il a pour corollaire celui du contrôle judiciaire, qui se définit comme le pouvoir des tribunaux de vérifier la conformité d'actes ou de lois avec la Constitution<sup>660</sup>. En contexte canadien, l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit expressément la primauté de la Constitution, ainsi que le caractère inopérant de toute autre règle de droit incompatible avec elle. Si ce pouvoir est désormais explicitement prévu, il est bien antérieur à 1982 et existe depuis la création du Dominion. Avant cette date, tant le Comité judiciaire

---

<sup>656</sup> S. GRAMMOND, préc., note 413, p. 267.

<sup>657</sup> R. L. WATTS, préc., note 1, p. 103.

<sup>658</sup> B. LASKIN, préc., note 519, à la p. 143.

<sup>659</sup> R. L. WATTS, préc., note 1, p. 101.

<sup>660</sup> P. W. HOGG et W. K. WRIGHT, préc., note 505, p. 5-28 et 5-29.

du Conseil privé que les tribunaux canadiens reconnaissaient la suprématie de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et la légitimité du contrôle judiciaire<sup>661</sup>.

L'importance et la portée de la révision judiciaire varient d'une fédération à une autre. Au Canada, elle joue un rôle central dans l'évolution du fédéralisme<sup>662</sup>. Les constitutions auraient un caractère intrinsèquement ambigu, et ce, même lorsqu'elles paraissent à première vue être claires<sup>663</sup>. Ce sont donc les décisions en matière constitutionnelle qui donnent aux termes employés dans la Constitution leur véritable signification<sup>664</sup>. Ainsi, les juges d'une cour d'appel de dernière instance sont des créateurs de droit<sup>665</sup>. De ce fait, la Cour suprême a la capacité de faire évoluer le droit constitutionnel et par le fait même la fédération qu'il régit.

Si la Cour suprême remplit un rôle juridique nécessaire au fonctionnement de la fédération canadienne, son rôle est également symbolique : « [it] is [...] the institutional symbol of balance in the national life, the instrument which seeks to preserve unity in the system of diversity of interest and legal power involved in Federalism. »<sup>666</sup> Cette importance symbolique se traduit entre autres dans la composition de la Cour. À titre d'exemple, le rapport de la *Commission de l'unité canadienne* percevait la Cour suprême comme l'institution par excellence où devrait se refléter la dualité canadienne, dualité à la fois juridique et politique<sup>667</sup>. D'ailleurs, la question de la représentativité prendrait un rôle accru dans une fédération que l'on qualifierait de multinationale<sup>668</sup>. En ce sens, une seule tendance ou sensibilité ne devrait pas être exclusivement représentée à la Cour, puisque cela minerait la légitimité de ses décisions<sup>669</sup>. Mais au-delà de la

---

<sup>661</sup> Luc B. TREMBLAY, « Marbury v. Madison and Canadian Constitutionalism: Rhetoric and Practice », (2004) 36-3 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 515, p. 522 ; Le contrôle de constitutionnalité des lois avait entre autres comme base les articles 2 et 5 de la *Colonial Laws Validity Act*, 1865, 28 & 29 Vict. c. 63 (R.-U.), lesquels établissaient la suprématie des lois impériales, dont fait partie l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. En 1931, le Statut de Westminster remplace la *Colonial Laws Validity Act*, tout en maintenant la suprématie des Actes de l'Amérique du Nord britannique de 1867 à 1930. Voir à ce sujet l'article 7(1) du *Statut de Westminster de 1931*, 22 Geo. V, c. 4 (R.-U.).

<sup>662</sup> R. L. WATTS, préc., note 149, à la p. 18.

<sup>663</sup> R. SCHERTZER, préc., note 185, p. 282.

<sup>664</sup> G.-A. BEAUDOIN, préc., note 360, p. 437. L'auteur qualifie d'ailleurs l'évolution du sens donné aux dispositions de la Constitution par l'interprétation judiciaire de modifications constitutionnelles *de facto*.

<sup>665</sup> B. LASKIN, préc., note 56, p. 477-478.

<sup>666</sup> Vincent C. MACDONALD, « Legislative Power and The Supreme Court in the Fifties », dans William Ralph LEDERMAN (dir.), *The Courts and the Canadian Constitution*, Toronto, McClelland and Stewart Limited, 1964, p. 152, à la p. 172.

<sup>667</sup> COMMISSION DE L'UNITÉ CANADIENNE, préc., note 534, p. 108.

<sup>668</sup> E. BROUILLET et Y. TANGUAY, préc., note 649, à la p. 137.

<sup>669</sup> *Id.*

conception multinationale de l'État canadien, chaque conception de l'identité politique, qu'il s'agisse d'une seule communauté civique pancanadienne, de l'égalité fédérative entre dix provinces ou entre des régions, ou encore entre des peuples fondateurs, mène à une conception différente du rôle du pouvoir judiciaire et de la Cour suprême, et plus précisément de la manière dont la Cour devrait symboliser cette identité politique<sup>670</sup>.

Finalement, le rôle d'un tribunal, et particulièrement un tribunal de dernière instance, peut être politique<sup>671</sup>. À cet égard, la Cour d'appel du Québec exprimait récemment l'opinion suivante :

« les questions justiciables soumises aux tribunaux ont parfois des facettes, des motivations ou des objectifs politiques, philosophiques ou idéologiques, et c'est souvent le cas des questions constitutionnelles. [...] Certaines questions parfaitement justiciables sont même à la limite du politique ou sont inextricablement liées à celui-ci. »<sup>672</sup>

En somme, par son important rôle tant pratique et juridique que symbolique et politique, la Cour suprême est une institution primordiale pour tous les partenaires de la fédération canadienne<sup>673</sup>.

## 2.5. La procédure de modification de la composition de la Cour suprême

Afin de conclure notre analyse, nous verrons dans quelle mesure la Constitution protège l'asymétrie entre les provinces à la Cour ainsi que le rôle de cette dernière dans la consécration de la formule de modification appropriée pour en changer la composition. En l'espèce, l'importance du rôle de la Cour dans la consécration de l'asymétrie constitutionnelle se mesure à l'aune du fait qu'il y avait auparavant, comme nous l'avons vu, un important débat sur le statut constitutionnel non seulement de la Cour, mais aussi de la représentation du Québec<sup>674</sup>.

---

<sup>670</sup> Jean-Christophe BÉDARD-RUBIN, « L'émergence inattendue de la dualité institutionnelle à la Cour suprême du Canada depuis *Pepin-Robarts* », (2021) 29-2 *Bulletin d'histoire politique* 125, p. 126-127.

<sup>671</sup> Patrick J. MONAHAN, « At Doctrine's Twilight : The Structure of Canadian Federalism », (1984) 34-1 *U.T.L.J.* 47, p.1-3 ; I. BERNIER et A. LAJOIE, préc., note 70, p. 3.

<sup>672</sup> *Dostie c. Procureur général du Canada*, 2022 QCCA 1652, par. 57.

<sup>673</sup> Les provinces réclament depuis longtemps une participation au processus de nomination des magistrats à la Cour suprême. Voir R. SCHERTZER, préc., note 301, p. 544 ; De plus, avant la nomination de la juge Michelle O'Bonsawin, la nomination de juges provenant des Premières nations fut longtemps réclamée afin d'assurer que la Cour suprême soit représentative de la société canadienne.

<sup>674</sup> *Supra*, chapitre 2, section 2, sous-section 2.2.4 : « Les opinions doctrinales quant au statut de la composition de la Cour avant le renvoi de 2014 ».

La Cour suprême fut créée en 1875 par une loi ordinaire du Parlement fédéral en vertu de son pouvoir au terme de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Au moment de la Confédération, il était anticipé qu'une éventuelle cour générale d'appel pour le Canada demeurerait toujours hiérarchiquement inférieure au Comité judiciaire du Conseil privé. Il n'existait par ailleurs aucune obligation, pour le Parlement fédéral, de créer une telle cour. Durant la majorité de l'histoire de cette institution, le Parlement fédéral détenait le pouvoir, s'il l'avait souhaité, de modifier radicalement la Cour suprême ou encore tout simplement de l'abolir, puisque rien dans la Constitution ne l'en aurait empêché<sup>675</sup>. Le libellé même de l'article 101 suggère que le Parlement peut y apporter des modifications<sup>676</sup>.

Dans le cadre du *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, le gouvernement du Canada soutenait que le Parlement fédéral possédait le pouvoir de modifier unilatéralement les conditions de nomination prévues aux articles 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*, en vertu du pouvoir que lui confère l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>677</sup>. En effet, le gouvernement canadien adoptait la thèse des « contenants vides » :

« Le procureur général du Canada prétend que la Cour suprême du Canada n'est pas protégée par la partie V, parce que la *Loi sur la Cour suprême* n'est pas mentionnée à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* parmi les textes législatifs compris dans la Constitution du Canada. Il soutient essentiellement que les mentions de la "Cour suprême" aux al. 41*d*) et 42(1)*d*) sont des "contenants vides" dont le contenu ne sera déterminé que lorsque la Cour sera *expressément* inscrite dans le texte de la Constitution. »<sup>678</sup>

Or, la Cour rejeta cette prétention du Parlement et d'un bon nombre d'auteurs de doctrine. Elle n'avait aucun fondement, puisqu'elle aurait constitutionnalisé l'exclusion de la Cour suprême de toute protection constitutionnelle. Cette théorie signifierait que les provinces ne pourraient modifier le pouvoir unilatéral du Parlement que par la procédure de modification la plus complexe, ce que la Cour ne peut admettre<sup>679</sup>. Elle adopte plutôt l'interprétation selon laquelle les caractéristiques essentielles du tribunal de dernière instance sont protégées par la partie V de la *Loi*

---

<sup>675</sup> C. MATHEN et M. PLAXTON, préc., note 529, p. 22.

<sup>676</sup> *Id.*, p. 73.

<sup>677</sup> *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, par. 73.

<sup>678</sup> *Id.*, par. 97.

<sup>679</sup> *Id.*, par. 98 ; Voir *supra*, chapitre 2, section 2, sous-section 2.2.4 : « Les opinions doctrinales quant au statut de la composition de la Cour avant le renvoi de 2014 ».

*constitutionnelle de 1982* et qu'elles ne peuvent être modifiées que conformément à son article 41<sup>680</sup>. Autrement dit, et suivant ce que prévoit cette formule de modification, le consentement unanime des chambres du Parlement fédéral ainsi que des assemblées législatives de chaque province est requis pour modifier la composition de la Cour suprême<sup>681</sup>. Ce n'est donc pas l'entièreté de la *Loi sur la Cour suprême* qui fait partie intégrante de la Constitution du Canada, mais plutôt les caractéristiques essentielles de l'institution<sup>682</sup>.

Parmi les modifications à la composition de la Cour suprême qui auraient un impact sur l'asymétrie de représentation qui y est présentement consacrée entre les provinces, on compte la modification de sa composition ainsi que l'abolition de la Cour. Dans les deux cas, conformément à la lecture qu'a faite la Cour suprême de l'article 41(d) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'unanimité est requise<sup>683</sup>. Ainsi, le Parlement fédéral agissant seul ne pourrait, par exemple, modifier le nombre de juges siégeant à la Cour<sup>684</sup>. En ce qui concerne plus précisément l'hypothèse de son abolition, le tribunal se prononce ainsi :

« La notion de "composition" renvoie au par. 4(1) et aux art. 5 et 6 de la Loi sur la Cour suprême, qui codifient la composition de la Cour suprême du Canada et les conditions de nomination de ses juges telles qu'elles existaient en 1982. L'alinéa 41d) protège aussi la pérennité de la Cour, puisque son abolition en éliminerait la composition. »<sup>685</sup>

De ce fait, toute modification aux conditions de nomination en ce qui concerne les trois postes de juge réservés au Québec et tel que codifié à l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême* exige l'unanimité<sup>686</sup>. Cette formule, soit la plus exigeante possible, vise à s'assurer que toutes les entités constituantes de la fédération consentent avant que ne soit opéré un changement à un élément fondamental de la Constitution<sup>687</sup>. C'est donc en se basant sur la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et non sur son article 52(2), lequel définit la notion de « Constitution du Canada », que la Cour en vient à la conclusion que celle-ci comprend les caractéristiques essentielles de la Cour

---

<sup>680</sup> Renvoi relatif à la *Loi sur la Cour suprême*, par. 74.

<sup>681</sup> *Id.*

<sup>682</sup> S. GRAMMOND, préc., note 412, p. 150.

<sup>683</sup> Renvoi relatif à la *Loi sur la Cour suprême*, par. 91.

<sup>684</sup> Erin CRANDALL, « Defeat and Ambiguity: The Pursuit of Judicial Selection Reform for the Supreme Court of Canada », 41-1 *Queen's L.J.* 73, p. 100.

<sup>685</sup> Renvoi relatif à la *Loi sur la Cour suprême*, par. 91.

<sup>686</sup> *Id.*, par. 106.

<sup>687</sup> Kate GLOVER, « Complexity and the Amending Formula », (2015) 24-2 *Forum const.* 9, p. 11.

suprême<sup>688</sup>. Finalement, alors que l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* était autrefois une disposition conférant un pouvoir – pouvant être exercé ou non – par le Parlement fédéral, elle constitue désormais une disposition lui conférant des devoirs, soit une obligation positive de maintenir et de protéger la Cour suprême<sup>689</sup>.

Le pouvoir du Parlement fédéral en vertu de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* peut tout de même s'exercer en ce qui concerne des modifications à la Cour qui ne touchent ni à sa composition ni à ses autres caractéristiques essentielles<sup>690</sup>. Qu'en est-il de la modification de la convention constitutionnelle en ce qui a trait à la répartition régionale des six autres sièges ? Des auteurs se sont demandé, à la suite du *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, si ce dernier avait eu pour effet de constitutionnaliser la convention voulant qu'il y ait une représentation régionale à la Cour. Autrement dit, s'est posée la question de savoir si le renvoi avait fait passer ce principe du statut de convention constitutionnelle à celui de règle de droit :

« Can a constitutional convention count as a feature of the Supreme Court within the meaning of the reference? If the answer is yes, then the regional representation conventions would surely qualify as essential. After all, the provinces themselves would hardly regard changes to their own representation on the Supreme Court with indifference. They certainly would not treat such changes as routine. Reading Part V in light of the federal principle, there is good reason to think that a constitutional amendment would be needed to alter the regional representation conventions. »<sup>691</sup>

Plusieurs auteurs ont effectivement émis l'opinion que la constitutionnalisation de la composition de la Cour suprême, aux termes de l'article 41(d), réfère non seulement au nombre de juges et à la représentation du Québec, mais également à la convention constitutionnelle de représentation régionale<sup>692</sup>. La problématique avec cette éventualité serait qu'il devient difficile de savoir ce qu'implique cette règle. S'il existe une pratique générale de représentation des régions, elle n'est

---

<sup>688</sup> Maxime ST-HILAIRE, Patrick F. BAUD et Elena S. DROUIN, « The Constitution of Canada as Supreme Law: A New Definition », (2019) 28-1 *Forum constit.* 7, p. 8.

<sup>689</sup> H. CYR, préc., note 577, p. 103.

<sup>690</sup> S. GRAMMOND, préc., note 412, p. 150.

<sup>691</sup> C. MATHEN et M. PLAXTON, préc., note 529, p. 173.

<sup>692</sup> Voir à titre d'exemple : L. SIROTA, préc., note 622, p. 342. Le professeur Sirota indique ce qui suit : « it is arguable that the entrenchment of “the composition of the Supreme Court of Canada” in subsection 41(d) of the Constitution Act, 1982 refers not only to the number of judges, including the number of judges from Québec, set out in positive law, but also to the regional distribution of the Court's non Québec seats, governed by convention. To be sure, in the Supreme Court Act Reference, the Court did not refer to these conventions. Yet “the composition of and eligibility requirements for appointment to the Supreme Court of Canada as they existed in 1982” included conventional criteria, as well as legal ones, although of course no issue relating to conventions arose in that reference. » (références omises).

pas précise et ferait probablement l'objet de disputes entre provinces quant au nombre de sièges pour chacune<sup>693</sup>. Puisque les conventions constitutionnelles sont par définition non écrites, « reasonable people may disagree about their precise content »<sup>694</sup>. Par ailleurs, d'autres mettent en garde contre l'enchâssement excessif de certaines conventions, « both because of democratic concerns about entrenchment through judicial interpretation and because of concerns about the crystallization of the constitution »<sup>695</sup>.

Selon le professeur Grammond, le Parlement fédéral, agissant seul, pourrait modifier les articles 4 à 6 de la *Loi sur la Cour suprême* de façon à prévoir une répartition géographique des sièges autre que ceux du Québec. Il en est ainsi puisque « [s]euls sont protégés les aspects qui constituent une caractéristique essentielle de la Cour et qui ont des incidences sur la garantie donnée au Québec concernant sa représentation au sein de l'institution. »<sup>696</sup> Dans la mesure où la répartition des autres sièges n'aurait pas d'impact sur la garantie octroyée au Québec, le Parlement fédéral pourrait donc agir unilatéralement. Le professeur Grammond en vient à cette conclusion en adoptant une interprétation limitée de la portée de l'expression « composition de la Cour suprême »<sup>697</sup> parce qu'il n'existerait « aucun indice que les gouvernements fédéral et provinciaux auraient voulu protéger autre chose que la représentation du Québec à la Cour suprême »<sup>698</sup>. Le rapprochement que fait le tribunal de dernière instance entre la notion de composition de la Cour, qui se trouve à l'article 41(d) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et les conditions de nomination à la Cour, comme prévu aux articles 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*, devrait être limité à la garantie de représentation du Québec : « cette équation entre composition et conditions d'admissibilité devrait être confinée

---

<sup>693</sup> À titre d'exemple, deux des neuf sièges à la Cour suprême sont occupés par des juges de l'Alberta (les juges Brown et Martin, puis les juges Martin et Moreau), ce qui s'écarte de la convention précédemment établie, puisque ni la Colombie-Britannique ni aucune autre des provinces de l'Ouest ne sont représentées.

<sup>694</sup> C. MATHEN et M. PLAXTON, préc., note 529, p. 174.

<sup>695</sup> Kate GLOVER, « The Supreme Court in a Pluralistic World: Four Readings of a Reference », (2015) 60-4 *R.D. McGill* 839, p. 848.

<sup>696</sup> S. GRAMMOND, préc., note 412, p. 153-154.

<sup>697</sup> Au sujet de l'interprétation limitée de la portée de l'expression « composition de la Cour suprême », il fait la remarque suivante : « l'expression "composition de la Cour" doit être distinguée d'autres expressions employées aux articles 41 et 42 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, tels le "mode de sélection" et les "conditions de résidence" des sénateurs. Ce choix d'expressions traduit l'intention des rédacteurs de la Constitution d'attribuer un sens très précis à l'expression "composition", qui n'inclut pas toutes les caractéristiques de la Cour reliées à la sélection des juges et qui n'inclut les conditions d'admissibilité que dans la mesure où elles ont des incidences importantes sur la "composition". » : *Id.*, p.152.

<sup>698</sup> *Id.*

au cas particulier dont la Cour était alors saisie, celle de la définition des critères d'admissibilité visant à donner effet à la garantie de la représentation du Québec »<sup>699</sup>.

En tout état de cause, mentionnons que le tribunal ne s'est pas penché sur cette question dans son analyse de la notion de composition de la Cour. Il s'agit donc d'hypothèses doctrinales.

### **3. Conclusion : Le rôle de la Cour dans la création de l'asymétrie**

L'analyse de l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême* constitue un exemple frappant d'un cas où le tribunal joue un rôle de créateur d'asymétries constitutionnelles : si la représentation québécoise à la Cour suprême existe depuis 1875 de manière législative, c'est néanmoins le plus haut tribunal qui a consacré le caractère constitutionnel de cette asymétrie en enchâssant la composition de la Cour suprême dans la Constitution formelle. Les nombreuses opinions doctrinales précédant l'issue du *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, selon lesquelles la composition de la Cour était modifiable par une loi ordinaire du Parlement fédéral, appuient cette conclusion.

Notre hypothèse suppose que les motifs des jugements renforçant une asymétrie en refléteront les avantages théoriques ou les fondements normatifs. Il va sans dire que cette logique s'applique *a fortiori* lorsque l'asymétrie constitutionnelle n'est pas seulement renforcée, mais plutôt créée par l'interprétation judiciaire. En l'espèce, les considérations prises en compte par la Cour suprême dans son analyse de l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême* font écho aux réflexions théoriques sur la légitimité des asymétries constitutionnelles, aux concepts de peuples fondateurs et de fédération multinationale, ainsi qu'à des considérations identitaires et culturelles, qui servent tous de justificatifs à la création d'asymétries. Par ailleurs, la Cour donne une portée juridique au constat sociologique selon lequel le Québec est une province distincte, tel que le faisaient les accords du lac Meech et de Charlottetown, accords que l'on associe d'ordinaire au concept de fédéralisme asymétrique.

La dernière partie de notre analyse, portant sur le degré ainsi que l'importance de l'asymétrie, démontre que si l'on ne peut affirmer que les juges issus du Québec représentent directement la

---

<sup>699</sup> *Id.*, p.151 (italiques dans l'original).

province, il demeure néanmoins que la portée symbolique de cette garantie est forte. De plus, l'asymétrie s'inscrit dans l'une des institutions qui a le plus d'influence sur l'évolution de la fédération canadienne. D'ailleurs, les débats entourant la création de la Cour suprême ainsi que les multiples tentatives des provinces de s'immiscer dans le processus de sélection des juges témoignent de l'importance que ces dernières accordent à ce sujet. Finalement, la formule de modification applicable au remaniement de la composition de la Cour, soit celle de l'unanimité, atteste de l'importance de l'asymétrie qui y est consacrée.

## **Conclusion du chapitre 2 – Une Cour favorable aux asymétries s'inscrivant dans les institutions centrales**

Nos institutions centrales, quoi que parfois imparfaites, découlent d'une multitude de concessions mutuelles qui ont permis à des groupes d'origines religieuses, linguistiques, régionales et juridiques différentes de coexister dans un régime politique commun<sup>700</sup>. Si, au moment de leur création respective, les Pères fondateurs anticipèrent que le Sénat jouerait un rôle prépondérant dans la fédération canadienne, et que la Cour suprême n'aurait pas d'implications politiques outre mesure, on peut en revanche affirmer qu'aujourd'hui, l'importance pratique de ces deux institutions fédérales a quelque peu été inversée. Par ailleurs, si le rôle de la Cour suprême dans la fédération a été interprété de manière évolutive plutôt qu'originaliste, il demeure que tant dans le *Renvoi relatif au Sénat* que dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, le plus haut tribunal du pays s'est fié dans une large mesure à la preuve historique à l'époque des négociations précédant l'établissement de ces institutions<sup>701</sup>. C'est pourquoi elle conclut que leur composition – y compris la surreprésentation de certaines provinces au Sénat ainsi qu'à la Cour suprême – faisait partie intégrante du compromis nécessaire à la création de ces institutions.

Les asymétries présentes dans les institutions centrales que sont le Sénat et la Cour suprême du Canada – bien que textuelles et ayant été prévues pour la première par le constituant, et pour la

---

<sup>700</sup> J. G. MORLEY, préc., note 404, p. 798.

<sup>701</sup> Eugénie BROUILLET et Alain-G. GAGNON, « La constitution canadienne et la métaphore de l'arbre vivant : quelques réflexions politologiques et juridiques », dans *Constitutionnalisme, droits et diversité : Mélanges en l'honneur de José Woehrling*, Montréal, Éditions Thémis, 2017, p. 79, à la p. 106.

deuxième par le législateur – ont été accentuées par l’interprétation jurisprudentielle que leur a donnée le plus haut tribunal du pays. En effet, comme on l’a vu, le Québec possède désormais en toute vraisemblance un droit de veto sur certaines réformes du Sénat qui affecteraient le nombre de sénateurs par lesquels il est représenté. Par ailleurs, en ce qui concerne les trois juges représentant le Québec à la Cour suprême, si ce n’est pas le tribunal qui, au départ, est à l’origine de cette asymétrie, il demeure que c’est en raison de l’interprétation judiciaire qui en a été faite qu’elle a désormais une assise constitutionnelle. Le caractère ambigu de la manière dont certaines modifications aux institutions centrales pourraient être opérées, et le fait que cette question fut tranchée par la Cour, accentue davantage son rôle prépondérant dans le renforcement des asymétries de statut entre les provinces.

En ce qui concerne la vérification de notre hypothèse, bien que le tribunal ne se réfère pas expressément à ce vocable, nous avons constaté que certains parallèles pouvaient être effectués entre le type de raisonnement adopté par la Cour lorsqu’elle renforce une asymétrie, et la théorie de science politique qui explique ou justifie la présence de ces asymétries. Il semblerait donc y avoir une certaine corrélation entre ces facteurs. Par ailleurs, notons que la Cour suprême se serait « senti autorisée à offrir au Québec, par interprétation judiciaire, un certain nombre d’éléments qui figuraient dans l’Accord du lac Meech, comme [un] droit de veto ou la reconnaissance du Québec en tant que société distincte »<sup>702</sup>. Certains auteurs sont également de l’avis que les renvois de 2014 rehaussent la légitimité d’une lecture pluri, ou multinationale de la fédération canadienne<sup>703</sup>.

Ensuite, pour ce qui est du degré ainsi que de l’importance de l’asymétrie, il est d’abord difficile de soutenir que tant les sénateurs que les juges représenteraient réellement les intérêts des provinces desquelles ils proviennent. Ce facteur à lui seul militerait donc vers une asymétrie constitutionnelle que l’on qualifierait de faible. Toutefois, comme nous l’avons constaté, si la portée pratique de l’asymétrie entre les provinces au chapitre de leur représentation au sein des institutions centrales est mitigée, sa portée symbolique est forte. De plus, le tribunal de dernière instance attribue un rôle représentatif des provinces tant aux sénateurs qu’aux juges de la Cour suprême, et ce, même si les études empiriques à ce sujet ne peuvent pas toujours vérifier ou justifier cette conclusion.

---

<sup>702</sup> S. GRAMMOND, préc., note 290, à la p. 199.

<sup>703</sup> C. MATHIEU et P. TAILLON, préc., note 473, p. 792 ; S. GRAMMOND, préc., note 290, à la p. 201.

Quant au domaine dans lequel s'inscrivent ces asymétries, les débats dont la composition du Sénat ainsi que de la Cour suprême fit l'objet, sont, dans une certaine mesure, des indicateurs de l'importance de l'asymétrie de représentation qu'on retrouve entre les provinces dans ces institutions. À l'inverse, si ces questions n'avaient pas fait l'objet d'intenses débats, nous aurions pu conclure que l'asymétrie constitutionnelle est de peu d'importance pour les entités fédérées. Enfin, la consécration de formules de modification complexe en ce qui concerne la modification de la surreprésentation du Québec dans ces institutions témoigne dans une certaine mesure de la place qu'occupent ces asymétries dans l'ordre constitutionnel canadien. En somme, nous croyons pouvoir affirmer que la Cour suprême est favorable aux asymétries entre les entités fédérées, du moins en ce qui concerne leur statut ou leur représentation au sein des institutions centrales. Reste à voir ce qu'il en est des asymétries au chapitre des pouvoirs législatifs.

## **Chapitre 3 – Des asymétries en termes de pouvoirs législatifs**

### **Introduction – Du grand principe de la symétrie des pouvoirs des provinces**

Le partage de la souveraineté et la manière d'effectuer ce partage représentent, pour Alexis de Tocqueville, les premières questions complexes à résoudre lors de la création d'une fédération<sup>704</sup>. Ce partage doit assurer à la fois que le gouvernement central soit suffisamment puissant pour se garder des empiétements éventuels des États fédérés, et ces derniers doivent également avoir l'assurance qu'ils seront libres de légiférer selon les compétences qui leur sont octroyées sans ingérence du pouvoir central<sup>705</sup>. En contexte canadien, ce sont les articles 91 à 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui partagent la souveraineté ainsi que les pouvoirs législatifs entre les ordres de gouvernement.

Dans de nombreuses fédérations, la répartition constitutionnelle des compétences législatives s'applique uniformément à toutes les entités fédérées<sup>706</sup>. En vertu de l'article 92 de la *Loi*

---

<sup>704</sup> A. de TOCQUEVILLE, préc., note 2, p. 184.

<sup>705</sup> *Id.*, p. 227.

<sup>706</sup> R. L. WATTS, préc., note 149, à la p. 3.

*constitutionnelle de 1867*, chaque province canadienne s'est vu attribuer les mêmes responsabilités législatives<sup>707</sup>. En ce sens, il s'agit d'une disposition établissant une symétrie entre les provinces<sup>708</sup> puisqu'elle les traite indistinctement<sup>709</sup>. En revanche, il existe également des cas où la constitution d'un État prévoit expressément une asymétrie *de jure* dans les compétences attribuées aux entités fédérées<sup>710</sup>.

Au regard du droit constitutionnel canadien, il n'existait aucune obligation de créer des provinces possédant des pouvoirs législatifs symétriques. Rien n'aurait interdit au Parlement fédéral de conférer à une nouvelle province des pouvoirs plus ou moins étendus qu'aux autres, ou de lui donner un statut particulier<sup>711</sup>. Comme le souligne Sébastien Grammond, la création d'une nouvelle province n'a pas à suivre un modèle spécifique<sup>712</sup>. En effet, dans un arrêt datant de 1927, la Cour suprême a établi que les nouvelles provinces créées par Parlement canadien ne devaient pas impérativement posséder les mêmes pouvoirs législatifs que les provinces d'origine<sup>713</sup>. On perçoit donc que, du moins à une certaine époque, la Cour ne voyait pas nécessairement l'asymétrie comme une anomalie.

À titre d'exemple, jusqu'en 1930, les provinces des Prairies que sont le Manitoba, la Saskatchewan et l'Alberta n'avaient pas le contrôle des ressources naturelles sur leur territoire<sup>714</sup> contrairement aux quatre provinces d'origine, à l'Île-du-Prince-Édouard et à la Colombie-Britannique<sup>715</sup>. C'est en partie la présence de cette asymétrie qui explique que depuis, les provinces de l'Ouest défendent le principe de l'égalité des provinces<sup>716</sup>. Il a donc déjà clairement existé une disparité de pouvoirs

---

<sup>707</sup> J. SMITH, préc., note 83, à la p. 3.

<sup>708</sup> A.-G. GAGNON et J.-D. GARON, préc., note 55, à la p. 82.

<sup>709</sup> R. PELLETIER, préc., note 82, à la p. 40.

<sup>710</sup> R. L. WATTS, préc., note 149, à la p. 3.

<sup>711</sup> H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 295, par. VI-1.105.

<sup>712</sup> S. GRAMMOND, préc., note 406, à la p. 61.

<sup>713</sup> *Reference re s. 17 of the Alberta Act*, [1927] R.C.S. 364, aux p. 370 et 373.

<sup>714</sup> Article 30 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ; Articles 20 et 21 de la *Loi sur la Saskatchewan* ; Articles 20 et 21 de la *Loi sur l'Alberta*.

<sup>715</sup> Cela alimentera également l'idée qu'il existe des provinces de premier et de second plan au sein de la fédération. Le Parlement fédéral justifia cette décision à l'époque par la nécessité de gérer ces ressources pour le plus grand bien de tous les citoyens du pays et par les projets de colonisation dans l'Ouest par le biais de la construction d'un chemin de fer transcontinental : Edward A. WHITCOMB, *Brève histoire du Manitoba*, Boucherville, Presses de Bras-d'Apic, 2021, p. 32-33.

<sup>716</sup> D. MILNE, préc., note 44, à la p. 4.

législatifs entre les nouvelles provinces et celles d'origine<sup>717</sup>. Par ailleurs, tel que l'a statué le Comité judiciaire du Conseil privé en 1953, même entre les provinces d'origine, il n'existe pas une égalité parfaite de pouvoirs<sup>718</sup>.

Bien que les provinces tirent la majorité de leurs compétences législatives de l'article 92 et que cette disposition soit symétrique, il existe d'autres fondements à leurs pouvoirs. On les retrouve dans la partie VI de la *Loi constitutionnelle de 1867*. De plus, d'importantes limitations constitutionnelles sont prévues quant à la façon dont ils peuvent être exercés<sup>719</sup>. Ces limites influencent la portée du pouvoir législatif qu'ont les provinces en tant qu'entités souveraines. Puisqu'elles ne sont pas imposées uniformément à toutes, cela entraîne des asymétries. Nous nous pencherons dès lors dans les sections qui suivent sur ces autres fondements aux pouvoirs des provinces et aux limites asymétriques à ceux-ci. L'analyse de l'article 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (section 1) constituera un exemple d'asymétrie entre les provinces qui pourrait s'inscrire dans la distribution des pouvoirs législatifs. L'analyse de l'exigence de bilinguisme parlementaire, législatif et judiciaire (section 2) constituera, quant à elle, un exemple d'asymétrie par le biais d'obligations constitutionnelles que certaines provinces seulement doivent respecter lorsqu'elles légifèrent à partir de compétences qui sont reconnues symétriquement à chacune des entités fédérées. Ainsi, nous pourrions voir comment le tribunal appréhende ces deux déclinaisons de l'asymétrie en termes de pouvoirs législatifs.

---

<sup>717</sup> *Loi constitutionnelle de 1930*, 20-21 Geo. V, c. 26 (R.-U.), annexe, parties 1 à 3.

<sup>718</sup> *Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney General for Saskatchewan*, [1953] 3 D.L.R. 785, p. 792 (C. privé). Dans cette affaire, les provinces de la Saskatchewan et de l'Alberta contestaient la validité constitutionnelle d'une restriction qui était imposée à leur pouvoir de taxation. Elles ne pouvaient en effet pas taxer les biens de la compagnie du Canadien Pacifique en raison d'une entente conclue entre le Parlement fédéral et cette entreprise antérieurement à la création de ces provinces, dans laquelle le Parlement fédéral s'engageait à exempter la compagnie de taxes à la fois du Dominion, et de provinces subséquentement créées. La Saskatchewan et l'Alberta soutenaient que leur pouvoir de taxation devait être aussi extensif que celui qu'ont les provinces d'origines en vertu de l'article 92(2) LC 1867. Le Comité judiciaire du Conseil privé rejeta la conclusion selon laquelle « every Province must have full s. 92 powers » (p. 792) entre autres puisqu'il n'existe ni modèle à suivre dans l'attribution de pouvoirs à une province ni même d'égalité parfaite de pouvoirs entre les provinces d'origine.

<sup>719</sup> B. RYDER, préc., note 137, n° 4, p. 310.

# Section 1 — De la possibilité pour les provinces de common law d’unifier leurs lois

## 1. Introduction

Selon le politologue Guy Laforest, les fondateurs du Canada étaient conscients que la *Loi constitutionnelle de 1867*, reproduisant une partie substantielle des Résolutions de Québec de 1864<sup>720</sup>, conférait à la province de Québec un statut spécial par rapport aux trois autres provinces créant le Dominion<sup>721</sup>. Cette asymétrie est tacite : il faut la lire par inférence<sup>722</sup>. Son fondement se trouverait à l’article 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>723</sup>, qui incarne et est directement inspiré du principe de l’asymétrie<sup>724</sup>.

## 2. Analyse de l’article 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867*

### 2.1. L’origine textuelle de l’asymétrie

L’article 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867* crée une possibilité d’asymétrie en termes de pouvoirs législatifs entre les provinces. L’asymétrie ainsi envisagée est perceptible à la lecture même du texte de la disposition :

« **Uniformité des lois dans trois provinces — 94.** Nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, — le parlement du Canada pourra adopter des mesures à l’effet de pourvoir à l’uniformité de toutes les lois ou de parties des lois relatives à la propriété et aux droits civils dans (*sic*) Ontario, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, et de la procédure dans tous les tribunaux ou aucun des tribunaux de ces trois provinces ; et depuis et après la passation de toute loi à cet effet, le pouvoir du parlement du Canada de décréter des lois relatives aux sujets énoncés dans telles lois, sera illimité, nonobstant toute chose au contraire dans la présente loi ; mais toute loi du parlement du Canada pourvoyant à cette uniformité n’aura d’effet dans une province qu’après avoir été adoptée et décrétée par la législature de cette province. »

---

<sup>720</sup> Pour une reproduction du texte complet des Résolutions de Québec, nous référons le lecteur aux pages 1-5 des Débats de 1865.

<sup>721</sup> G. LAFOREST, préc., note 80, à la p. 1.

<sup>722</sup> *Id.*, à la p. 5.

<sup>723</sup> *Id.*, à la p. 3.

<sup>724</sup> B. PELLETIER, préc., note 158, à la p. 5.

L'asymétrie résulte du choix du constituant de viser toutes les provinces présentes à la création du Dominion, à l'exception du Québec.

## 2.2. Interprétation historique et doctrinale de la disposition

Nous verrons, dans notre analyse jurisprudentielle de l'article 94, que les tribunaux furent rarement amenés à l'interpréter (section 2.3). Il importe donc d'alimenter notre réflexion en nous penchant sur l'interprétation donnée à cette disposition. C'est pourquoi, à l'aide des débats parlementaires préconfédératifs ainsi que de la doctrine, nous établirons en premier lieu le champ d'application ainsi que la logique sous-tendant le mécanisme de l'article 94 (section 2.2.1). Par la suite, nous verrons comment cet article peut être mis en œuvre, donc les actes qui doivent être posés à cet effet par les chambres du Parlement fédéral et par les assemblées législatives provinciales (section 2.2.2). Finalement, dans l'hypothèse de l'utilisation de cet article, nous verrons en quoi cela engendrerait une certaine forme de fédéralisme asymétrique (section 2.2.3).

### 2.2.1. *Le champ d'application de l'article 94 et la logique le sous-tendant*

On retrouve, dans les débats préconfédératifs, une référence par le député Joseph-Édouard Cauchon, à la logique sous-tendant l'article 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867* :

« [...] le Bas-Canada a tellement tenu à son code civil que le projet dit expressément que le parlement fédéral ne pourra même pas suggérer de législation qui l'affecte, comme il lui sera permis de le faire pour les autres provinces.

La raison en est facile à saisir. Les lois civiles des autres provinces sont presque similaires, elles vivent du même esprit, des mêmes principes. Elles ont pris leur origine dans les mêmes mœurs et dans les mêmes idées.

Mais il n'en est pas de même de celles du Bas-Canada [...]. »<sup>725</sup>

La Commission Rowell-Sirois, mandatée pour étudier les relations entre le Dominion et les provinces, fut l'une des premières à se pencher sur l'interprétation de l'article 94. Son rapport final, datant de 1940, examine cet article au chapitre de la délégation inter-parlementaire. Pour les commissaires, l'article 94 permet au Dominion d'assurer l'uniformité des lois concernant la

---

<sup>725</sup> Débats de 1865, p. 581 ; Le passage est également cité par la Cour d'appel du Québec dans le *Renvoi sur l'article 98*, par. 55.

propriété et les droits civils et la procédure dans trois provinces de common law. Ils estiment fort douteux que cette disposition s'étende à d'autres provinces que l'Ontario, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick. En effet, le libellé de l'article ne mentionne que ces provinces<sup>726</sup>.

Cette préoccupation quant au champ d'application de l'article 94 trouve également écho dans les débats parlementaires du début du XX<sup>e</sup> siècle. En effet, en 1902, une résolution de la Chambre des communes fut présentée afin de procéder à l'uniformisation de certaines lois des provinces de common law. Toutefois, des doutes s'élevèrent immédiatement à savoir s'il existait, dans les conditions d'adhésion du Manitoba, de l'Île-du-Prince-Édouard et de la Colombie-Britannique, une disposition permettant au Parlement de décréter une telle législation à leur égard<sup>727</sup>.

Il existe, dans chacun des textes constitutionnels des provinces s'étant jointes à la Confédération après 1867, un article prévoyant que les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* s'appliquent à la nouvelle province, tout comme si elle avait fait partie des provinces originelles. Cette logique n'est pas applicable dans le cas où un article ne viserait expressément ou par interprétation raisonnable que certaines des provinces<sup>728</sup>. C'est le cas de l'article 94 : il vise expressément certaines provinces, mais non toutes. Si l'on ne s'en tient qu'à cela, on devrait conclure que l'article 94 ne s'étend pas aux provinces s'étant jointes après 1867<sup>729</sup>. Toutefois, on retrouve dans la doctrine des interprétations contraires.

Le juriste F. R. Scott écrivit en 1942 un texte considéré comme un incontournable quant à l'interprétation de l'article 94. Il le qualifiait, malgré le peu d'attention qu'il a reçu, d'une des clauses les plus intéressantes de la Constitution canadienne<sup>730</sup>. De tous les articles compris à la partie VI de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il est le seul qui n'est pas d'application générale. Il

---

<sup>726</sup> COMMISSION ROYALE DES RELATIONS ENTRE LE DOMINION ET LES PROVINCES, *Rapport de la Commission royale des relations entre le Dominion et les provinces*, vol. 2 : Recommandations, Ottawa, Canada, Bureau du Conseil privé, 1940, p. 74, en ligne : <[https://publications.gc.ca/collections/collection\\_2016/bcp-pco/Z1-1937-2-2-1-fra.pdf](https://publications.gc.ca/collections/collection_2016/bcp-pco/Z1-1937-2-2-1-fra.pdf)>.

<sup>727</sup> Augustus Henry Frazer LEFROY, *Canada's federal system: Being a treatise on Canadian constitutional law under the British North America act*, Toronto, Carswell, 1913, p. 521-522.

<sup>728</sup> *Loi de 1870 sur le Manitoba*, art. 2 ; *Conditions d'adhésion de la Colombie-Britannique*, Arrêté en conseil de Sa Majesté admettant la Colombie-Britannique, en date du 16 mai 1871, art. 10 ; *Conditions d'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard*, Arrêté en conseil de Sa Majesté admettant l'Île-du-Prince-Édouard, en date du 26 juin 1873, art. 14 de l'annexe ; *Loi sur l'Alberta*, art. 3 ; *Loi sur la Saskatchewan*, art. 3 ; *Loi sur Terre-Neuve*, art. 3.

<sup>729</sup> F. R. SCOTT, « Section 94 of the British North America Act », (1942) 20-6 *R. du B. can.* 525, p. 533-534.

<sup>730</sup> *Id.*, p. 525.

visent toutes les provinces qui existaient ou qui furent créées en 1867, à l'exception du Québec<sup>731</sup>. Scott conclut que si la logique de l'article 94 est qu'il ne s'applique pas au Québec en raison de la spécificité de son droit civil, alors cette même logique devrait permettre d'inclure toutes les provinces de common law<sup>732</sup>. Il serait étrange que la Constitution permette l'unification du droit privé et de la procédure de la moitié des provinces, et non de l'autre. L'exclusion du Québec est la seule qui soit raisonnable et nécessaire<sup>733</sup>. Le professeur La Forest est également d'avis qu'il est plus probable que l'article s'applique à toutes les provinces de common law, malgré la référence textuelle à trois des provinces originelles<sup>734</sup>.

Outre la logique de l'article 94, un indice historique soutient son application à toutes les provinces de common law. Les Résolutions de Québec, qui servirent de base à la rédaction de la *Loi constitutionnelle de 1867*, contenaient une disposition analogue à ce qui est désormais l'article 94<sup>735</sup>. Dans le libellé de celle-ci, Terre-Neuve et l'Île-du-Prince-Édouard, encore parties à la négociation<sup>736</sup>, figuraient aux côtés de l'Ontario, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick<sup>737</sup>. On retrouve également, dans un rapport rédigé en 1869 par John A. Macdonald, l'idée que la recherche de l'uniformité des lois devrait être reportée au moment où les autres colonies britanniques se joindraient à la Confédération<sup>738</sup>. Cela démontre que l'intention était uniquement d'exclure le Québec et non de futures provinces. Ainsi, l'énumération contenue à l'article 94 ne serait pas exhaustive<sup>739</sup>.

Finalement, la structure de la Constitution milite également en faveur de l'application de l'article 94 à toutes les provinces de common law. Dans la partie de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui porte sur la judicature, le texte de l'article 97 ne réfère qu'à l'Ontario, au Nouveau-Brunswick et à la Nouvelle-Écosse lorsqu'il précise que les juges des cours supérieures de ces provinces devront être choisis parmi les membres de leurs barreaux respectifs. Si l'on adopte la

---

<sup>731</sup> *Id.*, p. 526.

<sup>732</sup> *Id.*, p. 536.

<sup>733</sup> *Id.*, p. 535.

<sup>734</sup> G. V. LA FOREST, préc., note 281, p. 132.

<sup>735</sup> Art. 33(29) des Résolutions de Québec, reproduit dans les Débats de 1865, p. 2-3.

<sup>736</sup> Marc-Antoine ADAM, « Le fédéralisme, le pouvoir de dépenser et l'article 94 de la Loi constitutionnelle de 1867 », (2007) 1 *R.Q.D.C.* 1, n° 36, p. 14.

<sup>737</sup> Art. 33(29) des Résolutions de Québec, reproduit dans les Débats de 1865, p. 2-3.

<sup>738</sup> F. R. SCOTT, préc., note 729, p. 531.

<sup>739</sup> *Id.*, p. 532.

position selon laquelle l'article 94 ne s'applique qu'à ces trois provinces, on devrait conclure de même pour l'article 97. Cela voudrait dire que les provinces s'étant jointes après 1867 n'auraient pas de protection constitutionnelle quant à la qualification des juges de leurs cours supérieures. Ils pourraient être nommés à partir de n'importe quel barreau, ce qui serait à la fois contraire à la pratique<sup>740</sup> et à la logique.

Les Pères de la Confédération auraient anticipé une volonté, de la part des provinces de common law, de favoriser l'uniformisation du droit privé par le Parlement central, volonté que n'aurait toutefois pas partagée la province de Québec<sup>741</sup>. Le professeur F. R. Scott soutient que le but de l'article 94 était de contourner le partage étanche des pouvoirs de manière à ce que la Constitution ne se présente pas comme un obstacle à l'unité nationale<sup>742</sup>. Quant à la province de Québec, elle fut exclue de cette possibilité d'uniformisation « because the guaranteeing of her control over her basic civil law was looked upon as part of the racial agreement implicit in the constitution »<sup>743</sup>.

### 2.2.2. *Le fonctionnement de l'article 94*

Le mécanisme prévu à l'article 94 fonctionne en sens unique : il permet un transfert de compétence des provinces vers le palier fédéral<sup>744</sup>. Dans leurs analyses respectives, les professeurs La Forest et F. R. Scott soutiennent qu'il procède en deux étapes. Premièrement, le Parlement fédéral doit édicter une loi visant l'uniformité en matière de droit privé ou de procédure. Deuxièmement, la législature des provinces doit adopter cette loi, sans quoi celle-ci demeurera sans effet<sup>745</sup>.

La Forest est d'avis que les tribunaux, en raison du caractère extraordinaire de ce pouvoir et de sa quasi-désuétude, exigeront que les législatures fédérale et provinciales manifestent clairement leur intention d'employer l'article 94<sup>746</sup>. F.R. Scott, pour sa part, doute que la manifestation d'une intention particulière soit requise. Selon sa lecture de l'article, seul le Parlement fédéral doit avoir l'intention d'atteindre une certaine uniformité des lois. Il ne serait pas requis que les provinces

---

<sup>740</sup> *Id.*, p. 534.

<sup>741</sup> M.-A. ADAM, préc., note 736, p. 14.

<sup>742</sup> F. R. SCOTT, préc., note 729, p. 526.

<sup>743</sup> *Id.*, p. 527.

<sup>744</sup> COMMISSION ROYALE DES RELATIONS ENTRE LE DOMINION ET LES PROVINCES, préc., note 726, p. 74.

<sup>745</sup> G. V. LA FOREST, préc., note 281, p. 132 ; F. R. SCOTT, préc., note 729, p. 527.

<sup>746</sup> G. V. LA FOREST, préc., note 281, p. 132.

soient conscientes que leur adoption de la loi fédérale leur ferait perdre compétence sur le sujet visé. Autrement dit, « [i]f the validity or invalidity of statutes depended on the knowledge of constitutional law possessed by legislators, federalism would be quite unworkable. »<sup>747</sup>

Une fois un pan ou l'entièreté du droit privé et de la procédure des provinces de common law uniformisée se pose la question de la réversibilité d'une telle manœuvre. En effet, la doctrine se divise entre les auteurs qui considèrent le recours à l'article 94 comme une modification permanente et irréversible à la Constitution, et ceux qui l'interprètent plutôt comme un mécanisme de délégation, dès lors réversible<sup>748</sup>. La distinction est importante, puisqu'elle dicte le degré d'asymétrie qu'il est possible de créer par le biais de cet article.

Dans sa plus simple expression, la délégation réfère à l'autorisation, pour une entité, d'exercer un pouvoir en lieu et place de l'organe délégant<sup>749</sup>. Elle n'est jamais interprétée par les juristes comme impliquant une abdication de pouvoirs de la part du délégant, chose que les tribunaux ont reconnue dès 1880<sup>750</sup>. Selon F.R. Scott, la délégation ne constitue pas une modification du partage des compétences puisque ce mécanisme est réversible en tout temps<sup>751</sup>. De même, les professeurs Pierre Blache, Peter Hogg et Wade Wright insistent sur le fait que l'un des traits de la délégation est que celle-ci n'implique, à aucun moment, l'abandon de la compétence de l'autorité délégatrice<sup>752</sup>. Le débat doctrinal découle du sens qui est donné au passage suivant de l'article 94 : « *le pouvoir* du parlement du Canada de décréter des lois relatives aux sujets énoncés dans telles lois, *sera illimité* »<sup>753</sup>.

Selon la lecture de F.R. Scott, l'article 94 ne crée pas une simple délégation, bien que les deux mécanismes puissent paraître très similaires. Il s'agit d'une disposition permettant d'altérer de manière permanente le partage des compétences sans la nécessité d'opérer une modification

---

<sup>747</sup> F. R. SCOTT, préc., note 729, p. 537.

<sup>748</sup> M.-A. ADAM, préc., note 736, p. 17.

<sup>749</sup> F. R. SCOTT, « Delegation by Parliament to Provincial Legislatures and Vice-Versa », (1948) 26-6 *R. du B. can.* 984, p. 987.

<sup>750</sup> *Huth v. Clarke* [1890] 25 Q.B.D. 391, p. 395 (j. Wills).

<sup>751</sup> F. R. SCOTT, préc., note 749, p. 987-988.

<sup>752</sup> Pierre BLACHE, « Délégation et Fédéralisme Canadien », (1975) 6-2 *R.D.U.S.* 235, p. 243 ; P. W. HOGG et W. K. WRIGHT, préc., note 505, p. 14-22 et 14-23.

<sup>753</sup> Nos italiques.

formelle à la Constitution<sup>754</sup>. Ainsi, la matière visée par la loi d'uniformisation passe du champ de compétence des provinces à celui du fédéral, comme si elle lui avait été attribuée par l'article 91<sup>755</sup>. Finalement, même si une province adoptait la législation fédérale en vertu de l'article 94, tout en précisant qu'elle entend conserver le contrôle sur la matière ainsi unifiée, une telle déclaration n'aurait aucun effet<sup>756</sup>.

De l'avis du professeur Lederman et de la Commission Rowell-Sirois, le mécanisme de l'article 94 est irréversible puisque la disposition prévoit un mode de prise d'effet, sans toutefois prévoir une procédure permettant à une province de faire marche arrière. C'est l'absence de dispositions prévues dans la Constitution à cet effet qui les fait conclure ainsi<sup>757</sup>. Ce serait par ailleurs l'une des raisons pour laquelle cette disposition n'a jamais été utilisée<sup>758</sup>. Pour Hogg et Wright, l'article 94 *semble* envisager un transfert irrévocable du pouvoir législatif des provinces au Parlement fédéral<sup>759</sup>.

Le professeur La Forest doute que l'article 94 engendre une abdication de pouvoir. Selon lui, il y a une possibilité que la disposition prévoit une délégation, par définition réversible. Sans se positionner officiellement, il indique ceci quant au caractère *illimité* du pouvoir du Parlement prévu par cet article « [...] the term "unrestricted" does not exclude retransfer and may be limited to giving a wide power of amending the federal Act. »<sup>760</sup> Cette dernière remarque est également partagée par F.R. Scott : bien que le Parlement ne puisse élargir la portée de sa loi unificatrice sans le consentement des provinces, il pourrait néanmoins la modifier à son gré<sup>761</sup>.

Finalement, le juriste Marc-Antoine Adam s'est intéressé à l'article 94 dans le cadre d'une analyse du pouvoir fédéral de dépenser. Adam soutenait alors qu'aucun pouvoir illimité de dépenser n'était prévu dans la Constitution canadienne, mais que l'article 94 se présente comme une disposition « prévoyant clairement la possibilité d'interventions fédérales dans des domaines de compétence

---

<sup>754</sup> F. R. SCOTT, préc., note 749, p. 984.

<sup>755</sup> F. R. SCOTT, préc., note 729, p. 527.

<sup>756</sup> *Id.*, p. 541.

<sup>757</sup> William Ralph LEDERMAN, « Some Forms and Limitations of Co-Operative Federalism », (1967) 45-3 *R. du B. can.* 409, p. 421 ; COMMISSION ROYALE DES RELATIONS ENTRE LE DOMINION ET LES PROVINCES, préc., note 726, p. 74.

<sup>758</sup> W. R. LEDERMAN, préc., note 757, n° 20, p. 421.

<sup>759</sup> P. W. HOGG et W. K. WRIGHT, préc., note 505, n° 5, p. 14-22.

<sup>760</sup> G. V. LA FOREST, préc., note 281, p. 132.

<sup>761</sup> F. R. SCOTT, préc., note 729, p. 540.

provinciale»<sup>762</sup>. De ce fait, Adam estime que l'article 94 – plutôt qu'un pouvoir abstrait de dépenser – pourrait servir de fondement juridique à l'intervention fédérale dans les champs de compétences provinciales. C'est dans ce cadre que le juriste s'interroge sur le caractère réversible, ou irréversible, du mécanisme que l'article prévoit. Il conclut que le caractère *illimité* du pouvoir du Parlement prévu par cet article ne peut – simultanément – vouloir dire que le mécanisme est irréversible et que le pouvoir du Parlement de subséquemment modifier sa loi sera sans contraintes :

«La possibilité que le terme "illimité" veuille à la fois signifier que le transfert de pouvoir effectué au profit du Parlement fédéral est irréversible et qu'une fois celui-ci conféré, Ottawa dispose d'une capacité sans limites de modifier sa loi comme bon lui semble apparaît en effet improbable, car cela reviendrait à octroyer au Parlement fédéral un outil lui permettant indirectement de modifier unilatéralement le partage des compétences en matière de propriété et droits civils. Or, une telle proposition est difficilement conciliable avec le principe fédéral, en général, et l'économie de l'article 94, en particulier, lequel prévoit des utilisations ciblées de ce mécanisme et exige le consentement provincial à chaque fois.»<sup>763</sup>

Ainsi, le caractère illimité du pouvoir du Parlement fédéral peut soit signifier que le mécanisme de l'article 94 est irréversible, soit signifier que le mécanisme est réversible, mais que le Parlement jouira du pouvoir de modifier sa loi unificatrice. Entre les deux significations possibles du terme « illimité », Adam opte pour la seconde, en raison d'indices textuels, historiques et pratiques. D'abord, en ce qui concerne les indices textuels et historiques, la version antérieure de ce qui est désormais l'article 94, lors de la Conférence de Londres, indiquait que « le Parlement seul aura la faculté d'abroger d'amender ou de modifier ces lois »<sup>764</sup> unificatrices, ce qui fut remplacé par le concept de pouvoir illimité dans le libellé de l'article 94<sup>765</sup>. Un autre argument textuel militant à l'encontre de la thèse voulant que le mécanisme de l'article 94 constitue une formule de modification constitutionnelle est la présence de l'article 92(1) dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce dernier octroyait aux provinces le pouvoir de modifier leur constitution interne. Pour Adam, « on peut se demander pourquoi on aurait inséré une autre disposition, l'article 94, rédigée très différemment et évitant soigneusement le terme "amendement", pour traiter du même

---

<sup>762</sup> M.-A. ADAM, préc., note 736, p. 12.

<sup>763</sup> *Id.*, p. 17.

<sup>764</sup> SÉNAT DU CANADA, *Rapport au sujet de la mise en vigueur de l'Acte de l'Amérique britannique du Nord de 1867, de l'incompatibilité entre ses dispositions et leur interprétation judiciaire, et de matière connexes*, Session de 1939, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1961, p. 138, cité dans M.-A. ADAM, préc., note 736, n° 46, p. 18.

<sup>765</sup> M.-A. ADAM, préc., note 736, p. 18.

sujet. »<sup>766</sup> Enfin, d'un point de vue pratique, considérer l'article 94 comme réversible permettrait de pallier le fait qu'il n'existe autrement aucune manière pour un ordre de gouvernement de déléguer l'exercice de ses compétences législatives à l'autre ordre de gouvernement<sup>767</sup>.

### 2.2.3. *Le potentiel de l'article 94 : la création d'un fédéralisme asymétrique*

Tel que le souligne Ronald Watts, l'une des manières de créer des asymétries constitutionnelles est de maintenir officiellement une symétrie dans la distribution des pouvoirs des provinces, mais d'offrir le choix d'une adhésion volontaire à un contrôle fédéral<sup>768</sup>. C'est le cas de figure qui se présente en ce qui concerne l'article 94.

Quoique n'ayant jamais été mis en œuvre, l'article 94 symbolise une idée politique qui faisait partie des aspirations des Pères de la Confédération<sup>769</sup>. En ce sens, sa présence constitue une réponse à ceux qui soutiennent que l'asymétrie est un accroc au principe du fédéralisme, une anomalie : l'éventualité d'une forme d'asymétrie dans la distribution des pouvoirs législatifs avait été prévue par le Constituant<sup>770</sup>. L'asymétrie ne dénaturerait pas le fédéralisme et respecterait son esprit, puisqu'elle a été envisagée dans le champ de compétence qui constitue le cœur du pouvoir législatif des provinces<sup>771</sup>. Par ailleurs, selon Samuel LaSelva, politologue, l'article 94 protège à la fois la souveraineté des provinces et le fédéralisme, puisqu'aucun projet d'uniformité des lois ne peut voir le jour dans l'une des provinces de common law sans son consentement<sup>772</sup>.

Certains ont qualifié le processus de l'article 94 comme en étant un de « opt-in »<sup>773</sup> qui permettrait la création d'un fédéralisme asymétrique. Les provinces de common law le souhaitant pourraient procéder à la centralisation et à l'uniformisation de leur droit, de manière concomitante à un processus de renforcement de l'unité de la nation canadienne<sup>774</sup>. Toutefois, le fait que cet article

---

<sup>766</sup> *Id.*, n° 47, p. 18.

<sup>767</sup> *Id.*, p. 19.

<sup>768</sup> R. L. WATTS, préc., note 1, p. 69.

<sup>769</sup> F. R. SCOTT, préc., note 749, p. 528.

<sup>770</sup> B. PELLETIER, préc., note 158, à la p. 6.

<sup>771</sup> *Id.*, à la page p.7.

<sup>772</sup> Samuel V. LASELVA, *The Moral Foundations of Canadian Federalism : Paradoxes, Achievements, and Tragedies of Nationhood*, Montréal, Presses universitaires McGill-Queen's, 1996, p. 53.

<sup>773</sup> Cette expression fait référence à la procédure de « opt-out » prévue à l'article 38(3) LC 1982, puisqu'elle opère de logique inverse ; M.-A. ADAM, préc., note 736, p. 13 ; D. M. BROWN, préc., note 94, à la p. 6.

<sup>774</sup> D. M. BROWN, préc., note 94, à la p. 6.

n'ait pas été employé témoigne peut-être du fait que les provinces de common law n'ont pas le désir de centraliser la fédération à ce point<sup>775</sup>. À cet égard, dès 1881, on indiquait que le principal obstacle à l'uniformisation du droit des provinces de common law résidait dans « the political fear of "legislative union", rather than doctrinal or ideological differences between the provincial legal systems »<sup>776</sup>.

Pour certains, la présence d'une diversité dans la législation concernant la propriété et les droits civils va à l'encontre des intérêts nationaux. Cela veut implicitement dire que le Parlement fédéral serait mieux à même de légiférer en la matière<sup>777</sup>. En revanche, le concept de l'autonomie provinciale accorde aux législatures et aux gouvernements des entités fédérées le droit de définir leurs politiques publiques. Dans les mots de Louis-Philippe Pigeon, « autonomy means the right of being different, of acting differently »<sup>778</sup>.

Indépendamment des controverses doctrinales à savoir si l'article 94 concerne toutes les provinces de common law<sup>779</sup>, une chose est sans équivoque : la disposition crée une asymétrie entre le Québec, qu'elle exclut de son application, et les provinces de common law. Toutefois, il existe deux façons d'appréhender l'asymétrie ainsi consacrée.

Une première thèse veut que l'article 94 confère davantage de pouvoirs aux provinces de common law qu'à la province de Québec. Même si cette dernière voulait unifier son droit civil ou sa procédure par le biais de cet article, elle serait constitutionnellement incapable de le faire. Elle ne peut renoncer à ses pouvoirs législatifs qu'en suivant une procédure de modification formelle. C'est ce qui fait dire à F.R. Scott que dans un sens, la province est moins libre que les autres<sup>780</sup>. En effet, une option législative est offerte aux provinces de common law, mais non au Québec.<sup>781</sup>

---

<sup>775</sup> *Id.* ; D. MILNE, préc., note 44, à la p. 5.

<sup>776</sup> G. Blaine BAKER, « The Reconstitution of Upper Canadian Legal Thought in the Late-Victorian Empire », (1985) 3-2 *L.H.R.* 219, p. 242. L'auteur cite les propos d'un numéro du *Canadian Law Times* (désormais le *Canadian Bar Review*) de 1881.

<sup>777</sup> Louis-Philippe PIGEON, « The Meaning of Provincial Autonomy », dans William Ralph LEDERMAN (dir.), *The Courts and the Canadian Constitution*, Toronto, McClelland and Stewart Limited, 1964, p. 35, à la p. 43.

<sup>778</sup> *Id.*, aux pages 42-43.

<sup>779</sup> Pour les raisons étayées précédemment, nous sommes de l'avis que l'article 94 s'étend selon toute vraisemblance à chacune des provinces de common law. Voir *supra*, chapitre 3, section 1, sous-section 2.2.1 : « Le champ d'application de l'article 94 et la logique le sous-tendant ».

<sup>780</sup> F. R. SCOTT, préc., note 729, p. 536.

<sup>781</sup> J. SMITH, préc., note 83, à la p. 2.

Dans la mesure où le processus d'uniformisation du droit privé ne peut se faire qu'avec le consentement des assemblées législatives provinciales, on peut légitimement se demander pourquoi cette option n'est pas offerte à la province de Québec. Cette anomalie fut soulevée lors des débats préconfédératifs par le député M. C. Cameron :

« Rien ne pourrait être changé à ses lois particulières sans la sanction de la législature locale. [...] Il m'est facile de comprendre le sentiment du peuple Franco-Canadien, je puis même l'admirer s'il ne veut pas qu'on lui impose quoique ce soit contre sa volonté ; mais ce que je ne puis comprendre, c'est qu'il ne veuille pas, même avec son consentement et pour le bien général, qu'il nous soit permis de proposer quelques changements à ses lois. »<sup>782</sup>

À l'aune de l'importance de la préservation du droit civil québécois, on aurait pu penser que l'assentiment des députés de la province, ou d'une majorité renforcée de ceux-ci, aurait constitué une garantie suffisante. Après tout, ces députés ont été démocratiquement élus pour représenter le Québec et ses intérêts. Mais peut-être que les représentants du Bas-Canada n'ont pas voulu accorder un tel pouvoir à une majorité passagère de députés, quand bien même celle-ci aurait été renforcée. À cet égard, le professeur Michel Morin offre l'explication que l'exclusion délibérée du Québec de l'article 94 vise à mettre le droit civil à l'abri d'une intervention uniformisatrice du Parlement fédéral<sup>783</sup>. L'exclusion de la possibilité d'uniformisation en ce qui concerne le Québec s'expliquerait par le fait que ce mécanisme est irréversible<sup>784</sup>. Comme nous l'avons vu, la question de la réversibilité du mécanisme n'a jamais été officiellement résolue<sup>785</sup>. Mais il est vrai que l'exclusion du Québec pourrait en partie mieux s'expliquer dans l'éventualité où le mécanisme d'uniformisation a un caractère permanent.

Une deuxième thèse veut que l'article 94, au contraire, crée une asymétrie au profit du Québec. Pour le politologue Marc Chevrier, il offre la garantie que le droit civil de la province ne pourra faire l'objet d'une loi d'uniformisation fédérale<sup>786</sup>. Cet auteur soutient également que l'article 94 pourrait interdire au Parlement fédéral d'utiliser ses compétences en vertu de l'article 91 pour

---

<sup>782</sup> Débats de 1865, p. 467.

<sup>783</sup> M. MORIN, préc., note 646, p. 305.

<sup>784</sup> *Id.*, n° 262, p. 305.

<sup>785</sup> *Supra*, chapitre 3, section 1, sous-section 2.2.2 : « Le fonctionnement de l'article 94 ».

<sup>786</sup> Marc CHEVRIER, « Le Québec, une Écosse française ? Asymétries et rôle des juristes dans les unions anglo-écossaises (1707) et canadienne (1867) », dans Linda CARDINAL (dir.), *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Sudbury, Prise de parole, 2008, p. 51, à la p. 61.

uniformiser le droit québécois ou pour en réduire la portée<sup>787</sup>. Pour Chevrier, l'article 94 consacrerait en définitive deux principes interreliés : la protection des institutions civiles québécoises face à d'éventuels changements constitutionnels et la non-centralisation du droit civil québécois<sup>788</sup>.

Pour les professeurs Guy Laforest<sup>789</sup> et Samuel LaSelva, l'article 94 impliquerait qu'un projet qui viserait l'alignement du droit civil sur la norme fédérale serait soumis à un veto du Québec<sup>790</sup>. Laforest estime également que la logique sous-tendant cet article est de placer le Québec sur un pied distinct, de manière que ses intérêts ainsi que ses institutions ne soient pas affectés par un désir de centralisation provenant des autres provinces<sup>791</sup>.

La lecture de l'article 94 qu'offre le politologue David Milne souligne que cette disposition, d'une part, protège la province de Québec de tendances centralisatrices et, d'autre part, constitue une reconnaissance tacite, de la part des Pères fondateurs, du fait que le Québec constitue une société distincte autonome et majoritairement francophone<sup>792</sup>. De même, selon le professeur Benoît Pelletier, l'article 94 témoigne du degré d'asymétrie que le constituant a voulu donner au fédéralisme canadien<sup>793</sup>. Le Québec n'y aurait pas été assujéti pour lui permettre de conserver son régime distinct de droit civil, qui constitue l'un de ses traits singuliers<sup>794</sup>. Enfin, il ressort des débats parlementaires préconfédératifs que l'article 94 permet aux provinces de common law « de décider qu'elles auront un même code et un même système judiciaire, mais il est fait une exception *en faveur* du Bas-Canada et de [ses] lois »<sup>795</sup>.

De ces analyses, on peut tirer le constat que l'asymétrie créée par l'article 94 est double. D'une part, à l'heure actuelle, même sans être employée, la disposition crée une asymétrie puisqu'elle offre une option législative aux provinces de common law qui ne vise pas le Québec. D'autre part,

---

<sup>787</sup> *Id.*, à la p. 70.

<sup>788</sup> *Id.*

<sup>789</sup> GUY LAFOREST, *Pour la liberté d'une société distincte*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2004, p. 201-205.

<sup>790</sup> S. V. LASELVA, préc., note 772, p. 60.

<sup>791</sup> G. LAFOREST, préc., note 80, à la p. 4.

<sup>792</sup> D. MILNE, préc., note 44, à la p. 5.

<sup>793</sup> B. PELLETIER, préc., note 5, à la p. 429.

<sup>794</sup> *Id.*

<sup>795</sup> Débats de 1865, p. 374 (M. Hector Langevin).

si l'article est utilisé, il en résultera évidemment une asymétrie entre les pouvoirs législatifs des différentes provinces.

Dans un scénario où toutes les provinces de common law se prévaudraient de cette option de la même manière, l'asymétrie existerait entre le Québec et les provinces de common law, puisque le Québec aurait compétence sur une matière qui, dans les autres provinces, relèverait du fédéral. Dans l'optique où ce ne sont que certaines des provinces de common law qui se prévaudraient de l'article 94, l'asymétrie existerait alors entre les pouvoirs de ces provinces d'une part et ceux du Québec et des provinces de common law n'ayant pas consenti à l'uniformisation d'autre part. Enfin, cet article participe à la création d'un fédéralisme asymétrique dans l'acception la plus forte de ce concept, soit le fait, pour le Parlement fédéral, d'exercer des compétences dans certaines provinces qui, dans d'autres, sont plutôt exercées par les assemblées législatives<sup>796</sup>.

### 2.3. Interprétation jurisprudentielle de la disposition

Contrairement à bien des articles de la Constitution canadienne, l'article 94 a somme toute été peu étudié par les tribunaux (section 2.3.1). Cependant, l'arrêt *Parsons*<sup>797</sup> donne un aperçu de la compréhension qu'entretient le Conseil privé à l'égard de cet article (section 2.3.2). Nous établirons un parallèle entre l'article 94 et le processus de nomination des juges de cours supérieures prévus aux articles 97 et 98, puisque ces dispositions ont toutes pour but de protéger l'intégrité du droit local des provinces (section 2.3.3). Par la suite, nous nous attarderons à l'arrêt *Nova Scotia*<sup>798</sup> de la Cour suprême (section 2.3.4). Cet arrêt porte sur la délégation inter-parlementaire et non sur l'article 94. Toutefois, en l'absence de jurisprudence directe constituant une analyse approfondie de l'article 94, nous nous pencherons sur l'attitude de la Cour face au mécanisme qui s'y apparente le plus. Dans le but de vérifier notre hypothèse, les considérations prises en compte dans le raisonnement de la Cour seront ensuite exposées (section 2.3.5) puis comparées avec les considérations théoriques que l'on retrouve en science politique au sujet de l'asymétrie entre entités fédérées (section 2.3.6).

---

<sup>796</sup> *Supra*, chapitre 1, section 1, sous-section 1.1 : « Brève recension des définitions du concept d'asymétrie et de fédéralisme asymétrique ».

<sup>797</sup> *The Citizens Insurance Company of Canada and The Queen Insurance Company v. Parsons*, [1881] 7 A.C. 96 (C. privé) (ci-après « *Parsons* »).

<sup>798</sup> *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] R.C.S. 31, (ci-après « *Nova Scotia* »).

### 2.3.1. Une disposition peu étudiée par les tribunaux

On retrouve l'article 94 dans la partie VI de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui traite de la distribution des pouvoirs législatifs entre les provinces et le Parlement. Le partage des compétences, au cœur du fédéralisme, a fait l'objet de nombreux litiges<sup>799</sup>. De ce fait, les dispositions constitutionnelles opérant un tel partage ont pratiquement toutes bénéficié d'une interprétation jurisprudentielle<sup>800</sup>. L'une des fonctions du pouvoir judiciaire est d'actualiser le texte de la Constitution afin qu'il puisse s'adapter à l'évolution des conditions sociétales, à de nouvelles réalités qui ne pouvaient être prises en compte par le constituant<sup>801</sup>. Or, puisque les législatures n'ont pas cherché à mettre l'article 94 en œuvre, les tribunaux ne se sont par conséquent jamais penchés sur son interprétation ou sur sa portée. Il n'existe de ce fait aucun précédent direct le concernant<sup>802</sup>.

### 2.3.2. L'arrêt *Parsons* et le champ d'application de l'article 94

L'arrêt *Parsons*, rendu par le Comité judiciaire du Conseil privé en 1881, donne un aperçu de la compréhension qu'ont les juges de la portée de l'article 94 et de la logique le sous-tendant. En effet, le Conseil privé souligne que la limite du champ d'application de l'article est fondée sur la distinction entre le droit civil et la common law :

« The Province of Quebec is omitted from this section for the obvious reason that the law which governs property and civil rights in Quebec is in the main the French law, as it existed at the time of the cession of Canada, and not the English law which prevails in the other provinces. »<sup>803</sup>

Ainsi, la logique de l'article 94 est qu'il permet d'unifier les lois relatives à la propriété et aux droits civils ainsi que la procédure des tribunaux dans les provinces de common law. Le Québec est exclu en raison de sa tradition unique de droit civil.

---

<sup>799</sup> Gerald BAIER, « The Courts, the Division of Powers, and Dispute Resolution », dans Herman BAKVIS et Grace SKOGSTAD (dir.), *Canadian Federalism: Performance, Effectiveness, and Legitimacy*, 4<sup>e</sup> éd., Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 2020, p. 90, à la p. 92.

<sup>800</sup> M.-A. ADAM, préc., note 736, p. 15.

<sup>801</sup> R. L. WATTS, préc., note 149, à la p. 18 ; E. BROUILLET et Y. TANGUAY, préc., note 649, à la p. 135.

<sup>802</sup> F. R. SCOTT, préc., note 729, p. 535.

<sup>803</sup> *Parsons*, p. 9.

### 2.3.3. *Le lien entre l'article 94 et la nomination des juges de cours supérieures*

En vertu de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les juges des cours supérieures provinciales sont nommés par le palier fédéral, lequel doit toutefois suivre certaines règles constitutionnalisées dans cet exercice de nomination des magistrats. Certaines d'entre elles sont prévues à l'article 97 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le professeur Maxime St-Hilaire soutient que le projet d'unification de l'article 94 était accompagné de la création d'un seul barreau pour tout le Canada, à l'exception du Québec<sup>804</sup>. L'article 97, concernant la judicature dans les provinces de common law, se présente donc comme une disposition de droit transitoire :

« **Choix des juges dans Ontario, etc. — 97.** Jusqu'à ce que les lois relatives à la propriété et aux droits civils dans Ontario, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, et à la procédure dans les cours de ces provinces, soient rendues uniformes, les juges des cours de ces provinces qui seront nommés par le gouverneur-général devront être choisis parmi les membres des barreaux respectifs de ces provinces. »

L'article 98 de la même loi, quant à lui, s'applique uniquement au Québec :

« **Choix des juges dans Québec — 98.** Les juges des cours de Québec seront choisis parmi les membres du barreau de cette province. »

À notre connaissance, le Comité judiciaire n'a jamais interprété ces articles à la lumière de l'article 94. La même chose peut être dite de la Cour suprême du Canada. La Cour d'appel du Québec s'est en revanche penchée rapidement sur le lien entre ces articles<sup>805</sup>. Pour la Cour, l'article 92(13) consacre la présence d'un compromis historique fondamental à la création du Dominion. Il reflète les préoccupations du Québec pour la préservation du droit civil français et celles des autres provinces qui craignaient l'assimilation de leur droit privé et de leurs coutumes<sup>806</sup>. Les articles 97 et 98 constituent « une modalité du compromis relatif à la préservation du droit privé local, un compromis rendu nécessaire en raison du projet d'uniformisation du droit privé de common law qu'annonce l'article 94 »<sup>807</sup>.

---

<sup>804</sup> M. ST-HILAIRE, préc., note 514, p. 582 et 593.

<sup>805</sup> *Renvoi sur l'article 98.*

<sup>806</sup> *Id.*, par. 43.

<sup>807</sup> *Id.*

À l'heure actuelle, les juges des cours supérieures de l'Ontario, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick, mais également des autres provinces de common law, sont choisis parmi les membres de leurs barreaux respectifs afin de garantir leur connaissance du droit local<sup>808</sup>. Cette pratique, antérieure à la Confédération, est consacrée par l'article 97<sup>809</sup>. Le même principe s'applique à l'égard du Québec en vertu de l'article 98<sup>810</sup>. Toutefois, si le droit privé et la procédure des provinces de common law sont unifiés, un juriste membre d'un éventuel barreau national serait adéquatement formé pour siéger dans l'une ou l'autre de ces provinces. C'est ce qui explique la présence de l'article 98, qui confère au Québec la garantie que les juges des cours supérieures de la province seront toujours choisis parmi les membres du Barreau du Québec et auront, de ce fait, une formation civiliste<sup>811</sup>.

#### 2.3.4. *L'arrêt Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada, ou l'interdiction de la délégation inter-parlementaire en droit constitutionnel canadien*

Il importe de se pencher sur l'arrêt *Nova Scotia*, et ce, pour deux raisons. Premièrement, bien qu'il ne porte pas directement sur l'interprétation de l'article 94, certains juges le mentionnent en soutien à leur opinion sur la portée de ce dernier article. Ainsi, cela nous permet d'avoir une idée de la conception que s'en fait la Cour suprême. Deuxièmement, l'arrêt porte sur la question de l'existence d'un pouvoir de délégation inter-parlementaire et l'article 94 constitue la disposition constitutionnelle s'apparentant le plus à un tel pouvoir<sup>812</sup>.

Avant le prononcé de l'arrêt *Nova Scotia* en 1950, il n'était pas certain que la délégation d'un pouvoir législatif par le Dominion vers une province, ou vice-versa, était valide. Bien que certaines décisions semblaient pointer vers l'inconstitutionnalité d'une telle démarche<sup>813</sup>, la Constitution n'était pas claire à cet effet<sup>814</sup>. Mis à part l'article 94, il n'existe aucune mention expresse de la

---

<sup>808</sup> P. W. HOGG et W. K. WRIGHT, préc., note 505, p. 7-6.

<sup>809</sup> *Renvoi sur l'article 98*, par. 52-53.

<sup>810</sup> *Id.*

<sup>811</sup> M. CHEVRIER, préc., note 786, à la p. 62.

<sup>812</sup> P. W. HOGG et W. K. WRIGHT, préc., note 505, n° 5, p. 14-22.

<sup>813</sup> Voir à titre d'exemple les décisions *Canadian Pacific Railway Company v. Notre-Dame de Bonsecours*, [1889] A.C. 367 (C. privé); *R. v. Zaslavsky*, [1935] 3 D.L.R. 788 (Sask. C.A.); *R. v. Thorsby Traders*, [1936] 1 D.L.R. 592 (Alta. K.B.); *R. v. Brodsky*, [1936] 1 D.L.R. 578 (Man. C.A.).

<sup>814</sup> COMMISSION ROYALE DES RELATIONS ENTRE LE DOMINION ET LES PROVINCES, préc., note 726, p. 73.

capacité, pour un ordre de gouvernement, de déléguer ou de transférer certains de ses pouvoirs législatifs à l'autre ordre<sup>815</sup>. C'est notamment la présence de cet article dans la Constitution qui fait conclure à la Cour qu'il n'existe aucune autre manière d'opérer un tel transfert. De ce fait, ce mécanisme a été déclaré inconstitutionnel.

### 2.3.5. *Les considérations prises en compte dans le raisonnement de la Cour*

L'arrêt *Nova Scotia* est un jugement unanime concluant à l'inconstitutionnalité de la démarche entreprise par le Parlement fédéral ainsi que la législature de la Nouvelle-Écosse, qui consistait en une délégation mutuelle de pouvoirs législatifs entre ces entités. Pour l'essentiel, c'est en raison de la théorie des compartiments étanches que la Cour suprême considère comme invalide un processus de délégation dite horizontale, c'est-à-dire la délégation de pouvoirs législatifs d'un parlement vers un autre, donc s'opérant entre deux organes politiques de même niveau<sup>816</sup>. Cela permettrait la création temporaire de compétences concurrentes et contreviendrait aux principes de l'exclusivité des compétences<sup>817</sup>. C'est également l'absence de mention expresse dans la Constitution d'un pouvoir de délégation qui fait conclure à la Cour que celui-ci ne peut être inféré<sup>818</sup>.

Hormis ces considérations, le juge en chef Rinfret ajoute que la Constitution n'appartient ni au Parlement ni aux assemblées législatives provinciales, mais au Canada et à ses citoyens, qui sont en droit de s'attendre à ce que chaque ordre légifère dans ses compétences données<sup>819</sup>. Ainsi, une des préoccupations de la Cour suprême est que la délégation inter-parlementaire brouillerait les frontières de l'imputabilité politique des deux ordres de gouvernement envers l'électorat.

---

<sup>815</sup> Margaret FAIRWEATHER, « The Attitude of the Supreme Court of Canada toward Delegation: Coughlin v. Ontario's Highway Transport Board », (1970) 5-1 *B.C.L. Rev.* 43, p. 44.

<sup>816</sup> François CHEVRETTE, « La délégation de pouvoirs », dans *Recueil du cours DRT 1502 (Droit constitutionnel 2)*, Montréal, Coop Droit, 1998 à la page 1, en ligne : <<https://chevrette-marx.openum.ca/files/sites/136/2017/05/FC-La-delegation-de-pouvoirs.pdf>>. ; Il demeure par ailleurs entendu que l'arrêt *Nova Scotia* n'a pas rendu inconstitutionnel la délégation dite « oblique », laquelle est constitutionnellement valide aux termes de la décision *P.E.I. Potato Marketing Board v. Willis*, [1952] 2 R.C.S. 392 et renvoie à la délégation entre « deux organes de niveaux différents mais dont l'un n'est pas comme tel créé par ni subordonné à l'autre ». C'est le cas lorsqu'un des ordres de gouvernement délègue à des organismes de la création de l'autre palier de gouvernement : F. CHEVRETTE, préc., note 816, aux p. 1 et 8. D'autres types de délégation, telles la délégation verticale ou encore la législation par référence, sont également valides. À ce sujet, nous renvoyons le lecteur au texte du professeur Chevrette.

<sup>817</sup> B. RYDER, préc., note 137, p. 324.

<sup>818</sup> *Id.*, p. 346.

<sup>819</sup> *Nova Scotia*, p. 34.

Le juge Fauteux souligne que l'article 94 a été prévu par le constituant pour déjouer les compartiments étanches créés par le partage des compétences en permettant l'unification relative des lois dans certaines provinces. Selon les juges Fauteux et Kerwin, l'existence de l'article 94 témoigne du fait qu'une mention expresse était nécessaire afin de permettre à un ordre de gouvernement de déléguer des pouvoirs à un autre. Ainsi, on ne peut inférer une capacité inhérente des ordres de gouvernement d'opérer une délégation inter-parlementaire ; autrement, l'article 94 aurait été superflu<sup>820</sup>.

Le juge Taschereau, quant à lui, considère que les ordres de gouvernement, par leur consentement seul, ne peuvent modifier le partage des compétences tel qu'édicte par la Constitution : les compétences qui ne leur ont pas été conférées par les articles 91 ou 92 leur ont été niées, ce que l'on ne pourrait changer sans la sanction du Parlement impérial à Londres<sup>821</sup>. La délégation inter-parlementaire aurait le potentiel de compromettre l'ensemble du projet de la Constitution, car elle permettrait éventuellement au Canada de devenir un État unitaire, ou fortement décentralisé, ce qui n'était ni prévu ni voulu par le Constituant<sup>822</sup>. Par ailleurs, la délégation mènerait à un manque d'uniformité dans des domaines législatifs où cette unité serait non seulement souhaitable, mais nécessaire<sup>823</sup>. Ce sont donc des considérations quant à la préservation de la stabilité et de la structure de la fédération canadienne qui animent le juge Taschereau et qui justifient sa décision de ne pas permettre ce type de délégation. Ses propos trouvent écho dans ceux du juge Rand, pour qui la délégation dont il est question aurait le potentiel d'engendrer de grandes disparités entre chaque province<sup>824</sup>.

Nous avons vu que la doctrine majoritaire semble indiquer que le mécanisme de l'article 94 est irréversible, mais que cette question demeure sans réponse officielle<sup>825</sup>. L'une des raisons qui expliquent le caractère ambigu du fonctionnement de ce mécanisme d'unification est précisément l'arrêt *Nova Scotia*. Dans celui-ci, seuls les juges Estey et Rand indiquent que la délégation n'a pas

---

<sup>820</sup> *Id.*, p. 38 et p. 58-59.

<sup>821</sup> *Id.*, p. 40.

<sup>822</sup> *Id.*, p. 45.

<sup>823</sup> M. FAIRWEATHER, préc., note 815, p. 51-52.

<sup>824</sup> *Nova Scotia*, p. 50.

<sup>825</sup> *Supra*, chapitre 3, section 1, sous-section 2.2.2 : « Le fonctionnement de l'article 94 » et sous-section 2.2.3 : « Le potentiel de l'article 94 : la création d'un fédéralisme asymétrique ».

un caractère permanent et irrévocable<sup>826</sup>. Les autres juges assimilent quant à eux la délégation d'un pouvoir avec l'abdication complète de celui-ci<sup>827</sup>. Mais seulement deux de ces juges réfèrent expressément à l'article 94 dans leurs motifs et établissent un parallèle entre celui-ci et la délégation<sup>828</sup>. Les autres juges indiquent que la Constitution ne prévoit pas de pouvoir de délégation. Or, ce que semble entendre la majorité des juges dans *Nova Scotia* par « délégation » ne concorde pas avec la définition généralement admise de ce concept. Il semblerait par ailleurs que le concept de délégation n'a pas toujours été utilisé par les tribunaux dans le sens que lui donne la doctrine<sup>829</sup>. Ainsi, si on s'en tient uniquement aux opinions des juges Kerwin et Fauteux, qui font le parallèle entre l'article 94 et la délégation, entendu comme le transfert permanent de compétences législatives, alors il faudrait conclure que l'article 94 est également irréversible. Mais si on s'en tient aux opinions des trois autres juges qui assimilent également la délégation à l'abdication de pouvoir, il n'existerait pas de tels pouvoirs dans la Constitution, laquelle comprend pourtant l'article 94. Ainsi, on ne peut pas affirmer que l'arrêt *Nova Scotia* règle la question de la réversibilité de cette disposition.

### 2.3.6. *Le lien entre l'interprétation de la Cour et les considérations théoriques sur l'asymétrie*

La délégation inter-parlementaire comporte plusieurs avantages, le principal étant la flexibilité qu'elle apporterait dans le fonctionnement du régime fédéral<sup>830</sup>. En contexte canadien, elle permettrait de tenir compte des différences considérables entre les provinces. Ces dernières peuvent désirer recevoir par délégation une compétence du fédéral ou à l'inverse, déléguer une de leur compétence au Parlement central<sup>831</sup>. Ce type d'arrangement mènerait à une asymétrie de pouvoirs entre les provinces. En science politique, on compte parmi les justifications à l'asymétrie le fait qu'elle peut tenir compte des revendications divergentes des provinces, ou du Québec et des autres provinces<sup>832</sup>. Cela permettrait le renforcement du gouvernement fédéral, tout en respectant les

---

<sup>826</sup> *Nova Scotia*, p. 46 et p. 54.

<sup>827</sup> John B. BALLEM, « Delegation-Approach of Supreme Court of Canada to the B.N.A. Act », (1951) 29-1 *R. du B. can.* 79, p. 83.

<sup>828</sup> *Nova Scotia*, p. 38 (j. Kerwin) et p. 59 (j. Fauteux).

<sup>829</sup> F. R. SCOTT, préc., note 749, p. 988-989.

<sup>830</sup> G. V. LA FOREST, préc., note 281, p. 144.

<sup>831</sup> *Id.* ; F. CHEVRETTE, préc., note 816, à la p. 15.

<sup>832</sup> *Supra*, chapitre 1, section 1, sous-section 3.1 : « Les origines et la légitimité des asymétries ».

volontés plus autonomistes et décentralisatrices du Québec<sup>833</sup>. En ce sens, cet avantage de la délégation inter-parlementaire se rapproche fortement de la logique sous-tendant l'article 94.

Dans l'arrêt *Nova Scotia*, on retrouve plutôt en filigrane des considérations quant aux écueils de l'asymétrie, qui justifient en partie la décision de ne pas permettre la délégation entre ordres de gouvernement. Outre le fait que ce pouvoir ne se trouverait pas dans la Constitution, trois conséquences potentielles de la délégation inter-parlementaire sur le fédéralisme canadien justifient son interdiction selon la Cour : (I) la préservation de la structure de la fédération, (II) la création de divergences importantes entre les provinces et (III) la question du brouillage de l'imputabilité politique. On retrouve ces trois considérations dans la littérature de science politique à l'encontre de l'asymétrie.

Comme le souligne le professeur La Forest, la première réaction des tribunaux face à la délégation serait de tenter de protéger la structure générale de la Constitution en trouvant des obstacles constitutionnels à celle-ci<sup>834</sup>. La stabilité de l'État et la préservation de sa structure fédérale<sup>835</sup> figurent parmi les arguments à l'encontre de l'asymétrie. Dans l'opinion du juge Taschereau, on retrouve la crainte que la délégation entraîne la création d'un État fortement décentralisé ou unitaire<sup>836</sup>. Ainsi, la délégation aurait le potentiel de déséquilibrer le fédéralisme<sup>837</sup>.

Le transfert de pouvoirs législatifs par le biais de la délégation inter-parlementaire, selon le professeur Lederman, aurait le potentiel de créer de grandes divergences d'une province à l'autre<sup>838</sup>. Ce ne sont évidemment pas toutes les provinces qui délégueraient certains pouvoirs au Parlement central<sup>839</sup>. On retrouve dans l'arrêt *Nova Scotia* des préoccupations à cet effet dans l'opinion du juge Rand, pour qui la délégation entraînerait une forte disparité entre la situation de

---

<sup>833</sup> Kenneth McROBERTS, « Disagreeing on Fundamentals: English Canada and Quebec », dans Kenneth McROBERTS et Patrick J. MONAHAN (dir.), *The Charlottetown Accord, the Referendum, and the Future of Canada*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 1993, p. 249, aux p. 250 et 255.

<sup>834</sup> G. V. LA FOREST, préc., note 281, p. 146-147.

<sup>835</sup> F. ROCHER et P. COUSINEAU-MORIN, préc., note 75, à la p. 280 ; *Supra*, chapitre 1, section 1, sous-section 4.1 : « La stabilité de l'État ».

<sup>836</sup> *Nova Scotia*, p. 45.

<sup>837</sup> F. CHEVRETTE, préc., note 816, à la p. 15.

<sup>838</sup> W. R. LEDERMAN, préc., note 757, p. 426.

<sup>839</sup> F. CHEVRETTE, préc., note 816, à la p. 15.

chaque province<sup>840</sup>. En science politique, un autre des arguments à l'encontre de l'asymétrie est le fait qu'elle pourrait engendrer la création d'un État mosaïque<sup>841</sup> ou d'un fédéralisme à la carte<sup>842</sup>. Il est donc important de faire reposer l'État sur certaines valeurs politiques communes<sup>843</sup>.

Les juges Rinfret<sup>844</sup> et Rand<sup>845</sup> estiment que la population est en droit de s'attendre à ce que les normes juridiques soient édictées par les parlementaires de la législature qui a été élue à cette fin<sup>846</sup>. Bref, la délégation poserait un problème sur le plan démocratique. Le transfert de pouvoirs législatifs d'un palier de gouvernement à un autre ne devrait pas être permis puisqu'il confondrait le citoyen quant aux responsabilités de chaque gouvernement<sup>847</sup>. En science politique, on considère que l'asymétrie peut engendrer des difficultés en matière de reddition de compte envers l'électorat<sup>848</sup>. L'imputabilité requiert que le citoyen soit en mesure de déterminer les responsabilités de chaque ordre de gouvernement, qui doivent dès lors être clairement délimitées. Or, puisqu'elle peut modifier les responsabilités des ordres de gouvernement d'une province à l'autre, l'asymétrie pourrait affaiblir considérablement la capacité du public à tenir les gouvernements responsables<sup>849</sup>.

On peut donc constater que, bien que la Cour suprême ne se réfère pas directement à cette notion, certains inconvénients théoriques et pratiques à l'asymétrie que l'on retrouve en science politique sont reflétés dans son jugement. Ils contribuent à justifier la décision de ne pas permettre la délégation inter-parlementaire, qui a le potentiel d'engendrer une forte asymétrie. Le professeur La Forest estime que même lorsqu'il existe une clause constitutionnelle en vertu de laquelle un transfert de pouvoir peut être effectué, elle tendrait à devenir lettre morte en raison de la nécessité de préserver l'intégrité de la fédération<sup>850</sup>. C'est ce qui expliquerait que l'article 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'a jamais été utilisé. Il y a eu des cas où il aurait été possible de soutenir que l'article 94 aurait pu trouver application, mais considérant ses répercussions sur le pouvoir des

---

<sup>840</sup> *Nova Scotia*, p. 50.

<sup>841</sup> F. DELPÉRÉE, préc., note 238, à la p. 123.

<sup>842</sup> B. PELLETIER, préc., note 158, à la p. 5.

<sup>843</sup> *Supra*, chapitre 1, section 1, sous-section 4.4 : « Les valeurs politiques communes ».

<sup>844</sup> *Nova Scotia*, p. 34.

<sup>845</sup> *Id.*, p. 48-49.

<sup>846</sup> À ce titre, voir aussi J. B. BALLEM, préc., note 827, p. 82.

<sup>847</sup> W. R. LEDERMAN, préc., note 757, p. 426.

<sup>848</sup> *Supra*, chapitre 1, section 1, sous-section 4.6 : « La reddition de compte envers l'électorat, ou l'enjeu de la transparence ».

<sup>849</sup> J. ROBERTS, préc., note 286, à la p. 2.

<sup>850</sup> G. V. LA FOREST, préc., note 281, p. 146-147.

provinces, les tribunaux n'inféreront pas facilement qu'il a été mis en œuvre<sup>851</sup>. Au vu de la similitude entre la délégation inter-parlementaire et l'article 94, on pourrait émettre l'hypothèse que les réflexions de la Cour quant aux impacts du premier seraient semblables pour le deuxième.

#### 2.4. Le degré et l'importance de l'asymétrie

Afin de mener à terme notre analyse de la disposition asymétrique qu'est l'article 94, il convient d'étudier la portée potentielle de cet article dans l'uniformisation du droit des provinces de common law. Nous constaterons alors qu'il pourrait engendrer de fortes disparités dans l'étendue des pouvoirs législatifs des entités fédérées (section 2.4.1). Ensuite, nous verrons que le domaine dans lequel s'inscrit cette possibilité touche au cœur des compétences provinciales (section 2.4.2). Ces deux facteurs militeront vers une possibilité d'asymétrie que l'on pourrait qualifier de forte.

##### *2.4.1. Une asymétrie potentielle qui s'inscrit dans la distribution des pouvoirs législatifs*

Le degré ou l'importance de l'asymétrie admise par l'article 94 est tributaire de deux facteurs. Premièrement, est importante la question de savoir si l'article crée une possibilité de transfert de compétence irrévocable et permanent, ou plutôt une délégation, car elle influera sur la portée de l'asymétrie potentielle. Comme nous l'avons vu, il est difficile d'en arriver à une conclusion définitive à ce sujet, bien que la majorité de la doctrine semble pointer vers le caractère permanent de ce mécanisme<sup>852</sup>. D'ailleurs, l'interprétation voulant que ce mécanisme soit irréversible contribuerait à expliquer le fait que le Québec est complètement exclu de son application, même de son plein gré. Cela serait également cohérent avec le libellé des articles 97 et 98 ainsi que la création d'un barreau national. Si des provinces pouvaient opter pour un contrôle fédéral, pour par la suite changer d'idée sans grandes formalités, cela compliquerait en effet le fonctionnement de la fédération ainsi que l'instauration d'un barreau et d'une procédure unifiée devant les tribunaux. Par ailleurs, la crainte que ce mécanisme soit permanent expliquerait également son inutilisation.

Deuxièmement, le degré auquel les lois des provinces seraient unifiées influera également sur l'importance de l'asymétrie. En effet, l'article entrevoit la possibilité d'unifier l'entièreté du droit

---

<sup>851</sup> F. R. SCOTT, préc., note 729, p. 542-543.

<sup>852</sup> *Supra*, chapitre 3, section 1, sous-section 2.2.2 : « Le fonctionnement de l'article 94 », sous-section 2.2.3 : « Le potentiel de l'article 94 : la création d'un fédéralisme asymétrique » et sous-section 2.3.5 : « Les considérations prises en compte dans le raisonnement de la Cour ».

privé et de la procédure, tout comme il entrevoit également la possibilité que ce ne soient que certains pans de ces matières qui soient unifiées. Ainsi, en fonction de la manière dont cet article serait mis en œuvre, on pourrait assister à une uniformité et à un transfert vers le Parlement central de matières qui ne touchent qu'au détail de certaines compétences législatives, tout comme on pourrait voir l'inverse. Cela étant, compte tenu du fait que l'on considère généralement que le Parlement fédéral devrait être compétent pour ce qui est des enjeux ayant un caractère national, et les provinces pour les matières ayant un intérêt local<sup>853</sup>, il serait surprenant que l'on emploie l'article 94 pour régler le détail d'une matière, sans en régler le caractère général également.

#### 2.4.2. *La propriété et les droits civils : la compétence phare des provinces*

Quelle est la portée de ce que l'on entend par l'expression « propriété et droits civils » au chapitre de l'article 94 ? Réfère-t-on à la compétence analogue du paragraphe 13 de l'article 92 ? C'est du moins ce que semble indiquer l'arrêt *Parsons*, où il est mentionné que « [t]he words “property and civil rights” are, obviously, used in the same sense in the section as in No.13 of Section 92 »<sup>854</sup>. L'expression « propriété et droits civils » remonte à l'*Acte de Québec de 1774*, lequel eut pour effet de restaurer le droit français dans la province. Cette expression reçoit tant en doctrine qu'en jurisprudence une acception très large : elle désigne le droit privé, c'est-à-dire l'entièreté du droit « which governs the relationships between subject and subject, as opposed to the law which governs the relationship between the subject and the institutions of government »<sup>855</sup>, sous réserve des compétences en cette matière qui furent attribuées au Parlement central par la Constitution.

Tel que le souligne le professeur Leclair, on conféra aux provinces une compétence de principe en matière de droit privé<sup>856</sup>. Du fait de cette compétence de principe, l'énumération des pouvoirs du Parlement fédéral sert entre autres à soustraire de la compétence des entités fédérées des matières qui, autrement, seraient tombées sous le coup de la propriété et des droits civils<sup>857</sup>. Par ailleurs,

---

<sup>853</sup> A. de TOCQUEVILLE, préc., note 2, p. 227.

<sup>854</sup> *Parsons*, p. 9.

<sup>855</sup> P. W. HOGG et W. K. WRIGHT, préc., note 505, p. 21-3.

<sup>856</sup> Jean LECLAIR, « La Constitution par l'histoire : portée et étendue de la compétence fédérale en matière de lettres de change et de billets à ordre », (1992) 33-2 *C. de D.* 535, p. 542.

<sup>857</sup> P. W. HOGG et W. K. WRIGHT, préc., note 505, p. 21-3 ; J. LECLAIR, préc., note 856, p. 545-546 : « En réalité, n'eût été de leur attribution spécifique et exceptionnelle au Parlement central en conformité des articles 91(2), (15), (16), (18-19), (21-23) et (28), les matières suivantes auraient été du ressort des provinces en vertu de l'article 92(13) de la

l'article 92(13) n'épuise pas l'entièreté de la compétence des provinces en matière de droit privé ou de propriété et de droits civils. C'est pourquoi le juriste Marc-Antoine Adam émet l'hypothèse que l'article 94 pourrait viser plus large que les matières comprises à l'article 92(13). Il donne à titre d'exemple la compétence sur les entreprises locales (art. 92(10)), le droit corporatif (art. 92(11)) et la célébration du mariage (art. 92(12)). Il considère ces matières comme des candidates idéales pour l'article 94, « car c'est souvent leur proximité avec des matières attribuées au Parlement fédéral qui a conduit le constituant à prendre la précaution de les mentionner expressément [...] plutôt que de s'en remettre au langage général du par. 92(13) »<sup>858</sup>.

En somme, et même en adoptant une lecture restrictive voulant que l'expression « propriété et droits civils » au chapitre de l'article 94 réfère uniquement à la compétence analogue du paragraphe 13 de l'article 92, et non de l'entièreté des lois pouvant être édictées par les provinces en matière de droit privé, la compétence des provinces en vertu de l'article 92(13) est de loin leur plus grande source de pouvoirs législatifs<sup>859</sup>. C'est ce qui explique que la plupart des litiges constitutionnels d'importance entre les ordres de gouvernement ont mis en compétition l'interprétation du pouvoir des provinces aux termes de ce paragraphe et celle d'une ou de plusieurs compétences fédérales<sup>860</sup>. Ainsi, la compétence en cette matière est celle dont découle la majeure partie du pouvoir des provinces de mener leurs grands projets politiques à terme.

En ce qui concerne la procédure devant les tribunaux, il s'agit d'une compétence provinciale aux termes de l'article 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Elle permet de régir la procédure civile, c'est-à-dire autre que criminelle, devant les tribunaux provinciaux<sup>861</sup>. À titre d'exemple, la province de Québec a adopté en vertu de ce paragraphe un *Code de procédure civile*. L'article 92(14) concerne également l'administration de la justice de manière plus générale, donc la création, le maintien et l'organisation des tribunaux. Toutefois, l'article 94, par son libellé, ne

---

Constitution : la réglementation des échanges et du commerce, les banques, la constitution des banques, les caisses d'épargne, les lettres de change et les billets à ordre, l'intérêt de l'argent, la famille et l'insolvabilité, les brevets d'invention et de découverte, les droits d'auteur et, enfin, l'établissement, le maintien et l'administration des pénitenciers. »

<sup>858</sup> M.-A. ADAM, préc., note 736, n° 33, p. 13.

<sup>859</sup> P. W. HOGG et W. K. WRIGHT, préc., note 505, p. 21-2.

<sup>860</sup> *Id.*

<sup>861</sup> H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 295, par. VI-2.182.

semble viser que l'unification de la procédure, et non de l'ensemble de l'administration de la justice.

Au Parlement fédéral, il fut proposé pour la dernière fois de recourir à l'article 94 en 1902. Le ministre de la Justice de l'époque s'opposa vigoureusement à l'emploi de celui-ci. Il était d'avis qu'il aurait pour effet de réduire à néant le caractère fédéral de la Constitution<sup>862</sup>. Il ira même jusqu'à dire qu'un recours à l'article 94 « serait de demander aux législatures provinciales quand elles seront disposées à suicider »<sup>863</sup>. Une inquiétude reliée à l'utilisation de cet article est donc le grand impact que celui-ci pourrait avoir sur les pouvoirs législatifs des provinces. Au surplus, l'article 97 témoigne des répercussions importantes qu'engendrerait l'article 94. En effet, l'article 97 considère qu'une fois le droit privé et la procédure unifiés, il n'y aurait plus lieu de nommer les juges des cours supérieures des provinces de common law depuis les barreaux de chacune d'entre elles. Or, cela revient à dire qu'aucun autre des chefs de compétence provinciale en vertu de l'article 92 ne saurait justifier une formation juridique propre à chaque province.

## 2.5. La procédure de modification de l'article 94

Le dernier aspect à analyser pour conclure notre étude de l'article 94 est sa procédure de modification. Nous avons vu que l'asymétrie créée par cette disposition est double : même sans être employée, elle crée une asymétrie puisqu'elle offre une option législative aux provinces de common law qui ne vise pas le Québec. D'autre part, si l'article est utilisé, il en résultera une asymétrie entre les pouvoirs législatifs des différentes provinces. L'ajout du Québec au champ d'application de l'article 94 supprimerait l'asymétrie qui existe à l'heure actuelle entre les options législatives offertes aux provinces canadiennes, puisqu'elles pourraient alors toutes opter pour le mécanisme d'unification si elles le souhaitaient<sup>864</sup>. C'est l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui contient la formule nécessaire afin de modifier le libellé l'article 94<sup>865</sup>. En raison de sa formule de modification, l'article 94 fait donc partie de la constitution formelle<sup>866</sup>.

---

<sup>862</sup> F. R. SCOTT, préc., note 729, p. 529.

<sup>863</sup> CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Débats de la Chambre des communes*, 2<sup>e</sup> sess., 9<sup>e</sup> légis., 1902, vol. 1, p. 1122 (M. Fitzpatrick).

<sup>864</sup> Si l'on retient l'interprétation, la plus probable selon nous, selon laquelle l'article 94 s'étend à toutes les provinces de common law.

<sup>865</sup> H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 295, par. IV.168.

<sup>866</sup> *Id.*, par. IV.161 et IV.164.

Le consentement requis afin de modifier une disposition prévoyant un arrangement spécial est celui des assemblées législatives des provinces affectées par la modification projetée, et non de l'ensemble des provinces visées par l'article sous sa forme originale<sup>867</sup>. Dans ce contexte, le consentement requis afin d'ajouter le Québec au libellé de l'article 94 serait celui de la législature de cette province et des deux chambres fédérales<sup>868</sup>. En ce sens, l'exclusion du Québec du champ d'application de l'article 94 ne peut pas être altérée sans son consentement, ce qui confère une certaine protection à la tradition civiliste québécoise. Toutefois, il est plus difficile de tenir compte de ce constat afin d'évaluer l'importance de l'article 94 dans la Constitution. En effet, tel qu'il se libelle actuellement, l'article 94 ne crée qu'une asymétrie dans les possibilités qui s'offrent aux provinces. Ce n'est que s'il est activé qu'il pourrait engendrer une asymétrie significative entre leurs pouvoirs législatifs. Or, dans une telle éventualité, l'assentiment des provinces concernées serait requis. Ainsi, quand bien même le consentement du Québec n'aurait pas été nécessaire pour l'ajouter au champ d'application de l'article 94, la province aurait tout de même pu subséquemment refuser d'adopter la loi fédérale unificatrice, comme toute autre province peut également le faire.

Enfin, nous désirons aborder brièvement le deuxième volet de l'asymétrie créée par l'article 94, soit celle qu'engendrerait ce mécanisme s'il venait à être employé. D'abord, dans l'hypothèse où le mécanisme de l'article 94 constitue une délégation, une province ayant adopté la législation fédérale et voulant subséquemment se retirer du processus d'uniformisation pourrait le faire simplement en abrogeant la loi qui mettait en œuvre la loi fédérale. Aucune modification constitutionnelle n'aurait lieu et le consentement des chambres fédérales ne serait pas requis. La dernière hypothèse est celle où l'article 94 prévoit un mécanisme permanent, c'est-à-dire qu'il ne serait pas réversible du fait de l'abrogation de la loi provinciale. Dans l'éventualité où une ou certaines provinces de common law ayant opté pour un contrôle fédéral désireraient ensuite s'en soustraire, c'est alors la formule de l'article 43 qui serait applicable. Dans ce contexte, le consentement requis serait celui des assemblées législatives des provinces désirant se retirer du contrôle fédéral et celui des chambres du Parlement fédéral. Nous estimons que les intérêts des

---

<sup>867</sup> Nous renvoyons à cet égard le lecteur aux réflexions précédemment exposées quant à l'article 43 LC 1982, *supra*, chapitre 2, section 1, sous-section 2.5 : « La procédure de modification de la représentation des provinces au Sénat ».

<sup>868</sup> La même logique s'appliquerait par ailleurs dans l'éventualité où une province de common law désirerait se soustraire du champ d'application de l'article 94 LC 1867. Dans la mesure où aucun projet d'uniformisation ne peut voir le jour dans une province de common law sans le consentement de son assemblée législative, on peut toutefois se demander pourquoi une province jugerait nécessaire de se retirer du champ d'application potentiel de la disposition.

autres provinces ayant opté pour un contrôle fédéral ne seraient pas touchés par le retrait subséquent d'une d'entre elles, d'où le fait que leur consentement ne serait pas requis<sup>869</sup>.

### **3. Conclusion : Le rôle de la Cour dans l'atténuation de l'asymétrie**

Il n'existe pas de précédent jurisprudentiel direct sur l'interprétation de l'article 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, sur son fonctionnement ou sur le degré d'asymétrie qui pourrait être créé par celui-ci. C'est la raison pour laquelle nous nous sommes attardés à la décision *Nova Scotia*, qui semble établir un lien entre le mécanisme de l'article 94 et la délégation inter-parlementaire. En revanche, ni la jurisprudence ni la doctrine ne permettent d'établir avec certitude si l'article 94 constitue un transfert irrévocable de pouvoirs, ou une délégation, quoique la première interprétation semble la plus probable. On peut cependant affirmer que l'article 94 et la délégation inter-parlementaire constituent des mécanismes analogues : dans les deux cas, un pouvoir initialement octroyé à un ordre de gouvernement sera exercé par un autre, à la suite d'un accord mutuel. C'est ce qui permet d'établir un lien entre les craintes exprimées par la Cour suprême au sujet de la délégation, et les craintes qu'elle pourrait exprimer à l'égard de l'article 94.

Nous ne pouvons pas affirmer que la Cour suprême se soit en partie basée sur les considérations théoriques des inconvénients de l'asymétrie pour justifier son interprétation de la disposition, puisqu'elle ne l'a jamais réellement interprétée. Mais nous pouvons affirmer qu'elle l'a fait au sujet d'un mécanisme qui s'y apparente fortement, et qui pour certains frôlerait l'identique. En effet, nous avons vu que le mécanisme de l'article 94 peut être vu comme une déclinaison de la délégation inter-parlementaire. On pourrait également conclure que l'idée qu'un ordre de gouvernement

---

<sup>869</sup> Nous en venons à cette conclusion en nous basant sur l'arrêt *Potter* de la Cour d'appel du Québec, lequel portait sur la constitutionnalité de l'ajout de l'article 93A à la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette modification, faite conformément à l'article 43 LC 1982, soustrayait le Québec de l'application de l'article 93 LC 1867 et substituait aux commissions scolaires confessionnelles des commissions scolaires linguistiques. La Cour d'appel du Québec conclut que cette modification pouvait se faire par le biais de la formule de l'article 43, puisqu'elle ne porte pas atteinte aux intérêts des autres provinces visées par l'article 93 LC 1867. D'ailleurs, une telle modification ne constituait pas une modification au partage des compétences (laquelle se fait conformément à l'article 38 LC 1982), notamment parce que l'article 93 ne s'applique pas à toutes les provinces et parce que la modification ne réduisait pas à néant le pouvoir du Parlement fédéral en vertu de cet article. Voir : *Potter c. Québec (Procureur général du)*, [2001] R.J.Q. 2823, par. 20-24 (C.A.).

puisse exercer un pouvoir attribué à l'autre ordre de gouvernement par la Constitution se présente comme une anomalie pour la Cour, un mécanisme radical<sup>870</sup>.

L'asymétrie envisagée par l'article 94 est textuelle, et résulte de ce fait d'un choix délibéré du constituant de la consacrer. Elle se traduit, comme on l'a vu, dans le champ de compétence le plus important des provinces, celui à partir duquel elles édictent leurs grands projets de société. Cela, en soi, tendrait à en faire une asymétrie potentielle que l'on pourrait qualifier de forte. En ce qui concerne la procédure de modification du texte pour y ajouter le Québec, nous avons expliqué pourquoi elle peut difficilement être prise en compte pour influencer sur le degré d'asymétrie.

À son paroxysme, l'article 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867* aurait le potentiel, tout comme le mécanisme de la délégation inter-parlementaire, de drastiquement modifier l'exercice du pouvoir législatif entre les deux ordres de gouvernement. C'est, comme on l'a vu, l'une des principales raisons expliquant d'une part pourquoi cet article n'a jusqu'à présent jamais été employé, et d'autre part pourquoi le mécanisme de délégation inter-parlementaire, qui s'y apparente fortement, n'a pas reçu l'aval des tribunaux. Les craintes répertoriées dans la jurisprudence qui justifient l'inconstitutionnalité de ce type de délégation reçoivent écho dans les craintes reliées au potentiel d'asymétrie créé par l'article 94, lequel pourrait profondément modifier les pouvoirs d'une province à une autre. Ainsi, bien que le constituant eût prévu par cette disposition une possibilité d'asymétrie de pouvoirs législatifs entre entités fédérées, la pratique des provinces ainsi que le regard des tribunaux face à ce genre de mécanisme semblent en avoir atténué l'importance.

## **Section 2 – Des exigences constitutionnelles de bilinguisme parlementaire, législatif et judiciaire**

### **1. Introduction**

Tel que le soulignait le politologue Ronald Watts en 1971 dans son étude à l'attention de la *Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, « dans la plupart des

---

<sup>870</sup> P. BLACHE, préc., note 752, p. 248.

fédérations composées d'un certain nombre de communautés linguistiques, la question de savoir s'il devait y avoir une, deux ou plusieurs langues officielles a suscité des controverses.»<sup>871</sup> Évidemment, pour des raisons pratiques, un État pourrait difficilement fonctionner dans plus de deux ou trois langues<sup>872</sup>. Il ressort d'une étude de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé que « [l]es protections linguistiques spéciales, lorsqu'il en existe, sont pratiquement toujours attribuées aux seules minorités nationales, ou "vieilles" minorités, par opposition aux minorités issues de l'immigration.»<sup>873</sup> En contexte canadien, la notion de minorités nationales auxquelles sont reconnues des protections spéciales réfère traditionnellement aux minorités francophone et anglophone, « avec leur rattachement historique accessoire aux religions catholique et protestante »<sup>874</sup>. Il en est ainsi, d'une part, parce que la reconnaissance de ces langues et de ces cultures fut nécessaire au projet d'union fédérale et, d'autre part, parce que ces communautés linguistiques sont les deux principales au pays<sup>875</sup>.

La Constitution du Canada ne départage pas le pouvoir de légiférer sur la langue : ce pouvoir est « "accessoire" à l'exercice de la compétence relative à une catégorie de sujets attribuée au Parlement ou aux assemblées législatives provinciales »<sup>876</sup>. Si la protection des langues minoritaires à l'échelle fédérale est importante, leur protection à l'échelle des entités fédérées l'est tout autant. Il en est ainsi puisque les provinces peuvent légiférer au sujet de la langue à partir de l'ensemble de leurs

---

<sup>871</sup> R. L. WATTS, préc., note 276, p. 93.

<sup>872</sup> Une exception à ce principe pourrait être illustrée par le cas de l'Union européenne, qui compte 24 langues officielles, soit celles de tous ses pays membres. Toutefois, l'Union européenne n'est pas un État, et ses pays membres conservent leurs propres langues officielles : UNION EUROPÉENNE, « Langues », *Union européenne*, en ligne : <[https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/languages\\_fr](https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/languages_fr)> (consulté le 18 avril 2024).

<sup>873</sup> José WOEHLING, « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », (2003) 34 *R.D.U.S.* 93, p. 129.

<sup>874</sup> Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Danielle PINARD, « Les minorités en droit public canadien », (2003) 34 *R.D.U.S.* 197, p. 199.

<sup>875</sup> Vanessa GRUBEN, « Language Rights in Canada: A Theoretical Approach », dans Joseph Eliot MAGNET (dir.), *Official Languages of Canada : New Essays*, Markham, LexisNexis Canada, 2008, p. 91, à la p. 109 ; Selon le dernier recensement (2021), 20,2% de la population canadienne a pour langue maternelle le français, 56,6% l'anglais et 23,2% une autre langue. De ces autres langues, le mandarin est le plus important, avec 1,9%. Cela fait donc du français et de l'anglais les deux plus grandes communautés linguistiques : PATRIMOINE CANADIEN, « Statistiques sur les langues officielles au Canada », *Gouvernement du Canada*, en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/services/langues-officielles-bilinguisme/publications/statistique.html>> (consulté le 18 avril 2024) ; Notons par ailleurs que le Parlement fédéral a récemment édicté la *Loi sur les langues autochtones*, L.C. 2019, c. 23. Si cette loi a pour objectif d'aider les Autochtones à se réapproprier et à maintenir leurs langues, elle ne confère pas le statut de langue officielle aux langues autochtones.

<sup>876</sup> *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790, par. 19.

domaines de compétence, sous réserve de certaines exigences de bilinguisme<sup>877</sup>. Nous nous attarderons ainsi aux exigences constitutionnelles de bilinguisme parlementaire, législatif et judiciaire qui s'imposent uniquement à trois provinces canadiennes, lesquelles constituent corrélativement des garanties pour leur minorité linguistique.

## **2. Analyse de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de ses équivalents pour les provinces du Manitoba et du Nouveau-Brunswick**

### 2.1. L'origine textuelle de l'asymétrie

L'exigence de bilinguisme dans la *Loi constitutionnelle de 1867* s'impose, parmi les quatre provinces d'origine, uniquement au Québec<sup>878</sup> :

**« Usage facultatif et obligatoire des langues française et anglaise - 133.** Dans les chambres du parlement du Canada et les chambres de la législature de Québec, l'usage de la langue française ou de la langue anglaise, dans les débats, sera facultatif ; mais dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire ; et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par-devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada qui seront établis sous l'autorité de la présente loi, et par-devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de Québec, il pourra être fait également usage, à faculté, de l'une ou de l'autre de ces langues.

Les lois du parlement du Canada et de la législature de Québec devront être imprimées et publiées dans ces deux langues. »

Cela étant, la province du Manitoba, qui s'est jointe à la Confédération trois ans plus tard, se voit imposer une exigence similaire à l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, laquelle fait partie de la Constitution du Canada et a de ce fait un caractère supralégislatif<sup>879</sup> :

**« Usage du français et de l'anglais – 23.** Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans les débats des chambres de la Législature du Manitoba et l'usage de ces deux langues est obligatoire pour les archives, les comptes rendus et les procès-verbaux de ces chambres. Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les

---

<sup>877</sup> Armand L. C. DE MESTRAL et William FRAIBERG, « Language Guarantees and the Power to Amend the Canadian Constitution », (1966) 12-4 *R.D. McGill* 502, p. 507.

<sup>878</sup> Si l'article 133 concerne à la fois la législature de Québec et le Parlement fédéral, précisons dès à présent que, puisque notre mémoire s'intéresse aux asymétries constitutionnelles entre provinces, nous nous attarderons au volet fédéral de la disposition uniquement dans la mesure où cela serait pertinent à l'analyse de son volet québécois.

<sup>879</sup> La *Loi de 1870 sur le Manitoba* se trouve à l'Annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, laquelle énumère certaines des lois et des décrets qui font partie de la Constitution du Canada. Voir à cet effet l'article 2 de l'Annexe ainsi que l'article 52(2)b) LC 1982.

affaires dont sont saisis les tribunaux du Canada établis sous le régime de la Loi de 1867 sur l'Amérique du Nord britannique ou ceux de la province et dans tous les actes de procédure qui en découlent. Les lois de la Législature du Manitoba sont imprimées et publiées dans les deux langues. »

Enfin, si le Nouveau-Brunswick n'était pas soumis à une exigence constitutionnelle de bilinguisme au moment de son entrée dans la Confédération, cette exigence s'y est étendue en 1982 par l'avènement de la Charte canadienne, dont les dispositions pertinentes se lisent ainsi<sup>880</sup> :

« **Travaux de la Législature du Nouveau-Brunswick - 17(2).** Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans les débats et travaux de la Législature du Nouveau-Brunswick.

**Documents de la Législature du Nouveau-Brunswick – 18(2).** Les lois, les archives, les comptes rendus et les procès-verbaux de la Législature du Nouveau-Brunswick sont imprimés et publiés en français et en anglais, les deux versions des lois ayant également force de loi et celles des autres documents ayant même valeur.

**Procédures devant les tribunaux du Nouveau-Brunswick - 19(2).** Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux du Nouveau-Brunswick et dans tous les actes de procédure qui en découlent. »

En somme, des dix provinces canadiennes, seules trois sont soumises à une exigence constitutionnelle de bilinguisme qui se déploie au niveau parlementaire, législatif et judiciaire. Si ces exigences découlent de dispositions diverses, nous verrons en revanche qu'elles soumettent les législatures de ces provinces à des contraintes très similaires. Du libellé de ces dispositions, nous pouvons tirer la conclusion que l'asymétrie était voulue par le constituant de 1867 pour le Québec, par les représentants du Manitoba et du Parlement fédéral qui négocièrent l'entrée de la province dans la Confédération en 1870 et par le constituant de 1982 en ce qui concerne le Nouveau-Brunswick.

## 2.2. Interprétation historique et doctrinale des garanties constitutionnelles de bilinguisme

Avant d'analyser la jurisprudence portant sur les garanties constitutionnelles de bilinguisme, nous estimons utile de brosser le contexte historique ayant mené à la consécration de garanties spéciales

---

<sup>880</sup> Il importe de souligner que ces dispositions n'épuisent pas l'étendue des obligations constitutionnelles du Nouveau-Brunswick en matière de bilinguisme. En effet, on compte également les articles 16(2), 16.1 et 20(2) de la Charte canadienne. Seulement, ces dispositions ne portent pas sur le bilinguisme parlementaire, législatif ou judiciaire, raison pour laquelle nous les excluons de notre analyse. Nous voulions en effet nous en tenir à l'étude d'exigences similaires pour le Québec, le Manitoba et le Nouveau-Brunswick.

dans trois provinces canadiennes. Dans un premier temps, nous verrons que le bilinguisme au Québec, au Manitoba et au Nouveau-Brunswick a pour origine un compromis politique entre la majorité et la minorité linguistique de chaque province (section 2.2.1). Nous explorerons ensuite pourquoi de telles garanties n'ont pas été constitutionnalisées dans toutes les provinces canadiennes (section 2.2.2). Enfin, nous résumerons les opinions doctrinales qui existaient quant au pouvoir des législatures d'abroger leurs obligations constitutionnelles de bilinguisme, avant que se prononce la Cour suprême, afin de démontrer que la question était épineuse (section 2.2.3).

### 2.2.1. *Des garanties linguistiques issues de compromis politiques*

#### 2.2.1.1. *Le caractère réciproque des volets fédéral et québécois de l'article 133*

L'article 133 est la seule disposition de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui porte sur l'usage des langues<sup>881</sup>. L'ancêtre de cette disposition, qui se trouvait dans les Résolutions de Québec, se lisait comme suit : « Les langues anglaise et française pourront être simultanément employées dans les délibérations du Parlement général ainsi que dans la législature du Bas-Canada, et aussi dans les cours fédérales et les cours du Bas-Canada. »<sup>882</sup> La formulation de la disposition telle qu'elle l'était alors suscita l'inquiétude chez certains députés du Bas-Canada, qui soulevèrent qu'elle ne garantirait pas que le français serait sur un pied d'égalité avec l'anglais. En effet, tel que l'exprima entre autres le député Félix Geoffrion, « au lieu de "devra" qu'on aurait dû mettre dans cette résolution, on a écrit "pourra", de sorte que si la majorité anglaise décide que les votes et délibérations ainsi que les bills de ces chambres ne soient imprimés qu'en anglais, rien ne pourra empêcher que sa décision ne soit mise à effet. »<sup>883</sup> Le député Geoffrion était donc d'avis que la résolution n'offrirait aucune garantie aux Canadiens français au Parlement fédéral puisque la publication de documents législatifs bilingues serait optionnelle<sup>884</sup>. Comme de fait, le libellé actuel

---

<sup>881</sup> *Ottawa Separate School Trustees v. MacKell*, [1917] 32 D.L.R. 1, p. 9 (C. privé). La décision du Comité judiciaire du Conseil privé rejette la thèse selon laquelle la protection des écoles séparées (*denominational*), prévue à l'article 93 LC 1867, conférerait non seulement une protection religieuse, mais aussi linguistique en raison de la traditionnelle relation entre l'anglais et le protestantisme, ou entre le français et le catholicisme.

<sup>882</sup> Art. 46 des Résolutions de Québec, reproduit dans les Débats de 1865, p. 4.

<sup>883</sup> Débats de 1865, p. 783 ; Voir aussi dans le même sens les propos des députés François Évanturel et Antoine-Aimé Dorion, *id.*, p. 942-943.

<sup>884</sup> *Id.*, p. 784 ; Une disposition interprétative de l'époque affirmait en effet que « [c]haque fois que par un acte quelconque il est prescrit qu'une chose sera faite, l'obligation de l'accomplir sera sous-entendue ; mais lorsqu'il est dit qu'une chose pourra être faite, le pouvoir de l'accomplir sera facultatif » : *Acte relatif aux statuts refondus du Canada*, 1859, 22 Vict., c. 29, art. 13(3), cité dans les Débats de 1865, p. 784.

de l'article 133 prévoit que la rédaction des archives, des procès-verbaux et des journaux du Parlement fédéral et de la législature de Québec sera obligatoirement en français et en anglais, de même que l'impression et la publication de leurs lois.

Par ailleurs, on retrouve dans les propos de ce député l'idée que la garantie de bilinguisme constitue un compromis ou un échange entre la majorité francophone du Québec, et celle anglophone de ce qui allait devenir le Canada :

« Je demande pardon aux députés anglais d'avoir été obligé d'exiger du gouvernement de plus amples garanties pour nos institutions religieuses et nationales ; mais j'espère qu'ils comprendront que ce n'est pas par esprit d'hostilité contre leurs propres institutions, et que les mêmes motifs qui leur font demander de plus amples garanties pour leurs nationaux, en minorité dans le Bas-Canada [...] me font aussi demander la même chose pour mes compatriotes. »<sup>885</sup>

Ce genre de considérations trouve également écho dans les propos de George-Étienne Cartier, pour qui la majorité de la législature du Bas-Canada ne pourra pas décréter l'abolition de la langue anglaise, en contrepartie de quoi la majorité du Parlement fédéral ne pourra faire de même avec la langue française<sup>886</sup>. Ainsi, les droits linguistiques qui sont consacrés à l'article 133, qu'il s'agisse de ceux de la minorité francophone au Parlement fédéral, ou de ceux de la minorité anglophone au sein de la législature de Québec, constituaient des garanties mutuelles qui visaient à rassurer ces deux minorités. La majorité catholique francophone au Québec ainsi que la majorité protestante et anglophone du reste du Canada se sont donc échangés des garanties mutuelles au bénéfice de leur minorité respective<sup>887</sup>. Ce compromis fut d'ailleurs nécessaire à la création du Canada<sup>888</sup>.

L'article 133 peut être appréhendé non pas comme consacrant de nouveaux droits linguistiques, mais plutôt comme constitutionnalisant la pratique de bilinguisme qui valait déjà au Canada-Uni à la veille de l'union, bref, comme reconnaissant formellement une dualité linguistique qui s'était

---

<sup>885</sup> Débats de 1865, p. 785.

<sup>886</sup> *Id.*, p. 943.

<sup>887</sup> J. WOEHLING, préc., note 472, à la p. 164 ; Il en est de même pour l'article 93 LC 1867.

<sup>888</sup> Jose WOEHLING, « "Liberté" linguistique, "droits" linguistiques et "accommodements" linguistiques : réflexions à partir de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », dans Eugénie BROUILLET, Patrick TAILLON et Amélie BINETTE (dir.), *Un regard québécois sur le droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 425, à la p. 452.

réalisée dans les faits<sup>889</sup>. Le bilinguisme législatif existait depuis 1848. En ce qui a trait au domaine judiciaire, tant l'anglais que le français ont historiquement pu être employés devant les tribunaux du Québec<sup>890</sup>. Ces langues étaient ainsi sur un pied d'égalité<sup>891</sup>. Toutefois, l'usage du français sous l'Union ne relevait pas d'une garantie juridique, mais plutôt de la pratique de la législature. L'*Acte d'Union de 1840*<sup>892</sup>, lequel fusionna les anciennes colonies du Haut et du Bas-Canada, fit d'abord en sorte de retirer au français son statut de langue officielle<sup>893</sup>. Ce n'est pas que le français fut prohibé dans le Parlement, mais plutôt que les textes de loi n'auraient désormais valeur officielle qu'en anglais<sup>894</sup>. Cette disposition fut par la suite abrogée<sup>895</sup> à la demande unanime des deux chambres du Parlement du Canada-Uni<sup>896</sup>. Ainsi, l'article 133 constitutionnalise une pratique, lui conférant une garantie accrue qui ne serait pas tributaire du « bon vouloir et la tolérance de la majorité »<sup>897</sup>, qu'il s'agisse du demoï majoritaire francophone au Québec ou anglophone au fédéral.

#### 2.2.1.2. *L'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba : une condition essentielle au consentement des Métis*

Le Manitoba fut créé à partir d'une fraction de vastes territoires situés à l'ouest de l'Ontario actuel. Initialement contrôlés par la Compagnie de la Baie d'Hudson, ils furent transférés au Canada en 1868 en contrepartie d'une compensation monétaire et territoriale<sup>898</sup>, puisque la Compagnie put « mainten[ir] son emprise sur les terres entourant ses forts et sur un vingtième des terres fertiles de l'Ouest »<sup>899</sup>. Le but de l'acquisition était d'accroître l'étendue de la nouvelle Confédération canadienne non seulement pour des raisons économiques et démographiques, mais également afin

---

<sup>889</sup> Jean-Charles BONENFANT, « La compétence constitutionnelle et juridique pour instituer une langue ou des langues officielles au Québec », dans COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LA SITUATION DE LA LANGUE FRANÇAISE ET SUR LES DROITS LINGUISTIQUES AU QUÉBEC (dir.), *La situation de la langue française au Québec : rapport de la Commission d'enquête sur la situation de la langue française et sur les droits linguistiques au Québec*, vol. 2 : Les droits linguistiques, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1972, p. 257 à la page 269.

<sup>890</sup> Benoît PELLETIER, « La modification des dispositions constitutionnelles relatives à l'usage de l'anglais ou du français », (1990) 21-2 *R.G.D.* 223, p. 246.

<sup>891</sup> J.-C. BONENFANT, préc., note 889, à la p. 269.

<sup>892</sup> *Acte d'Union de 1840*, 3-4 Vict., c. 35 (R.-U.).

<sup>893</sup> *Id.*, art. 41 ; B. PELLETIER, préc., note 890, p. 244.

<sup>894</sup> J.-C. BONENFANT, préc., note 889, à la p. 268.

<sup>895</sup> *The Union Act Amendment Act*, 1848, 11-12 Vict., c. 56 (R.-U.).

<sup>896</sup> J.-C. BONENFANT, préc., note 889, à la p. 268.

<sup>897</sup> Débats de 1865, p. 943 (M. Antoine-Aimé Dorion).

<sup>898</sup> ARCHIVES PUBLIQUES DU CANADA, *Immigration dans les prairies canadiennes, 1870-1914*, Ottawa, Information Canada, 1971, p. 3.

<sup>899</sup> E. A. WHITCOMB, préc., note 715, p. 27.

de s'assurer que ces vastes étendues ne tomberaient pas en mains américaines<sup>900</sup>. Or, on retrouvait, dans ces territoires, la colonie de la rivière Rouge, ou d'Assiniboia, laquelle était composée d'une importante population métisse francophone<sup>901</sup>.

Les Métis voyaient l'intégration de leur colonie à la nouvelle Confédération canadienne comme une menace à leurs traditions et s'inquiétaient du manque d'attention qui leur avait été accordée lors des négociations entre le Canada et la Compagnie de la Baie d'Hudson<sup>902</sup>. C'est pourquoi, sous la gouverne du chef Métis Louis Riel, une assemblée fut élue, composée de douze délégués anglais et douze délégués français, lesquels rédigèrent les conditions à remplir pour que la colonie consente à se joindre au Canada. Cette assemblée établit un gouvernement provisoire, dont certains membres furent responsables de négocier l'entrée de la colonie dans le giron canadien<sup>903</sup>. Si les représentants de la colonie ont réussi à obtenir son entrée à titre de province et non à titre de territoire, avec une constitution semblable à celles des quatre provinces d'origine, le Manitoba « was to be a minute province, the old district of Assiniboia, which was only enlarged to include the Portage settlement »<sup>904</sup>. Le reste de la vaste étendue territoriale acquise de la Compagnie de la Baie d'Hudson, soit le Territoire du Nord-Ouest et la Terre de Rupert, sera pour sa part administré par le Parlement fédéral<sup>905</sup>.

Au moment de la création de la province du Manitoba, sa population se divisait à peu près pour moitié entre francophones et anglophones. De plus, la colonie avait établi une pratique de bilinguisme législatif et judiciaire<sup>906</sup>. Ces facteurs expliquèrent que la législature de la province se fit imposer, par le biais de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, des obligations constitutionnelles en matière de bilinguisme somme toute équivalentes à celles réclamées du Québec<sup>907</sup>. En 1870, si la minorité était de langue anglaise et protestante, la majorité catholique

---

<sup>900</sup> *Id.*, p. 25-26.

<sup>901</sup> *Id.*, p. 20.

<sup>902</sup> ARCHIVES PUBLIQUES DU CANADA, *La Naissance du Manitoba*, Ottawa, Imprimeur de la Reine pour le Canada, 1970, p. 4 et 17.

<sup>903</sup> E. A. WHITCOMB, préc., note 715, p. 29.

<sup>904</sup> William Lewis MORTON, *Manitoba : A History*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 1957, p. 141.

<sup>905</sup> *Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest*, 1870 (R.-U.) (ci-après « Décret de 1870 »).

<sup>906</sup> Claude-Armand SHEPPARD, *The Law of Languages in Canada*, n°10, Études de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, Ottawa, Information Canada, 1971, p. 74-76.

<sup>907</sup> J. WOEHLING, préc., note 472, à la p. 162.

était en voie de devenir minoritaire<sup>908</sup>. Ainsi, l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* traduit la préoccupation de la population métisse et francophone de la colonie qui, certes majoritaire, craignait tout de même pour le sort que l'avenir lui réserverait. Nous estimons à ce sujet que les propos de l'historien W. L. Morton expliquent bien cette préoccupation :

« The fundamental question, however, was not so much that of land title as who would control the new government at the transfer - the native people of the Northwest, or the Canadian party and the in-swarming immigrants to follow. It seemed only too likely that the Canadian party would [...] How then would the métis fare when the self-government they had once claimed made them a minority in the land of their fathers? [...] [A]mong the French métis this fear of domination by English-speaking newcomers was strong. It would be best, the talk ran, to make a stand and exact terms while resistance was still possible. »<sup>909</sup>

Comme de fait, peu de temps après la création de la province, l'anglais allait devenir la langue dominante<sup>910</sup>.

#### 2.2.1.3. *Les articles 17(2) à 19(2) de la Charte, ou la consécration des droits des francophones du Nouveau-Brunswick*

Le Nouveau-Brunswick, malgré son importante minorité de langue officielle, a attendu 115 ans avant de reconnaître, constitutionnellement, le bilinguisme. En 1981, soit un an avant que la province se soumette volontairement au régime prévu dans la Charte canadienne, le tiers de sa population était francophone<sup>911</sup>. Le bilinguisme parlementaire, législatif et judiciaire qui est constitutionnalisé au Nouveau-Brunswick est le fruit de nombreuses revendications en ce sens, remontant pour certaines à 1867 et 1874<sup>912</sup>. En 1969, la province adoptera la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*, laquelle prévoit notamment que l'anglais et le français sont les deux langues officielles de la province<sup>913</sup>. Les droits qu'elle conférait étaient toutefois limités et

---

<sup>908</sup> E. A. WHITCOMB, préc., note 715, p. 32 et 36.

<sup>909</sup> W. L. MORTON, préc., note 904, p. 120.

<sup>910</sup> E. A. WHITCOMB, préc., note 715, p. 39 ; W. L. MORTON, préc., note 904, p. 148 : « Steadily, the balance of population turned against the French ».

<sup>911</sup> STATISTIQUE CANADA, *Recensement du Canada de 1981*, volume 2 - Série provinciale : population ; langue, origine ethnique, religion, lieu de naissance, scolarité, Nouveau-Brunswick, Ottawa, Statistique Canada, 1984, p. 1-7 ; Ces proportions sont depuis demeurées similaires (31,3% en 2021) : Nicolas AUCLAIR, Catherine FRIGON et Gabriel ST-AMAND, « Faits saillants sur la langue française au Nouveau-Brunswick en 2021 », *Statistique Canada*, 22 août 2023, en ligne : <<https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/89-657-x/89-657-x2023015-fra.htm>>.

<sup>912</sup> Michel DOUCET, *Les droits linguistiques au Nouveau-Brunswick : À la recherche de l'égalité réelle !*, Lévis, Les Éditions de la Francophonie, 2017, p. 72.

<sup>913</sup> *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*, L.N.-B. 1969, c. 14, art. 3.

s'inscrivaient dans une loi ordinaire. Viendra ensuite, en 1981, la *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés*<sup>914</sup>, laquelle vise à protéger et à promouvoir la communauté francophone et reconnaît la nature collective des droits linguistiques<sup>915</sup>. Pour le professeur Michel Doucet, l'adhésion du Nouveau-Brunswick aux garanties linguistiques de la Charte canadienne s'expliquerait par deux phénomènes :

« Fort probablement, dans la foulée du rejet par les Québécois du projet souverainiste, le gouvernement du Nouveau-Brunswick de l'époque a voulu envoyer le message symbolique qu'il était prêt à reconnaître des droits permettant que la langue française bénéficie d'un traitement égal à la langue anglaise dans le fonctionnement des institutions de la province. Cette reconnaissance constitutionnelle s'inscrivait également dans un contexte politique où le gouvernement conservateur de Richard Hatfield courtisait ouvertement l'électorat acadien afin d'assurer son appui électoral. »<sup>916</sup>

Notons enfin que contrairement à la situation des francophones dans d'autres provinces canadiennes, les Acadiens du Nouveau-Brunswick ont vu leur population croître et leur poids démographique dans la province augmenter, notamment en raison d'un taux de natalité plus élevé que celui de la population anglophone<sup>917</sup>, et ce, à l'époque où aucune forme de bilinguisme, même garanti législativement, n'était présente dans la province. Cette vitalité démographique contribue à expliquer pourquoi des droits linguistiques d'abord législatifs, puis constitutionnalisés, leur seront reconnus.

### *2.2.2. Une asymétrie s'expliquant par le rapport de force entre groupes linguistiques et par les pratiques antérieures des colonies*

À la lumière des garanties constitutionnelles de bilinguisme conférées aux minorités linguistiques du Québec et du Manitoba, et ce, dès leur entrée dans la fédération, il est légitime de se questionner sur les raisons qui expliqueraient que de telles garanties n'aient pas également été appliquées à d'autres provinces dont la minorité de langue officielle est importante. Nous pensons ici à l'Ontario ainsi qu'au Nouveau-Brunswick, quoique la situation de cette dernière province diffère depuis

---

<sup>914</sup> *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick*, L.N.-B. 1981, c. O-1.1 ; La loi est abrogée en 2011 et remplacée depuis par la *Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick*, L.R.N.-B. 2011, c. 198.

<sup>915</sup> M. DOUCET, préc., note 912, p. 82-83.

<sup>916</sup> *Id.*, p. 85.

<sup>917</sup> Stéphane PLOURDE et Yves FRENETTE, « Essor démographique et migrations dans l'Acadie des Maritimes, 1871-1921 », dans Yves FRENETTE, Étienne RIVARD et Marc ST-HILAIRE (dir.), *La francophonie nord-américaine*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, p. 111, aux p. 111-112.

1982. La plupart du temps, les garanties linguistiques qui sont reconnues à une minorité sont tributaires de son poids démographique et de son rapport de force envers la communauté majoritaire<sup>918</sup>. Le professeur José Woehrling se prononce ainsi à ce sujet :

« S'il est facile de comprendre qu'en 1867 les représentants des Canadiens anglais ont voulu protéger les droits de leurs concitoyens minoritaires au Québec contre les mesures que la majorité francophone pourrait chercher à leur imposer, les raisons pour lesquelles une protection symétrique n'a pas été étendue aux Canadiens français minoritaires des trois provinces anglophones sont moins claires. Leur nombre, principalement en Ontario et au Nouveau-Brunswick, eut amplement justifié qu'on leur garantisse des droits identiques. [...] Il faut croire que l'asymétrie de l'article 133 s'explique par le rapport de forces entre les deux peuples fondateurs. »<sup>919</sup>

Il est en effet difficile de conclure que l'asymétrie constitutionnelle en matière de bilinguisme est uniquement justifiée par la taille de la population du groupe linguistique minoritaire dans une province donnée. Dans le cas du Nouveau-Brunswick, si ce seul facteur avait été important, on comprendrait mal pourquoi des garanties de bilinguisme n'y ont pas été consacrées dès 1867. Le poids démographique des Acadiens en 1867 était plus important que celui de la minorité anglophone du Québec<sup>920</sup>. En 1871, ils représentaient 15,7% de la population totale du Nouveau-Brunswick<sup>921</sup>. Les Acadiens auraient manifesté, lors de deux élections référendaires, leur désaccord relativement au projet de Confédération, principalement parce qu'il ne leur assurerait aucune autonomie sur les plans linguistiques et culturels, contrairement aux francophones du Québec qui, eux, s'étaient vu accorder une autonomie politique du fait qu'ils composeraient la majorité dans la province de Québec. C'est en ce sens que les Acadiens, « [m]inoritaires dans leur province, [...] ne pouvaient envisager l'attribution de quelque statut politique particulier que ce soit à leur égard »<sup>922</sup> qui leur aurait assuré le même genre de garanties qu'à la population francophone du Québec. De fait, peu de temps après la Confédération, les Acadiens constateront que la *Loi constitutionnelle de 1867* ne leur offre aucune garantie linguistique<sup>923</sup>.

---

<sup>918</sup> M. DOUCET, préc., note 912, p. 30.

<sup>919</sup> J. WOEHLING, préc., note 472, à la p. 161.

<sup>920</sup> B. PELLETIER, préc., note 890, p. 276.

<sup>921</sup> S. PLOURDE et Y. FRENETTE, préc., note 917, aux p. 111-112.

<sup>922</sup> M. DOUCET, préc., note 912, p. 66.

<sup>923</sup> *Id.*, p. 70 ; Comme ce fut le cas dans d'autres provinces, on crut à tort que l'article 93 LC 1867, lequel porte sur les droits scolaires confessionnels, protégerait la langue de la minorité. Cette thèse, dans le cas du Nouveau-Brunswick, fut rejetée par les tribunaux dans *Ex parte Renaud and others*, [1873] 14 R.N.-B. 273 (S.C.).

Notons que le 12 juin 1867, une pétition avait été déposée à l'assemblée législative du Nouveau-Brunswick pour demander qu'elle publie ses débats en français et en anglais. Une deuxième pétition demandait la même chose, mais cette fois-ci en ce qui concerne les avis publics du gouvernement. Elles demeureront sans suite<sup>924</sup>. Or, cela nous enseigne qu'à la veille de la Confédération, le Nouveau-Brunswick n'avait pas une tradition de bilinguisme. En effet, s'il n'existait aucune disposition législative relative à la langue dans la colonie, « by virtue of custom and usage as well as the importation of English law into New Brunswick, English became and remained the official tongue of that province. »<sup>925</sup>

Il importe désormais de s'attarder brièvement au cas de l'Ontario. Si l'objectif de l'article 133 était de constitutionnaliser une pratique de bilinguisme qui existait déjà au sein de la législature du Canada-Uni, on peut se demander pourquoi cette exigence n'a pas été étendue au Haut-Canada, désormais l'Ontario. En effet, de 1848 à 1867, la pratique de bilinguisme ne valait pas uniquement pour le Bas-Canada, mais pour l'ensemble du Canada-Uni<sup>926</sup>. Le premier recensement ayant suivi la Confédération fut effectué en 1871 et dénombra 75 283 Canadiens français en Ontario. Or, le poids démographique de la population francophone était faible, puisqu'elle ne représentait que 4,5% de la population totale<sup>927</sup>. Cela contribuerait sans doute à expliquer que le bilinguisme n'ait pas été constitutionnalisé dans la nouvelle province.

De ces observations, nous concluons que, pour qu'une garantie de bilinguisme soit reconnue constitutionnellement et restreigne de ce fait la souveraineté d'une législature provinciale au moment de son entrée dans la Confédération, deux conditions cumulatives devaient être rencontrées : (I) le poids démographique de la minorité devait le justifier et (II) il devait également y avoir un précédent de bilinguisme dans la colonie. Autrement dit, si une colonie n'avait pas fait l'expérience du bilinguisme, celui-ci ne sera pas consacré dans la nouvelle province du seul fait de son entrée dans la Confédération<sup>928</sup>, quand bien même le poids relatif de la minorité l'aurait justifié.

---

<sup>924</sup> M. DOUCET, préc., note 912, p. 72.

<sup>925</sup> C.-A. SHEPPARD, préc., note 906, p. 7-8.

<sup>926</sup> *Id.*, p. 59-64.

<sup>927</sup> Georges DEMANCHE, *Cinquante années de peuplement : Canada*, coll. « Édouard Montpetit », Paris, Spes, 1928, p. 79.

<sup>928</sup> La Nouvelle-Écosse, l'Île-du-Prince-Édouard et la Colombie-Britannique n'avaient pour leur part pas établi de pratique de bilinguisme avant leur entrée dans la fédération : C.-A. SHEPPARD, préc., note 906, p. 6-7 et 92. Nous

Cela peut être illustré par le cas du Nouveau-Brunswick. Inversement, même si la pratique établie dans une colonie était le bilinguisme, cette garantie ne sera pas constitutionnalisée lors de son entrée dans la Confédération si le poids relatif de sa minorité ne le justifiait pas aux yeux de la majorité. Ce dernier cas peut être illustré par la situation de l'Ontario.

### 2.2.3. *Les opinions doctrinales quant au pouvoir des provinces de modifier l'obligation de bilinguisme antérieurement aux arrêts Blaikie et Forest*

Au Québec, tout juste avant l'édiction de la *Charte de la langue française*<sup>929</sup>, le ministre responsable de celle-ci, Camille Laurin, indiquait que « [l]a majorité des juristes, notamment lors des consultations de la Commission Gendron, ont exprimé l'opinion que l'article 133, dans son application au Québec, fait partie de la constitution interne de la province et qu'il peut être modifié par l'Assemblée nationale. »<sup>930</sup> La Commission Gendron – ou la *Commission d'enquête sur la situation de la langue française et sur les droits linguistiques au Québec* – avait pour objectif de faire enquête et rapport sur la situation du français et de recommander des mesures propres à assurer notamment les droits linguistiques de la majorité aussi bien que la protection des droits de la minorité<sup>931</sup>. Ses conclusions inspirèrent, par la suite, les auteurs de la Loi 101. La Commission résumait ainsi la position des juristes consultés au sujet de la possibilité pour la province de modifier l'article 133 afin de faire du français la langue officielle de la province :

« Enfin, la majorité des juristes (MM. Bloomfield, Bonenfant, Patenaude et probablement Beaudoin), tout en reconnaissant une certaine divergence des opinions en la matière, semblent estimer que le Québec pourrait, en vertu de l'article 92(1) de l'*A.A.N.B.*, modifier l'article 133 de cette loi pour abolir les restrictions relatives au champ d'application qu'il attribue au français et à l'anglais, et faire de l'un ou l'autre la langue officielle du Québec sans restrictions quant à sa sphère d'emploi. »<sup>932</sup>

---

verrons que la situation de la Saskatchewan et de l'Alberta est plus ambiguë. Voir *infra*, chapitre 3, section 2, sous-section 2.3.3.1 : « Les cas de la Saskatchewan et de l'Alberta : un bilinguisme tributaire de la seule volonté de la législature ».

<sup>929</sup> *Charte de la langue française*, RLRQ, c. C-11, (ci-après « *Charte de la langue française* » ou « Loi 101 »).

<sup>930</sup> Camille LAURIN, *La politique québécoise de la langue française*, Québec, Gouvernement du Québec, Éditeur officiel, 1977, p. 25.

<sup>931</sup> COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LA SITUATION DE LA LANGUE FRANÇAISE ET SUR LES DROITS LINGUISTIQUES AU QUÉBEC, *La situation de la langue française au Québec : rapport de la Commission d'enquête sur la situation de la langue française et sur les droits linguistiques au Québec*, vol. 2 : Les droits linguistiques, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1972, p. v.

<sup>932</sup> *Id.*, p. 31.

Si c'était là l'opinion majoritaire des juristes consultés lors de la Commission, nous devons nuancer les propos du ministre Laurin en indiquant que cette question n'était pas sans controverse en doctrine. Plusieurs juristes estimaient en effet que tant l'article 133 de la *Loi constitutionnelle 1867* que la garantie analogue prévue à l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* étaient intangibles (*entrenched*) et de ce fait hors de portée d'une modification par ces législatures. Parmi ces juristes, on retrouve notamment Paul Gérin-Lajoie<sup>933</sup>, F.R. Scott<sup>934</sup>, Pierre Elliott Trudeau<sup>935</sup>, Herbert Marx<sup>936</sup> et Jean Beetz<sup>937</sup>. Pour conclure que les garanties de bilinguisme faisaient – ou ne faisaient pas – partie de la constitution d'une province, certains auteurs ont étudié spécifiquement la situation du Québec, d'autres celle du Manitoba et d'autres encore les ont comparées. Or, dans la mesure où la question centrale est l'interprétation de la notion de constitution interne – ou provinciale – au sens de l'article 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, si la modification était valide dans une des deux provinces, elle devait logiquement l'être dans l'autre aussi<sup>938</sup>.

### 2.3. Interprétation jurisprudentielle des garanties constitutionnelles de bilinguisme

La section précédente a permis de comprendre les fondements historiques et l'origine des asymétries en matière d'obligations constitutionnelles de bilinguisme. Il importe désormais d'analyser la jurisprudence des tribunaux en la matière. En premier lieu, nous verrons que la Cour suprême a tendance à interpréter de manière symétrique les obligations du Québec, du Manitoba et du Nouveau-Brunswick (section 2.3.1). Par la suite, nous résumerons la portée qui fut donnée aux exigences constitutionnelles de bilinguisme (section 2.3.2) ainsi que leur fondement et leur importance dans l'ordre constitutionnel selon les tribunaux (section 2.3.3). Les principaux arguments pris en compte dans leur raisonnement seront exposés (section 2.3.4) pour par la suite être comparés avec les considérations théoriques que l'on retrouve en science politique sur l'asymétrie entre entités fédérées (section 2.3.5). Cette comparaison a pour but de vérifier

---

<sup>933</sup> Paul GÉRIN-LAJOIE, « Du pouvoir d'amendement constitutionnel au Canada », (1951) 29-10 *R. du B. can.* 1136, p. 1154.

<sup>934</sup> F. R. SCOTT, *Civil Liberties and Canadian Federalism*, Presses de l'Université de Toronto, 1959, p. 32.

<sup>935</sup> Pierre Elliott TRUDEAU, *Le fédéralisme et la société canadienne-française*, coll. « Constante », n°10, Montréal, Hurtubise HMH, 1967, p. 210 ; Pierre Elliott TRUDEAU, « Proposed Official Languages Act », (1969) 17-1 *Chitty's L.J.* 1, p. 2.

<sup>936</sup> Herbert MARX, « Language Rights in the Canadian Constitution », (1967) 2-2 *R.J.T.* 239, p. 242.

<sup>937</sup> Jean BEETZ, « Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867 », dans P.-A. CRÉPEAU et C. B. MACPHERSON (dir.), *L'avenir du fédéralisme canadien*, Presses de l'Université de Toronto, 1965, p. 113, à la p. 114.

<sup>938</sup> C.-A. SHEPPARD, préc., note 906, p. 106.

l'hypothèse. Enfin, un bref survol des critiques qui furent adressées au raisonnement de la Cour permettra de mettre en évidence ses lacunes (section 2.3.6).

### 2.3.1. *Les similitudes entre les obligations constitutionnelles du Québec, du Manitoba et du Nouveau-Brunswick*

Les tribunaux ont, à maintes reprises, souligné les fortes similitudes qui existent entre l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ainsi que l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Dès, 1909, la Cour de comté de Saint-Boniface, en interprétant l'article 23, indiquait que la disposition constituait l'équivalent, pour le Manitoba, de ce qu'est l'article 133 pour le Québec ; elle en était la reproduction *mutatis mutandis*<sup>939</sup>. Plus tard, le juge Beetz écrira que l'article 23 « correspond et est presque identique à l'art. 133 »<sup>940</sup>. Du fait de la similitude de ces deux articles, la Cour suprême en a par ailleurs conclu que la portée de l'un doit correspondre à la portée de l'autre<sup>941</sup> et que les arrêts interprétant l'un s'appliquent également à l'autre<sup>942</sup>. En ce qui concerne les dispositions applicables au Nouveau-Brunswick, le juge Beetz, au nom de la majorité de la Cour suprême, exprimera l'opinion que « [s]ous réserve de variantes stylistiques mineures, les termes des art. 17, 18 et 19 de la *Charte* ont été empruntés clairement et délibérément à la version anglaise de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. »<sup>943</sup> Ces variantes n'auraient aucune importance particulière et commandent donc la même interprétation<sup>944</sup>. Enfin, si les articles 133 et 23 ne mentionnent pas expressément que les versions française et anglaise d'une loi sont d'égale valeur,

---

<sup>939</sup> *Bertrand v. Dussault*, 30 janvier 1909, Cour de comté du Manitoba, Saint-Boniface, reproduit dans (1977) 77 D.L.R. (3d) 458 (ci-après *Bertrand v. Dussault*). Également reproduit aux pages 67-69 de *Blaikie c. P.G. du Québec*, [1978] C.S. 37.

<sup>940</sup> *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460, par. 23 (ci-après « *MacDonald* »). Voir aussi *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, par. 4 (ci-après « *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba* ») : « Les dispositions de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont pratiquement identiques à celles de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. ». Enfin, cette similitude est réitérée dans : *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212, par. 8-9 (ci-après « *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* »).

<sup>941</sup> *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, par. 43 : « Vu la similitude de ces dispositions, la portée de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* doit correspondre à celle de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. »

<sup>942</sup> *Id.*, par. 44.

<sup>943</sup> *Société des Acadiens c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549, par. 50 (ci-après « *Société des Acadiens* »).

<sup>944</sup> *Id.*, par. 52 et 58 ; Relevons à ce sujet la dissidence du juge en chef Dickson, qui aurait interprété les dispositions s'appliquant au Nouveau-Brunswick différemment de celle s'appliquant au Québec, puisqu'elles ont été adoptées dans des contextes distincts : *Société des Acadiens*, par. 10 (j. Dickson).

alors que l'article 18(2) l'indique explicitement, la Cour suprême a affirmé que le statut d'égalité du français et de l'anglais s'y retrouve de manière implicite<sup>945</sup>.

Il convient toutefois de noter que contrairement à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et à l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, les dispositions applicables au Nouveau-Brunswick, puisqu'elles se trouvent dans la Charte canadienne, pourraient être sujettes à des restrictions se justifiant dans le cadre d'une société libre et démocratique<sup>946</sup>. Nous verrons par ailleurs que dans un cas circonscrit, la portée des garanties au Nouveau-Brunswick a été interprétée plus largement par les tribunaux de cette province qu'au Québec et qu'au Manitoba<sup>947</sup>.

### 2.3.2. *La portée de l'exigence de bilinguisme*

Les tribunaux, et la Cour suprême particulièrement, eurent de multiples occasions d'interpréter l'étendue de l'exigence constitutionnelle de bilinguisme du Québec, du Manitoba ainsi que du Nouveau-Brunswick. Pour la Cour suprême, les droits linguistiques n'ont pas un caractère négatif ou passif, mais imposent parfois à l'État de prendre des mesures positives afin de les mettre en application<sup>948</sup>. Toutefois, les obligations constitutionnelles de bilinguisme traduisent une « préoccupation limitée en matière de droits linguistiques »<sup>949</sup>. De ce fait, elles constituent un seuil minimal auxquelles les législatures peuvent ajouter<sup>950</sup>. Si la législature d'une de ces trois provinces peut bonifier le régime par loi ordinaire, elle ne peut le diminuer que par le biais d'une modification constitutionnelle<sup>951</sup>. C'est donc sur ce que comprend – mais également sur ce que ne comprend pas – ce seuil minimal que nous nous attarderons à présent.

---

<sup>945</sup> Benoît PELLETIER, « Les réticences des provinces face à la reconnaissance de droits constitutionnels relatifs à l'usage des langues officielles », (1991) 51-2 *R. du B.* 247, n° 22, p. 253-254 ; *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*, par. 126-127.

<sup>946</sup> H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 295, par. XI.16 ; Voir l'article 1 de la Charte canadienne : « La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

<sup>947</sup> *Infra*, chapitre 3, section 2, sous-section 2.3.2 : « La portée de l'exigence de bilinguisme parlementaire, législatif et judiciaire ».

<sup>948</sup> *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 20 (ci-après « *Beaulac* »).

<sup>949</sup> *Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182, p. 193 (ci-après « *Jones* »). Voir dans le même sens : *Proc. Gén. du Québec c. Blaikie et autres*, [1979] 2 R.C.S. 1016, p. 1026 (ci-après « *Blaikie no. 1* »).

<sup>950</sup> *Jones*, p. 192-193 ; L'arrêt portait sur la validité constitutionnelle du régime linguistique que venait d'établir le Parlement fédéral par l'édition de la *Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, c. O-2 ; La loi, qui ajoute au régime de l'article 133, sera jugée *intra vires*.

<sup>951</sup> *Jones*, p. 195.

### 2.3.2.1. *Le bilinguisme parlementaire et législatif*

Le bilinguisme parlementaire permet aux députés des assemblées du Québec, du Manitoba et du Nouveau-Brunswick d'employer, entre l'anglais et le français, la langue de leur choix<sup>952</sup>. Les droits garantis sont ceux de l'orateur uniquement, puisque ses auditeurs « ne sauraient avoir le droit qu'on leur parle dans la langue de leur choix sans, par le fait même, porter atteinte au droit de l'orateur d'utiliser la langue de son choix et faire perdre tout leur sens à ces dispositions constitutionnelles »<sup>953</sup>. La majorité de la Cour suprême, dans l'arrêt *MacDonald*, indique que le bilinguisme parlementaire n'exige pas la mise en place par l'État d'une traduction simultanée<sup>954</sup>. Autrement dit, le droit des députés d'employer la langue de leur choix n'entraîne pas la garantie corrélative d'être compris.

Le bilinguisme législatif, quant à lui, a fait l'objet d'une interprétation libérale et généreuse de la part des tribunaux, et plus particulièrement par la Cour suprême<sup>955</sup>. Il exige non seulement l'impression et la publication de loi bilingues, mais également leur adoption en français et en anglais<sup>956</sup>. Cette exigence est impérative<sup>957</sup>. Est en outre requis l'usage simultané des deux langues dans tout le processus d'adoption des lois<sup>958</sup>. Une législature ne peut par ailleurs pas se soustraire à cette exigence « au moyen de la fragmentation artificieuse du processus législatif en une série d'étapes distinctes, pour ensuite prétendre que chaque étape, étudiée séparément, n'est pas de nature législative »<sup>959</sup>. La garantie implique que le français ainsi que l'anglais soient sur un pied d'égalité, de telle sorte qu'une des deux langues ne peut pas avoir un statut subordonné à l'autre : les versions anglaise et française des lois ont la même autorité<sup>960</sup>. Enfin, le bilinguisme législatif vise non seulement les lois adoptées par la législature, mais également la législation déléguée, soit

---

<sup>952</sup> Prévus respectivement à l'article 133 LC 1867, à l'article 23 de la Loi de 1870 et à l'article 17(2) de la Charte canadienne.

<sup>953</sup> *MacDonald*, par. 60.

<sup>954</sup> *Id.*, par. 67 ; Notons qu'il s'agit d'un *obiter* de la Cour. Elle ne s'est donc jamais prononcée directement sur cette question. Voir à ce sujet M. DOUCET, préc., note 912, p. 128.

<sup>955</sup> André BRAËN, « L'affaire Caron : la Cour suprême à la recherche du compromis perdu ! », dans Alain-G. GAGNON et Pierre NOREAU (dir.), *Constitutionnalisme, droits et diversité : mélanges en l'honneur de José Woehrling*, Montréal, Québec, Les Éditions Thémis, 2017, p. 221, n° 16, à la p. 226.

<sup>956</sup> *Blaikie no. 1*, p. 1022 ; *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, par. 107-109.

<sup>957</sup> La législature ne peut pas opter pour l'usage d'une seule des deux langues. Voir : *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, par. 25.

<sup>958</sup> *Blaikie no. 1*, p. 1027 ; À cet égard, la Cour suprême précise dans le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, par. 133 que « l'adoption dans une seule langue suivie, plus tard, du dépôt d'une traduction ne constitue pas de l'adoption dans les deux langues ».

<sup>959</sup> *Sinclair c. Québec (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 579, par. 31.

<sup>960</sup> *Blaikie no. 1*, p. 1027 ; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, par. 24.

les règlements établis sous le régime des lois de la législature<sup>961</sup>. Sur ce dernier point, une bonne partie de la doctrine était d'avis contraire<sup>962</sup>. Sont également visées les règles de pratique adoptées par les tribunaux, qu'ils soient judiciaires ou quasi judiciaires<sup>963</sup>, ainsi que les décrets qui sont de nature législative<sup>964</sup>. Enfin, le bilinguisme s'étend, sauf exception, aux documents incorporés par renvoi dans les lois d'une assemblée législative<sup>965</sup>.

Au Québec et au Manitoba, l'exigence de bilinguisme législatif ne s'applique pas aux règlements d'organismes municipaux ou scolaires<sup>966</sup>. C'est en revanche le cas au Nouveau-Brunswick, au terme de l'interprétation que la Cour d'appel de cette province donnera à l'article 18(2) de la Charte canadienne dans l'arrêt *Charlebois*<sup>967</sup>. Les municipalités néo-brunswickoises ont donc l'obligation d'édicter leurs arrêtés en anglais et en français, une simple traduction ayant valeur officielle ne suffisant pas pour répondre à cette exigence.

### 2.3.2.2. *Le bilinguisme judiciaire*

Contrairement au bilinguisme législatif, le bilinguisme judiciaire fera l'objet d'une interprétation plus restrictive de la part de la Cour suprême<sup>968</sup> : elle lui donnera une portée large, mais un contenu

---

<sup>961</sup> *Blaikie no. 1*, p. 1027 ; Par législation déléguée, la Cour entend les « règlements adoptés par le gouvernement [...], un ministre ou un groupe de ministres ainsi [que les] règlements de l'Administration [...] qui, pour entrer en vigueur, sont soumis à l'approbation de ce gouvernement, d'un ministre ou d'un groupe de ministres » : *Procureur général du Québec c. Blaikie et autres*, [1981] 1 R.C.S. 312, p. 333 (ci-après « *Blaikie no. 2* »).

<sup>962</sup> Voir à titre d'exemples non exhaustifs : Louis M. BLOOMFIELD, « La compétence constitutionnelle et juridique pour instituer une langue ou des langues officielles au Québec », dans COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LA SITUATION DE LA LANGUE FRANÇAISE ET SUR LES DROITS LINGUISTIQUES AU QUÉBEC (dir.), *La situation de la langue française au Québec : rapport de la Commission d'enquête sur la situation de la langue française et sur les droits linguistiques au Québec*, vol. 2 : Les droits linguistiques, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1972, p. 219, à la p. 231 ; COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LE BILINGUISME ET LE BICULTURALISME, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, Ottawa, Canada, Imprimeur de la Reine, 1967 ; H. MARX, préc., note 936, p. 243 ; C.-A. SHEPPARD, préc., note 906, p. 100 et 293.

<sup>963</sup> *Blaikie no. 2*, p. 333.

<sup>964</sup> Un décret sera qualifié comme tel dans l'une ou l'autre des situations suivantes : (I) son texte est adopté en vertu de la loi par le gouvernement ou assujéti à l'approbation du gouvernement, (II) le texte comprend une règle de conduite, (III) le texte a force de loi ou (IV) le texte s'applique à un nombre indéterminé de personnes. Voir à ce sujet : *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, par. 48.

<sup>965</sup> La garantie s'applique si les conditions suivantes sont respectées : (I) le texte primaire auquel le document est incorporé est un texte législatif, (II) le document fait partie intégrante du texte primaire comme s'il y était reproduit et (III) le document a été produit par le gouvernement. Voir à ce sujet : *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, par. 49 ; *Albert c. Québec (Procureur général)*, [1985] C.A. 559, confirmé par *Québec (Procureur général) c. Brunet* ; *Québec (Procureur général) c. Albert* ; *Québec (Procureur général) c. Collier*, [1990] 1 R.C.S. 260.

<sup>966</sup> *Blaikie no. 2*, p. 334.

<sup>967</sup> *Charlebois c. Ville de Moncton*, 2001 NBCA 117 (ci-après « *Charlebois* »).

<sup>968</sup> A. BRAËN, préc., note 955, n° 17, à la p. 226.

somme toute limitée<sup>969</sup>. La garantie de bilinguisme judiciaire consacre le droit fondamental de chaque plaideur de choisir le français ou l'anglais dans ses plaidoiries orales ou écrites. Il en est de même pour le juge, qui pourra s'adresser aux parties dans la langue de son choix<sup>970</sup>. Une province soumise aux exigences de bilinguisme ne pourra donc pas imposer l'usage d'une langue devant ses tribunaux<sup>971</sup>. Les détenteurs de droits en ce qui concerne le bilinguisme judiciaire sont les suivants :

« les droits linguistiques alors garantis sont ceux des justiciables, des avocats, des témoins, des juges et autres officiers de justice qui prennent effectivement la parole, et non ceux des parties ou autres personnes à qui l'on s'adresse ; et ce sont ceux des rédacteurs et des auteurs des actes et pièces de procédure, et non ceux de leurs destinataires ou de leurs lecteurs. »<sup>972</sup>

De ce fait, rien n'empêche qu'un destinataire reçoive une pièce de procédure unilingue qu'il ne comprendra peut-être pas<sup>973</sup>. Par ailleurs, la Cour donne une portée élargie à la notion de « tribunaux » aux fins de la garantie de bilinguisme judiciaire, de telle sorte que l'expression englobe non seulement les cours visées par l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais également les cours provinciales ainsi que les tribunaux exerçant des fonctions quasi judiciaires<sup>974</sup>. La doctrine, quant à elle, n'était auparavant pas certaine que cette extension soit appropriée ou constitutionnalisée<sup>975</sup>. La Cour estime toutefois qu'une interprétation inverse permettrait potentiellement à la législature de contourner ses obligations constitutionnelles en remplaçant les cours par des tribunaux administratifs<sup>976</sup>. Ainsi, les documents émanant des cours de justice ou d'autres organismes ayant le pouvoir de rendre justice « peuvent être rédigés dans l'une ou l'autre langue et ce choix s'étend au prononcé et à la publication des jugements ou ordonnances »<sup>977</sup>.

---

<sup>969</sup> Pierre FOUCHER, « L'interprétation des droits linguistiques constitutionnels par la Cour Suprême du Canada », (1987) 19-2 *R.D. Ottawa* 381, p. 393.

<sup>970</sup> *Blaikie no. 2*, p. 332-333.

<sup>971</sup> *Blaikie no. 1*, p. 1022.

<sup>972</sup> *MacDonald*, par. 61.

<sup>973</sup> *Bilodeau c. P.G. (Man.)*, [1986] 1 R.C.S. 449, par. 11 (ci-après « *Bilodeau* »).

<sup>974</sup> Pour la Cour, « [é]tant donné l'état rudimentaire du droit administratif en 1867, il n'est pas étonnant qu'il n'ait pas été question d'organismes non judiciaires ayant pouvoir de rendre la justice » : *Blaikie no. 1*, p. 1028.

<sup>975</sup> À titre d'exemple, voir : François CHEVRETTE, « La compétence constitutionnelle et juridique pour instituer une langue ou des langues officielles au Québec », dans COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LA SITUATION DE LA LANGUE FRANÇAISE ET SUR LES DROITS LINGUISTIQUES AU QUÉBEC (dir.), *La situation de la langue française au Québec : rapport de la Commission d'enquête sur la situation de la langue française et sur les droits linguistiques au Québec*, vol. 2 : Les droits linguistiques, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1972, p. 293, n° 48, p. 314.

<sup>976</sup> *Blaikie no. 1*, p. 1029 ; Sous réserve évidemment du respect de la compétence des cours supérieures.

<sup>977</sup> *Id.*, p. 1030.

Enfin, le droit d'utiliser la langue de son choix n'inclut pas celui d'être compris directement par le tribunal. Le droit d'être entendu découle plutôt des règles de la common law<sup>978</sup>. Toutefois, sur ce point, certains auteurs ont soulevé que la jurisprudence subséquente de la Cour suprême, soit l'arrêt *Beaulac*, a remis en cause le bien-fondé de cette lecture<sup>979</sup>. Ce dernier portait sur l'interprétation de l'article 530 du *Code criminel*<sup>980</sup>, lequel fut interprété par la majorité de la Cour suprême comme donnant « à l'accusé le droit absolu à l'accès égal aux tribunaux désignés dans la langue officielle qu'il estime être la sienne »<sup>981</sup>, ce qui signifie que les tribunaux saisis d'affaires criminelles doivent être institutionnellement bilingues<sup>982</sup>. Cet arrêt pourrait ainsi militer vers la conclusion que les garanties constitutionnelles de bilinguisme incluent le droit d'être compris directement par le tribunal. Dans l'attente d'une nouvelle interprétation de ces garanties de la part de la Cour suprême, c'est la conclusion inverse qui tient toujours<sup>983</sup>.

### 2.3.3. *Le fondement des garanties de bilinguisme et leur caractère intangible*

Les décisions des tribunaux qui interprètent les garanties constitutionnelles de bilinguisme nous informent non seulement sur leur portée, mais également sur la perception qu'entretiennent les juges de leur fondement – ou leur objet – en contexte canadien. Nous nous pencherons d'abord sur ce premier point, pour par la suite nous attarder au caractère intangible de ces garanties.

---

<sup>978</sup> *Société des Acadiens*, par. 76 : « Une partie qui plaide devant un tribunal du Nouveau-Brunswick a le droit d'être entendue par un tribunal dont un ou tous les membres sont, par des moyens raisonnables, en mesure de comprendre les procédures, la preuve et les plaidoiries, écrites et orales, indépendamment de la langue officielle utilisée par les parties ; ce droit découle toutefois des principes de justice naturelle et du par. 13(1) de la *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick* et non pas du par. 19(2) de la *Charte* » ; A. BRAËN, préc., note 955, n° 3, à la p. 223.

<sup>979</sup> M. DOUCET, préc., note 912, p. 192 ; Alyssa TOMKINS, « Does Beaulac Reorient Judicial Bilingualism? », dans Joseph Eliot MAGNET (dir.), *Official Languages of Canada : New Essays*, Markham, LexisNexis Canada, 2008, p. 171 ; Mark POWER et Marc-André ROY, « De la possibilité d'être compris directement par les tribunaux canadiens, à l'oral comme à l'écrit, sans l'entremise de services d'interprétation ou de traduction », (2015) 45-2 *R.G.D.* 403.

<sup>980</sup> *Loi concernant le droit criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

<sup>981</sup> *Beaulac*, par. 28.

<sup>982</sup> *Id.*

<sup>983</sup> M. DOUCET, préc., note 912, p. 192 ; Notons que les impacts de l'arrêt *Beaulac* sur l'interprétation des droits linguistiques de la part des tribunaux inférieurs ne furent pas uniformes. Certains, comme la Cour d'appel du Québec, ont confiné les conclusions de cet arrêt au contexte précis dans lequel il fut rendu, ce qui ne permettrait donc pas de l'employer pour élargir les garanties constitutionnelles de bilinguisme : *Westmount (Ville de) c. Québec (Procureur Général du)*, [2001] R.J.Q. 2520, par. 137-145 (C.A.). À l'inverse, c'est précisément sur l'arrêt *Beaulac* que la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, dans *Charlebois*, se base pour étendre la portée de la garantie de bilinguisme législatif prévu à l'article 18(2) de la Charte canadienne aux municipalités du Nouveau-Brunswick. Pour d'autres exemples du caractère ambigu de l'impact de *Beaulac*, voir : A. TOMKINS, préc., note 979, aux p. 185-193.

Tel que l'écrit la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, « la reconnaissance du statut des langues officielles est un acte à la fois juridique et politique. »<sup>984</sup> Politique d'abord, puisque l'expression de l'égalité de plusieurs langues au sein d'un État découle d'un compromis survenu entre communautés linguistiques. Juridique ensuite, puisqu'il reviendra ultimement aux tribunaux d'apprécier l'étendue de ces garanties<sup>985</sup>. L'idée que les garanties de bilinguisme sont le fruit d'un compromis politique est également une thématique récurrente dans la jurisprudence de la Cour suprême, pour laquelle plusieurs des dispositions constitutionnelles qui protègent les minorités linguistiques sont le fruit de négociations et de compromis historiques nécessaires afin de mener à terme le projet d'union fédérale<sup>986</sup>. La Cour suprême indiquera par ailleurs que la « Constitution d'un pays est l'expression de la volonté du peuple d'être gouverné conformément à certains principes considérés comme fondamentaux et à certaines prescriptions qui restreignent les pouvoirs du corps législatif et du gouvernement »<sup>987</sup>. En contexte canadien, la protection des minorités linguistiques figure parmi ces principes fondamentaux.

Les tribunaux reconnaissent ensuite le caractère, voire l'objectif, intrinsèquement culturel des garanties de bilinguisme<sup>988</sup>. Pour la Cour suprême, lorsque ces garanties sont par ailleurs constitutionnalisées, elles ont pour objet « d'assurer aux francophones et aux anglophones l'accès égal aux corps législatifs, aux lois et aux tribunaux »<sup>989</sup>. Elles consacrent incidemment l'égalité des deux groupes linguistiques<sup>990</sup>, ce qui n'est pas sans force symbolique. En outre, la langue et la culture sont d'importance centrale pour une minorité de langue officielle et permettent l'épanouissement de sa communauté :

« L'importance des droits en matière linguistique est fondée sur le rôle essentiel que joue la langue dans l'existence, le développement et la dignité de l'être humain. C'est par le langage que nous pouvons former des concepts, structurer et ordonner le monde autour de nous. Le langage constitue le pont entre l'isolement et la collectivité, qui permet aux êtres humains de délimiter les droits et obligations qu'ils ont les uns envers les autres, et ainsi, de vivre en société. »<sup>991</sup>

---

<sup>984</sup> *Charlebois*, par. 11.

<sup>985</sup> *Id.*

<sup>986</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 79-80.

<sup>987</sup> *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, par. 48.

<sup>988</sup> *Beaulac*, par. 19.

<sup>989</sup> *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, par. 31 ; Voir aussi les paragraphes 45 et 46 de ce renvoi.

<sup>990</sup> *Id.*, par. 31.

<sup>991</sup> *Id.*, par. 46.

Comme l'indique la Cour, les garanties linguistiques reconnues aux minorités ont par ailleurs souvent un caractère réparateur<sup>992</sup>, ce qui témoigne des injustices que ces dernières ont historiquement pu subir. En effet, elles ont pour objet la protection d'une minorité à l'encontre de la volonté d'une majorité. Dans cette perspective, nous avons vu que le volet québécois de l'article 133 protège les droits de la minorité anglophone de la province<sup>993</sup>. Toutefois, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême indique que cet article consacre aussi les droits de la population francophone majoritaire au Québec :

« La conférence de Québec commence le 10 octobre 1864. [...] L'examen minutieux de chaque aspect de la structure fédérale domine l'ordre du jour politique. Les délégués approuvent 72 résolutions, touchant presque tout ce qui formera plus tard le texte final de la Loi constitutionnelle de 1867. Y figurent des garanties visant à protéger la langue et la culture françaises, à la fois directement (en faisant du français une langue officielle au Québec et dans l'ensemble du Canada) et indirectement (en attribuant aux provinces la compétence sur l'éducation et sur "[l]a propriété et les droits civils dans la province"). La protection des minorités est ainsi réaffirmée. »<sup>994</sup>

Encore une fois, on perçoit le parallèle que la Cour effectue entre les notions de langue, de culture et de communauté. On retrouve également l'idée, dans ce renvoi, que la forme fédérale a permis aux Canadiens français de former la majorité au Québec et d'ainsi contrôler les leviers politiques de la province. Incidemment, cette minorité dans le cadre nord-américain peut protéger et préserver sa langue et sa culture par le biais des pouvoirs considérables conférés aux provinces par la Constitution<sup>995</sup>.

Une fois le fondement et l'objet des garanties constitutionnelles de bilinguisme selon les tribunaux établis, il importe désormais de nous attarder à leur caractère intangible, ou leur enchâssement. La législature du Manitoba, en 1890, fut la première à tenter de se soustraire à ses obligations de bilinguisme en édictant une loi faisant de l'anglais la seule langue officielle de la province<sup>996</sup>. C'est donc dans cette province que les tribunaux se sont en premier lieu penchés sur la question de savoir si la législature pouvait abroger, par l'adoption d'une loi ordinaire, ses obligations en vertu de

---

<sup>992</sup> Charlebois, par. 52.

<sup>993</sup> *Supra*, chapitre 3, section 2, sous-section 2.2.1.1 : « Le caractère réciproque des volets fédéral et québécois de l'article 133 ».

<sup>994</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 38.

<sup>995</sup> *Id.*, par. 59.

<sup>996</sup> *An Act to Provide that the English Language shall be the Official Language of the Province of Manitoba*, S.M. 1890, c. 14 (ci-après « Loi de 1890 »).

l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. Dès 1892, la Loi de 1890 fut déclarée inconstitutionnelle<sup>997</sup>. Comme l'indiquera plus tard la Cour suprême, « [c]e jugement ne fut suivi ni par la législature ni par le gouvernement du Manitoba »<sup>998</sup>. En 1909, dans la décision *Bertrand v. Dussault*, le juge Prud'homme réitérera le caractère *ultra vires* de la Loi de 1890<sup>999</sup>. Ce jugement demeura à son tour sans suite. Notons par ailleurs que la doctrine ne semble pas avoir été au courant de ces deux décisions<sup>1000</sup>.

La législature du Québec, quant à elle, adopta en 1977 la *Charte de la langue française*. Certaines de ses dispositions furent contestées sur la base de leur incompatibilité avec les obligations de la législature au terme de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour suprême se prononça sur le pouvoir du Québec d'abroger son obligation constitutionnelle de bilinguisme dans le premier arrêt *Blaikie*, et sur celui du Manitoba dans l'arrêt *Forest*<sup>1001</sup>. Ils furent d'ailleurs rendus la même journée, et le sort d'un allait sceller celui de l'autre. En ce qui concerne le Québec, le premier arrêt *Blaikie* eu pour effet de consacrer le caractère intangible de l'article 133 et, de ce fait, l'impossibilité pour l'Assemblée nationale de l'abroger en vertu du pouvoir de modification de la constitution interne, reconnu à l'époque à chaque province par l'article 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour suprême reprenait en cela la conclusion du juge Deschênes en

---

<sup>997</sup> *Pellant v. Hebert*, publiée dans (1981), 12 R.G.D. 242 et reproduite dans le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, par. 10. La décision fut publiée à l'origine dans *Le Manitoba*, un quotidien de langue française, le 9 mars 1892.

<sup>998</sup> *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, par. 10.

<sup>999</sup> *Bertrand v. Dussault*.

<sup>1000</sup> Les exemples sont nombreux, mais en parlant de l'abolition du bilinguisme au Manitoba, le professeur Gerald-A. Beaudoin tint les propos suivants : « Les tribunaux n'ont jamais eu à se prononcer sur la validité de cette disposition législative. Il est curieux de constater que sur le plan confessionnel, des arrêts célèbres furent rendus par le Comité judiciaire du Conseil Privé au sujet de la législation manitobaine mais aucun n'a été rendu sur le plan linguistique. » : Gerald-A. BEAUDOIN, « La compétence constitutionnelle et juridique pour instituer une langue ou des langues officielles au Québec », dans COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LA SITUATION DE LA LANGUE FRANÇAISE ET SUR LES DROITS LINGUISTIQUES AU QUÉBEC (dir.), *La situation de la langue française au Québec : rapport de la Commission d'enquête sur la situation de la langue française et sur les droits linguistiques au Québec.*, vol. 2 : Les droits linguistiques, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1972, p. 199, à la p. 215 ; De même, le professeur F.R. Scott tint pour sa part les propos suivants : « Strangely enough the validity of Manitoba's statute of 1890 abolishing French as an official language in that province was never tested in the courts; had it been, I personally do not see how it could be upheld. » : F. R. SCOTT, préc., note 934, p. 32.

<sup>1001</sup> *Procureur général du Manitoba c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032 (ci-après « *Forest* »).

première instance<sup>1002</sup>, raisonnement qui avait également été appuyé par un banc unanime de sept juges en Cour d'appel du Québec<sup>1003</sup>.

Enfin, dans l'arrêt *Forest*, la Cour souligne d'abord l'incompatibilité de la Loi de 1890 qui fait de l'anglais la seule langue en matière parlementaire, législative et judiciaire, avec l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* qui, pour sa part, instaure le bilinguisme dans ces trois domaines<sup>1004</sup>. Quant au pouvoir de la législature d'abroger cette disposition au terme de son pouvoir de modifier sa constitution, la Cour se prononce ainsi :

« Bien que, dans un certain sens, on puisse dire que l'Acte du Manitoba en son entier est la constitution de la province, il est évident qu'on n'a pas voulu que le pouvoir de modification conféré par le par. 92(1) s'applique à l'ensemble de cette loi, pas plus qu'on n'a voulu que toutes les dispositions de l'A.A.N.B. touchant la constitution des provinces dans ce sens large y soient soumises. »<sup>1005</sup>

Le tribunal conclut donc que les dispositions qui font partie de la constitution du Manitoba ne sont pas l'ensemble des articles que l'on retrouve dans la Loi de 1870, mais plutôt ceux d'entre eux qui correspondent à la constitution d'une province au sens de l'A.A.N.B. La Cour établit ensuite un parallèle entre le pouvoir de modification qu'a le Manitoba et celui du Québec : la province ne peut pas avoir « à l'égard de l'art. 23 de l'Acte du Manitoba un pouvoir de modification que le Québec n'a pas à l'égard de l'art. 133 »<sup>1006</sup>.

Quelques années plus tard, la Cour se prononça encore sur l'article 23 dans le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*<sup>1007</sup>. La question était entre autres de savoir quelle était la conséquence du défaut de la législature du Manitoba de se conformer à ses exigences constitutionnelles de bilinguisme<sup>1008</sup>. La Cour conclura que les textes législatifs adoptés dans une seule langue sont

---

<sup>1002</sup> *Blaikie c. P.G. du Québec*, [1978] C.S. 37, p. 46.

<sup>1003</sup> *P.G. du Québec c. Blaikie.*, [1978] C.A. 351, p. 360 (j. Bélanger) : « À mon sens, en accordant aux provinces le pouvoir d'amender leur Constitution, le législateur n'a pas eu l'intention de leur accorder le droit de changer les garanties prévues à l'article 133, pas plus qu'il n'a voulu leur accorder le droit d'amender la distribution des pouvoirs législatifs (art. 91 et 92) ou de s'attribuer le pouvoir de nomination des juges des Cours Supérieures (art. 96) ». Voir dans le même sens la p. 363 (j. Dubé) : « Il me semble [...] évident que le Législateur ait voulu placer l'article 133 dans une catégorie à part, catégorie que ni le gouvernement provincial ni le gouvernement du Canada ne pouvait toucher ».

<sup>1004</sup> *Forest*, p. 1035-1036.

<sup>1005</sup> *Id.*, p. 1038.

<sup>1006</sup> *Id.*, p. 1039.

<sup>1007</sup> *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*.

<sup>1008</sup> *Id.*, par. 41.

invalides et inopérants<sup>1009</sup>. Toutefois, la Constitution ne permet pas qu'une province soit dépourvue de lois, puisque cela créerait un important vide juridique et irait à l'encontre de la primauté du droit. La Cour déclare donc temporairement valides et opérantes les lois de la législature. Cette dernière bénéficie alors d'un délai pour harmoniser l'entièreté de son corpus législatif avec les exigences de l'article 23, ce qui signifie traduire, adopter, imprimer et publier les lois unilingues anglaises en français<sup>1010</sup>.

### 2.3.3.1. *Les cas de la Saskatchewan et de l'Alberta : un bilinguisme tributaire de la seule volonté de la législature*

Outre le Québec, le Manitoba et le Nouveau-Brunswick, toutes les provinces peuvent légiférer librement en matière linguistique, sans contrainte constitutionnelle<sup>1011</sup>. En ce sens, l'instauration d'un bilinguisme en leur sein sera toujours tributaire de la seule volonté de la législature et, incidemment, de la majorité. Or, durant un certain temps, une incertitude a plané quant au statut du français en Saskatchewan et en Alberta ainsi qu'à l'existence d'une exigence constitutionnelle de bilinguisme dans ces provinces<sup>1012</sup>. La Cour suprême tranchera la question dans les arrêts *Mercurie*<sup>1013</sup> et *Caron*<sup>1014</sup>. Dans les deux cas, la validité d'infractions routières était contestée sur la base de l'unilinguisme des lois qui les prévoyaient. On plaidait donc que la Saskatchewan et l'Alberta avaient une obligation constitutionnelle de bilinguisme<sup>1015</sup>. Notons que si l'arrêt *Mercurie* portait sur la Saskatchewan, et l'arrêt *Caron* sur l'Alberta, les deux provinces se trouvent dans une

---

<sup>1009</sup> *Id.*, par. 54.

<sup>1010</sup> *Id.*, par. 107-109.

<sup>1011</sup> B. PELLETIER, préc., note 945, p. 251-252 ; À titre d'exemple, la majorité de la Cour suprême a décidé que le déroulement des instances judiciaires uniquement en anglais n'était pas contraire à la Charte dans *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2013 CSC 42, par. 56 : « La Charte n'oblige aucune province, sauf le Nouveau-Brunswick, à assurer le déroulement des instances judiciaires dans les deux langues officielles. De plus, le par. 16(3) dispose que les législatures peuvent prendre des mesures pour promouvoir l'usage du français et de l'anglais. Je suis donc d'avis que, même si elle reconnaît l'importance des droits linguistiques, la Charte reconnaît par ailleurs l'importance du respect des pouvoirs constitutionnels des provinces. Le fédéralisme fait partie des principes qui sous-tendent la Constitution. [...] Il n'est donc pas contraire aux valeurs de la Charte que la législature de la Colombie-Britannique décide que les instances judiciaires se déroulent uniquement en langue anglaise dans cette province. » ; Il demeure entendu que les lois en matière linguistique, pour être valides, sont soumises aux mêmes contraintes que toute autre loi, c'est-à-dire qu'elles doivent respecter le partage des compétences ainsi que les droits prévus à la Charte canadienne, sous réserve de l'article 33.

<sup>1012</sup> B. PELLETIER, préc., note 945, p. 252 ; A. L. C. DE MESTRAL et W. FRAIBERG, préc., note 877, n° 6, p. 503 ; C.-A. SHEPPARD, préc., note 906, p. 90-91.

<sup>1013</sup> *R. c. Mercurie*, [1988] 1 R.C.S. 234 (ci-après « *Mercurie* »).

<sup>1014</sup> *Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56 (ci-après « *Caron* »).

<sup>1015</sup> *Mercurie*, p. 244-246 ; *Caron*, par. 8.

situation juridique analogue, de sorte que dans ces deux arrêts, une conclusion pour une des provinces valait également pour l'autre<sup>1016</sup>.

La Saskatchewan et l'Alberta ne sont pas nées d'un vide juridique. Elles ont toutes deux été créées, en 1905, à partir des Territoires du Nord-Ouest. L'article 110 de la loi constitutive de ces territoires, soit l'*Acte des territoires du Nord-Ouest*<sup>1017</sup> prévoyait le bilinguisme législatif et judiciaire dans un libellé très semblable à celui de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>1018</sup>. Ainsi, la Cour lui donnera la même portée<sup>1019</sup>. Cet article était en vigueur au moment de la création de la Saskatchewan<sup>1020</sup> et son application dans la province fut préservée par le biais de l'article 16 de la loi constitutive de la province. Ce dernier maintient les lois préexistantes, sous réserve d'abrogation subséquente par l'assemblée législative ou par le législateur fédéral, selon le cas<sup>1021</sup>. La majorité de la Cour estimera que l'article 16 n'a jamais été abrogé, que ce soit de manière explicite ou implicite<sup>1022</sup>. L'exigence de bilinguisme prévu par l'article 110 était donc toujours en vigueur. De ce fait, les lois unilingues de la Saskatchewan sont invalides puisque contraires aux exigences de sa loi constitutive<sup>1023</sup>. Toutefois, cette disposition n'est pas enchâssée ou intangible, et fait plutôt partie de la constitution de la province<sup>1024</sup>. La législature a donc le pouvoir unilatéral de la modifier ou de l'abroger, à condition de respecter le mode et la forme requis par la loi en vigueur, c'est-à-dire en adoptant, imprimant et publiant en français et en anglais la loi qui modifiera la constitution de la province<sup>1025</sup>.

---

<sup>1016</sup> Pour la confirmation de l'application de la logique de l'arrêt *Mercure* à l'Alberta, voir : *R. c. Paquette*, [1990] 2 R.C.S. 1103.

<sup>1017</sup> *Acte des territoires du Nord-Ouest*, S.R.C. 1886, c. 50.

<sup>1018</sup> *Mercure*, p. 245.

<sup>1019</sup> *Id.*, p. 273.

<sup>1020</sup> *Id.*, p. 255.

<sup>1021</sup> *Id.*, p. 257 ; Cette disposition est l'équivalent de l'article 129 LC 1867, qui prévoit le maintien du droit en vigueur dans les provinces avant la Confédération afin d'éviter un vide juridique.

<sup>1022</sup> *Mercure*, p. 265 ; L'arrêt n'est en effet pas unanime, les juges Estey et McIntyre étant dissidents et ayant pour leur part conclu que l'article 110 n'a jamais été incorporé dans le droit ou dans la constitution de la Saskatchewan. Voir les pages 309-312 de l'arrêt.

<sup>1023</sup> *Id.*, p. 279.

<sup>1024</sup> *Id.*, p. 270-272.

<sup>1025</sup> *Id.*, p. 280.

À la suite de l'arrêt *Mercur*, plutôt que de réadopter, réimprimer et republier toutes leurs lois, tant la Saskatchewan que l'Alberta valideront rétroactivement leurs lois unilingues<sup>1026</sup> et supprimeront l'exigence de bilinguisme qui s'appliquait à elles<sup>1027</sup>. Elles y ont procédé par le biais de la formule de l'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui habilite une province à modifier le contenu de sa constitution interne<sup>1028</sup>. Depuis, la législation de ces provinces permet l'usage du français, lorsque le lieutenant-gouverneur en conseil en décide ainsi<sup>1029</sup>. En fin de compte, le français serait toutefois rarement employé, en plus d'être « soumis à la discrétion des autorités »<sup>1030</sup>.

Si l'on croyait le dossier clos, l'arrêt *Caron* a rouvert le débat en 2015. Dans cette affaire, les appelants plaidaient que l'Alberta avait une obligation constitutionnelle de bilinguisme législatif<sup>1031</sup>. Cette obligation découlerait de promesses faites par le Parlement fédéral lors de l'annexion de deux régions, soit la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest, qui correspondent aujourd'hui à l'Alberta, à la Saskatchewan, au Nunavut, au Yukon, aux Territoires du Nord-Ouest et à certaines parties de l'Ontario et du Québec. Ces promesses sont contenues dans l'Adresse de 1867, qui figure en annexe au Décret de 1870, un document ayant valeur constitutionnelle. Elles auraient préservé les droits acquis des populations de ces territoires, y compris leurs droits linguistiques<sup>1032</sup>. La majorité de la Cour rejettera cette thèse et déclarera qu'il n'existe pas d'obligation constitutionnelle de bilinguisme législatif en Alberta. Les lois unilingues de la province sont donc *intra vires*<sup>1033</sup>. Il en est ainsi parce que les expressions « droits acquis » ou « droits légaux » n'ont jamais servi à conférer des droits linguistiques : le bilinguisme législatif a toujours été explicitement prévu par les textes constitutionnels. De plus, la preuve historique ne démontrerait pas que le bilinguisme avait été garanti par le Décret de 1870 ou par l'adresse qui s'y trouve en annexe. La majorité estime également que de retenir l'argument des appelants reviendrait

---

<sup>1026</sup> *Loi relative à l'usage du français et de l'anglais en Saskatchewan*, S. Sask. 1988-1989, c. L-6.1, art. 3 ; *Loi linguistique*, R.S.A. 2000, c. L-7.6, art. 2.

<sup>1027</sup> *Loi relative à l'usage du français et de l'anglais en Saskatchewan*, S. Sask. 1988-1989, c. L-6.1, art. 13 et la *Loi linguistique*, R.S.A. 2000, c. L-7.6, art. 7.

<sup>1028</sup> Benoît PELLETIER, « Bilan des droits linguistiques au Canada », (1995) 55-4 *R. du B.* 611, p. 655.

<sup>1029</sup> *Loi relative à l'usage du français et de l'anglais en Saskatchewan*, S. Sask. 1988-1989, c. L-6.1, art. 4 (au niveau législatif), art. 11 (au niveau judiciaire, seulement devant certains tribunaux) et art. 12 (au niveau parlementaire) ; *Loi linguistique*, R.S.A. 2000, c. L-7.6, art. 3 (au niveau législatif, il est indiqué que l'anglais « peut » être utilisé, et non « doit » être utilisé), art. 4 (au niveau judiciaire, seulement devant certains tribunaux), art. 5 (au niveau parlementaire).

<sup>1030</sup> A. BRAËN, préc., note 955, aux p. 232-233.

<sup>1031</sup> *Caron*, par. 1.

<sup>1032</sup> *Id.*, par. 27-28.

<sup>1033</sup> *Id.*, par. 8 ; Les juges Wagner et Côté sont dissidents.

à renverser l'arrêt *Mercurie*<sup>1034</sup>. Enfin, elle ne peut permettre la consécration de droits linguistiques empiétant sur la souveraineté de la province « en attribuant à des phrases vagues un sens improbable »<sup>1035</sup>. Notons l'importante dissidence des juges Wagner et Côté, qui auraient conclu à une obligation constitutionnelle de bilinguisme législatif applicable à l'ensemble des territoires annexés en 1870. Ces juges adoptent une lecture de la Constitution qui tient compte des attentes légitimes de la minorité francophone du Canada, laquelle est qualifiée de peuple fondateur<sup>1036</sup>.

#### 2.3.4. *Les considérations prises en compte dans le raisonnement de la Cour*

On retrouve d'abord, dans les décisions interprétant la portée ou le caractère intangible des garanties constitutionnelles de bilinguisme, l'idée que celles-ci sont le fruit de compromis politiques historiques. La prise en compte de cette considération dans la jurisprudence a de multiples effets (I) sur l'interprétation de la portée de ces garanties ainsi que (II) sur le type de raisonnement qui sera adopté par les tribunaux.

Sur la portée de ces garanties d'abord, la Cour suprême se montre sensible au fait que l'asymétrie constitutionnelle en matière de bilinguisme, en tant que consécration d'une protection spéciale du français et de l'anglais dans certaines provinces<sup>1037</sup>, fut nécessaire à la création de l'union fédérale, ou encore à l'entrée de nouvelles colonies. Cela a toutefois des effets contradictoires sur sa jurisprudence. Dans certains jugements, du caractère négocié de cette garantie, il découle son caractère intangible, de telle sorte qu'elle ne peut subséquemment être abrogée unilatéralement par une législature provinciale. Une disposition sera intangible si elle est « indivisiblement liée à la mise en œuvre du principe fédéral ou à une condition fondamentale de l'union »<sup>1038</sup>. Dans le cas du Québec, le premier arrêt *Blaikie* affirme que l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est issu d'un compromis politique<sup>1039</sup>. Les volets fédéral et québécois de la disposition constituent la contrepartie l'un de l'autre<sup>1040</sup>. Le jugement de première instance, lequel recevra l'aval de la Cour suprême, exprime cette réciprocité et les conséquences qui en découlent :

---

<sup>1034</sup> *Id.*, par. 4.

<sup>1035</sup> *Id.*, par. 5-7.

<sup>1036</sup> *Id.*, par. 219 et 235-236.

<sup>1037</sup> *Jones*, p. 193.

<sup>1038</sup> *Le procureur général de l'Ontario c. SEFPO*, [1987] 2 R.C.S. 2, par. 90.

<sup>1039</sup> *Blaikie no. 1*, p. 1025.

<sup>1040</sup> *Id.*, p. 1026-1027.

« Contrairement aux tenants de la thèse de la divisibilité, la Cour croit que les aspects fédéral et provincial de l'article 133 forment les deux côtés d'une seule et même médaille. Ces deux aspects ont été discutés ensemble, ils ont fait l'objet d'une concession contemporaine et d'une entente réciproque, ils ont été édictés ensemble et, si l'on peut emprunter au vocabulaire contractuel, chacun constitue la considération de l'autre. Ces deux aspects sont donc inséparables et ce serait trahir à la fois le texte de la loi et l'intention de ses auteurs que de prétendre imposer la permanence de l'un de ces aspects tout en permettant l'abolition de l'autre. La protection de l'usage de l'anglais à Québec fait partie intégrante de la disposition constitutionnelle qui assure la protection du français à Ottawa. »<sup>1041</sup>

De même, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, lequel concerne l'article 23 de la loi constitutive de la province, la Cour suprême se base sur les notions de compromis et sur le contexte historique de l'adoption de la disposition pour en interpréter la portée :

« Dans cette détermination de la portée de l'art. 23, il est important de replacer l'article dans son contexte historique. À l'instar des art. 93 et 133 de la Loi constitutionnelle de 1867, il exprime un compromis politique. Il s'agit non pas d'une garantie globale destinée à assurer l'égalité linguistique complète, mais plutôt d'un compromis destiné à assurer un niveau d'harmonie dans la réalité démographique de la société manitobaine. »<sup>1042</sup>

Dans d'autres cas toutefois, l'origine consensuelle et négociée des garanties constitutionnelles de bilinguisme mènera la Cour suprême à refuser d'ajouter au contenu des droits qui y sont reconnus, puisque ce n'est pas là le compromis auquel les parties en sont venues :

« Ce système incomplet mais précis représente un minimum constitutionnel résultant d'un compromis historique intervenu entre les fondateurs quand ils se sont entendus sur les modalités de l'union fédérale. Le système est couché dans des termes susceptibles de comporter des implications nécessaires [...] Et c'est un système qui, bien entendu, peut être changé par voie de modification constitutionnelle. Mais il n'appartient pas aux tribunaux, sous le couvert de l'interprétation, d'améliorer ce compromis constitutionnel historique, d'y ajouter ou de le modifier. »<sup>1043</sup>

La même logique interprétative est reprise par la Cour dans l'arrêt *Société des Acadiens*. Puisque les droits linguistiques sont fondés sur un compromis politique, ils ne sont pas de nature aussi féconde que certains droits fondamentaux. De ce constat découle un impact quant à leur interprétation :

---

<sup>1041</sup> *Blaikie c. P.G. du Québec*, [1978] C.S. 37, p. 72-73.

<sup>1042</sup> *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, par. 15.

<sup>1043</sup> *MacDonald*, par. 104.

« [L]es tribunaux devraient hésiter à servir d'instruments de changement dans le domaine des droits linguistiques. Cela ne veut pas dire que les dispositions relatives aux droits linguistiques sont immuables et qu'elles doivent échapper à toute interprétation par les tribunaux. Je crois cependant que les tribunaux doivent les aborder avec plus de retenue qu'ils ne le feraient en interprétant des garanties juridiques. »<sup>1044</sup>

Cette attitude de retenue de la part des tribunaux respecterait le fait que, les droits linguistiques étant issus de compromis politiques, c'est dans cette arène qu'ils doivent évoluer plutôt que par le biais de l'interprétation judiciaire. De ce fait, il ne revient pas à la Cour d'« améliorer ce compromis constitutionnel sous le couvert de l'interprétation »<sup>1045</sup>. Il convient de souligner que la Cour suprême n'inférera pas qu'une garantie constitutionnelle de bilinguisme existe dans une province « sans éléments de preuve textuels et contextuels en ce sens »<sup>1046</sup>. Par ailleurs, dans le cas du bilinguisme en Alberta et en Saskatchewan, la Cour conclut que cette garantie n'était pas enchâssée. Dans les mots du juge Laforest, « les forces historiques qui ont engendré l'art. 110 étaient tout à fait différentes de celles qui ont entraîné le compromis linguistique de 1867 en ce qui a trait aux institutions gouvernementales fédérales et québécoises »<sup>1047</sup> et ne traduirait donc pas le même compromis politique.

Enfin, l'attitude de retenue permet aux législatures provinciales de connaître l'étendue des obligations auxquelles elles s'engageraient en s'assujettissant aux exigences de bilinguisme constitutionnel, ce qui, corrélativement, devrait les rendre moins réticentes à le faire<sup>1048</sup>. Ultérieurement, dans l'arrêt *Beaulac*, la Cour suprême s'écartera de la corrélation qu'elle avait établie entre compromis politique et interprétation restrictive, pour affirmer que « l'existence d'un compromis politique n'a aucune incidence sur l'étendue des droits linguistiques. »<sup>1049</sup> De même, le tribunal indiquera que ces droits doivent dans tous les cas être interprétés en fonction de leur objet et de l'épanouissement des collectivités de langue officielle :

« La crainte qu'une interprétation libérale des droits linguistiques fera que les provinces seront moins disposées à prendre part à l'expansion géographique de ces droits est incompatible avec la nécessité d'interpréter les droits linguistiques comme un outil

---

<sup>1044</sup> *Société des Acadiens*, par. 65.

<sup>1045</sup> *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, par. 15.

<sup>1046</sup> *Caron*, par. 103.

<sup>1047</sup> *Mercure*, p. 253.

<sup>1048</sup> *Société des Acadiens*, par. 66-70.

<sup>1049</sup> *Beaulac*, par. 24.

essentiel au maintien et à la protection des collectivités de langue officielle là où ils s'appliquent. »<sup>1050</sup>

Toutefois, comme nous l'avons vu, la portée de l'arrêt *Beaulac* demeure incertaine<sup>1051</sup>. Par ailleurs, la jurisprudence plus récente de la Cour suprême semble indiquer le retour d'une préoccupation quant à la stabilité de l'ordre juridique canadien : dans l'arrêt *Caron*, la majorité de la Cour se refuse à reconnaître des garanties constitutionnelles de bilinguisme législatif dans l'ensemble des Territoires du Nord-Ouest, notamment en raison de l'impact considérable que cela engendrerait sur plusieurs législatures provinciales<sup>1052</sup>.

Sur le type de raisonnement ensuite, l'analyse du compromis politique mènera les tribunaux à chercher l'intention des parties ayant négocié la constitutionnalisation de garanties de bilinguisme. Ils prêteront donc une attention particulière au contexte sociologique et historique dans lequel elles ont été consacrées. À titre d'exemple, dans son analyse de l'article 133, la Cour suprême s'attarde à la pratique de bilinguisme qui existait au Canada-Uni avant la Confédération<sup>1053</sup>. Elle adoptera une approche similaire en ce qui concerne l'article 23, lequel marque « l'aboutissement de nombreuses années de coexistence et de luttes entre les Anglais, les Français et les Métis de la colonie de la rivière Rouge qui est à l'origine de la province actuelle du Manitoba »<sup>1054</sup>. Cette analyse historique permettra à la Cour de conclure que l'enjeu du bilinguisme était fondamental dans la création du Manitoba<sup>1055</sup>. Enfin, c'est entre autres l'analyse du contexte historique et législatif de l'adoption des articles 17(2) à 19(2) de la Charte canadienne qui permettra à la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick de leur donner une portée plus large que les précédents de la Cour suprême portant sur le Québec et le Manitoba<sup>1056</sup>.

---

<sup>1050</sup> *Id.*, par. 25 (soulignements dans l'original).

<sup>1051</sup> *Supra*, chapitre 3, section 2, sous-section 2.3.2.2 : « Le bilinguisme judiciaire ».

<sup>1052</sup> *Caron*, par. 102 : « À notre avis, ces arguments ont des conséquences d'une portée considérable. Ils nous obligerait à conclure que le bilinguisme a été constitutionnalisé non seulement en Alberta, mais également dans toutes les terres qui appartenaient auparavant à la Compagnie [de la Baie d'Hudson] et qui ressortissent maintenant à la Saskatchewan, à l'Ontario, au Québec, au Yukon, au Nunavut et aux Territoires du Nord-Ouest actuels ».

<sup>1053</sup> Voir à cet effet : *Blaikie no. 2*, p. 331 ; *P.G. du Québec c. Blaikie.*, [1978] C.A. 351, p. 363 (J. Dubé) ; *Jones*, p. 194.

<sup>1054</sup> *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, par. 5.

<sup>1055</sup> *Mercure*, p. 248-250.

<sup>1056</sup> *Charlebois*, par. 8 : « [L]'histoire récente des trente dernières années nous enseigne que les gouvernements qui se sont succédé au Nouveau-Brunswick ont, à quatre reprises au cours de cette période, adopté des lois relatives aux droits linguistiques ou ont inscrit dans la Constitution canadienne des garanties linguistiques qui ont pour effet de doter la province d'un régime constitutionnel en matière de droits linguistiques tout à fait particulier au Nouveau-Brunswick ».

Une autre considération récurrente dans les décisions des tribunaux entourant les garanties constitutionnelles de bilinguisme est le fait qu'elles participent au principe sous-jacent de la protection des minorités. Dès 1909, la Cour de comté du Manitoba, dans son interprétation de l'article 23 de la loi constitutive de la province, indiquait qu'il visait à garantir les droits de la minorité face aux volontés de la majorité :

« Why would the legislators have declared so positively that both languages could be made use of before the Courts of Manitoba if that enactment was not intended to be of a permanent nature but was to be left to the pleasure or the fluctuating opinions of the Legislature. The reason of s. 23 is obvious. [...] The reason of s. 23 was evidently the same as of s. 133 of the B.N.A. Act. It was to perpetuate before the Court of Quebec and Manitoba the use of both languages and it would be to frustrate the purpose of the legislators by changing an essential part of that section. »<sup>1057</sup>

De même, on retrouve, dans la décision *Blaikie* de la Cour supérieure, laquelle sera confirmée par la Cour suprême, l'idée qu'une garantie constitutionnelle de bilinguisme protège les minorités à l'encontre de décisions qui seraient néanmoins perçues comme légitimes par la majorité :

« C'était l'intention des Pères de la Confédération de soustraire la question de l'usage des deux langues anglaise et française à la possibilité de l'arbitraire ou du caprice ou même, tout simplement, de la volonté perçue comme légitime d'une majorité, qu'elle fût anglophone dans le Parlement central ou francophone dans la législature de Québec. Ils entendaient que cette disposition demeurât intangible et à l'abri de toute intervention législative par l'une ou l'autre des assemblées élues. »<sup>1058</sup>

Sans la présence de ces garanties de bilinguisme, il serait en effet loisible pour les législatures du Québec, du Manitoba ou du Nouveau-Brunswick « par simple voie législative, d'accorder à l'une des deux langues officielles une certaine mesure de préférence »<sup>1059</sup>. Dans l'arrêt *MacDonald*, la majorité de la Cour, sous la plume du juge Beetz, écrit qu'aux termes de l'article 133, « [l]es langues française et anglaise sont non seulement placées sur un pied d'égalité, mais encore elles se voient conférer un statut privilégié par rapport à toutes les autres langues. »<sup>1060</sup> Il existe donc une asymétrie de traitement entre les minorités de langue officielle, et les autres minorités linguistiques. Enfin, dans le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, la Cour suprême indique que des garanties de

---

et unique au pays. Ces mesures législatives et constitutionnelles imposent, bien entendu, des obligations à la province qui lui sont aussi particulières. » (nos soulignements) ; Voir aussi les paragraphes 43, 48-49 et 79 de cet arrêt.

<sup>1057</sup> *Bertrand v. Dussault*.

<sup>1058</sup> *Blaikie c. P.G. du Québec*, [1978] C.S. 37, p. 54 (références omises).

<sup>1059</sup> *MacDonald*, par. 116.

<sup>1060</sup> *Id.*

bilinguisme, pour avoir un sens, doivent être obligatoires : leur respect n'est pas tributaire de la volonté de la majorité de la législature, il est requis<sup>1061</sup>.

Dans l'arrêt *Mercury*, si la Cour conclut que la Saskatchewan et incidemment l'Alberta peuvent abroger unilatéralement leur exigence de bilinguisme, elle démontre néanmoins une certaine sensibilité à la situation d'une minorité face à la volonté d'une majorité :

« Il est vrai, comme l'a soutenu l'intimé, que le français a effectivement cessé d'être utilisé dans les débats, les lois et les procédures devant les tribunaux en 1892, quelques années avant la création de la province, mais évidemment la loi ne cesse pas d'être la loi du simple fait qu'elle n'est pas utilisée. [...] De toute façon, je ne crois pas qu'il soit particulièrement intéressant de plaider devant une cour de justice qu'une majorité peut détruire les droits de la minorité simplement en agissant à l'encontre de ces droits. »<sup>1062</sup>

Le fait que les langues française et anglaise sont essentielles « à la viabilité de la nation » et qu'elles sont profondément ancrées dans la condition humaine<sup>1063</sup> contribuera à la conclusion de la Cour, dans cet arrêt, selon laquelle « une règle de droit aussi profondément enracinée dans l'histoire de ce pays, [...] une loi aussi fondamentale » prévoyant le bilinguisme ne pourrait avoir été abrogée de manière implicite<sup>1064</sup>. La protection des minorités peut par ailleurs commander une interprétation favorisant l'égalité réelle, plutôt que formelle, des garanties linguistiques. C'est ce que fit la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick lorsqu'elle analysa l'étendue des obligations de bilinguisme de la province<sup>1065</sup>. Dans certaines circonstances, la notion d'égalité implique « un traitement différent en faveur d'une minorité linguistique afin de réaliser la dimension collective autant qu'individuelle d'une réelle égalité de statut »<sup>1066</sup>.

Le principe constitutionnel sous-jacent de la protection des minorités a en revanche ses limites. Pour la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Caron*, ce principe peut entrer en contradiction avec celui du fédéralisme, lequel commande la reconnaissance d'une large mesure d'autonomie aux législatures provinciales pour assurer le développement de leur société. Ainsi, le principe de la protection des minorités ne saurait réduire la souveraineté des assemblées législatives que dans la

---

<sup>1061</sup> *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, par. 33.

<sup>1062</sup> *Mercury*, p. 255 (références omises).

<sup>1063</sup> *Id.*, p. 268-269.

<sup>1064</sup> *Id.*, p. 265.

<sup>1065</sup> *Charlebois*, par. 76.

<sup>1066</sup> *Id.*, par. 80.

mesure où il existe une preuve textuelle et contextuelle claire consacrant des garanties constitutionnelles dans une province donnée<sup>1067</sup>.

### *2.3.5. Le lien entre l'interprétation de la Cour et les considérations théoriques sur l'asymétrie*

Le type d'argument que l'on retrouve dans les décisions qui interprètent les garanties constitutionnelles de bilinguisme font écho à la fois aux avantages – ou justificatifs – ainsi qu'aux inconvénients que l'on associe en science politique à l'asymétrie. Cela pourrait s'expliquer, selon nous, par l'ambivalence de la Cour suprême dans l'interprétation de ces dispositions asymétriques, tantôt généreuse, tantôt plus restrictive. Les dispositions créant des garanties constitutionnelles de bilinguisme ont pour corollaire d'ajouter un fardeau supplémentaire aux législatures du Québec, du Nouveau-Brunswick et du Manitoba. Nous avons indiqué, lors de l'élaboration de notre grille d'analyse, qu'une interprétation large et généreuse d'une obligation de la part des tribunaux contribuerait à renforcer l'asymétrie. L'inverse fera conclure à son atténuation par le biais de l'interprétation judiciaire<sup>1068</sup>.

Les jugements qui élargissent le champ d'application des dispositions asymétriques ainsi que ceux qui en consacrent le caractère intangible ont pour effet de renforcer l'asymétrie entre les provinces assujetties à des obligations de bilinguisme, et celles qui ne le sont pas. En filigrane des arguments avancés dans ces jugements, on retrouve certaines des considérations qui expliquent ou justifient la présence d'arrangements asymétriques dans une fédération selon la théorie de la science politique, soit : (I) l'origine négociée de la disposition asymétrique, (II) une interprétation historique des droits linguistiques et (III) le rôle central de ces droits pour la pérennité d'une communauté.

D'abord, en science politique, on estime que l'asymétrie vient la plupart du temps de mouvements politiques internes. Il en est ainsi parce qu'elle permet de tenir compte des revendications de communautés, notamment linguistiques, et permet d'aménager des politiques respectueuses de cette diversité. La légitimité d'arrangements asymétriques découle de leur caractère négocié et de

---

<sup>1067</sup> Caron, par. 5-6 et 103.

<sup>1068</sup> *Supra*, chapitre 1, section 2, sous-section 2.1.1 : « Les asymétries résultant du texte de la disposition ».

leur justification profonde<sup>1069</sup>. En l'espèce, nous avons vu que dans les trois provinces soumises à des exigences constitutionnelles de bilinguisme, ces garanties sont issues de compromis politiques entre les groupes linguistiques majoritaire et minoritaire. Elles furent centrales dans les négociations précédant l'entrée dans la fédération du Québec et du Manitoba, et une constante revendication de la communauté acadienne du Nouveau-Brunswick<sup>1070</sup>. Or, ces faits historiques n'échappent pas aux tribunaux : l'existence d'un compromis politique d'une aussi grande importance influence la manière dont les garanties de bilinguisme sont interprétées<sup>1071</sup>. On perçoit, notamment dans la jurisprudence du tribunal de dernière instance, le désir de respecter le compromis auxquels la minorité et la majorité linguistique en sont historiquement venues, puisqu'il fut nécessaire pour mener le projet d'union fédérale à terme<sup>1072</sup>. C'est pourquoi, dans le premier arrêt *Blaikie* et dans l'arrêt *Forest*, au vu de leur importance historique, les garanties de bilinguisme sont soustraites au pouvoir de modification unilatéral des législatures, donc de la seule volonté d'une majorité dans une province donnée<sup>1073</sup>.

Ensuite, dans le but d'interpréter les garanties constitutionnelles de bilinguisme, la Cour suprême les replace dans le contexte historique dans lequel elles ont été adoptées, et les interprète en fonction de l'importance qu'elles avaient à l'origine aux yeux des groupes minoritaires. Autrement dit, la Cour considère la perspective des minorités dans l'interprétation de la Constitution<sup>1074</sup>. Dans la théorie de la science politique, on estime que l'interprétation originaliste de certaines dispositions d'une constitution, lorsqu'elles consacrent des garanties reconnues par une majorité à une minorité, peut être préférable pour la préservation de ces droits<sup>1075</sup>. L'expérience canadienne démontre en

---

<sup>1069</sup> *Supra*, chapitre 1, section 1, sous-section 3.1 : « Les origines et la légitimité des asymétries ».

<sup>1070</sup> *Supra*, chapitre 3, section 2, sous-section 2.2.1 : « Des garanties linguistiques issues de compromis politiques ».

<sup>1071</sup> B. PELLETIER, préc., note 890, p. 230.

<sup>1072</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 79-80.

<sup>1073</sup> B. PELLETIER, préc., note 480, p. 131 ; C'est donc dire qu'en 1979, une adresse à Londres par le Parlement fédéral aurait été requise afin de modifier les obligations de bilinguisme du Québec ou du Manitoba. Depuis 1982 et l'adoption de formules de modification, c'est l'article 43(b) LC 1982 qui prévoit que les obligations de bilinguisme sont modifiables du consentement des chambres du Parlement fédéral et de l'assemblée législative de la province concernée. Nous traiterons plus spécifiquement de ces questions dans *infra*, chapitre 3, section 2, sous-section 2.5 : « La procédure de modification de l'exigence de bilinguisme ».

<sup>1074</sup> *Blaikie no. 1*, p. 1025-1027 reprenant l'analyse de la Cour supérieure dans *Blaikie c. P.G. du Québec*, [1978] C.S. 37, p. 52-54 ; *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, par. 5-7 et 47 ; Soulignons que dans l'arrêt *Caron*, les juges dissidents adoptent également une interprétation de la Constitution canadienne qui tient compte du point de vue de la minorité linguistique francophone pour conclure à une exigence constitutionnelle de bilinguisme dans les Territoires du Nord-Ouest : *Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56, par. 236 (jj. Wagner et Côté).

<sup>1075</sup> *Supra*, chapitre 1, section 1, sous-section 3.2.4 : « Le lien entre l'asymétrie, le concept de minorité nationale, la théorie du pacte et la reconnaissance du caractère multinational de l'État ».

effet que malgré la constitutionnalisation de droits linguistiques à une époque, une majorité peut par la suite tenter de les éliminer<sup>1076</sup>. À titre d'exemple, dans le cas du Manitoba, l'allègement du poids démographique de sa population francophone peut avoir incité la majorité de la législature de la province à ne plus voir la pertinence de l'article 23 de la Loi de 1870. En effet, la minorisation progressive des Franco-Manitobains en fit une minorité linguistique parmi d'autres<sup>1077</sup>. Malgré ce constat démographique, la législature est tout de même liée aux obligations constitutionnelles de bilinguisme que la loi constitutive du Manitoba lui impose. De ce fait, la Cour déclarera l'entièreté du corpus législatif de la province invalide et inopérant, et ce, nonobstant les importantes répercussions que cela entraîne<sup>1078</sup>. Le constitutionnaliste Frédéric Bérard émet l'hypothèse que l'audace judiciaire dont la Cour a fait preuve pourrait s'expliquer par la situation précaire des Franco-Manitobains et les injustices historiques qu'ils ont subies<sup>1079</sup>.

Enfin, les tribunaux, et particulièrement celui de dernière instance, sont sensibles aux aspects sociologiques, culturels et identitaires de la langue<sup>1080</sup>. La Cour suprême en reconnaît la nature collective<sup>1081</sup>. Tel que l'indique le professeur Doucet, « [l]a reconnaissance de droits linguistiques [...] se heurte à l'idée que certains nourrissent de l'État, dont les composantes individuelles sont considérées comme uniformes et la souveraineté, indivisible. D'une pareille notion découle presque inévitablement l'impossibilité de concevoir que les minorités linguistiques forment un groupe distinct »<sup>1082</sup>. La préservation de l'identité de groupes distincts, ou de communautés, compte parmi les fondements d'arrangements asymétriques dans une fédération. En effet, le principe communautaire vise la pérennisation des traits distinctifs d'une communauté minoritaire, de ses liens culturels et linguistiques. Dans cette perspective, l'asymétrie permet l'instauration de politiques habilitantes pour ces communautés<sup>1083</sup>. Certaines provinces canadiennes comptent d'importantes communautés de langue officielle, ce qui explique que des garanties constitutionnelles leur sont reconnues alors que la même chose n'est pas vraie dans d'autres

---

<sup>1076</sup> Voir l'arrêt *Blaikie no. 1* et l'arrêt *Forest*.

<sup>1077</sup> Gérald-A. BEAUDOIN, « La protection de la langue française au Canada », (1988) 19-2 *R.G.D.* 479, p. 488.

<sup>1078</sup> P. FOUCHER, préc., note 969, p. 385.

<sup>1079</sup> Frédéric BÉRARD, *Charte canadienne et droit linguistiques : pour en finir avec les mythes*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2017, p. 333.

<sup>1080</sup> *Id.*

<sup>1081</sup> *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, par. 46 ; P. FOUCHER, préc., note 969, p. 386.

<sup>1082</sup> M. DOUCET, préc., note 912, p. 28.

<sup>1083</sup> *Supra*, chapitre 1, section 1, sous-section 3.3 : « Le principe communautaire ».

provinces. Dans la jurisprudence de la Cour suprême qui donne une portée élargie aux garanties constitutionnelles de bilinguisme, l'interprétation large et libérale est justifiée par l'idée que la protection d'une langue est nécessaire à la pérennité d'une communauté.

Les jugements qui donnent une portée plus restrictive au contenu des garanties constitutionnelles de bilinguisme ont pour effet d'atténuer l'asymétrie qui existe entre les provinces où s'appliquent de telles garanties, et celles où elles ne s'appliquent pas. Nous percevons des parallèles entre certains types de raisonnements adoptés par la Cour suprême dans ces cas ainsi que les limites théoriques à l'asymétrie, soit : (I) la stabilité de l'État, (II) la légitimité et (III) l'égalité formelle.

En ce qui concerne la stabilité de l'État, ce souci peut d'abord être illustré par la jurisprudence de la Cour qui donne une portée restrictive au contenu des garanties constitutionnelles de bilinguisme. Si l'origine négociée des garanties constitutionnelles a contribué à leur enchâssement, elle a aussi contribué à une lecture restrictive en matière judiciaire, dans les arrêts *MacDonald*, *Société des Acadiens* et *Bilodeau*<sup>1084</sup>. Autrement dit, si la Cour veut bien étendre la portée des droits linguistiques, « elle demeure conservatrice quant à la formulation du contenu des obligations qui en découlent. »<sup>1085</sup>

On perçoit dans les décisions qui restreignent la portée des garanties constitutionnelles de bilinguisme une préoccupation quant à la prévisibilité, pour les législateurs provinciaux, de savoir à quoi ils s'engagent précisément lorsqu'ils reconnaissent des droits linguistiques à leur minorité<sup>1086</sup>. Par le fait même, la Cour en vient à diminuer le degré d'asymétrie qui existe entre les provinces concernées par les dispositions en question, et celles qui ne le sont pas. En science politique, la stabilité de l'ordre juridique et constitutionnel se présente comme un argument à l'encontre d'arrangements asymétriques, puisque ces derniers pourraient menacer la cohésion d'un État<sup>1087</sup>. D'ailleurs, pour ce qui est des garanties de bilinguismes – ou plutôt de leur absence – en Saskatchewan et en Alberta, le professeur André Braën estime que les juges majoritaires ont opposé les principes constitutionnels sous-jacents de protection des minorités et de fédéralisme, plutôt que de chercher à les harmoniser,

---

<sup>1084</sup> A. TOMKINS, préc., note 979, aux p. 177-180 ; *MacDonald*, par. 104 ; *Société des Acadiens*, par. 65 ; *Bilodeau*, par. 11.

<sup>1085</sup> P. FOUCHER, préc., note 969, p. 390.

<sup>1086</sup> *Société des Acadiens*, par. 66-70.

<sup>1087</sup> *Supra*, chapitre 1, section 1, sous-section 4.1 : « La stabilité de l'État ».

lorsqu'ils indiquent que le premier ne saurait faire échec au second<sup>1088</sup>. Il lui semble donc que la majorité de la Cour a priorisé la stabilité et la prévisibilité du régime linguistique canadien, peut-être parce que les droits linguistiques sont susceptibles de semer la controverse et la discorde<sup>1089</sup>.

Nous avons exploré la notion de la légitimité d'une Constitution et, incidemment, de son contenu, au chapitre premier de ce mémoire<sup>1090</sup>. Nous y avons constaté que la légitimité d'une asymétrie dépendrait de la manière dont elle en est venue à être consacrée, donc de l'intégrité de la négociation et de la validité du consentement qui y a été donné<sup>1091</sup>. Les postures fortement opposées que prennent la majorité ainsi que la minorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Caron* peuvent illustrer, à notre sens, que ce qui manque de légitimité pour un groupe donné peut recevoir un haut degré d'appui pour un autre. En effet, la majorité de la Cour, laquelle adopte la perspective des intérêts des législatures provinciales, n'estime pas que la preuve soutienne que le Parlement aurait consenti à des garanties linguistiques dans les territoires qui furent annexés en 1870<sup>1092</sup>. Il ne serait donc pas légitime pour la Cour de consacrer de telles garanties. À l'inverse, les juges Wagner et Côté, dissidents, mettent de l'avant une lecture de l'histoire qui tient compte des minorités linguistiques et de leurs attentes légitimes lors de ces négociations<sup>1093</sup>.

Pour ce qui est du principe de l'égalité formelle, il revient à traiter de manière uniforme tant les citoyens que les entités fédérées. Il contribue ainsi à favoriser la symétrie dans une fédération<sup>1094</sup>. Nous avons vu qu'il existe une tendance, du moins à la Cour suprême, à interpréter symétriquement la portée des garanties constitutionnelles de bilinguisme applicable au Québec, au Manitoba et au Nouveau-Brunswick<sup>1095</sup>. Autrement dit, d'une similitude de langage devrait découler une similitude de contenu<sup>1096</sup>. La symétrie des droits veut que les mêmes droits soient appliqués de la

---

<sup>1088</sup> A. BRAËN, préc., note 955, à la p. 243 ; Voir également les paragraphes 35-38 de l'arrêt *Caron*.

<sup>1089</sup> A. BRAËN, préc., note 955, à la p. 250.

<sup>1090</sup> *Supra*, chapitre 1, section 1, sous-section 4.3 : « La légitimité ».

<sup>1091</sup> G. GIBSON, préc., note 111, à la p. 3.

<sup>1092</sup> *Caron*, par. 59-70.

<sup>1093</sup> *Id.*, par. 235-243.

<sup>1094</sup> *Supra*, chapitre 1, section 1, sous-section 4.2 : « Le principe de l'égalité formelle des provinces et des citoyens ».

<sup>1095</sup> *Supra*, chapitre 3, section 2, sous-section 2.3.1 : « Les similitudes entre les obligations constitutionnelles du Québec, du Manitoba et du Nouveau-Brunswick » ; Si le juge Dickson aurait quant à lui distingué l'interprétation des obligations constitutionnelles du Nouveau-Brunswick de celles du Québec et Manitoba en raison de la différence de contexte entourant leur adoption, cela demeure une opinion minoritaire. Voir à ce sujet l'opinion du juge Dickson dans l'arrêt *Société des Acadiens*.

<sup>1096</sup> P. FOUCHER, préc., note 969, p. 390.

même manière et devrait ainsi rapporter également à tous<sup>1097</sup>, et ce, indépendamment du fait que la situation des minorités linguistiques et les défis auxquels elles font face puissent varier d'une province à une autre.

Si une interprétation similaire dans le cas des dispositions visant le Québec et le Manitoba pouvait se justifier par la contemporanéité de leur édicition, la raison pour laquelle cette logique s'applique aux garanties contenues dans la Charte canadienne est moins claire. En effet, les circonstances qui ont donné lieu aux compromis de 1867 et de 1870 ne sont pas les mêmes que celles qui donnèrent lieu à celui de 1982<sup>1098</sup>. Cette tendance est d'autant plus curieuse qu'il est somme toute établi que, de manière générale, la Cour suprême est sensible à la réalité des minorités de langues officielles, et prendra en compte que la minorité francophone des provinces canadiennes se trouve dans une position différente de la minorité anglophone du Québec. Les droits linguistiques sont donc normalement interprétés dans le but d'atteindre l'égalité réelle<sup>1099</sup>. Il semble néanmoins qu'en ce qui concerne l'interprétation des garanties constitutionnelles de bilinguisme parlementaire, législatif et judiciaire, ce soit pour l'instant et sauf exception, une interprétation symétrique qui prime.

### 2.3.6. *Perspective critique sur l'interprétation de la Cour*

Certains juges ont déjà affirmé que l'attitude des tribunaux en ce qui concerne l'interprétation des droits linguistiques était d'adopter « une interprétation large, tout en admettant certaines restrictions à la portée de ces garanties lorsque le texte des dispositions l'exige »<sup>1100</sup>. Cela étant, plusieurs critiques ont été adressées à la Cour quant à son interprétation de la portée des garanties de bilinguisme, notamment : (I) une interprétation trop restrictive des garanties en matière judiciaire et parlementaire et (II) une interprétation trop large en matière législative. Il fut également soulevé que la jurisprudence en la matière est (III) imprévisible et (IV) qu'elle ne protège pas suffisamment les communautés de langues officielles.

---

<sup>1097</sup> P. FOUCHER, préc., note 4, à la p. 273.

<sup>1098</sup> P. FOUCHER, préc., note 969, p. 396.

<sup>1099</sup> P. FOUCHER, préc., note 4, aux p. 280-283 ; F. BÉRARD, préc., note 1079, p. 264-267.

<sup>1100</sup> C'est le cas du juge en chef Dickson au paragraphe 18 de ses motifs dans l'arrêt *Société des Acadiens*. C'est également le cas de la juge Wilson au paragraphe 148 de ses motifs dans le même arrêt.

En matière judiciaire et parlementaire d'abord, on reproche généralement à la Cour suprême d'avoir conclu que le droit d'employer le français ou l'anglais n'inclut pas celui d'être compris. Autrement dit, l'interprétation jurisprudentielle crée un dialogue de sourds. Soulignons d'entrée de jeu que cette première critique n'émane pas uniquement de la doctrine<sup>1101</sup>, mais également de juges dissidents de la Cour suprême, soit les juges Wilson et Dickson. Ils estiment que pour ne pas être dénués de sens, les droits linguistiques en matière judiciaire impliquent, pour le citoyen, la possibilité de comprendre et d'être compris<sup>1102</sup>. De ce fait, cela requiert que « les tribunaux de la province communiquent en anglais avec un anglophone et en français avec un francophone »<sup>1103</sup>. En matière parlementaire, le professeur Doucet indique que la langue dans laquelle un élu choisit de s'exprimer peut avoir une importance symbolique. Considérant que le bilinguisme parlementaire n'impose pas à l'État une obligation de traduction simultanée, Doucet pose la question suivante : « à quoi bon parler sa langue, si une large proportion de vos interlocuteurs et de votre auditoire ne vous comprend pas ? »<sup>1104</sup> En ces matières, la jurisprudence de la Cour suprême enlèverait donc aux garanties de bilinguisme une grande partie de leur utilité réelle<sup>1105</sup>.

En matière législative ensuite, sans constituer une critique, le professeur Woehrling remarque que la Cour suprême aurait interprété la portée de la garantie « au-delà de ce qui était voulu par les Pères de la Confédération »<sup>1106</sup>, lesquels n'auraient pas estimé que la garantie s'étendait à la législation déléguée puisque son importance est apparue postérieurement à la Confédération<sup>1107</sup>. Nous avons par ailleurs vu que l'extension du bilinguisme législatif à la législation déléguée n'était pas sans controverse doctrinale, puisqu'une forte majorité d'auteurs était d'avis contraire<sup>1108</sup>.

D'autres critiquèrent le manque de prévisibilité de la jurisprudence en matière linguistique, puisqu'il deviendrait difficile de savoir quand la Cour suprême privilégiera une approche littérale

---

<sup>1101</sup> Voir à titre d'exemple : P. FOUCHER, préc., note 969, p. 394-397 ; M. DOUCET, préc., note 912, p. 191-192 ; José WOEHLING, « Les droits des minorités linguistiques et culturelles dans un Québec souverain », dans Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING (dir.), *Demain le Québec - Choix politiques et constitutionnels d'un pays en devenir*, Sillery, Québec, Septentrion, 1994, p. 215, à la p. 229.

<sup>1102</sup> *MacDonald*, par. 165 ; *Société des Acadiens*, par. 29 (j. Dickson) et par. 193 (j. Wilson).

<sup>1103</sup> *MacDonald*, par. 181 ; *Bilodeau*, par. 22.

<sup>1104</sup> M. DOUCET, préc., note 912, p. 128.

<sup>1105</sup> A. TOMKINS, préc., note 979, à la p. 181.

<sup>1106</sup> J. WOEHLING, préc., note 1101, à la p. 230.

<sup>1107</sup> *Id.*, à la page 225.

<sup>1108</sup> *Supra*, chapitre 3, section 2, sous-section 2.3.2.1 : « Le bilinguisme parlementaire et législatif ».

ou encore téléologique. La première favorise une interprétation restrictive des droits, alors que la seconde milite inversement en faveur d'une interprétation plus large<sup>1109</sup>. Le caractère fluctuant, oscillant ou contradictoire de la jurisprudence en la matière fut donc soulevé<sup>1110</sup>.

Enfin, la tendance de la Cour à estimer que les garanties linguistiques devraient se développer par la voie politique, plutôt que judiciaire, fut décriée par un pan de la doctrine. On souleva en effet que cela précarise la situation des minorités qui verront leurs garanties être tributaires de la bonne volonté de la majorité, ce qui, historiquement, n'a pas favorisé l'essor de leur langue<sup>1111</sup>. En renvoyant les communautés de langue officielle dans l'arène politique, selon le professeur Braën, « c'est la francophonie canadienne qui risque de perdre compte tenu de son poids minoritaire et de l'hostilité que soulève bien souvent dans l'opinion publique la question linguistique. »<sup>1112</sup> Dans la même veine, la qualification des garanties linguistiques comme résultant d'un compromis politique, auquel la Cour rattache la conséquence que leur interprétation devrait être restrictive, fut fortement critiquée, et plus tard désavouée par le tribunal lui-même<sup>1113</sup>.

#### 2.4. Le degré et l'importance de l'asymétrie

Les analyses qui précèdent ont permis de révéler la raison d'être des garanties constitutionnelles de bilinguisme dans trois provinces, d'un point de vue historique et doctrinal ainsi que jurisprudentiel. Par ailleurs, nous avons pu effectuer des rapprochements entre la théorie de la science politique à l'égard de l'asymétrie ainsi que le type d'argument employé par les tribunaux dans leur raisonnement. Il importe désormais de nous pencher sur le degré et l'importance de l'asymétrie. En premier lieu, nous verrons dans quelle mesure l'obligation constitutionnelle de bilinguisme influe sur la portée du pouvoir législatif du Québec, du Manitoba et du Nouveau-Brunswick (section 2.4.1). En deuxième lieu, nous nous attarderons au domaine dans lequel s'inscrit l'asymétrie, donc sur l'importance de la langue en contexte canadien (section 2.4.2).

---

<sup>1109</sup> Yves LEBOUTHILLIER, « Le nécessaire enchâssement de la dualité linguistique et des droits des francophones de l'Ontario », (1992) 24-1 *R.D. Ottawa* 117, p. 129.

<sup>1110</sup> B. PELLETIER, préc., note 1028, p. 622-623.

<sup>1111</sup> *Id.*, p. 659.

<sup>1112</sup> A. BRAËN, préc., note 955, à la p. 252.

<sup>1113</sup> P. FOUCHER, préc., note 969, p. 395-396 ; *Beaulac*, par. 24, motifs de la majorité sous la plume du juge Bastarache : « Je conviens que l'existence d'un compromis politique n'a aucune incidence sur l'étendue des droits linguistiques ».

#### 2.4.1. Une asymétrie qui se traduit dans les modalités de l'exercice du pouvoir législatif?

Nous avons énoncé, lors de l'élaboration de notre grille d'analyse, qu'une asymétrie sera faible si les pouvoirs des entités fédérées diffèrent, mais seulement dans le détail. À l'inverse, elle sera perçue comme forte si une ou certaines entités ont considérablement moins de pouvoirs que les autres<sup>1114</sup>. En l'espèce, il serait erroné d'affirmer que, du fait des exigences de bilinguisme auxquelles elles sont soumises, les provinces de Québec, du Manitoba et du Nouveau-Brunswick ont considérablement moins de pouvoirs que les sept autres entités fédérées. Mais, de ce constat, en découle-t-il pour autant que l'asymétrie ne se traduit que dans le détail ou dans les modalités du pouvoir législatif pouvant être exercé ? Nous ne le pensons pas.

Certes, toutes les provinces canadiennes ont les mêmes compétences au terme de l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, l'asymétrie en matière de bilinguisme se traduit d'abord dans les modalités de l'exercice du pouvoir législatif, donc dans les règles que les législatures doivent suivre dans l'édiction de leurs normes. L'irrespect des exigences constitutionnelles de bilinguisme entraîne des conséquences importantes, comme l'a appris le Manitoba. Par la combinaison de l'arrêt *Forest* et du *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, son corpus législatif, puisqu'unilingue, fut déclaré invalide et inopérant. L'asymétrie se traduit ensuite dans le type de lois qui peuvent, ou non, être adoptées par les législatures du Québec, du Manitoba et du Nouveau-Brunswick, car elle limite leur action législative dans la réglementation des droits linguistiques<sup>1115</sup>. En ce sens, l'asymétrie restreint l'exercice de la souveraineté de ces provinces<sup>1116</sup>. À titre d'exemple, le Québec vit plusieurs dispositions phare de sa pièce maîtresse en matière linguistique, la *Charte de la langue française* déclarées *ultra vires* de la législature du Québec puisqu'en contradiction avec les obligations prévues à l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>1117</sup>. Ces articles faisaient du français la seule langue officielle de la législation et de la justice<sup>1118</sup>.

---

<sup>1114</sup> *Supra*, chapitre 1, section 2, sous-section 2.3 : « Le degré et l'importance de l'asymétrie ».

<sup>1115</sup> L. M. BLOOMFIELD, préc., note 962, à la p. 242.

<sup>1116</sup> Pierre BLACHE, « La portée des compétences linguistiques du Québec à la suite de l'accord Meech-Langevin », dans Pierre BLACHE et José WOEHLING (dir.), *L'accord Meech-Langevin et les compétences linguistiques du Québec : opinions juridiques*, coll. « Notes et documents du Conseil de la langue française », n°68, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1988, p. 7, à la p. 15.

<sup>1117</sup> Voir l'arrêt *Blaikie no 1*.

<sup>1118</sup> *Charte de la langue française*, L.Q. 1977, c. 5, art. 7-13.

Nous estimons en outre révélateur qu'aucune province n'ait décidé d'emboîter le pas au Nouveau-Brunswick et de s'assujettir sinon à toutes, au moins à certaines des garanties constitutionnelles en matière de bilinguisme que l'on retrouve dans la Charte canadienne. Des pressions avaient d'ailleurs été exercées sur l'Ontario pour qu'elle le fasse<sup>1119</sup>. Il s'agit de la province qui, en dehors du Québec, compte le plus grand nombre de francophones<sup>1120</sup>. Dans la mesure où toutes les provinces canadiennes, exception faite du Nouveau-Brunswick, ont choisi de faire de leur langue majoritaire la seule langue officielle, il n'est cependant pas étonnant qu'elles n'aient pas voulu s'assujettir à des garanties constitutionnelles de bilinguisme<sup>1121</sup>. Même le gouvernement du Nouveau-Brunswick appréhendait qu'elles fassent l'objet d'une interprétation trop large qui conduirait à une expansion des droits de la communauté minoritaire de la province<sup>1122</sup>. Enfin, rappelons que lorsque « la Saskatchewan et l'Alberta se sont vues confrontées à un choix entre le bilinguisme de l'article 110 de l'Acte des Territoires du Nord-Ouest ou un retour à l'unilinguisme qu'elles pratiquaient depuis leur création, elles ont choisi [...] la seconde option »<sup>1123</sup>.

Nous pouvons donc conclure de ces observations que l'entrave à l'exercice de la souveraineté des législatures provinciales soumises aux exigences de bilinguisme, si elle n'est pas considérable, n'est pas non plus banale. Bien sûr, ces assemblées législatives pourront édicter toutes les lois qu'elles désirent, à condition de respecter leurs obligations constitutionnelles. Mais nous verrons que, de manière générale dans les fédérations – et plus particulièrement en contexte canadien – la langue est un domaine controversé. Incidemment, des restrictions au pouvoir souverain en cette matière le sont également.

---

<sup>1119</sup> H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 295, par. XI.15.

<sup>1120</sup> J. WOEHLING, préc., note 24, à la p. 57 ; La population de l'Ontario qui avait le français pour langue maternelle était de 4,2% en 2021, mais cela représente plus d'un demi-million d'habitants (591 855). Il serait possible de conclure que c'est le poids relatif d'une minorité linguistique qui justifie la consécration constitutionnelle d'une forme de bilinguisme dans une province, plutôt que son nombre : Nicolas AUCLAIR, Catherine FRIGON et Gabriel ST-AMAND, « Faits saillants sur la langue française en Ontario en 2021 », *Statistique Canada*, 22 août 2023, en ligne : <<https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/89-657-x/89-657-x2023017-fra.htm>>.

<sup>1121</sup> B. PELLETIER, préc., note 945, p. 273-274.

<sup>1122</sup> M. DOUCET, préc., note 912, p. 91.

<sup>1123</sup> B. PELLETIER, préc., note 945, p. 275.

#### 2.4.2. La langue : un domaine sensible pour les provinces

Afin de compléter notre analyse du degré et de l'importance de l'asymétrie, il convient de nous attarder au domaine dans lequel elle s'inscrit. Depuis les débuts de la Confédération, la question de la langue fut toujours épineuse. Cela serait caractéristique de bien des fédérations multiculturelles, puisque langue, culture et communauté sont intrinsèquement reliées :

« C'est par le langage que l'individu satisfait son besoin de s'exprimer ; c'est par le langage que l'homme non seulement communique mais réalise la communion avec autrui. C'est le langage qui, par ses structures, donne une forme cohérente à la pensée humaine ; c'est le langage qui rend possible l'organisation sociale. Aussi une langue commune est-elle l'expression d'une communauté d'intérêts au sein d'une collectivité. »<sup>1124</sup>

Pour le politologue Ronald Watts, la caractéristique principale du fédéralisme est la négation de la simple règle du nombre, bref de la conception selon laquelle la majorité, entre autres linguistique, puisse toujours agir à sa guise<sup>1125</sup>. Cela étant, le respect de la diversité linguistique au sein d'une fédération sera tributaire « de l'esprit de tolérance et de compromis des groupes majoritaires »<sup>1126</sup>. En contexte canadien, « les constituants de 1867 ont pris acte d'une absence de bilinguisme sociologique à l'échelle du pays, et, en divisant la Province du Canada-Uni en deux, ils ont sciemment accordé une dimension *normative* et *constitutionnelle* au fait que les provinces seraient "sociologiquement" marquées par des demoï majoritaires francophone au Québec et anglophone ailleurs. »<sup>1127</sup> Il était donc en quelque sorte inévitable que la langue de la majorité, à l'échelle provinciale, devienne en pratique la seule langue officielle<sup>1128</sup>, sous réserve du Nouveau-Brunswick, seule province officiellement bilingue<sup>1129</sup>, et sous réserve des exigences constitutionnelles dans cette province ainsi qu'au Québec et au Manitoba. Un groupe majoritaire comprendra parfois mal le fondement des revendications des minorités linguistiques<sup>1130</sup>. En effet,

---

<sup>1124</sup> R. L. WATTS, préc., note 276, p. 15-16.

<sup>1125</sup> *Id.*, p. 90.

<sup>1126</sup> *Id.*

<sup>1127</sup> J. LECLAIR, préc., note 154, aux p. 63-64 (italiques dans l'original).

<sup>1128</sup> P. E. TRUDEAU, préc., note 935, p. 57.

<sup>1129</sup> *Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*, L.N.-B. 1969, c. 14, art. 3, abrogée et remplacée par la *Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, c O-0.5 ; Voir aussi l'article 16(2) de la Charte canadienne.

<sup>1130</sup> M. DOUCET, préc., note 912, p. 29.

par son poids et son importance démographique, la communauté linguistique majoritaire bénéficiera d'une sécurité linguistique *de facto*<sup>1131</sup>.

Tel que l'indique Claude-Armand Sheppard, la langue, en contexte canadien, avant d'être une compétence accessoire, possède une signification culturelle :

« The ancillary regulation of language in any society, and particularly in a bilingual one, is undoubtedly secondary to its cultural significance. To say that language is a mere means of communication is to state less than half the truth. It is also, and foremost, the foundation of a particular culture, the prerequisite of its survival, and the vehicle of its propaganda. [...] Rather than language being ancillary to other ends, these ends may become ancillary to the conservation of language. »<sup>1132</sup>

Ainsi, parce que les revendications des minorités linguistiques peuvent être incomprises et parce que la langue, incluant celle de la majorité, sert à exprimer une communauté d'intérêts, la consécration constitutionnelle de garanties de bilinguisme pourra éventuellement susciter des débats. Que ce soit pour le Québec, le Manitoba ou le Nouveau-Brunswick, ces garanties ont été négociées et approuvées par les représentants de ces provinces. Ce sont donc des contraintes qui, du moins à une certaine époque, semblaient acceptables à leurs représentants. Cela étant, le caractère négocié et consenti de ces asymétries n'empêchera pas que certaines provinces puissent après coup avoir estimé ou réalisé que ces obligations les contraignaient dans la réalisation de certains projets. La présence d'asymétrie constitutionnelle en matière linguistique peut donc gêner la poursuite de certains objectifs dans ces trois provinces, alors que les sept autres peuvent décider, comme elles l'ont d'ailleurs fait, d'opérer majoritairement sur une base unilingue.

Pour le professeur Paul Daly, le bilinguisme législatif se présente comme une marque de respect envers une communauté linguistique minoritaire : « statutes are written in a language some people cannot read [...] as a mark of respect for members of language groups. [...] [B]ilingual legislation is not simply about brute political force but about deeper concerns about identity and status within a political community. »<sup>1133</sup> Or, tout comme il existe à la fois des raisons pratiques et symboliques

---

<sup>1131</sup> Denise G. RÉAUME, « The Demise of the Political Compromise Doctrine: Have Official Language Use Rights Been Revived? », (2001) 47-3 *R.D. McGill* 593, p. 782.

<sup>1132</sup> C.-A. SHEPPARD, préc., note 906, p. 101.

<sup>1133</sup> Paul DALY, « Why Write Statutes Which Some People Cannot Read? », dans Noura KARAZIVAN et Jean LECLAIR (dir.), *L'héritage politique et constitutionnel de Pierre Elliott Trudeau*, Toronto, LexisNexis, 2020, p. 409, à la p. 413.

à l'existence de lois bilingues, il existe également des raisons pratiques et symboliques pour en rédiger des unilingues. En effet, tel que le souligne le professeur Braën, « on ne saurait nier le caractère éminemment symbolique qui se rattache à l'adoption de la législation au sein de l'État, tout comme on ne saurait nier l'opposition catégorique de certaines provinces canadiennes à être liées par une obligation constitutionnelle de la sorte. »<sup>1134</sup> Enfin, dans le même esprit, le professeur Pelletier note ce qui suit :

« les provinces, ou du moins certaines d'entre elles, étaient bien disposées à reconnaître au fédéral un rôle en ce qui concerne la protection et la promotion du bilinguisme, mais en autant seulement que ce rôle se limite aux sphères juridictionnelles fédérales, et en autant qu'elles n'aient pas elles-mêmes, au niveau provincial, à faire preuve de compassion et de leadership en la matière. »<sup>1135</sup>

Nous avons vu que le Manitoba, 20 ans après son entrée dans la Confédération, a tenté de se départir de l'article 23 de la Loi de 1870 et a, de ce fait, passé outre ses obligations constitutionnelles et les droits de sa population francophone durant près de 100 ans<sup>1136</sup>. À la suite de la création de la province s'ensuivit une minorisation progressive de la population francophone, qui ne comptait plus que pour 10% vers 1890, en raison d'immigration massive de populations anglophones, combinée à un exode des Métis francophones vers la Saskatchewan<sup>1137</sup>. Comme le souligne le professeur Pelletier, « dès qu'ils ont constitué une majorité au Manitoba, les anglophones se sont attaqués aux droits des francophones. »<sup>1138</sup> L'abrogation du bilinguisme est notamment l'œuvre de D'Alton McCarthy, lequel prônait des politiques assimilationnistes et militait pour l'unilinguisme anglophone dans l'ensemble du pays<sup>1139</sup>. L'histoire du français au Manitoba démontre donc qu'une majorité peut ne pas se sentir liée par des garanties linguistiques lorsque son poids démographique

---

<sup>1134</sup> A. BRAËN, préc., note 955, à la p. 251.

<sup>1135</sup> B. PELLETIER, préc., note 945, p. 267-268.

<sup>1136</sup> *Supra*, chapitre 3, section 2, sous-section 2.3.3 : « Le fondement des garanties de bilinguisme et leur caractère intangible » ; Il faudra en effet attendre l'arrêt *Forest*, en 1979, ainsi que le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, en 1985, pour conclure que les lois unilingues anglophones adoptées par la législature du Manitoba depuis 1890 étaient et avaient toujours été invalides et de ce fait inopérantes.

<sup>1137</sup> Il semblerait également que de 1870 à 1914, ce sont les Îles britanniques qui fournissent le plus d'immigrants dans l'Ouest canadien : ARCHIVES PUBLIQUES DU CANADA, préc., note 898, p. 18 ; Voir aussi Sandrine HALLION BRES, « Langue française au Manitoba : héritages canadien-français et européen », *Encyclopédie du patrimoine culturel de l'Amérique française* 2007, en ligne : <[http://www.ameriquefrancaise.org/fr/article-544/Langue\\_fran%C3%A7aise\\_au\\_Manitoba](http://www.ameriquefrancaise.org/fr/article-544/Langue_fran%C3%A7aise_au_Manitoba)>.

<sup>1138</sup> B. PELLETIER, préc., note 890, p. 261-262 ; Dans le même sens, voir les propos du professeur J. WOEHLING, préc., note 472, à la p. 162.

<sup>1139</sup> C.-A. SHEPPARD, préc., note 906, p. 79.

dépasse largement celui de la minorité. Elle peut, dès lors, rapidement vouloir opérer sur une base unilingue.

La protection de la langue française dans la province de Québec fut un cheval de bataille pour bon nombre de gouvernements québécois<sup>1140</sup>. Le rôle du Gouvernement serait « de protéger et de développer dans sa plénitude une culture originale : un mode d'être, de penser, d'écrire, de créer, de se réunir, d'établir des relations entre les groupes et les personnes, et même de conduire les affaires »<sup>1141</sup>. Cette culture originale passe entre autres par la langue, dont la protection par la *Charte de la langue française* constitue un projet de société<sup>1142</sup>. Or, l'objectif de la Charte de faire du Québec une société française, au même titre que les autres provinces canadiennes seraient anglaises<sup>1143</sup>, fut à certains égards contrecarré par l'article 133<sup>1144</sup>. Le sujet de la langue dans la province sera probablement toujours d'actualité. Il en est ainsi puisque, si la population francophone est majoritaire au Québec, il n'en demeure pas moins qu'elle est minoritaire à l'échelle canadienne. De ce fait, on cherche à assurer la pérennité du français dans la province. Les gouvernements québécois ont ainsi historiquement vu avec appréhension les gains des minorités francophones des autres provinces, de crainte que cela ne se répercute sur l'étendue des droits de sa minorité anglophone<sup>1145</sup>.

Enfin, la présence d'une asymétrie constitutionnelle en matière de bilinguisme peut être critiquée par les minorités francophones des provinces qui n'y sont pas soumises et où leur protection est tributaire de la volonté de la législature. L'enchâssement constitutionnel est souvent le seul rempart efficace à l'encontre d'une décision de la majorité. En effet, tel que l'indique le professeur Le

---

<sup>1140</sup> Pour un aperçu des positions politiques en matière linguistique des gouvernements successifs de la province de Québec, nous renvoyons le lecteur aux sources suivantes : SECRÉTARIAT DU QUÉBEC et AUX RELATIONS CANADIENNES, *Positions du Québec dans les domaines constitutionnel et intergouvernemental de 1936 à mars 2001*, Québec, Gouvernement du Québec, 2001, en ligne : <<https://www.sqrc.gouv.qc.ca/relations-canadiennes/positions-historiques/positions-quebec-1936-2001.asp>> ; SECRÉTARIAT DU QUÉBEC AUX RELATIONS CANADIENNES, *Positions du Québec dans les domaines constitutionnel et intergouvernemental de 2001 à 2018*, Québec, Gouvernement du Québec, 2019, en ligne : <<https://www.sqrc.gouv.qc.ca/documents/positions-historiques/positions-du-qc/2001-2008.pdf>>.

<sup>1141</sup> C. LAURIN, préc., note 930, p. 21.

<sup>1142</sup> *Id.*, p. 32.

<sup>1143</sup> *Id.*, p. 35.

<sup>1144</sup> L'arrêt *Blaikie no. 1* invalide les articles 7 à 13 de la *Charte de la langue française*, L.Q. 1977, c. 5, lesquels affirment essentiellement la primauté du français.

<sup>1145</sup> Cela mènera souvent le gouvernement du Québec à agir comme intervenant afin de prôner une lecture restrictive des droits linguistiques : F. BÉRARD, préc., note 1079, p. 272 et 281.

Bouthillier, « [a]u Canada, l'histoire ancienne ou récente témoigne du besoin d'enclôser dans la Constitution les droits des minorités de langue officielle. »<sup>1146</sup> Il va sans dire que l'assujettissement de toutes les provinces à de telles garanties mettrait un terme à l'asymétrie constitutionnelle qui existe présentement.

## 2.5. La procédure de modification de l'exigence de bilinguisme

Un dernier aspect demeure à être étudié avant de clore notre analyse des obligations constitutionnelles de bilinguisme parlementaire, législatif et judiciaire du Québec, du Manitoba et du Nouveau-Brunswick, soit le degré auquel la Constitution consacre et protège, par le biais des formules de modification, ces garanties linguistiques.

Avant l'avènement de la *Loi constitutionnelle de 1982* et de ses formules de modification, nous avons vu que les tribunaux, et la Cour suprême en dernière instance, avaient conclu que les exigences de bilinguisme du Québec et du Manitoba, aux termes respectivement des articles 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, ne faisaient pas partie de la « constitution de la province » au sens de l'article 92(1) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. De ce fait, ces dispositions ainsi que les obligations qu'elles contiennent échappaient à la modification unilatérale des législatures provinciales<sup>1147</sup>. Selon cette interprétation, avant 1982, l'exigence de bilinguisme n'aurait été modifiable que par l'adoption d'une loi britannique à la demande du Canada<sup>1148</sup>. L'assentiment des deux chambres fédérales ainsi qu'un degré appréciable de consentement provincial aurait été conventionnellement requis, quoique d'un strict point de vue légal, le consentement ou la consultation des provinces n'aurait pas été exigé<sup>1149</sup>.

---

<sup>1146</sup> Y. LEBOUTHILLIER, préc., note 1109, p. 119.

<sup>1147</sup> *Supra*, chapitre 3, section 2, sous-section 2.3.3 : « Le fondement des garanties de bilinguisme et leur caractère intangible ».

<sup>1148</sup> J. WOEHLING, préc., note 472, à la p. 492 ; Le Parlement fédéral n'a toutefois jamais demandé à Londres de modifier ces dispositions : B. PELLETIER, préc., note 890, p. 237.

<sup>1149</sup> *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution* ; B. PELLETIER, préc., note 480, p. 252 ; J. WOEHLING, préc., note 472, à la p. 519 ; La position du professeur Woehrling est cependant moins claire sur ce point, puisque dans un autre article, il semblait indiquer que la modification, avant 1982, aurait pu s'effectuer par une loi britannique adoptée à la demande des autorités fédérales canadiennes, probablement avec l'accord du Québec : José WOEHLING, « La procédure nécessaire pour modifier l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 », (1994) 35-3 *C. de D.* 551, p. 567.

C'est donc l'interprétation judiciaire qui a mis fin à l'idée que l'exigence constitutionnelle de bilinguisme au Québec ou au Manitoba pouvait être modifiée par une loi ordinaire de ces législatures, une opinion qui, rappelons-le, était soutenue par une partie de la doctrine<sup>1150</sup>. Si l'interprétation judiciaire a eu pour effet de consacrer une procédure de modification complexe, l'avènement de la *Loi constitutionnelle 1982* simplifia la procédure qui s'imposait jusqu'alors au Québec et au Manitoba<sup>1151</sup>.

L'opinion majoritaire en doctrine<sup>1152</sup>, pour ne pas dire unanime<sup>1153</sup>, veut que ce soit de nos jours l'article 43(b) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui contient la formule applicable aux « arrangements spéciaux », qui s'applique à la modification du volet québécois de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, à celle de l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et à celle des articles 17(2) à 19(2) de la Charte canadienne, lesquels concernent le Nouveau-Brunswick<sup>1154</sup>. Toutefois, cette formule ne serait applicable qu'en cas de modification ayant pour but de diminuer, ou de retirer les garanties de bilinguisme qui s'applique à ces provinces. En ce sens, il serait toujours possible pour les législatures provinciales de bonifier leur régime de bilinguisme par voie

---

<sup>1150</sup> *Supra*, chapitre 3, section 2, sous-section 2.2.3 : « Les opinions doctrinales quant au pouvoir des provinces de modifier l'obligation de bilinguisme antérieurement aux arrêts *Blaikie* et *Forest* ». Rappelons toutefois que bien des années avant que ces opinions doctrinales soient développées, la Cour de comté du Manitoba avait déclaré que ni cette province ni le Québec ne pouvaient modifier leurs obligations de bilinguisme par voie de lois ordinaires. Comme nous l'avons vu, toutefois, ces décisions ont sombré dans l'oubli et ont été ignorées par la législature du Manitoba, *supra*, chapitre 3, section 2, sous-section 2.3.3 : « Le fondement des garanties de bilinguisme et leur caractère intangible ».

<sup>1151</sup> J. WOEHRLING, préc., note 472, à la p. 519.

<sup>1152</sup> Sont notamment de cet avis les auteurs suivants : H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 295, par. IV.167 ; P. W. HOGG et W. K. WRIGHT, préc., note 505, p. 4-33 et 4-34 ; J. WOEHRLING, préc., note 467, à la p. 483 ; B. PELLETIER, préc., note 480, p. 249.

<sup>1153</sup> Initialement, le professeur Pelletier était d'avis que la procédure de modification applicable au volet québécois de l'article 133 LC 1867 et à l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* était celle de l'article 41(c) LC 1982, ce qui implique le consentement unanime des chambres du Parlement fédéral et des assemblées législatives provinciales. Il en était ainsi, selon lui, parce que ces dispositions sont intimement liées au projet d'union fédérale et transcendent le seul intérêt de ces provinces à un tel point qu'elles intéressent plutôt l'ensemble du Canada. Il n'en était cependant pas de même pour les dispositions concernant le Nouveau-Brunswick : B. PELLETIER, préc., note 890, p. 257-260 et 271-272 ; Quatre années plus tard, le professeur Pelletier se rangera du côté majoritaire de la doctrine en reconnaissant lui-même que sa position initiale était très nettement minoritaire dans le contexte doctrinal canadien : B. PELLETIER, préc., note 480, p. 249-256.

<sup>1154</sup> Depuis 1982, on considère que les volets québécois et fédéral de l'article 133 ont été dissociés par le Constituant. Le premier se modifie par le biais de l'article 43(b), et le second par le biais de l'article 41(c) LC 1982 (consentement unanime) : B. PELLETIER, préc., note 480, p. 252 ; Éric POIRIER, « L'arrêt *Blaikie* sur la langue de la législation québécoise et la thèse du réexamen : et si des développements récents donnaient raison aux professeurs Brun et Tremblay ? », dans Eugénie BROUILLET, Patrick TAILLON et Amélie BINETTE (dir.), *Un regard québécois sur le droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 499, à la p. 514.

de loi ordinaire, tout comme le Québec et le Manitoba auraient pu le faire avant 1982<sup>1155</sup>. Notons qu'une telle avenue, s'inscrivant dans une loi ordinaire, n'aurait aucune implication quant à l'asymétrie constitutionnelle qui existe actuellement entre les provinces dans le domaine du bilinguisme parlementaire, législatif et judiciaire<sup>1156</sup>.

Il est possible d'envisager trois scénarios qui auraient une incidence sur l'asymétrie entre les provinces en matière d'exigence constitutionnelle de bilinguisme parlementaire, législatif et judiciaire : (I) l'assujettissement de nouvelles provinces à ces obligations constitutionnelles, (II) l'abrogation de l'obligation constitutionnelle de bilinguisme au Québec, au Manitoba ou au Nouveau-Brunswick ou (III) la modification de la portée de la garantie de bilinguisme au Québec, au Manitoba ou au Nouveau-Brunswick. Dans cette dernière éventualité, l'asymétrie demeurerait toujours, mais dans un degré plus ou moins important en fonction de la modification dont il est question. Dans tous les cas, comme nous l'avons indiqué, c'est la formule de l'article 43 qui entrerait en jeu. Appliquant la logique que nous avons déjà exposée quant à son fonctionnement<sup>1157</sup>, dans les trois scénarios envisagés, le consentement requis serait celui de l'assemblée législative de la province désirant soit s'assujettir aux obligations, les abroger ou encore les modifier, ainsi que celui des chambres du Parlement fédéral. En ce qui concerne l'assujettissement de nouvelles provinces, cela reviendrait à ajouter, en plus du Nouveau-Brunswick, la mention d'une ou de plusieurs autres provinces aux articles 17 à 19 de la Charte canadienne<sup>1158</sup>. Bien que le Nouveau-Brunswick soit concerné par les dispositions qui seraient modifiées, son consentement ne sera pas requis, car la modification ne l'affectera pas.

Deux raisons principales expliquent pourquoi l'on considère que la formule de l'article 43(b) s'applique à la diminution ou à l'abrogation des garanties de bilinguisme que l'on retrouve dans

---

<sup>1155</sup> B. PELLETIER, préc., note 480, p. 140, 143 et 145-146.

<sup>1156</sup> L'édition de lois différentes par les législatures de chaque province à partir de leur champ de compétence est le propre de toute fédération et ne saurait donc constituer une asymétrie constitutionnelle.

<sup>1157</sup> *Supra*, chapitre 2, section 1, sous-section 2.5 : « La procédure de modification de la représentation des provinces au Sénat ».

<sup>1158</sup> Nous ne concevons pas qu'une telle mention s'inscrive dans l'article 23, puisque celui-ci fait partie d'une loi constitutionnelle propre au Manitoba. Quant à l'ajout d'une province autre que le Québec à l'article 133, ce scénario nous semble peu probable. Comme l'a indiqué le juge Beetz dans l'arrêt *Société des Acadiens* au par. 69, « [i]l est de notoriété publique qu'on s'attendait à ce que certaines provinces autres que le Nouveau-Brunswick, abstraction faite du Québec et du Manitoba, finissent par adhérer volontairement à la totalité ou à une partie du régime constitutionnel prescrit par les art. 16 à 22 de la *Charte* ». C'est donc à ces dispositions que s'assujettiraient de nouvelles provinces.

les trois provinces. De prime abord, la doctrine reprend la logique générale qui avait été développée par les tribunaux selon laquelle les garanties linguistiques des articles 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ne peuvent être modifiées unilatéralement par les législatures québécoise et manitobaine. Pour le professeur Woehrling, il faut conclure que l'article 45 « ne permet pas la modification des dispositions des constitutions provinciales qui pourraient être considérées comme des conditions de l'union fédérative de 1867 ou encore qui seraient "essentiels à la mise en œuvre du principe fédéral" »<sup>1159</sup>. Ainsi, une disposition constituant un compromis à l'origine de la Confédération ne devrait pas pouvoir être modifiée sans le consentement des parties originaires au compromis. La doctrine considère donc de manière générale que la jurisprudence antérieure à 1982 s'applique toujours à l'interprétation des articles 133 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* de telle sorte que ces dispositions ne font pas aujourd'hui davantage partie de la constitution de ces provinces qu'elles ne le faisaient avant l'avènement des formules actuelles de modification constitutionnelle<sup>1160</sup>.

Ce constat nous permet de faire une remarque quant à l'article 43 et à la logique qui le sous-tend. Nous avons eu l'occasion d'observer, dans les parties précédentes de ce mémoire, qu'il empêche qu'un arrangement spécial concernant une province puisse être modifié sans son consentement. En ce sens, la formule constitue une protection des arrangements asymétriques qui bénéficient à certaines provinces. Mais dans le cas où un arrangement impose une obligation supplémentaire à une province, ce que d'aucuns qualifient d'asymétrie négative, on perçoit alors que l'article 43 a pour effet de subordonner la modification d'une telle disposition non seulement au consentement de l'assemblée législative de la province concernée, mais également à celui du Parlement fédéral. Il y a donc deux facettes à l'article 43, l'une protégeant la province, l'autre constituant un rempart pour la préservation de certains engagements qu'elle aurait pris, et dont elle pourrait après coup vouloir se départir.

---

<sup>1159</sup> J. WOEHRLING, préc., note 472, à la p. 492 ; B. PELLETIER, préc., note 480, p. 252-255. Pour une opinion minoritaire soutenant l'hypothèse que l'article 133 puisse être modifié par le biais de la formule de l'article 45, nous référons le lecteur à É. POIRIER, préc., note 1154.

<sup>1160</sup> B. PELLETIER, préc., note 480, p. 133 et 145.

Enfin, outre le fait que les garanties de bilinguisme ne font pas partie des constitutions des provinces, puisque résultant de compromis historiques, la formule de l'article 43 est celle qu'il convient d'adopter pour la raison qu'en tant que procédure de modification plus souple, elle permettrait et inciterait – en théorie – d'autres provinces à s'assujettir au régime de bilinguisme prévu dans la Charte canadienne<sup>1161</sup>.

### **3. Conclusion – Le rôle de la Cour à la fois dans le renforcement et dans l'atténuation de l'asymétrie**

Les obligations constitutionnelles de bilinguisme qu'il incombe au Québec, au Manitoba et au Nouveau-Brunswick de respecter sont le fruit de compromis historiques entre majorité et minorité linguistiques. Le caractère asymétrique de ces garanties en contexte canadien, ou le fait qu'elles ne s'appliquent qu'à trois provinces, s'explique à la fois par l'importance démographique d'une minorité dans une province donnée, et par la pratique antérieure des colonies en matière de bilinguisme. Si l'origine de l'asymétrie est textuelle, il n'en demeure pas moins que, par le rôle qui lui revient, la Cour suprême fut portée à maintes occasions à interpréter les garanties de bilinguisme parlementaire, législatif et judiciaire, de telle sorte que c'est sa jurisprudence qui détermine en grande partie la manière dont ces garanties restreignent la portée du pouvoir législatif des provinces.

À la lumière de l'analyse de la jurisprudence pertinente, nous avons démontré que la Cour adoptera généralement une interprétation large de la portée des garanties de bilinguisme, en les appliquant à plusieurs champs de l'activité étatique qui ne se trouvaient pas expressément mentionnés dans le libellé des dispositions asymétriques, mais dont elle infère la présence. C'est le cas en matière de législation déléguée et en ce qui concerne les tribunaux quasi judiciaires. C'est également le cas lorsqu'elle consacre le caractère intangible des protections consenties aux minorités linguistiques. Dans ces jugements, on perçoit en filigrane des considérations quant aux raisons d'être ou aux arguments en faveur d'arrangements asymétriques dans une fédération. En revanche, nous avons également vu que la Cour suprême tend à donner une portée restrictive au contenu des garanties, donc aux obligations qui incombent corrélativement aux législatures provinciales. Elle fait en cela

---

<sup>1161</sup> *Société des Acadiens*, par. 69 ; B. PELLETIER, préc., note 480, p. 279.

preuve de retenue, et l'on perçoit dans les justifications à cette attitude les arguments en faveur de la symétrie dans une fédération. La réticence de la Cour peut également être illustrée par son refus d'étendre des garanties constitutionnelles de bilinguisme à d'autres provinces sans preuve textuelle et contextuelle suffisamment claire. Sans prétendre qu'il s'agisse là des seules considérations prises en compte dans les jugements de la Cour, on remarque tout de même une certaine corrélation entre les arguments retenus par le tribunal afin de justifier ses conclusions, ainsi que la théorie de la science politique en matière de symétrie et d'asymétrie, ce qui tendrait à confirmer notre hypothèse. En ce qui concerne le degré et l'importance de l'asymétrie, si la restriction apportée à la souveraineté du Québec, du Manitoba et du Nouveau-Brunswick peut paraître mineure à première vue, le domaine dans lequel elle s'inscrit milite quant à lui pour une asymétrie que l'on qualifierait de forte. La langue joue en effet un important rôle symbolique et pratique pour une communauté, qu'elle soit minoritaire ou majoritaire. Enfin, si la procédure actuellement applicable à la modification des garanties constitutionnelles de bilinguisme a été consacrée par le constituant en 1982, il n'en demeure pas moins que la jurisprudence antérieure de la Cour suprême continue d'influer sur l'interprétation des formules de modification. En effet, nous avons vu que c'est en raison de la jurisprudence de la Cour que l'on considère que ces garanties outrepassent le simple intérêt des provinces. De ce fait, elles sont soustraites au pouvoir des provinces de modifier leur constitution interne. En ce sens, c'est l'interprétation judiciaire qui retire à une simple majorité la prérogative d'abroger des garanties linguistiques. N'eût été de la nécessité du consentement des chambres du Parlement fédéral, on peut en effet se demander si l'une ou l'autre des trois provinces soumises à des exigences constitutionnelles de bilinguisme n'opéreraient pas aujourd'hui sur une base unilingue, comme le font les sept autres provinces canadiennes.

### **Conclusion du chapitre 3 – L'attitude ambivalente de la Cour en matière d'asymétries de pouvoirs législatifs**

Dans ce chapitre, nous avons analysé deux types d'asymétries entre les provinces quant aux pouvoirs législatifs qui leur sont reconnus par la Constitution canadienne en tant qu'entités souveraines. La première est prévue à l'article 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Sa mise en œuvre pourrait vraisemblablement opérer un transfert de certains domaines du droit actuellement

de compétence provinciale vers le Parlement fédéral. Dans cette perspective, il existerait alors une asymétrie entre les provinces qui ont opté pour un contrôle fédéral, et celles qui ne l'ont pas fait ou qui ne peuvent pas le faire. Les différentes provinces n'auraient alors plus les mêmes compétences législatives. La deuxième asymétrie que nous avons étudié, soit la constitutionnalisation d'un bilinguisme étatique au Québec, au Manitoba et au Nouveau-Brunswick, si elle ne modifie pas le partage des compétences, établie toutefois des limites à la manière dont ces trois législatures peuvent légiférer, limites qui ne sont pas imposées aux sept autres provinces canadiennes.

Que ce soit pour la possibilité offerte aux provinces de common law d'unifier leurs lois en matière de procédure et de droit privé, ou encore pour ce qui regarde les exigences de bilinguisme, ces asymétries ont été expressément prévues dans le texte constitutionnel. Elles sont donc l'œuvre des représentants des provinces qui les ont négociés, et non la création d'un tribunal. Dans les deux cas, la consécration de ces asymétries a des justifications fondamentales : l'article 94 omet sciemment de son application la province de Québec, en raison de sa tradition de droit civil, laquelle fait partie intégrante de son caractère distinctif. Les garanties constitutionnelles en matière de bilinguisme, quant à elles, visent à protéger et pérenniser l'existence de minorités linguistiques. De ce fait, on peut conclure que ces asymétries s'inscrivent dans la Constitution afin de protéger les aspects culturels de certaines communautés. Cela n'est toutefois pas un hasard puisque, comme nous l'avons vu au premier chapitre de ce mémoire, l'asymétrie est souvent revendiquée afin de tenir compte de la situation particulière des minorités culturelles ou nationales.

Au terme du deuxième chapitre, nous avons pu conclure que la Cour suprême semble favorable non seulement au respect, mais même au renforcement des asymétries de représentation au sein des institutions centrales. Or, il est plus difficile d'en arriver à une conclusion aussi claire en ce qui concerne l'attitude de la Cour lorsque l'asymétrie se transpose dans les pouvoirs législatifs qui peuvent être exercés par les provinces. D'abord, la Cour suprême ne s'est jamais prononcée spécifiquement sur l'interprétation du mécanisme prévu à l'article 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À notre connaissance, aucun autre tribunal ne l'a par ailleurs fait. Nous avons donc dû raisonner par déduction en nous appuyant sur le mécanisme qui s'y apparente le plus, soit la délégation inter-parlementaire. Ensuite, pour ce qui est des exigences constitutionnelles de bilinguisme, il est difficile de décider si la Cour adopte une approche large et libérale ou restrictive

de ces garanties, puisque sa jurisprudence se départage entre ces deux approches. Il est donc ardu de conclure de manière définitive que la jurisprudence a pour effet d'accentuer, ou d'atténuer, l'asymétrie qui existe entre les provinces en cette matière.

Nous avons émis l'hypothèse que les tribunaux, lorsqu'ils justifient l'interprétation retenue pour une disposition asymétrique, intégreront les théories élaborées à ce sujet par la science politique. En l'espèce, des parallèles très clairs ont pu être établis entre les arguments retenus par la Cour suprême dans l'arrêt *Nova Scotia*, et les arguments à l'encontre d'arrangements asymétriques. Nous pourrions même nous demander si ce n'est pas plutôt le raisonnement que la Cour adopte dans cet arrêt qui inspirera subséquemment la littérature quant aux limites de l'asymétrie dans une fédération. Pour ce qui est des arguments retenus par la Cour lorsque vient le temps d'interpréter les obligations de bilinguisme du Québec, du Manitoba et du Nouveau-Brunswick, certains parallèles peuvent être établis entre la théorie de la science politique en faveur de l'asymétrie dans les jugements qui interprètent largement les garanties de bilinguisme. De même, on retrouve en filigrane des décisions qui interprètent restrictivement ces droits des considérations qui s'apparentent à celles militant pour la symétrie dans une fédération.

En ce qui concerne le degré ainsi que l'importance de l'asymétrie, à l'heure actuelle, le mécanisme de l'article 94 ne crée pas une grande asymétrie entre les provinces, puisqu'il n'a pas été mis en œuvre. Cependant, si cela venait à être le cas, cet article a vraisemblablement le potentiel d'altérer de manière draconienne le partage des compétences. Pour ce qui est des exigences de bilinguisme, elles limitent les législatures provinciales quant aux lois qu'elles peuvent adopter, mais uniquement en matière linguistique. À l'heure actuelle, il serait donc erroné d'affirmer qu'une ou certaines provinces ont substantiellement plus ou moins de pouvoirs que les autres. En revanche, les domaines dans lesquels s'inscrivent ces asymétries sont de grande importance et militent vers une asymétrie que l'on qualifierait de forte : la propriété et les droits civils est la compétence principale des provinces, et la langue est un sujet sensible et central en contexte canadien.

Enfin, c'est la procédure des arrangements spéciaux qui s'applique tant à la modification de l'article 94 qu'à celle des garanties constitutionnelles de bilinguisme. Cette procédure de modification est de peu d'importance en ce qui concerne l'uniformisation du droit des provinces

de common law ; cet article est inutilisé et sa mise en œuvre nécessiterait de toute manière le consentement des assemblées législatives des provinces concernées. Cela étant, la formule de l'article 43 en ce qui concerne les garanties de bilinguisme met ces droits à l'abri d'une abrogation unilatérale par les législatures. En ce sens, elle confère une certaine importance dans l'ordre constitutionnel canadien aux droits que consacre cette asymétrie.

## Conclusion

Le bien-fondé – ou la pertinence – d’arrangements constitutionnels asymétriques afin de répondre aux revendications de certaines provinces est une thématique récurrente dans les débats entourant la manière dont le fédéralisme canadien devrait opérer. Si les réflexions entourant le concept de l’asymétrie ont principalement émané du domaine de la science politique, il n’en demeure pas moins que lorsque l’asymétrie a des assises constitutionnelles, elle peut avoir des impacts normatifs sur le statut des entités fédérées au sein des institutions centrales ou sur les pouvoirs législatifs qui leur sont reconnus en tant qu’entités souveraines. C’est donc dans une perspective juridique – tout en alimentant nos réflexions des apports de la science politique – que nous nous sommes demandé quelles étaient les asymétries constitutionnelles que l’on retrouve entre les provinces canadiennes. Cette question avait pour corollaire de déterminer comment ces dispositions asymétriques étaient appréhendées par le tribunal de dernière instance. En effet, à la lumière du rôle central que joue la Cour suprême dans l’interprétation de la Constitution, elle a le potentiel de favoriser un processus de symétrisation ou d’asymétrisation de la fédération canadienne.

Dans ce contexte, nous avons émis l’hypothèse que les asymétries que l’on retrouve dans la Constitution sont tributaires des tribunaux, lesquels justifieront l’interprétation retenue pour une disposition asymétrique en intégrant les théories élaborées à ce sujet en science politique. Autrement dit, lorsque l’interprétation judiciaire a pour effet de favoriser l’asymétrie, nous anticipions que les fondements de ce type d’arrangement ainsi que les avantages associés à l’asymétrie par les auteurs de science politique se refléteraient dans le raisonnement de la Cour. Inversement, dans les jugements qui atténuent les asymétries, les limites théoriques que les politologues associent aux asymétries admises entre les entités fédérées devraient également se refléter dans le raisonnement de la Cour. Au terme de ce mémoire et de l’étude de la jurisprudence pertinente, nous en venons au constat suivant, lequel confirme notre hypothèse : si le tribunal ne se réfère jamais explicitement au concept de l’asymétrie et qu’une panoplie de considérations sont prises en compte afin de justifier la conclusion retenue, il n’en demeure pas moins que les fondements et avantages, d’une part, ainsi que les inconvénients théoriques ou pratiques de l’asymétrie, d’autre part, sont reflétés dans ses jugements. Les premiers se retrouvent en filigrane

des jugements qui favorisent l'asymétrie, et les seconds dans ceux qui tendent à lui donner une portée atténuée.

Afin de répondre à notre question de recherche et de vérifier notre hypothèse, il était primordial d'établir les fondements normatifs de la symétrie et de l'asymétrie. C'est ce qu'a cherché à faire le premier chapitre du mémoire. Nous avons d'abord recensé les diverses acceptions qui existent en science politique du concept d'asymétrie, et plus particulièrement d'asymétrie constitutionnelle, dans le but de justifier la définition retenue dans le cadre de ce mémoire. De cette analyse, nous avons pu constater qu'il n'existe pas de consensus, ou de définition universellement partagée, de l'asymétrie constitutionnelle. Ensuite, nous avons exploré en quoi le modèle américain – fortement symétrique – se présente comme le référent à l'aune duquel se mesurent les autres fédérations. Nous avons ainsi pu constater qu'en raison de l'exemple américain, la symétrie se présente comme la norme selon la théorie classique du fédéralisme, et l'asymétrie comme une anomalie. Tant les fondements normatifs qui devraient donner lieu à des arrangements asymétriques selon les théories de la science politique que les arguments militant à l'inverse contre l'asymétrie furent abordés. De cet exercice, nous avons tiré la conclusion que, de manière générale, tant les arguments en faveur qu'en défaveur de l'asymétrie découlent de considérations quant à la pérennité d'une fédération. Pour les uns, l'asymétrie permet de stabiliser la fédération en freinant les revendications sécessionnistes, alors que pour les autres, elle alimenterait plutôt un désir d'autonomie qui sera toujours plus grand. Enfin, dans la dernière partie du premier chapitre, nous avons élaboré une méthodologie – laquelle fut subséquemment appliquée dans les chapitres deux et trois – permettant l'analyse la plus objective possible des dispositions constitutionnelles asymétriques et de leur interprétation par l'organe judiciaire.

Une fois ces considérations théoriques et méthodologiques établies, le deuxième chapitre a porté sur la première déclinaison de l'asymétrie constitutionnelle, c'est-à-dire les asymétries qui s'inscrivent dans le statut des entités fédérées au sein des institutions centrales. Nous avons d'abord porté notre attention sur l'article 22 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, lequel prévoit une représentation symétrique des régions au Sénat, doublée d'une représentation asymétrique des provinces. À ce stade, nous avons pu observer que la Cour suprême, par son interprétation de la fonction du Sénat dans la fédération canadienne, lui confère un rôle plus important que celui qu'il

joue en pratique. C'est également par l'interprétation judiciaire que la Cour renforce l'importance de l'asymétrie de représentation des provinces au Sénat, puisqu'elle consacre des formules de modification complexes afin d'en altérer la composition. Nous avons ensuite porté notre attention sur l'article 6 de la *Loi sur la Cour suprême*, lequel prévoit une garantie de représentation du Québec par trois juges au sein du tribunal de dernière instance. Si cette asymétrie était au départ législative, c'est par l'œuvre de la Cour suprême qu'elle est désormais constitutionnalisée. Au terme de ce chapitre, nous avons pu conclure que la Cour suprême semble favorable aux asymétries entre les entités fédérées, du moins lorsqu'elles s'inscrivent dans leur représentation au sein des institutions centrales. À certains égards, elle va même jusqu'à jouer le rôle de créatrice d'asymétries constitutionnelles.

Le troisième et dernier chapitre du mémoire, quant à lui, a permis d'analyser la deuxième déclinaison de l'asymétrie constitutionnelle, soit les différences qui s'inscrivent dans les pouvoirs législatifs que la Constitution reconnaît aux provinces en tant qu'entités souveraines. Nous avons d'abord porté notre attention sur l'article 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, lequel permet aux provinces de common law qui le souhaitent d'opter pour un contrôle fédéral en matière de propriété et de droits civils ainsi qu'en matière de procédure, deux champs de compétences provinciales. Nous en sommes venues au constat que l'éventualité d'une forme d'asymétrie dans la distribution des pouvoirs législatifs avait été prévue par le Constituant, et ce, dans le domaine qui constitue le cœur de la compétence législative des provinces. Or, nous avons également pu remarquer que la pratique des provinces ainsi que le regard de la Cour suprême sur ce genre de mécanisme semblent en avoir atténué l'importance. Le souci qu'affiche le tribunal à l'égard de la préservation de la structure générale de la Constitution le rend réticent à l'idée qu'un parlement puisse exercer un pouvoir dont l'autre ordre de gouvernement a été originellement investi. Enfin, la dernière asymétrie qui fit l'objet de ce mémoire est l'exigence constitutionnelle de bilinguisme parlementaire, législatif et judiciaire qui ne s'impose qu'au Québec, au Manitoba et au Nouveau-Brunswick. De toutes les dispositions à l'étude, cette asymétrie est la seule qui puisse être qualifiée de négative, puisqu'elle soumet les législatures de ces provinces à des exigences supplémentaires. De l'analyse de la jurisprudence en la matière, nous avons remarqué que le tribunal interprète tantôt largement, tantôt plus restrictivement, ces garanties linguistiques.

Notre objectif ainsi que notre apport aux connaissances étaient de déterminer quelle est la place et la portée des asymétries en droit constitutionnel canadien. Les quatre asymétries qui ont fait l'objet du présent mémoire ont toutes en commun d'avoir pour objet la protection des intérêts de certaines minorités culturelles ou nationales. En effet, le rôle mitigé que le Sénat fut porté à jouer dans la protection des intérêts des régions ou des provinces dans l'histoire canadienne n'empêche pas qu'une des fonctions d'une chambre haute soit de permettre la réalisation du principe de la protection des minorités. Dans la mesure où ce sont les régions qui sont représentées au Sénat et que le Québec en constitue une à lui seul, nous avons pu constater que la minorité nationale qui est protégée par l'asymétrie consacrée dans cette institution est la majorité francophone de cette province. De la même manière, la garantie constitutionnelle de représentation du Québec à la Cour suprême vise la préservation de la légitimité de l'arbitre fédéral aux yeux de la population québécoise, eu égard à son régime civiliste ainsi qu'à ses valeurs distinctes. L'exclusion délibérée du Québec de la possibilité d'uniformisation du droit en matière de propriété et de droits civils ainsi qu'en matière de procédure permet quant à elle de préserver la tradition civiliste de la province, laquelle est intrinsèquement reliée à son héritage culturel. Enfin, les garanties de bilinguisme parlementaire, législatif et judiciaire confèrent une protection aux minorités linguistiques de langues officielles dans certaines provinces.

Les quatre asymétries qui ont été analysées ont également en commun le fait que la formule de modification qui s'y applique met ces garanties à l'abri d'une modification par la simple volonté d'une majorité pancanadienne, ou par une majorité donnée dans une province lorsque l'asymétrie a pour vocation de protéger une minorité au sein de cette province. De ce fait, ces asymétries font toutes partie de la Constitution formelle du Canada. Selon toute vraisemblance, la représentation du Québec au Sénat ne saurait être diminuée sans le consentement de son assemblée législative. De même, la garantie constitutionnelle de représentation québécoise à la Cour suprême touche à la composition de l'institution, laquelle ne peut être modifiée sans le consentement unanime des deux chambres du Parlement fédéral et des assemblées législatives de chaque province. Or, l'unanimité revient à donner un droit de veto à chaque partenaire de la fédération, donc au Québec. En ce qui concerne l'article 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'exclusion du Québec de son champ d'application, cette disposition ne pourrait s'étendre à la province sans son consentement. Finalement, le Québec, le Manitoba ainsi que le Nouveau-Brunswick ne peuvent se départir

unilatéralement des obligations constitutionnelles de bilinguisme parlementaire, législatif et judiciaire qui leur revient, puisque le consentement des chambres du Parlement fédéral serait également requis pour les abolir. En ce sens, on assure aux minorités linguistiques de ces provinces que ces garanties ne sont pas tributaires de la volonté d'une majorité simple au sein des législatures provinciales. Par ailleurs, notons que la nécessité d'avoir prévu une formule de modification de la Constitution concernant les arrangements spéciaux à l'article 43 de la *Loi constitutionnelle de 1982* témoigne de la présence d'asymétries dans la Constitution. Autrement, il n'aurait pas été nécessaire de prévoir une méthode de modification pour les « dispositions de la Constitution du Canada applicables à certaines provinces seulement ».

Enfin, les quatre asymétries étudiées ont cela en commun qu'elles ont toutes fait l'objet de négociations ou ont émané de revendications de certains groupes. Elles ont donné lieu à une réflexion intense. Ces dispositions particulières se retrouvent toutes au cœur des multiples compromis qui ont permis ou bien l'avènement de la Confédération canadienne, ou bien la création des institutions centrales. La consécration de ces asymétries fit l'objet d'importants débats, qui perdurent pour certains encore aujourd'hui. Ce fait, combiné à l'importance des domaines dans lesquels elles s'inscrivent, nous mène à conclure qu'elles ne sont pas banales. Par ailleurs, indépendamment de la portée pratique de ces asymétries dans le fonctionnement de la fédération canadienne, elles ont une importante force symbolique. Le caractère négocié de ces asymétries, en plus de leur conférer une légitimité, permet également d'expliquer le fait qu'elles ont une origine textuelle. En effet, parmi les asymétries que nous avons étudiées, toutes, à l'exception de la représentation québécoise à la Cour suprême, étaient contenues dans le libellé d'un texte constitutionnel. Si la représentation du Québec à la Cour suprême était au départ législative, et que son caractère constitutionnel est l'œuvre du tribunal de dernière instance, il n'en demeure pas moins que ce n'est pas la Cour qui a inventé de toutes pièces une telle exigence ; elle était contenue dans la *Loi sur la Cour suprême* et, implicitement du moins, dans la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Au terme de notre démarche, nous en arrivons à la conclusion que les asymétries prévues au sein des institutions centrales, ce que nous avons qualifié d'asymétrie de statut des provinces, furent accentuées par l'interprétation jurisprudentielle. Nous constatons à l'inverse que l'attitude du tribunal de dernière instance a pour effet de diminuer les possibilités d'asymétries en termes de

pouvoirs législatifs. Il convient de préciser cette idée en spécifiant que les obligations imposées à certaines provinces qui influent sur l'étendue des pouvoirs symétriques qui leur sont reconnus par la Constitution ne semblent pas poser de problème pour la Cour. Nous avons en effet vu que, dans certaines circonstances, les obligations de bilinguisme ont été interprétées largement. Ce qui semble plutôt problématique est l'idée que le pouvoir originaire des provinces ne soit pas le même. Cela n'est pas sans conséquence, dans la mesure où l'asymétrie dans son acception la plus forte, prônée par certains auteurs de science politique, se traduirait dans une distribution différenciée des pouvoirs d'une province à une autre.

Évidemment, si nous avons choisi de diriger notre regard vers d'autres dispositions asymétriques, notre conclusion aurait peut-être été différente. Il s'agit donc là d'une limite à notre analyse. En revanche, il n'en demeure pas moins que notre échantillon révèle une certaine ouverture de la Cour aux asymétries de statuts et une réticence envers les asymétries de pouvoirs. Si les quatre asymétries analysées dans le cadre du présent mémoire ont à la fois une importance pratique et symbolique, nous pourrions avancer l'hypothèse que les asymétries de statuts – en contexte canadien – ont, comparativement aux asymétries de pouvoirs, moins d'impacts directs sur le fonctionnement de la fédération canadienne et sur la manière dont les provinces peuvent opérer au quotidien en tant qu'entités souveraines, sur leur capacité de mener leurs projets politiques à terme. Ce constat ne signifie pas que la portée des asymétries de statuts est sans importance, au contraire. Cela pourrait en revanche contribuer à expliquer l'approche différente de la Cour face à ces deux déclinaisons de l'asymétrie constitutionnelle.

# Références bibliographiques

## TABLE DE LA LÉGISLATION

### *Textes constitutionnels*

*Acte de l'Amérique du Nord britannique (n° 2)*, 1949, 13 Geo. VI, c. 81 (R.-U.)

*Acte de Québec de 1774*, 14 Geo. III, c. 83 (R.-U.)

*Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, c. 11 (R.-U.)]

*Conditions d'adhésion de la Colombie-Britannique*, Arrêté en conseil de Sa Majesté admettant la Colombie-Britannique, en date du 16 mai 1871

*Conditions d'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard*, Arrêté en conseil de Sa Majesté admettant l'Île-du-Prince-Édouard, en date du 26 juin 1873

*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.)

*Loi constitutionnelle de 1930*, 1930, 20-21 Geo. V, c. 26 (R.-U.)

*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, c. 11 (R.-U.)

*Loi de 1870 sur le Manitoba*, 1870, 33 Vict., c. 3 (Canada)

*Loi sur l'Alberta*, 1905, 4-5 Édouard VII, c. 3 (Canada)

*Loi sur la Saskatchewan*, 1905, 4-5 Édouard VII, c. 42 (Canada)

*Loi sur Terre-Neuve*, 1949, 12-13 Geo. VI, c. 22 (R.-U.)

*Statut de Westminster de 1931*, 22 Geo. V, c. 4 (R.-U.)

### ***Textes du Canada-Uni***

*Acte relatif aux statuts refondus du Canada*, 1859, 22 Vict., c. 29

*Les statuts refondus du Canada*, 1859, 22 Vict., c. 29

### ***Textes fédéraux***

*Acte des territoires du Nord-Ouest*, S.R.C. 1886, c. 50

*Loi concernant le droit criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46

*Loi modifiant la Loi de la Cour suprême*, S.C. 1949 (2<sup>e</sup> sess.), c. 37

*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26

*Loi sur les langues autochtones*, L.C. 2019, c. 23

*Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, c. O-2

*Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, c. 31

*Loi visant l'égalité réelle entre les langues officielles du Canada*, L.C. 2023, c. 15

### ***Textes québécois***

*Charte de la langue française*, L.Q. 1977, c. 5

*Charte de la langue française*, RLRQ, c. C-11

*Loi concernant le Conseil législatif*, S.Q. 1968, c. 9

*Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, RLRQ, c. 1

*Loi sur l'Assemblée nationale*, RLRQ, c. A-23.1

### ***Textes des provinces de common law***

*An Act to Provide that the English Language shall be the Official Language of the Province of Manitoba*, S.M. 1890, c. 14

*Loi linguistique*, R.S.A. 2000, c. L-7.6

*Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick*, L.N.-B. 1981, c. O-1.1

*Loi reconnaissant l'égalité des deux communautés linguistiques officielles au Nouveau-Brunswick*, L.R.N.-B. 2011, c. 198

*Loi relative à l'usage du français et de l'anglais en Saskatchewan*, S. Sask. 1988-1989, c. L-6.1

*Loi sur les langues officielles*, L.N.-B. 2002, c O-0.5

*Loi sur les langues officielles du Nouveau-Brunswick*, L.N.-B. 1969, c. 14

### ***Textes britanniques***

*Acte d'Union de 1840*, 3-4 Vict., c. 35 (R.-U.)

*Colonial Laws Validity Act*, 1865, 28 & 29 Vict. c. 63 (R.-U.)

*Décret en conseil sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest*, 1870 (R.-U.)

*The Union Act Amendment Act*, 1848, 11-12 Vict., c. 56 (R.-U.)

### ***Accords intergouvernementaux***

*Accord constitutionnel de 1987*, Ottawa, 3 juin 1987

*Accord constitutionnel : projet canadien de rapatriement de la Constitution*, Ottawa, 16 avril 1981

*Consensus Report on the Constitution : Final Text*, Charlottetown, 28 août 1992

## *Travaux parlementaires*

CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Débats de la Chambre des communes du Canada*, 2<sup>e</sup> sess., 3<sup>e</sup> légis., 1875, vol. 1

CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Débats de la Chambre des communes du Canada*, 2<sup>e</sup> sess., 4<sup>e</sup> légis., 43 Vict. 1880, vol. 1

CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Débats de la Chambre des communes*, 2<sup>e</sup> sess., 9<sup>e</sup> légis., 1902, vol. 1

CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Débats de la Chambre des communes*, 1<sup>re</sup> sess., 16<sup>e</sup> légis., 1927, vol. 1

CANADA, CHAMBRE DES COMMUNES, *Débats de la Chambre des communes*, 1<sup>re</sup> sess., 21<sup>e</sup> légis., 1949, vol. 1

CANADA, LÉGISLATURE, *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique Britannique du Nord*, (1865), 3<sup>e</sup> sess., 8<sup>e</sup> parlement provincial du Canada

## TABLE DE LA JURISPRUDENCE

### *Jurisprudence canadienne*

*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143

*Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] R.C.S. 31

*Bilodeau c. P.G. (Man.)*, [1986] 1 R.C.S. 449

*Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56

*Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, 2013 CSC 42

*Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790

*Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862

*Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37

*Jones c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1975] 2 R.C.S. 182

*Le procureur général de l'Ontario c. SEFPO*, [1987] 2 R.C.S. 2

*MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460

*P.E.I. Potato Marketing Board v. Willis*, [1952] 2 R.C.S. 392

*Procureur général du Manitoba c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032

*Proc. Gén. du Québec c. Blaikie et autres*, [1979] 2 R.C.S. 1016

*Procureur général du Québec c. Blaikie et autres*, [1981] 1 R.C.S. 312

*Québec (P.G.) c. Canada (P.G.)*, 2015 CSC 22

*Québec (Procureur général) c. Brunet; Québec (Procureur général) c. Albert; Québec (Procureur général) c. Collier*, [1990] 1 R.C.S. 260

*R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768

*R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234

*R. c. Paquette*, [1990] 2 R.C.S. 1103

*Reference re s. 17 of the Alberta Act*, [1927] R.C.S. 364

*Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54

*Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721

*Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, 2014 CSC 21

*Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32

*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217

*Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 R.C.S. 212

*Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753

*Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793

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

*Sinclair c. Québec (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 579

*Société des Acadiens c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549

### ***Jurisprudence québécoise***

*Albert c. Québec (Procureur général)*, [1985] C.A. 559

*Blaikie c. P.G. du Québec*, [1978] C.S. 37

*Dostie c. Procureur général du Canada*, 2022 QCCA 1652

*P.G. du Québec c. Blaikie.*, [1978] C.A. 351

*Potter c. Québec (Procureur général du)*, [2001] R.J.Q. 2823 (C.A.)

*Renvoi à la Cour d'appel relatif à une résolution concernant la Constitution du Canada*, [1982] C.A. 33

*Renvoi sur l'article 98 de la Loi constitutionnelle de 1867 (Dans l'affaire du)*, 2014 QCCA 2365

*Westmount (Ville de) c. Québec (Procureur Général du)*, [2001] R.J.Q. 2520 (C.A.)

### ***Jurisprudence des provinces de common law***

*Bertrand v. Dussault*, 30 janvier 1909, Cour de comté du Manitoba, Saint-Boniface

*Charlebois c. Ville de Moncton*, 2001 NBCA 117

*Ex parte Renaud and others*, [1873] 14 R.N.-B. 273 (S.C.)

*Pellant v. Hebert*, publiée dans (1981), 12 R.G.D. 242

*R. v. Brodsky*, [1936] 1 D.L.R. 578 (Man. C.A.)

*R. v. Thorsby Traders*, [1936] 1 D.L.R. 592 (Alta. K.B.)

*R. v. Zaslavsky*, [1935] 3 D.L.R. 788 (Sask. C.A.)

### ***Jurisprudence britannique***

*Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney General for Saskatchewan*, [1953] 3 D.L.R. 785 (C. privé)

*Canadian Pacific Railway Company v. Notre-Dame de Bonsecours*, [1889] A.C. 367 (C. privé)

*Huth v. Clarke* (1890), 25 Q.B.D. 39

*Ottawa Separate School Trustees v. MacKell*, [1917] 32 D.L.R. 1 (C. privé)

*Re Aerial Navigation, A.-G. Can. v. A.-G. Ont. et al.*, [1932] A.C. 54 (C. privé)

*The Citizens Insurance Company of Canada and The Queen Insurance Company v. Parsons*, [1881] 7 A.C. 96 (C. privé)

## BIBLIOGRAPHIE

### *Monographies et ouvrages collectifs*

- AJZENSTAT, J., I. GENTLES, P. ROMNEY et W. D. GAIRDNER, *Canada's Founding Debates*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 2003
- BAKVIS, H. et G. SKOGSTAD, *Canadian federalism: performance, effectiveness, and legitimacy*, 2<sup>e</sup> éd., Don Mills, Oxford University Press, 2008
- BÉRARD, F., *Charte canadienne et droit linguistiques : pour en finir avec les mythes*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2017
- BERNIER, I. et A. LAJOIE, *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*, n°47, Études de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986
- BRUN, H., E. BROUILLET et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 2008
- BRUN, H., G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 2014
- DEMANCHE, G., *Cinquante années de peuplement : Canada*, coll. « Édouard Montpetit », Paris, Spes, 1928
- DICEY, A. V., *Introduction to the study of the law of the constitution (1915)*, 8<sup>e</sup> éd., Indianapolis, Liberty Fund, 1982
- DOUCET, M., *Les droits linguistiques au Nouveau-Brunswick : À la recherche de l'égalité réelle !*, Lévis, Les Éditions de la Francophonie, 2017
- HART, H., *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976
- HOGG, P. W., *Constitutional Law of Canada - Student Edition*, Toronto, Thomson Carswell, 2004
- HOGG, P. W., *Constitutional Law of Canada—Student Edition*, 5<sup>e</sup> éd., Toronto, Carswell, 2014

- HOGG, P. W. et W. K. WRIGHT, *Constitutional Law of Canada*, feuilles mobiles par W. Wright, à jour juillet 2023, vol. 1, Toronto, Carswell Thomson Reuters, 2023
- HUDON, M.-È., *Le fédéralisme asymétrique et les communautés francophones en situation minoritaire au Canada*, PRB 04-14F, Les études générales modulaires, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, direction de la recherche parlementaire, 2004, en ligne : <<https://publications.gc.ca/site/fra/9.592504/publication.html>>
- HURLEY, J. R., *La modification de la Constitution du Canada : historique, processus, problèmes et perspectives d'avenir*, Ottawa, Bureau du Conseil privé, Éditions et Services de dépôt, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1996, en ligne : <[http://publications.gc.ca/collections/collection\\_2014/priv/CP32-63-1995-fra.pdf](http://publications.gc.ca/collections/collection_2014/priv/CP32-63-1995-fra.pdf)>
- KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1996
- KYMLICKA, W., *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 2001
- LAFORÉST, G., *Pour la liberté d'une société distincte*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2004
- LAFORÉST, G., *Trudeau et la fin d'un rêve canadien*, Sillery, Septentrion, 1992
- LASELVA, S. V., *The Moral Foundations of Canadian Federalism : Paradoxes, Achievements, and Tragedies of Nationhood*, Montréal, Presses universitaires McGill-Queen's, 1996
- LAURIN, C., *La politique québécoise de la langue française*, Québec, Gouvernement du Québec, Éditeur officiel, 1977
- LEFROY, A. H. F., *Canada's federal system: Being a treatise on Canadian constitutional law under the British North America act*, Toronto, Carswell, 1913
- MACFARLANE, E., *Governing from the bench: the Supreme Court of Canada and the judicial role*, coll. « Law and society », Vancouver, Presses de l'Université de la Colombie-Britannique, 2013
- MACKAY, R. A., *The Unreformed Senate of Canada*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, McClelland and Stewart, 1963
- MADISON, J., *Journal of the Constitutional Convention*, vol. 1, Chicago, Albert Scott & Co., 1894

- MATHEN, C. et M. PLAXTON, *The Tenth Justice - Judicial Appointments, Marc Nadon, and the Supreme Court Act Reference*, coll. « Landmark Cases in Canadian Law », Vancouver, Presses de l'Université de la Colombie-Britannique, 2020
- MONAHAN, P., *Constitutional law*, 3<sup>e</sup> éd., coll. « Essentials of Canadian law », Toronto, Irwin Law, 2006
- MONAHAN, P. J., *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada*, Toronto, Carswell, 1987
- MORIN, J.-Y. et J. WOEHLING, *Les constitutions du Canada et du Québec : du régime français à nos jours*, Montréal, Éditions Thémis, 1994
- MORTON, W. L., *Manitoba : A History*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 1957
- PELLETIER, B., *La modification constitutionnelle au Canada*, Scarborough, Carswell, 1996
- RAZ, J., *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009
- RUSSELL, P. H., *The Supreme Court of Canada as a Bilingual and Bicultural Institution*, n°1, Études de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, Ottawa, Information Canada, 1969
- RUSSELL, P. H., *Constitutional Odyssey : Can Canadians Become a Sovereign People?*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 2004
- SCHERTZER, R., *The Judicial Role in a Diverse Federation - Lessons from the Supreme Court of Canada*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 2016
- SCOTT, F. R., *Civil Liberties and Canadian Federalism*, Presses de l'Université de Toronto, 1959
- SHEPPARD, C.-A., *The Law of Languages in Canada*, n°10, Études de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, Ottawa, Information Canada, 1971
- SMITH, D. E., *Federalism and the constitution of Canada*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 2010
- SNELL, J. G. et F. VAUGHAN, *The Supreme Court of Canada: history of the institution*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 1985

SONGER, D. R., *The transformation of the Supreme Court of Canada - An empirical examination*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 2008

SONGER, D. R., *Law, ideology, and collegiality: judicial behaviour in the Supreme Court of Canada*, Montréal, Presses universitaires McGill-Queen's, 2012

SWINTON, K. E. et C. J. ROGERSON (dir.), *Competing constitutional visions : the Meech Lake Accord*, Agincourt, Carswell, 1988

TOCQUEVILLE, A. de, *De la démocratie en Amérique I (1835)*, 12<sup>e</sup> éd., Paris, Gallimard, 2012

TREMBLAY, A., *Droit constitutionnel : principes*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Thémis, 2000

TRUDEAU, P. E., *Le fédéralisme et la société canadienne-française*, coll. « Constante », n°10, Montréal, Hurtubise HMH, 1967

WAITE, P. B., *The Life and Times of Confederation 1864-1867: Politics, Newspapers, and the Union of British North America*, coll. « Heritage », Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 1962

WATTS, R. L., *Comparaison des régimes fédéraux*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Presses universitaires McGill-Queen's, 2002

WATTS, R. L., *Les sociétés pluriculturelles et le fédéralisme*, n°8, Études de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, Ottawa, Information Canada, 1971

WEBBER, J. H. A., *Reimagining Canada : Language, Culture, Community and the Canadian Constitution*, Kingston, Presses universitaires McGill-Queen's, 1994

WHITAKER, R., *A Sovereign Idea: Essays on Canada as a Democratic Community*, Montréal, Presses universitaires McGill-Queen's, 1992

WHITCOMB, E. A., *Brève histoire du Manitoba*, Boucherville, Presses de Bras-d'Apic, 2021

### *Articles de revue et études d'ouvrages collectifs*

ADAM, M.-A., « Le fédéralisme, le pouvoir de dépenser et l'article 94 de la Loi constitutionnelle de 1867 », (2007) 1 *R.Q.D.C.* 1

- AJZENSTAT, J., « Le bicaméralisme et les architectes du Canada : les origines du Sénat canadien », dans Serge JOYAL (dir.), *Protéger la démocratie canadienne : Le Sénat, en vérité...*, Montréal, Presses universitaires McGill-Queen's, 2003, p. 3
- BAIER, G., « The Courts, the Division of Powers, and Dispute Resolution », dans Herman BAKVIS et Grace SKOGSTAD (dir.), *Canadian Federalism: Performance, Effectiveness, and Legitimacy*, 4<sup>e</sup> éd., Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 2020, p. 90
- BAKER, G. B., « The Reconstitution of Upper Canadian Legal Thought in the Late-Victorian Empire », (1985) 3-2 *L.H.R.* 219
- BALLEM, J. B., « Delegation-Approach of Supreme Court of Canada to the B.N.A. Act », (1951) 29-1 *R. du B. can.* 79
- BARTON, D., « Analysis of Reference re Supreme Court Act: The Implied Currency Requirement for Quebec Seat Appointees to the Supreme Court », (2015) 24-1 *Forum constit.* 19
- BAUBÖCK, R., « United in Misunderstanding? Asymmetry in Multinational Federations », (2002) 26 *ICE- Working Paper Series* 1
- BAUDOIN, J.-L., « L'interprétation du Code Civil québécois par la Cour Suprême du Canada », (1975) 53-4 *R. du B. can.* 715
- BEAUDOIN, G.-A., « La compétence constitutionnelle et juridique pour instituer une langue ou des langues officielles au Québec », dans COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LA SITUATION DE LA LANGUE FRANÇAISE ET SUR LES DROITS LINGUISTIQUES AU QUÉBEC (dir.), *La situation de la langue française au Québec : rapport de la Commission d'enquête sur la situation de la langue française et sur les droits linguistiques au Québec.*, vol. 2 : Les droits linguistiques, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1972, p. 199
- BEAUDOIN, G.-A., « La philosophie constitutionnelle du Rapport Pepin-Robarts », (1979) 57-3 *R. du B. can.* 428
- BEAUDOIN, G.-A., « La protection de la langue française au Canada », (1988) 19-2 *R.G.D.* 479
- BEAUDOIN, G.-A., « The Charlottetown Accord and Central Institutions », dans Kenneth MCROBERTS et Patrick J. MONAHAN (dir.), *The Charlottetown Accord, the Referendum, and the Future of Canada*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 1993, p. 73
- BÉDARD-RUBIN, J.-C., « L'émergence inattendue de la dualité institutionnelle à la Cour suprême du Canada depuis Pepin-Robarts », (2021) 29-2 *Bulletin d'histoire politique* 125

- BEETZ, J., « Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867 », dans P.-A. CRÉPEAU et C. B. MACPHERSON (dir.), *L'avenir du fédéralisme canadien*, Presses de l'Université de Toronto, 1965, p. 113
- BERNIER, I., « Meech Lake and Constitutional Visions », dans Katherine E. SWINTON et Carol J. ROGERSON (dir.), *Competing constitutional visions : the Meech Lake Accord*, Agincourt, Carswell, 1988, p. 239
- BLACHE, P., « Délégation et Fédéralisme Canadien », (1975) 6-2 *R.D.U.S.* 235
- BLACHE, P., « La portée des compétences linguistiques du Québec à la suite de l'accord Meech-Langevin », dans Pierre BLACHE et José WOEHLING (dir.), *L'accord Meech-Langevin et les compétences linguistiques du Québec : opinions juridiques*, coll. « Notes et documents du Conseil de la langue française », n°68, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1988, p. 7
- BLOOMFIELD, L. M., « La compétence constitutionnelle et juridique pour instituer une langue ou des langues officielles au Québec », dans COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LA SITUATION DE LA LANGUE FRANÇAISE ET SUR LES DROITS LINGUISTIQUES AU QUÉBEC (dir.), *La situation de la langue française au Québec : rapport de la Commission d'enquête sur la situation de la langue française et sur les droits linguistiques au Québec*, vol. 2 : Les droits linguistiques, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1972, p. 219
- BONENFANT, J.-C., « La compétence constitutionnelle et juridique pour instituer une langue ou des langues officielles au Québec », dans COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LA SITUATION DE LA LANGUE FRANÇAISE ET SUR LES DROITS LINGUISTIQUES AU QUÉBEC (dir.), *La situation de la langue française au Québec : rapport de la Commission d'enquête sur la situation de la langue française et sur les droits linguistiques au Québec*, vol. 2 : Les droits linguistiques, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1972, p. 257
- BONENFANT, J.-C., « La vocation manquée du Sénat canadien », (1972) 37 *Cahiers des dix* 51
- BOUHON, F., « Analyse transversale : les juridictions constitutionnelles suprêmes – créatures et créateurs de fédéralisme ? », (2017) 17 *Fédéralisme Régionalisme*
- BRAËN, A., « L'affaire Caron : la Cour suprême à la recherche du compromis perdu ! », dans Alain-G. GAGNON et Pierre NOREAU (dir.), *Constitutionnalisme, droits et diversité : mélanges en l'honneur de José Woehrling*, Montréal, Québec, Les Éditions Thémis, 2017, p. 221
- BROCK, K. L., « The Politics of Asymmetrical Federalism: Reconsidering the Role and Responsibilities of Ottawa », (2008) 34-2 *Anal. De Pol.* 143

- BROSCHKE, J., « Self-Rule vs. Shared Rule: Canada as a Case of Comparative Federalism », dans Herman BAKVIS et Grace SKOGSTAD (dir.), *Canadian Federalism: Performance, Effectiveness, and Legitimacy*, 4<sup>e</sup> éd., Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 2020, p. 31
- BROUILLET, E., « Le fédéralisme canadien d'hier à aujourd'hui : quelle reconnaissance de la nation québécoise ? », (2010) 7 *Iura Vasconiae* 407
- BROUILLET, E. et A.-G. GAGNON, « La constitution canadienne et la métaphore de l'arbre vivant : quelques réflexions politologiques et juridiques », dans *Constitutionnalisme, droits et diversité : Mélanges en l'honneur de José Woehrling*, Montréal, Éditions Thémis, 2017, p. 79
- BROUILLET, E. et Y. TANGUAY, « La légitimité de l'arbitrage constitutionnel en régime fédératif multinational », dans Michel SEYMOUR et Guy LAFOREST (dir.), *Le fédéralisme multinational : un modèle viable ?*, Bruxelles, Peter Lang, 2011, p. 133
- BROUILLET, E. et Y. TANGUAY, « The Legitimacy of the Constitutional Arbitration Process in a Multinational Federative Regime: The Case of the Supreme Court of Canada », (2012) 45-1 *U.B.C.L. Rev.* 47
- BROWN, D. M., « Who's Afraid of Asymmetrical Federalism? - A Summary Discussion », dans Harvey LAZAR (dir.), *Asymmetry Series*, n°17, Kingston, Institut des relations intergouvernementales, Université Queen's, 2005
- CAMERON, D., « Quebec and the Canadian Federation », dans Herman BAKVIS et Grace SKOGSTAD (dir.), *Canadian Federalism: Performance, Effectiveness, and Legitimacy*, 4<sup>e</sup> éd., Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 2020, p. 59
- CARDINAL, L., « Fédéralisme et langue - L'incidence du fédéralisme d'ouverture sur les régimes linguistiques canadien et québécois », dans Michel SEYMOUR et Guy LAFOREST (dir.), *Le fédéralisme multinational : un modèle viable ?*, Bruxelles, Peter Lang, 2011, p. 247
- CARDINAL, L., « Introduction », dans Linda CARDINAL (dir.), *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Sudbury, Prise de parole, 2008, p. 7
- CARDINAL, L., « La représentation des groupes minoritaires et des femmes au Sénat depuis 1867 », dans Alain-G. GAGNON et Johanne POIRIER (dir.), *L'avenir du fédéralisme canadien - Acteurs et institutions*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2020, p. 109

- CARDINAL, L., et B. KOSTADINOV, « Les nouvelles avancées du fédéralisme asymétrique. Le Canada en perspective. », (2007) 57-4-5 *Actes de la Faculté de droit de Zagreb* 727
- CHEVRETTE, F., « La compétence constitutionnelle et juridique pour instituer une langue ou des langues officielles au Québec », dans COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LA SITUATION DE LA LANGUE FRANÇAISE ET SUR LES DROITS LINGUISTIQUES AU QUÉBEC (dir.), *La situation de la langue française au Québec : rapport de la Commission d'enquête sur la situation de la langue française et sur les droits linguistiques au Québec*, vol. 2 : Les droits linguistiques, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1972, p. 293
- CHEVRIER, M., « Le Québec, une Écosse française ? Asymétries et rôle des juristes dans les unions anglo-écossaises (1707) et canadienne (1867) », dans Linda CARDINAL (dir.), *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Sudbury, Prise de parole, 2008, p. 51
- CRANDALL, E., « Defeat and Ambiguity: The Pursuit of Judicial Selection Reform for the Supreme Court of Canada », 41-1 *Queen's L.J.* 73
- CYR, H., « The Bungling of Justice Nadon's Appointment to the Supreme Court of Canada », (2014) 67 *S.C.L.R. (2d)* 74
- DALY, P., « Why Write Statutes Which Some People Cannot Read? », dans Noura KARAZIVAN et Jean LECLAIR (dir.), *L'héritage politique et constitutionnel de Pierre Elliott Trudeau*, Toronto, LexisNexis, 2020, p. 409
- DELPÉRÉE, F., « La complexité fédérale », dans *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet - L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*, Paris, Dalloz, 2003, p. 117
- DION, S., « Le fédéralisme fortement asymétrique : improbable et indésirable », dans F. Leslie SEIDLE (dir.), *À la recherche d'un nouveau contrat politique pour le Canada - Options asymétriques et options confédérales*, Montréal, Institut de recherche en politiques publiques, 1994, p. 133
- DUMONT, H. et M. EL BERHOUMI, « L'État fédéral plurinational : tentative de définition juridique », dans *Les visages de l'État - Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 363
- FAIRWEATHER, M., « The Attitude of the Supreme Court of Canada toward Delegation: Coughlin v. Ontario's Highway Transport Board », (1970) 5-1 *B.C.L. Rev.* 43
- FALLON, R., « Legitimacy and the Constitution », (2006) 118 *Harv. L. Rev.* 1787

- FOUCHER, P., « Le carré redevenu cercle ? Fédéralisme, droits linguistiques et égalité dans l'interprétation de la Constitution canadienne », dans Linda CARDINAL (dir.), *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Sudbury, Prise de parole, 2008, p. 269
- FOUCHER, P., « L'interprétation des droits linguistiques constitutionnels par la Cour Suprême du Canada », (1987) 19-2 *R.D. Ottawa* 381
- GAGNON, A.-G., « The moral foundations of asymmetrical federalism: a normative exploration of the case of Quebec and Canada », dans Alain-G. GAGNON et James TULLY (dir.), *Multinational Democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 319
- GAGNON, A.-G. et J.-D. GARON, « Constitutional and Non-constitutional Asymmetries in the Canada Federation: An Exploration into the Policy Fields of Immigration and Manpower Training. A Country Study on Constitutional Asymmetry in Canada », dans Patricia POPELIER et Maja SAHADŽIĆ (dir.), *Constitutional Asymmetry in Multinational Federalism: Managing Multinationalism in Multi-tiered Systems*, Cham, Springer International Publishing, 2019, p. 77
- GAGNON, A.-G. et P. MAY, « Empowerment et diversité culturelle : quelques prolégomènes », (2010) 7 *Métropoles* 1
- GAGNON, A.-G. et P. MAY, « Les fédéralistes, les autonomistes et les souverainistes au Québec - Visions plurielles et enjeux nationaux », dans Robert LALIBERTÉ et Louise BEAUDOIN (dir.), *À la rencontre d'un Québec qui bouge : Introduction générale au Québec*, Paris, Éditions du CTHS, 2009, p. 121
- GAUDREAU-DESBIENS, J.-F., « The "Principle of Federalism" and the Legacy of the Patriation and Quebec Veto References », (2011) 54 *S.C.L.R. (2d)* 77
- GAUDREAU-DESBIENS, J.-F. et D. PINARD, « Les minorités en droit public canadien », (2003) 34 *R.D.U.S.* 197
- GÉRIN-LAJOIE, P., « Du pouvoir d'amendement constitutionnel au Canada », (1951) 29-10 *R. du B. can.* 1136
- GIBSON, A., « Aspects culturels de la "reconnaissance" et de l'expérience canadienne-française », (2013) 3 *Minorités linguistiques et société* 106

- GIBSON, G., « Some asymmetries are more legitimate than others and subsidiarity solves most things anyway », dans Harvey LAZAR (dir.), *Asymmetry Series*, n°3, Kingston, Institut des relations intergouvernementales, Université Queen's, 2005
- GLOVER, K., « Complexity and the Amending Formula », (2015) 24-2 *Forum constit.* 9
- GLOVER, K., « Structure, Substance and Spirit: Lessons in Constitutional Architecture from the Senate Reform Reference », (2014) 67-1 *S.C.L.R.* (2d)
- GLOVER, K., « The Supreme Court in a Pluralistic World: Four Readings of a Reference », (2015) 60-4 *R.D. McGill* 839
- GRAEFE, P., « L'asymétrie banale et l'asymétrie politique dans les accords récents en politiques sociales au Canada », dans *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Sudbury, Prise de parole, 2008, p. 135
- GRAMMOND, S., « Compact is Back: The Supreme Court of Canada's Revival of the Compact Theory of Confederation », (2015) 53-3 *Osgoode Hall L. J.* 799
- GRAMMOND, S., « La fonction protectrice de la formule de modification de la Constitution », (2017) 47-1 *R.G.D.* 119
- GRAMMOND, S., « La pensée contractuelle dans l'interprétation de la Constitution canadienne », dans Alain-G. GAGNON et Johanne POIRIER (dir.), *L'avenir du fédéralisme canadien - Acteurs et institutions*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2020, p. 175
- GRAMMOND, S., « Le contrôle judiciaire des modifications constitutionnelles au Canada », dans Dave GUÉNETTE, Marc VERDUSSEN et Patrick TAILLON (dir.), *La révision constitutionnelle dans tous ses états*, Montréal, Anthemis - Yvon Blais, 2020, p. 51
- GRAMMOND, S., « Louis LeBel et la société distincte », (2016) 57-2 *C. de D.* 251
- GRUBEN, V., « Language Rights in Canada: A Theoretical Approach », dans Joseph Eliot MAGNET (dir.), *Official Languages of Canada: New Essays*, Markham, LexisNexis Canada, 2008, p. 91
- GUÉNETTE, D., « La Cour suprême du Canada et la pluralité démotique de l'État canadien. Des traces de consociationalisme dans la jurisprudence constitutionnelle », (2016) 46-1 *R.G.D.* 215

- GUÉNETTE, D., « Le silence des textes constitutionnels canadiens - expression d'une constitution encore inachevée », (2015) 56-3-4 *C. de D.* 411
- GUÉNETTE, D. et F. MATHIEU, « Le Québec face à la vision Trudeau - La question des nations minoritaires et de leur fragilité », dans Noura KARAZIVAN et Jean LECLAIR (dir.), *L'héritage politique et constitutionnel de Pierre Elliott Trudeau*, Toronto, LexisNexis, 2020, p. 213
- HALBERSTAM, D., « Federalism: A Critical Guide », (2011) 251 *U of Michigan Public Law Working Paper* 1
- HOGG, P. W., « Division of Powers in the Charlottetown Accord », dans Kenneth MCROBERTS et Patrick J. MONAHAN (dir.), *The Charlottetown Accord, the Referendum, and the Future of Canada*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 1993, p. 85
- HOGG, P. W., « The Theory and Practice of Constitutional Reform », (1981) 19-3 *Alta. L. Rev.* 335
- JENSON, J., « Reconnaître les différences : Sociétés distinctes, régimes de citoyenneté, partenariats », dans Guy LAFOREST et Roger GIBBINS (dir.), *Sortir de l'impasse - Les voies de la réconciliation*, Montréal, Institut de recherche en politiques publiques, 1998, p. 235
- KARAZIVAN, N., « Constitutional Structure and Original Intent: A Canadian Perspective », (2017) 2017-2 *U. Ill. L. Rev.* 629
- KARAZIVAN, N. et J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « Rights Trivialization, Constitutional Legitimacy, and Derogation clauses: the Example of Quebec's Laïcité Act », (2020) 99 *S.C.L.R. (2d)* 487
- KYMLICKA, W., « Le fédéralisme multinational au Canada : un partenariat à repenser », dans Guy LAFOREST et Roger GIBBINS (dir.), *Sortir de l'impasse - Les voies de la réconciliation*, Montréal, Institut de recherche en politiques publiques, 1998, p. 15
- LA FOREST, G. V., « Delegation of Legislative Power in Canada », (1975) 21-1 *R.D. McGill* 131
- LAFOREST, G., « The historical and legal origins of asymmetrical federalism in Canada's founding debates: a brief interpretive note », dans Harvey LAZAR (dir.), *Asymmetry Series*, n°8, Kingston, Institut des relations intergouvernementales, Université Queen's, 2005
- LASKIN, B., « The Role and Functions of Final Appellate Courts: The Supreme Court of Canada », (1975) 53-3 *R. du B. can.* 469

- LASKIN, B., « The Supreme Court of Canada: A Final Court of and for Canadians », dans William Ralph LEDERMAN (dir.), *The Courts and the Canadian Constitution*, Toronto, McClelland and Stewart Limited, 1964, p. 125
- LEBEL, L. et P.-L. LE SAUNIER, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », (2006) 47-2 *C. de D.* 179
- LEBOUTHILLIER, Y., « Le nécessaire enchâssement de la dualité linguistique et des droits des francophones de l'Ontario », (1992) 24-1 *R.D. Ottawa* 117
- LECLAIR, J., « Brèves remarques au sujet des conditions de réalisation du travail intellectuel », (2022) 63-3 *C. de D.* 753
- LECLAIR, J., « La Constitution par l'histoire : portée et étendue de la compétence fédérale en matière de lettres de change et de billets à ordre », (1992) 33-2 *C. de D.* 535
- LECLAIR, J., « Les périls du totalisme conceptuel en droit et en sciences sociales », (2009) 14-1 *Lex Electronica* 1
- LECLAIR, J., « Pierre Elliott Trudeau : une pensée fédérale marquée au fer de l'antinationalisme », dans Noura KARAZIVAN et Jean LECLAIR (dir.), *L'héritage politique et constitutionnel de Pierre Elliott Trudeau*, Toronto, LexisNexis, 2020, p. 37
- LECLAIR, J., « Vive Le Québec Libre! - Liberté(s) et fédéralisme », (2010) 3 *R.Q.D.C.* 23
- LECOURS, A., « Speaking of asymmetry: Canada and the "Belgian model" », dans Harvey LAZAR (dir.), *Asymmetry Series*, n°7, Kingston, Institut des relations intergouvernementales, Université Queen's, 2005
- LEDERMAN, W. R., « Some Forms and Limitations of Co-Operative Federalism », (1967) 45-3 *R. du B. can.* 409
- LEMAY, V., « Ouverture », dans Violaine LEMAY et Frédéric DARBELLAY (dir.), *L'interdisciplinarité racontée - Chercher hors frontières, vivre l'interculturalité*, Berne, Peter Lang, 2014, p. 1
- LEYDET, D., « Changement constitutionnel informel et légitimité », dans Michel SEYMOUR et Guy LAFOREST (dir.), *Le fédéralisme multinational : un modèle viable ?*, Bruxelles, Peter Lang, 2011, p. 115
- MACDONALD, R., « Was Duplessis Right? », (2010) 55-3 *R.D. McGill* 401

- MACDONALD, V. C., « Legislative Power and The Supreme Court in the Fifties », dans William Ralph LEDERMAN (dir.), *The Courts and the Canadian Constitution*, Toronto, McClelland and Stewart Limited, 1964, p. 152
- MACFARLANE, E., « Unsteady Architecture: Ambiguity, the Senate Reference, and the Future of Constitutional Amendment in Canada », (2015) 60-4 *R.D. McGill* 883
- MACKAY, A. W., « Linguistic Duality and the Distinct Society in Quebec: Declarations of Sociological Fact or Legal Limits on Constitutional Interpretation? », dans Katherine E. SWINTON et Carol J. ROGERSON (dir.), *Competing constitutional visions : the Meech Lake Accord*, Agincourt, Carswell, 1988, p. 65
- MACKINNON, F., « The Establishment of The Supreme Court of Canada », dans William Ralph LEDERMAN (dir.), *The Courts and the Canadian Constitution*, Toronto, McClelland and Stewart Limited, 1964, p. 106
- MACLURE, J., « Beyond recognition and asymmetry », dans Harvey LAZAR (dir.), *Asymmetry Series*, n°9, Kingston, Institut des relations intergouvernementales, Université Queen's, 2005
- MARX, H., « Language Rights in the Canadian Constitution », (1967) 2-2 *R.J.T.* 239
- MATHIEU, C. et P. TAILLON, « Aux frontières de la modification constitutionnelle : le caractère para-constitutionnel de la réforme du Sénat canadien », (2013) 5 *R.Q.D.C.* 7
- MATHIEU, C. et P. TAILLON, « Le fédéralisme comme principe matriciel dans l'interprétation de la procédure de modification constitutionnelle », (2015) 60-4 *R.D. McGill* 763
- MCISSAC, I. A., « Reference Re Supreme Court Act: Atlantic Canada and Regional Considerations in Supreme Court of Canada Appointments », (2017) 26-1 *Forum constit.* 9
- MCRROBERTS, K., « Disagreeing on Fundamentals: English Canada and Quebec », dans Kenneth MCRROBERTS et Patrick J. MONAHAN (dir.), *The Charlottetown Accord, the Referendum, and the Future of Canada*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 1993, p. 249
- MCRROBERTS, K., « Les modèles asymétriques au Canada et en Espagne », dans Alain-G. GAGNON (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain. Fondements, traditions, institutions*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 503

- MENDES, E. P., « Constitutional Options After the Supreme Court's Decision in Reference Re Senate Reform; Restoring Trust and Credibility Through Senate Reform », (2015) 35-1 *N.J.C.L.* 85
- MESTRAL, A. L. C. DE et W. FRAIBERG, « Language Guarantees and the Power to Amend the Canadian Constitution », (1966) 12-4 *R.D. McGill* 502
- MILNE, D., « Asymmetry in Canada, past and present », dans Harvey LAZAR (dir.), *Asymmetry Series*, n°1, Institut des relations intergouvernementales, Université Queen's, 2005
- MONAHAN, P. J., « At Doctrine's Twilight : The Structure of Canadian Federalism », (1984) 34-1 *U.T.L.J.* 47
- MORIN, M., « Des juristes sédentaires ? L'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du Code civil du Bas Canada », (2000) 60 *R. du B.* 247
- MORIN, M., « L'élection des membres de la Chambre haute du Canada-Uni, 1856-1867 », (1994) 35-1 *C. de D.* 23
- MORISSETTE, Y.-M., « L'impact des disciplines exogènes au droit sur le métier des praticiens », (2009) 43 *R.J.T.* 455
- MORLEY, J. G., « Dead Hands, Living Trees, Historic Compromises: The Senate Reform and Supreme Court Act References Bring the Originalism Debate to Canada », (2015) 53-3 *Osgoode Hall L. J.* 745
- NEWMAN, W. J., « The Constitutional Status of the Supreme Court of Canada », (2009) 47-1 *S.C.L.R. (2d)* 429
- PAL, M., « Constitutional Amendment after the Senate Reference and the Prospects for Electoral Reform », (2016) 76-2 *S.C.L.R. (2d)* 377
- PEACH, I., « Fédéralisme et fraternité : des arrangements pour un dialogue fédéral dans les institutions centrales du Canada », dans Alain-G. GAGNON et Johanne POIRIER (dir.), *L'avenir du fédéralisme canadien - Acteurs et institutions*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2020, p. 89
- PELLETIER, B., « Bilan des droits linguistiques au Canada », (1995) 55-4 *R. du B.* 611
- PELLETIER, B., « La modification des dispositions constitutionnelles relatives à l'usage de l'anglais ou du français », (1990) 21-2 *R.G.D.* 223

- PELLETIER, B., « L'asymétrie pour répondre aux défis de la diversité », dans Linda CARDINAL (dir.), *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Sudbury, Prise de parole, 2008, p. 425
- PELLETIER, B., « Le fédéralisme asymétrique : une formule gagnante pour tous ! », dans Harvey LAZAR (dir.), *Asymmetry Series*, n°15b, Kingston, Institut des relations intergouvernementales, Université Queen's, 2005
- PELLETIER, B., « Les réticences des provinces face à la reconnaissance de droits constitutionnels relatifs à l'usage des langues officielles », (1991) 51-2 *R. du B.* 247
- PELLETIER, B., « Réponses suggérées aux questions soulevées par le renvoi à la Cour suprême du Canada concernant la réforme du Sénat », (2013) 43-2 *R.G.D.* 445
- PELLETIER, R., « L'asymétrie dans une fédération multinationale : Le cas canadien », dans Linda CARDINAL (dir.), *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Sudbury, Prise de parole, 2008, p. 33
- PIGEON, L.-P., « The Meaning of Provincial Autonomy », dans William Ralph LEDERMAN (dir.), *The Courts and the Canadian Constitution*, Toronto, McClelland and Stewart Limited, 1964, p. 35
- PLAXTON, M. et C. MATHEN, « Purposive Interpretation, Quebec, and the Supreme Court Act », (2013) 22-3 *Forum constit.* 15
- PLOURDE, S. et Y. FRENETTE, « Essor démographique et migrations dans l'Acadie des Maritimes, 1871-1921 », dans Yves FRENETTE, Étienne RIVARD et Marc ST-HILAIRE (dir.), *La francophonie nord-américaine*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, p. 111
- POIRIER, É., « L'arrêt Blaikie sur la langue de la législation québécoise et la thèse du réexamen : et si des développements récents donnaient raison aux professeurs Brun et Tremblay ? », dans Eugénie BROUILLET, Patrick TAILLON et Amélie BINETTE (dir.), *Un regard québécois sur le droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 499
- POPELIER, P., « Le fédéralisme dynamique », dans Félix MATHIEU, Dave GUÉNETTE et Alain-G. GAGNON (dir.), *Cinquante déclinaisons de fédéralisme : Théorie, enjeux et études de cas*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2020, p. 123

- POPELIER, P. et S. BIELEN, « How Courts Decide Federalism Disputes: Legal Merit, Attitudinal Effects, and Strategic Considerations in the Jurisprudence of the Belgian Constitutional Court », (2019) 49-4 *Publius: The Journal of Federalism* 587
- POPELIER, P. et M. SAHADŽIĆ, « Conclusion », dans Patricia POPELIER et Maja SAHADŽIĆ (dir.), *Constitutional Asymmetry in Multinational Federalism: Managing Multinationalism in Multi-tiered Systems*, Cham, Springer International Publishing, 2019, p. 489
- POPELIER, P. et M. SAHADŽIĆ, « Linking Constitutional Asymmetry with Multinationalism. An Attempt to Crack the Code in Five Hypotheses », dans Patricia POPELIER et Maja SAHADŽIĆ (dir.), *Constitutional Asymmetry in Multinational Federalism: Managing Multinationalism in Multi-tiered Systems*, Cham, Springer International Publishing, 2019, p. 1
- POPELIER, P. et M. SAHADŽIĆ, « Preface », dans Patricia POPELIER et Maja SAHADŽIĆ (dir.), *Constitutional Asymmetry in Multinational Federalism: Managing Multinationalism in Multi-tiered Systems*, Cham, Springer International Publishing, 2019, p. v
- POULIOT, V., « Revisit the Senate as it was meant to be — The Upper House was created to protect provincial interests in the federal legislative process », (2015) 24-1 *Forum constit.* 15
- POWER, M. et M.-A. ROY, « De la possibilité d’être compris directement par les tribunaux canadiens, à l’oral comme à l’écrit, sans l’entremise de services d’interprétation ou de traduction », (2015) 45-2 *R.G.D.* 403
- RAYNAUD, P., « Le droit et la science politique », (2009) 2 *Jus Politicum* 1
- RÉAUME, D. G., « The Demise of the Political Compromise Doctrine: Have Official Language Use Rights Been Revived? », (2001) 47-3 *R.D. McGill* 593
- REBICK, J., « The Charlottetown Accord: A Faulty Framework and a Wrong-headed Compromise », dans Kenneth MCROBERTS et Patrick J. MONAHAN (dir.), *The Charlottetown Accord, the Referendum, and the Future of Canada*, Toronto, Presses de l’Université de Toronto, 1993, p. 102
- RESNICK, P., « Toward a Multinational Federalism : Asymmetrical and Confederal Alternatives », dans F. Leslie SEIDLE (dir.), *À la recherche d’un nouveau contrat politique pour le Canada : options asymétriques et options confédérales*, Montréal, Institut de recherche en politiques publiques, 1994, p. 71

- ROBERTS, J., « Asymmetrical federalism : magic wand or “bait and switch” », dans Harvey LAZAR (dir.), *Asymmetry Series*, n°14, Kingston, Institut des relations intergouvernementales, Université Queen’s, 2005
- ROCHER, F., « The Quebec–Canada Dynamic or the Negation of the Ideal of Federalism », dans Alain-G. GAGNON (dir.), *Contemporary Canadian Federalism*, Toronto, Presses de l’Université de Toronto, 2009, p. 81
- ROCHER, F. et P. COUSINEAU-MORIN, « Fédéralisme asymétrique et reconnaissance des nations internes au Canada - Évolution récente dans l’espace québécois ou comment abdiquer l’asymétrie sur l’autel du principe de l’égalité des provinces », dans Michel SEYMOUR et Guy LAFOREST (dir.), *Le fédéralisme multinational : un modèle viable ?*, Bruxelles, Peter Lang, 2011, p. 269
- ROGERS, N. McL., « The Compact Theory of Confederation », (1931) 9-6 *R. du B. can.* 395
- RUSSELL, P. H., « Meech Lake and the Supreme Court », dans Katherine E. SWINTON et Carol J. ROGERSON (dir.), *Competing constitutional visions : the Meech Lake Accord*, Agincourt, Carswell, 1988, p. 97
- RYDER, B., « The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism: Promoting Autonomy for the Provinces and First Nations », (1990) 36-2 *R.D. McGill* 308
- SAUNDERS, C., « Le potentiel et les pièges du bicaméralisme dans une démocratie fédérale », dans Alain-G. GAGNON et Johanne POIRIER (dir.), *L’avenir du fédéralisme canadien - Acteurs et institutions*, Québec, Presses de l’Université Laval, 2020, p. 27
- SCHERTZER, R., « Quebec Justices as Quebec Representatives : National Minority Representation and the Supreme Court of Canada’s Federalism Jurisprudence », (2016) 46-4 *Publius: The Journal of Federalism* 539
- SCOTT, F. R., « Delegation by Parliament to Provincial Legislatures and Vice-Versa », (1948) 26-6 *R. du B. can.* 984
- SCOTT, F. R., « Our Changing Constitution », dans William Ralph LEDERMAN (dir.), *The Courts and the Canadian Constitution*, Toronto, McClelland and Stewart Limited, 1964, p. 19
- SCOTT, F. R., « Section 94 of the British North America Act », (1942) 20-6 *R. du B. can.* 525
- SCOTT, S. A., « Pussycat, Pussycat or Patriation and New Constitutional Amendment Processes », (1982) 20-2 *U.W.O.L. Rev.* 247

- SEIDLE, F. L. et G. BISHOP, « Public opinion on asymmetrical federalism : growing openness or continuing ambiguity? », dans Harvey LAZAR (dir.), *Asymmetry Series*, n°2, Kingston, Institut des relations intergouvernementales, Université Queen's, 2005
- SEYMOUR, M. et G. LAFOREST, « Introduction : Le fédéralisme multinational en question - Problèmes et perspectives », dans Michel SEYMOUR et Guy LAFOREST (dir.), *Le fédéralisme multinational : un modèle viable ?*, Bruxelles, Peter Lang, 2011, p. 9
- SFEZ, L., « Préface », dans Lucien SFEZ (dir.), *Science politique et interdisciplinarité - Conférences (1998-2000)*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2002, p. 7
- SIMEON, R. E., « Criteria for Choice in Federal Systems », (1982) 8-1-2 *Queen's L.J.* 131
- SIMEON, R. et D.-P. CONWAY, « Federalism and the management of conflict in multinational societies », dans Alain-G. GAGNON et James TULLY (dir.), *Multinational Democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 338
- SIROTA, L., « Immuring Dicey's Ghost: The Senate Reform Reference and Constitutional Conventions », (2020) 51-2 *Ottawa L. Rev.* 313
- SMITH, J., « The case for asymmetry in canadian federalism », dans Harvey LAZAR (dir.), *Asymmetry Series*, n°6, Kingston, Institut des relations intergouvernementales, Université Queen's, 2005
- ST-HILAIRE, M., « Affaire de la nomination du juge Mainville à la Cour d'appel du Québec : une concession et trois critiques », (2015) 45-3 *R.D.U.S.* 575
- ST-HILAIRE, M., P. F. BAUD et E. S. DROUIN, « The Constitution of Canada as Supreme Law: A New Definition », (2019) 28-1 *Forum constit.* 7
- STOBO SNIDERMAN, A. et M. MONTPLAISIR-BAZAN, « La Cour suprême du Canada, le Code civil du Québec et le rôle des juges de Common law : Une étude des arrêts de 1976–2019 », (2022) 100-3 *R. du B. can.* 548
- TAILLON, P. et A. BINETTE, « Québec et Canada », (2019) 34-2018 *Annuaire international de justice constitutionnelle* 175
- TARLTON, C. D., « Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism: A Theoretical Speculation », (1965) 27-4 *The Journal of Politics* 861

- TAYLOR, C., « Entretien avec Charles Taylor », dans Marcos ANCELOVICI et Francis DUPUIS-DERI (dir.), *L'Archipel identitaire - Recueil d'entretiens sur l'identité culturelle*, Montréal, Boréal, 1997, p. 23
- TOMKINS, A., « Does Beaulac Reorient Judicial Bilingualism? », dans Joseph Eliot MAGNET (dir.), *Official Languages of Canada: New Essays*, Markham, LexisNexis Canada, 2008, p. 171
- TREMBLAY, L. B., « Marbury v. Madison and Canadian Constitutionalism: Rhetoric and Practice », (2004) 36-3 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 515
- TRUDEAU, P. E., « Proposed Official Languages Act », (1969) 17-1 *Chitty's L.J.* 1
- WATTS, R. L., « A comparative perspective on asymmetry in federations », dans Harvey LAZAR (dir.), *Asymmetry series*, n°4, Kingston, Institut des relations intergouvernementales, Université Queen's, 2005
- WATTS, R. L., « Comparative conclusions », dans Akhtar MAJEED et Douglas BROWN (dir.), *Distribution of powers and responsibilities in federal countries*, Montréal, Presses universitaires McGill-Queen's, 2005, p. 322
- WATTS, R. L., « Federal Second Chambers Compared », dans Jennifer SMITH (dir.), *The Democratic Dilemma : Reforming the Canadian Senate*, Montréal, Presses universitaires McGill-Queen's, 2009, p. 35
- WATTS, R. L., « Le bicaméralisme dans les régimes parlementaires fédéraux », dans Serge JOYAL (dir.), *Protéger la démocratie canadienne : Le Sénat, en vérité...*, Montréal, Presses universitaires McGill-Queen's, 2003, p. 73
- WATTS, R. L., « The Contemporary Relevance of the Federal Idea », (1995) 1995 *St. Louis-Warsaw Transatlantic L.J.* 109
- WATTS, R. L., « The Reform of Federal Institutions », dans Kenneth MCROBERTS et Patrick J. MONAHAN (dir.), *The Charlottetown Accord, the Referendum, and the Future of Canada*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 1993, p. 17
- WEBBER, J., « Federalism's radical potential », (2020) 18-4 *Int J Constitutional Law* 1324
- WEBBER, J. H. A., « Frustrations of Federalism, Frustrations of Democracy: Trudeau, Transformative Change and the Canadian Constitutional Order », dans Noura KARAZIVAN et Jean LECLAIR (dir.), *L'héritage politique et constitutionnel de Pierre Elliott Trudeau*, Toronto, LexisNexis, 2020, p. 101

- WHITAKER, R., « The Dog That Never Barked: Who Killed Asymmetrical Federalism? », dans Kenneth MCROBERTS et Patrick J. MONAHAN (dir.), *The Charlottetown Accord, the Referendum, and the Future of Canada*, Toronto, Presses de l'Université de Toronto, 1993, p. 107
- WOEHLING, J., « La procédure nécessaire pour modifier l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 », (1994) 35-3 *C. de D.* 551
- WOEHLING, J., « Les droits des minorités linguistiques et culturelles dans un Québec souverain », dans Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING (dir.), *Demain le Québec - Choix politiques et constitutionnels d'un pays en devenir*, Sillery, Québec, Septentrion, 1994, p. 215
- WOEHLING, J., « Le recours à la procédure de modification de l'article 43 de la Loi constitutionnelle de 1982 pour satisfaire certaines revendications constitutionnelles du Québec », dans *Les mélanges Gerald-A. Beaudoin : Les défis du constitutionnalisme*, Cowansville, Yvon Blais, 2002, p. 449
- WOEHLING, J., « Les enjeux de la réforme du Sénat canadien », (1992) 23-1 *R.G.D.* 81
- WOEHLING, J., « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », (2003) 34 *R.D.U.S.* 93
- WOEHLING, J., « L'évolution constitutionnelle du Canada et du Québec de 1867 à nos jours », dans Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING (dir.), *Les constitutions du Canada et du Québec : du régime français à nos jours*, Montréal, Éditions Thémis, 1994, p. 123
- WOEHLING, J., « L'évolution et le réaménagement des rapports entre le Québec et le Canada anglais », dans Jacques-Yvan MORIN et José WOEHLING (dir.), *Demain le Québec - Choix politiques et constitutionnels d'un pays en devenir*, Québec, Septentrion, 1994, p. 17
- WOEHLING, J., « "Liberté" linguistique, "droits" linguistiques et "accommodements" linguistiques : réflexions à partir de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », dans Eugénie BROUILLET, Patrick TAILLON et Amélie BINETTE (dir.), *Un regard québécois sur le droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur d'Henri Brun et de Guy Tremblay*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 425

## *Documents d'organismes publics et gouvernementaux*

ARCHIVES PUBLIQUES DU CANADA, *Immigration dans les prairies canadiennes, 1870-1914*, Ottawa, Information Canada, 1971

ARCHIVES PUBLIQUES DU CANADA, *La Naissance du Manitoba*, Ottawa, Imprimeur de la Reine pour le Canada, 1970

CANADA, « Chiffres de population et des logements : Canada, provinces et territoires », *Statistique Canada*, 9 février 2022, en ligne : <https://www150.statcan.gc.ca/t1/tbl1/fr/tv.action?pid=9810000101>

CANADA, PARLEMENT, *Rapport sur certains aspects de la Constitution Canadienne*, Ottawa, Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, 1980, en ligne : <https://primarydocuments.ca/report-on-certain-aspects-of-the-canadian-constitution/>

COMMISSION DE L'UNITÉ CANADIENNE, *Se retrouver - Observations et recommandations*, Hull, Centre d'édition du gouvernement du Canada, Approvisionnements et Services Canada, 1979

COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LA SITUATION DE LA LANGUE FRANÇAISE ET SUR LES DROITS LINGUISTIQUES AU QUÉBEC, *La situation de la langue française au Québec : rapport de la Commission d'enquête sur la situation de la langue française et sur les droits linguistiques au Québec*, vol. 2 : Les droits linguistiques, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1972

COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LE BILINGUISME ET LE BICULTURALISME, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, Ottawa, Canada, Imprimeur de la Reine, 1967

COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LES PROBLÈMES CONSTITUTIONNELS, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels*, vol. 1, Québec, Gouvernement du Québec, 1956

COMMISSION ROYALE DES RELATIONS ENTRE LE DOMINION ET LES PROVINCES, *Rapport de la Commission royale des relations entre le Dominion et les provinces*, vol. 2 : Recommandations, Ottawa, Canada, Bureau du Conseil privé, 1940, en ligne : [https://publications.gc.ca/collections/collection\\_2016/bcp-pco/Z1-1937-2-2-1-fra.pdf](https://publications.gc.ca/collections/collection_2016/bcp-pco/Z1-1937-2-2-1-fra.pdf)

COUR SUPRÊME DU CANADA, « Rétrospective annuelle - 2022 », *Cour suprême du Canada*, 2023, en ligne : <<https://www.scc-csc.ca/review-revue/2022/2022-Numbers-Statistiques-fra.html#trends-tendances>>

GOUVERNEMENT DU CANADA, *The amendment of the Constitution of Canada*, Ottawa, Département de la justice, 1965, en ligne : <[http://publications.gc.ca/collections/collection\\_2019/jus/J2-16-1965-eng.pdf](http://publications.gc.ca/collections/collection_2019/jus/J2-16-1965-eng.pdf)>

PATRIMOINE CANADIEN, « Statistiques sur les langues officielles au Canada », *Gouvernement du Canada*, en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/services/langues-officielles-bilinguisme/publications/statistique.html>> (consulté le 18 avril 2024)

SECRÉTARIAT DU QUÉBEC et AUX RELATIONS CANADIENNES, *Positions du Québec dans les domaines constitutionnel et intergouvernemental de 1936 à mars 2001*, Québec, Gouvernement du Québec, 2001, en ligne : <<https://www.sqrc.gouv.qc.ca/rerelations-canadiennes/positions-historiques/positions-quebec-1936-2001.asp>>

SECRÉTARIAT DU QUÉBEC AUX RELATIONS CANADIENNES, *Positions du Québec dans les domaines constitutionnel et intergouvernemental de 2001 à 2018*, Québec, Gouvernement du Québec, 2019, en ligne : <<https://www.sqrc.gouv.qc.ca/documents/positions-historiques/positions-du-qc/2001-2008.pdf>>

SÉNAT DU CANADA, *Rapport au sujet de la mise en vigueur de l'Acte de l'Amérique britannique du Nord de 1867, de l'incompatibilité entre ses dispositions et leur interprétation judiciaire, et de matière connexes*, Session de 1939, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1961

STATISTIQUE CANADA, *Recensement du Canada de 1981*, volume 2-Série provinciale : population ; langue, origine ethnique, religion, lieu de naissance, scolarité, Nouveau-Brunswick, Ottawa, Statistique Canada, 1984

### ***Thèses de doctorat***

GUÉNETTE, D., *L'exercice de la fonction constituante dans les sociétés fragmentées : contribution à l'étude des procédures de révision constitutionnelle de la Belgique, du Canada et de la Suisse à travers le prisme du fédéralisme consociatif*, thèse de doctorat, Québec, Faculté de droit, Université Laval et Université catholique de Louvain, 2020

MATHIEU, F., *Les nations fragiles : trajectoires sociopolitiques comparées*, thèse de doctorat, Montréal, Faculté de science politique et de droit, Université du Québec à Montréal, 2020, en ligne : <<https://archipel.uqam.ca/13859/>>

### *Dictionnaires et ouvrages de références*

ASSEMBLÉE NATIONALE DU QUÉBEC, *Encyclopédie du parlementarisme québécois*, 2022, en ligne : <<https://www.assnat.qc.ca/fr/patrimoine/lexique/index>>

BOUDREAU, P. et C. PERRON, *Lexique de science politique*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Chenelière Éducation, 2016

HALLION BRES, S., « Langue française au Manitoba : héritages canadien-français et européen », *Encyclopédie du patrimoine culturel de l'Amérique française*, 2007, en ligne : <[http://www.ameriquefrancaise.org/fr/article-544/Langue\\_fran%C3%A7aise\\_au\\_Manitoba](http://www.ameriquefrancaise.org/fr/article-544/Langue_fran%C3%A7aise_au_Manitoba)>

### *Autres documents*

AUCLAIR, N., C. FRIGON et G. ST-AMAND, « Faits saillants sur la langue française au Nouveau-Brunswick en 2021 », *Statistique Canada*, 22 août 2023, en ligne : <<https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/89-657-x/89-657-x2023015-fra.htm>>

AUCLAIR, N., C. FRIGON et G. ST-AMAND, « Faits saillants sur la langue française en Ontario en 2021 », *Statistique Canada*, 22 août 2023, en ligne : <<https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/89-657-x/89-657-x2023017-fra.htm>>

CHEVRETTE, F., « La délégation de pouvoirs », dans *Recueil du cours DRT 1502 (Droit constitutionnel 2)*, Montréal, Coop Droit, 1998, en ligne : <<https://chevrette-marx.openum.ca/files/sites/136/2017/05/FC-La-delegation-de-pouvoirs.pdf>>

FINE, S., « Supreme Court's Rejection of Nadon Is a Legal Marker and a Political Blow », *Globe and Mail*, 21 mars 2014, en ligne : <<https://www.administrativelawmatters.com/media/supreme-courts-rejection-of-nadon-is-a-legal-marker-and-a-political-blow/>>

GRAMMOND, S., « Can Parliament enact a requirement that Supreme Court judges be bilingual? », *Administrative Law Matters*, 13 mai 2016, en ligne :

<<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2016/05/13/guest-post-sebastien-grammond-can-parliament-enact-a-requirement-that-supreme-court-judges-be-bilingual/>>

HUSCROFT, G., « The Supreme Court's faulty logic on Nadon », *National Post*, 25 mars 2014, en ligne : <<https://nationalpost.com/opinion/grant-huscroft-the-supreme-courts-faulty-logic-on-nadon>>

KINSELLA, N. A., *Fédéralisme : l'expérience canadienne 1867-2007*, Allocution prononcée par le sénateur Noël A. Kinsella devant la Faculté de relations internationales de l'Université d'État de Saint-Pétersbourg, Gouvernement du Canada, 2007, en ligne : <<https://sencanada.ca/media/170142/federalism-f.pdf>>

MADISON, J., « The Federalist No 39 - The Conformity of the Plan to Republican Principles », *Independent Journal*, 16 janvier 1788, en ligne : <<https://pressbooks.library.torontomu.ca/federalist/chapter/no-39-the-conformity-of-the-plan-to-republican-principles/>>

SIROTA, L., « What You Wish For », *Double Aspect*, 22 mars 2014, en ligne : <<https://doubleaspect.blog/2014/03/22/what-you-wish-for/>>

UNION EUROPÉENNE, « Langues », *Union européenne*, en ligne : <[https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/languages\\_fr](https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/languages_fr)> (consulté le 18 avril 2024)