

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

DE LA VOLONTÉ POLITIQUE À L'INTERPRÉTATION JUDICIAIRE.
LA GENÈSE ET LA MISE EN OEUVRE DU *BRITISH NORTH AMERICA ACT*
DE 1867

THÈSE
PRÉSENTÉE
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DU DOCTORAT EN HISTOIRE

PAR
RACHEL CHAGNON

AOÛT 2009

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de cette thèse se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

La réalisation de cette thèse a été rendue possible grâce au soutien et aux encouragements de multiples personnes. Je tiens à les remercier de tout cœur et à les rassurer, cet effort a finalement porté fruit! Je désire tout d'abord exprimer ma gratitude à mes deux directeurs de thèse : Jean-Marie Fecteau et Pierre Mackay. Sans leurs encouragements, leurs judicieux conseils, leur aide précieuse, et surtout, leur grande patience, ce projet n'aurait jamais abouti.

Je voudrais ensuite remercier Katerine M^cKinnon, pour son excellent travail de relecture et ses réflexions enrichissantes ainsi que Martine Lachance et Sébastien Lanctôt pour leur support moral très apprécié ! Je veux aussi exprimer toute mon affection aux professeurs Lucie Lamarche et Pierre-Claude Lafond. Leurs conseils ainsi que leur appui ont été indispensables à la conclusion de cette thèse.

Dans la rédaction de cette thèse, je suis aussi redevable au Centre d'histoire des régulations sociales pour le soutien logistique et financier que j'ai pu y trouver. Des remerciements particuliers vont aussi au Département des sciences juridiques de l'UQAM, à Pauline Léveillé et au Département d'histoire de l'UQAM.

Finalement, mes pensées vont à ma famille Judith, Francine et André.

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES TABLEAUX.....	vii
RÉSUMÉ.....	viii
INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE I	
LE CANADA À L'AUBE DE LA CONFÉDÉRATION: UN CREUSET DES CULTURES POLITIQUES ET JURIDIQUES BRITANNIQUES, COLONIALES ET ÉTATS-UNIENNES	7
1.1 Analyse des conditions de rédaction du B.N.A. Act : État de la question	7
1.1.1 L'histoire de la Confédération, les ouvrages de synthèse.....	9
1.1.2 Les auteurs traitant de la Confédération selon des thèmes plus spécifiques	11
1.2. Le constitutionnalisme, la suprématie du parlement et le contrôle de la légalité	23
1.2.1 Rule of Law et régime parlementaire.....	24
1.2.2 Contrôle de la légalité en droit impérial britannique.....	26
1.2.3 L'impact de l'écrit et le système constitutionnel états-unien	29
1.2.4. Le contrôle constitutionnel de la légalité.....	34
1.3. Contexte politique, état des colonies à l'aube du projet confédératif	38
1.3.1. Moment clé dans le développement d'une classe politique autonome : la responsabilité ministérielle	39
1.3.2 La mouvance politique canadienne, les forces en présence	42
1.4 Problématique et Méthode d'analyse	47
1.4.1 Vers une lecture croisée du droit et de la politique	48
1.4.3. Les sources portant sur le discours politique antérieur à 1867	56
1.4.4. Les sources postérieures à 1867	62
Conclusion.....	70
CHAPITRE II	
UNE CONSTITUTION SEMBLABLE EN PRINCIPE À CELLE DU ROYAUME-UNI	72
2.1 Faire comme la Mère patrie, mais différemment.....	74
2.1.1. La constitution britannique non écrite et unitaire	77
2.1.2. Le Royaume-Uni, un modèle... pas très fédéral!.....	82
2.1.3. À la recherche du fédéralisme.....	87
2.2. Le système états-unien amélioré façon Canada	94

2.2.1. République mais aussi fédération, un modèle difficile à ignorer	95
2.2.2. Apprendre des erreurs des autres.....	99
2.2.3. Rôle des juges et américanité.....	102
2.3. À la frontière des modèles britannique et états-unien, un vaste terrain vague	106
2.3.1. Les provinces et la reconnaissance du Canada français.....	106
2.3.2 Les provinces sont souveraines : les arguments pour	112
2.3.3. Les provinces sont souveraines : les arguments contre	119
Conclusion.....	123
CHAPITRE III	
PARLEMENTARISME, CONSTITUTIONNALISME ET DÉMOCRATIE : QUEL	
AVENIR POUR LE CANADA?	
125	
3.1. La confédération comme projet de société, qui décide?	128
3.1.1 La place des citoyens à l'heure des choix	129
3.1.2. Le Canada ne sera pas une démocratie	134
3.1.3. Nous sommes les représentants du peuple et non ses délégués.....	140
3.2. Chambre haute et Chambre basse	144
3.2.1 Le Conseil législatif, la marque anglo-saxonne	145
3.2.2. Un Sénat américain? Des sénateurs à la « canadienne »!.....	148
3.2.3. Dans le monde des parlementaires, tous ne sont pas égaux	153
3.3. Monarchie repensée à la recherche d'un républicanisme modéré	156
3.3.1 Les Pères de la Confédération canadienne et le constitutionnalisme.....	157
3.3.2. Le B.N.A. Act, et la protection des droits individuels, que veut-on pour le Canada?	162
3.3.3. Le gouverneur général et ses lieutenants, les chefs?.....	169
Conclusion.....	173
CHAPITRE IV	
LES POLITICIENS ET LE B.N.A. ACT : LES PRINCIPAUX POINTS	
DE TENSION	
175	
4.1. Diriger le Canada entre colonialisme et autonomie	177
4.1.1 Un chef anglais pour un Dominion canadien.....	178
4.1.2 La Couronne dans un Dominion fédéral.....	181
4.1.3 Les lieutenants-gouverneurs sont-ils des représentants de la Reine ?...187	
4.2. Les relations entre Ottawa et les provinces et la montée des revendications provinciales	192

4.2.1. Le Canada, un ou plusieurs chefs ?	192
4.2.2. Nationalismes politiques et Fédération.....	195
4.2.3 Les pouvoirs de réserve et de désaveu.....	203
4.2.4. Le Sénat comme lieu de contact entre Ottawa et les provinces : un échec.....	211
4.3. Les aspects politiques des décisions juridiques, ou comment passe-t-on du politique au juridique et de la Cour suprême au CJCP.....	213
4.3.1 L'arène politique : là où les problèmes commencent.....	215
4.3.2 La Cour suprême, vers une interprétation constitutionnelle centralisatrice	221
4.3.3 Le Comité judiciaire du Conseil Privé, les gardiens de la Loi impériale ..	226
Conclusion.....	231
CHAPITRE V	
LA VRAIE NATURE DU B.N.A ACT : LES VOIX DISCORDANTES DE LA	
JUSTICE	
5.1. Le tribunal en tant que lieu de résolution des conflits.....	234
5.1.1. Le tribunal : troisième pouvoir de l'État	235
5.1.2 Comment interpréter le droit et les lois.....	239
5.1.3 La règle et la constitution	245
5.2. Le nouveau Dominion et ses tribunaux	249
5.2.1. La Cour suprême, un tribunal véritablement canadien	250
5.2.2. Le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres, une instance toute britannique.....	255
5.2.3. Un système à deux voix, judiciaire et politique	258
5.3. Écouter la polyphonie judiciaire, une cause à la fois	264
5.3.1. Le constitutionnalisme canadien : les juges au premier plan	264
5.3.2 La vision des juges canadiens de l'interprétation du B.N.A. Act	267
5.3.3. Les Lords s'approprient le B.N.A. Act.....	275
Conclusion.....	281

CHAPITRE VI	
POLITIQUE ET DROIT: L'ÉMERGENCE D'UN CONSTITUTIONNALISME CANADIEN?	283
6.1 La jurisprudence émanant de la Cour Suprême et du CJCP, lecture statutaire et constitutionnelle du B.N.A Act.	285
6.1.1. À la recherche d'un constitutionnalisme canadien.	286
6.1.2. Le CJCP : cohérence et unité, avec certaines nuances	288
6.1.3 La cour Suprême du Canada, vers des principes se distinguant de l'approche du CJCP	291
6.2 Vers une contextualisation de certaines décisions phares	294
6.2.1. Le lieutenant-gouverneur, représentant de la Couronne ou fonctionnaire fédéral ?	295
6.2.2 Au cœur du fédéralisme : les articles 91 et 92 du B.N.A. Act	303
6.2.3. Autre enjeu pour les provinces : la possession effective du territoire.....	314
6.3. Les tribunaux et le dossier des écoles confessionnelles	318
6.3.1. Contexte politique du litige	319
6.3.2. De Barrett à Brophy, l'évolution au Manitoba du dossier des écoles confessionnelles	324
Conclusion.....	329
CONCLUSION GÉNÉRALE	331
ANNEXE A	
BRITISH NORTH AMERICA ACT DE 1867.....	341
ANNEXE B	
LES PÈRES DE LA CONFÉDÉRATION.....	366
ANNEXE C	
LES DÉCISIONS CONSTITUTIONNELLES ÉTUDIÉES	367
ANNEXE D	
LISTE DES JUGES AYANT SIÉGÉ À LA COUR SUPRÊME ENTRE 1875 ET 1900.....	369
BIBLIOGRAPHIE.....	370

LISTE DES TABLEAUX

Tableau		Page
1	Registre des acteurs/porteurs de discours; période antérieure à la Confédération.....	52
2	Registre des acteurs/porteurs de discours; période postérieure à la Confédération.....	62
3	Interaction des discours juridiques; période postérieure à la Confédération.....	68

RÉSUMÉ

La présente thèse porte sur les interprétations politiques et juridiques faites du *British North America Act* de 1867 (*B.N.A. Act*) d'abord par les politiciens qui ont participé au débat confédératif et ensuite par les juges qui vont interpréter la Loi à partir de 1867. Elle fait suite à un questionnement, portant sur les idéologies politiques mais surtout juridiques qui sous-tendent le projet confédératif et, sur l'attention donnée par les tribunaux à ces idéologies dans leur interprétation du *B.N.A. Act*.

Cette étude démontre que deux éléments ont été occultés tant dans l'historiographie entourant la Confédération que dans les études analysant la jurisprudence constitutionnelle portant sur la Loi de 1867. En premier lieu, l'impact de l'évolution politique des colonies sur le projet confédératif n'a jamais été réellement souligné. Les hommes politiques de l'époque ont une vision du Canada à venir, vision nourrie, entre autres, par des courants idéologiques qui proposent une représentation structurante de l'État. Cette image de l'État est établie selon des bases relativement nouvelles au 19^e siècle, soit le fédéralisme et le constitutionnalisme dit moderne. En second lieu, peu a été dit sur les représentations juridiques que se font les juges de la nature même du *B.N.A. Act*. Ces représentations sont conditionnées par les acquis juridiques et sociaux de ces juges et affectent le sens qu'ils vont donner à la Loi constitutionnelle de 1867.

Cette thèse propose une approche qui réunit à la fois vision politique et interprétation juridique. L'objectif de la démarche est de montrer comment cette double lecture du *B.N.A. Act* influence sa mise en œuvre et conditionne le développement de la Confédération. De plus, elle met en relief le dialogue actif et complexe qui s'est noué entre les acteurs politiques et juridiques qui ont conçu et donné son sens à la Loi qui a fondé le Canada.

Mots clés : Histoire, constitution, droit, Canada, parlementarisme, fédéralisme

INTRODUCTION

La Constitution est l'épine dorsale de l'organisation politique et juridique d'un pays. Elle détermine la structure de l'État, définit ses institutions et règle la relation entre les agents étatiques et l'ensemble de la société civile. Pour le Canada, le constitutionnalisme a une connotation particulière : il fait partie de notre inconscient politique collectif. Les débats entourant la Constitution canadienne semblent, en effet, avoir toujours fait partie du paysage canadien. On a qu'à penser, par exemple, aux déclarations faites en décembre 2006 par le Premier ministre fédéral Stephen Harper et portant sur la nomination des sénateurs, ainsi qu'aux réactions qu'elles ont suscitées, pour constater que le sujet est encore et toujours d'actualité.¹ De la polémique entourant le déséquilibre fiscal, aux protestations faites à l'égard de nos tribunaux trop interventionnistes, l'actualité nous ramène sans relâche vers la Constitution. La division de l'assiette fiscale est constitutionnelle, les pouvoirs des tribunaux sont issus de la Constitution, et finalement, le mode de nomination des sénateurs est expressément prévu dans la Loi constitutionnelle.

Les Lois constitutionnelles dont celles de 1867 et 1982 s'inscrivent d'ailleurs dans un processus qui débute dès l'arrivée des premiers colons européens en Amérique du Nord. Ces derniers amènent en effet avec eux leurs institutions politiques et étatiques. Ces institutions ne se créent pas spontanément. Comme l'indique le professeur J.-Y. Morin : « [s]i elles sont durables et stables, c'est généralement qu'elles ont connu une croissance quasi organique, s'adaptant insensiblement à l'évolution des faits sociaux et des mentalités² ». L'histoire constitutionnelle canadienne s'est ainsi construite à partir de plusieurs temps forts,

¹ « Charest et Harper ne s'entendent pas sur l'élection des sénateurs », *Le Devoir*, 15 décembre 2006.

² Jacques-Yvan Morin et José Woehrling, *Les Constitutions du Canada et du Québec, du régime français à nos jours*, tome 1^{er}, études, 2^e éd. Montréal, Thémis, 1994, p.1.

tels la conquête britannique de 1764, l'Acte de Québec de 1774, l'Acte d'Union de 1840 ou, plus récemment, le rapatriement de la Constitution en 1982.

C'est à l'un de ces temps fort que s'intéresse cette thèse : la Confédération de 1867 et plus particulièrement le *British North America Act*³ (*B.N.A. Act*). Cette Loi fonde le Dominion du Canada et lui donne les institutions politiques que nous lui connaissons encore aujourd'hui. Le *B.N.A. Act* marque donc le début de l'un des chapitres les plus importants de l'histoire canadienne, soit la genèse de l'État canadien moderne. Elle est l'aboutissement de trois années de labeurs et de négociations entre les hommes politiques des différentes colonies britanniques d'Amérique du Nord. De plus, le texte d'origine a subi très peu de modifications depuis sa sanction en 1867. Même si le *B.N.A. Act* a été abrogé par le parlement britannique en 1982, son texte fait partie intégrante de la Loi constitutionnelle de 1982 : les articles contenus dans la 1^{ère} loi constitutionnelle canadienne sont donc pratiquement tous encore en vigueur et, dans l'ensemble, leur libellé est celui conçu par les Pères de la Confédération.

La rédaction du *B.N.A. Act* est une saga ponctuée de rencontres inopinées -- la visite surprise des délégués du Canada-Uni à Charlottetown --, de revirements inattendus, -- la décision de l'Île-du-Prince-Édouard et de Terre-Neuve de quitter la table des négociations à la Conférence de Québec -- et de rendez-vous secrets -- les négociations de la dernière heure à la Conférence de Londres --. Cette loi a fait l'objet de multiples études et suscité plusieurs polémiques : les Pères de la

³ *An act for the union of Canada, Nova Scotia and New Brunswick, and the thereof; and for purposes connected therewith*, 1867 (U.K.) 30-31 Vic. c. 3, (ci-après *B.N.A. Act*). Tout au long de ce travail nous employons le terme *British North America Act* et non *Acte d'Amérique du Nord britannique*. Le *B.N.A. Act* est une loi britannique, aucune version française officielle de ce texte n'existe. L'article 55 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dispose que le ministre de la Justice du Canada est chargé de rédiger, dans les meilleurs délais, la version française de la Constitution du Canada de 1867. Le comité de rédaction constitutionnelle française, créé en 1984 pour faire cette traduction, a rendu son rapport en 1990. Ce document n'a pas été adopté et n'a pas de valeur exécutoire. Il a été archivé et demeure disponible en ligne uniquement pour des fins de documentation.

Voir <http://www.justice.gc.ca/fra/pi/const/loireq-lawreg/index.html>, accédé le 22 juillet 2008.

Confédération avaient-ils un réel projet politique? Les tribunaux ont-ils trahi les intentions des fondateurs du Canada? À quoi sert réellement le Sénat? Et ainsi de suite...

La présente thèse s'intéresse à deux éléments centraux de la conception et de la mise en œuvre du *B.N.A. Act*. Nous nous penchons tout d'abord sur l'interprétation qu'en donnaient les hommes politiques qui, de près ou de loin, vont participer aux débats entourant sa genèse. Quelles ambitions les Pères de la Confédération avaient-ils pour le *B.N.A. Act*?

On sait déjà beaucoup du contexte dans lequel s'amorce la réunion des colonies britanniques d'Amérique du Nord. Par contre, on en sait beaucoup moins sur les intentions politiques de Pères de la Confédération et sur leur compréhension du document législatif qu'est le *B.N.A. Act*. Cette loi est le fruit d'une série de compromis plus ou moins ouvertement négociés. Il en résulte plusieurs ambiguïtés que les tribunaux mettront de nombreuses années à résoudre. C'est ce à quoi le présent travail s'intéresse.

L'apport des tribunaux est en effet le second élément central au développement du *B.N.A. Act*. Les Pères de la Confédération ne sont pas des parents uniques, les juges vont aussi jouer un rôle important dans le sens à donner au *B.N.A. Act*. Deux tribunaux sont au cœur de l'action : la Cour suprême du Canada, créée en 1875, et le Comité judiciaire du Conseil privé (CJCP), une instance britannique qui entend, en dernier appel, des pourvois en provenance de l'ensemble des colonies britanniques. Entre 1875 et 1900, ces tribunaux œuvrent à établir les bases de l'interprétation de la Constitution canadienne. Cette tâche ne s'effectue pas de concert et il en résulte une jurisprudence contradictoire et controversée. On va particulièrement reprocher au CJCP d'avoir miné le travail de la Cour suprême et d'avoir trahi la volonté des Pères de la Confédération quant à la mise en œuvre du fédéralisme.⁴ D'autres, au

⁴ John T. Saywell, *The Lawmakers, Judicial Power and the Shaping of Canadian Federalism*, Toronto, University of Toronto Press, 2002; P. Hogg et W. K. Wright, « Canadian

contraire, vont affirmer que le CJCP a, en quelque sorte, sauvé la fédération canadienne en redonnant au *B.N.A. Act* le sens réellement voulu par ses concepteurs.⁵ En fait, le CJCP a le pouvoir de renverser les décisions de la Cour suprême. Ceci nuit grandement au prestige de cette dernière, dont le mandat est d'agir à titre de plus haute cour du Canada. Ce travail s'intéresse donc aussi à la jurisprudence émanant de ces deux tribunaux. Est-elle aussi contradictoire qu'on l'a affirmé? Dans quel contexte a-t-elle été produite?

Le premier chapitre nous permettra tout d'abord d'expliquer plus en détail notre problématique et de la situer dans l'ensemble de l'historiographie portant sur la fondation du Canada. Nous présenterons aussi les sources utilisées dans le cadre du présent travail ainsi que notre cadre théorique. Nous procéderons finalement à un bref rappel du contexte historique entourant la création du Canada en mettant l'accent sur certains enjeux politiques et juridiques.

Dans le chapitre 2 : « Une constitution semblable en principe à celle du Royaume-Uni », nous discuterons du modèle choisi par les Pères de la Confédération afin de réaliser leurs ambitions, soit l'union fédérale. La fédération est, au 19^e siècle, un concept relativement récent, dont l'exemple par excellence est constitué par les États-Unis d'Amérique. Beaucoup a d'ailleurs été dit et écrit sur la volonté des Pères de la Confédération d'éviter à tout prix de suivre cet exemple. Toutefois, le projet canadien ne s'inscrit pas tant en réaction à la Constitution états-unienne⁶ qu'en réponse à la guerre de Sécession. Les Pères de la Confédération

Federalism, the Privy Council and the Supreme Court: Reflections on the Debate About Canadian Federalism », *University of British Columbia Law Review* 38 (2005) 329-352. Pour une synthèse des critiques à l'égard du CJCP on peut aussi consulter : A. Cairns, « The Judicial Committee and its Critics », *Canadian Journal of Political Science/Revue canadienne de science politique* 4 : 3 (1971) 301-345.

⁵ P. Romney, *Getting it Wrong, How Canadians Forgot Their Past and Imperilled Confederation*, Toronto, University of Toronto Press, 1999.

⁶ Nous préférons ce terme afin d'identifier ce qui est issu des États-Unis à celui « d'américain » qui, après tout, réfère non pas à un seul pays mais bien à tout un continent, dont le Canada et le Mexique font également partie.

ont, en fin de compte, fait face à un défi peu commun alors qu'ils tentaient d'élaborer une structure étatique à quatre paliers : impérial, fédéral, provincial et municipal. La répartition des pouvoirs entre tous ces paliers est en soi un révélateur de la manière dont ils percevaient le rôle de l'État. Ces hommes mirent en place un système qu'ils voulaient résolument pyramidal. Cette hiérarchie des pouvoirs avait d'ailleurs l'aval des autorités coloniales qui suivaient de près l'évolution du projet. À Londres, on craignait le système fédéral plus égalitaire pratiqué aux États-Unis.

En plus des discussions entourant le choix même du principe fédéral, trois enjeux principaux ont fait l'objet de plusieurs débats. Nous discuterons de ces enjeux au chapitre 3 : « Parlementarisme, constitutionnalisme et démocratie, les enjeux du *B.N.A. Act* ». Nous aborderons, tout d'abord, un enjeu à caractère démocratique avec le sabordage des Conseils législatifs coloniaux en vue de les remplacer par un Sénat fédéral. Nous étudierons les liens qu'entretiennent les parlementaires avec les électeurs et, plus précisément, comment est perçu le rôle du parlementaire élu. Nous nous intéresserons ensuite à la relation à venir entre le Parlement fédéral et des Législatures provinciales. Ici, on assiste à des discussions épiques sur les avantages d'un gouvernement central fort à l'encontre d'une structure décentralisée menacée d'explosion, face à la nécessité d'un État apte à faire preuve de flexibilité afin de pouvoir accommoder des réalités multiples qui varient d'une province à l'autre.

C'est d'ailleurs le contexte politique dans lequel évolue la mise en œuvre du *B.N.A. Act* à partir de 1867 qui fait l'objet du chapitre 4 : « Les politiciens et le *B.N.A. Act*, les principaux points de tensions ». Ce chapitre nous permettra d'explorer le sens que vont donner les hommes politiques au *B.N.A. Act* une fois celui-ci adopté. Comment leurs interprétations contradictoires du rôle du lieutenant-gouverneur, chef des Législatures provinciales, marquent-elles les débuts d'un mouvement de revendications des provinces? Pourquoi le recours, par le gouvernement fédéral, à son pouvoir de désavouer les lois provinciales participe-t-il à l'émergence de ce

mouvement? Nous verrons aussi comment se fera le glissement du débat politique vers la sphère juridique.

Ensuite, dans le chapitre 5 : « Discours sur la vraie nature du *B.N.A Act* : les voix discordantes de la justice » nous amorcerons l'étude du volet plus juridique de cette thèse par l'analyse de la divergence des points de vue entre la Cour suprême du Canada, et le CJCP. Cette divergence repose-t-elle sur une lecture différente de règles juridiques par ces deux instances? Ou est-elle fondée sur des perceptions fondamentalement contradictoires de la nature même du *B.N.A Act*? Quels éléments du contexte politique et de la culture juridique de ces deux tribunaux sont susceptibles d'expliquer cette distance?

Dans le chapitre 6 : « Politique et droit : l'émergence d'un constitutionnalisme canadien? », nous verrons comment les tensions politiques présentées au chapitre 4 vont affecter le travail des tribunaux dans la mise en œuvre du *B.N.A. Act*. Nous terminerons avec une analyse comparative des décisions constitutionnelles qui ont marqué l'évolution de la constitution canadienne. Cette analyse thématique portera principalement sur les points saillants de l'interprétation du fédéralisme par les tribunaux, dans le but de rendre compte de la complexité de ces décisions judiciaires, qui sont les fruits de processus longs, et souvent mal connus au moment où il s'agit de leur donner un sens.

Cette thèse se veut une contribution à la compréhension par les juristes des dimensions historiennes des textes qu'ils lisent et interprètent souvent sans en connaître les implications plus larges. Elle se veut aussi une contribution à la compréhension par les historiens des méthodes d'interprétation juridique utilisées, en particulier par les tribunaux. Bref, elle se veut une contribution à une construction interdisciplinaire du droit et de l'histoire.

CHAPITRE I

LE CANADA À L'AUBE DE LA CONFÉDÉRATION: UN CREUSET DES CULTURES POLITIQUES ET JURIDIQUES BRITANNIQUES, COLONIALES ET ÉTATS-UNIENNES

Le présent chapitre vise tout d'abord à faire un état des lieux de l'historiographie pertinente entourant le *B.N.A. Act* de 1867. Nous désirons aussi expliciter l'apport de ce présent travail à l'historiographie actuelle. De plus, nous étudierons les principaux concepts utilisés et présenterons une mise en contexte politique du projet confédératif. Nous nous intéresserons principalement aux notions de constitutionnalisme et de contrôle de la légalité. Nous aborderons aussi, en arrière plan, l'environnement politique dans lequel se développe la conception du *B.N.A. Act*. Cet exercice débouchera sur l'énoncé de la problématique sous-tendant ce travail et la présentation des sources étudiées de même que leur méthodologie d'analyse. Nous expliquerons alors comment et pourquoi ces sources ont été retenues et pourquoi d'autres sources ont été écartées.

1.1 Analyse des conditions de rédaction du B.N.A. Act : État de la question

L'histoire entourant la rédaction du *British North America Act* n'a pas fait l'objet d'une historiographie prolifique. Par contre, beaucoup a été dit et écrit sur la Confédération elle-même et les conditions de son avènement. Dans ce chapitre, nous évoquerons donc tout d'abord l'historiographie s'étant concentrée sur les grandes causes de la Confédération soit la question du chemin de fer, la menace

issue des États-Unis, l'évolution des relations entre la Grande-Bretagne et ses colonies ainsi que les problèmes politiques du Canada-Uni¹. Nous parlerons aussi des auteurs qui se sont intéressés à des aspects plus spécifiques du projet confédératif comme par exemple les motivations économiques des Pères de la Confédération² ou encore la place d'acteurs politiques moins connus comme le clergé catholique³.

Nous avons toutefois choisi de nous intéresser non pas à l'histoire de l'avènement de l'Union confédérative comme telle, mais à celle plus spécifique du contexte politique et juridique ayant présidé à la rédaction de la constitution de 1867, le *B.N.A. Act*. Cette distinction marque nos choix en matière d'historiographie. L'historiographie portant sur tout ce qui a entouré la Confédération est extrêmement vaste et variée. Nous n'avons pas l'ambition ici d'en présenter toutes ses nuances ou même d'en faire une synthèse. Nous nous intéresserons aux auteurs, moins nombreux, se sont attardés de façon plus spécifique au *B.N.A. Act lui-même*, voire à l'histoire directement liée aux événements entourant cette rédaction soit les Conférences de Charlottetown, Québec et Londres.

Nous avons donc retenu certains ouvrages jugés représentatifs d'une période ou d'un thème exploré. Notre ambition première était ici avant tout de faire une analyse historiographique rapide du contexte entourant le processus de rédaction de la constitution. Nous désirons principalement faire ressortir le fait que l'étude du *B.N.A.*

¹ Ged Martin fait une excellente synthèse des causes classiques de la Confédération dans : *Britain and the Origins of Canadian Confederation, 1837-67*, Vancouver, UBC Press, 1995; on peut voir aussi : P. D. Waite, *The Life and Times of Confederation 1864-1867*, 3rd ed, Toronto, Robin Brass Studio, 2001; M.S. Careless, *Canada, A Story of Challenge*, 3rd ed, Toronto, Macmillan of Canada, 1986.

² Stanley-Bréhaut Ryerson, *Le Capitalisme et la Confédération. Aux sources du conflit Canada-Québec*, version refondue, Montréal, Éditions Parti Pris, 1972.

³ Marcel Bellavance, *Le Québec et la Confédération : Un choix libre? : Le clergé et la constitution de 1867*, Sillery, Septentrion, 1992.

Act dans ses aspects juridique ainsi que la place plus générale du Droit dans le processus confédératif n'ont pas, à ce jour, fait l'objet de beaucoup d'attention.

Ainsi que nous le verrons, cette historiographie se divise de façon très inégale entre une étude essentiellement sociopolitique de la Confédération et une analyse de l'évolution juridique de la mise en œuvre du système constitutionnel. Si l'histoire du droit demeure un champ relativement peu occupé au Canada, l'histoire juridique de la constitution est un terrain pratiquement vacant.

1.1.1 *L'histoire de la Confédération, les ouvrages de synthèse*

L'histoire de la fondation du Dominion est, tout d'abord, racontée dans des ouvrages dont l'objet est principalement de montrer le projet confédératif comme la conséquence inéluctable de l'évolution des colonies doublée d'une course à obstacles qui sera gagnée, à terme, par les Pères de la Confédération. Nous pensons ici par exemple aux ouvrages de M.S Careless, P.D. Waite, D. Creighton et W.L. Morton.⁴ Nous avons porté une attention plus particulière à Waite, Creighton et Morton qui s'intéressent de façon plus spécifique à la période entourant la fondation du Canada. On remarquera, chez Careless une analyse macro-historique de la création du Canada couvrant à la fois une large période, soit de la colonisation française à la fondation du Dominion du Canada, et un vaste territoire.

De façon générale, dans ces ouvrages, la Confédération est le résultat logique de l'entrecroisement de quatre facteurs principaux, soit, la situation politique difficile du Canada-Uni, l'essentielle construction d'un chemin de fer trans-colonial, la menace américaine et la modification des relations de Londres avec ses colonies. Ces quatre facteurs, une fois réunis, menaient nécessairement à un désir de regroupement de

⁴ M.S. Careless, *op.cit.*; P.D. Waite, *op.cit.*; Donald Creighton, *The Road to Confederation, The Emergence of Canada : 1863-1867*, Toronto, MacMillan, 1964, 489p.; W.L. Morton, *The Critical Years, The Union of British North America : 1857-1873*, Toronto, McClelland and Stewart, 1964, 322p.

la part des colonies. De ce désir naît l'idée d'une union politique, le facteur francophone étant, pour sa part, le vecteur principal du choix d'un État fédéral.

On retrouve une telle analyse chez Jean-Charles Bonenfant. Mais si son ouvrage principal, *La naissance de la Confédération*⁵, reprend les thèmes classiquement abordés, il a l'avantage de s'ancrer dans la perspective québécoise. Délaissant une approche pancanadienne de l'histoire de la Confédération, semblable à celle des auteurs vus plus haut. Bonenfant donne la parole aux politiciens du Bas-Canada et fait état des différentes tensions entre les conservateurs de Cartier, favorables à la Confédération, et les libéraux, menés par Dorion. Ces derniers, loin de voir la Confédération comme la solution aux problèmes politiques du Canada-Uni la perçoivent plutôt comme la source d'une potentielle assimilation des Bas-canadiens au fait anglais⁶. Bonenfant veut d'ailleurs réfuter l'idée reçue que la Confédération jouissait d'un large support dans la classe politique du Bas-Canada. Son travail nous éclaire sur les différentes tensions politiques ayant cours au Bas-Canada.

Ces ouvrages permettent de construire la trame événementielle entourant la rédaction du *B.N.A. Act*. Ils offrent à cet effet un luxe de détails tant sur les événements importants ou plus anecdotiques⁷ que sur les acteurs à l'origine de cette mutation politique d'envergure. Ils rendent aussi compte des diverses tentatives afin de mettre de l'avant une union fédérale des colonies. Bonenfant nous présente par exemple le projet du juge William Smith qui, dès 1764-1765, propose à Londres un projet de confédération des colonies nord-américaines⁸. Morton explique pour sa

⁵ Montréal, Leméac, 1969.

⁶ Voir l'analyse détaillée de la position des Rouges face à la Confédération dans J.-P. Bernard, *Les Rouges, Libéralisme, nationalisme et anticléricalisme du milieu du XIXe siècle*, Montréal, Les Presse de L'université du Québec, 1971, 394p

⁷ On peut penser ici au compte-rendu que fait Creighton de la température à Charlottetown lors de la Conférence, (Creighton, *op.cit.*, p.116), ou encore aux commentaires de Wait sur l'hospitalité de Pope (Waite, *op.cit.*, p.77) ainsi que sur les talents de chanteur de Cartier (Waite, *op.cit.*, p.81).

⁸ Bonenfant, *op.cit.*, p.25.

part comment le projet d'une union fédérale sera débattu au Canada-Uni à partir de 1858⁹.

Toutefois, on ne trouve pas dans ces ouvrages de réelles analyses de la pensée constitutionnelle pouvant se dégager des négociations et débats entourant la rédaction du *B.N.A. Act*. Morton, par exemple, axe son analyse de la Conférence de Londres sur, d'une part, la présence de Joseph Howe qui veut négocier avec l'administration coloniale le retrait de la Nouvelle-Écosse du projet d'union fédérale et, d'autre part, l'instabilité des gouvernements britanniques de l'époque¹⁰. Très peu est dit sur les enjeux portant directement sur le contenu du document. Creighton, dans son chapitre portant sur la Conférence de Charlottetown, décrit brièvement le processus par lequel sera effectué le partage des compétences dans le *B.N.A. Act*. Toutefois cette description demeure sommaire et se concentre essentiellement sur les tensions politiques entre les Canadiens et les représentants des Maritimes¹¹.

Il s'agit ici d'une histoire nationale qui vise à donner une perspective globale, voire globalisante de la genèse de l'État canadien. De plus, peu de place est faite à des facteurs autres que conjoncturels. Par exemple, les possibles influences idéologiques des Pères de la Confédération sont mises de côté au profit de la mise en valeur de leur pragmatisme.

1.1.2 Les auteurs traitant de la Confédération selon des thèmes plus spécifiques

En marge des ouvrages plus généraux, on retrouve aussi des d'études portant sur des questions plus spécifiques. Pensons ici, par exemple, à l'apport du professeur G. Martin qui a travaillé sur le rôle plus ou moins occulté des autorités

⁹ W.L. Morton, *op.cit.*, pp 77 et suivantes.

¹⁰ *Id.*, pp 203 et suivantes.

¹¹ D. Creighton, *op.cit.*, pp.118-119.

britanniques dans la conception de la Confédération. Son ouvrage *Britain and the Origins of Canadian Confederation, 1837-67*¹², fait une démonstration très convaincante de la part importante qu'occupent les autorités britannique dans la mise en œuvre du projet confédératif. Cet ouvrage permet une compréhension beaucoup plus fine de la relation entre la Grande-Bretagne et ses colonies. Ceci nous a permis de mettre mieux en perspective les échanges épistolaires entre les administrateurs coloniaux comme par exemple ceux entre le gouverneur du Nouveau-Brunswick, Gordon et le Secrétaire d'État aux Colonies au moment de la Confédération, Lord Carnarvon.

Cet ouvrage s'intéresse par contre essentiellement aux considérations sociopolitiques et fait peu de place au B.N.A Act dans sa dimension juridique. En fait, les questions touchant à la rédaction du document sont peu pertinentes dans une analyse qui se veut avant tout contextuelle et axée sur les relations politiques entre Londres et ses colonies nord-américaines.

Certains ouvrages se sont davantage intéressés aux partis et aux idéologies politiques dominantes durant la période entourant la confédération. Citons, par exemple, les ouvrages d'Yvan Lamonde¹³, Stéphane Kelly¹⁴, Jean-Paul Bernard¹⁵. Nous avons aussi consulté l'historien G.J.J. Pocock¹⁶ afin d'approfondir nos notions sur l'évolution de l'idéologie whig. Les analyses de ce dernier vont d'ailleurs influencer les travaux faits par certains historiens des idéologies présentes au

¹² *Op.cit.*

¹³ Y. Lamonde, *Histoire sociale des idées au Québec, vol 1 1760-1896*, Montréal, Fides, 2000, 565p.

¹⁴ S Kelly, *La petite Loterie, Comment la Couronne a obtenu la collaboration du Canada français après 1837*, Montréal Boréal, 1997, 283p.

¹⁵ J.-P. Bernard, *op. cit.*

¹⁶ J.G.A. Pocock, *Virtue, Commerce and History, Essays on Political Thought and History in the Eighteenth Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985.

Canada, comme Peter J. Smith¹⁷ ou encore Stéphane Kelly, qui partage les propos de Smith sur la filiation idéologique entre les loyalistes qu'il qualifie de *Court Whigs* et les conservateurs canadiens du 19^e siècle. Pour lui, l'idée, mise de l'avant par les loyalistes d'une union fédérale, capable d'entretenir une armée permanente et de favoriser le commerce, est typique de l'idéologie whig¹⁸.

Ce sont d'ailleurs les travaux de Pocock qui nous ont fait réaliser que la transplantation dans les colonies britanniques d'Amérique du Nord de la notion de *Whig* et de *Tory* est hasardeuse et ne rend pas nécessairement complètement compte de la complexité des courants politiques à l'époque où se rédige le B.N.A. Act. Pour Pocock, il n'y a pas, en Amérique, de Tories dans le sens anglais du terme, soit celui de défenseur de la suprématie de la monarchie sur le Parlement. En Amérique, celui qui sera appelé Tory est davantage un promoteur des vertus de « l'ordre whig ¹⁹ ». D'ailleurs ce type de division des idéologies politiques est absent de l'œuvre de Bernard dans le portrait qu'il trace des Rouges à la veille de la Confédération.

Certes, ces ouvrages importants nous éclairent sur l'émergence de ce qui deviendra, à partir de 1867, une réelle classe politique canadienne. Par contre, les courants politiques et idéologiques analysés nous en apprennent très peu sur leurs liens éventuels avec la pensée constitutionnelle sous-jacente au BNA Act. Par exemple, Bernard traite essentiellement de la résistance des Rouges au projet, chose normale puisqu'ils en seront écartés²⁰. Lamonde, quant à lui, s'intéresse au débat confédératif en tant que lieu de manifestation des courants radicaux et

¹⁷ Peter J. Smith, « The Dream of Political Union: Loyalism, Toryism and the Federal Idea in Pre-Confederation Canada », *The Causes of Canadian Confederation*, Ged Martin ed., Frédéricton, Acadiensis Press, 1990, p.148-172.

¹⁸ Stéphane Kelly, *op.cit.*, p.31.

¹⁹ J.G.A. Pocock, *op.cit.*, p.264.

²⁰ J.P. Bernard, *op.cit.*, voir pp. 179 et ss.

modérés²¹. Son analyse ne touche pas au document confédératif. En définitive, ces ouvrages permettent d'éclairer le contexte politico-idéologique général, contexte dont nous traçons les grandes lignes plus loin dans ce chapitre, mais sans approfondir le lien entre pensée politique et concrétisation juridique constitutionnelle qui est au cœur de notre démarche.

Pour des raisons similaires, les quelques biographies d'envergure qui ont été faites des Pères de la Confédération se sont révélées plutôt décevants en fonction de ce questionnement. On peut penser ici, par exemple, aux ouvrages de J.S.M. Careless²², de B. Yong²³, d'O. Skelton²⁴, de Creighton²⁵ ou encore de A. M Evans²⁶. Toutes ces biographies s'avèrent évidemment incontournables si on veut comprendre les éléments essentiels de la pensée et des actions politiques de ces hommes d'État. On y retrouve ainsi des informations importantes sur les affinités personnelles et politiques de ces hommes. Par contre, ici encore, on retrouve peu d'indices sur leur pensée en matière d'organisation constitutionnelle ou sur l'influence de leur compréhension du droit et des enjeux constitutionnels sur le processus de rédaction du *B.N.A. Act*.

On retrouve aussi des ouvrages, plus rares, qui se sont intéressés à la Confédération à travers les institutions de la société civile. Marcel Bellavance a, pour sa part, démontré l'étendue du rôle politique joué par le clergé du Bas-Canada dans l'adhésion des Bas-Canadiens au projet confédératif²⁷. Son étude permet de

²¹ Y. Lamonde, *op.cit.*, voir pp.349 et ss.

²² J.S.M. Careless, *Brown of the Globe*, vol. 2, Toronto, Macmillan, 1963.

²³ B. Yong, *George-Étienne Cartier, bourgeois montréalais*, Montréal, Boréal, 2004, 244p.

²⁴ O. Skelton, *The life and times of Sir Alexander Tilloch Galt*, Toronto, Oxford University Press, 1920, 586p.

²⁵ D. Creighton, *John A. Macdonald*, 2 vol., New York, Macmillan, 1952-1955.

²⁶ A. M. Evans, *Sir Oliver Mowat*, Toronto, University of Toronto Press, 1992, 437p.

²⁷ Marcel Bellavance, *op.cit.*

constater l'ampleur de l'implication du clergé dans la promotion du projet Confédératif, dans le Bas-Canada. Il explique comment le capital de respect de cette institution sera instrumentalisé afin de servir les intérêts stratégiques et politiques des autorités ecclésiastiques du Bas-Canada. Par ailleurs, la fondation du Canada est étudiée ici aussi dans une perspective essentiellement sociopolitique et non pas juridique.

Plus près de nos préoccupations analytiques sont les historiens et politologues qui ont fait l'analyse *politique* du compromis fédératif et ont analysé son impact et ses lendemains en la matière. Stéphane Paquin s'est par exemple intéressé à ce qu'il considère être le mythe des deux peuples fondateurs²⁸. Le professeur Paquin se livre principalement à une analyse contextuelle et linguistique des débats entourant la Confédération afin d'illustrer l'idée que les Pères de la Confédération n'avaient pas à l'esprit l'idée d'un pacte. L'un de ses arguments principaux à cet effet est le constat de l'absence de référence au mot « pacte » par les acteurs qui vont participer à la création du *B.N.A Act*.

L'argumentaire de l'auteur ne s'arrête pas à cette seule considération. Paquin met surtout l'accent sur la récupération utilitariste que les politiciens feront de la théorie du pacte dans les années qui suivent la Confédération. Il soutient, en fait, que cette théorie n'a pas réellement de fondement juridique et que, dans cette perspective, son étude sera essentiellement politique. Dans le cadre de cet exercice, le caractère juridique du *B.N.A Act* s'avère évidemment assez peu pertinent et n'est pas abordé.

Si Paquin se penche essentiellement sur la notion de pacte, d'autres vont réfléchir de façon plus large sur les implications du choix d'un État *fédéral*. Ces auteurs regardent surtout ici la construction politique de ce modèle étatique, ses fondements éthiques, ou les difficultés sociales et politiques que pose la mise en

²⁸ Stéphane Paquin, *L'invention d'un mythe : Le pacte entre deux peuples fondateurs*, Montréal, Éditions VLB, 1999.

œuvre du fédéralisme. On pense ici aux travaux de R.T.C. Vipond²⁹, P.Romney³⁰, C. Moore³¹, et S. V. Laselva³². Dans son ouvrage, Laselva s'intéresse au *B.N.A. Act* à travers l'un de ses articles, l'article 94³³. Pour l'auteur, cet article représente en quelque sorte le paradoxe constitutionnel et le fondement du fédéralisme canadien soit une apparence de centralisation avec toutefois le maintien d'une marge de manœuvre pour les provinces³⁴. Cette analyse, plutôt politique que juridique, de l'article 94 constitue sa seule incursion dans le document.

Pour l'essentiel, Laselva se livre surtout à une analyse politique plus large sur ce qu'il considère être le cœur de « l'éthique fédéraliste » canadienne, soit la reconnaissance d'une diversité culturelle canadienne reposant sur l'interdépendance de ses différents éléments³⁵. Pour ce faire, il s'intéresse à plusieurs moments de la politique canadienne ainsi qu'à leur impact respectif sur notre définition du fédéralisme canadien. Bien que leurs thèses respectives soient différentes, Vipond

²⁹ *Liberty and community : Canadian Federalism and the Failure of the Constitution*, Albany, State University of New York Press , 1991.

³⁰ *Getting it Wrong, How Canadians Forgot Their Past and Imperilled Confederation*, Toronto, University of Toronto Press, 1999..

³¹ *1867, How the Fathers Made a Deal*, Toronto, McClelland & Stewart, 1997.

³² *The Moral Foundations of Canadian Federalism, Paradoxes, Achievements and Tragedies of Nationhood*, Montréal, McGill University Press, 1996.

³³ Article ainsi libellé: «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 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. ».

³⁴ S.V. Laselva, *op.cit.*, p.53.

³⁵ *Id.*, p.12.

et Moore partagent d'ailleurs avec lui cette lecture essentiellement politique de la Constitution.

Romney est sans doute parmi ces auteurs celui s'étant le plus intéressé à la formation du Canada, particulièrement aux négociations qui ont entouré la rédaction du *B.N.A. Act*. Dans son ouvrage, *Getting it Wrong*³⁶, l'auteur s'est donné comme objectif de démontrer, à l'encontre de Paquin, comment, dès les négociations à la Conférence de Charlottetown, les Pères de la Confédération ont envisagé le *B.N.A. Act* comme un pacte entre les colonies fondatrices du Canada. Toutefois, sa perspective, même si elle s'ouvre à l'occasion sur le monde du droit, demeure essentiellement sociopolitique et centrée, tout particulièrement, sur la réalité ontarienne.

Pourtant, certains auteurs se sont intéressés à la Confédération dans ses aspects plus proprement juridiques. Il convient tout d'abord de commenter l'œuvre de R.C.B. Risk. Grand historien du droit, Risk s'est principalement intéressé à la culture constitutionnelle. Il s'est, entre autres, penché sur la culture juridique des premiers constitutionnalistes canadiens, sur l'idéologie légale de certains hommes politiques du 19^e siècle ainsi que sur l'évolution de l'interprétation constitutionnelle au cours des années 1930. Une part importante de cette œuvre, composée principalement d'essais publiés sous forme d'articles, a récemment été regroupée dans un ouvrage: *A History of Canadian Legal Thought, Collected essays*³⁷.

L'intérêt premier de Risk est de comprendre l'évolution du droit canadien, principalement la common law mais aussi, plus généralement, le droit public. Sa période de référence privilégiée va de 1880 à 1930. Il utilise le contexte historique afin de mettre en relief la pensée juridique d'acteurs ciblés, principalement les juges,

³⁶ *Op.cit.*

³⁷ « Constitutional Scholarship in the Late Nineteenth Century : Making Federalism Work », dans G. Blaine Baker et Jim Phillips, *A history of Canadian Legal Thought, Collected Essays*, R.C.B. Risk, Toronto, University of Toronto Press, 2006.

les avocats, mais aussi les théoriciens du droit et les hommes politiques. Par contre, il n'a jamais considéré le *B.N.A Act* en tant qu'objet central d'étude. Risk s'intéresse particulièrement à une critique interne de l'évolution de la pensée juridique et met peu en relation les univers politiques et juridiques.

Plus en lien avec le sujet de la présente thèse, la professeure E. Brouillet dans son ouvrage : *La négation de la nation; l'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*³⁸, propose une contextualisation historique du *B.N.A Act* afin de mieux en comprendre les enjeux actuels. Bien qu'elle se situe dans une perspective historique, Brouillet s'intéresse avant tout à comprendre de manière neuve la relation actuelle entre le Québec et le Canada, dans sa dimension constitutionnelle.

Brouillet étudie le rôle de l'existence, postulée a priori dans la problématique de l'auteure, d'une nation culturelle dans les débats pré-confédératifs et son incidence sur le résultat, soit la Confédération. Toutefois, elle n'interroge nullement, à un niveau plus large, la philosophie politique qui émane des discussions sur la Confédération. Elle étudie plutôt en quoi les dispositions adoptées relèvent d'une conception achevée ou non de la nation au Québec. Ce type de questionnement, tout à fait légitime dans la perspective analytique privilégiée par l'auteure, limite cependant sérieusement la compréhension que l'on peut avoir de la conception des créateurs du *B.N.A Act*, non seulement en ce qui concerne la place du Québec, mais aussi et surtout en matière d'organisation générale de la structure confédérale dans le nouvel ordre politique à mettre en place.

Ainsi, on ne retrouve pas chez Brouillet de réflexion sur le sens, à l'époque, de la Confédération comme organisation politique *globale*, ni d'analyse du rôle des modèles constitutionnels qui serviront d'exemples ou de contre-exemples aux Pères de la Confédération. Rien non plus en ce qui concerne les rapports entre ces

³⁸ E. Brouillet, *La négation de la nation; l'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Montréal, Les éditions du Septentrion, 2005.

modèles et la vision qu'ont ces hommes politiques de la Constitution mère, celle de l'Angleterre. Le modèle américain et sa place centrale est ainsi passé sous silence. Brouillet ne s'intéresse pas non plus à la tension créée par ce paradoxe entre le désir de se coller au modèle constitutionnel britannique et la nécessité de prendre en compte des modèles réellement fédéraux. Elle ne discute pas davantage des relations de pouvoir qui s'établissent à travers ces différents modèles constitutionnels, pouvoir sur le peuple, pouvoir de l'exécutif, etc. Ces dimensions dépassent de loin le respect ou non des cultures nationales diverses de l'espace canadien : elles sont au cœur des implications de la démocratie comme idéal et contrainte incontournable sous-tendant tout compromis constitutionnel.

Brouillet, sur la base d'une définition formelle de la nation culturelle, de la culture et du fédéralisme, définit *a priori* le Québec comme un espace où existe une conscience de nation culturelle, et définit la Confédération comme un compromis, ou un pacte, ayant comme fondement cette dimension culturelle et nationale. Son analyse de la Confédération, des projets qui la précèdent et des débats qui permettront de la définir est donc entièrement axée sur la démonstration de cette hypothèse. Il ne s'agit donc pas à proprement parlé d'un travail de recherche historique mais d'un essai politico-juridique à teneur historique visant à démontrer une hypothèse d'analyse, soit la place de la culture nationale québécoise dans l'évolution constitutionnelle, d'où le titre de l'essai, et ce essentiellement à partir de la littérature secondaire existante. Les sources ne sont sollicitées que de façon ponctuelle, notamment pour illustrer l'importance de la dimension nationalitaire dans les débats confédératifs, ou pour éclairer les analyses juridiques contemporaines qui sont faites du *B.N.A. Act* ainsi que la position de l'auteure face à aux divers auteurs contemporains. Par exemple, l'usage des débats confédératifs par Brouillet vise, tout au plus à illustrer l'interprétation d'une disposition spécifique du *B.N.A. Act*, et ne relève aucunement d'analyse systématique de la pensée constitutionnelle pouvant se dégager de ces débats.

Il n'est évidemment pas question ici de remettre en question la validité intrinsèque de ce type d'usage ponctuel de la documentation historique, étant donné les objectifs poursuivis par Brouillet. Mais ce type de procédé ne peut déboucher sur une analyse contextuelle plus large du débat à la source du *B.N.A. Act*, et surtout de la dynamique d'influences mutuelles des modèles constitutionnels à la disposition des Pères de la Confédération : nous pensons plus particulièrement ici à ceux issus de la Grande-Bretagne, de la Nouvelle-Zélande et des États-Unis. C'est ce dont nous discutons au deuxième chapitre de cette thèse.

De plus, même l'existence d'une conscience claire de la «nation culturelle» n'est pas si évidente à l'époque, notamment pour les responsables de la rédaction du *B.N.A. Act*. En effet, nous montrerons³⁹ que les hommes politiques de l'époque hésitent sur le critère servant à définir les minorités. À leurs yeux, la religion, et non la langue, est en fait le critère le plus déterminant. De plus, pour ces hommes politiques, il n'est pas évident que la protection des minorités passe par une décentralisation ou des pouvoirs accrus pour les provinces, au contraire de ce qu'avance Brouillet. En fait, pour certains, la protection des minorités est d'avantage garantie par la présence d'un gouvernement central fort. En somme, la question bas-canadienne joue un rôle plus ambigu qu'on ne le pense dans la dynamique de discussion des éléments de la fédération à mettre en place, et cette variable doit être replacée dans l'enjeu plus large de la cohérence d'ensemble de la structure constitutionnelle à mettre en place, en fonction des contraintes politiques posées notamment par la démocratie et le lien impérial⁴⁰.

En effet, Brouillet ne s'intéresse pas vraiment aux enjeux démocratiques entourant la rédaction du *B.N.A. Act*. Ces enjeux ont pourtant une place déterminante dans la structure de l'arrangement constitutionnel et dans une série de choix

³⁹ Voir Supra, chapitre 2, section 2.3.1.

⁴⁰ En ce sens, les revendications des Maritimes et même de certains politiciens du Haut-Canada ont une place beaucoup plus déterminante que ne le laisse entendre Brouillet dans le choix d'un système fédéral.

fondamentaux sous-tendant cet arrangement : le choix d'un sénat nommé, celui de la source de la souveraineté, la décision de ne pas recourir à un vote populaire, ou de ne pas intégrer de charte des droits tout en choisissant de protéger les commissions scolaires confessionnelles et l'usage de deux langues officielles au Parlement, l'invention des lieutenants-gouverneurs, et plus fondamentalement, le choix d'organiser le pouvoir sur le peuple et non contre la Mère Patrie. On verra dans ce travail l'importance de ces enjeux, plus particulièrement au chapitre 3.

Alors que la professeure Brouillet se concentre sur l'identité de la nation québécoise, le professeur J.T. Saywell⁴¹ analyse le travail des juges, surtout des Lords anglais, dans l'interprétation du *B.N.A. Act*. Il s'intéresse essentiellement à la question du fédéralisme et restreint son analyse à cette seule question. Dès son introduction, il met en garde le lecteur «[This] is not a study of constitutional law⁴²». Le professeur Saywell se concentre en fait sur le rôle des juges dans l'interprétation de la structure fédérale à partir de 1867. Selon lui, les juges ont, de façon générale, pris le rôle des politiciens dans la détermination des modes de fonctionnement de la fédération canadienne.

Contrairement à l'ouvrage de Brouillet, le travail de Saywell est davantage ancré sur les sources premières. Mais, son regard porte essentiellement sur la jurisprudence émanant des tribunaux et non sur le document que cette dernière cherche à clarifier, le *B.N.A Act*. De même, cet auteur n'insiste que sur un seul des aspects de ce document, soit le système fédéral.

Saywell ne s'intéresse ni à l'interprétation du *B.N.A Act* dans son ensemble ni au processus de négociation qui a précédé la rédaction de la loi. Sa thèse maîtresse porte sur la place prépondérante que les juges ont occupée dans la mise en place du système fédéral et postule que ce rôle a eu comme conséquence une atrophie de

⁴¹ John T. Saywell, *The Lawmakers, Judicial Power and the Shaping of Canadian Federalism*, Toronto, University of Toronto Press, 2002.

⁴² *Id.*, p.xv.

l'autonomie du politique dans les choix à faire afin de mettre en œuvre le *B.N.A. Act*. Nous pensons au contraire de Saywell que les hommes politiques canadiens savaient comment se faire entendre des juges et mêmes les influencer. Nous traitons de cette question dans la seconde partie de cette thèse.

Plus fondamentalement, nous ne partageons pas l'opinion du professeur Saywell qui avance que « [t]he *judicial lawmakers* not John A. Macdonald or Sir Francis Reilley, are the real authors of Canadian constitutional law. [...] Judicial power is a frightening third estate in a federal system.⁴³ ». Nous ne croyons pas à la dichotomie qui est ainsi faite entre tribunaux et politiciens. Nous pensons plutôt qu'il existe un dialogue constant entre le politique et le juridique. En ce sens, le *B.N.A. Act*, est un outil de premier plan dans le processus de régulation des rapports entre hommes politiques et juges. La constitution canadienne moderne est le fruit de ce dialogue.

Historiquement, une division s'est donc opérée entre une étude du contexte et de l'évolution sociopolitique de la Confédération et celle de la culture juridique émergeant de sa mise en œuvre. Parmi les auteurs lus, deux seulement établissent un lien conséquent entre ce contexte sociopolitique et la nature juridique du document fondateur de la Confédération, le *B.N.A Act*. Nous pensons que tout n'a pas été dit, loin de là, sur l'interaction entre le politique et le juridique dans l'émergence du système confédératif canadien.

Les années 1860-1900 constituent une période charnière dans le développement du *B.N.A Act* et méritent une étude plus approfondie. Ce document doit aussi être envisagé dans sa globalité comme structure constitutive du système étatique canadien, et non pas seulement sous l'angle de la dynamique fédérative qu'elle met en place.

⁴³ J.T. Saywell, *op.cit.*, p.308.

1.2. Le constitutionnalisme, la suprématie du parlement et le contrôle de la légalité

Nous pensons que l'un des intérêts majeurs du *B.N.A. Act* repose dans sa double nature. Le document est tout à la fois une loi britannique et un acte fondateur, conçu non pas par les parlementaires britanniques mais des politiciens nord-américains. Cette double nature a des implications majeures autant dans la conception que dans l'interprétation de la loi.

Le *B.N.A. Act* se trouve à la frontière de deux conceptions distinctes du rapport État et Droit. Il affirme tout d'abord dans son préambule l'attachement des Pères de la Confédération au modèle britannique de l'État. Ce modèle suppose la souveraineté du Parlement, et la suprématie de l'institution parlementaire sur les autres pouvoirs de l'État, soit l'exécutif et le judiciaire. Ce modèle repose aussi sur une vision unitaire et indivisible de l'État.

Toutefois dans sa forme, Le *B.N.A. Act* se rapproche de la Constitution des États-Unis dont il reprend les grandes divisions. De plus, tout comme cette dernière, le *B.N.A. Act* est un acte fondateur et il sera rapidement associé à un pacte entre des colonies sur le point d'unir leurs destinées. En tant que loi impériale, et en association avec le *Colonial Laws Validity Act*⁴⁴ (*C.L.V. Act*) de 1865, il impose sa suprématie aux institutions de l'État canadien. Cette caractéristique lui donne les attributs d'un acte constitutionnel. Au Canada, contrairement au Royaume-Uni, la souveraineté intra-étatique ne repose pas dans le Parlement, mais elle est encadrée dans le *B.N.A. Act*, caractéristique primordiale qu'elle partage avec la constitution états-unienne.

La présente section présente les systèmes constitutionnels britannique et états-unien dans un de leurs éléments les plus distinctifs, le lien entre État et Droit et le lieu où repose de la souveraineté étatique. Nous désirons ainsi mieux cerner ce qui

⁴⁴ *An Act to remove Doubts as to the Validity of Colonial Laws*, 1865 (U.K.) 28&29 Vict. c. 63.

sera l'un des aspects centraux de la présente thèse, soit l'impact de la dualité du *B.N.A. Act* sur le rapport entre le Parlement et le Tribunal.

1.2.1 *Rule of Law* et régime parlementaire

En 1880, un auteur canadien, Alpheus Todd définissait ainsi la constitution britannique : «a practical recognition of the authority which appertains to the Crown in a limited monarchy; controlled by the unreserved assertion and exercise of the principles of ministerial responsibility and of the ultimate supremacy of Parliament⁴⁵». Contrairement à ce qui sera le cas aux États-Unis, et dans les colonies d'Amérique du Nord Britannique, dans le système constitutionnel britannique, la volonté du peuple s'exprime à travers le Parlement et non dans une constitution écrite. Ainsi, le Parlement est le siège de la légitimité de l'État. Mais, le pouvoir des parlementaires n'est pas pour autant absolu, il est contrebalancé par le Droit, plus spécifiquement, ce qui sera appelé, la *Rule of Law*.

Dicey définit ainsi la *Rule of Law*: « In England no man can be made to suffer punishment or to pay damages for any conduct not definitely forbidden by law; every man's legal rights or liabilities are almost invariably determined by the ordinary Court of the realm, and each man's individual rights are far less the result of our constitution than the basis on which that constitution is founded.»⁴⁶ On retrouve donc trois principes fondateurs: 1- une personne ne peut être restreinte dans sa liberté que par la loi, non par la volonté du monarque, 2- la loi est interprétée et appliquée par des tribunaux de droit commun et non par un organe spécialisé conçu exclusivement pour résoudre les litiges constitutionnels, 3- les droits et libertés des individus ne découlent pas de la constitution, mais en sont le fondement. La

⁴⁵ A.Todd, *Parliamentary Government in the Colonies*, Boston, Little, Brown and Co., 1880, p.28.

⁴⁶ A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed., Indianapolis, Liberty Fund, 1982 (ré-edition), p. iv.

constitution n'est donc pas au-dessus du citoyen et ne précède pas ses droits mais se donne comme étant la résultante de ses droits. Elle n'est donc pas « au-dessus » du citoyen mais émane de la volonté collective tel qu'exprimé par les tribunaux, gardiens du droit coutumier. En fait pour Dicey, la constitution britannique prend sa source dans la common law⁴⁷. Elle n'est donc pas le fruit de la volonté de l'État mais bien de la pratique découlant des tribunaux britanniques.

Bien que Dicey ne rédige son ouvrage *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*⁴⁸ qu'en 1885, la reconnaissance du principe de la souveraineté du droit sur les actes de l'État est déjà un fait reconnu dans les pays de tradition anglo-saxonne. Elle s'exprime toutefois de façon différente dans les deux pays qui serviront de sources premières d'inspiration pour les Pères de la Confédération. En Grande-Bretagne, elle se manifeste dans la souveraineté du Parlement, corps législatif qui a préséance sur la Couronne, corps exécutif. D'après Dicey, la notion de souveraineté du Parlement est complémentaire à la notion de souveraineté du droit, ou de la Loi, bien que cela puisse ne pas paraître le cas à première vue. « The will of Parliament can be expressed only through an Act of Parliament.⁴⁹ » C'est donc essentiellement à travers la Loi que s'exprime l'État. Selon Dicey, la souveraineté du Parlement est donc garante de la souveraineté de la Loi et du droit qui en découle.

L'une des conséquences de ce principe est l'impossibilité d'un contrôle constitutionnel de la légalité des actes du Parlement puisqu'une loi ne peut pas être inconstitutionnelle. On peut donc se demander comment dans un tel contexte vont se développer les principes de contrôle de la légalité dont fera usage le Comité

⁴⁷ «*n.f.* Ensemble des règles non écrites formant le droit anglais qui se sont graduellement dégagées des décisions des tribunaux » *Grand dictionnaire terminologique de la Langue française*, http://www.granddictionnaire.com/btml/fra/r_motclef/index1024_1.asp. accédé le 22 juillet 2008. La common law doit sa cohérence à la règle du précédent (*stare decisis*). Nous expliquons en quoi consiste cette règle au chapitre 5.

⁴⁸ A. V. Dicey, *op.cit.*

⁴⁹ *Id*, p.268.

judiciaire du Conseil privé (CJCP)⁵⁰ dans ses décisions portant sur le B.N.A. Act. La réponse se trouve non pas dans le droit constitutionnel anglais comme tel, puisqu'il ne connaît pas le principe du contrôle de la légalité des actes du Parlement souverain mais plutôt dans le droit impérial britannique qui a créé et développé des mécanismes de contrôle de la législation coloniale autant pour des raisons de nécessité politique que dans le souci d'uniformisation du droit des Colonies et du Parlement impérial.

1.2.2 Contrôle de la légalité en droit impérial britannique

Le contrôle de la légalité fut l'une des grandes préoccupations du Parlement impérial britannique alors que se déploie un complexe système de gouvernements coloniaux gagnant en autonomie. Ce contrôle de la légalité des lois va s'exercer de deux façons. Il existe d'abord un système de contrôle à *priori*, par le biais d'un gouverneur qui réserve un projet de loi pour approbation ou désaveu par les autorités coloniales. Il se fera aussi par le biais des tribunaux en cas de conflits entre une norme domestique et le droit impérial. Le désaveu des lois coloniales par les voies politiques était sous l'entière responsabilité du Secrétaire d'État aux colonies. Les interventions directes par le Parlement britannique sur ces questions furent extrêmement rares.⁵¹ Le recours au désaveu ou à la réserve des lois des colonies britanniques et, plus tard du Dominion, relevait donc essentiellement du Colonial Office et le processus était avalisé par le Monarque en Conseil. À cette méthode de contrôle s'ajoute par ailleurs celui exercé *a posteriori* par les tribunaux. Ce contrôle judiciaire découle du droit de tout sujet britannique à faire appel à la justice de monarque s'il s'estime lésé dans ses droits. Par conséquent, la demande d'invalidation d'une mesure pour cause de non-conformité au droit britannique sera

⁵⁰ Le Comité judiciaire du Conseil privé (CJCP) est composé de Lords magistrats chargés de conseiller le monarque en Conseil principalement sur les affaires judiciaires en provenance des colonies. *Infra*, 5.

⁵¹ D.B. Swinfen, *Imperial Control of Colonial Legislation, 1813-1865, a Study of British Policy Towards Colonial Legislative Powers*, Oxford, 1970, p 2.

plaidée sur une base régulière, d'abord devant certains tribunaux coloniaux, mais aussi à Londres, devant le CJCP.

Au rythme de l'expansion coloniale de la Grande-Bretagne, on assiste au développement d'une jurisprudence cohérente sur le droit des tribunaux de réviser les lois issues des colonies britanniques. Cette pratique se basera essentiellement sur le principe de la répugnance (*repugnancy*). Ce principe établissait l'interdiction pour les législatures coloniales de faire des lois «repugnant to the laws of England»⁵². Dès le 17^e siècle, les autorités impériales se préoccupent en effet de l'harmonisation du droit à travers les colonies et plus spécifiquement des problèmes potentiels issus d'une législation coloniale qui serait contraire aux normes impériales. La doctrine de *repugnancy* sera par la suite explicitée et uniformisée pour l'ensemble des colonies à travers le *C.L.V. Act*⁵³ en 1865. Cette loi stipule, entre autres, que la loi coloniale est présumée avoir validement été adoptée⁵⁴ et que seules pourront être déclarées inopérantes les lois contraires à une loi impériale s'appliquant à la colonie ou à un acte du Parlement impérial ayant force de loi dans la colonie.⁵⁵

⁵² Le premier exemple de clause exposant ce principe se retrouve dans : *An act for preventing frauds, and regulating abuses in the plantation trade*, 1696 7&8 Will.III, c. 22, s.9; citée dans : Barry L. Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts, The Function and Scope of Judicial Review*, 3rd Ed., Toronto, Butterworths, 1988, 352 p., p.6; on trouve un autre exemple de cette clause dans l'Acte d'Union de 1840 (3-4 Victoria, c. 35 (R.-U.) à l'article III «[...]within the Province of Canada, Her Majesty shall have Power, by and with the Advice and Consent of the said Legislative Council and Assembly, to make Laws for the Peace, Welfare, and good Government of the Province of Canada, such laws not being repugnant to this Act, or to such Parts of the said Act passed in the Thirty first Year of the Reign of His said late Majesty as are not hereby repealed, or to any Act of Parliament made or to be made, and not hereby repealed, which does or shall, by express Enactment or by necessary Intendment, extend to the Provinces of Upper and Lower Canada, or to either of them, or to the Province of Canada;[...]». [Nous soulignons]

⁵³ *An Act to remove Doubts as to the Validity of Colonial Laws*, 1865 (U.K.) 28&29 Vict. c. 63

⁵⁴ *Id.*, art. VII.

⁵⁵ *Id.*, art II.

Le système de révision judiciaire des lois n'était pas celui favorisé par le Colonial Office, ce système ne pouvant s'appliquer qu'à *postiori* et de façon contingente aux circonstances menant à procès. La révision administrative était, aux yeux de ces fonctionnaires, plus avantageuses. Elles permettaient d'identifier les lois posant problèmes avant leur entrée en application.⁵⁶ De façon caractéristique, l'historienne états-unienne Mary Sarah Bilder remarque un recours plus grand aux tribunaux dans les colonies où les chartes royales n'octroyaient pas l'obligation pour la colonie de soumettre sa législation à une revue systématique par le Colonial Office. C'était le cas de la colonie qui fut l'objet de son étude, le Rhode Island.⁵⁷ Elle constate aussi que ces colonies étaient l'exception plutôt que la règle.

Ainsi, on voit que les tribunaux coloniaux avaient une certaine expérience en matière de révision judiciaire. Mais il serait faux de prétendre qu'il y avait une tradition bien en place à cet effet dans les colonies qui vont former le Dominion. Swinfen note que, malgré des arguments à l'effet contraire, le contrôle judiciaire des lois coloniales n'était pas un instrument de contrôle des colonies. «Of the 265 cases brought on appeal to the Privy Council from the American colonies in the last century of the British rule, only four involved the exercise of judicial review.⁵⁸» Notons aussi que pour le professeur Swinfen, le *C.L.V. Act* afin de clarifier les pratiques en matière de contrôle de la légalité, ne modifia pas réellement le travail du CJCP qui appliquait déjà, de façon générale, les principes qui y sont codifiés.

À ce titre, les Lords anglais sont légèrement favorisés car ils reçoivent les causes provenant de l'ensemble des colonies, ce qui leur permettra de développer une plus grande expertise. Plusieurs auteurs lus s'accordent à dire que la revue judiciaire telle

⁵⁶ D.B. Swinfen, *op.cit.*, p 5.

⁵⁷ Mary Sarah Bilder, *The Transatlantic Constitution, Colonial Legal Culture and the Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 2004, p.5.

⁵⁸ D.B. Swinfen, *op.cit.*, p 44.

que pratiquée par le CJCP (*imperial review*) a sans doute eu une influence déterminante sur les juges des États-Unis et, par la suite, sur les juges canadiens.⁵⁹

Selon L.P Beth, la revue judiciaire telle que pratiquée par le Conseil privé (*imperial review*) a servi de base aux règles qui seront développées par les juges des États-Unis et, par la suite, par les juges canadiens en matière de contrôle de la constitutionnalité.⁶⁰ Toutefois, nous croyons que le contrôle de la légalité tel qu'exercé par le CJCP principalement en vertu du *C.L.V. Act*, doit être distingué du contrôle de la constitutionnalité reconnu à partir de 1803 aux États-Unis dans les suites de l'affaire *Marbury v. Madison*⁶¹. Le premier ne remet pas en cause une donne fondamentale, soit la prépondérance de la souveraineté parlementaire. Dans les systèmes aux constitutions écrites, cette souveraineté est reconnue à la constitution elle-même.

1.2.3 L'impact de l'écrit et le système constitutionnel états-unien

Pour Burdeau, la constitution est un élément prépondérant dans la naissance de l'État. La constitution consacre l'émergence de celui-ci en tant qu'institution juridique : « avant l'accomplissement de ce stade, c'est l'imprécision de la terminologie seule qui permet de parler d'État.⁶²» Burdeau précise :

En réalité, la constitution ne saurait se suffire à elle-même, elle est impuissante à créer le droit, car ce n'est pas le créer que de désigner l'autorité qui sera chargée de l'exprimer. S'il est vrai qu'elle est bien l'acte créateur de l'État, c'est dans la mesure où elle peut s'appuyer sur une donnée préalable qui est

⁵⁹ Loren P. Beth, «The Judicial Committee of the Privy Council and the Development of Judicial Review», *The American Journal of Comparative Law*, 24: 1 (1976), 22-42, p.33.

⁶⁰ Id.

⁶¹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)

⁶² Georges Burdeau, *L'État*, 3e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980, p.20.

l'idée de droit préexistant. Acte juridique, elle explique tout, simple fait matériel elle n'explique rien⁶³.

Sans perdre de vue que le droit à lui seul ne peut suffire à expliquer l'État, il convient de mettre ici l'accent sur l'aspect structurant de l'entité juridique appelée «constitution» et sur le système qui en découle, le constitutionnalisme.

Pour la Cour suprême du Canada d'aujourd'hui, le constitutionnalisme est un principe qui exige que « les actes de gouvernement soient conformes à la Constitution⁶⁴ ». L'État est d'abord une réalité sociopolitique qui sert à référer à une collectivité organisée, fonctionnant avec une certaine cohérence, mais c'est aussi la représentation théorique de la figure d'autorité qui coordonne la collectivité, cette figure étant encadrée, de façon générale, par le droit qui s'incarne plus spécifiquement dans une constitution. Finalement, le concept de constitution réfère directement au système politique.

Le grand dictionnaire terminologique de l'Office de la langue française du Québec, définit ainsi le terme constitution : «Loi ou ensemble de lois fondamentales qui règle le mode de délégation ou d'exercice de la souveraineté nationale, la forme du gouvernement, les attributions et le fonctionnement de l'État, les droits essentiels des individus, la participation des citoyens à l'exercice de la puissance publique.»⁶⁵ Dérivé de la constitution, le constitutionalisme est une doctrine fondée sur l'idée que la constitution est la norme suprême de l'État et a donc préséance sur toutes les autres normes mais, plus fondamentalement, qu'elle limite les pouvoirs des institutions étatiques. Plus fondamentalement, aux yeux des constitutionnalistes, la constitution représente la volonté populaire, un véritable contrat écrit entre le peuple

⁶³ *Id.*, p.34.

⁶⁴ *Renvoi relatif à la sécession du Québec* [1998] 2 R.C.S. 217, par 72.

⁶⁵ http://www.granddictionnaire.com/btml/fra/r_motclef/index800_1.asp, accédé le 21 juillet 2008.

et ses dirigeants. Il s'agit donc d'un acte fondateur et fondamental, la source première de la souveraineté étatique.

La constitution et son dérivé, le constitutionalisme, ne sont pas des phénomènes nouveaux. Dès la Grèce antique, on s'interroge sur le rapport du Droit à l'État. Le professeur McIlwain trace d'ailleurs, dans une série de conférences données à Cornell⁶⁶ à la fin des années trente, la macro-histoire du constitutionnalisme depuis l'Antiquité. Il démontre comment, à toutes les époques de l'histoire occidentale, des auteurs ont disséqué la source de la légitimité de l'État ainsi que son lien, contraignant ou non, au Droit. De façon plus générale, il s'intéresse à l'émergence du principe de l'encadrement contraignant de l'État par le Droit.

À l'époque de la ratification de la Confédération, le recours à une constitution écrite en tant que base d'un système politique et juridique est, par contre, un phénomène relativement récent. La première constitution écrite, celle des États-Unis, n'a pas encore 100 ans. Mais celle-ci fait la démonstration de l'évolution qu'a connue la notion de constitution. L'émergence de la pensée libérale change la donne politique et encourage la formation de nouveaux groupes, dont les solidarités vont se construire en marge du système liant l'individu à un État incarné dans une stricte structure pyramidale. De nouvelles élites intellectuelles, se jugeant mal servies par le système en place, demandent un contrôle renforcé de l'État. Pour McIlwain, on assiste, à partir du 18^e siècle, au passage d'un ancien à un nouveau constitutionnalisme marqué par le transfert de la notion de gouvernement du peuple vers celle de constitution du peuple. D'après lui, cette idée sera exprimée le plus clairement par Paine, alors qu'il plaide pour la nécessité d'une constitution écrite, génératrice de l'État et du gouvernement.⁶⁷

⁶⁶ Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism, Ancient and Modern*, éd. Révisé, Ithaca, New York, Cornell University Press, 1947.

⁶⁷ *Id.*, p.14.

La constitution des États-Unis, patrie de Paine, est donc un modèle à ce titre. Un des auteurs états-uniens reconnu du 19^e siècle, Cooley, la décrit ainsi :

In American constitutional law, the word constitution is used in a restricted sense, as implying the written instrument agreed upon by the people of the Union, or of any one of the States, as the absolute rule of action and decision for all departments and officers of the government, in respect to all the points covered by it, which must control until it shall be changed by the authority which established it, and in opposition to which any act or regulation of any such department or officer, or even of the people themselves, will be altogether void.⁶⁸

Cooley note qu'en Grande-Bretagne, les problèmes constitutionnels sont résolus par l'expression de la volonté populaire à travers le Parlement, puisque le Parlement modifie la constitution par sa législation. Toutefois, aux États-Unis, la résolution des problèmes constitutionnels demande l'intervention des tribunaux. La volonté populaire s'exprime dans la constitution, la volonté de la législature ne se transforme donc valablement en loi que si cette loi n'est pas contraire aux principes constitutionnels⁶⁹. Il est évidemment possible de modifier la constitution par législation. Mais cela doit se faire en suivant un processus strict, explicité dans la constitution. De plus, le projet fédéral est étroitement lié au projet constitutionnel. Notons au passage que considérer la constitution des États-Unis comme dépositaire de la volonté populaire relève davantage du symbole. Tout comme le *B.N.A. Act*, la constitution états-unienne a été adoptée sans référendum ou plébiscite populaire.

La constitution est donc le fruit d'un pacte formalisé dans une entente écrite. Cette entente permet de jeter les bases de l'État. Au États-Unis, cette entente écrite se veut aussi la formalisation de la relation entre les États fédérés et le futur État fédéral. En effet, le fédéralisme est un des éléments fondateurs de la constitution

⁶⁸ Thomas M. Cooley, *Traité sur les Limitations Constitutionnelles qui reposent sur le Pouvoir Législatif des États de l'Union Américaine*, 4th ed., Boston, Little, Brown and Co., 1878, p.3.

⁶⁹ *Id.*, p.4.

états-unienne. Le besoin d'un document écrit repose en bonne partie sur le choix du système fédéral.⁷⁰ Il en va de même pour le Canada.

En 1864, l'idée d'une union fédérale des colonies n'est pas nouvelle. À Londres, un projet de fédération voit le jour au Colonial Office dès 1837 avec la proposition de la création d'un Congrès du Continent nord-américain. Cette idée fera long feu.⁷¹ Mais par la suite, l'intérêt pour ce type d'union ira croissant, autant du côté des administrateurs anglais des colonies que du côté des hommes politiques coloniaux, principalement ceux du Canada-Uni. Le choix d'une union fédérale est important dans un contexte constitutionnel car elle rend encore plus déterminante la nécessité d'une constitution écrite. Le document écrit fait alors foi de l'entente originale et son contenu lie les parties qui ont pris part à cette entente.⁷²

La reconnaissance implicite de la prépondérance de l'appareil juridique dans la construction de l'État et les impératifs liés à la mise en œuvre d'un État fédéral, conduisent donc inexorablement les Pères de la Confédération à la négociation et la rédaction d'un acte juridique fondateur. Cette décision les éloigne de leur modèle de référence, le modèle britannique. Elle confirme aussi la pratique de contrôle de la légalité tel que développé par le droit colonial, mais introduit la perspective états-unienne du contrôle *constitutionnel* de la légalité. Ceci amènera les tribunaux canadiens à jouer un rôle nouveau.

⁷⁰ K.C. Wheare, *Federal Government*, 4th ed., London Oxford University Press 1963, p.54.

⁷¹ G. Martin, *op.cit.*, p. 83.

⁷² K. C. Wheare, *op.cit.*, p. 54.

1.2.4. Le contrôle constitutionnel de la légalité

Aux États-Unis, cette notion de souveraineté de la Loi s'exprime par reconnaissance de la préséance de la constitution sur les lois ordinaires.⁷³ Elle a été affirmée dès 1803 dans un jugement de la Cour suprême des États-Unis, *Marbury v. Madison*⁷⁴. Cette affaire origine de la tentative du président T. Jefferson de se débarrasser des juges nommés en hâte par son prédécesseur Adams, peu avant sa défaite en mars 1801. Jefferson et le secrétaire d'État du gouvernement, James Madison, tenteront de renverser la vapeur en refusant à ces juges nouvellement nommés la commission nécessaire à leur entrée en fonction. Le nouveau gouvernement n'avait en effet pas le pouvoir de simplement démettre ces juges de leur poste.

Leur stratégie sera désavouée par les juges de la Cour suprême des États-Unis. La Cour, sous la plume de son nouveau juge en chef, John Marshall⁷⁵, proclamera son pouvoir d'examiner la constitutionnalité des lois et actes gouvernementaux, et son pouvoir de décréter l'inconstitutionnalité et la nullité d'un acte gouvernemental ou d'une loi contraire à la Constitution. Par le fait même, elle affirmait le rôle désormais central des tribunaux dans la mise en œuvre de cette Constitution.

⁷³ D'ailleurs, contrairement au politologue R. Vipond, nous considérons que, dans le système politique états-unien, c'est la constitution qui est fondamentalement la source de la souveraineté étatique et non le peuple. Voir: R. C. Vipond, *op.cit.*

⁷⁴ Le juge Marshall y stipule: « Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently, the theory of every such government must be, that an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void.

This theory is essentially attached to a written constitution, and is, consequently, to be considered, by this court, as one of the fundamental principles of our society. It is not therefore to be lost sight of in the further consideration of this subject. » <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=5&invol=137>. Accédé le 22 juillet 2008.

⁷⁵ Il est nommé juge en chef par Adams, lui aussi, au cours de l'année 1801.

Mais il ne faut pas non plus perdre de vue qu'il s'agit ici d'une union « fédérale ». Le respect de la primauté de la constitution, fruit d'un consensus entre entités politiques, c'est-à-dire les États membres de l'union, prend ici un sens particulier. En effet, la constitution est alors plus que le fruit d'un consensus au sein d'un Parlement unique qui se réserve la prérogative de la modifier à sa guise, comme c'est le cas en Grande-Bretagne. Elle représente la volonté de l'ensemble de ceux qui ont adhéré à ce consensus, c'est-à-dire les État fédéral et fédérés et, plus fondamentalement, l'ensemble de la population. Le Parlement et les Législatures fédérées, comme les autres institutions de l'État, sont soumis au pouvoir de la constitution dans laquelle repose les principes de la souveraineté intra-étatique. Le principe de la souveraineté de la constitution est un prolongement de la *Rule of Law*. Toutefois, avec le constitutionnalisme, l'État est soumis, de façon plus précise, à la constitution.

Dès *Marbury v. Madison*, on constate chez les juges une prise de conscience et une affirmation de l'étendue de leur rôle, qui n'est plus alors celui de simples interprètes de la volonté d'un Législateur désincarné. En fait, ainsi que le note le professeur Stanley N. Katz, l'idée même qu'une constitution puisse être une loi fondamentale est sans doute l'une des contributions les plus originales de la révolution états-unienne au droit public en général.⁷⁶ Le contrôle judiciaire des actes de la Législature donne une nouvelle dimension au rôle du juge. Un rôle reconnu aussi par le Canadien John Georges Bourinot⁷⁷ qui souligne en effet la position

⁷⁶ S.N. Katz, « notes introductives », W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England, a Facsimile of the first Edition of 1765-1769, vol. 1 of the Right of Persons*, Introduction by Stanley N. Katz, Chicago, University of Chicago Press, 1979, p.xi.

⁷⁷ Né en Nouvelle-Écosse, il sera d'abord journaliste avant d'être nommé greffier au Parlement du Canada en 1880. C'est alors qu'il occupe ce poste qu'il écrira ses ouvrages les plus remarquables en matière de constitutionnalisme canadien et de procédures parlementaires. Considéré par certains comme le premier politicologue canadien, sa réputation débordait les frontières canadiennes et la qualité de ses ouvrages était reconnue aux États-Unis en Grande-Bretagne et même en Australie. *Dictionnaire biographique du Canada*, <http://www.biographi.ca/FR/>, accédé le 22 juillet 2008.

particulière du juge dans les pays dotés d'une constitution écrite qui demande nécessairement à être interprétée par une autorité reconnue comme telle.⁷⁸

Pour certains auteurs, les principes que va mettre de l'avant le juge Marshall dans *Marbury v. Madison* sont par ailleurs directement tirés du droit anglais. Ce dernier se serait basé sur une série de principes qui regroupent, entre autres : l'obligation pour la cour de répondre aux questions de droit qui lui sont posées; en cas de conflit entre deux lois, de choisir celle qui s'applique; si l'une des lois est hiérarchiquement supérieure à l'autre, l'obligation d'abroger la norme inférieure. On retrouve ces mêmes principes dans Blackstone.⁷⁹ Aux yeux d'autres auteurs, Marshall se serait davantage inspiré des principes développés par les tribunaux dans le contrôle de la légalité des actes des parlements coloniaux.⁸⁰

D'après le professeur Luc Tremblay, dans *Marbury*, Marshall met en place les caractéristiques dominantes du modèle constitutionnel états-unien. Ce modèle se base sur quatre éléments principaux soient la reconnaissance de la souveraineté populaire, la soumission des agents de l'État à cette souveraineté, le devoir du tribunal de contrôle de la constitutionnalité et le respect de la volonté originelle du peuple, telle qu'exprimée au moment de la ratification du pacte constitutionnel.⁸¹

Tous reconnaissent par ailleurs le caractère innovateur de cette décision. En statuant que la constitution est une norme supérieure à l'ensemble du corpus législatif et qu'elle peut même être imposée à l'encontre des actes du gouvernement

⁷⁸ John George Bourinot (sir.), *Parliamentary Procedure and Practice in the Dominion of Canada*, intro. by C.B. Koester, South Hackensack, Rothman Reprints inc., 1971, facsimilé de la 1^e édition de 1884, p.100.

⁷⁹ Robert J. Reinstein, Mark C. Rahdert, «Reconstructing Marbury», (2005) 57 *Arkansas Law Review* 729-833, 801

⁸⁰ L.P. Beth, *op.cit.*, p. 33.

⁸¹ Luc B. Tremblay, « A Round Table on American Constitutional Law – Marbury v. Madison and Canadian Constitutionalism: Rhetoric and Practice », (2003) 37 *Revue juridique Thémis*, 375-403.

des États-Unis, Marshall s'est éloigné des principes anglais du droit et il a innové. Il est clair que le modèle constitutionnel développé aux États-Unis aura par la suite un impact profond sur les choix qui seront fait par les Pères canadiens de la Confédération.

Alors qu'ils se trouvent réunis à Charlottetown afin de discuter de la Confédération, les Pères de la Confédération sont donc à la fois les héritiers de l'histoire coloniale et les témoins de l'expérience états-unienne. Ils ne sont pas uniquement animés par des préoccupations purement pragmatiques comme par exemple la construction du chemin de fer ou la recherche d'une solution aux problèmes politiques du Canada-Uni. À la convergence d'éléments contextuels favorables, au plan social, économique et politique, au regroupement des colonies, s'ajoute le développement d'une pensée juridico-politique et d'une philosophie politique, héritage intellectuel auquel ils ont accès.

Il est certain qu'au moment de créer la Confédération, si la rédaction d'un document constitutif comme le *B.N.A. Act* est envisageable pour eux, c'est parce qu'ils sont prêts à adhérer aux principes politiques et juridiques que sous-tend un tel document. Le *B.N.A. Act* n'est pas une loi ordinaire, c'est un contrat, et même, dira J. A. Macdonald, un « traité »⁸². En fait, au moment de la fondation du Canada, l'encadrement de l'État par le droit fait déjà partie des règles de la légitimité politique. La mise en place d'un nouvel État appelle donc la définition d'un nouvel encadrement juridique, d'un nouvel équilibre entre les acteurs, mais cela ne va pas de soi dans le contexte du fédéralisme et du colonialisme canadien. Comment inventer ce nouvel équilibre, si ce n'est à partir des modèles culturels juridiques

⁸² « Ce projet peut être considéré comme un traité passé entre les différentes provinces », *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique Britannique du Nord*, 3e session, Parlement provincial du Canada, Québec, Hunter, Rose et Lemieux, 1865, p.32. Il faut toutefois relativiser cette qualification. Au moment où Macdonald donne au projet de Confédération le qualificatif de traité, il tente surtout de convaincre les députés du Canada-Uni qu'on ne peut rien changer aux Résolutions du Québec, ces résolutions étant issues d'un traité avec les autres colonies.

existants : celui du droit anglais, celui du droit impérial et celui du droit américain voisin?

1.3. Contexte politique, état des colonies à l'aube du projet confédératif

Au moment où la Grande-Bretagne conquiert la Nouvelle-France, en 1760, la Chambre des communes a déjà une emprise considérable sur le monarque anglais. Toutefois, l'implantation d'assemblées élues dotées de pouvoirs importants ne se fera pas automatiquement dans les colonies. Tout d'abord, l'existence d'une population conquise, francophone, mais surtout catholique refroidit l'empressement des gouverneurs, nommés, entre autres, dans les colonies du Cap-Breton, de la Nouvelle-Écosse et du Canada, à instaurer des assemblées élues avec lesquelles il faudra ensuite négocier. De plus, les colonies plus au sud et composées très largement de colons britanniques commencent déjà à montrer des signes d'indépendance d'esprit qui indisposent les autorités britanniques.

Toutefois, après la guerre d'indépendance américaine, la Couronne britannique se fera lentement à l'idée de doter ses colonies toujours loyales d'assemblées législatives élues. L'apparition d'assemblées législatives sera cependant très graduelle. De façon générale, la Grande-Bretagne préfère que les colonies ne soient administrées que par des lieutenants-gouverneurs nommés par Londres et issus des îles Britanniques. Ces lieutenants-gouverneurs forment dans les colonies des conseils exécutifs qui sont de véritables cabinets ministériels. Ces conseils sont composés de personnes choisies par le lieutenant-gouverneur sur la base du clientélisme et des affinités personnelles. Par contre, la généralisation des assemblées élues entre les années 1780 et 1791⁸³ entraîne des modifications majeures dans ce système. Dès lors, une classe politique issue des colonies va réellement se développer et prendre graduellement en main la gestion des

⁸³ Nouveau-Brunswick : 1784; Bas et Haut-Canada : 1791. Toutefois, la Nouvelle-Écosse avait la sienne depuis 1758.

institutions politiques locales. La culture politique hybride de cette classe politique va influencer le choix d'un modèle fédéral et de façon plus générale le contenu du B.N.A. Act.

1.3.1. Moment clé dans le développement d'une classe politique autonome : la responsabilité ministérielle

Après l'accès à des Assemblées législatives élues au suffrage censitaire, l'enjeu devient, au cours du 19^e siècle, l'émancipation politique des colonies. Dans la seconde moitié du 18^e siècle, les colonies parviennent peu à peu à se doter d'assemblées législatives constituées d'élus. Toutefois, au départ ces assemblées n'auront que peu de contrôle sur l'administration coloniale, les gouverneurs et leur entourage disposant de larges pouvoirs décisionnels dans la gestion quotidienne des colonies. Dans ce contexte, l'obtention du gouvernement responsable⁸⁴ deviendra un enjeu de taille pour les colons afin d'obtenir des institutions plus démocratiques. En effet, le gouvernement responsable met en place un exécutif dirigé non pas par un gouverneur choisi par Londres mais bien par un homme politique élu localement. Les colons demandent peu, seulement que leur soient reconnus les droits démocratiques dont disposent déjà les habitants de la Métropole britannique.

Il faut dire que la démocratie à la mode coloniale a de quoi les décevoir. Si en théorie, l'Assemblée législative du Bas-Canada reçoit en 1791 le pouvoir de ratifier les lois et de d'adopter les budgets publics, en pratique, le lieutenant-gouverneur possède un vaste pouvoir discrétionnaire. Ce paradoxe s'explique par le processus d'entérinement des décisions de l'Assemblée. Toutes les décisions prises doivent être approuvées par Londres et tous les échanges entre la Métropole britannique et

⁸⁴ Inauguré par le politicien anglais Walpole qui deviendra First Lord of Treasury en 1720, le gouvernement responsable repose sur trois prémisses : 1-les ministres doivent être choisis parmi les membres du Parlement, 2-le gouvernement doit démissionner s'il est battu sur une question de confiance, 3- la responsabilité gouvernementale est collective, la démission d'un ministre sur une question de confiance entraîne celle de tout le cabinet.

l'Assemblée législative sont transmis par le lieutenant-gouverneur à qui « il incombe de « filtrer » les lois adoptées par l'Assemblée »⁸⁵.

Non seulement ce dernier sert de lien entre Londres et la colonie, mais encore il nomme les membres du Conseil législatif. Cette seconde chambre, créée en même temps que les Assemblées législatives et formées de non élus, se veut une réplique de la Chambre des Lords. Le gouverneur choisit souvent son conseil exécutif essentiellement parmi les membres du Conseil législatif. Il détermine aussi le menu législatif. De plus, le gouverneur reçoit son mandat du Monarque et non de l'Assemblée législative. Si au début les politiciens locaux s'estiment satisfaits par une Assemblée dotée de moins de pouvoir qu'on en retrouve à la House of Common anglaise, la satisfaction fera rapidement place à la désillusion. Dans le Haut et le Bas-Canada, cette désillusion est en grande partie responsable des Rébellions de 1837.

Le débat autour de la responsabilité ministérielle est ardu. Tout d'abord, Londres, hantée par l'expérience des États-Unis et par les Rébellions, s'y oppose. Ainsi, au moment de sa création, on évite soigneusement de doter le Canada-Uni d'un gouvernement responsable. Par la suite, les gouverneurs chercheront leur soutien auprès de l'élite conservatrice Partout dans les colonies, c'est parmi cette élite que les gouverneurs recrutent leur cabinet ministériel. Cette élite n'est pas très favorable au concept du gouvernement responsable, mais elle n'est pas la seule.

Une méfiance similaire à l'égard de ce principe existe même chez certains hommes politiques pourtant favorables aux idées libérales. Durant les élections de 1844 au Canada-Uni, Viger⁸⁶, compagnon politique de Papineau⁸⁷ s'y oppose. Il croit

⁸⁵ Danielle Laudy, « Les politiques coloniales britanniques et le maintien de l'Ancien Régime au Bas-Canada », *Histoire, Économie et Société*, 14: 1 (1995), p 79.

⁸⁶ Denis-Benjamin Viger sera membre du parti Canadien dans le Bas-Canada et membre du parti Patriote. Il sera par ailleurs incarcéré lors des Rébellions. Libéré après l'union du Haut et du Bas-Canada (1840), il délaissera les rangs du parti Patriote, repris en main par

qu'il est plus raisonnable pour les Canadiens français de faire affaire directement avec le lieutenant-gouverneur pour briguer des postes au sein d'un cabinet formé par ce dernier. Cet ancien patriote bascule donc dans le camp Tory.

Toutefois, Lafontaine⁸⁸, qui a pris les rênes du parti Patriote, parti à tendance républicaine qui rallie la majorité canadienne-française, croit pour sa part que le gouvernement responsable est essentiel pour que les Canadiens (français) puissent obtenir les outils de leur développement⁸⁹. Par ailleurs, il n'est pas le seul politicien de l'époque à croire que le développement des colonies passe par une prise en charge par les colons de leurs institutions politiques. Il a l'appui du *Reform*, parti d'inspiration libérale à l'origine des Rébellions du Haut-Canada en 1837. Sous l'égide du gouvernement Lafontaine-Baldwin, en 1848, le gouvernement responsable s'instaure dans le Canada-Uni. Dorénavant, tout comme c'est déjà le cas en Grande-Bretagne, le chef du Cabinet ministériel sera choisi au sein du parti ralliant la majorité des membres de l'Assemblée législative. À son tour, c'est lui qui choisit les membres du Conseil exécutif.

L'obtention du gouvernement responsable est un moment charnière dans le développement de la classe politique coloniale. Les hommes politiques coloniaux prendront graduellement de plus en plus de place dans la gestion des colonies et, parallèlement à cette émancipation, les partis politiques se développent et s'affirment. Ce développement des partis aura alors un impact sur les tendances du

Louis Hippolyte Lafontaine, pour se rallier au Gouverneur du Canada-Uni, Metcalfe. *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit.*

⁸⁷ *Id.*, membre du parti Canadien, il contribue à l'émergence du parti Patriote qui en est une version plus radicale. Il sera l'un des principaux leaders des Rébellions de 1837-1838. *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit.*

⁸⁸ *Id.*, Louis-Hyppolite Lafontaine prend la tête du parti patriote en 1840. Homme politique pragmatique, il juge inutile de se rebeller contre l'Union et consacre son énergie à l'obtention du gouvernement responsable avec l'appui des *Reformers* du Haut-Canada. *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit.*

⁸⁹ Jacques Monet, *The Last Cannon Shot, A Study of French-Canadian Nationalism 1837-1850*, Toronto, University of Toronto Press, 1969.

vote. Ainsi que le note G.C. Campbell, il contribue à diminuer l'occurrence du vote par déférence dont tiraient parti les dignitaires locaux au profit d'un vote basé sur les affinités politiques. Une distinction plus claire entre les candidats s'installe et des candidatures politiques basées sur les idéaux sociaux apparaissent. Ainsi, Samuel Leonard Tilly, député au Nouveau-Brunswick⁹⁰ et l'un des Pères de la Confédération, se démarque non seulement en tant que membre d'une certaine élite sociale, mais aussi en tant que porte-étendard du mouvement de la tempérance au Nouveau-Brunswick⁹¹. À partir des années 1850, les colonies sont dirigées par des hommes politiques qui font une réelle carrière à l'intérieur de formations politiques organisées. Ces formations développent des programmes électoraux et sont marquées par des courants idéologiques qui leur sont propres.

1.3.2 La mouvance politique canadienne, les forces en présence

Dans le Canada du 19^e siècle, les frontières entre les courants idéologiques se précisent, tout comme ailleurs dans le monde occidental. Il faut noter que ces courants sont à la fois la conséquence et le moteur de l'essor de la démocratie dans les colonies de l'Amérique du Nord britannique, à qui Londres va consentir des assemblées législatives à partir de la fin du 18^e siècle. Principalement, deux grandes tendances s'affrontent entre les tenants d'un ordre nouveau, centré sur l'individu, et les tenants du maintien des valeurs héritées des grands principes monarchiques. En Grande-Bretagne, ces deux courants sont représentés d'une part par les Whigs, issus de la bourgeoisie marchande et maître d'œuvre du libéralisme, et les Tories, propriétaires terriens de la petite et de la grande aristocratie. Ces deux mouvements exportent leurs visions politiques vers l'Amérique, aussi bien aux États-Unis que

⁹⁰ Samuel Leonard Tilly sera Premier Ministre du Nouveau-Brunswick à deux reprises (1861-1865 et 1866-1867). On croit que c'est lui qui, en s'inspirant de la Bible, aurait trouvé le terme de Dominion pour le Canada. En plus d'être un promoteur acharné de la tempérance, Tilly faisait partie du mouvement libéral modéré qui fit campagne en faveur d'une démocratisation des institutions du Nouveau-Brunswick. *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit.*

⁹¹ G. G. Campbell, « The Most Restrictive Franchise in British North America? A Case Study », *Canadian Historical Review* 71: 2 (1990) 159-188, p.186.

dans les colonies demeurées fidèles à l'empire. Les valeurs dont ils font la promotion auront un impact certain sur la politique canadienne et la mise en œuvre du projet confédératif.

Initié en Angleterre par Pitt le jeune, le parti politique vise à assembler des élus partageant les mêmes intérêts politiques et à freiner le clientélisme qui ruine littéralement les hommes politiques voulant occuper de hautes fonctions dans le cabinet ministériel du monarque. Rapidement, ces partis se voient affublés de noms qu'ils ont plus ou moins choisis. Les monarchistes deviennent les *Tories* et les bourgeois libéraux, amateurs de perruques poudrées, les *Whigs*.

C'est l'émergence du libéralisme qui permettra la naissance et l'essor des Whigs qui en seront les porte-étendards. Le libéralisme cause une mutation profonde de la société civile en plaçant l'individu au centre de celle-ci et non à son service, rompant ainsi avec la féodalité. Ainsi que l'écrit Jean-Marie Fecteau: « la relation sociale est devenue un processus naturalisé dans lequel c'est l'individu et non la nation qui est le premier et « souverain »: c'est donc lui qu'il faut protéger du collectif et non l'inverse...⁹²» Cette affirmation nouvelle d'une individualité qui revendique le droit à la quête d'un bonheur personnel entraîne des modifications non seulement sociales, mais aussi politiques et juridiques. Sur le plan politique, on assiste à l'élargissement de la franchise et du droit de vote. Sur le plan juridique, on reconnaît aux individus des droits dits « inaliénables » à la sécurité, à la liberté et la propriété⁹³. La société devient alors essentiellement la gardienne de ces droits. « For the principal aim of society is to protect individuals in the enjoyment of those absolute rights.⁹⁴» La revendication de ces droits, de même que l'élargissement du processus démocratique, fera partie intégrante du discours politique Whig au cours du 18^e

⁹² Jean-Marie Fecteau, *La liberté du pauvre, crime et pauvreté au XIXe siècle québécois*, Montréal, VLB éd., 2004, p.78.

⁹³ W. Blackstone, *op.cit.*, p.125, J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, réédition, Paris, GF Flammarion, 1984, p.146.

⁹⁴ W. Blackstone, *op.cit.*, p.120.

siècle.⁹⁵ Par la suite, l'arrivée de politiciens Whigs dans des positions de pouvoir entraîne une modification de leur discours et des priorités de leurs représentants. Cette modification de la pensée whig favorise l'essor de la liberté commerciale et confine l'État dans le rôle unique d'agent facilitateur du commerce. Au 19^e siècle, les partisans de l'idéologie whig sont moins favorables à un élargissement de la démocratie et davantage préoccupés par la protection des libertés individuelles.

Les adversaires politiques historiques des Whigs sont les Tories. Selon l'historien canadien Peter J. Smith, le Tory canadien du 18^e siècle est en fait un Whig en faveur d'une démocratie monarchique où le monarque aurait un réel veto.⁹⁶ Un autre auteur, Kelly, partage les propos de Smith sur la filiation idéologique entre les loyalistes et les conservateurs canadiens du 19^e siècle. Pour lui, l'idée, mise de l'avant par les loyalistes d'une union fédérale, capable d'entretenir une armée permanente et de favoriser le commerce est typique de l'idéologie whig.⁹⁷ Il ajoute que les loyalistes sont les précurseurs du projet confédératif. Il semble donc que les conservateurs canadiens soient les héritiers spirituels du whig du 19^{ième} siècle. Pour Pocock, il n'y a pas, en Amérique, de Tories dans le sens anglais du terme, soit celui de défenseur de la suprématie de la monarchie sur le Parlement. En Amérique, celui qui sera appelé Tory est davantage un promoteur des vertus de « l'ordre whig⁹⁸ ». En effet, après 1760, le terme Tory évolue. Il soutient la monarchie constitutionnelle et non la monarchie tout court.

L'auteur Jeffrey M^cNairn constate qu'à partir de la seconde moitié du 18^e siècle, on assiste à l'émergence de Tories républicains qui, contrairement aux Tories

⁹⁵ Le parti Whig deviendra une force incontournable avec l'arrivée de Guillaume d'Orange-Nassau sur le trône britannique en 1688.

⁹⁶ Peter J. Smith, « Civic Humanism Vs Liberalism, Fitting the Loyalists In », *Journal of canadian studies/Revue d'Études Canadiennes*, 26, (1991), p.37.

⁹⁷ Stéphane Kelly, *op.cit.*, p.31.

⁹⁸ J.G.A. Pocock, *Virtue, Commerce and History, Essays on Political Thought and History in the Eighteenth Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985, p.264.

libéraux, réclament plus que des modifications au concept du gouvernement responsable. Ce nouveau type de torysme reçoit par ailleurs l'aval du journal de Brown, le *Globe*. Ce mouvement conservateur propose des changements constitutionnels fondés sur les besoins et l'expérience canadienne. Il en résulte un projet de constitution basé sur la souveraineté populaire. De ce fait, ce discours conservateur rejoint alors celui que les réformistes de W. L. Mackenzie⁹⁹ mettront de l'avant à la fin des années 1830.¹⁰⁰ Cependant, selon l'auteur, le retour des conservateurs au pouvoir avec J. A. Macdonald met fin à la période d'introspection conservatrice. Étant donné qu'il n'y a plus de pression afin de trouver une contrepartie au discours réformiste, les efforts des conservateurs républicains en vue de trouver une alternative au gouvernement responsable sont laissés de côté.

Au moment de la mise en branle du projet confédératif, on constate donc une maturité certaine de la classe politique des colonies britanniques d'Amérique du Nord. Cette dernière a développé ses propres codes, se divise en partis politiques clairement identifiés. Cette classe politique est dotée d'hommes de carrière, soit nés en sol nord-américain ou, à tout le moins, y ayant grandi. Elle est aussi marquée par l'expérience états-unienne, tout particulièrement par la guerre de Sécession, perçue comme la preuve des lacunes du modèle fédéral états-unien. À cette expérience s'ajoute une culture politique et légale qui les distingue de la Mère patrie. Au-delà des préoccupations purement pragmatiques, leur désir d'unir les colonies trouve sa source dans cette culture distinctive, revendiquant l'appartenance à l'Empire britannique, et explique certains de leurs choix dans la rédaction du B.N.A. Act.

⁹⁹ William Lyon Mackenzie est élu député du parti réformiste en 1827. Dès son arrivée au pouvoir, il milite en faveur de réformes politiques inspirées par le système états-unien. En 1834, il devient le 1^{er} maire de la ville de Toronto. En 1837, se buttant à l'immobilisme des autorités coloniales, il se radicalise et devient l'un des organisateurs des rébellions du Haut-Canada. Il fait son entrée au Parlement du Canada-Uni en 1849 après avoir obtenu l'amnistie. *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit.*

¹⁰⁰ Jeffrey L. McNairn, « Publius of the North: Tory Republicanism and the American Constitution in Upper Canada », *Canadian Historical Review*, 77: 4, (1996), p.514- 515.

On a accusé les hommes politiques comme Cartier ou Macdonald d'avoir manqué d'envergure idéologique et d'avoir été à la solde d'intérêts économiques¹⁰¹. En effet, on peut constater que, parmi les Pères de la Confédération, on ne retrouve pas vraiment de grands philosophes réfléchissant à une théorie de l'État canadien. Les juristes J. Leclair et Y.-M. Morissette le remarquent avec justesse : « La conférence de Charlottetown de septembre 1864, quoi qu'on en dise, n'avait rien de commun avec la constitution de l'Assemblée nationale française en juin 1789, non plus qu'avec la Convention de Philadelphie de mai 1787.¹⁰² ». LE *B.N.A. Act* serait avant tout un document technique dont l'objectif essentiel est de sortir une élite sociale d'un cul-de-sac politique et économique.

Nous pensons que cette vision est réductrice. Elle ne prend pas en compte les ambitions nationales et politiques qui animent les hommes politiques de l'époque. Ces politiciens ont l'expérience et, surtout, le goût du pouvoir. Ils ont sous les yeux l'exemple d'une nation voisine forte autant politiquement qu'économiquement. Ils se sentent délaissés par les autorités impériales qui paraissent les regarder comme des coloniaux de moindre importance. L'union des colonies britanniques d'Amérique du Nord ne leur donne pas uniquement un outil économique pour le développement, c'est aussi une façon pour eux de s'affirmer sur un plan politique et de créer un véritable esprit national.

En fait, à partir des années 1850, le contexte politique colonial est extrêmement favorable à une modification de la gestion britannique des colonies. La décision des Maritimes de réfléchir à un projet d'union se fait en parallèle avec les différentes tentatives des hommes politiques du Canada-Uni de réformer leur propre système politique. Les commerçants britanniques ont davantage les yeux tournés vers le monde et font des pressions sur leurs hommes politiques afin que le commerce

¹⁰¹ Ryerson en a fait l'élément central de sa thèse. Voir : Stanley-Bréhaut Ryerson, *op.cit.*

sorte de l'ornière coloniale. Finalement, les États-Unis sont en froid avec les colonies ce qui aura pour conséquence un désir de rapprochement inter-colonial et un projet de voies ferrées.

Mais, le contexte externe entourant la confédération ne suffit pas à lui seul à expliquer toutes les décisions et les choix que seront fait dans la rédaction même du *B.N.A. Act*, ou encore dans l'interprétation qui en sera faite pas la suite. Nous voulons donc nous intéresser de plus près au discours politique des Pères de la Confédération, au discours juridique portant sur le *B.N.A. Act*, et, au document lui-même.

1.4 Problématique et Méthode d'analyse

On a reproché aux Pères de la Confédération d'avoir été attachés, jusqu'à la servilité, aux institutions politiques britanniques¹⁰². Nous pensons qu'il convient de relativiser ce qui a longtemps été perçu comme relevant de l'évidence. En fait, il est intéressant de constater que les constitutionnalistes les plus cités, lors des débats au Parlement du Canada-Uni, sont états-uniens et qu'ils proposent un État central fort dominé non pas par l'image d'un monarque bienveillant, mais par celle de représentants élus agissant pour le bien de leurs électeurs. De plus, ici, la « couronne », organe au centre de l'État, n'est pas celle du monarque en conseil, mais bien celle du gouverneur-général en conseil, conseil dominé par le premier ministre et son cabinet. Ce transfert de l'image du pouvoir surprend à première vue chez des politiciens qui prêchent les vertus du constitutionnalisme monarchique. Un constat s'impose cependant: dans les faits, le monarque est loin et son représentant,

¹⁰² Jean Leclair et Yves-Marie Morissette, « L'indépendance judiciaire et la Cour suprême : Reconstruction historique douteuse et théorie constitutionnelle de complaisance », *Osgoode Hall Law Journal* 36 (1998), 485 par. 27.

¹⁰³ Marc Chevrier, «La genèse de l'idée fédérale chez les Pères fondateurs américains et canadiens», dans : Alain-G. Gagnon (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain, Fondements, traditions, institutions*, Montréal, PUM, 2006, pp19-61.

le gouverneur général, ne jouit pas du même prestige et sera virtuellement écarté d'emblée du pouvoir, à défaut de l'être formellement. « L'État c'est nous ! » auraient pu dire les Macdonald et Brown tant ils affirment que dans la fédération à venir, ce ne sera pas le monarque, mais bien les hommes politiques, qui seront au centre de l'État canadien.

Comme le souligne D.G. Lavroff, il faut envisager la notion d'idée politique largement. « L'analyse des idées politiques suppose que l'on prenne en considération, non seulement les œuvres de réflexion réalisées par des auteurs, mais encore la manière dont les simples citoyens envisagent le fait politique ou encore le vivent dans la pratique. Tout le monde a des idées politiques alors que les théoriciens politiques sont rares. »¹⁰⁴. Il faut donc évaluer la pensée des Pères de la Confédération en tenant compte de la dialectique entre la construction intellectuelle des idées politiques et les contraintes sociales, politiques, économiques et légales dans lesquelles ils évoluent à titre de représentants d'un électorat en constante mouvance.

Une fois envisagées, la nature et l'étendue de l'autonomie recherchée, ainsi que l'usage qui sera fait de cette dernière, restent à définir. Il faut un véhicule aux aspirations politiques d'hommes comme J. A. Macdonald et Cartier. L'union politique des colonies leur donne l'occasion de mettre ce véhicule en place. Le *B.N.A. Act* sera la voie par laquelle les Pères de la Confédération vont pouvoir donner forme à leurs aspirations. Ce document est à leurs yeux bien plus qu'une simple loi britannique, c'est un acte fondateur. Et c'est plus précisément à cette loi que nous allons nous intéresser.

1.4.1 Vers une lecture croisée du droit et de la politique

¹⁰⁴ Dmitri Georges Lavroff, *Histoire des idées politiques depuis le XIXe siècle*, 7e éd., Paris, Dalloz, 1998, p.11.

Nous pensons, tout comme Brouillet, que le *B.N.A Act* est ambigu. Mais pas pour les mêmes raisons. Selon elle, le problème réside, entre autres, dans le paradoxe entre la nature constitutionnelle du *B.N.A. Act* et le modèle de rédaction suivi, celui d'une loi ordinaire.¹⁰⁵ Les Lords du CJCP auraient donc choisi une méthode d'interprétation conforme à la forme et pas nécessairement au fond, ce en apportant certaines nuances avec le temps. Nous pensons par contre qu'il serait difficile de retracer, en 1867, une façon particulière de rédiger des constitutions qui les distingueraient complètement des lois ordinaires. Le seul réel exemple demeure, à cette époque, la constitution des États-Unis dont les rares éléments expressément distinctifs sont le préambule et le *Bill of Rights*. Au 19^{ième} siècle, c'est davantage le contexte entourant la genèse d'une loi constitutionnelle qui permet d'en déterminer la nature.

À nos yeux, ce document est perçu de façon tout à fait distincte par les juges canadiens et par les Lords. La réalité est que chaque instance lui attribue, en quelque sorte, une source différente. Son statut, de même que les méthodes d'interprétation qui seront employées à son égard, sont fonction de ce qu'ils perçoivent comme étant la source de sa légitimité. Il nous paraît clair que le CJCP n'a reconnu que très tardivement une nature constitutionnelle au *B.N.A Act*. Ils n'ont pas sous leurs yeux une loi constitutionnelle rédigée comme une loi ordinaire. Il n'y a donc pas d'incohérence pour les Lords entre la nature du *B.N.A. Act* et sa forme. Cette incohérence sera perçue comme telle par les juristes canadiens car ils n'ont pas la même vision du Canada, et donc, de son document fondateur. À partir des années 1930, le CJCP commence lui aussi modifier sa perception du *B.N.A. Act.*, le *Statut de Westminster*¹⁰⁶ n'est sans doute pas étranger à cette modification. À partir de ce moment, il n'est plus possible d'envisager le Canada comme étant une colonie, sa loi fondatrice mérite donc plus qu'un statut de loi impériale. Nous partageons par contre entièrement le point de vue de Brouillet sur un aspect

¹⁰⁵ E. Brouillet, *op.cit.*, p.202.

¹⁰⁶ 22 Geo. V, ch. 4 (R.-U.).

important : la jurisprudence issue du CJCP ne constitue pas une vision altérée du *B.N.A. Act*. Elle «ne fait donc pas violence ni au texte constitutionnel lui-même ni à l'esprit qui a présidé à son adoption.»¹⁰⁷ Nous reviendrons sur cette question tout au long du présent travail.

Ainsi que le démontrent les textes recueillis dans des ouvrages tels *Canada's Founding Debates*¹⁰⁸ ou encore dans le recueil d'Yvan Lamonde et Claude Corbo¹⁰⁹, il existe au 19^e siècle une pensée politique riche et polyphonique qui couvre plusieurs thèmes et réfère à de grands enjeux sociaux. Le défi n'est donc pas de trouver ces thèmes et ces enjeux, mais de calibrer leur influence dans la rédaction du *B.N.A. Act*. À l'heure actuelle, force est de constater que rien n'a été dit sur l'effet structurant des partis pris juridiques au centre des choix des Pères de la Confédération soit, tout d'abord le fédéralisme et ensuite le constitutionnalisme. On a longtemps sous-estimé la compréhension que les politiciens de l'époque avaient de ces concepts. De plus, aucun pont n'a été fait entre d'une part la pensée des Pères de la Confédération avant la Confédération et l'impact qu'auraient les tribunaux sur le *B.N.A Act* après 1867.

La lecture des documents disponibles entourant les différents litiges qui émergeront dans les années suivant la Confédération donne une bonne perspective des conflits idéologiques entourant l'interprétation du *B.N.A. Act*. Cette lecture est d'autant plus intéressante que certains des intervenants dans ces litiges, dont Oliver Mowat¹¹⁰, second Premier ministre de l'Ontario, ont aussi participé à la rédaction du

¹⁰⁷ E. Brouillet, *op.cit.*, p.251.

¹⁰⁸ J. Ajzenstat, P. Romney, I. Gentles et W. D. Gairdner, Ed., *Canada's Founding Debates*, *op.cit.*

¹⁰⁹ Yvan Lamonde et Claude Corbo, éd., *Le rouge et le bleu, une anthologie de la pensée politique au Québec de la Conquête à la Révolution tranquille*, Montréal, PUM, 1999.

¹¹⁰ Avocat d'abord stagiaire au bureau de J. A. Macdonald, Mowat devient député pour le Clear Grit en 1858. Il participe aux conférences de Charlottetown et Québec. Homme politique reconnu pour ses qualités de juriste, il mènera contre Ottawa à partir des années

B.N.A. Act. Ces documents nous permettent de rendre compte des changements potentiels de stratégie des acteurs afin de faire valoir leur point de vue ainsi que de la réceptivité des tribunaux à leurs arguments.

Mais c'est une lecture comparée attentive des décisions des différents tribunaux qui se sont penchés sur le *B.N.A. Act* qui s'avère la plus fructueuse lorsque vient le moment de comprendre l'émergence d'un constitutionnalisme canadien. Cette analyse doit s'étendre au-delà des motifs donnés par les juges eux-mêmes, et tenir compte du contexte historique dans lequel la décision est rendue.

Il convient avant tout de se questionner sur la possibilité de retrouver des traces crédibles de la pensée politique des hommes à l'origine du projet fédératif. Ainsi que le souligne Pocock, l'analyse de la pensée d'un auteur existe dans le contexte spécifique et historique du langage dans lequel il s'exprime.¹¹¹ Tout examen des documents produits autour et par les Pères de la Confédération doit donc être analysé avec prudence en prenant soin de ne pas perdre de vue leur contexte de production.

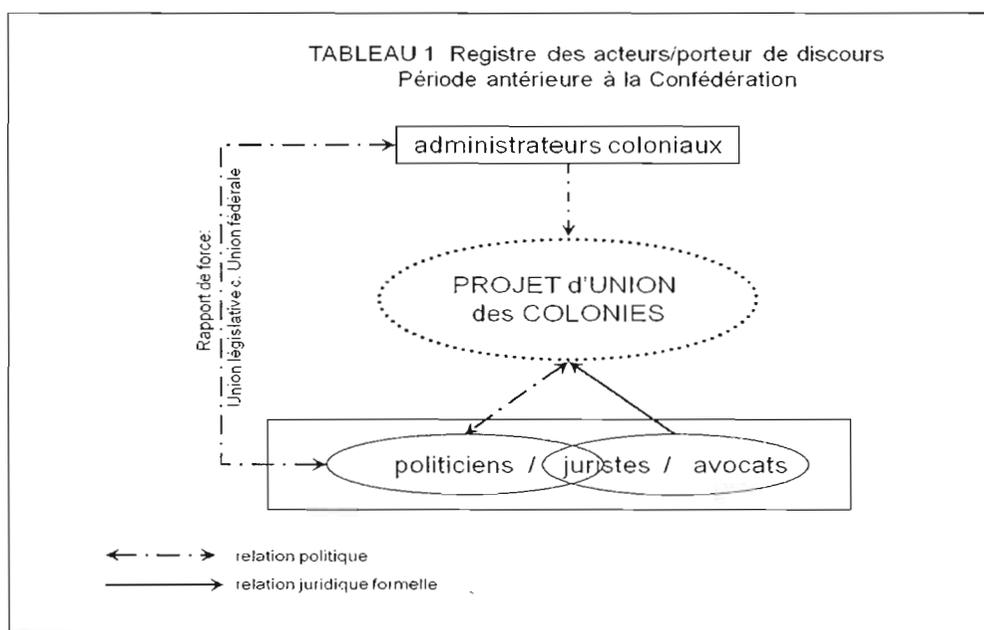
De plus, il ne suffit pas de chercher à décoder les intentions des Pères de la Confédération si l'on veut comprendre les conditions de fondation de l'État canadien. Il faut aussi se pencher sur la réception et l'interprétation faite du *B.N.A. Act* par le monde du droit. C'est au cours des années qui suivent directement la fondation du Dominion du Canada que se construit l'exégèse de la Constitution et qu'on voit apparaître le noyau dur des conflits à venir, entre autres, quant aux rôles respectifs des provinces et du gouvernement fédéral. C'est à travers la gestion juridique et politique de ces conflits que transparaît ce que sera la démocratie canadienne à venir. Le partage des compétences entre l'État fédéral et les législatures deviendra

1870 une longue bataille juridique afin d'affirmer l'autonomie des provinces. *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit.*

¹¹¹ J.G.A. Pocock, *Politics, Language & Time, Essays on Political Thought and History*, Chicago, University of Chicago Press, 1989, pp.24-25.

rapidement une pierre d'achoppement entre les politiciens des deux paliers de gouvernement. Cependant, l'interprétation des articles 91 et 92 du *B.N.A. Act* ne sera pas la seule pomme de discorde. À cette dernière, se joignent, entre autres, la question du mode de création des nouvelles provinces et la question des minorités.

On peut voir au tableau 1, un schéma des interactions entre administrateurs, politiciens des colonies et juristes. Le flot des interactions passe nécessairement à travers le projet d'union. On remarque par ailleurs des échanges parallèles sur le type d'union choisie, soit l'union fédérale. Dans la période antérieure à la Confédération, c'est le discours politique qui formate le contenu du *B.N.A. Act*. Le discours juridique occupe une place plus marginale. Une analyse de ce discours politique est donc essentielle à la compréhension du document.



1.4.2 Le défi de l'analyse de discours

Les données recueillies pour la période antérieure à 1867 sont donc issues de discours politiques. L'historien Pocock nous met en garde contre la tentation de

décoder trop littéralement ce type de discours et nous rappelle avec raison que le politicien cherche avant tout à trouver les arguments qui parviendront à convaincre et non simplement à donner son opinion¹¹². Dans ce dessein, il puisera à même les valeurs et les partis pris de son époque afin de trouver une résonance auprès de ceux qui l'écoutent. Notons que les données tirées des jugements lus présentent une difficulté similaire. De plus, on y retrouve un formatage du discours propre au droit.

Donc l'analyse de ces discours ne nous informe pas nécessairement sur la pensée intime de leurs émetteurs. Mais elle nous instruit certainement sur les valeurs dominantes et les préoccupations contemporaines à leurs créations. Ainsi, les interventions des différents protagonistes étudiés ont été analysées en fonction principalement de leur dimension interactive, du contexte dans lequel elles interviennent et en prenant en compte l'identité de l'émetteur lui-même, ce, dans une approche pragmatique. Selon cette approche, le langage doit s'analyser à travers l'usage du discours. Deux concepts sont alors fondamentaux. Premièrement, le discours doit être perçu comme un acte, un geste visant à influencer sur autrui. En second lieu, le discours doit s'évaluer en fonction de son contexte d'émission, du lieu, du moment, et de l'identité de l'émetteur.¹¹³ L'emphase dans le choix des sources a donc été mise sur le cadre interactionnel dans lequel s'expriment les différents intervenants, et non seulement en prenant en compte l'origine du discours.

Pour notre analyse de la période postérieure à la Confédération nous nous sommes davantage consacrée aux sources issues des tribunaux. Nous avons retenu dans le discours juridique celui produit dans le cadre du processus contradictoire d'un procès. Dans le cadre du présent travail, l'essentiel du discours

¹¹² G. J. A. Pocock, , *Virtue, Commerce and History, Essays on Political Thought and History in the Eighteenth Century*, Cambridge, *op.cit.*, p.256.

¹¹³ Alpha Ousmane Barry, «Les bases théoriques en analyse de discours», *Textes de méthodologies*, Chaire de Recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie, p1-35, p.30, <http://www.er.uqam.ca/nobel/ieim//IMG/pdf/metho-2002-01-barry.pdf>, accédé le 21 juillet 2008.

juridique a été produit par des juristes ou des politiciens agissant en qualité de juristes. Ainsi que nous le verrons plus en détail plus loin, nous avons retenu la jurisprudence de deux tribunaux soient la Cour suprême du Canada et le CJCP pour les fins de la présente étude.

Tout comme le discours politique, le discours juridique demande une contextualisation qui prend en compte autant l'émetteur que le public auquel il s'adresse. Il faut aussi porter une attention particulière aux codes utilisés par les juges afin de justement décontextualiser leur argumentaires. Nous faisons ici référence aux méthodes d'interprétation des lois ainsi qu'aux concepts consacrés comme par exemple celui du Législateur.

Pour les fins de notre analyse, nous n'aborderons toutefois pas les enjeux liés aux incidences des idéologies de parti, et nous développerons peu les conceptions d'acteurs particuliers. Ces éléments jouent certes un rôle dans l'élaboration du *B.N.A Act*. Toutefois, le contexte de mise en commun ou de fusion de ces différentes idéologies ou conceptions est essentiel ici. En effet, il s'agit de discuter non pas seulement les options politiques générales, comme par exemple le choix ou non d'une fédération, les enjeux politiques et sociaux associés au rôle des provinces ou l'existence d'un pacte constitutif, mais aussi et surtout des modalités précises d'organisation et de hiérarchisation des pouvoirs, dans un contexte spécifique où les débats à Québec et à Londres se font sur la base d'un texte préalable qui encadre la discussion. Par ailleurs, la structure constitutionnelle à mettre en place concerne des aspects politiques fondamentaux qui transcendent les lignes de parti. On le voit par exemple dans les débats sur la décentralisation ou la défense des minorités. On verra que la polarisation ne correspondait pas toujours aux frontières partisanses. Dans un tel contexte, il est loin d'être démontré que les lignes de partis ou encore les prises de position de différents acteurs par la voix des journaux, par exemple, se traduisent directement en propositions concrètes et ont été déterminantes lors des discussions sur le projet confédératif.

En fait, l'influence directe des articles rédigés dans les journaux par les hommes politiques de l'époque, ou d'autres acteurs, n'est pas palpable dans les débats et les comptes rendus des différentes conférences où s'est rédigé le *B.N.A. Act*. Pour mieux comprendre les choix faits dans la rédaction de ce document il est apparu plus judicieux d'analyser attentivement et prioritairement les débats eux-mêmes sur le *B.N.A. Act* à un moment donné, dans un lieu spécifique. Ceci permet de mettre en relief une dynamique décisionnelle particulière. On le voit, par exemple, dans l'analyse des débats lors des réunions de Charlottetown, de Québec et de Londres.

Ce choix est essentiel parce que les idées préconçues, les tendances de partis, les affinités et inimitiés, les ambiguïtés comme les contradictions, le flou des conceptions constitutionnelles et la place équivoque des modèles constitutionnels antérieurs, sans oublier les attentes et les craintes pour l'avenir, viennent se fondre dans le débat et sont, dans ce cadre précis, confrontés à des dispositions spécifiques et concrètes. Ces *lieux d'interaction* sont constitués par les différentes conférences qui ont été priorisées dans notre analyse afin de rendre compte d'un contexte spécifique déterminant où vient se cristalliser la loi à venir. Dans ce cadre, il nous est possible de voir les enjeux et le flou qui souvent les entoure quand il est question de prendre des décisions.

L'analyse générale des partis, des idéologies conservatrices, libérales et autres ainsi que leur expression dans les médias comme dans les correspondances privées est certes essentielle pour saisir les conditions dans lesquelles est apparue la Confédération au sens global. Mais lorsqu'il s'agit, comme dans le présent travail, d'analyser les concepts constitutionnels en jeu au moment de l'adoption des mesures organisationnelles et des rapports de pouvoirs institués dans le *B.N.A Act*, et d'étudier la part faite aux modèles constitutionnels existants, ces sources d'information sont d'une utilité relative au même titre que l'historiographie générale, et même les monographies étudiant les idéologies des individus et des partis. Elles ne se sont pas penchées sur cette question, sauf de manière très incidente. Il nous faut donc trouver ailleurs réponses à nos interrogations.

1.4.3. Les sources portant sur le discours politique antérieur à 1867

Dans une première étape de notre démarche, nous avons voulu, dans la mesure du possible, cerner la perception qu'avaient les politiciens du B.N.A Act. Nous avons donc limité notre champ de recherche au discours politique s'adressant essentiellement à la classe politique et non à la population en général. Ceci nous a principalement amené à exclure les sources journalistiques ainsi que la correspondance destinée à des personnes n'appartenant pas à l'un des trois groupes identifiés. Nous avons concentré notre analyse sur les politiciens ayant participé aux conférences où a été conçu et rédigé le *B.N.A Act*, à Charlottetown, Québec et Londres et sur ceux les entourant et auxquels ils s'adressent. Ce groupe d'acteurs peut être sous-divisé en quatre catégories. Tout d'abord les Pères de la Confédération, c'est-à-dire les politiciens directement impliqués dans le projet, ensuite les hommes politiques qui sans être impliqués personnellement soutiennent le projet, ceux qui ont choisi de réserver leur opinion, qui sont indécis ou sceptiques et finalement ceux qui s'opposent ouvertement au projet confédératif

Nous nous sommes aussi intéressée aux administrateurs coloniaux chargés de voir au bon déroulement du processus, les gouverneurs coloniaux et les fonctionnaires du Secrétariat aux Colonies (Colonial Office). Les fonds d'archive du gouverneur général¹¹⁴ nous ont permis, entre autres, de combler certaines lacunes causées par le manque de traces écrites laissées par la Conférence de Charlottetown.

Nous nous sommes donc concentrée tout d'abord sur les quelques documents faisant état des négociations qui ont eu cours entre les Pères de la Confédération lors des conférences de Charlottetown, Québec et Londres. Fait à déplorer, il reste

¹¹⁴ ANC, Fonds du gouverneur général, RG7 G10, *Confidential dispatches* vol 1 (1857-1865) no 28; ANC, Fonds du gouverneur général, RG7 G21, vol 16 no. 60.

peut de traces des débats ayant eu lieu lors des trois grandes conférences qui ont précédé le vote final du B.N.A. Act par le Parlement britannique. Plusieurs de ces documents écrits portant sur les négociations des Conférences de Québec et de Londres ont été publiés par Joseph Pope, dans son ouvrage *Confederation Documents Hitherto Unpublished*¹¹⁵. Cet ouvrage fut par la suite complété par G.P. Browne dans *Documents on the Confederation of British North America, a Compilation Based on Sir Joseph Pope's Confederation Documents Supplemented by Other Official Material*¹¹⁶. On y retrouve principalement des extraits du procès verbal des rencontres Québec et de Londres, les résolutions prises lors de ces conférences, des lettres échangées entre les politiciens coloniaux et les autorités britanniques et des copies des différents projets de rédaction du B.N.A. Act.

Il faut souligner que, malgré les engagements pris par les délégués des différentes colonies, les résolutions de Québec, qui forment le fondement du B.N.A. Act, ne furent présentées que dans un seul Parlement, soit celui du Canada-Uni. C'est donc dans ce seul Parlement qu'eut lieu un débat plus formel sur la question de la Confédération. Ce débat a été publié dans : *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique Britannique du Nord*¹¹⁷. Cet ouvrage est donc devenu l'une de nos sources les plus pertinentes afin voir comment les politiciens explicitaient les éléments du B.N.A. Act.

Afin de compléter ces sources principales, nous avons, de plus, trouvé dans les débats publiés de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse des échanges portant sur l'adhésion par la colonie à la Confédération, notamment dans les débats des sessions de 1865, 1866 et 1867¹¹⁸. Notons toutefois que ces débats portent, de

¹¹⁵ Toronto, Carswell, 1895.

¹¹⁶ Toronto, McClelland & Stuart, 1969.

¹¹⁷ 3e session, Parlement provincial du Canada, Québec, Hunter, rose et Lemieux, 1865, 1027 p.

¹¹⁸ Debates and Proceedings of the House of Assembly during the second session of the Twenty-Third Parliament of the Province of Nova Scotia (1865) Halifax, J.G. Bourinot, 1865,

façon plus générale, sur l'adhésion à la Confédération et non sur le contenu du *B.N.A. act*. Les interventions retracées offrent donc moins d'éléments permettant de cerner comment ces hommes politiques comprenaient les différentes dimensions du projet de loi. Nous y avons aussi inclus : *Letter adressed to the Earl of Carnarvon by Mr Joseph Howe, Mr William Annand and Mr Hugh MacDonald Stating their Objections to the Proposed Scheme of Union of the British North American Provinces*¹¹⁹.

Finalement nous avons complété nos références sur les débats en ayant recours à *Canada's Founding Debates*¹²⁰, un ouvrage coédité par J. Ajzenstat, P. Romney, Ian Gentles et W.D. Gardner.¹²¹ Dans cet ouvrage, les éditeurs présentent des extraits de débats qui ont eu court dans les différents parlements coloniaux au sujet de la Confédération.

Les sources ont fait l'objet d'un premier échantillonnage qui a permis de déterminer les paramètres plus précis de l'analyse et de créer les codes qui seraient utilisés afin de classer les données. Dans un premier temps, le processus de codage des données a permis de catégoriser et organiser les différents éléments répertoriés dans les discours analysés.¹²² Aux fins du présent travail nous avons fait le choix

(parution périodique); *Debates and Proceeding of the House of Assembly During the Third Session of the Twenty-third Parliament of Nova-Scotia*, (1866) Halifax, J.G. Bourinot, 1866, (parution périodique); *Debates on the Union of the Provinces, in the House of Assembly of Nova Scotia, March 16th, 18th and 19th 1867*, *Colonial Governments Journals*, CIHM/ICMH 67163.

¹¹⁹ London, Georges Edward Eyre and William Spottiswood, 1867.

¹²⁰ Op.cit.

¹²¹ Nous aurions aimé conduire des recherches similaires dans les débats ayant eu lieu au Nouveau-Brunswick. Toutefois contrairement à ce qui est le cas pour la Nouvelle-Écosse, les périodiques rapportant les comptes rendus des débats dans la colonie du Nouveau-Brunswick n'ont pas été microfilmés. Ils sont disponibles uniquement aux Archives provinciales du Nouveau-Brunswick.

¹²² Kathy Carmaz, «The Grounded Theory Method : An Explication and Interpretation», dans Robert M. Emerson (Ed.) *Contemporary field research : a collection of Reading*, Prospect Heights, Waveland Ed., 1998, p.109-126, p.110.

d'évacuer les données portant sur les aspects financiers du projet confédératif afin de nous concentrer sur les aspects plus politiques et idéologiques des discours analysés.

En tout, nous avons retenu 179 interventions provenant de 157 hommes politiques distincts, membres des chambres législatives (élus ou non). Les interventions ont été classées par thème et nous avons retenu huit thèmes soit : minorité, pacte/traité, constitution, démocratie, sénat, nation canadienne, provincial/fédéral, monarchie/république. Ces thèmes recourent les grandes divisions des articles du B.N.A Act portant par exemple sur la protection du fait français, des minorités religieuses (minorité), sur les rôles respectifs du gouverneur-général et des lieutenants-gouverneurs (monarchie/république) ou sur l'interprétation du B.N.A Act par les tribunaux (pacte/traité – constitution). Ces thèmes ont été par ailleurs inspirés par les propos mêmes des hommes politiques qui y réfèrent fréquemment dans leurs interventions.

Pour compléter notre analyse de la perception qu'avaient les politiciens de l'époque, nous nous sommes aussi intéressée à certains écrits portant sur le projet confédératif et rédigés par des membres de la classe politique, soit ceux de Joseph Cauchon, *Étude sur l'union projetée des provinces britanniques de l'Amérique du Nord*¹²³ ainsi que *L'union des provinces de l'Amérique britannique du Nord*¹²⁴; A.T. GALT, *Speech on the Proposed Union of the British North American Provinces Delivered at Sherbrooke C.E.*¹²⁵; Thomas D'Arcy McGee, *Notes sur les gouvernements fédéraux passés et présents*¹²⁶ et Joseph-Charles Taché, *Des provinces de l'Amérique du Nord et d'une union fédérale*¹²⁷. Ces différentes

¹²³ Québec, Impr. de A. Cote et Cie, 1858.

¹²⁴ Québec, Impr. de A. Cote et Cie, 1865.

¹²⁵ 23rd November 1864, Montréal, M. Longmoore & Co., 1864.

¹²⁶ Traduit par Ls. G. Gladu, St-Hyacinthe, les Presses du Courrier de St-Hyacinthe, 1865.

¹²⁷ Québec, J.T. Brousseau, 1858.

publications ne s'adressaient pas exclusivement à la classe politique. Toutefois, on retrouve des références à ces écrits au parlement. Ces références sont faites soit par leurs auteurs ou par d'autres députés. Les données issues de ces documents ont été compilées dans un fichier secondaire, les mêmes thèmes ayant été utilisés.

Nous avons complété notre collecte d'information par la lecture de pamphlets portant sur le processus confédératif. Ces différents documents présentent les points de vue contrastés d'adhérents et d'opposants au projet confédératif en dehors de la classe politique à proprement parler. On retrouve tout d'abord une recollection de P.S., Hamilton : *Union of the Colonies of British North America: Being Three Papers upon the Subject, originally Published Between the Years 1854 and 1861*¹²⁸, ainsi que trois autres textes : Alpheus Todd, *Brief Suggestions in regard to the formation of Local Governments in Upper and Lower Canada*¹²⁹, *Proposed British North American Confederation : Why it should not be imposed upon the Colonies by Imperial Legislation*¹³⁰, *Proposed B.N.A. Confederation : A Reply to Mr. Penny's Reasons*¹³¹. Les données contenues dans ces documents ont principalement servi à valider les thèmes utilisés dans l'analyse des sources principales. Elles nous ont de plus permis de tisser la toile de fond des débats confédératifs.

Dans le cadre de nos recherches, nous nous sommes de plus intéressés aux administrateurs britanniques, notamment les officiers du Secrétariat d'État aux Colonies. Les représentants britanniques aussi émettent des opinions sur les mérites du projet. Leur correspondance nous éclaire non seulement sur leur opinion face au projet ou face à la mise en œuvre du document, mais aussi sur le rôle qu'ils aspirent jouer en tentant d'encourager certaines tendances plutôt que d'autres. Deux fonds se sont avérés plus riches à cet égard, le fond Edward Cardwell et celui du

¹²⁸ Montréal, John Lovell, 1864.

¹²⁹ Ottawa, G.E. Desbarats, 1866.

¹³⁰ Montréal, Herald Steam Press, 1867.

gouverneur général, plus particulièrement la partie du fonds où se trouvent les documents produits au moment de la Confédération.

La Conférence de Charlottetown n'a pratiquement pas laissé de trace. Toutefois, on peut avoir un aperçu des sujets débattus en grande partie grâce au gouverneur Arthur Gordon qui a rédigé à ce sujet plusieurs lettres au Secrétaire d'État au Colonies de l'époque, Edward Cardwell. Cette correspondance est disponible aux Archives nationales du Canada en microfilm¹³². On retrouve aussi de la documentation portant sur les tractations entourant le processus de négociation dans le fonds du Fonds du gouverneur général¹³³. Le fonds Cardwell détenu par les ANC se compose de la correspondance du Colonial Office ainsi que des memoranda pour les années 1864 à 1866.

Le Fond du gouverneur général est plus vaste : nous y avons retenu les memoranda ainsi que la correspondance échangée dans le cadre de l'élaboration de la Confédération. Cette correspondance est disponible en format papier aux ANC. Elle a fait l'objet d'une compilation selon les mêmes thèmes que ceux utilisés dans le cadre de l'analyse des interventions politiques

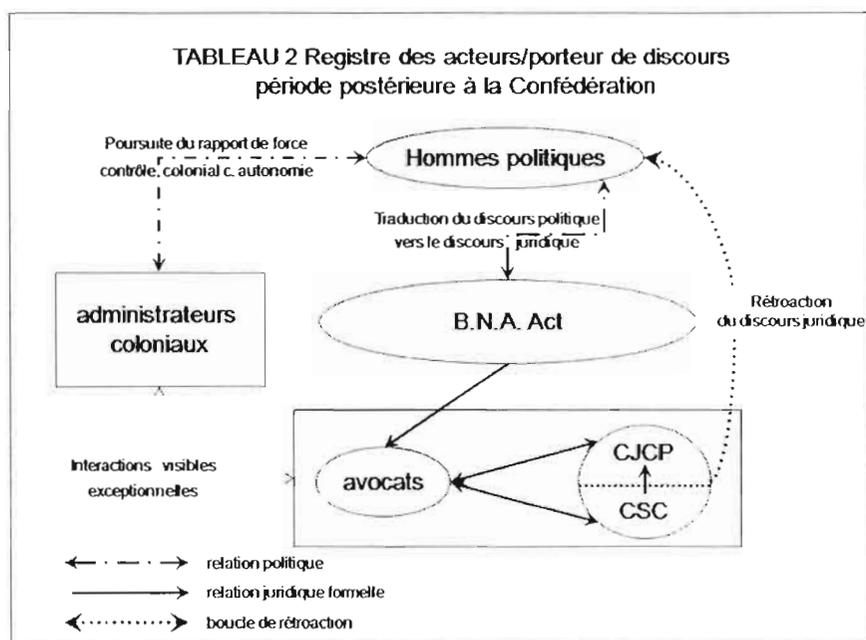
¹³¹ Montréal, Daily News Office, 1867.

¹³² ANC, R4482-0-7-E, Fonds Edward Cardwell.

¹³³ ANC, RG7 G10, *Confidentials dispatches* vol 1 (1857-1865) no 28.

1.4.4. Les sources postérieures à 1867

On peut voir après 1867 un déplacement des échanges entourant le *B.N.A. Act* vers le Droit. Le tableau 2 illustre ce fait. On y voit l'importance que prend le discours judiciaire. Cette augmentation de l'apport du juridique est normale puisque la mise en œuvre du *B.N.A. Act* s'opère en grande partie à travers les conflits résolus par les tribunaux.



Notre étude du discours légal s'est concentrée sur les décisions rendues par la Cour Suprême du Canada et le CJCP. Nous avons retenu ces deux tribunaux en vertu du rôle particulier qu'ils seront appelés à jouer dans la mise au jour du « sens » du *B.N.A. Act*. À partir de sa création, en 1875, Ottawa désire faire de la Cour Suprême la cour de dernière instance en sol canadien ainsi que la cour de référence en matières constitutionnelles. Les règles d'appel permettant de passer directement des cours d'appel provinciales à Londres, sans passer par Ottawa vont, dans un premier temps nuire à cette vocation. Toutefois, la plupart des décisions les plus

marquantes en matière constitutionnelle ont malgré tout été entendues par les juges de la Cour Suprême, avant d'être plaidées devant les Lords du CJCP.

La Cour Suprême n'est pas le seul tribunal canadien qui entendra des causes à caractère constitutionnel. Les cours d'appel des provinces auront aussi à interpréter le *B.N.A Act*.¹³⁴ Toutefois, la Cour Suprême offre certaines particularités qui la rendaient, à nos yeux, particulièrement intéressante. Tout d'abord, elle découle du *B.N.A Act*, ayant été créée en vertu du pouvoir du fédéral d'instituer des tribunaux d'appel¹³⁵, et doit son existence à la Confédération. Elle est aussi un tribunal de dernière instance et a comme mandat de jouer un rôle unificateur dans le droit canadien. Elle a aussi été créée afin de jouer un rôle dans l'interprétation de la Constitution. C'était d'ailleurs la fonction principale que J.A. Macdonald souhaitait lui donner. Finalement, c'est le seul tribunal canadien où siège ensemble des juges venant de toutes les régions du Canada et qui représentent les deux grandes traditions juridiques canadiennes, droit civil et common law. Pour tous ces motifs nous sommes convaincues que la Cour Suprême représentait, pour les fins de notre étude, le microcosme idéal où trouver une vision juridique du *B.N.A Act* qui soit proprement canadienne.

C'est donc essentiellement par souci de cohérence méthodologique et afin de préserver l'unité de notre corpus que nous avons choisi d'écarter les causes émanant des cours d'appel. Contrairement à ces tribunaux, tous les juges de la Cour suprême ont été nommés après la Confédération. Ils reçoivent d'emblée le mandat de proposer une interprétation unifiée du *B.N.A. Act*. Leur nomination s'est expressément faite en fonction de ce mandat. Il s'agit finalement de la principale

¹³⁴ À titre d'exemple, nous recommandons cet ouvrage traitant de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse : P. Girard, J. Phillips and B. Cahill eds., *The Supreme Court of Nova Scotia 1754-2004 : From Imperial Bastion to Provincial Oracle*, Toronto, University of Toronto Press, 2004, 550p.

¹³⁵ Art 101, *B.N.A. Act*.

cour canadienne, hiérarchiquement la plus haute, en dialogue avec la seule instance d'appel impériale.

Nous pensons donc que l'interaction entre la Cour Suprême et le CJCP offre un lieu privilégié afin d'étudier les différences conceptuelles entre l'interprétation des juges canadiens et britanniques. Nous avons donc retenu un corpus de 21 causes émanant des deux instances¹³⁶. De façon plus spécifique, 11 de ces causes ont été entendues par les deux instances. Les 21 décisions retenues, outre le fait qu'elles traitent du *B.N.A. Act*, sont aussi des décisions de référence qui ont fait école. Elles ont fait l'objet de multiples références et certaines sont encore étudiées dans nos universités.

Pour les fins du présent travail, nous avons principalement consulté les *Reports of the Supreme Court of Canada/ Rapports Judiciaires de la Cour suprême du Canada*¹³⁷, de même que *Decisions of the Judicial Committee of the Privy Council Relating to the B.N.A. Act, 1867 and the Canadian Constitution, 1867-1954, vol. 1.*¹³⁸ Ce recueil contient toutes les causes à caractère constitutionnel à l'exception de : *Maher v. Town Council of Portland (1874)(Maher), New Brunswick School Act.*¹³⁹ Dans certains cas, il a été possible de retracer les notes sténographiques des échanges entre les avocats et les juges. Par exemple dans les *Documents de la session, Canada, 1884, no. 30*, on retrouve les notes sténographiques des représentations devant le CJCP dans l'affaire *Hodge v. la Reine*. De même, les *Documents de la session, Canada, 1885, no. 85*, contiennent les notes sténographiques des représentations devant la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi sur l'Acte des licences de 1883*.

¹³⁶ Pour avoir la liste des causes analysées, voir l'annexe C.

¹³⁷ Ottawa, Supreme Court of Canada, 1878-1923.

¹³⁸ R. A. Olmsted, ed., Ottawa, Edmond Cloutier, 1954

¹³⁹ *The Argument before the Privy Council of Great Britain*, CIHM/ICMH no. 09657

Ici encore, les données issues des différents jugements ont fait l'objet d'une indexation en fonction de thèmes précis, soit : autonomie provinciale, Grande-Bretagne, constitution, démocratie, minorité, sénat et monarchie/république. Ces thèmes ont été choisis afin de répondre à ceux utilisés pour analyser les discours politiques.

Afin de compléter l'analyse jurisprudentielle, nous nous sommes intéressée à la réception et l'interprétation faite du *B.N.A. Act* dans la doctrine canadienne. Nous avons retenu cinq ouvrages rédigés par des Canadiens et portant sur le Dominion du Canada. Notons d'emblée que ces auteurs ne sont pas neutres dans le débat qui oppose les provinces et le gouvernement fédéral. T.J.J. Loranger ne s'en cache pas. Il considère que le gouvernement fédéral cherche à mettre les provinces sous sa tutelle afin de vider le système fédéral de son sens. La première de ses lettres sur l'interprétation de la Constitution canadienne annonce en prémices : *si vis pacem para bellum*¹⁴⁰. Dans son avant-propos, il écrit :

C'est donc véritablement la cause provinciale que j'ai entrepris de défendre contre un ennemi, qui ne paraît encore que comme un point visible à peine à l'horizon, mais ce point peut grossir, il peut se faire nuage, et le nuage peut enfanter la tempête ! Des flancs de cette tempête puissions-nous ne jamais voir sortir...l'union législative !¹⁴¹

Jeremiah Travis¹⁴², qui rédige un traité sur le *B.N.A. Act* en 1884,¹⁴³ est, à l'inverse, un ardent défenseur de la prépondérance du fédéral sur les provinces. Son ouvrage se veut d'ailleurs essentiellement une réponse aux lettres de Loranger. Les

¹⁴⁰ « Si tu veux la paix, prépare la guerre ». T.J.J. Loranger, *Lettre sur l'interprétation de la constitution fédérale dite l'acte d'Amérique britannique du nord, 1re lettre*, Québec, Imprimerie A.Côté et Co., 1883, la maxime apparaît sur la page couverture.

¹⁴¹ *Id.*, p.vi.

¹⁴² Cet avocat terre-neuvien fit des études de droit à Harvard. Il va écrire plusieurs traités sur la common law. On lui reconnaît des talents de plaideur, mais aussi un caractère irascible. Son ouvrage sur le B.N.A. Act ne sera pas perçu par ses contemporains comme un ouvrage de grande valeur. *Dictionnaire bibliographique du Canada, op.cit.*

¹⁴³ J.Travis, *A Law Treatise on the Constitutional Power of Parliament and of the Local Legislature under the British North America Act*, Saint-John (N.B) Sun publishing, 1884.

autres auteurs se font plus discrets dans leurs allégeances. L'avocat Dennis Ambrose O'Sullivan¹⁴⁴ laisse toutefois entrevoir ses couleurs en dédiant son livre à un « provincialiste » reconnu, Edward Blake¹⁴⁵. Dans son cas, il s'agit en quelque sorte d'un revirement. En effet, en 1879, dans la première édition de son manuel, il avait pris position en faveur d'une subordination des provinces au gouvernement fédéral.¹⁴⁶ Alpheus Todd¹⁴⁷, directeur de la bibliothèque du Parlement d'Ottawa, pour sa part, se montre plutôt monarchiste dans une dédicace extrêmement élogieuse à Lord Dufferin¹⁴⁸. Bourinot demeure le plus discret des auteurs lus.

Toutefois, on remarque à la lecture de leurs principaux ouvrages respectifs¹⁴⁹ que Bourinot et Todd adhèrent à la théorie selon laquelle les provinces sont subordonnées au gouvernement fédéral. Cette théorie, contestée par Loranger, est nettement favorable au fédéral. Bourinot revoit toutefois sa position lors de la seconde édition de son principal ouvrage en 1891. Les Lords avaient mis fin à la controverse en 1883 en affirmant, dans Hodge, la souveraineté des provinces dans leurs champs de compétence. Todd, décédé en 1884, n'aura pas, pour sa part, l'occasion de revoir ses positions à ce sujet. Ces ouvrages s'articulent autour de

¹⁴⁴ Il sera surtout reconnu à titre de conseiller juridique de l'archidiocèse de Toronto. Son œuvre plutôt conventionnelle lui vaut, malgré tout, une certaine reconnaissance. Il sera, entre autres, l'auteur d'un manuel pour étudiants de droit public qui fera l'objet d'une réédition. *Dictionnaire bibliographique du Canada, op.cit.*

¹⁴⁵ D. A. O'Sullivan, *Government in Canada*, 2^{sd} ed., Toronto, Carswell, 1887, préface.

¹⁴⁶ R. C. B. Risk, « Constitutional Scholarship in the Late Nineteenth Century : Making Federalism Work », dans G. Blaine Baker et Jim Phillips, *op.cit.*, p. 41.

¹⁴⁷ Bibliothécaire de carrière, Todd rédige à partir de 1867 un traité sur le parlementarisme en Grande-Bretagne qui lui vaudra une renommée à travers tout l'Empire. Il est aussi attaché à la couronne britannique et sera un conseiller personnel de Dufferin dont il tentera d'élargir le mandat. *Dictionnaire bibliographique du Canada, op.cit.*

¹⁴⁸ Alpheus Todd, *Parliamentary Government in the Colonies*, Boston, Little, Brown and Co., 1880.

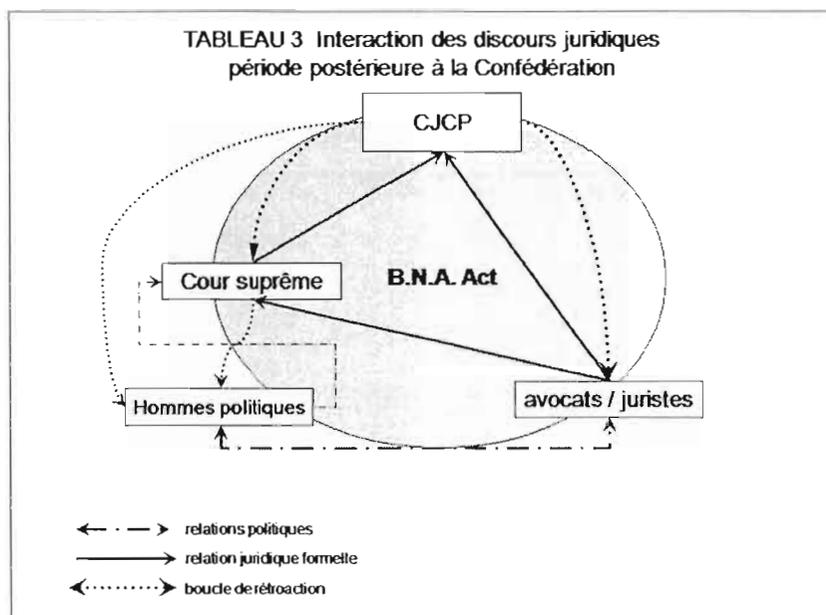
¹⁴⁹ J. G. Bourinot, *Parliamentary Procedure and Practice in the Dominion of Canada*, intro. By C.B. Koester, South Hackensack, Rothman Reprints inc., 1971, fac-similé de la 1^{ère} édition de 1884.

deux axes principaux, soit le lien entre le Canada et l'Empire ainsi que la place et le statut des provinces au sein du Dominion¹⁵⁰.

Ainsi qu'illustré au tableau 3, bien que la plupart de ces rapports transitent par le droit issu du B.N.A. Act, certaines interactions ont lieu en périphérie. On peut ainsi penser à la nomination des juges de la Cour suprême, geste éminemment politique bien que balisé par la constitution.¹⁵¹ On constate aussi le caractère ambigu des rapports entre politiciens et juristes. Les premiers sont les clients des seconds, ou encore utilisent leur titre d'avocat afin d'aller présenter leur point de vue directement devant les tribunaux. On pourrait donc croire que Saywell a en quelque sorte raison d'avancer que les juges vont ainsi usurper le rôle des politiciens dans le sens à donner au *B.N.A. Act*. Toutefois, soulignons que les hommes politiques vont intervenir afin de *suggérer* aux juges l'interprétation à adopter. Loin d'être impuissants face aux juges, ces hommes politiques prennent l'initiative et contribuent à forger l'interprétation juridique de la constitution canadienne.

¹⁵⁰ R. C. B. Risk, « Constitutional Scholarship in the Late Nineteenth Century : Making Federalism Work », *op.cit.*, p.41.

¹⁵¹ Art.101, *B.N.A Act*.



Il convenait donc, à notre avis, de suivre l'évolution des politiciens de l'époque quant à leur interprétation du *B.N.A. Act*. Ceci nous a amené à faire face à plusieurs défis autant méthodologiques que pratiques. Cherchant à consulter les débats parlementaires et du Parlement fédéral comme des différentes Législatures provinciales, nous avons été confrontés à la relative rareté des sources écrites préservées. En effet, dans les années suivant la Confédération, les publications rapportant les débats parlementaires ne sont pas systématiques dans les différentes provinces fondatrices. De plus, le nombre d'exemplaires toujours existants est limité et les volumes, souvent en mauvais état de préservation, ne peuvent faire l'objet de prêts entre bibliothèque. À ce titre, nous pensons qu'il convient de souligner le travail exemplaire de la Bibliothèque de l'Assemblée nationale Québec où l'on s'emploie, depuis plusieurs années, à l'élaboration d'une base de données regroupant l'ensemble des débats de l'Assemblée nationale depuis 1867.¹⁵² Nous nous

sommes concentrée sur les documents politiques nous permettant de compléter nos sources judiciaires. Il s'agit ici, entre autres des débats entourant la création de la Cour Suprême et ceux portant sur les pouvoirs de réserve et de désaveu.

La création de la Cour Suprême ne faisait pas l'unanimité, ce autant parmi la classe politique canadienne qu'à Londres. Afin de nous faire une représentation aussi fidèle que possible de cette polémique, nous avons retenu différentes sources. Tout d'abord une évaluation du projet de loi déposé par le gouvernement conservateur de J.A. Macdonald : *Observations of the Chief Justice of New-Brunswick on a Bill Entitled an Act to Establish a Supreme Court for the Dominion of Canada*¹⁵³. Nous avons aussi porté notre attention sur les débats qui ont eu cours à Ottawa autour de ce projet de loi. On retrouve ces débats dans les trois documents suivants : *Documents de la session, Canada, 1869, no 16, no 18, Documents de la session, Canada, 1870, no 35, Documents de la session, Canada, 1871, no 20*. Les documents de la session contiennent essentiellement les lettres, rapports et autres documents déposés devant le parlement.

Nous nous sommes aussi intéressée à la correspondance du Colonial Office. L'ensemble de cette correspondance concernant le Canada entre 1867 et 1895 fut publiée dans *Correspondence, Reports of the Ministers of Justice and Orders in Council upon the Subject of the Dominion and Provincial Legislation*¹⁵⁴. Deux historiens, C.W. Kiewiet, F.H. Underhill, ont aussi publié une grande part de la

¹⁵² Une partie du travail effectué est d'ailleurs disponible via le site internet de l'Assemblée nationale du Québec : <http://www.assnat.qc.ca/Debats-reconstitues/index.html>, accédé le 21 juillet 2008.

¹⁵³ Fredericton, G.E. Fenety, 1870.

¹⁵⁴ *Correspondence, Reports of the Ministers of Justice and Orders in Council upon the Subject of the Dominion and Provincial Legislation, 1867-1895*, Ottawa, Government Printing Bureau, 1896.

correspondance de deux acteurs importants dans les relations Canada-Empire britannique, soient Lord Dufferin et Lord Carnarvon.¹⁵⁵

Conclusion

En conclusion de ce premier chapitre, on constate que l'historiographie canadienne a oscillé entre une étude macro-historique des phénomènes liés à la formation de la Confédération et des recherches axées sur des éléments très précis soit principalement le système fédéral, la question du pacte ou encore le rôle de certaines institutions dans le projet confédératif. La pensée juridique des hommes de l'époque a été beaucoup moins explorée. De plus, l'historiographie tend vers une analyse essentiellement sociopolitique de la Confédération, l'histoire juridique du *B.N.A. Act* ayant été moins explorée.

De façon générale, l'historiographie portant sur la Confédération est restée silencieuse sur deux points que nous considérons essentiels. Tout d'abord, bien peu a été dit sur l'effet structurant des partis pris juridiques au centre des choix des Pères de la Confédération, soit le fédéralisme et le constitutionnalisme. On a longtemps sous-estimé la compréhension que les politiciens de l'époque avaient de ces concepts. De plus, aucun pont n'a été fait entre d'une part la pensée des Pères de la Confédération avant la Confédération et l'impact qu'auraient les tribunaux sur le *B.N.A Act* après 1867. Le silence de l'historiographie actuelle sur ce point laisse dans l'ombre le rôle important qu'auront les interactions entre le politique et le juridique sur le développement du constitutionnalisme canadien. La présente thèse veut donc, dans une certaine mesure, pallier ce silence. C'est sa principale caractéristique. Nous voulons explorer comment les Pères de la Confédération ont tenté de transférer leurs aspirations politiques, voire idéologiques, dans une forme juridique et comment cette forme juridique a, par la suite, été soumise aux tensions

¹⁵⁵ *Dufferin-Carnarvon Correspondence, 1874-1878*, Originally Published as Champlain Society Publication XXXIII, Facsimile ed by Greenwood Press, New York, 1969.

politiques comme à l'interprétation juridique des instances d'appel, conditionnant le développement de la Confédération.

La lecture des documents disponibles entourant les différents litiges qui émergeront dans les années suivant la Confédération donne une bonne perspective des conflits idéologiques entourant l'interprétation du *B.N.A. Act*. Cette lecture est d'autant plus intéressante que certains des intervenants dans ces litiges, dont Oliver Mowat¹⁵⁶, ont aussi participé à la rédaction du *B.N.A. Act*. Ces documents nous permettent de rendre compte des changements potentiels de stratégie des acteurs afin de faire valoir leur point de vue ainsi que de la réceptivité des tribunaux à leurs arguments.

À terme, la Confédération permettait non seulement de résoudre de nombreux problèmes liés à la gestion politique et économique des colonies mais permettait aussi de gagner beaucoup d'autonomie face aux autorités coloniales. Nous avons ici un réel projet politique qui prend forme à travers un instrument juridique, le *B.N.A Act*.

¹⁵⁶ Avocat d'abord stagiaire au bureau de J. A. Macdonald, Mowat devient député pour le Clear Grit en 1858. Il participe aux conférences de Charlottetown et Québec. Homme politique reconnu pour ses qualités de juriste, il mènera contre Ottawa à partir des années 1870 un longue bataille juridique afin d'affirmer l'autonomie des provinces. *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit.*

CHAPITRE II

UNE CONSTITUTION SEMBLABLE EN PRINCIPE À CELLE DU ROYAUME-UNI

A condition absolutely essential to the founding of a federal system is the existence of a very peculiar state of sentiment among the inhabitants of the countries, which it is proposed to unite. They must desire union and must not desire unity.

Dicey¹

Étant donné qu'une union fédérale est une condition *sine qua non* à l'adhésion des Bleus du Bas-Canada au projet d'union des colonies d'Amérique du Nord britannique, l'idée d'un système fédéral apparaît d'emblée dès que différents projets commencent à être échafaudés. Cartier et les autres hommes politiques du Bas-Canada sont en effet très clairs sur la nécessité de protéger les catholiques francophones, protection passant obligatoirement par le contrôle de leurs propres institutions. L'option d'une union législative des colonies sera donc rapidement écartée. Il faut noter qu'au moment où s'enclenche le processus d'union des colonies, le fédéralisme est un phénomène relativement récent. La nouveauté de ce concept n'est sans doute pas étrangère à un apparent manque de rigueur en ce qui a trait à l'utilisation de ce terme. À ce titre, il importe de souligner que les termes fédération et confédération sont employés de façon indistincte à l'époque. Des définitions similaires, voire identiques, sont données aux deux termes² par différents

¹ A.V., Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed., Indianapolis, Liberty Fund, 1982 (ré-édition), p.75.

² De la racine latine *fœdus* : M. Bescherelle l'aîné, *Dictionnaire national ou universel de la langue française*, 2^{ème} éd., T 1, Paris Garnier, 1864; Pierre Larousse, *Grand dictionnaire*

dictionnaires francophones et anglophones parus entre 1856 et 1876. Par conséquent, les deux termes sont utilisés indifféremment par plusieurs politiciens, dont Cartier et Cauchon. Résultat de cette indétermination du vocabulaire, on lira en préambule des Résolutions de Québec que l'on propose une confédération des colonies alors que l'article 2 fait plutôt référence à la fédération des provinces d'Amérique du Nord britannique³.

Dans le langage moderne, ces deux termes se sont depuis spécialisés et réfèrent aujourd'hui à deux réalités distinctes. Contrairement à la confédération, la fédération supposerait la perte de souveraineté externe pour les États fédérés. Pour le juriste K.C. Wheare, l'union de type fédéral se reconnaît assez aisément. Il suffit d'évaluer si l'on retrouve une division du pouvoir entre deux entités, l'une fédérale et les autres fédérées, et si chacune de ces entités est totalement indépendante dans sa sphère de compétence⁴. Il définit ainsi le fédéralisme: « the method of dividing powers so that the general and regional government are each, within a sphere, coordinate and independent. »⁵. Selon cette définition, le Canada serait donc, en théorie, gouverné selon le principe fédéral. Toutefois, qu'en est-il dans les faits?

Selon Wheare, le Canada est difficile à définir en tant que fédération. Il note que plusieurs des éléments du *B.N.A. Act* font sérieusement entrave au principe de l'autonomie des assemblées législatives. Le pouvoir de désaveu des lois provinciales dont profite le fédéral, de même que le pouvoir de nomination des chefs des législatures, les lieutenants-gouverneurs, des juges des cours supérieures et des cours d'appel provinciales dont profite également Ottawa, modifient

universel du 19^{ème} siècle, t 4 et 8, Paris, Larousse, 1866; Thomas Neugent, *A New Pocket Dictionary of the French and English Language*, Montréal, Sherman, 1856; Alexander Reid, *A Dictionary of the English Language*, Toronto. Miller & Co., 1876.

³ *Résolutions de Québec*, dans : William F. O'Connor, *Rapport sur l'Acte d'Amérique Britannique du Nord, Sénat du Canada, 1939*, Ottawa, Roger Duhamel, 1961, Annexe 4.

⁴ K.C. Wheare, *Federal Government*, 4th ed., London Oxford University Press 1963, p.33. On parle ici de souveraineté interne, soit la capacité de modifier sa propre constitution.

substantiellement ce principe. On peut présumer que, puisqu'il n'a pas été utilisé depuis 1943, le pouvoir de désaveu est fort probablement tombé en désuétude. Par contre, le gouvernement fédéral profite toujours d'un pouvoir de dépenser ses revenus dans les domaines de compétence provinciale, ce qui contribue à perpétuer l'image d'une fédération altérée.

Dans leur rédaction du *B.N.A. Act*, les Pères de la Confédération tentaient-ils de déguiser une union législative en fédération? La fédération était-elle le vœu d'une minorité de têtes fortes, les Bas-canadiens « jaloux » de leur caractère distinct? En fait, en matière de fédéralisme, nos Pères semblaient baigner dans le paradoxe. Ils comptaient prendre en exemple un modèle de constitution unitaire, soit celui de la Grande-Bretagne. Mais, ils souhaitaient également s'inspirer des États-Unis sans pour autant importer les bases de la constitution états-unienne, et ce, afin de créer un modèle constitutionnel qui unirait les différentes colonies tout en respectant les individualismes de manière à créer un État fort, mais respectueux de la diversité... Tout un programme!

Dans le présent chapitre, nous étudions donc comment les Pères de la Confédération vont s'acquitter de cette tâche. Nous verrons tout d'abord les différents modèles à leur disposition. Nous regarderons ensuite plus en détail comment se structure le modèle fédéral envisagé et, surtout, le flou entourant la place qu'y occuperont les provinces.

2.1 Faire comme la Mère patrie, mais différemment

En 1864, alors qu'a lieu la Conférence de Québec, le projet d'union des colonies nord-américaines n'en est pas à ses premiers balbutiements. Il a fait l'objet de réflexions autant chez les hommes politiques canadiens que chez les administrateurs britanniques. Plusieurs politiciens du Canada-Uni avaient commencé

⁵ *Id.* p.10.

à proposer une nouvelle structure pour la colonie dès le début des années 1850. Des modèles d'union fédérale du Canada-Uni ont été proposés, entre autres, par Dorion et Brown⁶. Deux autres députés du Canada-Uni, J. Cauchon⁷ et J. C. Taché⁸ ont même rédigé des ouvrages sur la question. Mais ces modèles qui proposent une union fédérale des deux colonies du Canada-Uni cherchent aussi souvent à intégrer un mode d'élection basé sur une représentation proportionnelle à la population. Ils sont donc rejetés à la fois par les conservateurs du Haut-Canada, qui craignent qu'un élargissement du droit de vote ne profite trop aux radicaux (*Clear Grits*), et par les hommes politiques du Bas-Canada qui considèrent que le système de représentation égale du Canada-Uni est un net avantage sur un modèle politique de représentation basée sur la population où les habitants du Bas-Canada seraient mis en minorité.

Les conservateurs ont leur propre projet. Dès 1858, J. A. Macdonald et Cartier vont tenter de faire accepter l'idée d'une union de toutes les colonies britanniques d'Amérique du Nord tant auprès de l'Empire qu'auprès de leurs pairs. Cartier et Galt⁹ se rendront d'ailleurs à Londres la même année pour convaincre les autorités impériales. Ils leur proposent la création d'un gouvernement fédéral composé d'un gouverneur général ou vice-roi, nommé par la reine, d'une chambre haute ou sénat et d'une assemblée. Ce projet prévoyait que le sénat serait élu sur une base

⁶ Le projet d'une fédération sera adopté par la convention du *Clear Grit* de 1859. *The Globe*, 10-16 novembre 1859.

⁷ Joseph Cauchon, *Étude sur l'union projetée des provinces britanniques de l'Amérique du Nord*, Québec, Impr. de A. Cote et Cie, 1858; *L'union des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, Québec, Impr. de A. Cote et Cie, 1865.

⁸ Joseph-Charles Taché, *Des provinces de l'Amérique du Nord et d'une union fédérale*, Québec, J.T. Brousseau, 1858, p.172. J.C. Taché est le neveu d'Étienne-Paschal. Les deux hommes seront députés au Canada-Uni et militeront activement en faveur de la Confédération. *Dictionnaire biographique du Canada*. <http://www.biographi.ca/FR/>, accédé le 18 juillet 2008.

⁹ Grand argentier du gouvernement conservateur de Macdonald-Cartier, c'est lui qui procède au montage financier du projet confédératif. Il fait partie du cercle rapproché de J. A. Macdonald durant les négociations et jouera un rôle prédominant dans le processus confédératif. *Dictionnaire biographique du Canada*, *op.cit.*

territoriale et l'assemblée sur une base proportionnelle¹⁰. Ils ne parviendront pas à convaincre le secrétaire d'État aux colonies de l'époque. Bulwer-Lytton rejettera en effet ce projet qui ne faisait pas l'objet d'un consensus entre les colonies¹¹. De fait, non seulement les colonies des Maritimes ne voyaient aucun avantage à s'unir avec le Canada-Uni, mais encore l'union proposée était fédérale et non législative, une proposition n'allant nullement dans le sens de ce que désiraient plusieurs hommes politiques des Maritimes et les autorités britanniques.

Le système fédéral n'a en effet pas la cote auprès du Colonial Office. Celui-ci trouve qu'une union législative offre moins de risques de conflits de compétences à l'intérieur de la colonie ou avec l'Empire. Cependant, maintenir le statu quo dans les colonies n'est pas non plus une solution envisageable. Londres veut repenser ses liens coloniaux pour se détacher de ses colonies tout en préservant l'Empire « symbolique ». On veut aussi s'assurer de l'avenir des colonies par un regroupement qui leur donnerait un poids relatif plus grand sur l'échiquier nord-américain. Les autorités de Londres craignent que des colonies isolées ne deviennent des candidates à une éventuelle annexion aux États-Unis¹². Si l'idée d'une indépendance progressive des colonies paraît acceptable, la pensée de les voir s'allier aux anciens rebelles de la jeune république est inadmissible.

Londres souhaite que ses colonies en sol américain demeurent anglaises ou du moins loyales à la Grande-Bretagne. Ainsi qu'on peut le constater à l'article trois des Résolutions de Québec, la pensée des Pères de la Confédération répond en tout point à ce souhait. On y lit que les auteurs des résolutions désirent « autant que le

¹⁰ Lettre de G. E. Cartier, J.J. Ross and M. East [A.T. Galt] à Sir Edward Bulwer Lytton, 25 octobre 1858 dans G.P. Browne, *Documents on the Confederation of British North America, a Compilation Based on Sir Joseph Pope's Confederation Documents Supplemented by Other Official Material*, Toronto, McClelland & Stuart, 1969, p.18.

¹¹ B. A. Knox, « Conservative Imperialism 1858-1874: Bulwer, Lytton, Lord Carnarvon and Canadian Confederation », (1984) 7 *The International History Review*, p.340.

¹² *Id.*, p.347.

permettront les circonstances, prendre pour modèle la Constitution anglaise »¹³. Toutefois dans les « circonstances », la chose est moins simple qu'il n'y paraît. Tout d'abord, la constitution anglaise repose principalement sur la common law et non sur un texte écrit. Elle consacre comme absolue la souveraineté du Parlement britannique, souveraineté que la Grande-Bretagne ne désire pas pleinement concéder au Parlement colonial du futur Dominion du Canada. En conséquence, après l'adoption de la constitution canadienne, Londres continuera à parler au nom du Canada sur la scène internationale. De plus, les directives remises au premier gouverneur général du Canada, Monck, incluent l'ordre de désavouer toute loi pouvant être contraire aux intérêts britanniques.¹⁴ Il y a lieu de s'interroger sur ce qu'entendent les Pères de la Confédération lorsqu'ils parlent d'une constitution semblable dans la « mesure du possible »¹⁵ à celle de la Grande-Bretagne. En ce qui concerne les structures internes formées de la monarchie, du cabinet et des députés, la transposition peut se faire sans problèmes majeurs. Cependant, comment amarrer le concept du fédéralisme à l'idée d'un constitutionnalisme à la britannique?

2.1.1. La constitution britannique non écrite et unitaire

Contrairement aux colons des 13 colonies originelles des États-Unis, les Pères de la Confédération n'agissent pas en réaction au pouvoir Impérial. Dans les colonies restées loyales à la couronne britannique, un fort sentiment d'allégeance à l'Empire ainsi qu'à ses institutions prévaut chez une majorité de colons. Les rallier à la Confédération suppose nécessairement la promesse de perpétuer le modèle

¹³ *Résolutions de Québec*, art 1 dans : W. F. O'Connor, *op.cit* p.56.

¹⁴ *Canada, Draft of instructions to be passed under the royal sign manual and signet to Viscount Monck, Governor-general of Canada*, London, Foreign Office, 1867.

¹⁵ J. A. Macdonald, *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique Britannique du Nord, 3e session, Parlement provincial du Canada*, Québec, Hunter, rose et Lemieux, 1865, p. 34-35.

britannique de gouvernance. En 1864, alors que les Pères de la Confédération tentent de s'en inspirer, la constitution britannique porte déjà la marque de près de 800 ans d'évolution. Issue de compromis historiques autant que de coups de force, voire de coups d'État, elle n'a cessé de s'adapter aux changements majeurs qu'a connus la société anglaise et aux ambitions de ceux qui la dirigent depuis la conquête normande jusqu'à l'avènement de la famille royale des Hanovre.

Cette constitution est un modèle aux yeux de nombreux philosophes. Toutefois, ce modèle est difficile à cerner. La première difficulté vient du caractère coutumier et oral de la constitution britannique. Celle-ci repose en effet principalement sur les us et coutumes mis en place par des siècles de pratique. Ces règles servent essentiellement à organiser les institutions gouvernementales et sont mises en forme par la common law, système de droit reposant sur la coutume telle qu'énoncée et qu'interprétée par les décisions des tribunaux. À ces règles non écrites, s'ajoutent une série de documents fondamentaux dont, entre autres, la *Magna Carta* (1215), la *Petition of Rights* (1628), le *Bill of Rights* (1689) et l'*Act of Settlement* (1701). Ces documents consistent en une série de traités, d'ententes, de compromis et de lois qui organisent les rapports entre la monarchie britannique, la noblesse, la bourgeoisie, la gentry et l'ensemble des sujets, et, par la suite, le Parlement et le gouvernement. Ils témoignent de l'évolution des rapports politiques et juridiques en vue d'acquiescer de plus en plus de pouvoir politique aux dépens du Roi.

À partir de la fin du 17^e siècle, l'émergence d'une nouvelle classe sociale en Grande-Bretagne crée une pression en faveur d'une ouverture des institutions politiques à la démocratie. La bourgeoisie libérale, fondant son ascendance politique non pas sur les titres, mais sur le pouvoir de l'argent et sur la propriété, revendique la protection de ses biens et de ses intérêts. Les bourgeois investissent le Parlement sous la bannière whig. Les whigs déplacent la notion de souveraineté étatique vers l'individu dont le bonheur devient alors le moteur de l'action politique. Le Parlement devient un lieu de revendication de cet individualisme face à la monarchie.

Cette lutte entre le Parlement et la monarchie est centrale dans le développement de la constitution britannique. Bien qu'affaiblie, la monarchie conserve un rôle symbolique primordial. Malgré une appropriation progressive des pouvoirs de la Couronne par l'apparition d'un gouvernement issu du Parlement et responsable devant lui, l'image du monarque, symbole de l'unité et de la pérennité des institutions britanniques est préservée. L'émergence du *Cabinet Government* au 18^e siècle est en effet centrale dans l'évolution politique de la Grande-Bretagne, car elle permet un transfert du pouvoir réel de gouverner de la monarchie vers des administrateurs élus, et ce sans mettre à mal le rôle symbolique de cette même monarchie¹⁶. La souveraineté est donc indivisible et s'incarne à travers le monarque et les institutions qui l'englobent, à savoir le cabinet, où il trouve ses conseillers, et le Parlement qui les choisit et qui vote les lois. C'est ce que reflète l'expression consacrée «*King in Parliament*».

Ce système, où le chef de l'État joue un rôle plus symbolique que réel, n'est pas à proprement parler démocratique directe, du type par exemple de celle promue par Rousseau. En effet, le peuple ne choisit pas directement ses dirigeants puisque le monarque, « roi par la grâce de Dieu », hérite de son titre et que les parlementaires choisissent parmi les leurs celui qui sera le premier conseiller du monarque, le chef du cabinet et du gouvernement (il prendra le nom de premier ministre au 19^e siècle). De plus, au sein même du Parlement se trouve une institution qui n'est pas démocratique et qui possède malgré tout un pouvoir de contrôle sur le processus législatif, la *House of Lords*. Cette chambre, plus ancienne que la *House of Commons*, est composée des lords spirituels, membres du clergé anglican, et

¹⁶ C'est l'homme d'État Robert Walpole qui parviendra à imposer le *cabinet government* aux Hanovre ainsi qu'à la House of Commons. Ce cabinet repose sur quatre principes : 1- les membres du cabinet sont choisis par le Parlement parmi ses membres et le Parlement peut choisir de leur retirer sa confiance; 2- les ministres du cabinet sont solidairement responsables des décisions prises par le cabinet; 3- les réunions du cabinet se tiennent à huis clos et les délibérations sont secrètes; 4- Il ne peut y avoir qu'un seul cabinet et le 1^{er} Lord du Trésor (futur premier ministre) en assure l'entière direction. Voir : M.H. Ogilvie, *Historical Introduction to Legal Studies*, Toronto, Carswell, 1982, p. 298-300.

temporels, membres de la noblesse héréditaire. Sa raison d'être était à l'origine de conseiller le monarque. Au 19^e siècle, elle sert surtout les intérêts conservateurs qui tentent de résister à la démocratisation en bloquant les projets de loi trop progressistes.

Si le Roi, (ou la Reine), représente l'unité britannique et demeure le chef de l'État, l'exercice de la souveraineté, soit le pouvoir de changer la constitution et de se lier aux autres États, sera pris en charge par le gouvernement avec une autorité sans cesse croissante. À cette domination d'un gouvernement formé d'élus sur la monarchie s'ajoute la souveraineté du Parlement. La reconnaissance de la souveraineté du Parlement est un autre des éléments clés de la constitution anglaise. Elle implique, aux dires de Jean-Louis De Lolme, juriste suisse du 18^e siècle, que « le Parlement peut tout faire, sauf changer un homme en femme... »¹⁷. Cette souveraineté a pour moteur et conséquence une constitution souple qui peut être amendée par le Parlement sur un simple vote majoritaire. Les tribunaux ne peuvent donc pas déclarer une loi votée par le Parlement contraire à la constitution et doivent se contenter de tenter d'en trouver une interprétation qui serait conforme à la « vraie » volonté du Législateur, une tâche qui n'est pas toujours facile.

Cette souveraineté s'exerce à l'égard des colonies du futur Dominion dont les assemblées législatives locales se voient privées jusqu'en 1848 du gouvernement responsable. Ceci implique que les parlementaires élus n'ont aucun droit de regard sur le choix du cabinet ministériel. Par le fait même, ils ne peuvent pas non plus avoir un droit de regard indirect sur le choix des membres du Conseil exécutif. Le Parlement britannique s'est réservé le contrôle du conseil colonial à travers le choix des gouverneurs qui à leur tour choisissent les conseillers. Par ailleurs, depuis les premiers établissements britanniques en Amérique du Nord, le Parlement s'était aussi réservé le pouvoir d'imposer des taxes, même si les sujets britanniques

¹⁷ Dans, J.L. De Lolme et J.P. Machelon, *Constitution of England and Les Idées Politiques De J. L. De Lolme: 1741-1806 2 Vols in 1*, Manchester, New Hampshire, Ayer Co Pub, 1979.

résidant dans les colonies américaines n'ont pas de représentants élus à la *House of Commons*. Ce choix fut lourd de conséquences lorsque le Parlement décida de faire la sourde oreille aux doléances des représentants de treize de ses colonies alors qu'ils se réclamaient du principe *no taxation without representation*. Le refus de Londres de donner suite à ces doléances fut à la source de la révolte des 13 colonies qui formèrent par la suite les États-Unis d'Amérique.

Avec le temps, le Parlement britannique s'assouplit à l'égard des colonies qui lui sont restées fidèles, il reconnaît un certain pouvoir aux parlements coloniaux qui peuvent légiférer de façon autonome, tout en conservant une emprise sur certaines compétences, principalement les matières commerciales et la diplomatie. Mais en cas de conflits entre les intérêts de l'Empire et ceux des colonies, le Parlement Impérial britannique aura toujours le dernier mot. Dans l'esprit du droit anglais, les administrations coloniales sont subordonnées à l'Empire et leurs parlements ne sont pas pleinement souverains. De plus, au plan politique, les parlementaires britanniques sont les dépositaires de la volonté populaire dans son sens large. Ils ne peuvent donc pas agir de façon contraire à cette volonté. Que les habitants des colonies ne puissent pas participer au choix des membres du Parlement à Londres n'est que secondaire puisque ces élus représentent de toute façon tous les Britanniques.

C'est sans doute en partie pour cette raison que le Parlement britannique sera impuissant à répondre aux revendications des colons des futurs États-Unis d'Amérique. C'est sans doute également pour cette raison que Londres sera aussi réfractaire à l'idée d'une union fédérale pour le Canada, surtout si cette union implique deux entités législatives complètement autonomes. Les autorités impériales perçoivent davantage la relation entre les provinces et Ottawa comme un rapport de subordination. En matière de fédéralisme, la Grande-Bretagne a peu à offrir à des politiciens coloniaux en quête de modèle.

2.1.2. *Le Royaume-Uni, un modèle... pas très fédéral!*

À l'aube de la Confédération, la Grande-Bretagne n'a pas de modèle fédéral à offrir aux hommes politiques des colonies. Le Royaume-Uni, dont elle est l'élément dominant, est une union « fusionnelle » avec l'Écosse et l'Irlande. Cette union, réalisée au profit de la Grande-Bretagne, ne laisse aucune réelle latitude politique aux nations annexées. De plus, elle laisse les entités fusionnées dans des conditions inégales.

Si l'Écosse a perdu son Parlement lors de l'acte d'Union de 1707, les Écossais ont cependant conservé le droit à la pratique de leur religion et, par conséquent, l'Église presbytérienne demeure leur Église officielle. De plus, ils ont conservé le droit à la terre ainsi que le maintien du droit civil écossais. Pour leur part, les Irlandais catholiques n'auront pas autant de chance. Ils perdent leur Parlement et, contrairement aux Écossais, on leur refuse le droit de siéger au Parlement britannique. De plus, ils se voient refuser l'accès à toute charge publique ainsi que le droit à des écoles et à des universités catholiques. Finalement, ils n'auront pas le droit de léguer leurs biens à leurs héritiers.¹⁸

Dès lors, il ne faut pas se surprendre si c'est le spectre de la réunion forcée à l'Angleterre, tout d'abord de l'Écosse et par la suite de l'Irlande en 1800¹⁹, qu'évoqueront les hommes politiques Howe, Annand et H. MacDonald pour tenter de convaincre Lord Carnarvon, secrétaire d'État aux Colonies à partir de 1866, de différer l'intégration de la Nouvelle-Écosse au projet confédératif.²⁰ Les hommes politiques néo-écossais promettent des jours sombres si Londres s'entête à infliger à

¹⁸ M.H. Ogilvie, *op.cit.*, p.251.

¹⁹ L'Acte d'union de l'Irlande au Royaume-Uni est adopté en juin 1800. Il faut toutefois mentionner que la Grande-Bretagne occupait l'Irlande depuis 1541.

²⁰ *Letter addressed to the Earl of Carnarvon by Mr Joseph Howe, Mr William Annand and Mr Hugh MacDonald Stating their Objections to the Proposed Scheme of Union of the British North American Provinces*, London, Georges Edward Eyre and William Spottiswood, 1867.

la loyale Nouvelle-Écosse le traitement dévolu aux Écossais et aux Irlandais. Par contre, J. A. Macdonald voit d'un œil positif les rapprochements qu'il est possible de faire entre le projet confédératif canadien et l'union que constitue le Royaume-Uni²¹. Ce préjugé favorable peut sans doute s'expliquer par le fait qu'il était l'un des hommes politiques les plus enclins à une union législative des colonies plutôt qu'à une fédération.

Dans leurs recherches visant à trouver un modèle de référence qui serait « réellement » britannique, certains politiciens coloniaux se tournent plutôt vers une autre colonie, la Nouvelle-Zélande. D'Arcy M^cGee se servira de cette dernière comme point de comparaison dans sa présentation des régimes fédéraux pouvant inspirer les Pères de la Confédération²². Pour D'Arcy M^cGee, le modèle néo-zélandais est le meilleur exemple de système fédéral centralisé.²³ Il ne sera pas le seul à s'inspirer de la Nouvelle-Zélande. Elle sert aussi de modèle au bibliothécaire de l'Assemblée législative du Canada-Uni, Alpheus Todd²⁴, dans son ouvrage : *Brief Suggestions in regard to the formation of Local Governments in Upper and Lower Canada*²⁵. Les Pères de la Confédération y ont aussi fait souvent référence lors de la Conférence de Québec. Par contre, aux yeux de J. A. Macdonald, la Nouvelle-

²¹ *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique Britannique du Nord*, op.cit, p.31.

²² M^cGee, Thomas D'Arcy, *Notes on federal governments, past and present with an appendix containing the federal constitution of the New Zealand colonies*, Montreal, Dawson Bros., 1865, 75 p. Fait intéressant, l'annexe où se retrouve la Constitution de la Nouvelle-Zélande ne fut pas reproduite dans la version française du document. Voir : M^cGee, Thomas D'Arcy, *Notes sur les gouvernements fédéraux passés et présents*, traduit par Ls. G. Gladu, St-Hyacinthe, les Presses du *Courier* de St-Hyacinthe, 1865.

²³ Aux fins de sa démonstration, il cite l'un des initiateurs du projet confédératif néo-zélandais, John Robert Godley, voir : *id.*, p.46.

²⁴ Bibliothécaire de carrière, Todd rédige à partir de 1867 un traité sur le parlementarisme en Grande-Bretagne qui lui vaudra une renommée à travers tout l'Empire. Il est aussi attaché à la couronne britannique et sera un conseiller personnel de Dufferin dont il tentera d'élargir le mandat. *Dictionnaire biographique du Canada*, op.cit.

²⁵ Alpheus Todd, *Brief Suggestions in regard to the formation of Local Governments in Upper and Lower Canada*, Ottawa, G.E. Desbarats, 1866.

Zélande est une union législative et non fédérale²⁶. De fait, le système fédéral sera aboli en Nouvelle-Zélande en 1876 pour faire place à une union législative.

Découverte par les Hollandais en 1642, la Nouvelle-Zélande possède, en 1867, une organisation politique et administrative semblable à celle des colonies d'Amérique du Nord. L'île est devenue une colonie britannique 1840, année où fut signé le Traité de Waitangi entre les Maoris et les Anglais. Coupant l'herbe sous le pied des Français qui revendiquaient ce territoire, les Anglais avaient alors convaincu les Maoris de reconnaître la souveraineté de la Couronne britannique sur l'île. Par la suite, la Nouvelle-Zélande connut une gestion difficile marquée par les constantes revendications des colons désirant plus d'autonomie. Ces demandes conduisirent Londres à séparer la colonie de la Nouvelle-Zélande de l'Australie en 1841 et entraînèrent l'adoption de la constitution néo-zélandaise de 1852.

Le *B.N.A. Act* a plusieurs points communs avec la constitution octroyée à la Nouvelle-Zélande en 1852. Ainsi, tout comme ce sera le cas pour le Dominion du Canada, le gouvernement fédéral néo-zélandais se voit attribuer un rôle prépondérant par rapport aux législatures locales. Il a, en cas de conflits de lois, préséance sur ces dernières²⁷. De façon générale, le gouvernement fédéral néo-zélandais se voit attribuer sensiblement les mêmes compétences qui seront attribuées au gouvernement fédéral canadien en 1867.²⁸ Tout comme au Canada, le « chef » de la Nouvelle-Zélande est un gouverneur général nommé par Londres. Finalement, les pouvoirs de réserve et de désaveu ont été octroyés au gouverneur général lorsqu'il s'agit d'une loi fédérale et, dans le cas des lois provinciales, aux surintendants et au gouverneur général²⁹. Ceci permet à Londres de désavouer et

²⁶ « Rapport of discussions in the Quebec Conference, October 1864 », dans Joseph Pope, *Confederation Documents Hitherto Unpublished*, Toronto, Carswell, 1895, p. 86.

²⁷ *The New Zealand Constitutional Act (NZC Act)*, 1853-4 (U.K.) 15 & 16 Vic. c 72, art 53.

²⁸ *Id.*, art 19. Entre autres, le pouvoir de nommer les juges de juridiction fédérale, le pouvoir de légiférer en matière de faillite et la compétence dans les matières autochtones.

²⁹ *Id.*, art. 27 à 29 (provinces) 56 à 58 (fédéral).

de faire annuler toute loi contraire à ses intérêts, l'entité fédérale ayant pour sa part le même pouvoir à l'égard des législatures locales. On note en revanche certaines distinctions entre les systèmes néo-zélandais et canadien.

En premier lieu, les surintendants néo-zélandais, postes équivalant à ceux des lieutenants-gouverneurs, ne sont pas nommés par le gouvernement central, mais sont plutôt choisis par les législatures locales, ce qui n'est pas le cas des lieutenants-gouverneurs du Canada. De plus, le surintendant peut être démis de ses fonctions à la demande du conseil provincial (assemblée législative). Par ailleurs, dans le *New Zealand Constitutional Act (NZC Act)*³⁰, seules les attributions du gouvernement fédéral sont définies et les provinces reçoivent la capacité de faire des lois « pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement »³¹. Cette formule consacrée octroie, entre autres, aux provinces la capacité de légiférer dans des domaines qui ne sont pas énumérés et dont on ne soupçonne pas nécessairement l'existence en 1852. C'est ce qu'on appelle la compétence résiduelle. La formule donne aussi le pouvoir de voter des lois permettant de gérer les urgences, telles des catastrophes naturelles. Ce choix est paradoxal puisque le gouvernement fédéral se voit lui aussi accorder le pouvoir de légiférer « pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement »³² et qu'en cas de conflit, les lois fédérales l'emportent. Ce paradoxe sera absent du *B.N.A. Act* où c'est le fédéral qui profite seul de cette clause. Finalement, contrairement au *NZC Act*, le *B.N.A. Act* ne prévoit rien en ce qui concerne la création de nouvelles provinces. Dans le *NZC Act* ce pouvoir appartient en propre à l'Assemblée Générale, à savoir, l'entité fédérale³³. Il faut souligner que contrairement au Canada, la Nouvelle-Zélande est une île dont le territoire a été entièrement divisé entre les entités locales, exception faite des zones réservées aux Maoris. En

³⁰ *Id.*

³¹ *Id.*, art 18-19.

³² *Id.*, art. 53.

³³ *Id.*, art 69.

Amérique du Nord par contre, une grande partie du territoire sous contrôle britannique est administrée à l'époque par la Compagnie de la Baie d'Hudson.

Les Pères de la Confédération ont donc choisi prendre leurs distances du *NZC Act* sur plusieurs aspects. Tout d'abord, les compétences législatives des deux ordres de gouvernement seront plus précisément décrites et la compétence résiduelle sera accordée de façon générale au fédéral tout en donnant aux législatures provinciales une compétence résiduaire limitée aux affaires d'intérêt local. De plus, le *B.N.A. Act* est plus clairement rédigé que le *NZC Act* et s'inspire de la constitution des États-Unis en traitant séparément les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. Le *B.N.A. Act* n'est donc aucunement une réplique de la constitution de la Nouvelle-Zélande, qui est loin de constituer la seule source d'inspiration des Pères de la Confédération.

Le Canada envisagé par J. A. Macdonald serait plutôt basé sur le modèle impérial. « Envers les gouvernements locaux, le gouvernement général occupera exactement la même position que le gouvernement impérial occupe actuellement à l'égard des colonies³⁴ ». Cette opinion est partagée par quelques-uns des hommes politiques les plus influents de l'époque, dont Cartier, Tupper et Galt. Ils affirment surtout vouloir reproduire le droit de contrôle et de second regard que l'Empire s'est réservé à l'égard de ses colonies. Cependant, leur articulation du lien de subordination entre le pouvoir central et les législatures locales va un peu au-delà du modèle lui-même. La subordination des provinces au pouvoir central, telle que conçue par J. A. Macdonald, est en fait plus grande que celle des colonies à l'égard du gouvernement impérial.

³⁴ J.A Macdonald, *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique Britannique du Nord*, *op.cit*, p.42. C'est une vision dont Galt fera aussi la promotion : A.T. Galt, *Speech on the Proposed Union of the British North American Provinces Delivered at Sherbroock C.E. 23rd November 1864*, Montréal, M. Longmoore & Co., 1864, p.13.

En effet, au cours des années, les colonies ont acquis une certaine autonomie à l'égard de la Mère patrie. Elles contrôlent leurs tribunaux et se chargent de la nomination des juges, l'accord du lieutenant-gouverneur n'étant plus qu'une formalité depuis l'émergence du gouvernement responsable. Elles contrôlent aussi la législation dans tous les domaines, pourvu que les lois votées n'interfèrent pas avec les intérêts britanniques, ce qui leur permet de légiférer tant en matière commerciale que criminelle. Non seulement elles perdent toutes ces attributions dans le cadre de la Confédération mais elles perdent également leur lien direct avec Londres. La comparaison faite par J. A. Macdonald n'est donc pas tout à fait exacte, car les colonies avaient sous le régime impérial plus d'attributions que les provinces n'en auront sous le régime fédéral. Les discours de J. A. Macdonald paraissent avoir comme objectif de séduire un auditoire plus sensible à la symbolique de l'Empire que conscient de son mode de fonctionnement. Sans doute veut-il aussi transférer le capital symbolique dont profite l'Empire vers le futur Parlement fédéral. Mais l'État fédéral peut-il inspirer la même considération que l'Empire britannique?

Aucun modèle n'apparaît clairement si l'on cherche des références pouvant intégrer le constitutionnalisme britannique à la réalité des colonies. Il faudra innover et pratiquer l'art du compromis, tenter de gommer ce qui divise. Au-delà des accommodements nécessaires afin d'adapter le système anglais à la réalité canadienne, émergent les tensions internes entre les tenants d'un système fédéral et ceux qui préféreraient un système davantage unifié, plus britannique. Cette tension sera commodément balayée sous le tapis du consensus, mais se reflète dans les visions différentes que les politiciens de l'époque avaient du système fédéral. Dès l'origine, le sens et la compréhension des termes *fédération* et *confédération* deviennent des expressions à contenus variables dont le sens et le contenu fluctuent selon les intérêts en jeu.

2.1.3. À la recherche du fédéralisme...

Dans une certaine mesure, l'incertitude de certains des Pères de la Confédération face au choix du système fédéral semble se refléter dans la terminologie employée afin d'y référer. On pourrait croire que la pertinence d'une certaine clarté terminologique n'était pas absente des préoccupations des Pères de la Confédération. 22 des 36 hommes politiques qui ont siégé à titre de délégués à l'une ou l'autre des conférences pré-confédératives avaient une formation de juristes.³⁵ De ce nombre, 18 appartenaient aux délégations du Canada-Uni, du Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Écosse. Si tous n'ont pas activement pratiqué le droit, certains étaient reconnus pour leurs qualités de juriste, dont J. A. Macdonald, Oliver Mowat, qui avait fait son stage en droit avec J. A. Macdonald, et William Alexander Henry.³⁶ Ce dernier participa à la rédaction du *B.N.A. Act*, principalement en travaillant sur la clarification des différents termes. Par leur formation, ces hommes politiques devaient être sensibles aux problèmes qu'engendre un manque de clarté terminologique dans un texte législatif. Pourtant, une définition claire du fédéralisme fut impossible à formuler tout au long des débats et même lors de la rédaction à Londres de la version définitive du projet.

Le lieutenant-gouverneur Gordon note dans l'une de ses lettres rédigées peu après la conférence de Charlottetown que le terme « union fédérale » semble évoquer aux yeux des différents délégués des concepts distincts. Pour les représentants du Bas-Canada, il s'agit avant tout de protéger la future province des influences des anglo-protestantes. Aux yeux de ceux des Maritimes, le maintien de

³⁵ Nelson Martin Dawson, *La finance : un monde connu des pères de la confédération*, Groupe de recherche sur les institutions financières, Sherbrooke, Université de Sherbrooke, 2002, tableau 9, p.49.

³⁶ William Alexander Henry fait son entrée en politique en 1840. C'est un réformiste qui passe au parti conservateur en 1859 et soutiendra Tupper. Il participa aux conférences de Charlottetown, Québec et Londres. À cette dernière conférence, il tenta sans succès de faire garantir des écoles séparées aux catholiques de la Nouvelle-Écosse. Il devint juge de la Cour suprême en 1875. *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit.*

la structure des anciennes colonies sert à garantir que les revenus générés dans une province vont demeurer pour une bonne part sous son contrôle.³⁷

Les politiciens coloniaux n'ont donc pas une vision commune du sens de la fédération. Ils ne sont pas les seuls. Les administrateurs britanniques aussi ont de la difficulté à la définir. Dans les notes présentées à l'administration britannique sur les Résolutions de Québec, on indique que Lord Monck avait observé l'usage fautif du terme *confédération*, usage donnant une fausse représentation du type d'union envisagée. Monck voyait se dessiner une union où les provinces seraient assimilées à des municipalités,³⁸ un type d'union qui ne cadre pas avec une référence aux termes confédération ou fédération. Lors de la conférence de Londres, l'un des premiers projets du *B.N.A. Act* présenté aux délégués de Londres omet le terme confédération et réfère plutôt à *United Colony*³⁹. Cette terminologie disparaît dans les versions subséquentes.

À la même conférence, le terme fédération, que l'on retrouve dans les Résolutions de Québec, sera changé pour confédération à la demande de H. W. Henry. Ce dernier veut uniformiser pour de bon le terme utilisé pour identifier le modèle étatique choisi. Tupper et J. A. iront par la suite dans le même sens⁴⁰ et tout le document sera uniformisé afin de n'employer que le terme «confédération» et non

³⁷ Lettre de A. H. Gordon à Edward Cardwell, 12 septembre 1864, dans G.P. Browne, *Documents on the Confederation of British North America, a Compilation Based on Sir Joseph Pope's Confederation Documents Supplemented by Other Official Material*, Toronto, McClelland & Stuart, 1969, pp.40-44.

³⁸ *Id.*, p. 186. « Observations and Notes on the Quebec Resolution », anonyme, 24 juillet 1866; lettre de Monck à Carswell. ANC, Fonds du gouverneur général, RG7 G10, Confidentiels dispatches vol 2 (1857-1866) no 60 p.139, (novembre 1864).

³⁹ J. Pope, *op.cit.* p. 141. En fait, deux des projets répertoriés dans l'ouvrage de Pope omettent les termes fédération ou confédération. Une autre version réfère à une *federal union*, et finalement, on retrouve même *The Kingdom of Canada*, une idée chère à J. A. Macdonald.

⁴⁰ « Hewitt Bernard's Minutes of the London Conference », 4 au 24 décembre 1866, dans G.P. Browne, *op.cit.*, p.114.

plus indistinctement les termes «fédération» et «confédération». Nous n'avons vu dans les documents lus aucun indice permettant de comprendre pourquoi confédération a été préféré à fédération.

Ce flou terminologique semble refléter une confusion quant à la place des futures provinces dans le Dominion du Canada. Ces provinces auront-elles dans leurs champs de compétences les mêmes pouvoirs et privilèges qu'Ottawa? Cette question est à la source de plusieurs des demandes de clarification des députés du Canada-Uni lors des débats sur le projet confédératif. À ces demandes, Cauchon répond en affirmant : « Ne suffit-il pas d'ouvrir le premier dictionnaire venu pour savoir que le mot *confédération* signifie simplement ligue, union d'états ou de souverains, de peuples ou d'armées mêmes, pour un même objet commun? »⁴¹ Évidemment, cette définition ne dit pas comment va s'opérer cette union ni si ces entités vont préserver une certaine autonomie une fois unies. Au-delà de l'autonomie, se pose le problème de la souveraineté législative des parlements provinciaux. La reconnaissance d'une telle souveraineté, élément essentiel à l'existence d'une fédération, n'est jamais soulevée explicitement dans les négociations entourant le partage des compétences. Elle explique pourtant la réaction de Londres à la décision des délégués de Québec d'accorder le pouvoir de pardon⁴² aux lieutenants-gouverneurs.

Ces derniers ne sont pas nommés directement par les autorités britanniques, mais par le Gouverneur général en Conseil, donc par le gouvernement fédéral. Or le pardon fait partie de la prérogative de la Couronne et ne peut être exercé par un pouvoir délégué. Aux yeux des autorités britanniques, les provinces sont visiblement

⁴¹ *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique Britannique du Nord*, op.cit, p.567. Il s'agit de la définition du *Dictionary of the English Language*, Londres, T. Legg, 1832. Ce dictionnaire était disponible à la bibliothèque du Parlement du Canada-Uni.

⁴² Historiquement, ce pouvoir appartenait au monarque qui avait le privilège de gracier un individu reconnu coupable d'un crime ou d'un délit. Avec le temps, ce pouvoir est transféré au Cabinet.

et incontestablement subordonnées au pouvoir central, tout comme leur chef, le lieutenant-gouverneur, est subordonné au gouverneur général. Il est donc hors de question qu'il puisse accorder le pardon à qui que ce soit. Londres nie en quelque sorte au Dominion un élément essentiel à l'existence d'un État fédéral, soit la souveraineté des États fédérés. Il faut souligner qu'elle avait fait de même à l'égard de la Nouvelle-Zélande. Les représentants des colonies vont se plier à la demande de Londres et la prérogative du pardon sera retirée aux lieutenants-gouverneurs. Cet incident nous donne un bon indice de la difficulté de Londres à concéder aux colonies un système politique qui serait réellement fédéral.

Malgré toutes les assurances des Pères de la Confédération en ce sens, il était impossible de penser que le Canada aurait une constitution collant à celle de la Mère patrie. Les Pères de la Confédération doivent donc imaginer un système à la fois britannique et fédéral. Celui qu'ils vont créer contient des lacunes tributaires de l'arrimage du fédéralisme au modèle anglais. Tout d'abord, rien n'est prévu afin de résoudre d'éventuels conflits de juridictions entre le fédéral et les provinces. Ce type de conflits était par ailleurs inconnu du droit anglais qui gérait plutôt ceux issus de l'existence de législations coloniales. Ces derniers étaient faciles à résoudre surtout à partir 1864, année où est adopté le *CLV Act* qui prévoit qu'en cas de conflit de juridiction, la question est référée aux tribunaux et la norme impériale l'emporte sur les lois votées par les colonies⁴³.

Les Pères de la Confédération ont eux aussi clairement choisi de laisser aux tribunaux le soin de trancher les cas de litige entre le fédéral et les législatures

⁴³ CLV Act, art II : « Any colonial law, which is, or shall be in any respect repugnant to the provisions of any Act of Parliament extending to the colony to which such law may relate, or repugnant to any order of regulation made under authority of such Act of Parliament, or having in the colony the force and effect of such Act, shall be read subject to such Act, order, or regulation, and shall, to the extent of such repugnancy but not otherwise, be and remain absolutely void and inoperative.»

locales⁴⁴ sur la base de l'interprétation à donner au partage des domaines de compétence. Mais, ainsi que nous le verrons plus loin, le mode de nomination des juges ne tient pas compte de leur rôle d'arbitre de la constitutionnalité. Les Pères ont aussi convenu qu'en cas de conflit, la norme fédérale l'emporterait sur la norme provinciale⁴⁵. Par contre, l'étendue et la portée des champs de compétences des provinces restent floues ainsi que celles des lois qui y sont associées. Ceci a pour conséquence de rendre tout litige entre les législations fédérales et provinciales difficiles à résoudre.

Un autre problème reste non résolu : qui, d'Ottawa ou des provinces, aura l'autorité de demander des amendements au *B.N.A. Act* au nom du Dominion et sous quelles conditions? La constitution du futur Dominion étant une loi impériale, elle ne peut pas être modifiée par le Parlement canadien. Elle peut uniquement l'être par le Parlement qui l'a adoptée. Cette réalité suppose qu'il faudra éventuellement une procédure afin de demander de tels amendements à Londres. L'obligation d'en référer à Londres pour toute modification est aussi un rappel du lien de subordination du Dominion à la Mère patrie. De façon plus générale, l'existence dans une fédération suppose un processus d'amendement qui protège les intérêts de chacun des deux ordres de gouvernement.

Les Pères de la Confédération ont eu la possibilité de réfléchir sur un processus partiel ou général d'amendement. Certains députés de l'Assemblée du Nouveau-Brunswick vont d'ailleurs soulever la question lors de leurs débats et se demander si les délégués, sans doute ceux se préparant à partir pour Londres, ont prévu un processus d'amendement dans le document final.

⁴⁴ G. Brown : « I would let the courts of each provinces decide what is Local and what General Government jurisdiction », « Minutes of the Proceedings of the Quebec Conference, October 1864 », dans J. Pope, *op.cit*, p.85.

⁴⁵ Cette préséance découle de la lecture du préambule de l'art. 91 du *B.N.A. Act*.

« *Francis Hibbard* : Presuming the constitution is made, will there never be a means of amending it?

Smith : The American constitution has a provision for amendment.

Hibbard : Perhaps the delegates will see that a provision for that is inserted in ours⁴⁶.»

L'absence de toute formule de modification ne peut donc pas être accidentelle. Il n'est par ailleurs pas évident qu'une telle formule ait été jugée utile. Aux yeux des hommes politiques, l'Empire aura nécessairement le dernier mot. Toutefois, les provinces n'ont dorénavant plus de lien direct avec Londres, ce qui rend la protection de leurs intérêts plus périlleuse.

La constitution canadienne est véritablement d'inspiration britannique dans le type de structure choisi pour l'État, à savoir, la monarchie parlementaire. Elle perpétue l'héritage colonial en créant un déséquilibre entre le volet exécutif, prédominant, et le volet législatif. Alors que le premier reprend à son compte tous les pouvoirs de la Couronne dont le pardon, la nomination des lieutenants-gouverneurs et le pouvoir de désaveu, le second est lié par la discipline de parti. Cet héritage se reflète aussi par la transformation du Conseil législatif en Sénat, qui demeure un lieu où sera rendu possible le clientélisme grâce au système de nomination par le Gouverneur général en Conseil. De plus, l'inamovibilité des sénateurs canadiens rappelle celle des Lords anglais. Mais, plus que le système anglais, c'est le modèle fédéral qui semble le mieux adapté à la réalité des colonies et, bien sûr, à la prise en compte de la minorité catholique et française du Bas-Canada. Et le modèle fédéral qui sera la source principale d'inspiration des Pères de la Confédération vient des États-Unis.

⁴⁶ Députés Hibbard et Smith, House of Assembly, 28 juin 1866, dans : Janet Aizenstat, Paul Romney, Ian Gentles et William D. Gairdner, ed., *Canada's Founding Debates*, réédition, Toronto, University of Toronto Press, 2003, p.273.

2.2. Le système états-unien amélioré façon Canada

Le juriste états-unien Joseph Story⁴⁷ a défini ainsi la constitution des États-Unis : « an original, written, federal and social compact, freely, voluntarily, and solemnly entered into by the several states, and ratified by the people thereof respectively »⁴⁸. Au moment où débute la conférence de Charlottetown, les États-Unis ne sont pas le seul modèle d'union fédérale. Il est par contre celui que connaissent sans doute le mieux les Pères de la Confédération. Ces derniers y font systématiquement référence, autant dans leur discours devant leurs assemblées législatives que dans leurs débats, par exemple à la Conférence de Québec.⁴⁹

Pour K.C. Wheare, la constitution des États-Unis marque le début des systèmes fédéraux modernes. Pour la première fois, on retrouve une division claire des domaines de compétence entre deux ordres de gouvernement, chacun par ailleurs souverains dans leurs attributions⁵⁰. Il écrit: « Any definition of federal government which failed to include the United States would be thereby condemned as unreal. »⁵¹. Au moment de la Confédération, les États-Unis représentent le plus ancien régime fédéral basé sur un modèle de représentation censitaire, par opposition à un système comme l'Allemagne qui est à l'époque une fédération d'États monarchiques. Mais l'imiter est impensable. Le voisin du Sud sort d'une

⁴⁷ Story a travaillé à titre d'assistant (assistant justice) à la Cour suprême des États-Unis (1811-1829). Il prend part à plusieurs des premiers jugements majeurs rendus par cette cour. Son ouvrage sur la constitution des États-Unis a été traduit en français, espagnol et en portugais.

⁴⁸ Joseph Story, *Commentaries on the Constitution of the United States, With a Preliminary Review of the Constitutional History of the Colonies and States Before the Adoption of the Constitution*, vol 1, (1833) reprint of the first publication, New York, Di Capo Press, 1970.p. 281.

⁴⁹ « Rapport of discussions in the Quebec Conference, October 1864 », dans J. Pope, *op.cit.* p. 53-88.

⁵⁰ K. C. Weare, *op.cit.*, p.2.

⁵¹ *Id.*, p. 1.

guerre civile sanglante, causée, aux yeux des hommes politiques coloniaux, par les revendications de certains des États fédérés et la faiblesse de l'État fédéral. De plus, le régime états-unien est nettement trop démocratique : « on y fait une application tellement absurde et ridicule du principe électif [...] que la chose devient une momerie en même temps qu'une chasse aux emplois. »⁵². Il faut donc veiller à ne pas reproduire les mêmes erreurs.

2.2.1. République mais aussi fédération, un modèle difficile à ignorer

La constitution des États-Unis incorpore pour la première fois les concepts de Montesquieu sur la séparation des trois pouvoirs, exécutif, législatif et judiciaire. La constitution états-unienne opère aussi un partage des compétences législatives entre les États fédérés et l'État fédéral et reconnaît la souveraineté de chacun des ordres de gouvernement dans leur propre champ de compétence⁵³. On y définit aussi un mode de gestion des conflits pouvant résulter de ce partage des compétences ainsi qu'un processus d'amendement. Finalement, le *Bill of Rights* états-unien est un document fondateur qui servira d'exemple, entre autres, aux révolutionnaires français.

Il faut souligner que contrairement au *B.N.A. Act*, la constitution états-unienne ne décrit que la structure de l'État fédéral, chaque État fédéré ayant eu soin d'adopter sa propre constitution. Elle succède aux *Articles of Confederation* de 1781⁵⁴ document qui crée la Confédération des États-Unis. Le gouvernement central mis en place à cette occasion n'ayant pas reçu les pouvoirs nécessaires à la mise en œuvre de ses attributions, les hommes politiques des 13 colonies vont devoir se réunir de

⁵² J.-C. Taché, *op.cit*, p.172.

⁵³ Article 1, sect. 8.

⁵⁴ Pierre Lagayette et Nicole Bensoussan, *Civilisation américaine; Documents constitutionnels*, Paris Ellipses, 1995, p.52 et ss.

nouveau et, lors de la Convention de Philadelphie de 1787, adopter la constitution que nous connaissons aujourd'hui.

Au premier abord, on pourrait facilement croire que tout ce qui vient des États-Unis ne sert que de repoussoir au modèle canadien que l'on est à construire. Une analyse un peu plus poussée démontre toutefois que le discours états-unien sur le modèle fédéral est très souvent le point de référence de ceux en faveur d'un gouvernement central fort. On renie la constitution des États-Unis, mais on cite avec approbation ceux qui, parmi ses instigateurs, en ont fait la première critique.⁵⁵ Les hommes politiques canadiens sont très sensibles aux écrits des Pères de la Confédération des États-Unis sur la constitution états-unienne. Le député Rose, du Parlement du Canada-Uni, cite par exemple Madison afin de souligner le bien fondé du droit de veto fédéral sur les lois provinciales. En effet, il semble, aux yeux de Rose, que le co-auteur des *Federalist Papers* ait regretté qu'une telle mesure n'ait pas été intégrée dans la constitution des États-Unis.⁵⁶

Joseph Cauchon, lors de son intervention au Parlement du Canada-Uni, réfère, pour sa part, non à un politicien mais à un juriste⁵⁷, Joseph Story dont l'ouvrage *Commentaries on the Constitution of the United States*⁵⁸ semble avoir été une référence de premier ordre. Cet ouvrage fait partie des bibliothèques privées de Cauchon et de Cartier⁵⁹ ainsi que de celle du Parlement du Canada-Uni, cette

⁵⁵ Voir Robert C. Vipond, *Liberty and community: Canadian federalism and the failure of the constitution*, Albany, State University of New York Press, 1991, p.16.

⁵⁶ *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique Britannique du Nord*, op.cit p.411.

⁵⁷ « je vais faire entendre une parole plus grave que la mienne, probablement la plus grande autorité constitutionnelle des États-Unis, Joseph Story », *id.*, p.569

⁵⁸ J. Story, *op.cit.*

⁵⁹ *Catalogue de la bibliothèque de l'honorable Joseph Cauchon, Mai 1866*, Québec, A. Côté et cie, 1866, p.3 ; *Catalogue de la bibliothèque de feu l'hon. sir G.E. Cartier, Baronet, pour être vendue Mercredi, le 24 septembre 1873*, Montréal, la Minerve, 1873, p.7.

dernière ayant des exemplaires français et anglais de l'ouvrage.⁶⁰ Story fournit des munitions aux partisans d'un gouvernement central fort. En effet, il reproche au système fédéral états-unien de ne pas donner assez de pouvoir au gouvernement fédéral qui se retrouve ainsi à la merci du bon vouloir des états fédérés. Pour lui, une union législative aurait sans doute été préférable pour les États-Unis d'Amérique à une fédération. Mais au moment où se produit l'union, il est peu propice d'envisager une union plus « fusionnelle » des colonies. En effet, les leaders des colonies moins peuplées sont méfiants et de façon générale chaque colonie désire conserver le plus de latitude possible sur le plan colonial. Il cite Georges Washington regrettant le peu de pouvoir du Congrès, qui peut déclarer tout ce qu'il veut mais n'a jamais la capacité d'agir.⁶¹

Par ailleurs, il n'y a pas que les critiques de la Constitution états-unienne qui intéressent les Pères de la Confédération canadienne. Ils réfléchissent sur les caractéristiques de la Constitution des États-Unis telles les questions du fédéralisme et du bicaméralisme. Le bicaméralisme est la réponse au plus grand mal menaçant les gouvernements civils : la tyrannie de la majorité. Dans un système fédéral, la menace de cette tyrannie est double : elle plane tant sur les individus que sur les États fédérés de plus petites tailles. Le bicaméralisme permet aux intérêts de ces plus petits États d'être représentés. De plus, il offre l'assurance que le peuple sera protégé contre ses dirigeants puisque les deux institutions, le sénat et la chambre des représentants, vont être en mesure de se surveiller mutuellement.⁶² Le sénat est aussi l'un des éléments essentiels du fédéralisme car, en donnant aux États fédérés une voix au niveau fédéral, il contribue à empêcher que l'État central n'agisse à

⁶⁰ *Catalogue alphabétique de la bibliothèque du Parlement, Comprenant l'index des Catalogues méthodiques publiés en 1857 et 1858 et des livres ajoutés à la bibliothèque depuis cette époque jusqu'au 1^{er} mars 1862*, Québec, Hunter Rose et cie, 1862, p.277.

⁶¹ J. Story, *op.cit*, p.224.

⁶² C'est le système des « checks and balances » : J. Madison, *Notes of Debates in the Federal Convention of 1787, With an Introduction by Adrienne Koch*, third ed., Athens, Ohio, Ohio University Press, 1987, p.193.

l'encontre des intérêts de ses membres et il veille ainsi au respect des conditions qui ont conduit à la fédération.

Ce système dérive du système mixte de gouvernement pratiqué en Grande-Bretagne où les intérêts de différentes classes sociales, soit la monarchie, l'aristocratie et le peuple⁶³ sont représentés à travers trois institutions, la Couronne, la *House of Lords* et la *House of Commons*. Dans les États-Unis républicains, le Sénat est composé d'élus des différents États fédérés. Mais chaque État y jouit d'un vote égal, contrairement à la chambre des représentants où le nombre de représentants des États est proportionnel au nombre d'électeurs. Ainsi que le note J. Madison⁶⁴, les différents districts ont une part proportionnelle du gouvernement et les États ont une part égale du Conseil commun.⁶⁵

La division des sièges du sénat canadien entre trois régions, à l'origine le Québec, l'Ontario et les Maritimes, s'inspire directement des principes qui sous-tendent le sénat des États-Unis. Cette division est d'ailleurs perçue comme un enjeu important pour plusieurs des politiques des Maritimes qui cherchent une compensation au nombre réduit de députés présents dans la future chambre fédérale des Communes. Cependant, il n'est pas question ici de faire comme nos voisins. Le sénat canadien est composé de membres non élus et nommés à vie par le Gouverneur général en Conseil. De plus, la représentation n'y est pas égale, puisque les deux provinces maritimes ne reçoivent que 12 sièges chacune contre 24

⁶³ Soit à cette époque essentiellement les hommes dont le bien-être matériel correspondait à la franchise demandée pour voter.

⁶⁴ Partisan de la Révolution américaine, il participe aux négociations entourant l'adoption de la constitution des États-Unis. Il sera le secrétaire d'État de T. Jefferson et lui succédera à la tête des États-Unis en 1809.

⁶⁵ Alexander Hamilton, James Madison and John Jay, *The Federalist Papers (1787-1789)*, Introduction by Garry Wills, New York, Bantam Classic, 2003, p.376, (Federalist no 62) Il s'agit d'une série de pamphlets adressés principalement aux électeurs de New York dans le cadre de la convention de Philadelphie de 1787. L'objectif de leurs auteurs, Hamilton, Jay et Madison est de convaincre l'électorat du bien fondé des réformes proposées à la constitution des États-Unis.

par province pour le Québec et l'Ontario. Ce système offre en fait peu de chances d'une réelle représentation à l'échelle régionale. Les sénateurs seront nommés sur la base de leurs affinités politiques et non pas pour leur représentativité régionale. De plus, l'aval de la province concernée n'est pas requis afin de nommer un sénateur sensé la représenter. Dans un tel contexte, on peut déjà douter de la crédibilité politique des futurs sénateurs. Mais au moment où se discute le projet, le sort de cette institution ne préoccupe guère les Pères de la Confédération. Ils sont, en fait, assez fiers de ne pas avoir importé au Canada le caractère « républicain » du sénat des États-Unis. Il faut en effet éviter de reproduire les erreurs de nos voisins.

2.2.2. Apprendre des erreurs des autres

Pour Macdonald, la grande leçon à tirer de l'expérience états-unienne est de ne pas donner trop d'indépendance aux États fédérés et de préserver un certain degré de centralisation. « Ici nous avons opté pour un système différent. Nous avons concentré la force dans le gouvernement général. Nous avons déferé à la législature générale toutes les grandes questions de législation »⁶⁶. Un gouvernement central fort est aussi plus à même de protéger les droits des minorités puisque les intérêts et les préjugés locaux pourront plus facilement être maîtrisés⁶⁷. De l'avis d'autres hommes politiques, les Pères de la Confédération ont aussi évité l'erreur des rédacteurs de la constitution états-unienne en créant un pouvoir central dont la liberté d'action n'est pas tributaire de la volonté des futures provinces⁶⁸.

⁶⁶ *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique Britannique du Nord*, op.cit., p.34.

⁶⁷ « Thus we shall have a strong and lasting government under which we can work out constitutional liberty as opposed to democracy » J. A. Macdonald : « Rapport of discussions in the Quebec Conference, October 1864 », dans J. Pope, *op.cit*, p.55.

⁶⁸ Député Rose, *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique Britannique du Nord*, op.cit, p.410.

Même la décision de préserver la monarchie parlementaire dans les colonies est vue comme une amélioration face au mode de sélection du président aux États-Unis. En fait, le *B.N.A. Act* semble beaucoup s'expliquer si on le voit comme le contrepoint du modèle états-unien. La constitution canadienne est en quelque sorte une constitution états-unienne où auraient triomphé, sur le plan des rapports entre l'État central et les États fédérés, les visées centralisatrices des *federalists*, ces Pères fondateurs menés par Madison et Hamilton. Tout comme les Pères de la Confédération, ces derniers se méfiaient des effets d'un système fédéral décentralisé parce que donnant trop de pouvoir aux États fédérés et aux intérêts locaux.

Il ne fait aucun doute que les Pères de la Confédération ont été attentifs aux différentes critiques faites à la Constitution des États-Unis. La liste des failles trouvées par Story à la confédération états-unienne préfigure des choix qui seront faits par les Pères de la Confédération canadienne. Story reproche au gouvernement central des États-Unis de ne pas avoir assez de pouvoir de coercition dans la mise en œuvre de ses politiques, d'avoir des capacités trop limitées en matière de taxes et d'impôts et de ne pas avoir les compétences nécessaires pour unifier les mesures en matière de commerce⁶⁹. Au Canada, au contraire, le gouvernement central reçoit la capacité de taxer directement et indirectement. De plus, on reconnaît la prédominance de ses lois sur les lois provinciales en cas de conflits et ses compétences exclusives en matière de banques et de commerce. La compétence de l'État fédéral en matière de commerce⁷⁰ est, en fait, une compétence libellée de façon très générale, à la différence de ce que l'on voit aux États-Unis⁷¹. Finalement, notons aussi, et bien que Story n'ait pas perçu cette question comme

⁶⁹ J. Story, *op.cit*, p.231-233.

⁷⁰ Art., 91(2) *B.N.A. Act*.

⁷¹ On peut lire à ce sujet Alexander Smith, *The Commerce Power in Canada and the United States*, Toronto, Butterworth, 1963. L'auteur s'y livre à une analyse comparative des "clauses commerces" canadienne et états-unienne ainsi qu'à une analyse critique des décisions de la Cour suprême et du CJCP qui ont porté sur 91(2). Bien qu'il ait été libellé très largement, le contenu de l'article sera par la suite réduit par l'interprétation qu'en fera le CJCP.

étant un enjeu en ce qui concerne la répartition des compétences entre le Fédéral et les États, qu'au Canada, c'est l'État fédéral qui sera compétent sur le droit criminel⁷² contrairement aux États-Unis où les états fédérés possèdent cette compétence. N'oublions pas, par contre, que les provinces peuvent légiférer afin d'adopter des sanctions visant à pénaliser le non respect des lois provinciales. On peut penser ici par exemple au *Code de la sécurité routière*⁷³ qui prévoit toute une gamme de sanctions pénales.

Toutefois, un des reproches fait par Story à la constitution états-unienne ne semble pas avoir été retenu sur la liste des choses à éviter des hommes politiques canadiens. Pour Story, le dernier défaut digne d'être mentionné est lié à l'adoption de la constitution sans plébiscite populaire. « The fabric of American empire ought to rest on the solid basis of the CONSENT OF THE PEOPLE [sic]⁷⁴ ». Un commentaire dont les Pères de la Confédération canadienne préféreront ne pas tenir compte.

De façon générale, ces derniers désirent avant tout donner au gouvernement fédéral une prédominance devant le favoriser en cas de conflits et ainsi prévenir un éventuel éclatement de la Confédération. Ceci permet d'éviter ce qui constitue à leurs yeux la faiblesse majeure de la constitution des États-Unis. Mais l'État central fort peut-il être la réponse unique à la question des conflits liés au partage des compétences ?

⁷² Art., 91(27) B.N.A. Act.

⁷³ L.R.Q. c. C-24.2.

⁷⁴ *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique Britannique du Nord, op.cit*, p.248. Il cite Hamilton, plus précisément un extrait du *federalist papers* no 22.

2.2.3. Rôle des juges et américanité

La constitution états-unienne reconnaît d'emblée le rôle des juges à titre de troisième pouvoir de l'État. Tel que mentionné précédemment, elle met fidèlement en pratique la théorie de la séparation des pouvoirs de Montesquieu. Ses rédacteurs ont en effet élaboré un système de stricte division des attributions entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire. À l'article trois de la constitution des États-Unis, les juges des tribunaux de droit commun se voient expressément octroyer le pouvoir d'arbitrer les conflits entre les États et entre les citoyens et l'État. Rien de tel n'est prévu dans le *B.N.A. Act*. Ce dernier reste silencieux sur la marche à suivre en cas de problèmes entre les provinces, le fédéral et les citoyens.

Dès les années 1860, le pamphlétaire P. S. Hamilton soulève le problème lié à l'arbitrage des conflits entre le gouvernement fédéral et les provinces. Il se demande ce qui arrivera en cas de disputes entre le fédéral et les provinces ou entre les provinces. Rappelant qu'aux États-Unis c'est la Cour suprême qui arbitre les conflits, il écrit que « the vesting of such a power in a civil judicial body would be another sweeping innovation upon the British Constitution, which recognises no higher authority than Parliament as entitled to deal with questions strictly constitutional »⁷⁵. Il faut souligner qu'au-delà de la gestion des conflits entre des ordres de gouvernement, c'est la notion même de contrôle constitutionnel de la légalité qui est étrangère au droit britannique où, historiquement, il n'y a pas de lois constitutionnelles ayant préséance sur les autres lois votées par le Parlement. Toutefois, la situation est différente pour le Dominion du Canada. En effet, le *B.N.A. Act* est une loi impériale qui, en vertu du CLV Act, a préséance sur les lois domestiques fédérales et provinciales.

⁷⁵ P.S., Hamilton, *Union of the Colonies of British North America: Being Three Papers upon the Subject, originally Published Between the Years 1854 and 1861*, Montréal, John Lovell, 1864, p.40.

Ainsi que nous l'avons déjà mentionné, la place qu'occuperont les tribunaux en cas de conflit de juridiction n'a pas échappé aux hommes politiques coloniaux. Pour J. A. Macdonald, il est primordial que la constitution du futur Dominion soit une loi impériale, ainsi les questions quant à son interprétation seront renvoyées devant le CJCP, à Londres.⁷⁶ Cet organe a été expressément créé afin d'entendre les appels provenant des colonies. La tâche de gérer les problèmes quant à l'interprétation du *B.N.A. Act*, et principalement, quant à la question du partage des compétences, n'incombera donc pas aux politiciens coloniaux, mais à un arbitre à première vue plus neutre, soit un tribunal où siègent des juges britanniques.

Plus généralement, Brown souligne qu'il reviendra aux tribunaux de droit commun de régler les conflits de lois issus du partage des compétences.⁷⁷ D'ailleurs, la décision de donner au fédéral la compétence quant à la nomination des juges des tribunaux supérieurs⁷⁸ ne semble pas anodine et ne se fera pas sans une certaine résistance parmi les délégués à la conférence de Charlottetown. Tous n'étaient pas d'accord avec le principe de nomination des juges des tribunaux de droit commun par le gouvernement fédéral.

C'est E. B. Chandler⁷⁹, délégué du Nouveau-Brunswick, qui parviendra à convaincre ses confrères des dangers de laisser aux provinces le soin de nommer leurs juges. Selon lui, les législatures locales n'auront pas la stature nécessaire pour susciter des candidatures de prestige puisque les meilleurs éléments des différents Barreaux se tourneront sans doute vers le fédéral qui offrira des emplois plus

⁷⁶ « Rapport on discussions in the Quebec Conference, October 1864 », dans J. Pope, *op.cit.*, p. 55.

⁷⁷ *Id.*, p. 85.

⁷⁸ Il s'agit de la Cour supérieure, de la Cour d'appel et de la future Cour suprême.

⁷⁹ Edward Barron Chandler fait son entrée à l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick en 1827. En 1836, il est nommé au Conseil législatif et choisit d'appuyer le gouvernement responsable en 1848. À Québec, il s'opposa en vain à la vision centralisatrice de la fédération mise de l'avant par Macdonald. *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit.*

intéressants.⁸⁰ Par la suite, A. A. Dorion verra dans ce mode de nomination la preuve que la fédération n'est en fait qu'une union « déguisée »⁸¹.

La décision des Pères de la Confédération de permettre qu'une simple loi fédérale suffise à la création d'un tribunal de dernière instance sera, elle aussi, sujette à critiques. Ce tribunal, destiné à entendre les causes en provenance de toutes les cours d'appel du Pays, pourra être institué sans l'accord des provinces. De plus, ses juges seront nommés unilatéralement et de façon discrétionnaire par le premier ministre du Canada. Alors qu'elle n'est encore qu'un article⁸² inséré dans le *B.N.A. Act*, la Cour suprême soulève déjà le scepticisme chez certains. Le député Taschereau du Canada-Uni ne voit pas l'utilité de ce tribunal qui offre peu de garanties d'impartialité, et ce, surtout si l'appel en Angleterre n'est pas aboli. « Les Bas-Canadiens seront certainement moins satisfaits des décisions d'une cour d'appel fédérale que des décisions du conseil privé de Sa Majesté. »⁸³

Finalement, bien que les juges aient le pouvoir d'arbitrer les cas où l'un ou l'autre des deux ordres de gouvernement outrepasseraient ses pouvoirs, ils ne peuvent rien si les pouvoirs en question sont utilisés conformément à la constitution. Chaque ordre de gouvernement jouit d'une large marge de manœuvre lorsqu'il agit à l'intérieur des compétences qui lui ont été octroyées. En conséquence, ainsi que le fait amèrement remarquer A.J. Smith, député du Nouveau-Brunswick, les provinces

⁸⁰ C'est ce que rapporte le lieutenant-gouverneur Arthur Gordon dans une lettre du 26 septembre 1864 à Cardwell, dans G.P. Browne, *op.cit*, pp.44-49.

⁸¹ A. A. Dorion, *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique Britannique du Nord*, *op.cit*, p.229

⁸² Art. 101 : « Nonobstant toute autre disposition de la présente loi, le Parlement du Canada peut prévoir la constitution, la prise en charge financière et matérielle et l'organisation d'une cour générale d'appel pour l'ensemble du pays, ainsi que la création de tribunaux additionnels propres à améliorer l'application des lois du Canada. »

⁸³ *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique Britannique du Nord*, *op.cit*, p.898.

sont sans recours dans les cas où le fédéral déciderait de désavouer l'une de leurs lois.⁸⁴

Bien qu'issue d'une loi impériale et soumise en dernière instance au pouvoir de Londres, la constitution canadienne, dans ses aspects fédéraux, s'ancre donc dans le modèle développé dans le contexte nord-américain. Bien que les Pères de la Confédération s'en défendent, le fait d'attribuer à des législatures locales certains pouvoirs considérés comme plus près des préoccupations des électeurs constitue plus qu'une simple décentralisation des pouvoirs, mais bien la reconnaissance de cultures politiques régionales distinctes. Ce choix semble directement inspiré des États-Unis. Par ailleurs, le désir affirmé par plusieurs des délégués aux conférences de Charlottetown, Québec et Londres d'avoir une représentation régionale au Sénat est aussi définitivement d'inspiration états-unienne. Encore inspirée des États-Unis, la structure choisie pour la rédaction du *B.N.A. Act* qui divise les trois pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, est une structure tout à fait différente de celle adoptée pour la rédaction du *NZC Act* vieux d'à peine 13 ans. Notons qu'il s'agit ici davantage d'un artifice de rédaction, plusieurs des caractéristiques du système parlementaire modulent la réalité de cette séparation. Pensons, par exemple, au fait que les membres de l'exécutif soient choisis parmi les députés élus qui sont, par ailleurs, les représentants du pouvoir législatif. Finalement, les Pères de la Confédération reconnaissent au pouvoir judiciaire une fonction de contrôle de la constitutionnalité similaire à celle existant aux États-Unis. Comment ce greffon états-unienne prendra-t-il sur le *B.N.A. Act*, construit sur le modèle de la constitution britannique ?

⁸⁴ « Should we submit that Canada should have the power to abrogate and nullify all or any of our legislation, with no power to which appeal? » House of Assembly, Nouveau-Brunswick, 27 juin 1866, reproduit dans : Janet Ajzenstat, Paul Romney, Ian Gentles et William D. Gairdner, *op.cit*, p.272.

2.3. À la frontière des modèles britannique et états-unien, un vaste terrain vague

L'inégalité des rapports entre les provinces et Ottawa est l'élément clé du fédéralisme canadien. Sans un réel partage de la souveraineté, il n'y a pas de fédéralisme. Or, la position des Pères de la Confédération demeure confuse, voir hostile à la reconnaissance d'une souveraineté provinciale. Voulait-ils vraiment d'un système fédéral ? Sous plusieurs aspects, le fédéralisme, tel que défini par le *B.N.A. Act*, ressemble à un match nul entre les tenants d'un système fédéral décentralisé, où les provinces occuperaient une place prépondérante, et ceux en faveur d'un système quasi unitaire, où les provinces ne seraient que des municipalités hypertrophiées.

Pourtant, la création des provinces répond à une nécessité, soit la reconnaissance des régionalismes et de l'existence de groupes sociaux hétérogènes dont les intérêts ne coïncident pas toujours. Pour ces groupes minoritaires, essentiellement les habitants du Bas-Canada, la participation à l'État garantit la protection d'une identité collective distincte de celle de la majorité. Nous sommes ici très loin du modèle constitutionnel anglais. Ce modèle et la problématique qu'il implique contribuent à expliquer les difficultés rencontrées par les Pères de la Confédération dans leur compréhension du système fédéral.

2.3.1. Les provinces et la reconnaissance du Canada français

Étranger à la culture politique britannique, le modèle fédéral est décrié par plusieurs comme un pis-aller qui n'est désiré ni par la majorité des promoteurs du projet, ni par les autorités britanniques. Beaucoup a été dit et écrit sur l'importance de la « spécificité » du Bas-Canada dans le choix d'un modèle fédéral pour le Canada. La reconnaissance des droits de cette minorité est l'élément dominant de ce choix. Mais qui reconnaît-on comme étant la minorité ? Pour certains, dont Cauchon, l'élément religieux est l'essence d'une minorité. La protection des

minorités suppose la protection du fait religieux. Le fédéralisme est essentiel car il compense la surreprésentation dont bénéficient les Protestants au Canada-Uni. Le « catholicisme, qui compte 1,200,865 âmes dans l'Union, n'est représenté, dans la chambre basse que par 52 voix, tandis que le protestantisme, qui compte 1,305,890, y est représenté par 78 voix. »⁸⁵ rappelle en effet Joseph Cauchon à ses lecteurs dans son ouvrage portant sur l'union des colonies.

Le fédéralisme permettra au Bas-Canada de préserver ses institutions et son clergé. Ainsi non seulement Québec a son propre parlement et légifère sur toutes les questions « à caractère locales et privées⁸⁶ », mais il est aussi compétent sur les matières liées à l'éducation et sur l'institution du mariage. De plus, le système fédéral garantit la pérennité du droit civil originaire de France dont la pratique avait été « officiellement » rétablie lors de l'Acte de Québec de 1774. Il offre aussi des garanties linguistiques aux politiciens francophones et ce même dans les instances fédérales. En fait *le B.N.A. Act* garantit tout autant la possibilité pour les politiciens fédéraux de s'exprimer en français que celle des politiciens anglophones de s'exprimer en anglais à l'Assemblée législative de Québec. De plus, la Constitution garantit que les documents officiels émanant du Parlement et de l'Assemblée législative du Québec seront rédigés dans les deux langues. Le droit d'employer le français ou l'anglais s'étend de plus aux représentations faites devant les tribunaux du Québec ainsi que ceux créés en vertu de la Constitution.⁸⁷

⁸⁵ J. Cauchon, *op.cit*, p.44.

⁸⁶ Art 92.13, B.N.A Act.

⁸⁷ *B.N.A. Act*, art.133 : « Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans les débats des chambres du Parlement du Canada ou de la Législature du Québec 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 affaires dont sont saisis les tribunaux du Canada établis sous le régime de la présente loi ou ceux du Québec et dans tous les actes de procédure qui en découlent.

Les lois du Parlement du Canada et de la Législature du Québec sont imprimées et publiées dans les deux langues. »

Les Pères de la Confédération de même que les autres hommes politiques de l'époque ne lient par contre à aucun moment le facteur linguistique à celui de la religion. Cette omission portera un tort considérable aux minorités catholiques et francophones⁸⁸ vivant à l'extérieur de ce qui sera le territoire du Québec. En effet, lorsque les provinces majoritairement anglophones verront à restreindre leurs droits, principalement le droit à une éducation en français, ces minorités se retrouveront sans ressources et sans appui.

On pourrait croire que les Franco-Ontariens ou même les Acadiens catholiques forment une minorité pertinente au même titre que les Bas-Canadiens ou les protestants du Bas-Canada. Dans les faits, il n'en est rien. Sans grand poids politique, ils n'ont pas voix au chapitre et la protection de leurs intérêts est laissée à la bonne volonté d'hommes politiques soumis à la volonté de leurs électeurs. Et on fait encore moins de cas de ceux que nous appelons aujourd'hui les Premières Nations et qui n'ont à l'époque aucun poids politique. D'ailleurs, l'octroi au fédéral de la compétence sur les « Indiens » se fait dans l'indifférence générale. Les seules minorités reconnues à l'aube du Dominion sont celles jouissant d'une solide représentation politique.

La protection des minorités passe en fait foncièrement par deux voies, potentiellement contradictoires, soit une protection assurée par l'existence d'un parlement fédéral, où on retrouve une plus grande diversité de députés, et la protection impliquée par l'existence des provinces. Mais, ce qui est protégé par les provinces, n'est pas nécessairement un caractère purement religieux. Par exemple, le Québec n'est pas entièrement catholique. Il semble qu'on vise plutôt la préservation d'un certain caractère *national* où on protège les institutions religieuses, les lois et coutumes juridiques, et, dans une certaine mesure, la langue, ce pour

⁸⁸ Marcel Bellavance, *Le Québec et la Confédération : Un choix libre? : Le clergé et la constitution de 1867*, Sillery, Septentrion, 1992, p. 76. Pour l'auteur, cette omission ouvre la voie à l'assimilation des minorités francophones hors Québec.

essentiellement Québec. C'est ce compromis entre les droits des minorités protestantes et la majorité catholique du Québec qui produira l'imbroglie entre droits religieux et linguistiques.

En effet, l'idée de la protection des minorités face aux conséquences potentiellement néfastes d'un système politique démocratique entraîne une singularité dans la configuration du *B.N.A. Act*. Elle est utilisée par les défenseurs d'un fédéralisme centralisateur. Le gouvernement central fort est alors présenté comme la meilleure garantie du respect du droit des minorités qui profiteront alors d'un cadre élargi d'alliances potentielles. Dans un parlement fédéral, il semble plus possible pour les catholiques du Haut-Canada ou pour les protestants du Bas-Canada de trouver des parlementaires sensibles à leurs revendications. De plus, ce parlement fédéral, plus vaste et plus diversifié, risque moins de tomber sous l'influence d'un groupe d'intérêts. Ainsi, pour E.P. Taché, un fédéralisme centralisateur offre les meilleures garanties quant au respect des droits des minorités puisque les questions d'intérêt général seront soumises à l'approbation de tous⁸⁹. Or, c'est justement l'existence d'intérêts minoritaires qui a été un des facteurs clés du fédéralisme canadien. Le choix du fédéralisme est à ce titre le constat de l'incapacité d'une union législative à permettre une représentation efficace des intérêts des groupes minoritaires.

On peut donc dire que les hommes politiques du Bas-Canada sont les Pères du fédéralisme canadien. Mais, il ne faudrait cependant pas sous-estimer l'apport de l'ensemble des Pères de la Confédération dans le choix du système fédéral. Dans les Maritimes, plusieurs de ces derniers ne souhaitaient pas d'une union qui ne tiendrait pas compte des revendications particulières à leur région. On trouve certaines traces de cette résistance dans les interventions des députés du Canada-Uni lors du débat entourant la confédération. Joseph Cauchon y fait aussi référence dans son pamphlet en faveur de la Confédération. Il y indique en effet à quel point il

⁸⁹ *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord, op.cit., p.11.*

considère qu'une union aurait été préférable à une fédération, mais qu'elle est cependant impossible étant donné la situation du Bas-Canada et les revendications des Maritimes⁹⁰.

Il semble donc que les Législatures provinciales ne soient pas uniquement attribuables à ces Canadiens français qui s'obstinent à vouloir demeurer distincts mais qu'elles soient aussi le résultat des craintes des Maritimes face à une trop grande concentration du pouvoir au profit des colonies plus à l'ouest. Ainsi, lors des débats à l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse, on note un désir chez certains politiciens d'apaiser une crainte de voir les représentants des provinces maritimes minorisés dans un Parlement fédéral dominé par les provinces plus peuplées du Québec et de l'Ontario. Alors que Tupper affirme que le Parlement central aura mieux à faire que de s'occuper de questions locales et que le futur Sénat compensera le nombre réduit de députés néo-écossais, W.A. Henry explique que les questions importantes aux yeux des Néo-écossais telles que l'éducation, les routes ou les ponts vont demeurer sous leur contrôle⁹¹. Une année plus tôt, Tupper expliquait d'ailleurs à cette assemblée: « to the local governments were reserved powers of important character, tough of a local interest which could be exercised without any interference... »⁹² Visiblement, l'idée de préserver des provinces autonomes semblait plus porteuse que celle d'une union pure et simple.

L'existence des provinces n'est sans doute pas non plus uniquement le fait des francophones et des représentants des Maritimes. Au sein même de la délégation du Haut-Canada se trouvent au moins trois politiciens pour lesquels l'existence et la reconnaissance de l'autonomie des provinces aurait dû être importante, à savoir

⁹⁰ J. Cauchon, *op.cit*, p.40.

⁹¹ *Debates and Proceeding of the House of Assembly During the Third Session of the Twenty-third Parliament of Nova-Scotia, 1866*, Halifax, J.G. Bourinot, 1866, p.253.

⁹² *Debates an Proceedings of the House of Assembly during the second session of the Twenty-Third Parliament of the Province of Nova Scotia (1865)*, Halifax, J.G. Bourinot, 1865, p.208.

Brown, Mowat et M^cDougall⁹³. En 1859, lors de la convention du *Clear Grit* à Toronto, Brown s'est publiquement prononcé en faveur d'un système fédéral décentralisé où les habitants du Haut-Canada seraient enfin libérés de l'ingérence des Bas-Canadiens. En fait, pour ces représentants du *Clear Grit*, le pacte avec les tories de Macdonald a comme objectif principal de mettre fin au Canada-Uni et d'assurer un gouvernement représentatif pour la population du Haut-Canada. D'ailleurs, à la convention du *Clear Grit* de 1867, la Confédération sera présentée comme une victoire pour la province de l'Ontario enfin libérée de ses chaînes et non comme la naissance d'une grande nation.⁹⁴

En marge du discours favorisant l'union législative, discours par ailleurs très bien reçu par les administrateurs des colonies, on retrouve donc une tendance lourde en faveur d'une union fédérale. Cette union, moins centralisée que la stricte union législative, reconnaît les régionalismes fortement implantés dans les colonies ainsi que les droits de certaines minorités, essentiellement celles en mesure de faire entendre leur voix. Cette union fédérale cherche aussi à créer un équilibre entre l'autonomie de ses parties et les dérapages potentiels des régimes politiques dominés par une majorité. Les colonies ont, depuis 1840, goûté à une plus grande autonomie. Il apparaît donc qu'à la veille de s'unir, elles désirent préserver l'autonomie dont elles profitent déjà tout en reconnaissant certains avantages à un pouvoir central relativement fort. Il reste à définir comment va s'exprimer ce compromis entre autonomie et centralisation. Au moment de ratifier la Confédération, il n'est pas certain que les futures provinces ont hérité d'une juridiction pleine et entière dans leurs champs de compétences.

⁹³ Avocat, il s'implique rapidement en politique et devient député pour le *Clear Grit* en 1858. Aux conférences sur la Confédération il défend l'idée d'un Sénat élu. À partir de 1867, il devient un fervent partisan de l'expansion vers l'Ouest. *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit.*

⁹⁴ *Proceedings of the Reform convention, held at Toronto on the 27th and 28th June, 1867*, Toronto, The Globe, 1867.

2.3.2 Les provinces sont souveraines : les arguments pour

Lors du débat sur le projet confédératif, J. Cauchon, ardent partisan de la Confédération, se lèvera à l'Assemblée Législative pour déclarer, en réplique à A. A. Dorion, que chaque ordre de gouvernement sera souverain dans son propre champ de compétence. Il ira même plus loin en affirmant qu'il ne connaît pas d'exemple de « nation » où la « législation fédérale ait prédominé sur la législation locale »⁹⁵. Et il conclura sur ce point en posant la question « pourquoi donc en serait-il autrement pour nous? »⁹⁶ Cette intervention est un peu surprenante. En effet, Cauchon semble avoir été présent à l'Assemblée législative lors de l'intervention de J. A. Macdonald, une intervention limpide quant à l'aspect centralisateur de la future Confédération.⁹⁷ Macdonald avait expliqué clairement sa vision de la Confédération et avait insisté sur le caractère subordonné des législatures locales. Cauchon veut-il rassurer les délégués du Bas-Canada en espérant que leurs lacunes dans la compréhension de l'anglais les aient laissés dans l'ignorance des propos de l'un des promoteurs du projet ? Peut-être croit-il aussi que, malgré les propos de Macdonald, les législatures parviendront dans les faits à faire reconnaître leur souveraineté.

Cauchon participe au flou artistique dans lequel baigne la question de la souveraineté des provinces. Un flou constaté par ailleurs par A. H. Gordon. Ce dernier avait demandé à Galt, lors de la conférence de Charlottetown, si oui ou non les législatures locales seraient des créatures du fédéral. La réponse du Galt fut semble-t-il, « not very clear⁹⁸ ». Il n'est pas le seul à l'avoir remarqué. La question sera aussi soulevée par un député du Haut-Canada qui reprochera aux instigateurs

⁹⁵ *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique Britannique du Nord, op.cit.* p. 700.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Id.*, p.37.

⁹⁸ Lettre de A. H. Gordon à Cardwell, 12 septembre 1864, dans G.P. Browne, *op.cit.*, p. 44.

du projet de manquer de transparence en laissant entendre que les législatures locales seront subordonnées au fédéral mais sans vouloir donner les détails de ce lien de subordination.⁹⁹ Contrairement à certaines idées reçues, il ne semble pas y avoir un fort consensus, même parmi les tenants du projet, quant au rôle subordonné des futures provinces. Burwell, un député conservateur du Haut-Canada en faveur de la Confédération, considère que les législatures locales n'ont pas reçu suffisamment de pouvoir.¹⁰⁰ Son opinion est tout à fait partagée par plusieurs députés du Bas-Canada, plus particulièrement les libéraux, dont, A. A. Dorion.

Donc, rien n'est clair et dans le contexte, il pouvait difficilement en être autrement. Les Pères de la Confédération, bien qu'officiellement d'accord sur la regrettable nécessité d'une fédération malgré le besoin d'un gouvernement central fort, ne semblent pas tous comprendre le système fédéral de la même façon. Qui plus est, ceux qui sont plus favorables à un système fédéral moins centralisé n'ont pas intérêt à trop se démarquer. Londres, à travers ses administrateurs coloniaux, a indiqué sa nette préférence en faveur d'un gouvernement central fort. De plus, les politiciens généralement en faveur d'une union fédérale plus décentralisée sont aussi ceux appartenant au courant réformiste. Or, le projet confédératif est piloté par les forces conservatrices des différentes colonies, Macdonald et Cartier dans le Canada-Uni, Tupper et Tilley dans les Maritimes. Et ce sont eux qui choisissent les délégués aux trois conférences de Charlottetown, Québec et Londres.

Dans l'esprit de certains hommes politiques appartenant au parti conservateur, principes confédératifs et démocratie sont intimement liés et les législations locales sont perçues comme des « concession[s] à la démocratie »¹⁰¹. Un gouvernement central fort constitue, dans les circonstances, la meilleure garantie de la protection

⁹⁹ Député Cameron, *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique Britannique du Nord*, *op.cit.*, p.458.

¹⁰⁰ *Id.*, p.451.

¹⁰¹ *Id.*, député Cartwright, p.824.

des minorités contre les abus potentiels de gouvernements locaux assujettis au pouvoir de la masse. À ce niveau, le principe de la souveraineté des législatures locales doit être écarté.¹⁰² De plus, rappelons-le, un gouvernement central faible augmente les risques d'un éclatement de la Confédération.

Les réformistes, qui défendent un élargissement du principe démocratique, sont pour leur part majoritairement mieux disposés à l'idée de législatures locales souveraines dans leur domaine de compétence. Mais, bien que soutenus surtout dans le Haut-Canada et dans les Maritimes par un bon pourcentage de la population, ils sont minoritaires à la table de négociation. Brown, Mowat et M^cDougall, provenant d'une formation réformiste, le *Clear Grit*, sont inclus dans l'aventure confédérative parce qu'ils ont accepté de traverser la chambre de l'Assemblée du Canada-Uni afin de se joindre à la coalition. Toutefois, Brown et Mowat abandonnent le navire avant la conférence de Londres. De plus, aucun réformiste du Bas-Canada, soit les Rouges dirigés par A. A. Dorion, ne sera présent aux différentes conférences. Les Bleus de Cartier, profitant d'une majorité confortable dans cette section du Canada-Uni, n'ont pas besoin d'eux pour assurer un vote favorable au projet. On n'a donc pas cherché à les rallier.

Dans les provinces maritimes, les réformistes Henry, Archibald¹⁰³ et M^cCully¹⁰⁴ ont tendu la main aux conservateurs en appuyant Tupper et feront partie de la délégation de la Nouvelle-Écosse. On trouve un membre de la formation réformiste parmi les délégués du Nouveau-Brunswick où le projet de confédération fut

¹⁰² *Id.*, député H. Mackenzie, p.679.

¹⁰³ Avocat, il fait le saut en politique en 1851 avec le parti réformiste. Il est toutefois un libéral modéré, contre le suffrage universel et l'implication du politique en matière d'éducation. D'abord tiède, il adhère au projet confédératif principalement à cause du chemin de fer. *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit.*

¹⁰⁴ *Id.*, avocat, il s'implique dès sa jeunesse dans le parti réformiste de Howe et celui-ci le nomme au Conseil législatif en 1848. Il n'était pas le premier choix de Tupper et doit sa nomination à la délégation de la Nouvelle-Écosse au départ d'un autre délégué.

particulièrement impopulaire. Il s'agit de Charles Fisher¹⁰⁵, qui a dirigé un gouvernement réformiste dans la seconde moitié des années 1850. Après avoir hésité à endosser le projet, il se rend aux arguments de Tilly et accepte de l'appuyer. Tilly, qui a lui-même navigué entre les mouvances réformiste et conservatrice, s'est entouré d'une délégation centriste, certains de ses membres ayant même milité sous les deux bannières politiques.

Par ailleurs, les réformistes ne sont pas les seuls que l'autonomie des législatures locales intéresse. À ce sujet, les conservateurs francophones du Bas-Canada, Langevin et Taché en tête, partagent leur opinion. Bien qu'ils ne soient pas nécessairement favorables à l'avancée démocratique que représente la déconcentration des pouvoirs issue du fédéralisme, ils travaillent à protéger le plus possible l'indépendance de la future province du Québec dans ses champs de compétences. Ceci les place dans une situation un peu ambiguë face à leurs alliés conservateurs anglophones. Malgré leur nombre réduit aux différentes tables de négociation et leurs intérêts qui ne sont pas toujours convergents, il appert qu'un certain nombre de délégués tiennent réellement à s'assurer de l'autonomie des futures législatures locales.

Leur tâche ne sera pas facile. La question des pouvoirs résiduels (pour l'État fédéral, on dit pouvoirs résiduels) est, à ce titre, un exemple intéressant. Le pouvoir résiduaire est le pouvoir de légiférer sur des questions imprévues ou inconnues au moment où est déterminée la répartition des compétences tels l'invention du téléphone ou l'aviation. Ce pouvoir est accordé pour les questions d'ordre général à Ottawa, mais pour les questions d'ordre local aux provinces.¹⁰⁶ Selon l'historien P. Romney, il faut voir dans ce partage une preuve que les Pères de la Confédération

¹⁰⁵ *Id.*, dès ses débuts en politique en 1837, Fisher s'engage activement dans la réforme des institutions politiques du Nouveau-Brunswick et milita pour le gouvernement responsable. Il appuya la Confédération et se rangea avec J. A. Macdonald en faveur d'une fédération centralisée.

¹⁰⁶ *B.N.A. Act*, Préambule de l'art. 91 et art 92.16.

n'entendaient pas créer une constitution aussi centralisatrice qu'on l'a par la suite affirmé¹⁰⁷. Sans aller aussi loin, on peut y voir une volonté de marquer une distinction nette entre ce qui est d'intérêt *général*, c'est-à-dire ce qui concerne l'ensemble du futur Dominion et les affaires particulières sous le contrôle exclusif de la province. Certains des hommes assis à la table de négociation semblent s'être donnés pour mandat de veiller à ce que les provinces puissent avoir les coudées aussi franches que possible dans les matières d'ordre local. À Londres, le pouvoir résiduaire des provinces aura, pendant un certain temps, un sort incertain alors qu'il ne cesse de disparaître et d'apparaître à nouveau dans les projets soumis aux conférenciers.¹⁰⁸

Le pouvoir résiduaire n'est pas la seule question à l'ordre du jour des négociations. Certains délégués insistent aussi sur la possibilité pour les législatures de modifier leur constitution interne, ce que Londres désapprouve. Or, la capacité de modifier sa constitution interne est un élément essentiel de la souveraineté des provinces. Ils obtiendront gain de cause, ce qui permettra, entre autres, à chaque province de contrôler son processus électoral et le découpage de sa carte électorale. Mowat, pour sa part, va négocier ferme afin de préserver l'agriculture et l'immigration dans le champ de compétence des législatures locales. Finalement, ces deux compétences seront partagées entre le fédéral et les législatures locales. Ces deux questions sont intimement liées à une époque où la majorité des immigrants sont des agriculteurs. Mowat cherchait à assurer aux provinces, et surtout à la sienne, le pouvoir de contrôler le développement de leur territoire.

Plus généralement, le partage des compétences entre les provinces et le fédéral évolue peu entre la première conférence à Charlottetown et la dernière à Londres. Même s'il est malheureusement impossible de retracer les discussions entourant le partage d'origine, on remarque que les Pères de la Confédération ont avant tout

¹⁰⁷ P. Romney, *Getting it Wrong, How Canadians Forgot Their Past and Imperilled Confederation*, Toronto, University of Toronto Press, 1999, p.99.

¹⁰⁸ « *Various Drafts in the London Conference* », dans J. Pope, *op.cit.*, p. 123-247.

cherché à séparer ce qui est d'intérêt national de ce qui est d'intérêt local tout en donnant un rôle prédominant au fédéral. En comparant cette première liste à celles qui suivent, on remarque aussi que les provinces ont sans cesse été menacées et que leurs acquis étaient fragiles. À Charlottetown, elles avaient, entre autres, obtenu la compétence exclusive sur la pêche en eaux intérieures, l'immigration, l'agriculture et les pénitenciers. Elles les perdent à Québec, gardant seulement une compétence partagée en matière d'immigration et d'agriculture et une compétence limitée en matière de prison et de maison de réforme. À Québec, elles avaient obtenu la compétence générale de légiférer dans toutes les matières d'ordre purement local ou privé (compétence résiduaire) ainsi que la prérogative de pardon pour leur lieutenant-gouverneur. Elles perdent le pardon à Londres mais sauvegardent, après quelques hésitations, leur compétence résiduaire.

On n'a malheureusement peu de traces du contenu des discussions de trois conférences. Par contre, il semble que, surtout à Londres où il présidait les débats, Macdonald ait tout tenté pour mettre sur papier une Confédération aussi centralisatrice que possible. Il sera fortement appuyé par les autorités britanniques. Les fonctionnaires britanniques affichent leur couleur dès 1864 alors que le gouverneur Gordon, qui ne cesse de se désoler sur le choix d'un système fédéral, recommande au Secrétaire d'État aux colonies, Cardwell, de faire le nécessaire afin que le projet final soit aussi centralisateur que possible.

Les premiers projets présentés à Londres font foi de cette tendance. Nous avons déjà mentionné la difficulté des rédacteurs à s'ajuster à l'emploi des mots fédération et confédération, difficulté qui révèle une intention centralisatrice parfois maquillée. Nous avons aussi mentionné le caractère évanescent du pouvoir résiduaire des législatures locales. Notons maintenant un article qui apparaît dans les premiers projets et qui donne au fédéral le pouvoir d'ajouter des compétences aux législatures

locales sur vote du Parlement¹⁰⁹. Cet article aurait donné au Parlement la capacité unilatérale d'amender le *B.N.A. Act* dans le champ des compétences locales.

Cette proposition pouvait paraître, à prime abord, tout à fait favorable aux provinces puisqu'il s'agissait ici de leur donner de nouveaux pouvoirs et jamais de leur en retirer. Toutefois, elle était équivoque à double titre. D'abord, elle donnait le pouvoir au Parlement de déterminer seul le contenu de l'article 92 et sans la participation des provinces, alors qu'il s'agissait de leurs compétences exclusives. Ces dernières auraient ainsi perdu le contrôle de la modification de leur constitution interne, attribut de la souveraineté étatique. De plus, le libellé de l'article 37(16), très général, n'encadrerait pas cette pratique. Or, qu'aurait-il se produire si le Parlement avait transféré aux provinces des compétences dont la mise en œuvre aurait été coûteuse sans pour autant modifier leur assiette fiscale ? Cet article disparaîtra dans les projets subséquents et dans la version finale du document.

Les provinces préservent donc leur intégrité et, malgré certains ajustements, conservent les attributs tendant à démontrer leur souveraineté, comme un certain pouvoir résiduaire ou la capacité de changer leur constitution interne. Elles deviennent les dépositaires des compétences de « première ligne » soit l'éducation, la santé, l'assistance publique, les matières d'ordre privé et les affaires municipales. Ceci leur donne un lien privilégié avec les électeurs. Par contre, sont-elles réellement souveraines ? Ont-elles les coudées franches dans leurs compétences ? À l'aube de la Confédération, leur sort demeure incertain.

¹⁰⁹ « Art 37 (16) Such other classes or subjects (if any) as are from time to time added to the enumeration in the section by any Act of Parliament of the United Colony », draft of a Bill, 23 jan. 1867, « *Various Drafts in the London Conference* », dans J. Pope, *op.cit.*, p.152.

2.3.3. *Les provinces sont souveraines : les arguments contre*

Malgré les efforts de certains, au moment de la ratification de la Confédération, les jeux sont faits quant à la prédominance du fédéral sur les législatures locales. Au premier chef, notons le pouvoir de réserve et de désaveu reconnu au gouverneur général ainsi qu'aux lieutenants-gouverneurs. Avant d'entrer en application, toute loi doit être ratifiée, par le gouverneur général s'il s'agit d'une loi fédérale, et par le lieutenant-gouverneur s'il s'agit d'une loi provinciale. Grâce au pouvoir de réserve, le gouverneur général peut réserver sa sanction et demander l'accord de Londres avant d'apposer sa signature. Au niveau provincial, le pouvoir de réserve est la prérogative du lieutenant-gouverneur qui agit sur l'avis du gouverneur général en conseil. De plus, le gouvernement fédéral possède le pouvoir de désavouer les lois provinciales, ce qui en empêche l'entrée en vigueur.

Le pouvoir de réserve que s'octroie le gouvernement impérial peut difficilement être contesté par les politiciens coloniaux. Londres est très clair dans son désir de veiller à ce que le nouveau Dominion n'adopte pas de mesures pouvant aller à l'encontre des intérêts impériaux. Par contre, le pouvoir de désaveu du fédéral, joint au contrôle qu'il exerce sur les lieutenants-gouverneurs quant à leur propre pouvoir de réserve, pose problème. Une fois de plus, la définition de ce pouvoir ainsi que sa portée telle que vue par les Pères de la Confédération et les politiciens de l'époque montre bien le flou du projet. Alors que certains n'y voient qu'une simple formalité dont l'objectif est de rassurer les minorités, à savoir essentiellement les anglo-protestants du Bas-Canada, d'autres y perçoivent la tête de pont du projet unificateur caché dans la Confédération.

Le pouvoir de désaveu du fédéral sur les provinces marque les visées centralisatrices des rédacteurs du projet confédératif. Lors des débats au Canada-Uni le député Moore fera remarquer qu'un droit de veto « à l'américaine »¹¹⁰ aurait

¹¹⁰ Pour que le gouvernement fédéral américain puisse imposer son veto à une loi d'un État, il faut un vote favorable du 2/3 de la chambre des représentants.

été préférable. Le pouvoir de désaveu subordonne les provinces au pouvoir central et ne pourra que causer des conflits.¹¹¹ A. A. Dorion pour sa part, y voit une manœuvre permettant au gouvernement central d'interférer dans les choix politiques des provinces qui seraient gouvernées par un gouvernement local qui ne serait pas de la même famille politique que celle du gouvernement central au pouvoir.¹¹² Fait à souligner, c'est le réformiste Mowat qui a présenté à Québec la résolution sur l'adoption des droits de réserve et de désaveu du gouverneur général et des lieutenants-gouverneurs. Ce faisant, il va à l'encontre de ses propres opinions exprimées antérieurement ainsi que de celles de son parti, le *Clear Grit*. Sa résolution sera appuyée par Brown.

À la conférence de Québec, les positions de Brown et Mowat vont évoluer alors qu'ils s'éloignent de la plate-forme du *Clear Grit* et militent en faveur d'un gouvernement plus centralisateur. Il semble que deux facteurs majeurs aient motivé Brown. Il craint principalement qu'un gouvernement central faible ne produise un résultat similaire à celui qui a conduit les États-Unis à la guerre civile. De plus, il a aussi constaté que la future Ontario, dont la croissance démographique est la plus rapide de l'ensemble des colonies, sera très bien représentée à Ottawa. Un gouvernement central fort contrôlé par l'Ontario lui convient tout à fait.¹¹³ Il n'est pas clair que Mowat ait réellement partagé les vues de Brown, mais en acceptant de le seconder et d'appuyer une vision plus centralisatrice de la Confédération, il contribue à réduire le nombre de partisans des provinces à la table des négociations.

¹¹¹ Député Moore, *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique Britannique du Nord*, op.cit., p.231.

¹¹² *Id.*, député A. A. Dorion, p.262.

¹¹³ A. Margaret Evans, *Sir Oliver Mowat*, Toronto, University of Toronto Press, 1992, p.52.

Sur la question du pouvoir de désaveu, les Bas-Canadiens ne vont pas non plus adopter une position très favorable aux législatures locales. Langevin¹¹⁴ et Cartier tentèrent de minimiser l'impact du droit de veto en plaidant que le Bas-Canada n'avait, dans les faits, rien à en craindre puisque ce veto ne visait qu'à protéger les minorités contre des lois injustes et qu'une telle situation ne pourrait se produire dans la future province du Québec.¹¹⁵ On promet en quelque sorte que cette attribution resterait lettre morte et qu'elle n'existait qu'afin de ménager les susceptibilités. Toutefois, si la mesure n'avait été que cosmétique, son introduction dans le *B.N.A. Act* n'aurait eu aucun sens. Ce pouvoir ne tardera pas à montrer son utilité. J. A. Macdonald en fera un usage extensif à l'encontre des lois provinciales et ce, dès son arrivée au poste de Premier Ministre. Et, ironiquement, c'est le gouvernement ontarien dirigé par Mowat qui, on le verra, protestera le plus énergiquement.

Le pouvoir de désaveu et le fait que les lieutenants gouverneurs, qui font usage du pouvoir de réserve, soient nommés par Ottawa, forment de sérieuses entorses au principe de la souveraineté des provinces. À cela s'ajoute la nomination des sénateurs qui sont censés représenter les législatures à Ottawa. En effet, les sénateurs sont présentés comme étant ceux qui défendront les intérêts des provinces à Ottawa, ce qui peut les amener à être en conflit avec le gouvernement fédéral. Or, il peut parfois être difficile de s'opposer à ceux qui nous ont nommés à un poste, surtout lorsqu'on partage leurs affinités politiques. Cette situation place les sénateurs dans une position délicate. De plus, quel degré d'affinité peuvent ressentir les sénateurs à l'égard de gouvernements provinciaux qui n'interviennent à aucun moment dans leur processus de sélection ?

¹¹⁴ Admis au Barreau en 1850, il quitte la pratique du droit en 1857 et fait son entrée au Parlement du Canada-Uni sous la bannière des Bleus. Bien que conservateur, il tient au principe fédératif et sa fermeté contribue grandement à empêcher des modifications majeures à l'entente conclue à Charlottetown lors de la conférence de Londres. *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit.*

¹¹⁵ Député Langevin, *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique Britannique du Nord, op.cit.*, p.383

Certains parmi les Pères de la Confédération espèrent sans doute que c'est la Chambre des communes, par le biais des députés, qui saura assurer une certaine représentation régionale. C'est entre autres ce que va affirmer Tupper devant ses pairs à l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse. Alors qu'il présente le projet adopté lors de la Conférence du Québec, il explique pourquoi le nombre plus restreint de députés issus des Maritimes, concession faite au régime représentatif, ne nuira pas à la Nouvelle-Écosse. Après avoir indiqué comment celle-ci sera représentée au sénat, il poursuit en affirmant qu'en cas de problème, les représentants des Maritimes s'uniraient afin de faire échec à toutes mesures pouvant être contraires aux intérêts de leur région.¹¹⁶ Son optimisme n'est toutefois pas contagieux. Un autre député, Annand, va entre autres demander à Tupper s'il croit réellement que les partis politiques vont disparaître après la Confédération. Annand voit mal comment un député appartenant au parti au pouvoir pourra prendre la décision de voter avec l'opposition afin de protéger des intérêts régionaux.¹¹⁷

Si on se réfère au pouvoir de désaveu et de réserve, au mode de nomination des lieutenants-gouverneurs, des sénateurs et des juges des tribunaux supérieurs, si on y ajoute la décision des Pères de la Confédération de donner suite aux demandes de Londres et de retirer aux lieutenants-gouverneurs la prérogative du pardon, on pourrait presque croire à une union législative décentralisée où, comme l'affirme Galt, les provinces auront un statut de municipalité. Ces contradictions entre l'idée d'une union fédérale et l'introduction d'éléments peu compatibles avec le fédéralisme sont d'ailleurs relevées dans l'intervention du député Dunkin. Ce dernier est tout d'abord sceptique face à la promesse d'un recours restreint au pouvoir de désaveu.¹¹⁸ En fait, le système parlementaire importé de Grande-Bretagne, un

¹¹⁶ *Debates and Proceedings of the House of Assembly during the second session of the Twenty-Third Parliament of the Province of Nova Scotia (1865), op.cit.*, p.209.

¹¹⁷ *Id.*, p.233.

¹¹⁸ « Si la promesse de ne pas user de ce veto repose sur la présomption que tout sera fait justement et avec prudence dans les législatures locales, le pouvoir législatif est bien

modèle unitaire reposant sur des codes et des conventions, se marie mal avec le fédéralisme nord-américain. Ce dernier modèle propose un système plus décentralisé où les pouvoirs sont plus clairement départagés entre deux ordres de gouvernement. Ceci permet par ailleurs de maintenir un lien plus étroit entre les populations directement concernées par certains domaines tels l'éducation ou le droit civil et l'autorité investie du pouvoir de légiférer dans ces domaines, la province.

Si les dés sont jetés quant au rôle prédominant qu'occupera le fédéral, la place des futures provinces reste floue. Alors que certains espèrent que leur position de municipalités élargies sera clarifiée, le gouverneur Arthur Gordon, qui favorise cette option, est pessimiste. En septembre 1864, il écrit à Cardwell, alors secrétaire d'État aux colonies : « You may take my word for this, that it is [sic] a federation not only in name but in fact, whatever Monck may be led to say to the contrary¹¹⁹ ».

Conclusion

Au-delà de ce mariage difficile qu'est la Confédération, les visions opposées de ses Pères paraissent encore plus ardues à réconcilier. En effet, le désir de construire l'unité nationale ne serait pas étranger à la volonté de plusieurs hommes politiques de former une union législative plutôt qu'une fédération. Une union législative aurait permis, entre autres, de faire « disparaître toute distinction de langage, de religion ou d'origine ¹²⁰ ». De plus, une union législative aurait créé un État plus fort, plus apte à prendre sa place, autant dans l'Empire que sur la scène internationale. Finalement, il semble que, pour plusieurs, la raison d'être du système fédéral n'ait tout simplement pas été comprise.

placé; mais alors on a que faire du veto. » *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique Britannique du Nord, op.cit.*, p.506.

¹¹⁹ ANC, Fonds E. Cardwell, R4482-0-7-E.

¹²⁰ Député O'Hallaran, *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique Britannique du Nord, op.cit.*, p.797.

Mais, plus fondamentalement, ces hommes politiques ne perçoivent pas que la création des provinces va venir donner plus de force aux identités régionales et que, contrairement à ce qu'ils avaient anticipé, la structure constitutionnelle qu'ils ont conçue ne va pas aplanir les différences, mais bien leur permettre de se développer. C'est d'ailleurs le constat auquel arrive l'historien Ramsay Cook . À ses yeux, cela n'est pas étonnant. Les provinces étant des entités constituées depuis plus longtemps que le Dominion : il était donc normal que le sentiment d'appartenance y soit plus fort.¹²¹ Les limites auxquelles sont confrontées les provinces à partir de 1867, loin de les affaiblir, vont alimenter leurs revendications.

Les Pères de la Confédération ont donc réellement une vision politique de la Confédération à venir. Mais, dans le carcan du processus confédératif, cette vision a parfois du mal à s'exprimer clairement. En effet, ces hommes politiques semblent être pris entre deux modèles contradictoires, voire irréconciliables, le modèle mis de l'avant par la Grande-Bretagne et celui issu de l'expérience états-unienne. Alors que le premier tend vers une unité politique et juridique, l'autre reconnaît les régionalismes et la répartition des compétences législatives. La tension entre ces deux visions de l'État canadien en devenir marquera l'ensemble des débats pré et post confédératif sur la nature et le caractère véritables de sa loi fondatrice.

Le fondement même de la Constitution de 1867, son système fédéral, semble donc fragilisé par l'absence d'un réel consensus. Il reste maintenant à voir comment se porte le reste de l'édifice. En effet, le *B.N.A Act* ne se résume pas au fédéralisme mis en place par les Pères de la Confédération. Ces derniers échafaudent aussi la structure des institutions politiques qui vont gouverner le futur Dominion. Il faudra aussi déterminer le fonctionnement de ces institutions et qui sera l'arbitre ultime en cas de conflit.

¹²¹ Ramsay Cook, *L'autonomie provinciale, les droits des minorités et la théorie du pacte*, Ottawa, Imprimeur de la Reine pour le Canada, 1971, p.19. Pour R. Vipond, le mouvement de revendication des provinces est avant tout d'ordre constitutionnel, nous reviendrons sur ce point au chapitre 5. voir aussi : R. Vipond, *op.cit.*, p. 8.

CHAPITRE III

PARLEMENTARISME, CONSTITUTIONNALISME ET DÉMOCRATIE : QUEL AVENIR POUR LE CANADA?

S'il y avait un peuple de dieux, il se gouvernerait démocratiquement. Un gouvernement si parfait ne convient pas à des hommes.

J. J. Rousseau¹

À la veille de la Confédération, un député du Canada-Uni décrivait ainsi les liens entre les institutions du futur Dominion et celles des États-Unis. « [E]lles ont pour base commune ce grand principe : que la vie, la liberté et la recherche du bonheur sont des droits imprescriptibles de l'homme, et que pour le maintien de ces droits sont institués les gouvernements qui tiennent leurs pouvoirs des citoyens. »² Vie, liberté et recherche du bonheur, on retrouve ici en quelques mots l'essence même du credo libéral. Ce député rappelle aussi un autre élément essentiel au libéralisme : l'État est au service de l'individu et non l'inverse. Au cœur de la pensée politique de l'époque, le libéralisme imprègne le projet confédératif. Il conditionne les idées des Pères de la Confédération et définit leur vision de la démocratie. Le libéralisme est une donnée essentielle à la compréhension de la démocratie telle que conçue au 19^e siècle. Cette philosophie renverse l'ancien postulat politique en faisant de la quête personnelle de bonheur le moteur de l'action politique. Le philosophe Benjamin Constant la définit d'ailleurs comme la liberté moderne par opposition à la

¹ J.J., Rousseau, *Du Contrat Social*, édition établie par Pierre Burgelin, Paris, GF Flammarion, 1992, p. 121.

² Député Christie, *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique Britannique du Nord, 3e session*, Parlement provincial du Canada, Québec, Hunter, rose et Lemieux, 1865, p.215.

liberté ancienne qui serait plutôt celle du citoyen prenant part aux décisions de la cité³. Au devoir du citoyen face aux autres citoyens et à la collectivité se substitue l'intérêt de l'individu désirant protéger ses droits parfois même à l'encontre des décisions prises par la collectivité à laquelle il appartient, mettant éventuellement en contradiction liberté individuelle et égalité collective.

La démocratie vue strictement comme la domination de la majorité peut potentiellement attenter aux libertés individuelles et doit être limitée. Par contre, l'expression de la liberté dans le sens libéral ne peut être envisagée sans une participation de l'individu à la vie politique, participation qui est le mieux assurée dans un État démocratique. Dès lors, il faut protéger l'individu de l'État tout en lui en donnant accès à cet État, dans la perspective où l'État c'est lui, mais aussi tous les autres.

Les hommes politiques canadiens entretiennent une certaine ambiguïté face à la représentation populaire. Leur légitimité en tant que représentants de la population les invite à accorder aux électeurs le crédit d'être en mesure de faire des choix judicieux. Mais, leur vision du monde, teintée par l'idéologie libérale, les conditionne à se méfier des dérapages potentiels de la démocratie. De plus, à titre de parlementaires, ils s'estiment les vrais dépositaires de la volonté du peuple. C'est donc à eux de déterminer ce que doit faire l'État pour servir au mieux les intérêts de la population. À cette fin, ils ont reçu la capacité de modifier les paramètres de l'État pour permettre à ce dernier d'accomplir sa tâche. Par conséquent, ce sont donc les parlementaires des colonies et non le peuple qui sont souverains en cette matière.

Car l'État, c'est aussi le paradigme de la souveraineté. Le Larousse définit la souveraineté comme étant le « pouvoir dont dispose l'État de commander, de contraindre et de réprimer », ce pouvoir ne pouvant être soumis au contrôle d'un autre État ou organisme. En droit, la capacité de l'État de choisir et de modifier le

³ Benjamin Constant, *De l'esprit de conquête et de l'usurpation*, Paris, GF-Flamarion, 1986, « De la liberté des anciens comparée à celle des modernes » texte publié

contenu de sa propre Constitution et sa capacité de se lier sur le plan international définissent la souveraineté. Cette souveraineté peut avoir différentes sources. Dans le régime démocratique, c'est le peuple qui en est le dépositaire. Toutefois, les modalités de cet exercice peuvent varier, voire être encadrées par d'autres principes tels ceux exprimés dans la Constitution ou sous-jacents au modèle parlementaire. La souveraineté n'est alors plus directement liée à la population, mais se module selon des principes qui remettent l'exercice effectif de cette souveraineté à des institutions qui en deviennent alors les dépositaires.

Selon le modèle britannique, c'est le Parlement qui exerce la souveraineté et non le peuple. Cependant, les Parlements des différentes colonies d'Amérique du Nord n'exercent pas complètement cette souveraineté puisque, ultimement, ils sont soumis au pouvoir de l'Empire. Selon le modèle nord-américain, plus précisément aux États-Unis, en revanche, c'est la Constitution qui détermine les conditions d'exercice de la souveraineté et non le Parlement. Dans une certaine mesure, la Constitution du futur Dominion se veut une synthèse de ces deux modèles. Dans ces conditions, où se situera la souveraineté au Canada? Dans le *B.N.A Act*? Au Parlement impérial? Dans le Parlement et les Législatures du Canada? Les autorités britanniques semblent convaincues que le Parlement impérial aura le dernier mot dans la mise en forme du projet. Toutefois, il est essentiellement piloté par des hommes politiques nord-américains. Ces derniers semblent aussi convaincus qu'ils sont les réels maîtres d'œuvre du *B.N.A Act*. Mais, la population, quelle est sa part dans ce projet.

Le présent chapitre nous permettra de faire le point sur la voix accordée à la population dans le projet confédératif. Nous verrons comment les parlementaires perçoivent leur rôle à l'aube de la fondation du Canada et comment se divisera le pouvoir entre les parlementaires élus et les représentants du futur sénat. Finalement, nous tracerons un portrait de la vision qu'entretiennent les politiciens de

l'époque du système politique canadien, un système à mi-chemin entre monarchie parlementaire et républicanisme.

3.1. La confédération comme projet de société, qui décide?

À première vue, il semble clair qu'aux yeux de nombreux hommes politiques, la population en général a peu à dire sur l'avenir de leur gouvernement. En effet, les Pères de la Confédération ne montrèrent aucun empressement à connaître l'opinion de la population sur le projet confédératif. À titre d'exemple, le texte des *Résolutions de Québec* fut envoyé aux députés du Canada-Uni avec la mention « privé » écrite sur l'enveloppe contenant le document et accompagné par une note du secrétaire provincial les invitant à ne pas en divulguer le contenu⁴.

En 1864, il faut mentionner que la mode n'est pas non plus aux référendums. À priori, l'absence de consultation populaire ne peut pas être perçue comme un manquement aux principes démocratiques de l'époque. Mais ce projet, même négocié derrière des portes closes et dominé par les questions économiques, telle la construction d'un chemin de fer, suscite un réel intérêt dans la population. De plus, le principe de la consultation populaire n'est pas inconnu aux hommes politiques de l'époque. Les électeurs opposés au projet tentèrent donc de faire entendre leur voix, mais avec peu de succès. Ce choix d'ignorer les opposants au projet confédératif s'explique bien sûr par les enjeux économiques en cause et par les intérêts parfois conflictuels des Pères de la Confédération, mais aussi par la perception que les hommes politiques avaient de leur rôle de parlementaire.

⁴ *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord, op.cit.* p.323. Toutefois, le document coula malgré tout dans certains médias. Voir: Edward Goff Penny (éditeur du Montreal Herald), *Proposed British North American Confederation: Why it should not be imposed upon the Colonies by Imperial Legislation*, Montréal, Herald Steam Press, 1867, p.11.

3.1.1 La place des citoyens à l'heure des choix

Une opposition populaire s'était organisée autour du projet confédératif. La consultation du journal de la chambre d'Assemblée de la Nouvelle-Écosse permet de constater que plusieurs pétitions avaient été déposées par des électeurs contre le projet.⁵ Au Bas-Canada, le député de Saint-Hyacinthe, Laframboise, signale en chambre le dépôt d'une pétition signée par 1 700 électeurs se prononçant contre le projet.⁶ Au Nouveau-Brunswick, les pressions des électeurs forceront la tenue d'élections. À cette occasion, les conservateurs de Tilly, qui avaient fait la promotion du projet dans la province, vont perdre leur majorité. On remarque donc que la population n'est pas indifférente face au processus confédératif. Et elle veut se faire entendre. Certains députés porteront d'ailleurs ses doléances dans les parlements coloniaux.

Dès 1864, Miller, un député de l'Assemblée législative de la Nouvelle-Écosse, demande une consultation populaire⁷. Cette demande sera par la suite répétée, par exemple par le député Annand qui, en 1865, rappelle à Tupper son engagement à soumettre le projet à l'approbation des électeurs⁸. Au Canada-Uni, J. S. Macdonald⁹

⁵ *Journal and Proceeding of the House of Assembly of the Province of Nova-Scotia*, Session 1865, Halifax, John H. Crosskill. Des pétitions seront aussi envoyées en 1866 et certaines seront déposées devant l'Assemblée législative. *The Debates and Proceedings of the House of Assembly During the Third Session of the twenty-third Parliament of the Province of Nova-Scotia*, Halifax, J.G. Bourinot, 1866, p.193.

⁶ *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, *op.cit.*, p.748.

⁷ *Id.*, p.188.

⁸ *The Debates and Proceedings of the House of Assembly During the Second Session of the twenty-third Parliament of the Province of Nova-Scotia*, Halifax, *op.cit.*, p. 228. Voir aussi : le député Shannon à la page 268.

⁹ John Standfield Macdonald fait son entrée au Parlement du Canada-Uni en 1841 en tant que conservateur. Il joint les rangs des réformistes du Haut-Canada en 1846 et en deviendra l'un des membres influents, formant même le cabinet Macdonald-Sicotte. Il perdit toutefois le contrôle du parti Reform au profit de Brown. Il devint le 1^{er} premier ministre de

défend l'idée d'une consultation populaire, qualifiant de « monstrueuse » la décision du gouvernement de faire adopter le projet par le Parlement sans demander l'assentiment de ses habitants. Il ajoute : « il s'agit de changer notre Constitution, on veut forcer la main du peuple en refusant de le consulter. »¹⁰ Dans cette même colonie, certains députés vont déposer des motions afin d'aller chercher le consentement de la population¹¹. Un membre du Conseil législatif du Canada-Uni, Currie, dépose une résolution en vue d'obtenir une consultation directe de la population¹². Même des parlementaires favorables au projet dont Cameron, un député conservateur, demandent une élection plébiscitaire après l'adoption de la loi impériale. Cameron veut que l'édifice canadien soit basé sur la volonté du peuple. Pour lui, il est toutefois hors de question de demander directement aux électeurs ce qu'ils pensent du projet, une idée beaucoup trop démocratique et certainement pas constitutionnelle¹³.

Il n'est guère surprenant de voir que les députés en faveur d'une consultation populaire soient aussi largement ceux qui s'opposent au projet. Toutefois, il serait erroné de généraliser. Le groupe de députés en faveur d'une consultation populaire n'est pas exclusivement formé de gens opposés à la Confédération. À ce sujet, on constate que le discours de ces députés semble cohérent avec la vision qu'ils ont de leur rôle politique. Certains Parlementaires se perçoivent comme étant les représentants de leurs électeurs, leur travail étant d'exprimer la volonté des individus qui les ont choisis. Leur relation avec leurs électeurs s'apparente à un contrat. Ces électeurs, qui sont des êtres doués de raison, sont les seuls à être habilités à

l'Ontario en 1867. *Dictionnaire biographique du Canada*, <http://www.biographi.ca/FR/>, accédé le 21 juillet 2008.

¹⁰ *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, *op.cit.* p.1009.

¹¹ Rappelons ici que l'on s'adresse essentiellement aux individus pouvant voter, les censitaires.

¹² *Id.*, p.279.

¹³ *Id.*, p.970.

décider de ce qu'ils veulent comme État et comme gouvernement. On retrouve une filiation entre ce principe et l'idée de l'humanisme civique. Albert Smith¹⁴, du Nouveau-Brunswick, exprime d'ailleurs ce principe d'une manière assez éloquente alors qu'il qualifie d'arrogants ceux qui croient que la population ne peut comprendre les enjeux de la Confédération¹⁵. Selon cette vision, la liberté de l'individu est directement liée à son aptitude à faire les choix politiques qui lui sont propres. Sa capacité à faire ces choix ne peut donc pas être remise en cause.

L'humanisme civique est un concept important dans l'étude de l'évolution idéologique canadienne, ne serait-ce qu'en raison de l'influence qu'il a eue sur les penseurs états-uniens tels Jefferson, qui à leur tour, vont inspirer les hommes politiques des colonies plus près de la pensée réformiste. Le discours jeffersonien concernant la république agraire est basé sur l'humanisme civique, idéologie construite autour de l'idée du citoyen vertueux. Pour Pocock, l'humanisme civique, opposé à l'idéologie *whig*, est fondé sur des principes anciens à savoir les valeurs républicaines de la Rome antique. C'est une défense contre la modernité jugée corrompue et oligarchique. Cette modernité est donc attaquée à l'aide de vertus provenant d'un passé resté pur.¹⁶ L'humanisme civique invite donc à un élargissement de la base démocratique en faisant appel à la responsabilité politique de chaque citoyen.

¹⁴ Albert James Smith se présente en 1852 dans le comté de Westmorland au Nouveau-Brunswick. En 1865, il dirige avec succès une campagne anti-confédération aux dépens du gouvernement Tilly et prend la tête du gouvernement. Il désengage le Nouveau-Brunswick du processus confédératif. Cependant l'opposition du lieutenant gouverneur Gordon et l'impossibilité de mener à bien ses négociations commerciales avec les États-Unis l'oblige à démissionner et Tilly retrouve alors les rênes de la colonie. *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit.*

¹⁵ New-Brunswick, House of Assembly, 29 avril 1865 dans Janet Ajzenstat, Paul Romney, Ian Gentles et William D. Gairdner, ed., *Canada's Founding Debates*, réédition, Toronto, University of Toronto Press, 2003, p.406.

¹⁶ J.J.G.A. Pocock, *Virtue, Commerce and History, Essays on Political Thought and History in the Eighteenth Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985, p.158.

L'humanisme civique ou le républicanisme classique place le citoyen au centre de la vie politique de la cité. En effet, on ne peut être citoyen à part entière sans un accès à la vie politique. Le citoyen est un *ζοον πολιτικον*, un animal politique. Sa liberté est donc directement reliée à sa capacité à agir activement sur la vie politique de la cité. L'humanisme civique se base sur l'idée selon laquelle l'homme est foncièrement une créature politique¹⁷. Cette philosophie politique récupère donc le principe libéral de l'individualisme au profit de l'activité politique.

À l'inverse de ce courant de pensée, les Pères de la Confédération paraissent peu disposés à tenir compte de l'opinion publique dans leurs débats. Pour J. A. Macdonald, le recours à l'assentiment populaire n'est pas utile pour deux raisons. Tout d'abord, si le Parlement juge que la population refuse le projet, il ne sera pas adopté. Ensuite, si cette dernière est favorable au projet, il n'est pas utile de la consulter.¹⁸ Brown, pour sa part, calcule que le peuple a eu nombre d'occasions de se prononcer à propos de la Confédération. Il rappelle qu'il y a eu, depuis la mise en branle du projet, 14 élections au Conseil législatif et 11 à l'Assemblée. Lors de ces élections, seulement deux politiciens opposés au projet sont parvenus à se faire élire. Par conséquent, à ses yeux, la cause est entendue.¹⁹ Les hommes politiques opposés à une consultation populaire ont en commun le même argument. Selon eux, si le peuple doit s'exprimer, c'est par le biais de parlementaires élus et non directement. Ils croient aussi, contrairement à des hommes comme Smith, que la protection de la liberté passe davantage par le recours au filtre politique que constitue le parlementaire que par l'expression directe de la volonté populaire.

¹⁷ *Id.*, p.39.

¹⁸ « If by petitions or public meetings Parliament is satisfied that the country do not want the measure they will refuse to adopt it. If on the other hand Parliament sees that the Country is in favour of the Federation there is no use in an appeal vote. » Lettre de Macdonald à Samuel Amsden, décembre 1864, ANC, Fonds Samuel Amsden, MG 24 B 65.

¹⁹ *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, *op.cit.*, p.83.

À ce propos, l'opinion de l'électeur doit être traitée avec circonspection. E. P. Taché s'exprime ainsi à son égard:

« Il n'est pas dans ma pensée d'être injuste envers mes compatriotes car, dans les pays mêmes comme les États-Unis où l'on se targue beaucoup de l'instruction du peuple, l'immense majorité est guidée par des hommes marquants. Elle ne pense pas, elle ne réfléchit pas par elle-même, et il en [est] ainsi de notre peuple.²⁰ »

Notons au passage que Taché ne fait pas partie des membres élus du Conseil législatif du Canada-Uni. En effet, les colonies du Canada-Uni et de l'Île-du-Prince-Édouard ont, dans la décennie 1850 et sur l'initiative de leurs assemblées législatives respectives, décidés se doter d'un Conseil législatif élu. Leur objectif principal était de permettre un déblocage lorsque le parti politique majoritaire à l'Assemblée législative diffère de celui représenté au Conseil. Des conseillers élus se joignent donc petit à petit à ceux nommés déjà en place.

Taché appartient à cette seconde catégorie. Il n'a donc pas d'électeurs auxquels il devra rendre des comptes. Il peut donc se permettre de dire tout haut ce que certains pensent tout bas. Pour ces hommes politiques, la Confédération est un projet complexe, mêlant intérêts économiques et politiques. Ces enjeux sont trop larges et trop ambitieux pour être pleinement assimilés par un électorat préoccupé par les questions locales et par la crainte de voir les deniers publics dépensés de façon contraire à sa volonté.

À cette opinion méfiante à l'égard de la capacité la population à faire des choix éclairés se joint la certitude chez d'autres Pères de la Confédération que la souveraineté à la source de toutes modifications constitutionnelles se trouve au Parlement. Dans la tradition britannique, le droit de modifier la Constitution n'appartient pas à la population en général, mais bien au Parlement. Par conséquent, dans les colonies, la décision de créer le Dominion et de le doter d'une Constitution ne revient pas aux citoyens, mais bien à leurs représentants. L'idée

²⁰ *Id.*, p.243.

d'une consultation populaire implique une vision radicalement démocratique du fonctionnement de l'État. Cette vision est largement absente chez ces politiciens. Elle est assez conforme à la pensée britannique qui situe l'essence de la souveraineté au parlement et non chez le « peuple ».

L'un des paradoxes démocratiques se situe dans le sens donné à la notion de peuple et, plus encore, dans la portée exacte du pouvoir politique qui lui est réservé. Comment est le *peuple*, à quoi ressemble-t-il? Pour les hommes politiques états-uniens adhérant à la pensée fédéraliste « l'homme est mauvais par nature et (...) il faut une forte autorité pour le gouverner, qui peut être un monarque républicain. ²¹ » À l'inverse, pour les démocrates, tel Thomas Jefferson, la population est raisonnablement intelligente et les risques d'abus sont du côté des gouvernements qui prennent en charge la gestion de l'État. À la fin du 19^e siècle, alors que les pays occidentaux tendent de plus en plus vers le suffrage universel, plusieurs se questionnent sur les conséquences d'une éventuelle mainmise de ce peuple sur l'État. Différentes discussions entourant le projet confédératif mettent en relief ces préoccupations chez les hommes politiques de l'époque.

3.1.2. *Le Canada ne sera pas une démocratie*

Entendue dans son sens le plus commun, la démocratie signifie la gouvernance par le choix de la majorité des votants. Elle implique que tous sont égaux et que par conséquent, la décision de la majorité représente l'expression la plus parfaite de la volonté des individus. Elle implique aussi un lien direct entre l'individu et l'État alors entièrement contrôlé par la majorité. La démocratie a aussi une portée plus vaste. Elle suppose la possibilité d'accès de tous à la charge publique. En effet, tous étant égaux, nul n'est alors le plus qualifié pour diriger les autres. Aux yeux de certains philosophes tels Platon, cet égalitarisme conduit alors à la dégénérescence de l'État

²¹ Dmitri Georges, Lavroff, *Histoire des idées politiques depuis le XIXe siècle*, 7e éd., Paris, Dalloz, 1998, p.48.

puisque la pertinence d'aptitudes à gouverner n'est plus alors reconnue²². Autant les philosophes de l'antiquité que ceux qui réfléchirent sur la démocratie tout au long des 18^e et 19^e siècles considèrent que l'une des principales caractéristiques de la démocratie est l'égalitarisme. Si certains comme Paine ou Stuart Mill s'en réjouissent, d'autres s'en inquiètent.

Pour Tocqueville, un observateur de la démocratie états-unienne, cet égalitarisme est le mal de la démocratie. Il convient que l'égalité apporte une certaine liberté puisque dans une société égalitaire tous ont les mêmes droits et peuvent vivre « de la même manière »²³. Mais, cette quête de l'égalité conduit à l'individualisme, car les chaînes liant les individus les uns aux autres dans le système aristocratique sont, dès lors, brisées et chaque anneau se retrouve seul. Cet individualisme conduit selon lui à l'uniformisation de la société et à la perte de la liberté individuelle. Il reproche à la société démocratique des États-Unis de préférer l'égalité à la liberté. Mais de quelle égalité parle-t-on alors?

Il faut souligner qu'au 19^e siècle, il n'y a pas, dans les pays occidentaux, de dirigeants élus au suffrage direct et encore moins au suffrage universel, à l'exception peut-être de la France, si on oublie de tenir compte des femmes. Les pays qui ont hérité des institutions britanniques sont gouvernés par le biais d'un régime axé sur la représentation, le régime parlementaire. Ce n'est donc pas la majorité qui décide directement. De plus, on parle ici d'une majorité se limitant bien souvent aux hommes propriétaires de race blanche, puisque le droit de vote est soumis à une franchise. Le plus souvent, cette franchise est liée à la propriété, mais d'autres conditions peuvent s'appliquer. À ce sujet, citons l'exemple de la colonie du Nouveau-Brunswick où, les catholiques vont être privés du droit de vote. Aux yeux de Tocqueville, si les États-Unis sont si démocratiques, c'est parce que tous les

²² B. Bernardi, *La démocratie, Textes choisis et interprétés*, Paris, Flammarion, 1999, p.62, extrait de « Platon, *République*, livre VII »

²³ A. de Toqueville, *De la démocratie en Amérique*, réédition, Paris, Éd. Pierre Lafont, 1986, coll. Bouquins, p.493.

hommes blancs, âgés de plus de 21 ans, y ont le droit de vote. Toutefois, ces derniers ne votent pas directement pour leurs dirigeants. Cette tâche revient plutôt à leurs représentants élus, les Grands Électeurs. Malgré tout, les États-Unis et la France qui, pour sa part, adopte le régime du suffrage universel masculin en 1848, offrent à leurs citoyens des assises démocratiques plus fortes que la Grande-Bretagne qui, au moment de la Confédération, peine à réduire la franchise.

L'institution parlementaire n'a pas, à l'origine, de prétentions démocratiques. Le Parlement est tout d'abord un reliquat féodal.²⁴ Prévu à l'origine pour les Barons, le Parlement ouvre par la suite ses portes à des représentants de plus basse extraction. La présence de groupes représentant différents intérêts sera par la suite institutionnalisée au 13^e siècle.²⁵ Édouard 1^{er} institue alors le *Model Parliament*. Ce Parlement se veut une arène où seront représentées les différentes classes de la société anglaise,²⁶ soit les lords spirituels (le clergé), les lords temporels (l'aristocratie) et les Communs, à savoir les représentants des bourgs.²⁷ La chambre où ces derniers se réunissent prendra d'ailleurs leur nom.

Si le monarque fait une place à ces représentants des bourgs qui deviendront les bourgeois *whigs*, c'est parce qu'il veut les convaincre d'accepter les levées d'impôt jugées nécessaires pour renflouer un trésor public très souvent à sec.²⁸ On ne parle pas ici d'une représentation du citoyen dans l'État mais d'une interaction entre l'État

²⁴ Sous l'appellation de *magnum concilium*, il sera, à partir de la conquête normande de 1066, l'organe de représentation des barons à la cour royale. Ces derniers avaient en effet établi, lors du couronnement d'Henry 1^{er}, leur droit à être entendus du monarque. M.H. Ogilvie, *M.H. Ogilvie, Historical Introduction to Legal Studies*, Toronto, Carswell, 1982, p.93.

²⁵ *Id.*, p.94.

²⁶ Collin Padfield et Tony Byrne, *British Constitution Made Simple*, 6th ed., Londres, Heinemann, 1981, p.20.

²⁷ Ville possédant une charte royale, elle est administrée par ses habitants.

²⁸ M.H. Ogilvie, *op.cit.*, p.94.

et celui qui le finance. Il n'est donc pas surprenant alors de voir que la représentation de ces bourgeois au Parlement est tributaire de leurs avoirs et que le droit de choisir les représentants des bourgs est donné aux propriétaires susceptibles d'avoir à payer taxes et impôts. Subsidiairement, ce lien entre vote et propriété permettra éventuellement de contrer cet égalitarisme réducteur reproché au système démocratique tout en élargissant la base de l'État.

Ainsi, le juriste Blackstone vantera les avantages d'un système électif basé sur la propriété, celle-ci devenant alors la garantie de la capacité pour l'électeur de choisir en toute indépendance.²⁹ En fait, pour ce juriste, le vote n'est pas en soi un droit. Il existe selon lui trois droits principaux, le droit à la sécurité, à la liberté et à la propriété.³⁰ À ces droits fondamentaux se joignent des droits subordonnés, dont, entre autres, les droits et privilèges du Parlement, la limitation de la prérogative royale et le droit d'en appeler aux tribunaux. Il est en fait plutôt critique de la démocratie et croit que si les assemblées populaires veulent faire ce qui est juste, les revendications qui y sont exprimées sont souvent frivoles.³¹

La société anglaise d'où émerge le parlementarisme a fortement intériorisé la notion d'inégalité des classes sociales et cette stratification se reflète dans la structure du Parlement où la monarchie, l'aristocratie et la bourgeoisie ont chacune leur propre mode de représentation. Cette adhésion à ce système se présente aussi dans la pensée de philosophes tel Burke. Ce dernier considère que cette société des classes est garante de l'ordre social. Se référant à l'histoire et aux traditions, il considère que les classes sont essentielles si l'on veut situer les citoyens selon leurs

²⁹ W. Blackstone, *William, Blackstone, Commentaries on the Laws of England, a Facsimile of the first Edition of 1765-1769, vol. 1 Of the Right of Persons*, Introduction by Stanley N. Katz, Chicago, University of Chicago Press, 1979, p. 154.

³⁰ *Id.*, p.125

³¹ *Id.*, p. 49 «Popular assemblies are frequently foolish in their contrivance, and weak in their execution; but generally mean to do the thing that is right and just».

compétences. L'égalité est un leurre puisque l'inégalité fait partie de l'ordre naturel voulu par Dieu.³²

En matière de démocratie, les Pères de la Confédération et les hommes politiques de leur époque sont à la croisée des chemins. Ils sont les héritiers de Blackstone et de Burke. Leur attitude de méfiance à l'égard de la démocratie est profondément ancrée.³³ Ils acceptent implicitement le principe de l'inégalité originelle entre les hommes, sans parler de celle plus marquée entre les hommes et les femmes. Ils ont été éduqués dans la pensée *Whig* qui fait de la liberté une valeur supérieure à l'égalité. Mais, ils habitent dans une autre réalité que celle où s'est développé le parlementarisme anglais. L'Amérique du Nord est un continent offrant un accès élargi à la terre et à la propriété et ne présente pas les contrastes sociaux de l'Europe.

Les hommes politiques de l'époque ne viennent pas tous de familles qui appartiennent à un establishment financier ou héréditaire. La franchise électorale étant plus facilement accessible, l'électorat n'a pas le même profil sociologique qu'en Europe. Ceci est vrai surtout pour le Canada-Uni où l'accès au vote est moins restreint que dans les Maritimes. L'accès à des charges publiques est aussi facilité. Il y a donc moins de distance entre les politiciens et leurs concitoyens. Leurs discours contradictoires sur le principe d'une consultation populaire montrent bien

³² M. Ganzin, *La pensée politique d'Edmund Burke*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972, p. 39-40.

³³ On peut voir au sujet de la méfiance des classe politiques occidentales à l'égard de la démocratie : P. Rosanvallon, « L'universalisme démocratique histoire et problèmes », *Laviedes Idées.fr*, magazine web,

http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20080128_rosanvallon.pdf, publié le 17 déc. 07, consulté le 10 janvier 09. L'auteur note par exemple la difficulté qu'aura le terme « démocratie » à s'imposer dans la langue française (p. 4) constate aussi comment le terme fait difficulté même chez les révolutionnaires états-unis. (p.8). Pour une perspective plus complète de la pensée de Rosanvallon à ce sujet voir aussi : *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple de France*. Paris, Gallimard, 2000. Sur le même sujet, on peut aussi consulter : J. Dunn, *Setting People Free; The Story of Democracy*, Atlantic Book, Londres, 2005. L'auteur y retrace, entre autres, la mauvaise réputation que le concept de la démocratie a très longtemps eu auprès des penseurs occidentaux.

leur ambivalence face au principe même du droit de regard de la population sur le projet confédératif. Cette ambivalence est le reflet de leur méfiance à l'égard d'un régime où les principes démocratiques seraient élargis pour donner plus de poids aux électeurs, et finalement, au peuple. Ceci s'exprime tout au long des débats qui entourent le projet.

Ainsi, l'un des promoteurs du projet, D'Arcy M^cGee s'oppose au principe démocratique. Cet homme qui fut par ailleurs un grand défenseur des droits politiques des Irlandais catholiques est formel : « L'idée de la démocratie en Amérique ne sourit pas plus à l'esprit des hommes réfléchis que celle de la monarchie universelle ne plaisait à ceux qui se sont enrôlés sous l'étendard de Guillaume III en Europe »³⁴. Pour lui, la démocratie est une trappe qui, si elle n'est pas refrénée, engloutira le futur Dominion en le fondant dans les États-Unis d'Amérique. D'ailleurs, le mot démocratie s'emploie dans un sens négatif. Un député du Canada-Uni, M^cGiverin, s'oppose à l'idée de l'appel au peuple, car cette idée est selon lui, pernicieuse et « profondément démocratique »³⁵. Pour Cartier, « au fond de la démocratie est l'abîme ». À ses yeux, dans les démocratiques États-Unis, le pouvoir de la populace a remplacé l'autorité légitime.³⁶ Dorion, favorable à la consultation populaire sera accusé d'être « démocrate ». À la démocratie pure et simple, les politiciens coloniaux préfèrent des systèmes plus modérés où la volonté populaire est encadrée. Le parlementarisme est donc le système idéal puisque le parlementaire peut agir à titre de modérateur et faire le pont entre cette volonté populaire et la direction de l'État.

³⁴ *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord, op.cit., p.145*

³⁵ *Id.*, M^cGiverin, p.476.

³⁶ *Id.*, p.58.

3.1.3. *Nous sommes les représentants du peuple et non ses délégués*

Depuis l'origine du parlementarisme en Grande-Bretagne, le droit pour les individus de donner une opinion dans la gestion de l'État n'a jamais été associé au vote direct mais plutôt au fait de choisir son représentant auprès de l'État.³⁷ Toutefois, la mise en œuvre de ce droit de regard n'existe pas que sous cette forme. Dans le canton de Genève qui inspire J. J. Rousseau dans l'élaboration de sa pensée politique au 18^e siècle, chaque citoyen ayant le droit de vote prend une part plus directe à la conduite des affaires de la cité. D'ailleurs, Rousseau est totalement opposé au gouvernement composé de représentants choisis par le peuple et y voit un signe de décadence. « Quoi qu'il en soit, dès l'instant qu'un peuple se donne des représentants, il n'est plus libre, il n'est plus.³⁸ » Cette vision qu'entretient Rousseau de la démocratie relève davantage du vœu pieux que de la pratique. Dans les faits, la démocratie directe ne peut exister que dans les lieux relativement confinés et à l'égard d'une population restreinte. Plus efficace dans les plus grands ensembles, le système de représentation par députés, en place dans les colonies du futur Dominion depuis 1791, s'impose donc tout naturellement. Par contre, il ne faut pas croire que cette idée d'une démocratie plus directe où la décision serait réellement prise, en bout de compte, par l'électeur est complètement absente. Elle marque certains parlementaires dans leur vision de leur rôle.

Un parlementaire est-il un représentant ou un délégué de ceux qui ont voté pour lui? Pour J. A. Macdonald : « Si, au lieu d'être des représentants nous n'étions plus que de simples délégués nous n'aurions plus qu'à voter les mesures sans aucune discussion et d'après les instructions de nos électeurs »³⁹. Cette vision rejoint la pensée de Burke. Ce dernier a développé une théorie de la députation où le député

³⁷ Voir entre autres : Pierre Rosanvallon, *Le sacre du citoyen, histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, 1992; M. H. Ogilvie, *op.cit.*

³⁸ J.J. Rousseau, *Du Contrat social*, *op.cit.*, p.124.

³⁹ *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, *op.cit.*, p.1009

doit être à l'écoute de ses électeurs afin d'être l'interprète de leurs désirs, mais il « ne doit être que l'interprète et non le délégué lié par des instructions ou un mandat interprétatif ». ⁴⁰ John M. Johnson⁴¹, représentant du Nouveau-Brunswick aux trois conférences ayant mené à la Confédération, va plus loin encore que J. A. Macdonald. À ces yeux, les parlementaires, lorsqu'ils agissent dans le cadre de leurs attributions, sont *la population* et ont à ce titre la pleine souveraineté législative. Ils peuvent donc agir sans demander l'assentiment populaire.⁴²

Cette vision du rôle du parlementaire, qui dépasse celle du simple délégué de la volonté populaire pour lui conférer le devoir de prendre ses distances et d'agir pour le bien de ses concitoyens, sert bien ceux qui veulent justifier l'absence de consultation populaire. Ainsi, Tupper souligne que c'est le Parlement qui a le pouvoir de changer la Constitution et qu'étant donné que le gouvernement de la Nouvelle-Écosse jouit d'une majorité claire, il n'est pas nécessaire de dissoudre le Parlement et de faire des élections.⁴³ De plus, selon lui, il serait inacceptable pour le Parlement de se décharger de ses responsabilités par un appel au peuple.⁴⁴ Cette notion de responsabilité du Parlement ne serait pas conforme uniquement au droit anglais, mais serait tout aussi vraie en vertu du droit états-unien où l'on retrouve le même régime basé sur la représentation.

⁴⁰ M. Ganzin, *op.cit*, p.67.

⁴¹ John Mercer Johnson débute en politique en 1850 sous la bannière réformatrice. Il sera nommé au Conseil une première fois 1854. Par la suite il fera la navette entre les deux chambres. Il fut l'un des ardents défenseurs du projet confédératif au Nouveau-Brunswick. *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit*

⁴² « They are the people for all legislative purposes, and they have the power to change the Constitution when they think the country requires it. » House of Assembly, 2 juillet 1866, dans J. Ajzenstat, P. Romney, I. Gentles et W. D. Gairdner, Ed., *Canada's Founding Debates, op.cit*, p.411.

⁴³ *Debates on the Union of the Provinces, in the House of Assembly of Nova Scotia, March 16th, 18th and 19th 1867*, Colonial Governments Journals, CIHM/ICMH 67163., p.13.

⁴⁴ M^cGiverin, *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord, op.cit*. p.476.

Tous ne partagent pas cette définition du rôle du parlementaire. Certains députés se perçoivent bel et bien comme les délégués de leurs électeurs. C'est entre autres le cas du député Huntington du Canada-Uni qui, après avoir consulté ses électeurs, annonce qu'à leur demande, il votera contre le projet.⁴⁵ D'autres députés, Ross, Walch, Pouliot et Biggar, avisent qu'ils vont agir de la même façon. Ces députés partagent une vision plus fondamentalement démocratique et égalitaire du rôle du parlementaire. Cette position de dépositaire de la volonté populaire est mise de l'avant le plus souvent par les hommes politiques opposés au projet confédératif. Ils utilisent cet argument afin de faire valoir leur position mais, dans certains cas, ils ont choisi de s'opposer au projet parce qu'ils estiment en avoir eu le mandat. On retrouve donc deux visions du rôle du parlementaire. L'une se rapproche sensiblement de l'image britannique du parlementarisme, une institution qui s'est développée sur des bases élitistes qu'elle ne peut pas complètement renier. L'autre est davantage établie dans une réalité égalitaire où peu de choses séparent le parlementaire de son électeur.

En ce qui concerne plus directement le projet confédératif, les parlementaires, délégués ou représentants, vont, dans certains cas, être déçus du rôle accessoire qu'on leur demande de jouer. *Les Résolutions de Québec*, qui contiennent l'essentiel du futur *B.N.A. Act*, ne seront soumises au vote que devant le Parlement du Canada-Uni. Et les députés reçoivent l'instruction de voter en bloc pour l'ensemble, car rien ne pourra y être modifié. S'appuyant sur le fait que le projet déposé en chambre doit être vu comme étant un *traité*⁴⁶ entre les colonies, on leur demande en effet de l'accepter tel quel.

Au parlement du *Canada-Uni*, le député Moore souligne qu'il trouve insultant que l'on veuille l'obliger à adopter en bloc, sans modification, un document « produit en

⁴⁵ *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord, op.cit.*, p.954.

⁴⁶ *Id.*, voir : J. A. Macdonald, « Ce projet doit être considéré comme un traité passé entre les différentes provinces », p 32.

18 jours ».⁴⁷ Le député Vidal se demande à quoi il sert de demander l'avis de la Chambre à l'égard d'un projet qu'il faut accepter sans modification.⁴⁸ Un autre député, opposé au projet, avance que 6 des 26 députés bas-canadiens en faveur du projet s'apprêteraient à voter à l'encontre de la volonté de leur électeur.⁴⁹ Les députés du Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Écosse, quant à eux, n'auront même pas le loisir de voter sur les *Résolutions de Québec*, celles-ci n'étant pas soumises au vote. Les électeurs du Nouveau-Brunswick pourront se prononcer sur le projet dans son ensemble lors d'une véritable élection référendaire. Les opposants à la Confédération l'emportent alors. Toutefois, Albert Smith, qui dirige la coalition politique portée au pouvoir, finira par se ranger en faveur projet.⁵⁰ Il faut rappeler, à sa décharge, qu'au moment où il change d'opinion, la fragile coalition qu'il dirige est sur le point d'éclater.

La confédération est donc avant tout l'affaire des parlementaires, mais surtout des délégués aux différentes conférences. Leur principale préoccupation est de reproduire dans le futur Dominion un régime sensiblement identique que celui qui a cours en Grande-Bretagne, c'est-à-dire une monarchie, avec une nuance : elle sera constitutionnelle plutôt que parlementaire. Ce système reproduira, dans sa forme, les grands principes britanniques quant à la représentation des trois grands groupes politiques, la Couronne, l'aristocratie et les autres. En conséquence, il y aura, dans le système canadien, une chambre qui sera occupée par l'élite, le Sénat. Toutefois dans les colonies, il n'y a pas d'aristocratie, il faudra donc trouver cette élite ailleurs. Et une fois trouvée, il faudra déterminer quels pouvoirs on entend lui donner.

⁴⁷ *Id.*, p.229.

⁴⁸ *Id.*, p.80.

⁴⁹ *Id.*, p.998.

⁵⁰ Lettre de A. Gordon à E. Cardwell, février 1866, ANC. Fonds du Gouverneur général, RG7 G10, vol. 16 no 60, p.94.

3.2. Chambre haute et Chambre basse

À l'époque où se noue le débat confédératif, le Canada-Uni, tout comme l'Île-du-Prince-Édouard, expérimente la formule du Conseil législatif élu. Octroyé aux colonies en 1791, le Conseil législatif est l'ancêtre du Sénat moderne. À l'origine, tous les Conseils législatifs coloniaux sont formés de personnes nommées par l'administration coloniale. Au Canada-Uni, le principe électif va être introduit par le cabinet Lafontaine-Baldwin. Ce gouvernement prend, au milieu des années 1850⁵¹, la décision d'en permettre l'élection des membres afin de ne pas être constamment freiné par un Conseil hostile. C'est donc un Conseil composé partiellement d'élus qui doit se pencher sur l'opportunité de se transformer en un Sénat composé de membres nommés à vie. Entre les Conseillers, les débats seront vifs et plusieurs, principalement ceux qui ont été élus, dénonceront le mode de nomination proposé des sénateurs qu'ils considèrent comme étant un recul au regard de la démocratie.

Il est par contre paradoxal pour ces Conseillers de s'inquiéter du déficit démocratique d'une chambre qui, bien sûr, veut assurer la représentation des provinces à Ottawa, mais aura surtout pour tâche de modérer l'élément démocratique que représente l'assemblée élue des députés. Toutefois, ils n'ont pas tort de s'inquiéter du manque de crédibilité politique dont pourrait potentiellement souffrir une institution formée de personnes nommées par le gouvernement. Pour comprendre les réserves de ces hommes politiques à l'égard d'un Sénat non élu et la place de ce Sénat dans la future Confédération, il convient de voir le statut de cette institution dans le monde politique colonial de l'époque.

⁵¹ Plus exactement en 1856 : Michel Morin, « L'élection des membres de la Chambre Haute du Canada-Uni, 1856-1867, *Cahiers de Droit*, 35 (1994), p.37.

3.2.1 Le Conseil législatif, la marque anglo-saxonne

Créé lors de l'Acte de Québec de 1791, le Conseil législatif partage avec l'Assemblée législative, octroyée par cette même loi, le rôle d'organe législatif. Par contre, ses membres sont nommés à vie par le gouverneur de la colonie, sous réserve de l'approbation du souverain. Le gouverneur peut, de plus, choisir parmi le conseil législatif les membres de son conseil exécutif, soit ceux qui lui tiendront lieu de ministres. Londres espère aussi créer par le Conseil législatif une petite aristocratie coloniale. En effet, l'article V de l'Acte prévoit la possibilité pour les membres du Conseil législatif de transmettre leur poste à leurs héritiers sur permission du souverain.⁵² Cet article ne sera jamais mis en pratique. Sous la tutelle des gouverneurs, le Conseil législatif devint rapidement la chasse gardée d'une élite économique coloniale, entre autres, le *Family compact* dans le Haut-Canada et la *Clique du Château* au Bas-Canada. Par la création de cette chambre, Londres espère perpétuer le modèle anglais.

Cependant, sur le plan politique, le souhait de Londres de créer et mousser une certaine forme d'aristocratie coloniale s'avère un échec. Au départ, on constate, entre autres au Bas-Canada, la volonté de lier les postes du Conseil législatif à la propriété terrienne. Les seigneurs, mais surtout les Britanniques recevant des concessions, seront donc les candidats privilégiés de l'administration coloniale.⁵³ Par contre, la composition du Conseil évolue et la bourgeoisie d'affaires fait son entrée. Elle sera bientôt suivie par la classe des professionnels canadiens-français. Dans son étude sur la composition du Conseil législatif, l'historien A. Garon remarque aussi que l'arrivée du parti Patriote entraîne une alliance symbiotique des membres britanniques de l'Assemblée législative et du Conseil, réduisant d'autant

⁵² Acte constitutionnel de 1791, A. Shortt et A. G. Doughty (éd.), *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, 2^{ème} édition, partie 2, Ottawa, Thomas Mulvey, 1921, p.1014.

⁵³ André Garon, « La fonction politique et sociale des chambres hautes canadiennes, 1791-1841 », *Histoire sociale/Social History*, 5 (1970), p.67.

les distinctions possibles de classe entre ces deux chambres.⁵⁴ Cette osmose graduelle entre les membres des Conseils et des Assemblées législatives se remarque par ailleurs dans toutes les colonies. Elle ira en s'accroissant à partir du gouvernement responsable.

Au fil des ans, les gouverneurs des colonies renoncent donc à faire du Conseil législatif le ferment d'une aristocratie coloniale et adoptent une approche pragmatique dans le choix des conseillers. Si ce pragmatisme prend en compte l'ascension d'une bourgeoisie coloniale, perçue comme le contrepoids à la montée des revendications populaires, il illustre aussi l'apparition d'une classe politique organisée qui prend une part de plus en plus active à la gestion des colonies. Les gouverneurs coloniaux vont être invités par Londres à consulter les représentants de l'Assemblée législative dans le choix des Conseillers et ce, même avant l'octroi du gouvernement responsable. Dès 1846, Lord Earl Gray, alors secrétaire d'État aux colonies, recommandait au lieutenant-gouverneur de la Nouvelle-Écosse de choisir un Conseil en harmonie avec la volonté populaire. Il ajoutait aussi que le Conseil ne pouvait pas être utilisé pour bloquer les projets de loi issus de la volonté de la majorité siégeant à l'Assemblée législative⁵⁵.

Le Conseil est donc détourné de sa vocation première, soit la reproduction de l'idéologie britannique du parlementarisme. Il ne peut devenir le lieu où sera représentée l'une des trois classes qui forment l'État. Il n'agit pas à titre de modérateur devant freiner les réformateurs élus à l'Assemblée législative. L'émergence du gouvernement responsable en 1848 confirme ce détournement de fonction. Dorénavant, plusieurs des responsables des différents portefeuilles proviennent de l'Assemblée législative et ce sont des représentants choisis par les parlementaires qui dirigent le gouvernement et non plus le gouverneur anglais. Ces

⁵⁴ *Id.*, p.73-74.

⁵⁵ « Extracts from a dispatch from Earl Gray to lieutenant-governor Sir John Harvey, 3 November 1846 », A. Shortt et A.G. Doughty (éd.), *op.cit.*, p. 494.

hommes politiques prennent une part de plus en plus active à la nomination des Conseillers qui seront choisis dans les cercles politiques des coalitions au pouvoir.

Au moment où débutent les discussions entourant la Confédération, le Conseil législatif est une institution relativement plus importante que ne le sera le Sénat. Certains des conseillers jouent un rôle actif sur le plan politique. Ils sont nommés à des postes clés et on reconnaît au Conseil le pouvoir de défaire certaines décisions de l'Assemblée législative.⁵⁶ Au moment où s'amorce la Conférence de Québec, le Premier ministre du Canada-Uni, E. P. Taché, siège au Conseil législatif et non à l'Assemblée. Huit des Pères de la Confédération sont issus des Conseils législatifs des différentes colonies, plus particulièrement dans les délégations des Maritimes.

Les *Résolutions du Québec* proposent à la fois la continuité des fonctions du Conseil législatif et de profondes modifications. Tout d'abord, le rôle législatif du Conseil est confirmé. Tout projet de loi ne peut être adopté sans l'aval de cette chambre qui conserve aussi la possibilité de déposer ses propres propositions législatives. En fait, les projets de loi suivent un cheminement identique dans les deux chambres. Le Sénat a donc le pouvoir théorique de rejeter tout projet émanant de la Chambre des communes. Par contre, on note deux changements fondamentaux. Le Conseil hérite du mandat de représenter la voix des provinces au fédéral. De plus, le mode de nomination des futurs sénateurs est désormais fixé : ils seront choisis par le Gouverneur général en Conseil⁵⁷, c'est-à-dire le gouverneur général sur l'avis du premier ministre et de son cabinet.

Ce choix de mode de nomination des futurs sénateurs ouvre un débat plus large sur la place de cette institution au sein du Parlement du Dominion. À partir de 1791, année où se forment les législatures coloniales dans les Canadas et jusqu'à la

⁵⁶ Dans les faits, au Canada-Uni, le Conseil renverse très rarement les décisions de l'Assemblée. M. Morin, *op.cit.*, p.29.

⁵⁷ *B.N.A Act.*, art. 24.

Confédération, le gouverneur jouit d'une grande latitude en ce qui concerne le choix des membres des différents Conseils législatifs. Ceux-ci sont nommés directement par un représentant de Londres et non par des politiciens coloniaux, même si ces derniers peuvent éventuellement donner leur avis. Les Conseillers n'auront pas réellement de compte à leur rendre avant 1848, année où Londres accorde le gouvernement responsable aux colonies. Jusqu'en 1867, le poste de Conseiller s'accompagne d'un certain pouvoir et d'un certain prestige. On les perçoit comme les gardiens de la stabilité de l'État, servant de rempart contre les abus potentiels de la démocratie. Choisis en fonction de leur patrimoine personnel et de leurs liens avec l'entourage des gouverneurs coloniaux, ils sont souvent les représentants de l'élite économique à l'intérieur des administrations coloniales. Nommés par les gouverneurs, ils ont une certaine indépendance face à l'Assemblée législative. Le mode de nomination des sénateurs se distingue donc fortement de celui des Conseillers et modifie profondément les rapports de force entre les deux chambres.

3.2.2. *Un Sénat américain? Des sénateurs à la « canadienne »!*

Le futur Sénat se voit donner un rôle important au sein du Dominion : il a la tâche de veiller sur les intérêts minoritaires. Il s'agit ici autant des intérêts des Maritimes, qui se perçoivent comme une minorité à l'égard du Canada-Uni, que des intérêts des Catholiques ou des Protestants. Aux yeux de certains, ce rôle aurait été mieux défendu par un Sénat semblable à celui des États-Unis où chaque État est représenté équitablement.⁵⁸ Rien de tel dans le futur Dominion où le nombre des sénateurs représentant chacune des colonies fondatrices est modulé par leur population. Ainsi, alors que les futures provinces de l'Ontario et du Québec sont représentées chacune par 24 sénateurs, les deux provinces maritimes doivent se contenter de 12 sénateurs chacune. On a jugé qu'il serait plus équitable que

⁵⁸ Député Annand, *The Debates and Proceedings of the House of Assembly During the Second Session of the twenty-third Parliament of the Province of Nova-Scotia*, op.cit, p.233.

l'ensemble des provinces maritimes ait une représentation identique à celle de chacune des deux provinces centres.

De plus, le Sénat états-unien est formé d'élus. Ce type de sénat est cependant écarté et, lors du débat de 1865 au Parlement du Canada-Uni, les membres du Conseil législatif doivent donc voter sur un projet mettant fin au principe électif et leur promettant un siège à vie dans le futur Sénat du Parlement canadien. Une situation qui en met plusieurs mal à l'aise, surtout parmi les conseillers qui ont été élus à ce poste. Ont-ils été envoyés par leurs électeurs au Conseil législatif pour mettre fin au processus électoral à l'égard de cette chambre? Le débat se cristallise donc autour de leur mode de nomination. On voit, entre autres, le Conseiller Reesor souligner l'ouverture ainsi faite aux nominations partisans.⁵⁹ Parallèlement, la question de l'assentiment populaire soulève, dans la Chambre Haute, une passion absente chez les élus de l'Assemblée⁶⁰. Une situation ironique si l'on pense que les deux tiers du Conseil se composent de conseillers nommés par les différents cabinets s'étant succédé au Canada-Uni.⁶¹

Plus largement, le mode de nomination des futurs sénateurs suscite de nombreuses critiques non seulement de la part des conseillers, mais aussi de certains députés⁶². Certains jugent aussi ce mode de nomination contraire aux principes élaborés par Stuart Mill à l'encontre de la concentration des pouvoirs dans une seule institution, ici le gouvernement.⁶³ Le gouvernement contrôle la Chambre des communes où il rallie la majorité et le Sénat dont il nomme les membres. Leurs inquiétudes sont légitimes et supposent des sénateurs hésitant à contrecarrer les

⁵⁹ *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord, op.cit.*, Conseiller Reesor, p.168

⁶⁰ *Id.*, p.158-163.

⁶¹ Le dernier tiers est formé de conseillers élus.

⁶² *Id.*, voir comme exemple le Député Burwell, p.451.

⁶³ *Id.*, Conseiller Reesor, p.345.

plans du gouvernement à qui ils devraient leur nomination. Pourraient-ils de toute façon agir autrement?

Les sénateurs étant nommés à vie, on aurait pu argumenter qu'ils ont, face au pouvoir, une indépendance leur permettant de s'opposer à des projets de loi qu'ils jugeraient contraires aux valeurs canadiennes. Dans les faits, ils n'ont pas la crédibilité politique leur permettant de le faire. Les parlementaires élus ont directement reçu leur mandat de la population et à ce titre, ils possèdent une certaine légitimité qui leur permet de garder une relative distance face au parti auquel ils sont associés.

En effet, il leur est toujours possible de traverser la Chambre. C'est leur électorat qui, ultimement, sanctionnera leur décision. Une telle liberté face au gouvernement est plus difficile à envisager de la part d'un parlementaire non élu, choisi par le Pouvoir. Les hommes politiques canadiens ne sont pas les seuls à critiquer le mode de nomination des sénateurs. Le lieutenant-gouverneur, Gordon dans l'une de ses lettres à Cardwell, indique qu'il aurait préféré des sénateurs nommés à vie, mais choisis par le biais d'un vote populaire.⁶⁴ Cardwell, dans l'une de ses dépêches officielles, soulève à nouveau le problème du mode de nomination des sénateurs en faisant part des inquiétudes de Sa Majesté quant aux conflits possibles entre une chambre composée de membres nommés à vie par la Couronne et une assemblée élue.⁶⁵

Toutefois, tous ne sont pas contre le renoncement au principe électif. On retrouve, au sein du Conseil législatif, plusieurs conseillers prêts à défendre la position des Pères de la Confédération. L'un d'entre eux pense même qu'il ne serait pas constitutionnel de ne pas permettre à la Couronne de choisir d'emblée tous les

⁶⁴ Lettre à Cardwell, 22 septembre 1864, dans : William F. O'Connor, *Rapport sur l'Acte d'Amérique Britannique du Nord, Sénat du Canada, Annexes*, 1939, Ottawa, Roger Duhamel, 1961, annexe II, pp 93-94.

⁶⁵ Lettre de Cardwell à Monck, 3 décembre 1864, ANC, Fonds E. Cardwell R4482-0-7-E.

membres du futur Sénat et propose que les membres élus du Conseil législatif ne conservent pas leur poste après la Confédération, contrairement à ce qu'il leur a été proposé.⁶⁶ Selon un autre membre du Conseil législatif, il est évident que la population du Canada-Uni, Bas et Haut Canada confondus, préférerait un Sénat élu. Toutefois, l'intérêt supérieur de la « nation » doit prévaloir.⁶⁷ Et quel est cet intérêt supérieur de la nation ? Tout d'abord, l'adoption intégrale des Résolutions de Québec même si le document contient plusieurs imperfections, mais aussi la reconnaissance qu'il faut un contrepoids à une Chambre des Communes, ce qui implique un organe non élu dans le Parlement.

Le choix du mode de nomination des sénateurs est donc le fait des hommes politiques canadiens et n'a pas été imposé par Londres. Bien que les Pères de la Confédération aient, dans les débats, justifié leur choix, un écart manifeste existe entre le rôle qu'ils affirmaient vouloir allouer aux sénateurs et les problèmes anticipés par les politiciens de l'époque quant aux conséquences du mode de nomination. Il est difficile de passer outre au problème de la partisanerie et du clientélisme. Mais, même ces questions écartées, comment justifier le rôle législatif d'un parlementaire qui n'a pas reçu son mandat de la population ? En 1865, J. A. Macdonald explique ce choix en affirmant que les Maritimes s'opposent à l'idée d'un Sénat élu et que la grandeur des collèges électoraux dévolus aux sénateurs entraîne de fortes dépenses qui sont de nature « à éloigner des rangs beaucoup d'hommes que l'éminence de leur position appelait naturellement à ce poste.⁶⁸ »

De plus, afin de s'assurer que le gouvernement fera en ce sens des choix avisés, l'article 12 des *Résolutions de Québec* prévoit que les membres du Sénat devront être propriétaires d'une valeur d'au moins 4000\$ pour se qualifier pour leurs

⁶⁶ *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord, op.cit*, Conseiller Armand, p.212.

⁶⁷ *Id.*, Conseiller Macpherson, p.153.

⁶⁸ *Id.*, p.36.

fonctions.⁶⁹ Les parlementaires élus sont, quant à eux, régis par les différentes lois électorales votées dans les colonies. Peu de choses changent à leur égard, les Pères de la Confédération ayant pris la décision de référer aux lois locales en vigueur au moment de déterminer les conditions dans lesquelles se feront les élections dans le futur Dominion. Notons que ces conditions supplémentaires imposées aux futurs sénateurs constituent une nouveauté, rien dans l'acte constitutionnel de 1791 ou dans la loi de 1840 promulguant l'union du Haut et du Bas-Canada ne prévoyant de franchise à l'égard des Conseillers.

Cet argument de la probité des riches, un héritage des pratiques britanniques en matière de parlementarisme, est pourtant déjà remis en question à l'époque où se situe le débat. Un des membres du Conseil législatif s'en prend à cette présomption d'intégrité dont disposent ceux qui ont les moyens financiers de devenir conseillers. L'argent est-il le gage du talent? Pour le Conseiller Letellier de St-Just⁷⁰ : « Il y a la noblesse de l'éducation et du cœur comme il y a l'aristocratie de l'argent, et, pour ma part, je pense que la première vaut bien la dernière ».⁷¹ On ne veut pas que les sénateurs soient élus, car on craint qu'ils soient victimes de l'influence indue de leurs électeurs. Par contre, ce seront les membres du cabinet, des députés élus, qui pourront les nommer. Ces élus seront-ils davantage à l'abri de potentielles pressions populaires?

Les discussions engendrées par le choix du mode de nomination des futurs sénateurs permettent de mettre à jour les nombreux préjugés existant à l'encontre du processus électoral. Le système électoral écarte du pouvoir des hommes de

⁶⁹ W.F. O'Connor, *op.cit.*, annexe 4, p. 57.

⁷⁰ Originaire du bas du fleuve Saint-Laurent, il pratique d'abord le notariat avant de se lancer en politique active en 1850. L'arrivée des réformistes à Ottawa en 1873 lui donne l'occasion de se faire valoir à titre de ministre et co-leader du Sénat. Il deviendra par la suite lieutenant-gouverneur au Québec et sera au centre d'une grande polémique. Nous en verrons certains éléments au chapitre 5. *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit*

⁷¹ *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord, op.cit.*, p.189.

qualité qui ne peuvent qu'être dégoûtés par ses mœurs. Ce système a engendré l'apparition du politicien de carrière, un mercenaire qui ne cherche qu'à : « se saisir des divisions pour vivre de la politique, avec la politique et par la politique. »⁷². Mais, bien sûr, aucun des hommes politiques qui critiquent le système électoral n'a dans son entourage immédiat de tels arrivistes, qui, on s'en doute, font toujours partie des autres formations politiques... Certains n'hésiteront pas à dénoncer cette position jugée incohérente. Ainsi, le Conseiller Reesor souligne ironiquement que: « si le peuple est incapable de choisir les membres de cette chambre, il doit l'être aussi à l'égard de l'Assemblée. »⁷³

On le voit donc, ce n'est pas de façon unanime que sera écarté le principe républicain d'un sénat élu. Il serait aussi faux de penser que ce choix découle d'une simple obsession de ne pas faire comme les voisins du sud. La formation d'un sénat non élu a un fondement libéral, dans le sens *Whig* du terme. Le rôle du sénateur est de veiller sur les intérêts de certaines minorités lorsque ces intérêts sont en contradiction avec les vœux de la majorité qui, elle, contrôle les élus. Leur nomination partisane s'inscrit dans une pensée clientéliste toute à fait conforme à une vision utilitariste de l'État : récompenser ses amis et tisser des réseaux d'influences. Par contre, ces deux pensées s'annulent. Afin de pouvoir représenter efficacement les intérêts minoritaires, les sénateurs doivent pouvoir jouir d'une crédibilité politique les rendant aptes à s'opposer au Parlement élu sans soulever l'ire de la population. Or comment être crédible face aux députés élus lorsqu'on est nommé par la petite portion de ces députés siégeant au Cabinet?

3.2.3. *Dans le monde des parlementaires, tous ne sont pas égaux*

Tout comme c'était le cas dans les colonies, deux chambres se partagent la souveraineté législative dans le Parlement du Dominion. Sur papier, elles ont reçu

⁷² *Id.*, Conseiller Belleau, p.188.

⁷³ *Id.*, p.345.

des pouvoirs presque équivalents, soit celui de déposer des propositions législatives et celui de sanctionner les projets de loi venant de l'autre. Par contre, la chambre élue, soit la Chambre des Communes jouit de plusieurs avantages stratégiques. Tout d'abord, elle seule peut proposer des projets de loi à incidence monétaire. Ensuite, le chef du Cabinet est un député élu. De plus, et ce surtout depuis le gouvernement responsable, les députés élus profitent d'un poids politique accru, une réalité que perçoivent bien les politiciens de l'époque. Certains mentionnent même qu'à ce chapitre, un Sénat nommé est un avantage, car il ne sera pas tenté d'utiliser sa légitimité populaire pour empiéter sur les pouvoirs de la Chambre des Communes⁷⁴. Même J. A. Macdonald abonde en ce sens en affirmant que, si un Sénat nommé peut se permettre de freiner des projets adoptés de façon précipitée, il n'osera jamais s'opposer aux décisions réfléchies des élus.⁷⁵ À l'inverse, c'est ce que regrettent ceux qui auraient préféré un Sénat pouvant servir de contrepoids à une chambre élue⁷⁶. Par conséquent, les réformistes ne sont pas les seuls qui s'opposent à l'idée d'un Sénat nommé. Cette idée va à l'encontre de la volonté de certains conservateurs qui se méfient d'un Parlement qui ne serait, pratiquement, contrôlé que par une seule des deux chambres.

La décision des Pères de la Confédération de laisser au gouvernement le soin de nommer les sénateurs n'est pas tant antidémocratique que réductrice au plan fédéral. Si atteinte à la démocratie il y a, cette atteinte se trouve dans cette mise de côté des provinces. En effet, ces dernières perdent la possibilité d'obtenir une réelle représentation dans l'appareil législatif fédéral. Par contre, le peu de poids politique de sénateurs non élus est un renforcement du principe démocratique, car il augmente d'autant la marge de manœuvre de la Chambre des Communes

⁷⁴ *Id.*, Conseiller Campbell, p.24.

⁷⁵ *Id.*, p.37. C'est d'ailleurs le peu d'opposition du Conseil législatif aux décisions de l'Assemblée Législative du Canada-Uni qui amène certains hommes politiques et les autorités coloniales à souhaiter un Conseil législatif élu à partir de 1849. M. Morin, *op.cit.*, p.29.

⁷⁶ Conseiller Reesor, *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, *op.cit* p.336.

composée de députés élus. Ainsi, la majorité parlementaire ne peut pas voir ses projets entravés par les défenseurs des intérêts régionaux. Nous croyons donc que Dorion a tort de reprocher aux conservateurs de chercher ainsi à limiter l'influence du peuple⁷⁷. En fait, il semble que ce soit surtout l'influence des provinces qu'ils aient cherché à limiter. La limitation de la volonté populaire aurait été une menace réelle si les sénateurs avaient eu plus de légitimité en étant par exemple élus comme aux États-Unis, ou même nommés sur approbation de la Chambre des Communes.

Rien dans les débats des Pères de la Confédération qui nous sont parvenus ne laisse entrevoir un désir chez ces derniers de court-circuiter le Sénat. Leur discours sur l'importance de maintenir un rempart contre la démocratie laisse croire à une réelle volonté de faire du Sénat une institution efficace. Par contre, loin de lui donner les moyens de cette ambition, ils mettent tout en œuvre afin de neutraliser cette institution. De façon générale, ce sont les hommes politiques élus, mais surtout le gouvernement fédéral qui en sortent gagnants. À la Conférence de Québec, on constate que deux représentants se font les avocats les plus articulés d'un sénat non élu : J. A. Macdonald, qui a la réputation d'être un excellent juriste et avoue très ouvertement sa préférence pour une union législative, et G. Brown, qui a toujours milité pour que les hommes politiques coloniaux jouissent d'un pouvoir accru, entre autres, face au Conseil législatif.

Il semble cependant que l'expérience d'un Conseil législatif élu se soit avérée peu concluante. Le professeur Morin notait à ce sujet, dans un article publié en 1984, que durant les années 1856 à 1867 au Canada-Uni, les candidats au poste de Conseillers sont difficiles à recruter, une difficulté sans doute en partie liée au coût des campagnes électorales dans des circonscriptions très étendues.⁷⁸ De plus, le Conseil législatif partiellement élu jouera un rôle non négligeable dans la chute du

⁷⁷ *Id.*, p.359.

⁷⁸ M. Morin, *op.cit.*, p.39.

gouvernement Brown-Dorion en 1859, démontrant ainsi une certaine capacité à jouer un rôle dans les décisions concernant l'exécutif.⁷⁹

Si les Pères de la Confédération optent pour le régime parlementaire anglais, ils n'hésitent pas à y apporter certaines modifications, ces dernières ayant comme conséquence d'augmenter la marge de manœuvre des parlementaires élus. On le constate à travers la création du Sénat, mais on l'observe aussi dans leur rapport au *B.N.A. Act* lui-même, c'est-à-dire dans leur vision de ce que sera leur Constitution à venir.

3.3. Monarchie repensée à la recherche d'un républicanisme modéré

Les Pères de la Confédération sont donc les héritiers politiques d'un monde en mutation. Ils croient dans l'ensemble que le système monarchique, selon le modèle britannique, est le meilleur qui soit. Toutefois, ils adhèrent à ce système tel que mis en place dans les colonies, c'est-à-dire encadré par des lois constitutives, l'Acte constitutionnel de 1791 ou l'Acte d'union de 1840, dans le cas du Canada-Uni. Ils pratiquent aussi un parlementarisme distinct de ce qui se fait en Grande-Bretagne. Les liens entre parlementaires élus et non élus sont plus étroits que ce que l'on retrouve au Parlement britannique. Et, la base électorale étant plus large, on y trouve davantage d'individus provenant de milieux moins favorisés que leurs contreparties britanniques. Finalement, les voisins états-uniens et leurs propres pratiques influencent nos politiciens dans la vision qu'ils ont de leur rôle et de leur rapport avec leurs électeurs.

On veut donc pour le futur Dominion un régime monarchique qui sera autant que possible similaire à celui de la Grande-Bretagne. Pour y parvenir, on met en place un système constitutionnel qui sera aussi peu que possible similaire à celui des États-Unis. L'objectif est de donner à ce Dominion autant de souveraineté que

⁷⁹ *Id.*, p.41.

possible. Ainsi qu'on peut le voir, les Pères de la Confédération n'en sont plus à un paradoxe près. On remarque que, lorsque vient le temps de réfléchir sur la distribution des pouvoirs entre la population, les parlementaires et la Couronne, les hommes assis autour des tables de négociation s'entendent mieux qu'en matière de fédéralisme. Toutefois, cela ne les empêche pas de laisser dans l'ombre la question de la source de la souveraineté de l'État. Cette souveraineté émanera-t-elle de la population, de la Couronne, du Parlement ou de la Constitution?

3.3.1 Les Pères de la Confédération canadienne et le constitutionnalisme

Les députés s'exprimant sur le futur *B.N.A. Act*, de même que ceux qui participeront plus activement à la rédaction du document, y réfèrent surtout par les termes «traité» ou «Constitution». Les Pères la Confédération, de même que les autres hommes politiques de l'époque, semblent raisonnablement bien informés au sujet de l'évolution du droit constitutionnel anglais et états-unien. À titre d'exemple, les parlementaires du Canada-Uni ont accès, à la bibliothèque du Parlement, à plusieurs ouvrages portant tant sur l'interprétation de la Constitution des États-Unis, rappelons ici le juriste Story, qu'à des ouvrages commentant le droit constitutionnel anglais : citons simplement Jeremy Bentham⁸⁰, John Stuart Mill⁸¹ et Edmund Burke.⁸² Bien sûr, l'accès potentiel ne fait pas foi de l'usage de ces volumes.

⁸⁰ En 1862, on retrouve à la bibliothèque 14 ouvrages du père de la pensée utilitariste. *Catalogue alphabétique de la bibliothèque du parlement comprenant l'index des catalogues méthodiques publiés entre 1857 et 1858 et des livres ajoutés à la bibliothèque depuis cette époque jusqu'au 1^{er} mars 1862*, Québec, Hunter Rose et cie, 1862, p.31.

⁸¹ *Id.* p.200. Un de ses ouvrages disponible à la bibliothèque, *On Representative Government*, est par ailleurs cité par l'un des députés de l'assemblée législative : Ryan : *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, *op.cit.*, p.345.

⁸² *Catalogue alphabétique de la bibliothèque du parlement comprenant l'index des catalogues méthodiques publiés entre 1857 et 1858 et des livres ajoutés à la bibliothèque depuis cette époque jusqu'au 1^{er} mars 1862*, *op.cit.*, p.51.

Toutefois, le recours de certains politiciens à des citations extraites de ces différents ouvrages permet de croire à une certaine diffusion des idées qu'ils contiennent.

Ainsi, les hommes politiques de l'époque n'hésitent pas à référer à des auteurs états-uniens en appui à des arguments constitutionnels afin de faire valoir leur point de vue. C'est ce que fera Cauchon à l'égard d'un argument de J. A. Macdonald. Selon ce dernier, il n'est pas question d'avoir recours à un plébiscite populaire pour valider la décision qui sera prise par les parlementaires. Un tel projet serait anticonstitutionnel puisque rien du genre n'est prévu dans la Constitution britannique, dont la Constitution canadienne serait un « calque ».

« Un appel direct au peuple sur une question de cette espèce peut bien être le moyen que prend un despote, un monarque absolu, pour faire sanctionner son usurpation par le peuple [... mais dans les pays soumis à une Constitution, tout vote doit être reçu par les autorités constituées, les représentants du peuple et ne pas devenir une vaine forme pour dissimuler la tyrannie, mais une mesure conforme au jugement calme et délibéré du peuple, exprimé par ses députés⁸³ »

Cauchon, en appui à J. A. Macdonald, reprend cet argument et tente de lui donner plus de poids en ajoutant que la chose est vraie aussi en ce qui concerne la Constitution des États-Unis. Et, afin de soutenir son point de vue, il s'appuie sur un constitutionnaliste états-unien, Théodore Sedgwick⁸⁴. Cauchon veut ainsi démontrer que le recours aux référendums ou aux plébiscites ne fait pas non plus partie de la culture républicaine⁸⁵. Sedgwick sera aussi mentionné par un autre député,

⁸³ *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord, op.cit.*, p.1003.

⁸⁴ Sedgwick, tout comme Story, pouvait être consulté à la bibliothèque du Parlement du Canada-Uni.

⁸⁵ *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord, op.cit.*, p.589. Il est aussi cité par un député du Haut-Canada, M^cGiverin, lors de son intervention.

Christie⁸⁶. Ce dernier explique que dans un système constitutionnel, c'est le Droit qui détermine la marche à suivre pour modifier l'État et non la volonté populaire.

Les deux députés qui citent cet auteur comprennent que le peuple ne peut avoir le dernier mot, mais ils ne s'entendent pas sur la raison d'être de ce fait. Cauchon réfère directement à la tradition britannique. À ces yeux, c'est au parlementaire, représentant dument choisi du peuple, qu'il incombe de décider du contenu de la constitution de l'État. Par contre, Christie fait directement appel aux principes constitutionnels. Toute modification à la constitution des colonies doit se faire selon les principes du droit, et plus spécifiquement, selon les principes même de la constitution.

Christie semble avoir mieux compris Sedgwick que Cauchon. Pour ce juriste, le recours au vote populaire est anticonstitutionnel car, dans la Constitution des États-Unis, le pouvoir de faire les lois a été octroyé au législatif qui ne peut se défaire de son obligation au profit de la population. Citant le jugement rendu par une instance d'appel de l'État de New York, il indique qu'en vertu de la Constitution, l'organe législatif ne peut renoncer volontairement à un pouvoir que lui a accordé la Constitution. Les États-Unis sont une démocratie représentative et la volonté populaire s'exprime à travers ses représentants élus.⁸⁷ Sedgwick croit aussi que le droit constitutionnel est spécifique aux États-Unis et étranger aux principes juridiques issus de Grande-Bretagne. Cette perception vient du fait qu'aux États-Unis, la Constitution, de par ses modalités de modification, limite dans une certaine mesure la capacité du Parlement à légiférer selon son bon plaisir. En Grande-Bretagne, lorsqu'une norme à caractère constitutionnel entrave la volonté des

⁸⁶ *Id.*, p.223.

⁸⁷ T. Sedgwick, *A Treatise on the Rules Which Govern the Interpretation and Construction of Statutory and Constitutional Law*. (1857) sec. ed., by John Norton Pomeroy, New-York, Baker Voorhis & Co., 1874, p.137. Dans la seconde édition, le corps du texte demeure identique, l'éditeur ayant choisi de faire ses remarques en notes infrapaginales.

parlementaires, ceux-ci peuvent la modifier, voir l'abroger, par un simple vote majoritaire.

En fait, ce n'est pas le principe de la suprématie parlementaire que défend Sedgwick mais bien celui de la suprématie de la Constitution. Sedgwick exprime même de la méfiance à l'égard du principe anglais de la souveraineté parlementaire. Pour ce juriste inspiré par la Guerre d'indépendance, le Parlement est perçu comme un lieu où tous les abus sont possibles s'il n'est pas encadré par des principes constitutionnels⁸⁸. Les parlementaires quant à eux semblent plutôt référer au droit souverain du Parlement de modifier les lois constitutives, un principe qui leur vient du modèle britannique.

De fait, les Pères de la Confédération sont familiers avec les contraintes liées à une loi constituante, voire constitutionnelle, puisque l'Empire a consacré par loi une grande part de l'encadrement administratif et politique de ses colonies. On peut penser ici à l'Acte d'Union de 1840 ou l'Acte constitutionnel de 1791. Par contre, ils ont aussi l'habitude d'un régime de droit coutumier où tout n'est pas explicité dans des textes législatifs. Ils paraissent donc, dans l'ensemble, s'appuyer principalement sur les principes généraux de la common law afin de protéger les intérêts individuels et font même le choix d'inclure dans le document des éléments qui ne sont déjà plus conformes à leurs pratiques parlementaires. Ainsi, le gouverneur général de même que les lieutenants gouverneurs se verront octroyer le droit de nommer à leur discrétion les membres de l'exécutif alors que, dans les faits, ils ne peuvent plus le faire depuis l'obtention du gouvernement responsable. De même, très peu de dispositions touchent les droits et libertés individuels. De fait, si les Pères de la Confédération semblent bien comprendre que le *B.N.A. Act* impose certaines contraintes constitutionnelles, ils ne semblent pas se soucier outre mesure de l'ampleur de ces contraintes.

⁸⁸ *Id.*, p.19.

Le *B.N.A. Act* est une Constitution pour le futur Dominion. Mais c'est avant tout une loi impériale britannique qui peut être sanctionnée, modifiée, voire abrogée sur un simple vote majoritaire du Parlement impérial. Cette contrainte imposée sur le Parlement fédéral et les Législatures provinciales provient de son caractère impérial et de la mise en œuvre du *CLV Act*. Mais, étant une loi britannique, on considère qu'il demeure malgré tout relativement flexible. Lors des débats au Parlement du Canada-Uni, le conseiller de Beaujeu fait remarquer qu'il n'est pas nécessaire de vouloir amender le projet avant qu'il ne soit présenté à Londres, puisqu'on pourra facilement le modifier après son adoption si des problèmes devaient se présenter⁸⁹. Il faut toutefois souligner que son opinion n'est pas partagée par tous les conseillers présents⁹⁰. Par contre, elle rejoint tout à fait celle exprimée quelques années auparavant par Cartier et Galt, deux participants aux trois conférences de Charlottetown, Québec et Londres.

Dès 1858, ces derniers avaient souligné, dans une lettre envoyée à Bulwer Lytton alors secrétaire d'État aux colonies, que l'un des avantages de proclamer une loi impériale pour unir les colonies vient du fait qu'il sera alors facile de la modifier contrairement à ce qui est le cas pour la Constitution des États-Unis :

« It will be observed that the basis of confederation now proposed differs from that of the United States in several important particulars. It does not profess to be derived from the people, but would be 'the Constitution provided by the Imperial Parliament; thus affording the means of remedying any defect, which is now practically impossible under the American Constitution.'⁹¹ »

⁸⁹ *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord, op.cit.*, p.331. son point de vue est assez largement partagé. Voir entre autres le député Shanly à p.90, le député Rankin à la p. 918 et le député Parker à la p.935.

⁹⁰ *Id.*, Voir : Conseiller Reesor, p.337.

⁹¹ Lettre du 25 octobre 1858, dans G.P., Browne, *Documents on the Confederation of British North America, a Compilation Based on Sir Joseph Pope's Confederation Documents Supplemented by Other Official Material*, Toronto, McClelland & Stuart, 1969, p.18.

En effet, la Constitution du futur Dominion ne serait pas le fruit d'une quelconque volonté populaire, mais bien le produit du Parlement. De plus, lors de la Conférence de Québec, J. A. Macdonald rappelle aux conférenciers qu'il est important de ne pas trop inclure d'éléments contraignants dans le document qu'ils sont à préparer. Il souligne que la Constitution canadienne doit avoir une souplesse similaire à la britannique, « It should be a mere skeleton and framework that would not bind us down.⁹² » Une fois de plus, on constate que pour les Pères de la Confédération, la mise en œuvre de l'État doit revenir au Parlement, donc, à eux. Et pour pouvoir agir, ils ne doivent pas être entravés outre mesure par un document leur imposant trop de contraintes. Ils aspirent à la souveraineté du Parlement et comprennent que le *B.N.A. Act* peut porter atteinte, dans une certaine mesure, à cette souveraineté. Toutefois, comment peut-on espérer garantir, dans un document écrit, la souplesse d'une constitution non-écrite ? Les Pères de la Confédération sont à préparer un régime constitutionnel tout en espérant préserver les avantages du parlementarisme. Ce paradoxe se reflète aussi dans leur approche face à la question des droits et libertés individuels.

3.3.2. *Le B.N.A. Act, et la protection des droits individuels, que veut-on pour le Canada?*

Le *B.N.A. Act* consacre l'existence d'un constitutionnalisme canadien. Ce système n'est par ailleurs pas étranger aux Pères de la Confédération. Depuis 1791, les attributions des institutions politiques coloniales sont encadrées par des actes constitutifs. Dans l'une de ses notes infrapaginales, Sedgwick réfère par exemple à l'acte d'union du Haut et du Bas-Canada comme étant un document quasi constitutionnel. D'après lui, l'absence de référence à la protection des droits et libertés constitue une limite au caractère constitutionnel de cet acte⁹³. En effet, une

⁹² Joseph Pope, *Confederation Documents Hitherto Unpublished*, Toronto, Carswell, 1895, p.59.

⁹³ T. Sedgwick, *op.cit.*, p.405.

référence explicite aux droits et libertés dans un document constitutionnel offre, aux yeux de Sedgwick, la meilleure garantie d'une protection efficace contre les abus potentiels de l'État en général et du législatif en particulier.

On peut, à première vue, se demander pourquoi les Pères de la Confédération n'ont pas jugé bon de profiter de l'occasion offerte par la rédaction du *B.N.A. Act* pour s'offrir des garanties supplémentaires en matière de droits et libertés individuelles. Ainsi que nous l'avons vu plus haut, plusieurs hommes politiques de l'époque avouent ouvertement se méfier des débordements législatifs potentiels d'élus trop sensibles à la volonté de leurs électeurs. L'incorporation de références explicites à des droits et libertés individuels aurait permis d'invalider toute loi locale attentatoire à ces droits.

Le *Bill of Rights* américain offrait aux Pères de la Confédération qui s'inspirent abondamment de l'expérience états-unienne, un bon exemple en matière de protection de droits et libertés contre les risques d'abus de la majorité. Ce document occupe une place importante dans le constitutionnalisme tel qu'envisagé par les fondateurs des États-Unis. Il limite la capacité de l'État de pouvoir poser des actes pouvant restreindre ou même rendre nuls les droits des individus. Ce document suppose qu'un contre-pouvoir est nécessaire afin de contrer les abus éventuels d'un système parlementaire qui ne peut être freiné par l'apport monarchique. Inclus dans la Constitution fédérale proposée lors de la Convention de Philadelphie de 1787, le *Bill of Rights* est une proposition d'Elbridge Gerry et de Georges Mason⁹⁴. À l'origine, cette proposition ne faisait pas l'unanimité. Hamilton en particulier s'y est opposé. Elle sera rejetée par les participants à la Convention de Philadelphie. Le *Bill of Rights* sera finalement adopté en 1789.

⁹⁴ Gerry est un représentant du Massachusetts à la Convention et Mason est un membre influent de la délégation de la Virginie : c'est lui qui a rédigé une bonne part du *Bill of rights* en s'inspirant de celui inclus dans la Constitution de l'État de la Virginie et de la déclaration d'indépendance de T. Jefferson.

Bien qu'elle soit aujourd'hui vue comme le fer de lance de la démocratie, la Déclaration des droits proposée lors de cette convention, et finalement adoptée deux ans plus tard, était à l'époque perçue comme un recul démocratique par plusieurs des Pères de la Confédération des États-Unis. Ainsi, pour Hamilton, une déclaration des droits est un compromis accordé par un monarque à ses sujets, le fruit d'une négociation entre un pouvoir autocratique et ceux qui le subissent. Le fait qu'au États-Unis le pouvoir appartienne au peuple constitue la meilleure protection des droits individuels et le peuple n'a rien à se céder. Pire, une telle déclaration ouvre la porte à une usurpation de pouvoir de la part de certains aux dépens des autorités législatives.⁹⁵ En fait, pour des hommes politiques tels Hamilton, il s'agit d'une limitation des pouvoirs des parlementaires élus, ce qui est incompatible avec l'esprit républicain. Par ailleurs, une telle notion est étrangère au droit constitutionnel britannique qui, à la même époque, ne conçoit pas qu'il soit possible de limiter la souveraineté parlementaire.

La question de la protection de certains droits a été soulevée par les parlementaires du Canada-Uni. Le Conseiller Sanborn va, par exemple, demander que des mesures soient prises pour assurer constitutionnellement la protection du droit à la propriété.⁹⁶ Toutefois, les Pères de la Confédération adoptent une autre stratégie, plus conforme à l'esprit constitutionnel britannique. Ils conviennent tout d'abord d'adopter les principes généraux du droit constitutionnel anglais, principes qui incluent les droits et libertés individuels. Cette volonté apparaît dès les *Résolutions de Québec*. À l'article 2, les délégués indiquent leur volonté de voir la Confédération gouvernée selon les principes du droit constitutionnel britannique.⁹⁷ On retrouve cette mention dans les *Résolutions de Londres* et finalement dans le

⁹⁵ A. Hamilton, *Federalist Papers* no 84, dans : Alexander Hamilton, James Madison and John Jay, *The Federalist Papers* (1787-1789), Introduction by Garry Wills, New York, Bantam Classic, 2003, p.523-524.

⁹⁶ *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord, op.cit.*, p.227.

⁹⁷ W. F. O'Connor, *op.cit.*, annexe 4, p.56.

préambule du *B.N.A. Act* lui-même. Ils vont aussi s'assurer que les pouvoirs et les privilèges dont profitent les parlementaires britanniques soient reconnus d'emblée à leur vis-à-vis coloniaux.⁹⁸

Un fait intéressant peut être noté concernant cette disposition. Elle est plus restrictive dans le *B.N.A. Act* que dans les Résolutions de Québec et de Londres. En effet, on peut lire dans ces dernières que les pouvoirs et privilèges de la Chambre des communes du Royaume-Uni seront présumés appartenir aux membres de la Chambre des communes de la Confédération.⁹⁹ Dans l'article 18 du *B.N.A. Act*, il est indiqué que les pouvoirs des parlementaires ne pourront pas « excéder » ceux de leurs cousins britanniques. De plus, la référence explicite à la Chambre des communes ne semble pas fortuite. Dans l'esprit des Pères de la Confédération, il ne semble pas que les parlementaires des législatures locales aient été visés à l'origine par la mesure. Ainsi, J. A. Macdonald, qui propose la résolution à Québec, indique que les privilèges des parlementaires britanniques devraient être étendus au parlement fédéral.¹⁰⁰ Dans l'ensemble, on préserve une certaine marge de manœuvre au Parlement en évitant d'abord de trop limiter sa capacité législative et, ensuite, en veillant à protéger les droits et privilèges des parlementaires.

Par contre, certains droits seront nommément protégés dans le *B.N.A. Act* soit ceux liés à l'enseignement confessionnel et à la langue. La protection de l'usage du français au Parlement et dans la Législature du Québec sera reconnue dès les *Résolutions de Québec* à travers la résolution 46 qui stipule que :

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.¹⁰¹

⁹⁸ *B.N.A. Act*, art 18.

⁹⁹ Art 30. Dans les *Résolutions de Londres*, les mêmes conditions de réciprocité s'appliquent aux sénateurs qui héritent des privilèges de la Chambre des Lords. W. F. O'Connor, *op.cit.*, annexe 4.

¹⁰⁰ J. Pope, *op.cit.*, p. 23.

¹⁰¹ W. F. O'Connor, *op.cit.*, annexe 4, p,62.

La résolution sera reprise dans la version définitive du *B.N.A Act* à l'article 133. Les délégués de la Conférence de Londres vont d'ailleurs en éclaircir le sens et la portée. Alors que la résolution reconnaît la possibilité d'un emploi alternatif de l'anglais et du français dans les débats, l'article 133 reconnaît explicitement le droit de chaque député de s'exprimer dans la langue de son choix et le caractère obligatoirement bilingue de tous les écrits émanant de l'État fédéral ou québécois. De plus, le droit à l'usage des deux langues devant les tribunaux fédéraux ou québécois y est rendu plus explicite. Il faut noter que cette mesure ne faisait pas l'unanimité auprès des délégués anglophones. Il s'agit d'une concession qui sera considérée importante et assurément d'une victoire pour les délégués du Bas-Canada.

Les mesures reconnaissant l'existence de commissions scolaires à caractère confessionnel ont aussi le potentiel de protéger le fait français. En effet, elles visent à protéger les minorités confessionnelles. Et l'une des plus importantes, celle des Catholiques, est majoritairement francophone. Mais cette protection, consacrée par l'article 93, garantit essentiellement les droits acquis liés à la pratique religieuse. Elle existe pourvu que ce droit ait préalablement été reconnu lors de l'Union ou dans l'éventualité où la province décide d'accorder des réseaux « d'écoles séparées ou dissidentes »¹⁰². De façon encore plus spécifique, le second paragraphe¹⁰³ de l'article a essentiellement été conçu afin de rassurer la minorité protestante du Bas-Canada tout en limitant au maximum la portée de cette protection de manière à ne pas contrarier les politiciens qui s'opposent à l'idée de régimes scolaires

¹⁰² Art. 133, *B.N.A Act*.

¹⁰³ « Les pouvoirs, privilèges et obligations qui, lors de l'union, sont de droit dans le haut-Canada ceux des écoles séparées et des syndics d'école des sujets catholiques romains de la Reine sont étendus aux écoles dissidentes des sujets protestants ou catholiques romains de la Reine au Québec. »

confessionnels.¹⁰⁴ Le Parlement fédéral s'est aussi donné la possibilité d'agir si la province contrevenait à ses obligations, soit par le biais d'une loi, soit en omettant de légiférer.

Dans les faits, cet article reconnaît principalement les écoles confessionnelles du Haut et du Bas-Canada. Les négociations entourant l'octroi d'une protection équivalente pour les minorités catholiques du Haut-Canada et protestantes du Bas-Canada ne se feront pas sans heurts. Le *Clear Grit* de Brown, appuyé par plusieurs conservateurs, s'oppose énergiquement à un régime confessionnel et préfère un régime unique et universel. À ce sujet, Brown affirme qu'il ne comprend pas pourquoi toutes les familles n'envoient pas leurs enfants aux mêmes écoles afin qu'ils reçoivent un enseignement commun. « Pour moi, la famille et le pasteur sont les meilleurs instituteurs religieux. ¹⁰⁵ »

L'enjeu est en fait le financement de ces écoles confessionnelles à même les taxes et deniers publics. Les catholiques pourront toujours se payer leurs propres écoles, s'ils en ont les moyens. Plus largement, dans le Haut-Canada, la dynamique de la protection des groupes confessionnels ne se pose pas de la même façon. En effet, même si l'Église d'Angleterre domine largement, la configuration religieuse de la future Ontario est une véritable mosaïque d'Églises désirant toutes jouir des droits reconnus à la confession dominante. L'attribution d'un statut particulier à la minorité catholique crée donc un précédent dangereux dont pourraient vouloir profiter d'autres groupes. La protection de la langue et des intérêts religieux ne se superposent réellement que dans le Bas-Canada. Et encore, cette superposition est imparfaite, comme le montre le cas des Irlandais catholiques.

¹⁰⁴ Principalement Brown et Tupper. P. Carignan, *Les garanties confessionnelles à la lumière du Renvoi relatif aux écoles séparées de l'Ontario; Un cas de primauté d'un droit collectif sur le droit individuel à l'égalité*, Montréal, Éditions Thémis, 1992, p.32.

¹⁰⁵ *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, *op.cit.*, p.94. Brown souligne d'ailleurs que si l'on accorde

Ainsi que l'on peut le voir, on consacre certains droits de façon constitutionnelle. Cette consécration est parcellaire et vise essentiellement des droits dont l'exercice n'est pas de façon générale un héritage de la *common law* britannique. En effet, la notion de protection des droits linguistiques des parlementaires est étrangère au droit anglais. De plus, si le droit à la liberté de pratique religieuse est définitivement un héritage britannique, la prise en charge par l'État d'un système d'éducation qui n'est ni unique, ni universel (parce qu'il est confessionnel) ne fait pas partie de la réalité britannique. En Grande-Bretagne, les écoles à caractère confessionnel sont privées. À l'inverse, on ne trouve rien dans le *B.N.A. Act* sur le droit à la vie, à la sécurité et à la propriété, droits reconnus par la *common law*. C'est donc parfois à la constitution mais souvent au Parlement qu'il reviendra de veiller sur les droits des individus. Les Pères choisissent donc de constitutionnaliser certains droits, lorsqu'il apparaît que ces droits pourraient, autrement, ne pas jouir d'une protection suffisante.

Le modèle britannique, qui base la protection des droits sur une pratique des tribunaux et l'assujettit à la volonté parlementaire, n'est donc pas ici complètement respecté. Une constante demeure : les Pères de la Confédération, en ne donnant pas suite à certaines demandes visant à enchâsser dans le *B.N.A Act* un ensemble plus large de droits et libertés individuels, donnent l'impression de vouloir préserver, le plus possible la marge de manœuvre des parlementaires. Il reste maintenant à voir quelle marge de manœuvre ils entendent se donner à l'égard du chef du Dominion, le gouverneur général ainsi qu'à l'égard des chefs provinciaux, les lieutenants gouverneurs.

des écoles séparées aux catholiques, il faudra faire de même à l'égard des différentes dénominations protestantes.

3.3.3. Le gouverneur général et ses lieutenants, les chefs?

Depuis les premières colonies sur le territoire de ce qui deviendra le Canada, l'administration coloniale a toujours été entre les mains d'un gouverneur ou lieutenant-gouverneur nommé par Londres. Il en est de même dans l'ensemble des colonies anglaises à travers l'Empire. Ces administrateurs jouissent de vastes pouvoirs et n'ont à répondre de leurs actes qu'auprès de Londres. Cette situation évolue peu après l'octroi des assemblées législatives en 1791, ce qui contribuera à la dégradation du climat politique dans le Haut et le Bas-Canada.

Jusqu'en 1791, les gouverneurs en postes dans les colonies britanniques d'Amérique du Nord qui vont former le futur Dominion gouvernent seuls, tout au plus entourés de quelques conseillers nommés par eux. Comme assistants dans cette tâche, ils choisissent, parmi l'élite locale, ceux à même d'occuper des positions administratives subalternes. À partir de 1791 dans les deux Canadas, le pouvoir législatif est réparti entre le gouverneur et les parlements coloniaux que Londres accorde alors. Les lois sont dorénavant votées par le Parlement, et sanctionnées par le représentant du monarque en sol américain, le gouverneur¹⁰⁶. Toutefois, les gouverneurs conservent le plein contrôle de l'exécutif. Ils peuvent donc bloquer la mise en œuvre d'une loi votée par le Parlement soit en réservant la sanction royale, soit en retardant la mise en application de la loi. C'est l'instauration du gouvernement responsable qui donne finalement aux hommes politiques coloniaux un droit de regard et un certain contrôle sur les décisions des gouverneurs. Toutefois, ceux-ci, à titre de représentants du monarque, demeurent les chefs des gouvernements des colonies.

La situation ne change pas dans le cadre du *B.N.A. Act*. Le monarque demeure le commandant en chef du Dominion ainsi que de la milice. De plus, il est admis que la personne choisie pour représenter le monarque sur le territoire du Dominion sera

¹⁰⁶ *Acte constitutionnel de 1791*, A. Shortt et A.G. Doughty (éd.), *op.cit*, art 11.

nommée par Londres. J. A. Macdonald justifie de deux façons cette décision. Tout d'abord, le lien entre la Grande-Bretagne et le Canada va donc pouvoir perdurer dans le temps. « Les peuples et les nations se transforment »¹⁰⁷, il fallait donc garantir la pérennité de ce lien. De plus, un monarque a un net avantage sur un président élu pour une courte période, il est réellement le chef de la nation et non celui d'un parti politique.

À bien des égards, le rôle des gouverneurs tel qu'envisagé par le *B.N.A. Act* ne modifie pas profondément leurs attributions antérieures. Toutefois, deux changements majeurs doivent être soulignés. Tout d'abord, ainsi que nous l'avons déjà mentionné, les provinces seront désormais gouvernées par un lieutenant-gouverneur nommé non par Londres, mais par Ottawa et, plus précisément, par le Gouverneur général en Conseil. Le gouvernement fédéral supervise, en quelque sorte, le choix des lieutenants gouverneurs de réserver ou non certaines lois provinciales. De plus, dorénavant, le rôle même du Conseil privé en tant qu'organe lié au gouverneur général est consacré.

Ce Conseil privé se veut le reflet du *Privy Council* britannique. Il est composé de membres choisis par le gouverneur général.¹⁰⁸ Toutefois, la seule part active de ce conseil est le Conseil exécutif dont les membres sont choisis par le premier ministre. Il s'agit en fait de son cabinet. On remarque que le gouverneur général n'a pas réellement son mot à dire en matière de nomination des membres de l'exécutif. Dès lors, on peut se demander pourquoi les Pères de la Confédération n'ont pas jugé bon de rédiger une disposition qui soit conforme à cette réalité politique. Il semble qu'ils se soient plutôt rangés à l'avis de J. A. Macdonald qui jugeait que le choix des membres de l'exécutif de la Couronne ne pouvait être limité ou défini dans la

¹⁰⁷ *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord, op.cit.*, p.42.

¹⁰⁸ *B.N.A. Act*, art 11.

Constitution.¹⁰⁹ Cet argument est très utile lorsqu'on veut éviter d'avoir à donner suite aux revendications de délégués voulant qu'on établisse à l'avance comment seront représentées les futures provinces au sein d'un gouvernement fédéral.

Toutefois, ce choix des délégués d'octroyer cette apparente latitude au gouverneur général ne semblait pas porter à conséquence. Ainsi, dans une lettre à Cardwell, Monck, expliquant les détails des *Résolutions de Québec*, note que le principe monarchique est respecté dans le projet, car le futur Dominion sera dirigé par un gouverneur nommé par le monarque et entouré de ministres responsables devant le Parlement, comme c'est le cas en Grande-Bretagne.¹¹⁰ Bien sûr il n'est fait mention nulle part dans les *Résolutions* ou dans le *B.N.A. Act* du gouvernement responsable. Ce principe fait donc partie du non-dit constitutionnel, une façon de faire bien britannique.

Outre l'entrée en fonction officielle du Conseil privé, le projet propose aussi un changement fondamental en ce qui a trait au mode de nomination des lieutenants-gouverneurs. En effet, ces derniers ne seront dorénavant plus sous la responsabilité de Londres, mais nommés par le gouvernement fédéral, plus précisément, par le Gouverneur général en Conseil. Lors de la Conférence de Québec, certains délégués exprimèrent des doutes quant à la possibilité d'obtenir de Londres qu'Ottawa puisse nommer directement les lieutenants-gouverneurs.¹¹¹ En effet, ce faisant, Londres renonce à un droit de regard direct sur la législation émanant des provinces. La motion sur leur mode de nomination avait été déposée par J. A. Macdonald.

Il s'agit ici de démontrer clairement le rôle subordonné des provinces face au fédéral. Dans l'esprit de Londres et de certains des Pères de la Confédération, les

¹⁰⁹ J. Pope, *op.cit.*, p. 74.

¹¹⁰ Monck à Cardwell, 7 novembre 1864, dans : G.P. Browne, *op.cit.*, p.166.

¹¹¹ *Id.*, p.116.

lieutenants-gouverneurs n'agissent pas titre de représentants du souverain, mais à titre de représentants du gouvernement central. Ainsi que nous l'avons déjà vu, c'est pour cette raison que la prérogative du pardon leur sera refusée. En fait, pour plusieurs, les lieutenants-gouverneurs seront appelés à être les courroies de transmission de la volonté fédérale. C'est, entre autres, l'impression de Brown pour qui le mode de nomination du lieutenant-gouverneur permettra d'harmoniser les relations entre le fédéral et les provinces¹¹². En bref, les lieutenants-gouverneurs seront les chefs des gouvernements provinciaux et le Gouverneur général *en conseil*, le chef des lieutenants-gouverneurs.

Les Pères de la Confédération retiennent le modèle anglais de contrepoids, du moins dans sa forme. Ainsi, à l'intérieur même du Parlement fédéral, le Sénat nommé s'oppose à la Chambre des communes et de façon plus générale, le gouverneur général et les lieutenants-gouverneurs servent de contrepoids aux décisions des politiciens. Toutefois, dans le système canadien, la donne est faussée dès l'origine. Tout d'abord, le Sénat, en raison du mode de nomination de ses membres, ne peut être efficace dans son rôle régulateur des décisions des parlementaires élus. Le même problème se pose à l'égard des lieutenants-gouverneurs qui sont choisis par la couronne fédérale, tout comme les sénateurs. Seul reste le gouverneur-général qui, nommé par le monarque, peut encore s'opposer aux décisions des hommes politiques fédéraux et donc servir de contrepoids aux abus potentiels des pouvoirs élus, ceci en théorie du moins.

Dans le système proposé par le *B.N.A. Act*, plusieurs des décisions du gouverneur général devront dorénavant être prises avec l'aval du conseil privé, soit le cabinet des ministres. Jusqu'en 1867, et malgré le gouvernement responsable, le gouverneur jouit encore d'une certaine latitude. Tout d'abord, il a une large discrétion à l'égard de la nomination des membres du conseil législatif, membres qui pourront éventuellement faire partie de son exécutif. De plus, son obligation d'agir sur le

¹¹² J. Pope, *op.cit.*, p 74; voir aussi le député Rose, *Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique britannique du Nord, op.cit.*, p.410.

conseil de son exécutif, obligation découlant de l'obtention du gouvernement responsable, n'a jamais été constitutionnellement reconnue. Il profite d'une marge de manœuvre et peut même faire valoir son mécontentement lorsque ce conseil rend des décisions auxquelles il est opposé. Ce sera par exemple le cas lorsque Gordon fera part publiquement de sa désapprobation à la suite de la nomination de Smith à titre de leader du conseil exécutif du Nouveau-Brunswick en 1865. En 1858, sir Edmund Walker Head, gouverneur du Canada-Uni, court-circuitera sciemment le cabinet Brown-Dorion au profit de la coalition menée par J.A Macdonald et Cartier grâce à un imbroglio politique connu sous le nom de *double-shuffle*¹¹³. À partir de 1867, cette marge de manœuvre tend à disparaître et le gouverneur général perd de son influence et donc sa capacité à servir de contrepoids au Parlement.

Conclusion

En Grande-Bretagne, le parlementarisme est une réponse aux abus de la monarchie. Le rôle du parlementaire est de donner voix aux sujets du monarque afin qu'ils deviennent citoyens et maîtres de l'État. Aux États-Unis, la Constitution est une réponse aux abus du parlementarisme. Le rôle de la Constitution est de veiller à ce que la majorité, qui contrôle le Parlement, n'adopte pas des lois contraires aux intérêts de minorités qui n'auraient pas suffisamment de voix.

Les hommes politiques canadiens ne craignent ni les abus de la monarchie ni ceux d'un Parlement élu. Ils redoutent surtout les débordements populaires et les effets pervers d'un élargissement de la démocratie. Pour eux, le *B.N.A Act* est avant tout un véhicule qui leur permettra de réaliser leurs ambitions, soit une réelle autonomie politique pour les parlementaires libérés, autant que possible, de la tutelle administrative et politique de Londres. De plus, le *B.N.A. Act* est l'instrument qui structure et met en œuvre ce fédéralisme qui seul rend possible l'union des colonies et cette émancipation tant désirée. Finalement, c'est aussi un cadre qui limite

¹¹³ Voir la biographie de Walker Head dans : *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit.*

l'étendue du pouvoir du parlementaire. Ce cadre doit donc être le moins contraignant possible.

Leur construction du Dominion n'est pas un acte de résistance ou de révolte. Il faut plutôt le percevoir comme un désir d'émancipation et une volonté de s'approprier plus de pouvoir politique et de contrôle. Les Pères de la Confédération canadienne ne contestent pas le pouvoir en place, ils en sont les dépositaires. En conséquence, ils ont conçu un document constitutionnel dans sa forme, mais qui cherche aussi à préserver l'esprit du parlementarisme anglais.

Il reste à voir comment ce document sera compris par les juristes qui, dès la mise en place du *B.N.A Act*, vont devoir gérer les difficultés qui ne manqueront pas de faire surface. Ce document exprime une vision politique de l'État mais cette vision s'énonce dans un langage fondamentalement juridique. Ceci amène parfois à certaines relectures à partir de 1867, moment où les tribunaux prennent en quelque sorte le relais des hommes politiques lorsque vient le moment de donner tout son sens au *B.N.A. Act*. Les prochains chapitres de ce travail porteront sur cette transformation de la volonté des Pères de la Confédération en une réalité juridique. Entreront ainsi en scène la Cour suprême du Canada et le Comité judiciaire du Conseil privé.

CHAPITRE IV

LES POLITICIENS ET LE *B.N.A. ACT* : LES PRINCIPAUX POINTS DE TENSION

I claim for the Provinces the largest power which they can be given: it is the spirit of the B.N.A. Act, and it is the spirit under which Confederation was agreed to.

O. Mowat¹

La Confédération canadienne devient une réalité le 22 mai 1867 et J. A. Macdonald recevra, le 24 mai, le mandat de former le premier gouvernement fédéral. Son gouvernement se charge alors d'organiser des élections qui seront perçues comme un plébiscite. Il sera demandé aux électeurs de sanctionner la fondation du Canada en votant pour les conservateurs, ce qu'ils feront dans trois des quatre nouvelles provinces. La Nouvelle-Écosse fera par contre bande à part et 18 de ses 19 députés seront choisis parmi les opposants au projet. Seul Charles Tupper parvient à sauver son siège.

Dès la Confédération, la mise en œuvre du *B.N.A Act* sera tributaire des projets politiques des différents pouvoirs en présence. Le présent chapitre trace un portrait des points de tensions qui émergent dans la classe politique lorsque viendra le moment de concrétiser le projet confédératif. À ces points de tension s'ajoutent la réalité coloniale qui altère la marge de manœuvre des politiciens et les relations qu'entretient le gouvernement fédéral avec les provinces. Ces différents éléments marqueront les visions distinctes qu'entretiendront les juges de la Cour suprême et les Lords du CJCP du *B.N.A. Act*.

¹ *Attorney-General of Ontario c. Mercer*, ([1881] 5 R.C.S. 538 (*Mercer*)). Dans cette affaire, la province de l'Ontario cherche à récupérer le patrimoine de feu Andrew Mercer, riche Torontois mort sans laisser d'héritiers légaux. Le fils naturel de Mercer conteste en cour la manœuvre de la province. Nous revenons plus en détail sur cette cause dans le chapitre 6.

Les années 1867-1872 sont aussi des années d'expansion géographique pour le Canada avec le transfert des territoires gérés par la Compagnie de la Baie d'Hudson (1870) vers le Canada, la création du Manitoba en 1871, l'union de la Colombie-Britannique au Canada en 1871 et celle de l'Île-du-Prince-Édouard en 1873. Ces différentes annexions de territoires modifient le paysage politique alors que de nouveaux députés font leur entrée au Parlement et que de nouvelles provinces s'ajoutent au système fédéral. Dans un premier temps, cet essor consolide la place des conservateurs sur la scène fédérale. Par contre, à partir de 1873, le pays sombre dans une grave crise économique qui perdure jusqu'en 1878, et le parti conservateur perdra le pouvoir de 1873 à 1878 au profit de la formation libérale d'Alexander Mackenzie.

Sur la scène internationale, le Traité de Washington² (1871) change les relations entre le Canada et les États-Unis. Mais surtout, il contribue à éloigner les hommes politiques canadiens de la Grande-Bretagne. En effet, ce Traité ne sera pas à l'avantage du Canada, ce qui contribuera à créer un certain ressentiment à l'égard de J. A. Macdonald en charge de représenter le Dominion lors des négociations. Autre source de tension entre Ottawa et la Grande-Bretagne, l'expansion vers l'Ouest et ses contrecoups, soit la révolte de la Rivière Rouge. Cette révolte, et notamment le soulèvement des Métis, contribue à raviver les dissensions entre les catholiques québécois et les protestants anglophones, dissensions que le projet confédératif cherchait justement à apaiser. Ces tensions seront avivées par la question des écoles catholiques au Nouveau-Brunswick en 1873, mais surtout par la pendaison du chef métis Louis Riel en 1885. Il faut noter que le développement en dent de scie du fédéralisme étant à l'avant-scène des préoccupations

² Ce traité portant entre autres sur les droits de pêche des États-Unis en eaux canadiennes sera négocié entre la Grande-Bretagne, les États-Unis et le Canada. Lors de ces négociations, la Grande-Bretagne, pour des raisons stratégiques liées à sa situation en Europe, fait de nombreuses concessions aux États-Unis et ce, aux dépens de sa propre colonie. Voir: J. S. M. Careless, *Canada, A Story of Challenge*, 3rd ed, Toronto, Macmillan of Canada, 1986, pp 298-299.

constitutionnelles, les revendications minoritaires des Métis manitobains et des catholiques du Nouveau-Brunswick auront peu d'impact sur l'évolution du *B.N.A. Act*.

Dans le présent chapitre nous verrons comment la classe politique canadienne s'approprie le *B.N.A. Act*. Tout d'abord, nous aborderons la question de la gouvernance du Dominion tant au niveau fédéral que provincial. Plus particulièrement, nous nous intéresserons aux chefs, soit le gouverneur général à Ottawa et les lieutenants gouverneurs dans les provinces. Nous examinerons ensuite les relations entre Ottawa et les provinces. Nous verrons enfin comment les tensions issues de ces relations vont entraîner les politiciens vers l'arène juridique.

4.1. Diriger le Canada entre colonialisme et autonomie

Le *B.N.A Act* avait prévu une direction à deux niveaux alors que le gouverneur général nommé par Londres incarnera les plus hautes fonctions au fédéral et que des lieutenants gouverneurs nommés par Ottawa seront les chefs des provinces. L'un des premiers tests constitutionnels sera donc de voir comment le gouverneur général et les lieutenants gouverneurs interpréteront leurs attributions mais surtout, ce qu'ils auront la liberté de faire.

La genèse des relations entre Londres et les Pères de la Confédération laissait entrevoir des lendemains qui chantent alors que les principaux leaders canadiens de la Confédération, J. A. Macdonald au premier plan, entretiennent des liens extrêmement cordiaux avec des administrateurs coloniaux tels Cardwell, Carnarvon et Monk. Dans ce contexte, le gouverneur général est très bien accueilli dans la colonie et on le traite avec toute la déférence qui lui est due. Toutefois, cette situation évolue rapidement alors que le nouveau Dominion prend peu à peu ses distances face à la Mère patrie. Les hommes politiques canadiens tentent d'affirmer de plus en plus ouvertement que c'est à Ottawa, et non à Londres, que se prennent les décisions concernant le Canada.

Les rapports entre le fédéral et les provinces connaissent eux aussi des zones de turbulences. Les lieutenants gouverneurs sont aux premières loges. Ils sont à la fois les représentants d'Ottawa au cœur des administrations provinciales et l'incarnation de la souveraineté étatique au niveau provincial, un rôle contradictoire issu de la formulation même du *B.N.A Act*.

4.1.1 *Un chef anglais pour un Dominion canadien*

Dans le jeune Dominion, la relation entre la Grande-Bretagne et sa colonie s'incarne au premier chef dans le gouverneur général. Sa position politique en traduit d'ailleurs toute l'ambiguïté. Bourinot souligne que le gouverneur général a une double fonction : il est tout d'abord le chef du Dominion canadien qu'il gouverne avec l'avis de ses ministres mais il représente aussi les intérêts impériaux dont il est le gardien³. Une position qui peut s'avérer contradictoire si le gouverneur général se sent enclin à utiliser ses prérogatives. À titre de chef du Dominion, le gouverneur général dirige le pays et l'armée, fait usage en sol canadien des différentes prérogatives royales, par exemple la prérogative du pardon qui permet au gouverneur général de gracier des personnes ayant reçu une sentence criminelle. Il représente le gouvernement fédéral auprès des provinces et dirige la diplomatie. Le gouverneur général sanctionne aussi tous les projets de loi votés par le Parlement canadien.

À titre de représentant de la Couronne britannique, il reçoit le mandat de veiller à ce que les lois canadiennes n'entrent pas en conflit avec des intérêts britanniques. Il doit donc refuser sa sanction et réserver tout projet de loi pouvant potentiellement porter atteinte aux intérêts de l'Empire « pour la signification du bon plaisir de la

³ J. G. Bourinot, *Federal government in Canada*, Baltimore, N. Murray Publication, 1889, « Johns Hopkins University Studies in Historical and Political Science », p.37.

Reine »⁴. En 1867, Lord Monk, le premier gouverneur général, reçoit les instructions qui devront guider ses décisions. De façon générale, on lui donne la consigne de suivre l'avis de son conseil.⁵ Toutefois, il doit refuser de signer tout projet portant sur des matières liées au divorce, à la monnaie ou portant sur sa fonction et sa rétribution. De plus, il ne doit sanctionner aucun projet portant sur les intérêts internationaux, commerciaux et militaires du Royaume-Uni. Finalement, il doit faire usage de la prérogative du pardon selon l'avis de son conseil.⁶

Monk se désintéresse de la politique canadienne. Il n'aura donc pas tendance à vouloir tirer pleinement parti des pouvoirs qui lui ont été octroyés. Toutefois, son successeur, Sir Yong⁷ sera plus impliqué dans les débats politiques canadiens, principalement à titre de médiateur autant sur la scène nationale, avec la création du Manitoba et la cession des terres gérées par la Compagnie de la Baie d'Hudson, qu'internationale lors des négociations entourant le traité de Washington de 1871. C'est sous son mandat que débudent les premières discussions sur l'étendue du rôle du gouverneur général, surtout dans ses relations avec provinces. Deux autres gouverneurs, Dufferin⁸ et, dans une moindre mesure, Lansdowne⁹, auront aussi une

⁴ *B.N.A. Act*, art. 55.

⁵ Conseil privé. Plus précisément, il agit sur l'avis du cabinet ministériel.

⁶ *Instruction to Viscount Monk as Governor-General of Canada*, London, Foreign Office, 1867.

⁷ Nommé en 1868, il entre en poste au début de l'année 1869. Sir John Yong (Baron Lisgar) est un fonctionnaire de carrière. Il apprécie son poste au Canada bien qu'il considère y avoir moins de pouvoir qu'en Australie, son emploi précédent. Il sera en poste de 1869 à 1872. *Dictionnaire biographique du Canada*, <http://www.biographi.ca/FR/>, accédé le 21 juillet 2008.

⁸ Frederick Hamilton-Temple-Blackwood, 1^{er} marquis de Dufferin et Ava. Sans doute le gouverneur général le plus coloré à avoir été envoyé par Londres au Canada. Dufferin sera, durant son mandat (1872-1878), l'un des gouverneurs généraux les plus activement engagés dans la politique canadienne. *Dictionnaire biographique du Canada*, *op.cit.*

⁹ Henry Charles Keith Petty-Fitzmaurice, 5^e marquis de Lansdowne, sera gouverneur général du Canada de 1883 à 1888. Il se démarquera par son sens de la diplomatie et son attachement à l'égard de l'hiver canadien. *Dictionnaire biographique du Canada*, *op.cit.*

vision plutôt proactive de leur rôle. Lors d'une dispute avec le Premier ministre Mackenzie en novembre 1876, Dufferin explique par ailleurs à ce dernier comment il voit sa relation avec le gouvernement fédéral :

« You [Mackenzie] said last night you are not a Crown Colony, which is true, but neither are you a Republic. If you were, you would find a President imposed upon you by popular vote, a much more troublesome master than ever I am likely to be. But within the walls of the Privy Council I have as much right to contend for my opinion as any of my Ministers, and in matters of the moment, they must not expect me to accept their advice merely because they give it, but they must approve it to my understanding and conscience.¹⁰»

En fait, la perception que la Grande-Bretagne entretient de ses liens avec ses colonies évolue alors que les conservateurs de Disraeli disputent chaudement le pouvoir aux libéraux de Gladstone à partir de 1868¹¹. La décennie 1870 est une période de transition entre « la petite Angleterre » inspirée par l'école de Manchester et une nouvelle ère impérialiste qui va s'épanouir dans les années 1880.¹² L'arrivée au pouvoir de Disraeli, mais surtout le départ de Gladstone soupçonné d'être favorable à l'indépendance des colonies, donne un souffle nouveau à l'impérialisme anglais, un impérialisme toutefois plus dirigé vers l'Est que vers les colonies de l'Amérique.

¹⁰ Lettre de Dufferin à Carnarvon (23 novembre 1876). Dans cette lettre Dufferin fait à Carnarvon un compte-rendu d'une discussion houleuse entre lui et Mackenzie portant sur l'affaire du chemin de fer du Pacifique. dans C. W. Kiewiet, F. H. Underhill, *Dufferin-Carnarvon Correspondence, 1874-1878*, Originally Published as Champlain Society Publication XXXIII, Facsimile ed by Greenwood Press, New York, 1969, p.309 et ss.

¹¹ Disraeli, premier ministre : 1868, 1874-1880; Gladstone, premier ministre : 1868-1874, 1880-1885.

¹² David M. L. Farr, *The Colonial Office and Canada, 1867-1887*, Toronto, University of Toronto Press, 1955, chap 9: « The Imperial Relationship in Opinion and Practice, 1867-1887 », p.276 et ss.

Carnarvon, nommé à nouveau secrétaire d'État aux colonies en 1874 et Dufferin, qui sera le troisième gouverneur général, sont des impérialistes convaincus¹³ qui veulent sincèrement que le jeune Dominion se développe tout en conservant un lien privilégié avec la Mère patrie. Toutefois, malgré leurs meilleures intentions, ces deux hommes sont victimes de leurs préjugés. Selon Dufferin, les hommes politiques canadiens sont provincialistes. Il croit aussi que les libéraux de Mackenzie, au pouvoir de 1874 à 1878, ont un projet caché favorable à l'indépendance complète du Canada. Carnarvon, quant à lui, avait tendance à croire son jugement supérieur à celui de n'importe quel homme d'État issu des colonies. Les décennies 1870-80 seront donc marquées par un interventionnisme plus soutenu de Londres dans la gestion politique de ses différentes colonies.¹⁴

De tous les secrétaires d'État aux colonies en fonction dans les années 1867-1890, nous pensons que Carnarvon sera celui qui aura l'influence la plus marquante sur la politique canadienne. Il occupera cette fonction le plus longtemps durant cette période, soit un total de cinq années réparties sur deux mandats, alors que les mandats ne dépassent jamais deux ans. Administrateur diligent et consciencieux, il prend au sérieux son rôle de guide des colonies dans leur évolution politique. Il marque ainsi de sa vision les relations entre le Canada et l'Empire et ce, pour toute la période ayant fait l'objet du présent travail. Carnarvon nouera aussi des amitiés durables avec plusieurs hommes politiques canadiens dont Edward Blake.

4.1.2 La Couronne dans un Dominion fédéral

C'est principalement à travers les relations entre les provinces et Ottawa que va se définir le rôle du gouverneur général. On s'en souvient, l'un des souhaits

¹³ Selon D. M. L. Farr, Dufferin, en particulier, était totalement imprégné de la ferveur impérialiste. Voir : *id* p. 294.

¹⁴ C.W. Kiewiet, F.H. Underhill, *op.cit.*, avant-propos, p. xi.

exprimés par Londres en 1867 est de voir la fin de tout lien direct entre la Mère patrie et les colonies qui prendront désormais la forme de provinces. Ce qui ne veut pas dire toutefois que Londres va se désintéresser du sort de ces dernières, bien au contraire. Les gouverneurs généraux seront régulièrement appelés à intervenir dans les conflits émergeant entre Ottawa et les provinces. Dufferin interviendra à ce titre abondamment, comme par exemple dans la dispute entre le gouvernement fédéral et la Colombie-Britannique. Son point de vue est simple : Londres est en cette matière une partie extérieure, impartiale et « désintéressée », donc tout indiquée pour arbitrer efficacement les conflits.

Le gouverneur général s'implique aussi dans tous les événements entourant la création du Manitoba. Dufferin fera d'ailleurs un compte rendu détaillé des révoltes de la Rivière Rouge. Pour lui, ce sont les Métis, mais surtout les administrateurs de la Compagnie de la Baie d'Hudson qui sont le plus à blâmer.¹⁵ Dufferin n'est pas par contre très sensible aux revendications des Métis. Il convient de le souligner, à aucun moment, Londres ne défendra les Métis contre agissements de la Compagnie de la Baie d'Hudson et par la suite ceux du gouvernement fédéral. De la même façon, on se désintéresse du sort des catholiques du Nouveau-Brunswick. Il s'agit pourtant de deux groupes minoritaires qui auraient eu bien besoin de cette protection « impartiale et désintéressée » du gouverneur général.

C'est essentiellement au rôle d'arbitre des différents entre Ottawa et les provinces que vont se consacrer les gouverneurs généraux Yong et surtout Dufferin. Et c'est donc dans le but de protéger la capacité des provinces à légiférer sans être continuellement brimées par le fédéral que Lord Kimberley¹⁶ envoie en 1873 des directives à Dufferin afin de permettre à ce dernier de s'abstenir de suivre les recommandations de son conseil s'il le juge approprié. Il faut souligner que ces

¹⁵ Lettre de Dufferin à Carnarvon, 12 octobre 1874; ANC, Fonds Carnarvon; C.W. Kiewiet, F.H. Underhill *op.cit.*, p. 82-92.

¹⁶ Nommé par Gladstone, il sera secrétaire d'État aux Colonies de 1870 à 1874.

recommandations interviennent dans le contexte hautement polémique de la controverse entourant la loi sur les Écoles publiques du Nouveau-Brunswick.

En 1871, le gouvernement néo-brunswickois adopte une loi visant à uniformiser le système scolaire¹⁷. Désormais, les taxes scolaires ne pourront financer qu'un système public voulu « neutre » et les manuels scolaires devront être approuvés par le gouvernement de la province.¹⁸ Ceux qui désirent envoyer leurs enfants dans des écoles confessionnelles devront supporter un système parallèle privé. Cette nouvelle loi a pour effet de mettre fin au système confessionnel qui avait alors cours. En effet, historiquement, les contribuables d'un comté pouvaient, sur décision majoritaire, décider de la création d'une école confessionnelle catholique ou autre. Dans les faits, cette loi préjudicie essentiellement les Acadiens catholiques qui se sont dotés d'un système scolaire catholique et français, ces derniers pouvant auparavant financer des écoles séparées là où ils étaient majoritaires à même leurs taxes.

Perdant leurs écoles et forcés de financer par leurs taxes un système scolaire qu'ils désapprouvent, les catholiques de la province vont tenter d'obtenir d'Ottawa le désaveu de la loi sur la base de l'article 93 du *B.N.A. Act*, article garantissant le maintien des écoles confessionnelles dans les provinces.¹⁹ Le gouverneur général recevra autant les doléances des catholiques que celles des députés néo-brunswickois que ne veulent pas d'une intervention fédérale. En début d'année 1873, ces derniers écrivent directement à Yong, alors en poste, afin de faire valoir leur point de vue.²⁰ Ils sont inquiets du sort que pourrait connaître la législation : en effet une courte majorité de députés fédéraux soutient la cause des catholiques. Le

¹⁷ Pour un compte rendu voir entre autres, R.C Vipond, *Liberty and community: Canadian federalism and the failure of the constitution*, Albany, State University of New York Press, 1991, p.119 et ss.

¹⁸ *An Act Relating to Common Schools*, 1871 (N.-B.) 34 Vic., c. 21.

¹⁹ Nous reviendrons sur cette disposition au chapitre 6.

²⁰ Lettre des députés du Nouveau Brunswick à Ottawa à Yong, février 1873, Fonds du gouverneur général, RG7 G21.

30 mai 1872, la Chambre des communes vote une résolution visant à désapprouver la loi sur les écoles communes. Par contre, la Chambre étant divisée sur la question, la résolution ne demande pas formellement le désaveu de la loi, mais plutôt que le CJCP soit saisi de l'affaire afin de déterminer si elle est constitutionnelle ou pas.²¹

Dufferin, qui reprend le dossier lors de son arrivée en 1873, demandera des directives supplémentaires à ce sujet. Qu'arriverait-il si le gouvernement fédéral finissait par succomber aux pressions des députés de la Chambre des communes et acceptait de désavouer la loi provinciale? À Londres, on émet alors l'idée que le gouverneur général peut se dissocier de l'avis de son conseil, surtout si Ottawa cherche à s'immiscer dans les domaines relevant de la compétence des provinces.²² Pour intervenir, le cas échéant, le gouverneur général pourrait tirer profit de son droit de regard sur les lois votées par les provinces. En effet, les projets de loi réservés par le lieutenant-gouverneur²³ sont transmis au gouverneur général pour étude.

De fait, l'article 90 du *B.N.A. Act*, portant sur la réserve et le désaveu, reprend le libellé des articles 55 à 57²⁴ et en stipulant qu'il faut remplacer l'expression « Reine » apparaissant dans ces articles par « gouverneur général ». C'est là que se trouve le flou dont Yong et Dufferin, tenteront de tirer parti. Dans les articles 55 à 57, il est écrit Reine et non *Reine en conseil*. Pour Dufferin, cette nuance est pertinente et indique qu'il peut prendre la décision de refuser la sanction d'une loi provinciale, seul, sans l'avis de son conseil. On s'en doute, Ottawa ne partage pas cet avis

²¹ Cette résolution est reproduite dans : *Correspondence, Reports of the Ministers of Justice and Orders in Council upon the Subject of the Dominion and Provincial Legislation, 1867-1895*, Ottawa, Government Printing Bureau, 1896, p.663.

²² Lettre de Carnarvon à Dufferin, décembre 1873, Fonds du gouverneur général, RG7 G21 vol 16 no. 60.

²³ Le lieutenant gouverneur a la capacité de refuser de sanctionner un projet de loi et de le réserver au bon plaisir du gouverneur général. Nous revenons sur cette question un peu plus loin.

²⁴ *B.N.A. Act*. Ces trois articles portent sur le pouvoir de désaveu des lois fédérales par Londres.

Selon les termes du *B.N.A Act*, le lieutenant-gouverneur a le pouvoir de réserver une loi provinciale pour examen par le gouverneur général. Toutefois, rien n'indique expressément que le gouverneur général doive à son tour soumettre la législation à son conseil. Afin de déterminer la validité de la législation, le gouverneur général ne pourrait-il pas alors en référer directement à Londres? Cette question va être soulevée d'abord par le gouverneur général Yong qui la réfère au Secrétaire d'État aux colonies en poste en 1869, l'Earl Granville²⁵. On lui répond alors qu'il devrait suivre l'avis de son conseil et désavouer une loi provinciale même si son avis pouvait parfois différer de celui du conseil quant à la validité ou la constitutionnalité de cette loi. Toutefois, le gouverneur général peut s'abstenir de se ranger à l'avis de son conseil lorsqu'il semble évident que la loi est illégale.²⁶

À première vue, la directive reçue paraît claire. L'intervention doit être exceptionnelle. Mais le Secrétaire d'État aux colonies subséquent, Earl of Kimberley, vient brouiller les cartes en 1873 alors qu'il donne comme directive à Dufferin d'agir selon sa discrétion même si cela peut le conduire à agir contre l'avis de son Conseil.²⁷ Il ne s'agit plus alors uniquement d'une question hypothétique puisque nous sommes au beau milieu de la crise des écoles publiques du Nouveau-Brunswick. Cet avis ne fit guère plaisir au gouvernement fédéral qui s'empressa de contester cette interprétation du *B.N.A. Act*. La question fut finalement résolue sous le cabinet Mackenzie. Carnarvon, poursuivant l'œuvre de son prédécesseur, soulève auprès de Mackenzie la possibilité d'une distinction à faire entre les articles du *B.N.A. Act* référant au gouverneur général et ceux référant au gouverneur général *en Conseil*.

²⁵ Libéral convaincu, il sera secrétaire d'État aux Colonies de 1868 à 1870.

²⁶ « Lettre de Granville à Yong », juillet 1869, Doc. de la session, Canada, 1870, no 35, pp.3-4.

²⁷ « Lettre de Kimberley à Lord Dufferin », juin 1873, Doc de la session, Canada, 1874, no 25, p.13.

Afin de résoudre le problème, gouvernement libéral de Mackenzie nomme un comité chargé de faire rapport sur l'interprétation à donner au B.N.A Act sur cette question. Todd rapporte que les conclusions du comité furent que: « the governor-general was required to exercise the power of assent or disallowance to provincial legislation, in the same manner he fulfilled other function of government; that is to say, upon advice [sic] of his ministers.²⁸» Après ces tergiversations, Londres concède au gouvernement fédéral que sa vision des fonctions du gouverneur général est la bonne et aucun d'entre eux ne prendra l'initiative de désavouer un projet de loi contre la volonté de son Conseil. Même Todd, qui croit en l'utilité de la fonction de gouverneur général, désapprouve la lecture du *B.N.A Act* proposée par Carnarvon. Il lui paraît plutôt que si on a omis d'indiquer systématiquement d'écrire « Gouverneur général en Conseil » c'était en fait dans un souci de brièveté et afin d'éviter d'alourdir inutilement le texte.²⁹

Notons que, bien qu'officiellement le *B.N.A Act* soit une loi impériale britannique, Ottawa aura le dernier mot en ce qui concerne son interprétation, notamment ici, en ce qui concerne la définition du rôle du gouverneur général. Mais le conflit entre Londres et Ottawa ne porte pas seulement sur le rôle du gouverneur général : en fait c'est le rôle même de Londres dans les relations fédérale-provinciale qui en jeu. Ottawa choisit une interprétation du rôle du gouverneur général qui va limiter sa capacité d'agir en tant qu'arbitre. Les lieutenants-gouverneurs, qui ont, entre autres, comme fonction de représenter Ottawa au niveau provincial, vont-ils pouvoir prendre le relais ?

Dans les années qui suivent la Confédération, il apparaît que le rôle de lieutenant-gouverneur est aussi beaucoup moins clair que prévu. En fait, la situation

²⁸ A. Todd, *Parliamentary Government in the Colonies*, Boston, Little, Brown and Co., 1880, p.334.

²⁹ *Id.*, p.338; c'est aussi l'opinion d'O'Sullivan. *A Manual of Government in Canada or, the Principles and Institutions of our Federal and Provincial Constitution*, 2^{sd} ed., Toronto, Carswell, 1887, p.35.

du lieutenant-gouverneur évolue tout au long de la période allant de 1867 à 1900 et ce, dans un sens tout à fait contraire à la volonté originelle des autorités coloniales, mais surtout à l'encontre de la volonté de plusieurs des Pères de la Confédération. Nous ferons donc dans la section suivante la part belle aux lieutenants-gouverneurs dont le rôle constitutionnel sera des plus importants dans l'évolution de la relation entre Ottawa et les provinces. Par contre, disons-le tout de suite, leur rôle politique, lui, ne résistera pas très bien à l'épreuve du temps.

4.1.3 Les lieutenants-gouverneurs sont-ils des représentants de la Reine ?

Les lieutenants-gouverneurs ont des attributions similaires à celles du gouverneur général. Nommés par le Gouverneur général en Conseil, ils ont, tout comme lui, la charge d'appeler les députés à siéger et celle de dissoudre l'Assemblée législative. Ce sont aussi eux qui sanctionnent les lois votées par les assemblées législatives. Tout comme le gouverneur général, ils agissent sur avis de leur conseil. Au Québec, le lieutenant-gouverneur en conseil aura aussi le mandat de nommer les conseillers législatifs³⁰. Le Québec est par ailleurs la seule des anciennes colonies à avoir conservé un conseil législatif. Toutefois, dans un premier temps, autant pour Londres que pour Ottawa, les lieutenants-gouverneurs ne sont pas des représentants de la Couronne britannique.

La décision des Pères de la Confédération de maintenir le poste de lieutenant-gouverneur en lui donnant des attributions similaires à celles du gouverneur général, sans lui reconnaître le même statut, constitue un assez bon exemple du flou d'un système fédéral qui se veut respectueux du principe britannique d'unité de la Couronne. C'est aussi un témoignage de l'impossibilité de réconcilier ceux qui favorisent un gouvernement fédéral aussi centralisateur que possible avec ceux qui veulent préserver l'autonomie des provinces. En effet, il apparaît clairement lors des négociations que les autorités britanniques considèrent la Couronne comme étant

³⁰ Le Conseil législatif du Québec disparaît en 1969.

indivisible. Par conséquent, les lieutenants-gouverneurs ne peuvent exercer les pouvoirs émanant de la prérogative royale, d'où par exemple le refus de Londres de permettre à ces derniers d'exercer le pouvoir de pardon.

Toutefois, ainsi que le fera remarquer Loranger en 1883, si la Couronne est indivisible, son pouvoir doit s'exercer dans sa totalité à l'égard de tous les actes posés par l'État. Or, dans un système fédéral, l'État est à la fois provincial et fédéral. Cette égalité des ordres de gouvernements paraît d'autant plus évidente que les lieutenants-gouverneurs exercent des fonctions similaires à celles du gouverneur général. Si les tenants d'un système tendant vers l'union législative avaient voulu s'assurer que les provinces n'aient qu'un statut de municipalités élargies, ils n'auraient pas dû reproduire, au niveau provincial, le modèle fédéral. Par contre, on peut penser qu'un modèle reléguant clairement les provinces à un statut subalterne, notamment, par l'élimination du poste de lieutenant-gouverneur, n'aurait jamais été accepté par des hommes politiques tels Langevin, Mowat ou Tilly.

Cependant, plusieurs indices semblent pointer vers l'idée les lieutenants-gouverneurs seraient plus assimilables à des officiers de la Couronne fédérale qu'à des représentants de la Reine. Tout d'abord, ils sont nommés par Ottawa. De plus, lors de leur nomination, les lieutenants-gouverneurs reçoivent l'ordre d'agir en accord avec les instructions reçues du Gouverneur général en Conseil. Ce dernier point va rapidement poser problème, car il semble que, dans bien des cas, le lieutenant-gouverneur ne recevait aucune instruction spécifique. C'est ce dont témoigne A. Todd. En effet, l'auteur rapporte, qu'au moment où il rédige son ouvrage, aucune instruction n'avait envoyée dans les provinces fondatrices du Dominion.³¹ Cas exceptionnel, le lieutenant-gouverneur du Manitoba nouvellement formé recevra des directives écrites portant, entre autres, sur les institutions gouvernementales, mais surtout sur la gestion de la question autochtone. Il faut dire que sa situation est particulière. Au moment où ce lieutenant-gouverneur est

³¹ A. Todd, *Parliamentary Government*, *op.cit.*, p.389.

nommé, le Manitoba n'existe pas encore et les Métis sont en conflit ouvert avec les autorités canadiennes.

Les lieutenants-gouverneurs désirant connaître l'étendue et la limite de leurs attributions prendront donc certaines initiatives. Celui de la Nouvelle-Écosse, demande ainsi, en 1869, au gouverneur général s'il peut user de la prérogative du pardon³². Sa demande sera formellement rejetée par Ottawa. Le fédéral s'oppose catégoriquement à ce qu'il puisse faire usage d'une prérogative royale et reçoit sur cette question l'appui de Londres. Le lieutenant-gouverneur n'est pas nommé par la Reine et ne s'est vu déléguer aucune prérogative, quelle qu'elle soit.³³

La question de l'usage des prérogatives de la Couronne par le lieutenant-gouverneur est récurrente tout au long de la période allant de 1867 à sa résolution judiciaire dans les années 1880. En fait, le combat n'est pas mené par ces officiers, mais bien par les provinces qui seraient les bénéficiaires ultimes du droit à l'usage de ces différentes prérogatives. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si, en 1869, le gouvernement de l'Ontario se charge lui-même de donner à son lieutenant-gouverneur le pouvoir de nommer des conseillers de la Reine pour la province.³⁴ En fait, son statut de représentant direct de la Reine confirme la souveraineté des provinces à l'égard d'Ottawa.

Plusieurs juristes qui revendiquent plus d'autonomie pour les provinces s'attaquent donc à cette question. Ainsi que nous l'avons vu plus haut, T. J. J. Loranger met de l'avant une théorie assez efficace, que les Lords du CJCP vont d'ailleurs entériner dans l'affaire *Hodge*³⁵, afin de justifier la souveraineté des

³² Lettre au gouverneur général, 25 août 1868, dans Doc. de la session, Canada, 1869, no 16.

³³ *Id.*, réponse de Londres au gouverneur général, 24 février 1869.

³⁴ Voir A. M. Evans, *Sir Oliver Mowat*, Toronto, University of Toronto Press, 1992, p.148.

³⁵ *Hodge v. The Queen*, [1883-1884] 9 A.C. 117. (*Hodge*) Dans cette cause en provenance de l'Ontario, un hôtelier, Hodge, a été mis à l'amende par un officier municipal

lieutenants-gouverneurs. Loranger utilise le concept de l'indivisibilité de la Couronne. Ironiquement, c'est ce concept même qui avait amené les fonctionnaires britanniques à refuser aux lieutenants-gouverneurs le statut de représentants de la Reine. Loranger le récupère, mais cette fois-ci en l'adaptant à la notion de fédéralisme. La couronne indivisible se diffuse alors entre les deux ordres de gouvernement et ne peut qu'exercer une seule et même emprise sur les compétences provinciales et fédérales. Étant une, elle s'impose identiquement et donc, de ce fait, les lieutenants-gouverneurs, nommés par le gouverneur général investi des pouvoirs du souverain dans la colonie, exercent nécessairement les fonctions du souverain lorsqu'ils posent les mêmes gestes que leur pendant fédéral. En fait, Loranger ne propose rien de moins qu'une souveraineté en garde partagée.³⁶ « L'autorité des lieutenants-gouverneurs dans les limites de leur ressort, a été placée sur un pied d'égalité avec l'autorité du gouverneur général. Tous deux sont les représentants de la reine dans leur sphère respective;³⁷ ».

Le rôle de représentants de la Couronne britannique des lieutenants-gouverneurs sera ultimement reconnu, sur un plan symbolique à tout le moins.³⁸ Cette reconnaissance va permettre aux provinces de faire usage des prérogatives

pour avoir contrevenu à un règlement de la ville de Toronto. Hodge avait permis à ses clients de jouer au billard alors que les jeux de hasard étaient interdits du samedi soir jusqu'au lundi matin dans les lieux où l'on vendait de l'alcool. L'avocat de Hodge conteste l'amende en plaidant que le règlement à son origine n'est pas constitutionnel. Le CJCP va maintenir la condamnation.

³⁶ T. J. J. Loranger, *Lettre sur l'interprétation de la constitution fédérale dite l'acte d'Amérique britannique du nord, 1^{ère} lettre*, Québec, Imprimerie A.Côté et Co., 1883, p.8 et 26.

³⁷ *Id.*, p.8.

³⁸ En 1892, le CJCP confirme dans *Liquidator of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New-Brunswick* (1892 A.C. p.437) (*Maritime Bank*) que le lieutenant gouverneur est bel et bien le représentant auprès des Provinces de la Couronne britannique. Dans cette affaire, il fallait déterminer quel rang aurait la province en tant que créancière de la Maritime Bank alors en faillite. Était-elle une créancière ordinaire ? Ou profitait-elle d'une créance de premier rang en vertu d'un privilège de la Couronne à cet effet ? La cour trancha en faveur de la seconde option.

de la Couronne qui jusqu'alors leur avaient échappé. Cette évolution semble d'ailleurs aller à l'encontre de la volonté de l'administration britannique. Dufferin signalait d'ailleurs en 1874 à Carnarvon qu'il était urgent de mieux définir le rôle des lieutenants gouverneurs afin qu'ils comprennent une fois pour toutes qu'ils ne représentent pas la Reine, car, écrit-il « there is a certain amount of haziness in their [lieutenants gouverneurs] minds as to who they really represent. ³⁹»

Finalement, les tribunaux vont clarifier la situation, mais pas de la façon dont l'aurait souhaité Dufferin. Saywell note à ce sujet que le CJCP va en quelque sorte réécrire l'histoire de la Confédération en déclarant que le lien entre Londres et les provinces existe toujours, à travers la fonction du lieutenant-gouverneur et en statuant qu'à l'origine, l'intention des Pères de la Confédération n'était pas de subordonner les provinces au fédéral, mais bien de créer deux entités souveraines dans leurs champs de compétences.⁴⁰ Nous pensons qu'il faut nuancer cette affirmation. En fait, il n'avait jamais été très clairement entendu que les hommes politiques participant au processus confédératif souhaitaient tous une telle subordination. Le CJCP va simplement se nourrir de cette ambiguïté afin de s'éloigner de la volonté des administrateurs de l'Empire. Par contre, paradoxalement, ce choix s'inscrit très bien dans la résurgence du mouvement impérialiste qui a cours en Grande-Bretagne à cette époque. Ainsi, aux yeux des Lords du CJCP, l'Empire touche non pas uniquement le Dominion, mais bien chacune de ses provinces. Cette position affranchit les provinces des prétentions de tutelle qu'entretenait Ottawa, prétentions qui, dès les premiers moments du Dominion, vont marquer les relations entre l'État fédéral et les provinces.

³⁹ Lettre de Dufferin à Carnarvon, décembre 1874, C. W. Kiewiet, F. H. Underhill, *op.cit.*, p. 122-127.

⁴⁰ J. T. Saywell, *The Lawmakers, Judicial Power and the Shaping of Canadian Federalism*, Toronto, University of Toronto Press, 2002, p. 128.

4.2. Les relations entre Ottawa et les provinces et la montée des revendications provinciales

Les relations entre Ottawa et les provinces sont marquées du sceau de la complexité. Les interventions récurrentes des autorités britanniques par le biais du gouverneur général ne vont guère les rendre plus simples. Toutefois, les hommes politiques canadiens n'avaient pas vraiment besoin du gouverneur général pour initier une dynamique de confrontation entre le fédéral et les provinces : les effets des flous artistiques contenus dans le *B.N.A Act* suffisaient amplement.

Dans cette section, nous nous attaquerons essentiellement au rapport entre Ottawa et les provinces. La question portant sur la division de la souveraineté juridique entre ces ordres de gouvernement, une question qui, on le devine, est très polémique à cette époque, sera davantage étudiée au dernier chapitre. En effet, ce sont les tribunaux qui vont être les acteurs essentiels dans la mise en œuvre du partage des compétences législatives entre le fédéral et les provinces. Nous verrons ici une application plus politique du *B.N.A. Act*, non seulement en lien avec la question du désaveu des lois provinciales par Ottawa, mais aussi avec celle du Sénat. Mais, débutons par une grande question : qui dirige réellement le Dominion?

4.2.1. *Le Canada, un ou plusieurs chefs?*

Dès la Confédération, Ottawa et les provinces cherchent à délimiter l'étendue de leurs compétences respectives. Dans un contexte où on tente de déterminer qui pourra faire quoi, plusieurs questions émergent. Elles résultent de la difficile transition de colonies vers le statut de provinces. Les anciennes colonies doivent en effet composer avec la perte de certaines de leurs capacités politiques et juridiques. Plusieurs de leurs précédentes attributions ont été transférées à Ottawa. La plus importante question est d'ailleurs au cœur de l'impact sous-jacent à ces transferts de compétence : les provinces ont-elles créé le fédéral en ratifiant le projet confédératif,

ou bien le *B.N.A Act* est-il à l'origine d'une nouvelle entité avec un État fédéral occupant une position prépondérante? Cette question est importante, car elle détermine si les provinces ont hérité de certaines des prérogatives dont jouissaient les anciennes colonies.

Le problème a donc une dimension éminemment pragmatique d'un point de vue juridique. Il s'agit de déterminer si certains pouvoirs non répartis par la Constitution reviennent aux provinces ou appartiennent d'office au fédéral. On a prévu dans la Constitution que tous les domaines législatifs qui ne sont pas décrits dans les articles 91 et 92 iraient d'office à l'instance fédérale⁴¹, avec une exception concernant les matières qui seraient purement locales⁴². On peut donc facilement comprendre que les domaines nouveaux auxquels nul n'avait pu penser auparavant seront attribués à l'État fédéral. Mais qu'en est-il de certains pouvoirs déjà exercés par les provinces dans le passé et auxquels il n'est pas fait référence dans le *B.N.A. Act*? En réponse à cette interrogation, Loranger, Blake et Mowat soutiennent que le gouvernement fédéral est une création des anciennes colonies devenues provinces. Ces dernières lui ont cédé les pouvoirs énumérés dans le *B.N.A. Act*. Ce qui n'a pas été cédé d'une manière ou d'une autre leur revient donc : en fait, elles n'ont jamais cessé d'en bénéficier.⁴³ Évidemment, à Ottawa, on réfute cette interprétation de la fondation du Canada.

⁴¹ *B.N.A. Act*, art. 91, préambule : « La Reine est habilitée, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes, à légiférer, pour la paix et l'ordre au Canada ainsi que pour son bon gouvernement, en toute matière non comprise dans les domaines exclusivement attribués par la présente loi aux législatures des provinces »

⁴² *B.N.A. Act*, art. 92(16) « d'une façon générale, toutes les matières à caractère purement local ou privé dans la province »

⁴³ T. J. J. Loranger. *op.cit.*, p.60 : « Les provinces sont entrées dans l'union fédérale avec leur identité corporative, leurs anciennes constitutions, et tous leurs pouvoirs législatifs » ; D.A. O'Sullivan, *op.cit.*, p.21.

Plus fondamentalement, dès 1867, la question de la place relative des provinces dans le Dominion est posée. L'enjeu est le degré d'autonomie dont elles pourront jouir face au gouvernement fédéral. Si les provinces ont créé le gouvernement fédéral, tout ce qui ne lui a pas été donné leur revient, mais surtout, elles ne peuvent être assujetties à leur créature. Par contre dans le cas inverse, on peut soutenir que les provinces sont en quelque sorte subordonnées à Ottawa.

Le choix d'identifier les parlements provinciaux par le terme de *législature* soulève aussi un questionnement quant à l'étendue de leur autonomie. Ce point est, entre autres, abordé par Todd, qui y voit clairement la volonté du gouvernement impérial de distinguer entre des ordres de gouvernement. Il ressort de sa revue de la littérature sur cette question que le terme Parlement devrait être réservé aux grandes assemblées nationales, telle celle de la Grande-Bretagne et aux législatures subordonnées, c'est-à-dire les colonies dotées d'institutions parlementaires, à qui le titre de Parlement a été octroyé par un acte impérial. Évidemment, au Canada, seul le Parlement fédéral bénéficie de cette faveur impériale.

En fait, pour Todd, la distinction réside dans le fait que seul le Parlement fédéral a l'autorité de légiférer de façon générale pour la « Paix, l'ordre et le bon gouvernement ». Il jouit donc d'un pouvoir plus étendu et complet que les législatures confinées aux matières locales ou privées⁴⁴. Todd décrit ainsi la relation entre les Législatures et le Parlement fédéral :

« To the former is delegated the exclusive right to make laws in regard "to matters of a local or private nature" in each province. To the latter is assigned, not merely authority to legislate upon specified public matters affecting the public interest of the entire dominion, but also to make laws upon whatever may concern "the peace, order, and good government of Canada", save only matters of such exclusively local description.⁴⁵ »

⁴⁴ *B.N.A. Act*, art 92(16).

⁴⁵ A. Todd, *Parliamentary Government*, *op.cit.*, p. 462.

Loranger va répliquer à cet argument en affirmant que l'article 92(16) du *B.N.A Act* donne aux provinces un pouvoir général de légiférer qui s'assimile à celui du fédéral.⁴⁶ Il y aurait donc « match nul », chaque ordre de gouvernement ayant la possibilité de légiférer de façon conforme à ses compétences.

Les hommes politiques qui vont choisir l'arène provinciale n'ont pas l'intention d'hériter d'institutions amoindries par un partage des compétences législatives et les différentes attributions données au fédéral. La Confédération n'a pas créé une génération spontanée de politiciens : ceux qui officient dans les Assemblées législatives vont rapidement montrer qu'ils n'ont pas perdu leurs réflexes datant de l'époque où ils étaient les seuls maîtres à bord à l'intérieur des limites de leurs colonies. Ils ont toujours le même désir d'exercer tous les pouvoirs possibles.

4.2.2. Nationalismes politiques et Fédération

Dans son ouvrage, *Federal Government in Canada*⁴⁷, Bourinot trace un portrait instructif des hommes politiques que l'on retrouve au Parlement d'Ottawa dans les années 1880. Ces hommes sont majoritairement, mais pas exclusivement, des membres du barreau de l'une ou l'autre des provinces. La plupart ont reçu une formation universitaire ou collégiale. Plusieurs des représentants de l'Ontario ont par ailleurs fait leurs premières armes politiques dans le monde municipal. En 1889, la minorité anglo-protestante du Québec a trois représentants sur 65. Les catholiques ontariens en ont 2 sur 92 et les franco-manitobain (Métis) 1 sur 5. Déjà en 1889, la discipline de parti est forte et peu d'hommes osent traverser la chambre. Bourinot note que ce respect de la ligne de parti a permis l'émergence d'un exécutif plus fort

⁴⁶ T. J. J. Loranger, *op.cit.*, p. 52, : « la loi a accordé aux provinces la compétence sur toutes matières locales, en sus des attributs particuliers qui précèdent le paragraphe 16. Il s'ensuit que l'attribution faite aux provinces a été une attribution générale car l'ensemble des lois locales et privées constitue une généralité. »

⁴⁷ Bourinot, *Federal Government in Canada*, *op.cit.*

qu'en Grande-Bretagne, où cette norme est plus souple. Pour Bourinot, il semble aussi que l'importation de la pratique états-unienne du caucus ait contribué à renforcer l'esprit de corps des partis canadiens.⁴⁸ En parallèle à cette cristallisation des différentes formations politiques, un discours à saveur nationaliste émerge.

Certains hommes politiques canadiens se font les promoteurs d'un État fédéral autonome face à Londres doublé de provinces autonomes dans leur champ de compétence. On les trouve principalement au sein de la formation libérale. L'un des représentants de cette tendance, Edward Blake, fera sur cette question un discours très remarqué dans la ville ontarienne d'Aurora.⁴⁹ Déçu des résultats du Traité de Washington, il lui paraît clair que le Canada devrait avoir plus de latitude en matière de relations internationales. Dans ce discours, Blake affirme qu'afin de parvenir à une plus grande autonomie, les provinces devraient se montrer plus solidaires. Il désire en fait voir les provinces s'exprimer de façon indépendante dans certains dossiers à caractère international, émettant implicitement l'hypothèse que les hommes politiques présents à Ottawa ne parlent pas nécessairement pour les provinces dont ils sont issus. Mais, Blake s'en prend surtout au fait que les traités internationaux s'appliquant au Canada soient négociés par des hommes politiques britanniques qui sont élus en Grande-Bretagne. Les électeurs canadiens n'ont donc aucun recours lorsque vient le moment de sanctionner des décisions qu'ils jugent à l'encontre de leurs intérêts. Pour Blake, les sujets canadiens ont donc moins de droits à cet égard que leurs vis-à-vis britanniques.⁵⁰

Mais ce nationalisme canadien n'est pas la chasse gardée des libéraux. Moins radical que Blake, A.T. Galt, membre bien en vue du parti conservateur du Canada, refuse en 1869 l'Ordre de St Michael & St-Georges que veut lui offrir la Grande-

⁴⁸ *Id.*, p.105.

⁴⁹ « Edward Blake's Aurora Speech, 1874 », publié dans: *Canadian Historical Review* 2 (1921) 249.

⁵⁰ *Ibid.*

Bretagne, et ce, par conviction nationaliste. Galt croit en effet qu'il est hypocrite de sa part d'accepter un titre de l'Empire alors qu'il préconise l'indépendance complète du Canada face à cette dernière.⁵¹ Il doute de l'existence d'un lien réel entre Londres et son Dominion.

Le geste de Galt exprime la grande désillusion de toute une partie de la classe politique canadienne face au peu de place qu'occupe le Canada dans l'Empire. Toutefois, Londres ne semble pas froissé par les opinions de Galt et insiste. Il aura le titre malgré tout. Il recevra par ailleurs de Cartier la consigne de s'abstenir de faire part de ses opinions nationalistes dans l'enceinte du Parlement.⁵²

Les hommes politiques fédéraux vont travailler à accroître la place du Canada en Amérique du Nord et dans l'Empire : cette ambition se trouve autant chez gouvernements conservateur que libéraux qui vont se succéder à Ottawa entre 1867 et 1900. On peut ainsi voir l'expansion du Canada vers l'Ouest et, dans une moindre mesure, la création de la Cour suprême, comme étant des manifestations d'une Nation en émergence. L'hostilité que Londres entretient face au projet de tribunal de dernière instance n'est sans doute pas étrangère à l'irritation croissante que les fonctionnaires impériaux ressentent face à ce qu'ils considèrent comme des velléités nationalistes canadiennes. Ainsi, la première tentative de convaincre Londres du bien-fondé d'une Cour de dernière instance pour le Canada, plaidée par le gouverneur général Yong, à la demande de J. A. Macdonald, sera très froidement reçue par le Secrétaire d'État aux colonies du moment, Granville. Ce dernier écrit à Yong :

« With regard to your remark that it is worthy of consideration whether it would not be expedient to establish a Tribunal for the decision of all questions of Constitutional Law and conflict of jurisdiction, I see no reason for the establishment of such a Tribunal. Any question of this kind could be entertained

⁵¹ Lettre de A.T. Galt à Cardwell, 17 mai 1869, A.N.C. Fonds A.T. Galt MG27ID8.

⁵² *Id.*, lettre de Cartier à Galt, 13 septembre 1869.

and decided by the local Courts subject to an appeal to the Judicial Committee of the Privy Council.⁵³ »

Et son successeur, Carnarvon n'y sera pas beaucoup plus favorable.

Mais le plus grand projet canadien de l'époque demeure l'expansion vers l'Ouest. Dès 1867, la priorité de J. A. Macdonald est de relier la Colombie-Britannique au reste du Dominion par un chemin de fer qui viendra donner forme aux revendications canadiennes à l'égard de ces vastes terres de l'ouest, alors sous la tutelle de la Compagnie de la Baie d'Hudson. La rapidité avec laquelle le gouvernement fédéral s'engage dans les négociations avec la Compagnie de la Baie d'Hudson l'amène à commettre des impairs qui ne seront pas sans conséquence. Par exemple, la décision du gouvernement fédéral de procéder, avant même le transfert, à un arpentage des terres dans ces territoires, mécontente les habitants de cette région qui ne savent même pas encore qu'ils seront sous peu membres du Dominion. Les interventions maladroites du lieutenant-gouverneur McDougall nommé par Ottawa, vont ultimement provoquer les révoltes de la Rivière Rouge, les Métis ayant décidé d'empêcher McDougall d'entrer sur le territoire manitobain.⁵⁴

De façon générale, ce désir d'autonomie déplaît aux autorités londoniennes. Celles-ci ne croient pas que le Canada soit en mesure d'exercer, de façon efficace, une souveraineté complète tant sur un plan national qu'international. Carnarvon craint d'ailleurs l'annexion du Canada par les États-Unis. Si cette crainte n'est pas partagée par son correspondant privilégié, Lord Dufferin, ce dernier émet l'hypothèse que l'accession trop rapide à une trop grande autonomie pourrait par

⁵³ Lettre de Granville à Yong, Fonds du gouverneur général, RG7 G21, vol. 16 no 60. (février 1869).

⁵⁴ Un télégramme envoyé le 23 novembre 1869 par Yong à Granville annonce que : « McDougall, who has been designated Lieutenant-Governor of North-West Territory when transferred, has been stopped on his way to Fort Garry by a small force of armed insurgent half-breeds. Authorities of Hudson's Bay Company, with whom the Government still rests, are apparently inactive and powerless. » *Correspondence relative to the Recent Disturbances in the Red River Settlement*, London, William Clowes & Sons, 1870, p.3.

contre conduire le Canada à se rapprocher peut-être un peu trop de son voisin du sud.⁵⁵ Ainsi, la crainte d'une annexion des colonies d'Amérique du Nord par les États-Unis semble être, du moins pour Dufferin et Carnarvon, l'un des moteurs de l'interventionnisme britannique.

Alors que Londres trouve les hommes politiques fédéraux un peu trop empressés dans leur désir d'autonomie, les provinces, quant à elles, nourrissent des ambitions qui ne vont pas nécessairement de pair avec celles de certains politiciens siégeant à Ottawa. La Nouvelle-Écosse est à ce titre un bon exemple d'intégration difficile au nouveau Dominion. En septembre 1867, quelques mois après la Confédération, les Néo-Écossais chassent du pouvoir tous les artisans politiques du projet confédératif : seul Tupper échappe à cette vague de mécontentement. En 1867, une session parlementaire entière⁵⁶ porte sur le thème du retrait de la province du Dominion et un groupe d'hommes politiques menés par Howe partent pour Londres en 1868 et tentent de faire fléchir les autorités coloniales afin d'obtenir gain de cause. Toutefois, leurs doléances ne seront pas entendues, les autorités impériales n'ayant nullement l'intention de rouvrir ce dossier. Les représentants de la Nouvelle-Écosse obtiennent malgré tout que le Parlement britannique vote sur un possible rappel du *B.N.A Act*. Leur requête y est toutefois rejetée. Les dirigeants néo-écossais se résignent finalement à donner sa chance au Canada après avoir reçu de la part du gouvernement de J. A. Macdonald l'offre d'une majoration de la subvention annuelle allouée à la province.

Les deux provinces les plus peuplées seront aussi à l'avant-plan de ce provincialisme émergent. En Ontario, la Convention réformiste de 1883 donne le ton aux conflits entre les réformistes qui dominent la scène provinciale et le gouvernement fédéral. Tout y passe, du complot des bleus de Québec jusqu'à la

⁵⁵ Lettre de Dufferin à Carnarvon, 25 avril 1874, ANC, Fonds Carnarvon, MG40-C14.

⁵⁶ *Debate on the Union of the Provinces in the House of Assembly of Nova Scotia, March 16th, 18th, and 19th, 1867*, Re-published from the Officials Reports, CIHM/ICMH no. 67163.

rancœur de J. A. Macdonald à l'égard de sa province d'origine. Il ne fait pas de doute aux yeux des réformistes que l'autonomie de la province est menacée par l'instance fédérale.⁵⁷

Au Québec, les revendications à l'égard du gouvernement fédéral vont débiter dès 1869 avec les conservateurs. Narcisse Belleau⁵⁸, le lieutenant-gouverneur du moment, accuse l'instance fédérale de chercher à étendre ses pouvoirs au dépend de la province. Notons au passage qu'il n'hésite pas à critiquer le gouvernement qui l'a nommé à son poste. En 1881, le Québec prend partie pour l'Ontario dans l'affaire *Mercer* à l'encontre du fédéral. Au cours la décennie 1880, ce mouvement *provincialiste* prend assez d'ampleur pour briser l'emprise des bleus sur la province et porter la coalition nationaliste d'Honoré Mercier⁵⁹ au pouvoir. Mercier sera le premier à organiser une rencontre interprovinciale dont l'objectif principal sera justement de faire le point sur tout ce qui mécontente les provinces dans leur relation avec Ottawa.⁶⁰

Les provinces, jalouses de leurs prérogatives, tentent de définir leurs zones de compétences de la façon la plus étendue possible. On l'a vu, certains gouvernements n'hésitent pas à donner des prérogatives à leur lieutenant-gouverneur. Les provinces légifèrent aussi afin de faire reconnaître à leurs

⁵⁷ Voir : Romney, *Getting it Wrong, How Canadians Forgot Their Past and Imperilled Confederation*, Toronto, University of Toronto Press, 1999, pp 118-119 et A. M. Evans, *op.cit.*, pp 164-165.

⁵⁸ Avocat de formation, il entre en politique en 1852 sous la bannière réformiste mais change rapidement d'allégeance afin d'adhérer à la coalition Macdonald-Cartier. Il sera le 1^{er} lieutenant-gouverneur du Québec. *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit*

⁵⁹ Criminaliste réputé et homme politique coloré, Mercier sera une vedette locale de la politique dans la région de Saint-Hyacinthe avant d'accéder à la tête des Rouges en 1883. Dès ce moment, il fait de l'autonomie provinciale son cheval de bataille. En 1887, il parvient à prendre le pouvoir à la tête d'une coalition formée de libéraux et de conservateurs nationalistes. En 1891 il devra quitter son poste de premier ministre emporté par un scandale politique majeur. *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit*

⁶⁰ *Compte rendu des procédures de la Conférence interprovinciale tenue en la cité de Québec, du 20 au 28 octobre 1887, inclusivement*, CIHM/ICMH no 55998

fonctionnaires un statut d'employés de la couronne similaire à celui dont profitent leurs confrères fédéraux. Ottawa réagit aux initiatives provinciales principalement par un recours extensif au pouvoir de désaveu de leurs lois. Parallèlement à l'usage de ce pouvoir, il légifère à son tour et tente de s'approprier le monopole de certains domaines à teneur sociale, notamment la vente de l'alcool, en misant sur le fait que le *B.N.A. Act* lui reconnaît des compétences plus étendues qu'aux provinces. On s'en doute, les provinces réagiront de façon plutôt négative à ces diverses initiatives.

Parmi ceux qui dénoncent les tendances centralisatrices des politiques fédérales, on retrouve l'avocat T. J. J. Loranger. Ce dernier n'a pas pris part aux négociations pré-confédératives. Ayant été nommé juge en 1863, il ne pouvait plus siéger comme député et ne pouvait être délégué lors de la Conférence de Charlottetown. Toutefois, à titre de juge, mais surtout, d'ancien député conservateur, il a de ce processus une idée assez précise. Il exprime d'ailleurs son point de vue dans ses écrits sur la confédération. Il lui paraît clair que jamais les colonies n'auraient consenti à une union fédérale si on ne leur avait pas garanti la possibilité de traiter d'égal à égal avec Ottawa :

« Les résolutions de la conférence de Québec étaient fondées sur le principe d'une stricte égalité ou d'une autorité égale entre la Puissance et les provinces sans subordination des secondes envers la première, dans les limites de leur ressort respectif. [...] Ce fut à ces conditions qu'elles consentirent, et en particulier celle de Québec, à l'union fédérale.⁶¹ »

Sa lecture de l'entente d'origine entre les colonies se joint à celle de plusieurs autres leaders politiques de l'époque, dont principalement Mowat. Cette interprétation tranche avec la volonté exprimée par Londres avant la Confédération. On se souvient que les administrateurs coloniaux, rébarbatifs au système fédéral, prévoyaient pour les provinces un rôle subalterne, vision d'ailleurs partagée par certains hommes politiques coloniaux, principalement J.A. Macdonald. On voit bien le flou dans lequel s'était engagé le projet confédératif à partir de 1864.

⁶¹ T. J. J. Loranger, *op.cit.*, en préface, p.v.

Ainsi que nous l'avons brièvement mentionné plus haut, en 1887, le gouvernement du Québec, alors dirigé par Honoré Mercier, devient l'hôte de la première rencontre interprovinciale. Cinq des sept premiers ministres provinciaux y prendront part. Les absents, soit les premiers ministres de l'Île-du-Prince-Édouard Édouard et de la Colombie-Britannique, ont d'ailleurs été élus sous la bannière conservatrice. Toutefois, l'autre premier ministre conservateur élu, John Norquay du Manitoba, sera quant à lui présent. La conférence portait sur deux sujets : d'une part la répartition de l'assiette fiscale entre Ottawa et les provinces et, d'autre part, la question de l'autonomie provinciale⁶². On s'en doute, Mercier s'était aussi empressé d'inviter ses collègues fédéraux à la conférence, mais l'invitation avait été déclinée par J. A. Macdonald.⁶³

Le compte rendu de cette conférence montre bien les points de discorde entre Ottawa et les provinces. On y trouve en fait ce qui constituera le noyau dur des conflits à venir. La mauvaise répartition de l'assiette fiscale et la faiblesse des subsides fédéraux constituent une grande part des récriminations des premiers ministres provinciaux⁶⁴. Les modalités de l'administration de la justice posent aussi problème, tout comme le mode de nomination des sénateurs et l'usage du pouvoir de désaveu des lois provinciales par le gouvernement fédéral.

⁶² *Compte rendu des procédures de la Conférence interprovinciale tenue en la cité de Québec, du 20 au 28 octobre 1887, inclusivement, op.cit.*

⁶⁵ Voir sur ce sujet, A.M. Evans. *op.cit.*, p.177.

⁶⁴ Pour le constater on peut référer particulièrement aux pages 12 et suivantes des documents qui détaillent les revendications des provinces. *Compte rendu des procédures de la Conférence interprovinciale tenue en la cité de Québec, du 20 au 28 octobre 1887, inclusivement, op.cit.*

4.2.3 Les pouvoirs de réserve et de désaveu

Les pouvoirs de réserve et de désaveu du fédéral sur les lois provinciales se veulent le calque de celui que possède l'Empire à l'égard d'Ottawa et, dans une certaine mesure, présuppose le même type de rapports hiérarchisés. En fait, l'article 90 du *B.N.A. Act* mentionne simplement que les pouvoirs de réserve et de désaveu décrits dans les articles 55 à 57 s'appliquent *mutatis mutandis* à l'égard des provinces. Il faut simplement remplacer « gouverneur général » par lieutenant-gouverneur et « la Reine » par gouverneur général.⁶⁵

Dans les années qui suivent la confédération, les lieutenants-gouverneurs des différentes provinces vont régulièrement recourir à leur pouvoir de réserve afin de retarder la sanction d'une loi soumise à leur signature⁶⁶. En 1884, Bourinot, le spécialiste incontesté de la procédure parlementaire, écrit à ce sujet n'avoir vu à ce jour aucune source qui lui permettrait de comprendre les principes qui ont guidé les lieutenants-gouverneurs sur cette question⁶⁷. En fait, de telles sources sont inexistantes. Ainsi que nous l'avons mentionné plus haut⁶⁸, aucun lieutenant-gouverneur, celui du Manitoba excepté, n'a jamais reçu de directives écrites du gouvernement fédéral. Cette situation sera d'autant plus singulière que la commission leur octroyant leur poste mentionne expressément qu'ils devront agir

⁶⁵ B.N.A Act, art. 90: « Pour ce qui est des projets de lois de crédits ou des projets de lois fiscales, des recommandations préalables, de la sanction royale, du désaveu et des projets de loi déferés, les dispositions de la présente loi relatives au Parlement du Canada s'appliquent à la législature de chaque province, tout comme si elles étaient édictées de nouveau au présent article et adaptées au cas de la province et de sa législature, les mentions du lieutenant-gouverneur de la province, du gouverneur général et de la province se substituant respectivement à celles du gouverneur général, de la Reine et de son secrétaire d'État et du Canada, le délai de deux ans étant par ailleurs ramené à un an. » [Nous soulignons].

⁶⁶ Bourinot, *Parliamentary procedure*, *op.cit.* p. 578.

⁶⁷ *Id.*, p. 580.

⁶⁸ *Supra*, section précédente.

selon les instructions qui leur seront transmises⁶⁹. Mal balisé, l'usage du pouvoir de réserve par les lieutenants-gouverneurs n'est pas à l'avant-plan de la stratégie d'Ottawa. On recense 52 cas de recours au pouvoir de réserve par un lieutenant-gouverneur entre 1867 et 1920⁷⁰. Bourinot note à ce sujet que le gouvernement fédéral préfère plutôt avoir recours au pouvoir de désaveu.

Le pouvoir de désaveu est directement exercé par le gouverneur général en conseil, soit l'exécutif fédéral. Il devient rapidement l'une des pierres angulaires de la relation que Macdonald entend établir avec les provinces, c'est-à-dire un rapport fondé sur la contrainte. Non seulement est-il l'architecte des procédures entourant l'usage de ce pouvoir, mais c'est aussi sous ses deux administrations qu'il sera le plus fréquemment utilisé. Dans les vingt années de son règne, le gouvernement Macdonald l'utilisera à 59 reprises.⁷¹

Dès 1869, J. A. Macdonald cherche à instaurer une « méthodologie » du désaveu reposant sur quatre conditions⁷². Il propose au cabinet le rejet des lois provinciales lorsque : 1. la loi est entièrement illégale ou inconstitutionnelle; 2. elle est partiellement illégale ou inconstitutionnelle; 3. dans des juridictions concurrentes, elle est opposée à la Législation du Parlement fédéral; 4. elle affecte les intérêts de la Puissance britannique en général. Le gouvernement fédéral entend agir avec équité, puisque ces lignes directrices prévoient la capacité pour les provinces de défendre leur point de vue en répliquant par écrit aux motifs de désaveu invoqués

⁶⁹ A. Todd, *Parliamentary Government*, *op.cit.*, p. 362.

⁷⁰ Eugene Forsey, « Disallowance of Provincial Acts, Reservation of Provincial Bills, and Refusal of Assent by Lieutenant-Governors since 1867 », *The Canadian Journal of Economics and Political Science/ Revue canadienne d'Économie et de Science politique*, 4 : 1 (1938) p.56.

⁷¹ Compilation tirée de : *Correspondence, Reports of the Ministers of Justice and Orders in Council upon the Subject of the Dominion and Provincial Legislation, 1867-1895*, *op.cit.*

⁷² « Mémoire du Ministre de la Justice, J. A. Macdonald, au comité du Conseil privé », Doc. de la session, Canada, 1869, no 18, p. 2.

par le gouvernement fédéral.⁷³ Le gouvernement fédéral prend alors connaissance de cette réplique et décide de maintenir ou non sa décision.

Lors des débats pré-confédératifs, on avait affirmé que le recours au pouvoir de désaveu pourrait aussi servir à protéger des droits particuliers à l'encontre de décisions gouvernementales inéquitables⁷⁴. Cette théorie sera mise à l'épreuve, entre autres, lors de deux litiges. Tout d'abord, c'est la protection des droits des catholiques qui est invoquée lors du litige entourant la loi sur les écoles publiques du Nouveau-Brunswick. Étrangement, dans ce cas, le problème ne provient pas d'un conflit entre le gouvernement fédéral et le Nouveau-Brunswick, mais davantage entre les députés de la Chambre des communes et le cabinet conservateur de J. A. Macdonald. Une question importante se posera alors : la Chambre des communes peut-elle se substituer au cabinet des ministres (conseil privé) et, par le biais d'une résolution, demander au gouverneur général de désavouer une loi provinciale? Plus fondamentalement, le pouvoir de désaveu peut-il servir de rempart afin de protéger les droits minoritaires? Cette question renvoie en fait aux arguments mis de l'avant par les Pères de la Confédération afin de justifier le droit du gouvernement fédéral de réviser les lois provinciales.

Le manque d'unité entre le gouvernement et le Parlement fédéral provoquera le renvoi de cette question devant les tribunaux et c'est en cour que sera finalement scellé le sort des écoles catholiques du Nouveau-Brunswick.⁷⁵ Par contre, il est rapidement déterminé que le Parlement ne peut évincer le gouvernement dans son rôle de conseil du gouverneur général. Cette clarification donne les coudées franches au gouvernement, mais ne contribue certainement pas à rendre le désaveu plus populaire auprès d'une bonne part des hommes politiques de l'époque.

⁷³ *Id*

⁷⁴ *Supra*, chapitre 3.

⁷⁵ *Infra* chapitre 6.

Un deuxième cas où le désaveu est invoqué afin de protéger des droits, dans ce cas individuels, est celui de la loi ontarienne sur les rivières et cours d'eau.⁷⁶ En 1881, le gouvernement de l'Ontario légifère sur les améliorations apportées par un particulier à un cours d'eau afin de faciliter le flottage du bois. Le but de Toronto est de rendre ces améliorations accessibles à tous, le tout moyennant compensation pour la personne à l'origine de l'amélioration. Cette loi vise dans les faits essentiellement un entrepreneur forestier, Peter McLaren. Ce dernier a entrepris depuis les années 1860 d'importants travaux afin de permettre la drave de son bois des sources de la rivière Mississippi en Ontario vers les États-Unis. Dans ce but, il a rattaché, avec succès, différents cours d'eau afin de contourner les obstacles naturels qui rendaient difficile voir impossible le flottage des billots.

À partir des années 1878, un autre entrepreneur forestier, opérant dans la même région, veut tirer parti des installations de McLaren, ce que ce dernier lui refuse catégoriquement. Il ira même devant les tribunaux afin d'obtenir une injonction en ce sens. Cet industriel, Caldwell, proteste contre l'injonction et va, à son tour, devant les tribunaux afin de faire valoir ces droits d'usage des cours d'eau navigables. Mais il a aussi ses entrées auprès du gouvernement réformiste de l'Ontario et décide d'y plaider sa cause. Ceci donne à la loi votée en 1881 une connotation toute particulière, d'autant plus que McLaren est un conservateur très en vue en Ontario.

Ottawa va désavouer cette loi avant même qu'elle n'entre en vigueur. Cependant, aucun des quatre motifs issus des directives de J. A. Macdonald n'est invoqué. En fait, le ministre fédéral de la Justice allègue plutôt l'atteinte flagrante aux droits individuels et la violation des règles de justice fondamentale par Toronto dans cette affaire.⁷⁷ Bien sûr, l'Ontario proteste vivement contre cette décision. Pour

⁷⁶ *An Act for Protecting the Public Interests in Rivers and Streams and Creeks*, 1881 (Ont.) 44 Vict c. 11.

⁷⁷ Rapport du ministre de la justice James McDonald, *Correspondence, Reports of the Ministers of Justice and Orders in Council upon the Subject of the Dominion and Provincial Legislation, 1867-1895, op.cit.*, p.178.

Queen's Park, la loi relève clairement des compétences de la province. Cette dernière argumente d'ailleurs que, dans cette affaire, Ottawa a agi sans même respecter ses propres règles, ce qui constitue une violation de l'entente existante à ce sujet entre le Dominion et ses provinces.⁷⁸ La province vote de nouveau le projet qui sera à nouveau désavoué. Toutefois, la victoire de Caldwell devant les tribunaux met fin aux débats et le gouvernement fédéral renonce à désavouer un nouveau projet présenté par le gouvernement ontarien. Pour Vipond, cette affaire marque d'ailleurs un tournant dans la perception qu'auront les hommes politiques ontariens du pouvoir de désaveu du fédéral. S'ils semblaient prêts à accepter un certain contrôle de la constitutionnalité des lois provinciales fondé sur le partage des compétences, ils ne se réjouissent pas de voir le gouvernement fédéral s'immiscer dans leurs affaires au nom de la protection des libertés individuelles.⁷⁹ Dorénavant, le gouvernement libéral ontarien sera à l'avant-plan du mouvement de revendications des provinces.

Cette cause, jointe à celle portant sur les écoles publiques du Nouveau-Brunswick, montre les limites du recours au pouvoir de désaveu par le gouvernement fédéral. Il est moins efficace lorsque les provinces ne portent pas atteinte à la Constitution ou aux intérêts impériaux. Le désir exprimé par certains hommes politiques de voir ce pouvoir utilisé afin de prémunir les minorités contre les abus potentiels de la majorité ne se matérialisera pas. De plus, le Parlement ne parvient pas non plus à s'imposer quant à l'usage de ce pouvoir qui clairement ne relève pas de ses compétences.

Le pouvoir de désaveu sera essentiellement utilisé comme une méthode de contrôle de la constitutionnalité des lois provinciales et ce, surtout par J. A. Macdonald. À titre de procureur général entre 1867 et 1874, il est par ailleurs directement impliqué dans le processus. C'est, entre autres, lui qui signe les

⁷⁸ *Id.*, rapport du procureur général de l'Ontario Adam Crooks, p.180.

⁷⁹ R. C. Vipond, *op.cit.*, p. 127.

rapports recommandant le désaveu de la loi ontarienne portant sur l'immunité des députés provinciaux. Une méthode efficace, dans la perspective fédérale, et surtout expéditive puisque que, contrairement au processus judiciaire, il n'y a pas d'audition et la possibilité pour la province de faire objection demeure limitée. Par contre, on offre à la province la possibilité de justifier sa position, et de corriger sa législation de manière à ce qu'elle puisse être jugée conforme aux principes constitutionnels.

Accessoirement, Macdonald profitera aussi du recours au pouvoir de désaveu afin de démontrer que les provinces n'ont pas une souveraineté aussi étendue que celle du Parlement fédéral. Ainsi, dans une lettre adressée au gouverneur général Yong, il recommande que soit désavouée une loi provinciale sur l'immunité des agents provinciaux de la Couronne en invoquant justement cette raison. Référant à l'article 18 du *B.N.A Act*⁸⁰ qui donne au Parlement une immunité similaire à celle des parlementaires britanniques, il indique qu' : « on doit remarquer qu'il n'y a point de clause dans l'acte d'union semblable à la 18^e qui confère aux législatures locales le pouvoir de définir ou d'établir leurs privilèges; et qu'aucuns pouvoirs généraux [sic] de législation pour le bon gouvernement des provinces ne sont accordés à leurs législatures. »⁸¹ Cet argument tombe toutefois en désuétude rapidement lorsqu'en 1883 le CJCP statue dans *Hodge* que les provinces sont souveraines dans leurs champs de compétence⁸².

⁸⁰ « Les privilèges, immunités et pouvoirs du Sénat et de la Chambre des communes, ainsi que de leurs membres, sont ceux que définissent les lois du Parlement du Canada, sous réserve qu'ils n'excèdent pas ceux que possèdent, lors de l'adoption de la présente loi, la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande et ses membres. »

⁸¹ Lettre de Macdonald à Yong, 14 juillet 1869, Doc. de la session, Canada, 1870, no. 35., p.12.

⁸² Dans *Hodge*, op.cit., p.133 : When the British North America Act enacted that there should be a legislature for Ontario, and that its legislative assembly should have exclusive authority to make laws for the Province and for provincial purposes in relation to the matters enumerated in sect. 92, it conferred powers not in any sense to be exercised by delegation from or as agents of the Imperial Parliament, but authority as plenary and as ample within the limits prescribed by sect. 92 as the Imperial Parliament in the plenitude of its power possessed and could bestow. Within these limits of subjects and area the local legislature is supreme, and has the same authority as the Imperial Parliament, or the Parliament of the

Si le nombre de lois désavouées demeure faible au regard du nombre de lois votées dans les différentes provinces⁸³, on constate cependant que, dès 1869, le recours à la « menace de désaveu » est monnaie courante.⁸⁴ Aucune province n'échappe à la critique fédérale quant à sa propension à outrepasser son domaine de compétence. Il faut souligner que le partage des compétences ouvre la porte à plusieurs débats. Par exemple, une province peut-elle voter une loi afin de permettre l'incorporation de compagnies lorsque celles-ci agissent dans un domaine relevant des provinces? L'émission d'actes de mariage relève-t-elle de la prérogative des provinces en matière de mariage ou de celle du gouverneur général en vertu des pouvoirs que lui octroie sa commission?⁸⁵

Certains vont questionner le fait que ce pouvoir relève essentiellement du cabinet et ne soit pas soumis à l'assentiment du Parlement. Ainsi, Bourinot, pourtant partisan d'une prédominance contrôlée du fédéral sur les provinces, constate que ce pouvoir doit être utilisé de façon aussi restreinte que possible, mais surtout, que le gouvernement fédéral devrait se préparer à expliquer sa décision au Parlement le cas échéant⁸⁶.

Dominion, would have had under like circumstances to confide to a municipal institution or body of its own creation authority to make by-laws or resolutions as to subjects specified in the enactment, and with the object of carrying the enactment into operation and effect.

⁸³ Bourinot compile ces données, Voir : *Parliamentary procedure, op.cit.*

⁸⁴ Dans un mémo daté du 19 février 1870, J. A. Macdonald recommande le désaveu de 31 lois de la Nouvelle-Écosse ! Voir : Doc de la session, Canada, 1870, no. 35 p.47-48. Notons toutefois qu'une telle liste est assez inusitée, le procureur général se contentant normalement de recommander le désaveu d'une loi à la fois.

⁸⁵ Ces exemples sont tirés de différents mémoires datés du 14 juillet 1869 au 25 septembre 1869, que l'on retrouve dans : Doc. de la session, Canada, 1870, no 35. Les rapports recommandant le désaveu de ces différents projets de loi sont principalement signés par J. A. Macdonald.

⁸⁶ Bourinot, *Federal Government, op.cit.*, p.60.

Fait surprenant à première vue, le pouvoir de désaveu, bien que décrié par les provinces, fit un certain temps partie de leur arsenal afin de réduire la capacité des tribunaux à se pencher sur la constitutionnalité d'une loi en cas de conflit de compétences. On le constate dans l'une des premières causes portant sur la Constitution, l'affaire *Chandler*⁸⁷, alors que l'avocat représentant la province du Nouveau-Brunswick plaide que la Cour devrait, à cause de l'existence du pouvoir de désaveu, se déclarer incompétente. Ce sera aussi l'un des arguments de fond de Mowat alors qu'il représente l'Ontario dans l'affaire *Severn*. Mowat plaide alors que les problèmes liés au partage des compétences ne devraient pas être résolus devant les tribunaux.

En fait, cet argument en est surtout un d'opportunité. Mowat plaide en cour que le pouvoir de désaveu a comme fonction de gérer les conflits liés aux partages des compétences et ainsi réserver l'interprétation de la Constitution aux instances proprement politiques, ce qui aurait été voulu par Londres. Mais, par contre, il fait aussi partie des premiers ministres provinciaux qui réclament une modification profonde de cette prérogative. Mais ceux-ci se gardent de demander son abolition. À la Conférence de 1887, les premiers ministres provinciaux émettent le souhait de voir le pouvoir de désaveu utilisé exclusivement par le gouverneur général, sans son conseil.⁸⁸

En 1890, lors de débats en chambre, Blake proposera que le gouvernement prenne l'avis du tribunal avant de se prononcer sur le désaveu de certaines lois, soit

⁸⁷ *R. c. Chandler*, (1869) 12 N.B.R. 556. Ce jugement s'inscrit dans une saga impliquant un mauvais administrateur testamentaire, Horace L. Hazelton et son successeur Lawson Valentine. En 1867, Valentine obtient l'emprisonnement pour dette d'Hazelton, ce dernier ayant fait défaut de rembourser d'importantes sommes d'argent à la succession qu'il administrait. En 1869, Hazelton tente d'obtenir sa libération en déposant une demande en ce sens devant le juge de comté James W. Chandler. C'est la capacité de Chandler de rendre une telle décision qui sera contestée en cour et fera l'objet d'un contrôle judiciaire. Nous discutons plus en détail de cette cause dans le chapitre V.

⁸⁸ *Compte rendu des procédures de la Conférence interprovinciale tenue en la cité de Québec, du 20 au 28 octobre 1887, inclusivement, op.cit.*, p. 26.

les lois portant sur l'éducation ou autres questions jugées importantes d'un point de vue juridique.⁸⁹ Sa motion, appuyée par J. A. Macdonald lui-même, sera entérinée par la majorité des députés. On assiste alors à la fin d'une époque. Notons que, durant cette même période, les tribunaux ont pris une place déterminante dans l'arbitrage des questions liées à l'interprétation du B.N.A Act. Dans un tel contexte, le recours au pouvoir de désaveu devait apparaître moins légitime que celui au système judiciaire.

Comme nous le verrons plus amplement dans les chapitres qui suivent, les juges et les Lords du CJCP deviendront donc rapidement les arbitres des conflits entre Ottawa et les provinces. Par contre, on fait trop peu mention d'une autre institution qui devait, elle aussi, voir à rendre plus harmonieux les rapports entre les deux ordres de gouvernement : le Sénat.

4.2.4. Le Sénat comme lieu de contact entre Ottawa et les provinces : un échec

Le Sénat ne deviendra jamais l'organe des provinces à Ottawa. Ceci n'est guère surprenant, surtout si on tient compte du mode de nomination des sénateurs. Blake revient donc à la charge en 1882 en exigeant que les sénateurs soient élus et non nommés par Ottawa.⁹⁰ Il échoue dans sa tentative de mobiliser les politiciens en ce sens, mais cet échec ne met pas fin au débat. Dans le compte rendu de la première conférence interprovinciale, en 1887, on peut lire :

« Il est généralement admis que la constitution actuelle du sénat présente de très graves inconvénients et que le pouvoir accordé aux autorités fédérales de placer dans cette Chambre des hommes politiques appartenant tous au même

⁸⁹ *House of Commons, Debates, 4th session, 6th Parliament, Debate on the Power of Disallowance, 29th April 1890, Ottawa, Brown Chamberlin, CIHM/ICMH 56270.*

⁹⁰ *E. Blake, Address of the Liberal Leader to the Free and Independent Electors of West Durham, Toronto, Globe, 1882, p.ix, CIHM/ICMH : 01344.*

parti constitue un danger permanent de conflit entre les deux Chambres du parlement fédéral et l'exécutif.⁹¹ »

Ces hommes politiques provinciaux font ici référence à un problème très concret. Le premier ministre libéral Mackenzie avait déjà fait les frais d'un Sénat composé d'hommes politiques majoritairement issus d'une autre formation. Le Sénat, dont les membres sont nommés selon leurs affinités politiques, devient en fait le miroir des divisions politiques que l'on retrouve à la Chambre des communes. Ainsi, alors que son parti est porté au pouvoir en 1874, Mackenzie devra faire face à un Sénat formé majoritairement de conservateurs. Les blocages seront alors fréquents et le premier ministre tentera, sans succès, de corriger le problème, principalement en demandant à Londres la permission d'amender la Constitution afin de permettre au gouvernement de modifier le nombre de sénateurs⁹².

De fait, l'utilité du Sénat sera constamment remise en cause. Dans son ouvrage, O'Sullivan choisit d'emprunter les mots d'un autre auteur afin de critiquer le Sénat canadien. Ainsi, il cite Goldwin Smith⁹³ qui se montre sans complaisance à l'égard de cette institution. Pour ce dernier:

« The senate is a cipher; it initiates nothing; it adjourns till business comes up to it from the commons, and only shows that it is alive about once in each session by the rejection of some secondary bill. The salaries which the country pays to senators are simply wasted⁹⁴. »

⁹¹ *Compte rendu des procédures de la Conférence interprovinciale tenue en la cité de Québec, du 20 au 28 octobre 1887, inclusivement, op.cit., p.19.*

⁹² « Alexander Mackenzie's Memoranda on the Appointment of Extra Senators, 1873-4 »; éd. Eugene Forsey, (1946) 27 *Canadian Historical Review* 189; lettre de Mackenzie à Dufferin, mai 1877, Dufferin-Carnarvon correspondence, 1874-1878, p. 354; Robert A. Mackay, *The Unreformed Senate of Canada*, revised ed., Toronto, McClelland and Stuart Ltd, 1963, p. 112.

⁹³ Journaliste britannique puis historien, il va disposer d'une chaire à Oxford. Il s'établit au Canada en 1871 et y fonde une revue, le *Bystander*. Il sera très actif dans les cercles intellectuels canadiens. *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit*

⁹⁴ G. Smith dans O'Sullivan, *op.cit.*, p.48.

Todd, plus nuancé et diplomate, pense, quant à lui, qu'un Sénat nommé, bien qu'offrant plusieurs avantages, ne peut constituer un contre-pouvoir aussi efficace qu'une institution élue.⁹⁵

Pourtant, on ne peut pas reprocher aux sénateurs de vouloir rester en marge des grands débats de leur époque. Ainsi, la Résolution du Parlement canadien sur l'adhésion de la Colombie-Britannique au Dominion fera l'objet d'un débat assez relevé. En effet, les sénateurs s'inquiètent des coûts liés au projet. D'ailleurs, dans ce débat, on retrouve certaines voix familières, soit celles des conseillers législatifs qui avaient pris part aux débats pré-confédératifs du Parlement du Canada-Uni. Toutefois, malgré toutes les interrogations que le projet soulève, les sénateurs entérinent la décision prise par la Chambre des communes.⁹⁶ En fait, pendant les décennies 1870-1890, ils s'opposent rarement à la Chambre élue du Parlement. À ce sujet, des statistiques compilées par le professeur R. A. Mackay montrent que l'intervention du Sénat entre 1867 et 1996 va entraîner des amendements à l'égard de 237 projets de loi sur un total de 1050. Durant la même période, le Sénat refuse sa sanction dans 43 cas.⁹⁷ Les provinces qui désirent défendre leurs intérêts face à Ottawa n'auront pas recours à cette instance. Elles vont se tourner d'emblée vers les tribunaux.

4.3. Les aspects politiques des décisions juridiques, ou comment passe-t-on du politique au juridique et de la Cour suprême au CJCP

Ainsi les mécanismes mis en place afin de réguler les relations politiques entre Ottawa et les provinces montrent rapidement leurs limites. Le Sénat ne sera jamais

⁹⁵ A. Todd, *Parliamentary Government*, op.cit.p.522.

⁹⁶ *Debates on the Resolutions Regarding British Columbia*, reported by J.G. Bourinot, Ottawa Times Printing & Publishing, 1871, CIHM/ICMH

⁹⁷ R. A. Mackay, *The Unreformed Senate of Canada*, revised ed., Toronto, McClelland and Stewart, 1963, p.199.

en mesure de remplir son rôle de forum des intérêts régionaux. Le rôle des lieutenants-gouverneurs de représentants d'Ottawa auprès des provinces, rôle du reste jamais clairement défini, sera désavoué par ces dernières et finalement disqualifié par les tribunaux. Enfin, il semble que la tâche d'arbitrer les débats entre hommes politiques fédéraux et provinciaux ne reviendra pas non plus au gouverneur général du Canada. Ce rôle d'arbitre sera donc, en fin de course, donné aux tribunaux.

Comprendre les décisions fondatrices en matière de constitutionnalisme, c'est aussi donner à certains hommes politiques la place qui leur revient, celle d'initiateurs de ces affaires. Ils ne sont pas, nécessairement, responsables de tous les problèmes qui mèneront aux tribunaux. Ils ne vendent pas de bière⁹⁸, n'omettent pas de faire de testament en faveur de leur fils unique⁹⁹ ou encore ne sont pas les propriétaires d'immeubles explosant pour de mystérieuses raisons¹⁰⁰. Mais ils n'hésiteront pas à tirer parti de tout conflit ou problème pouvant servir leurs intérêts et leur conception de la fédération naissante.

⁹⁸ *Severn v. Ontario*, [1878], 2 R.C.S. 70, (*Severn*) : cette cause oppose un brasseur, Severn, à la province de l'Ontario. La province impose un permis de vente aux distributeurs en gros d'alcool. Severn, ayant fait défaut de se procurer la licence, sera poursuivi par le procureur général. Les avocats de Severn plaideront que la loi imposant cette taxe ne respecte pas le partage des compétences. Ils obtiendront gain de cause; *Russell v. The Queen*, [1881-82] 7 A.C. 829. (*Russell*) Cet appel provient de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick. Russell a été condamné en vertu de la loi fédérale sur la tempérance pour avoir vendu de l'alcool sans permis. Ses avocats plaident que cette loi fédérale outrepassse les pouvoirs du fédéral en vertu du partage des compétences. Le CJCP va rejeter l'appel; *Hodge*, *op.cit.*

⁹⁹ *Mercer*, *op.cit.*

¹⁰⁰ *Citizens' Insurance Co. v. Parsons* ([1880] 4 R.C.S. 215; 1881-82 7 A.C. 96, (*Parsons*). Un particulier, Parsons, cherchait à tirer avantage d'une loi ontarienne sur les conditions des polices d'assurance afin de se faire indemniser. La compagnie d'assurance plaida en cour que la loi en question n'était pas constitutionnelle. Les juges de la Cour suprême se prononcèrent majoritairement en faveur de la constitutionnalité de la loi provinciale.

Ils se retrouvent donc à l'occasion devant les tribunaux et plaident, parfois, devant leurs anciens collègues devenus juges. Le cas échéant, ils se déplacent même jusqu'à Londres afin d'y faire valoir leur point de vue. Ils y rencontrent des juristes ayant leurs propres perceptions de l'interprétation à donner au *B.N.A Act*.

4.3.1 L'arène politique : là où les problèmes commencent

L'impossibilité d'arriver à des compromis politiques amène les conflits provinciaux-fédéraux devant les tribunaux. Cette réalité s'exprime autant dans l'interprétation même du système fédéral que dans les rapports entre la majorité qui élit les politiciens et certains groupes minoritaires. Les catholiques hors Québec, qui ne jouissent pas d'une réelle voix politique, seront par exemple tentés par le recours judiciaire, principalement dans les affaires des écoles publiques au Nouveau-Brunswick et au Manitoba.

De façon générale, les conflits apparaissent tout d'abord dans l'arène politique. L'incapacité des hommes politiques de l'époque à former et maintenir un consensus dès que les intérêts régionaux et nationaux s'affrontent ou encore lorsqu'il s'agit de faire face à des revendications minoritaires fait foi des limites d'un système fédéral en rodage. De plus, les liens incestueux¹⁰¹ que partagent les partis au niveau provincial et fédéral rendent, à toutes fins pratiques, illusoire un réel dialogue entre une province et le fédéral lorsque deux partis rivaux occupent, l'un la scène provinciale et l'autre la scène nationale. Nous croyons que cette rivalité explique en

¹⁰¹ Jusqu'en 1873, il est possible pour un politicien de représenter à la fois une circonscription provinciale et fédérale. E. Blake, par exemple, siégera à la fois à Toronto et à Ottawa. C'est le réformiste ontarien David Mills qui militera le plus énergiquement pour l'élimination de cette pratique. Il parviendra, après plusieurs tentatives, à la faire interdire au Parlement : voir : Vipond, *op.cit.*, p.41. La double représentation, aux yeux de plusieurs, avait un caractère nettement centralisateur. Elle favorisait la collusion entre des gouvernements provinciaux et celui d'Ottawa. Voir R. Cook, *L'autonomie provinciale, les droits des minorités et la théorie du pacte*, Ottawa, Imprimeur de la Reine pour le Canada, 1971, p.10.

bonne partie la trilogie juridique *Russell, Parsons* et *Hodge*¹⁰². Aucune rivalité politique ne semble en cause dans la première affaire. Toutefois, dans les deux autres, le gouvernement fédéral est directement confronté aux libéraux ontariens de Mowat.

C'est ainsi qu'on assiste à un affrontement plus ou moins direct entre le gouvernement conservateur de J. A. Macdonald et le gouvernement libéral de Mowat, un homme par ailleurs proche des adversaires politiques de Macdonald sur la scène fédérale, Mackenzie et Blake. Dans ce cas précis, au-delà de la bataille juridique, ce sont les enjeux politiques du contrôle des circonscriptions ontariennes qui se profilent. Dans ce contexte, il ne faut pas se surprendre que deux des trois causes centrales au développement du fédéralisme canadien soient liées à la tempérance et à l'émission des licences de vente d'alcool. En effet, quiconque contrôle l'émission des permis de vente d'alcool contrôle les propriétaires de taverne et d'établissements licenciés, de puissants alliés en période électorale.

Mais, le combat s'opère aussi sur un terrain plus vaste, soit l'autonomie générale des provinces face à Ottawa. Au-delà de la lutte pour le contrôle de la vente de l'alcool (*Russell, Hodge*) ou le droit de légiférer dans le monde de l'assurance (*Parsons*), on retrouve les dissensions sur l'étendue des pouvoirs de la couronne provinciale (Mercer). Finalement, un autre enjeu d'importance sera résolu par les tribunaux dans *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. Ontario* (St. Catherines

¹⁰² C'est à travers ces trois décisions qu'émergent et se précisent les règles d'interprétation qui guideront les juges dans leur lecture des articles 91 et 92 du *B.N.A. Act*.

Milling)¹⁰³, soit celui de la juridiction des provinces sur les territoires où se situent les réserves au sens de *la Loi sur les Indiens*.¹⁰⁴

Il faut par ailleurs souligner à quel point le choc des personnalités de Mowat et J. A. Macdonald aura un impact profond. Tout comme Saywell, nous croyons que J. A. Macdonald, en sous-estimant l'importance des appels portés par le gouvernement réformiste de Toronto devant le CJCP, va commettre une erreur stratégique difficile à expliquer.¹⁰⁵ La confiance de J. A. Macdonald repose notamment sur l'adhésion d'une bonne partie des fonctionnaires britanniques à sa propre perception du Canada. D'ailleurs, ainsi que nous l'avons vu au chapitre précédant, les faits au départ semblent lui donner raison. On le remarque, entre autres, au refus de Londres d'envisager pour le lieutenant-gouverneur un rôle de représentant de la Couronne. Afin d'imposer sa vision du Canada, J. A. Macdonald va principalement se reposer sur de grands projets, le chemin de fer, et le recours extensif au pouvoir de désaveu, dont la mise en œuvre échappe à l'emprise du judiciaire. Bien que considéré comme étant l'un des meilleurs juristes de son époque, il n'interviendra jamais directement dans les conflits juridiques.

Mowat, pour sa part, prendra une part active aux différents conflits, n'hésitant pas à l'occasion à s'investir personnellement dans certaines affaires. Saywell considère à cet effet qu'en laissant toute la place à Mowat, J. A. Macdonald a permis à ce dernier de réécrire l'histoire de l'union des colonies.¹⁰⁶ Toutefois, à l'instar de Romney, nous croyons que la vision qu'entretient Mowat du rapport entre les

¹⁰³ *St. Catharines Milling and Lumber Co. v. Ontario (Attorney General)* (1887), 13 R.C.S. 577; 1889 14 A.C. 46 (*St-Catharines Milling*). Dans cette cause, la compagnie forestière, St-Catharines Milling est poursuivie par le gouvernement ontarien pour avoir coupé du bois sur des terres de la Couronne sans permis. Mais cette dernière avait une licence valide émise par le gouvernement fédéral, les terres en question étant situées sur une réserve indienne. Il faudra donc déterminer qui du gouvernement fédéral ou de la province a un droit de regard sur ce territoire

¹⁰⁴ *Loi sur les Indiens*, 1876 (Can) 38 Vict c. 18.

¹⁰⁵ J. T. Saywell, *op.cit.*, p.111-112.

¹⁰⁶ *Id.*

provinces et le gouvernement d'Ottawa n'est pas une réécriture du *B.N.A Act* mais s'était dès l'origine inscrite en filigrane dans les négociations pré-confédératives et avait reçu l'aval de certains autres délégués.¹⁰⁷ Toutefois, étant en contradiction avec, entre autres, le désir de Londres, cette vision n'avait jamais eu l'occasion d'être clairement exprimée. Selon Romney, Mowat, à travers le système judiciaire, s'est livré à une réelle lutte à finir à l'encontre des autorités britanniques.¹⁰⁸ Et, il convient de le souligner, ses alliés les plus sûrs s'avèreront être les Lords du CJCP.

Mowat commence d'ailleurs sa lutte dès 1878, en plaidant dans la première cause portant sur l'interprétation des articles 91 et 92 à être présentée à la Cour suprême, l'affaire *Severn*. Dès ce moment, il dévoile son jeu et annonce sa position constitutionnelle en ce qui concerne le partage des compétences législatives entre les provinces et le Fédéral : les provinces sont souveraines dans leurs champs de compétence, et cette souveraineté est inscrite dans le pacte ayant mené à la création du Canada. Il ne parvient pas à convaincre la majorité des juges et il n'y aura pas d'appel outre-Atlantique. Cependant, *Severn* n'est qu'une étape à franchir dans l'édification de sa stratégie constitutionnelle, et cette stratégie impliquera par la suite directement le CJCP.

Entre 1880 et 1900, plusieurs causes se succèdent en cascade devant le CJCP. *Parsons* sera entendu en 1881 et *Russell* en 1882. Le procès *Hodge* débute devant le CJCP le 14 novembre 1883, soit environ quatre mois après la dernière journée d'audition du procès *Mercer* (6 juillet). Un an plus tard, en novembre 1884, les Lords entendent une cause provenant du Québec : *Reed v. Québec*¹⁰⁹ (*Reed*). Suivra une pause de deux ans, puis deux décisions importantes, *Bank of Toronto v. Lambe*

¹⁰⁷ Romney, *op.cit.* Cet argument est en fait central à la thèse de Romney et traverse tout son ouvrage.

¹⁰⁸ *Id.*, p.111.

¹⁰⁹ *A.G. Quebec v. Reed*, (1884) 10 A.C. 141. Walter Reed conteste une taxe provinciale imposant un droit (timbre) sur les procédures déposés en cour. Il plaide qu'il s'agit d'une taxe indirecte. On lui donne raison à la Cour Suprême et au CJCP.

(*Lamb*)¹¹⁰ en 1887, mais surtout la saga de *St-Catharine's Milling* qui prend fin en 1888. Cette dernière cause marque le retour en force de l'équipe Mowat-Blake sur le front juridique. Elle sera suivie en 1889 d'*A.G. of British Columbia v. A.G. Canada (A.G. British Columbia)*¹¹¹ et de *Maritime Bank* en 1892. Toutes ces causes impliquent directement des provinces et portent sur l'étendue de leur souveraineté. Presque toutes impliquent le premier ministre de l'Ontario.

Par la suite deux décisions majeures, *Barrett v. City of Winnipeg (Barrett)*¹¹², en 1892 et *Brophy v. A.G. Manitoba (Brophy)*¹¹³, en 1894, proviennent du Manitoba. Ces deux décisions traitent de la mainmise des provinces en matière d'éducation face aux droits de la minorité francophone et catholique du Manitoba. À la fin de la période étudiée, *A.G. Ontario v. A.G. Canada (Local prohibition case)*¹¹⁴ sera une

¹¹⁰ 1887 12 A.C. 575. (*Lamb*) Dans cette cause originaire du Québec, il fallait déterminer si la province avait la capacité de taxer une banque ainsi que celle de taxer la banque pour des avoirs à l'extérieur des frontières de la province. Les avocats des banques impliquées plaident que la loi québécoise n'était pas constitutionnelle. Le CJCP tranche en faveur de la constitutionnalité de la loi.

¹¹¹ Dans cette cause, la Colombie-Britannique revendique ses droits sur la propriété du sous-sol des terres cédées à la compagnie de chemin de fer du Pacifique. Elle obtiendra gain de cause.

¹¹² *Barrett v. Winnipeg*, [1891] 19 R.C.S. 374; [1892] A.C. 445, (*Barrett*), le CJCP choisit ici de renverser une décision unanime des juges de la Cour suprême reconnaissant le droit pour les catholiques du Manitoba à un système scolaire public séparé. Les juges canadiens avaient, à cette occasion, justement invoqué le respect des principes fondateurs du *B.N.A Act*. Nous revenons sur cette décision dans le chapitre 6.

¹¹³ *Re: Manitoba Statutes relating to Education*; (1894) 22 S.C.R. 577; *Brophy v. Manitoba*, 1895 A.C. 202 (*Brophy*). Dans cette cause, des résidents catholiques du Manitoba font appel d'un renvoi de la Cour suprême rendu en février 1894. Dans ce renvoi, la Cour suprême avait statué à la majorité que le précédent créé par *Barrett* s'applique et que la minorité catholique ne pouvait en appeler au gouverneur général. Cette décision sera renversée par le CJCP

¹¹⁴ Une fois de plus, on invite les tribunaux à trancher quant aux compétences respectives d'Ottawa et des provinces en matière de contrôle de la vente d'alcool. Cette décision, rédigée par Lord Watson fut l'une des premières où les lords développent leur pensée sur la théorie des dimensions nationales : « Their Lordships do not doubt that some matters, in their origin local and provincial, might attain such dimensions as to affect the body politic of the Dominion, and to justify the Canadian Parliament in passing laws for their regulation or abolition in the interest of the Dominion. ».

décision importante. Elle implique Ottawa et le gouvernement ontarien, encore une fois sur la question de la tempérance. Par la suite, en 1897, l'Ontario affronte Ottawa et le Québec sur la question des redevances sur les revenus provenant de la gestion des territoires des réserves indiennes.¹¹⁵ Finalement, en 1896, le Québec, l'Ontario et la Nouvelle-Écosse s'associent afin de contester une législation fédérale sur les cours d'eau navigable. Insatisfaits du renvoi¹¹⁶ de la Cour suprême sur la question, ils porteront leur cause en appel devant le CJCP en 1898.¹¹⁷ Le résultat sera mitigé pour les provinces qui n'auront pas complètement gain de cause. Par ailleurs, durant toute la période étudiée, on voit plusieurs dossiers passer directement des cours d'appel provinciales vers le CJCP¹¹⁸.

Le combat de Mowat est politique, voire idéologique, mais son approche demeure pragmatique. Sa stratégie diffère selon l'instance à laquelle il s'adresse. Il se garde en quelque sorte de présenter au CJCP la rhétorique enflammée qu'il sert à la Cour suprême¹¹⁹. Remarquons qu'il lui importe peu que les Lords se prononcent directement sur la validité du statut de représentant de la Reine dévolu au lieutenant-gouverneur pourvu que le résultat final, lui, soit favorable aux provinces. Mowat a fort bien compris que, dans l'arène juridique, le sens du droit est donné par les vainqueurs. Il saura donc adapter son discours au banc des juges appelés à trancher les litiges. On entendra donc deux discours spécifiques, un à la Cour

¹¹⁵ *Ontario v. Canada*, (1895) 25 S.C.R. 434; 1897 A.C. 199.

¹¹⁶ *Re Jurisdiction over Provincial Fisheries*, (1896) 26 S.C.R. 444.

¹¹⁷ *A.G. Canada v. A.G. Ontario, Quebec and Nova Scotia*, 1898 A.C. 701.

¹¹⁸ Mentionnons, à titre d'exemple les affaires *Hodge* et *Russell*. Selon nos recensions, durant la période allant de la création de la Cour Suprême (1875) à 1900, 18 causes à caractère constitutionnel vont directement être portées en appel devant le CJCP. Par ailleurs, 14 causes sont des appels en provenance de la Cour Suprême.

¹¹⁹ « I claim for the province »... ces paroles citées dans l'affaire *Mercer*, paraissent en effet assez fortes dans un contexte juridique où la retenue est de mise. Toutefois, il semble que cette cause se prêtait assez bien aux *effets de toge*. L'avocat d'Andrew Mercer jr, Mcdougall, ne s'en priva pas non plus, référant à la « voracité » du gouvernement ontarien « s'appropriant le patrimoine d'un fils et de quatre petits enfants » en vue de créer « une maison de réforme pour prostituées qui portera le nom... d'Andrew Mercer ! ». *Mercer, C.S.*

suprême, l'autre devant CJCP, et ce, pour une raison fort simple : les juges et les Lords ne sont pas toujours sensibles aux mêmes arguments.

4.3.2 La Cour suprême, vers une interprétation constitutionnelle centralisatrice

La loi sur la création de la Cour suprême est votée le 8 avril 1875 et la Cour entendra sa première cause en avril 1876¹²⁰. Dans un souci d'équité, et espérant prêcher par l'exemple, le gouvernement Mackenzie prendra soin de choisir un premier banc de juges composé autant de réformistes reconnus que de conservateurs avérés. Le gouvernement prend aussi soin de nommer des juges provenant des différentes régions du nouveau Dominion afin d'assurer une certaine représentativité. Initialement, six juges siègent à la Cour. Il faut noter qu'au cours des décennies 1870-1900, presque tous les juges nommés à la Cour suprême ont été en politique active¹²¹. La plupart d'entre eux ont fait leurs premières armes dans les années 1850-60. Ils sont donc bien au fait du débat entourant la formation du Dominion canadien.

Dès sa fondation, la Cour suprême cherchera à prendre une part active dans la résolution des conflits portant sur l'interprétation du *B.N.A Act*. Pour Bourinot, il va de soi que les questions constitutionnelles devraient être laissées aux tribunaux où on trouve des arbitres plus neutres que dans l'arène politique. Il rappelle que, autant au Canada qu'aux États-Unis, la population a, en général, un très grand respect à l'égard de la sagesse des hommes de loi, et se demande si on peut en dire autant des politiciens¹²². L'auteur réfère d'ailleurs à A. V. Dicey, qui note que l'une des

¹²⁰ Pour plus d'informations sur la fondation de la Cour suprême voir : Antonio Lamer, « A Brief History of the Court » dans *The Supreme Court of Canada and Its Justices 1875-2000: A Commemorative Book*, Toronto, Dundurn Group, 2000, pp. 11 et ss, voir aussi : Bora Laskin, « The Supreme Court of Canada, the First One Hundred Years: A Capsule Institutional History », (1975) 53 *Canadian Bar Review* 459-468, p.461.

¹²¹ Voir Annexe D.

¹²² J. G. Bourinot, *Parliamentary Procedure*, op.cit., p. 64.

caractéristiques fondamentales du succès du fédéralisme états-unien provient du respect absolu qu'ont les citoyens de cet État à l'égard des décisions rendues par les tribunaux.

Toutefois, les juges demeurent des membres de la société civile et même s'ils tentent tant bien que mal d'échapper aux débats politiques qui les entourent, ces derniers semblent parfois les rattraper. Ainsi que nous l'avons vu au chapitre quatre, les juges canadiens siégeant à la Cour suprême ont des liens forts avec le politique. L'un d'entre eux, Henry, a même participé aux conférences de Charlottetown, Québec et Londres.¹²³ Dès leurs premières décisions, on peut voir que les juges ne s'entendent pas entre eux sur la place des provinces à l'intérieur du Dominion. La tendance majoritaire est de présenter les provinces comme ayant un lien de subordination au gouvernement fédéral. Toutefois, les juges Strong et, dans une certaine mesure, Fournier et Ritchie, se détachent de cette interprétation et tendent à mettre les provinces sur un pied d'égalité avec le Fédéral. C'est par exemple le cas dans l'affaire *Severn* où le juge Strong construit son argumentation sur le postulat de l'égalité entre les deux ordres de gouvernements.¹²⁴ Cette égalité serait la conséquence directe de l'analyse du *B.N.A. Act*. Ici le juge Strong fait référence à la volonté du Législateur impérial telle que déduite par la loi elle-même et s'éloigne de ce fait, peut-être volontairement, de la volonté historique de Londres.

Tout comme Strong, le juge Henry pose à chaque fois la question des rôles respectifs des provinces et du fédéral, mais il réfère pour sa part systématiquement à la volonté impériale de subordonner les provinces au fédéral. Son interprétation, bien que littérale, du *B.N.A. Act* s'attache aussi aux aspects fondateurs de cette loi. Le raisonnement des deux juges est semblable, mais ils arrivent souvent à des

¹²³ Comme nous l'avons vu au chapitre 2, il est responsable de l'uniformisation du recours au terme confédération. Il fait d'ailleurs mention de sa participation à la rédaction du *B.N.A. Act* dans le *Renvoi sur l'Acte des licences de 1883*, Doc. de la session 1885, no 85, p.151.

¹²⁴ *Severn*, C.S., J. Strong : « I think everything indicates that co-equal and co-ordinate legislative powers in every particular were conferred by the Act on the Provinces »

conclusions contraires. Les juges Ritchie, Fournier et Taschereau vont utiliser tour à tour une interprétation plus littérale ou plus téléologique *B.N.A. Act*.

Nous entendons soutenir que, au moins au cours des deux premières décennies de la Confédération, les juges canadiens, contrairement à leurs collègues londoniens, adopteront rapidement des réflexes similaires à ceux de leurs confrères états-uniens. Ils n'hésitent pas à se pencher sur l'objet du *B.N.A. Act*, se prononçant sur la place respective des provinces et du gouvernement fédéral à l'intérieur de la Confédération. Finalement, ils font un usage courant de la preuve extrinsèque afin de mieux comprendre le but du *B.N.A. Act*. Ils dépassent une interprétation purement formaliste de la Loi en accordant à la constitution canadienne un statut particulier conforme à leur vision d'une Loi fondatrice. À nos yeux, cette vision dérive directement de la doctrine constitutionnelle développée par les juges des États-Unis¹²⁵. Il faut donc, selon nous, nuancer fortement l'affirmation selon laquelle le *B.N.A. Act* a toujours été essentiellement perçu comme étant une loi impériale par les tribunaux canadiens.¹²⁶ Nous revenons plus en détail sur cette question dans les chapitres qui suivent.

La Cour suprême adoptera de ce fait une perspective qui avantagera Ottawa. Elle établit en effet dans *Fredericton* que le gouvernement fédéral a préséance en ce qui a trait à l'émission de licence en matière de vente d'alcool. En cas de conflit avec

¹²⁵ La cause fondatrice en cette matière est *Marbury v. Madison* dont nous avons parlé au chapitre 1. Le juge Marshall y stipule : « Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently, the theory of every such government must be, that an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void.

This theory is essentially attached to a written constitution, and is, consequently, to be considered, by this court, as one of the fundamental principles of our society. It is not therefore to be lost sight of in the further consideration of this subject. » <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=5&invol=137>. (Consulté le 07 février 2008)

¹²⁶ Voir : Luc B. Tremblay, « Marbury v. Madison and Canadian Constitutionalism: Rhetoric and Practice », *Revue juridique Thémis* 37 (2003) 375, p.380.

des mesures provinciales, les lois fédérales l'emportent. Ceci repose sur la lecture conjuguée de deux sections de l'article 91 du *B.N.A Act*. Tout d'abord, le fédéral est compétent en matière de trafic et commerce¹²⁷. Cette compétence comprend à leur avis un droit de taxation des produits du commerce. Le fédéral a aussi reçu le pouvoir de légiférer « pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement »¹²⁸. On reconnaît ainsi au fédéral une préséance, en matière de licence d'alcool, sur les provinces et il exerce cette compétence de façon quasi exclusive. Les Lords donneront par ailleurs raison sur ce point dans *Russell*, avant de revenir sur leurs pas dans *Hodge*. Les juges canadiens vont aussi affirmer unanimement dans *Valin c. Langlois (Valin)*¹²⁹ que le Parlement peut octroyer des compétences aux tribunaux même si le pouvoir en matière d'administration de la justice relève des compétences provinciales.¹³⁰

Dans *Fredericton*, les juges donnent ainsi raison aux autorités municipales qui ont choisi d'appliquer une loi fédérale intervenant directement dans un champ de compétence provinciale, puisque le gouvernement fédéral donne directement aux municipalités le pouvoir de mettre en œuvre les dispositions de la loi fédérale interdisant la vente de l'alcool sur leur territoire. Dans cette décision, ainsi que dans plusieurs autres, les juges de la Cour suprême se détachent de la simple lettre de la loi afin de retourner à ce qu'ils considèrent être à la source de l'accord ayant donné naissance à la Confédération, ce qu'ils considèrent être la volonté des Pères de la Confédération : donner au fédéral un ascendant sur les autres ordres de gouvernement. Pour eux, cet ascendant est la pierre angulaire des articles 91 et 92 du *B.N.A Act*. Il y a donc, dans leur esprit, une hiérarchie entre les pouvoirs

¹²⁷ *B.N.A. Act*, 91(2).

¹²⁸ *B.N.A. Act*, 91, préambule.

¹²⁹ [1879], 3 R.C.S. 1 (*Valin*). P.V. Valin, candidat défait aux élections fédérales de 1878, cherche à faire annuler, en vertu de la loi fédérale sur les élections contestées, la victoire de son vis-à-vis qu'il accuse de fraude. Ce dernier réplique en argumentant que la loi n'est pas constitutionnelle car elle donne à des tribunaux provinciaux une juridiction sur un domaine relevant exclusivement du fédéral. La Cour suprême rejeta cet argument, mais ne donna pas raison à Valin pour autant...

¹³⁰ *B.N.A. Act*, 92 (13)(14). Voir : *Valin*.

fédéraux, provinciaux et municipaux, hiérarchie découlant clairement de la raison d'être du *B.N.A Act*.

Mais, même si on parvient à dégager une certaine ligne directrice dans leurs décisions, les juges canadiens rendent toutefois rarement des jugements unanimes. Dans le cadre du présent travail, nous avons analysé 16 décisions de la Cour suprême : 12 d'entre elles comportaient au moins une dissidence.¹³¹ Et même lorsque leurs décisions concordent, il arrive fréquemment que les arguments invoqués soient peu compatibles. Par exemple, dans *Valin* tous les juges s'entendent pour dire que le fédéral peut octroyer aux juges de la Cour supérieure la juridiction sur les questions d'élections fédérales contestées. Toutefois, pour Ritchie et Taschereau, ce pouvoir existe en vertu de la subordination des compétences provinciales aux compétences fédérales. Henry avance, pour sa part, que ce pouvoir appartient au fédéral en vertu du préambule de l'article 91. Pour Fournier, le fédéral et les provinces ont une juridiction partagée et égale sur les matières relevant du droit civil. Finalement, il apparaît évident à Gwynne qu'il ne s'agit pas d'une question de partage des compétences mais d'une question accessoire liée à la compétence sur les tribunaux supérieurs.

Ceci tend à démontrer qu'ils sont rarement au diapason. Par exemple, de façon générale, les juges ne s'entendent pas sur la question du double aspect, c'est-à-dire sur la possibilité pour le gouvernement fédéral et les provinces de légiférer concurremment sur certaines matières pouvant relever de leurs champs respectifs de compétence. Certains ne croient pas possible pour le Parlement et les Assemblées législatives de légiférer de façon concurrente sur un même objet. Par exemple, dans l'affaire *Severn*, les juges Fournier et Henry reprochent principalement à la législation ontarienne de légiférer en double en octroyant un permis provincial pour la vente de la bière alors que le fédéral avait déjà mis en place son propre système de permis. Leur opinion se situe complètement à l'opposé

¹³¹ Voir le tableau à l'annexe C.

de celles des juges Ritchie et Strong. Ritchie reviendra par ailleurs sur la question du double aspect dans *Parsons*. Dans cette cause, sa position reçoit par ailleurs l'aval des Lords. Ceux-ci semblent en effet s'inspirer de la démarche proposée par le juge dans leur élaboration du test sur le double aspect dit *test de Parsons*.

Il n'y a pas, en fait, d'opposition immédiate entre les juges canadiens et les Lords. D'après Saywell, la Cour suprême va même jouir de quatre ans de relative liberté avant que le CJCP ne la mette au pas. Il croit de plus que, dans sa première décennie d'activité, la Cour suprême n'aura pas de biais centralisateur, alors que cinq des six causes entendues portant sur le fédéralisme vont être tranchées en faveur du fédéral. L'auteur note aussi que les juges étaient très conscients du rôle de la Cour suprême dans la construction du système constitutionnel.¹³² Pour Saywell c'est par ailleurs cette conscience aiguë de leur rôle qui marque leur jugement plus que tout le reste. À notre avis, contrairement à ce qu'affirme Saywell, les juges de la Cour suprême avaient majoritairement une interprétation centralisatrice du système fédéral. Mais, il semble clair, en effet, que les juges se percevaient comme les interprètes de la volonté des Pères de la Confédération et les gardiens d'un constitutionnalisme canadien. Pour les Lords du CJCP, cette volonté des Pères de la Confédération était sans intérêt.

4.3.3 Le Comité judiciaire du Conseil Privé, les gardiens de la Loi impériale

Le Comité judiciaire du Conseil Privé (CJCP) est créé en 1833. Il est l'héritier d'un ancien comité instauré dès l'époque élisabéthaine afin de statuer sur les causes

¹³² J. T. Saywell, *op.cit.*, cette opinion est partagée par R. C. B. Risk : « Canadian Courts Under the Influence », *University of Toronto Law Journal*, 40 : 4 (1990) 687-737, p.737. Pour Risk, la capacité des juges canadiens à réfléchir sur le Canada se perd à partir des années 1880.

provenant des possessions britanniques.¹³³ Le CJCP est instauré afin de conseiller le monarque quant aux litiges à caractère juridique émanant des nouvelles colonies anglaises. Mais il ne s'agit pas de son seul mandat. Le CJCP est de plus une cour ecclésiastique et d'amirauté. En fait, il se voit confier toutes les causes qui débordent des cadres de la common law.

C'est par le recours à une ancienne prérogative royale à l'égard des juridictions à l'extérieur de la Grande-Bretagne que la Couronne britannique peut offrir au CJCP, qui n'est pas un tribunal de droit commun, cette juridiction sur tout ce qui ne fait pas partie du droit commun. Le monarque, à titre de Fontaine de Justice, est le dernier recours des sujets britanniques se considérant comme mal desservis par leur système judiciaire local. À ce titre, il a le droit, et même le devoir, d'entendre lui-même les plaintes de ses sujets mécontents. Cette prérogative ne sera jamais déléguée par le Monarque en Conseil aux tribunaux de droit commun¹³⁴. Les Lords qui siègent au CJCP ne rendent donc pas de décision. Ils donnent un avis au monarque. Soulignons par contre que ce dernier accepte invariablement l'avis qui lui est donné.

Durant les quatre premières années d'activité de la Cour suprême du Canada, le CJCP demeure réservé et les Lords s'accordent dans l'ensemble avec leurs confrères canadiens. Par la suite, dans les années 1879 à 1899, le CJCP renversera près de la moitié des causes portant sur le fédéralisme qui lui arriveront de la Cour suprême. Ainsi que le note l'auteur de ces statistiques, F. M. Greenwood, le ratio de causes désavouées, soit 49%, est plus élevé que celui constaté pour l'ensemble des

¹³³ Stefan Voigt, Michael Ebeling, Lorenz Blume, «Improving Credibility by Delegating Judicial Competence, the Case of the Judicial Committee of the Privy Council», No. 67/04, Kassel Universität, Fachbereich Wirtschaftswissenschaften, 2004, p.8; <http://ideas.repec.org/p/kas/wpaper/2004-67.html> (consulté le 21 juillet 2008)

¹³⁴ J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 2nd edition, London, Butterworths, 1979, p.121.

dossiers reçus des colonies et des autres cours canadiennes.¹³⁵ Dans le cas des autres tribunaux canadiens, essentiellement les cours d'appel provinciales, il est de 25% et de 39% pour l'ensemble des colonies.¹³⁶

Bien qu'à première vue ces chiffres semblent donner raison à ceux qui pensent que le CJCP traitait d'une manière particulière les causes émanant de la Cour suprême, il faut garder à l'esprit que le Canada est, à cette époque, le seul système fédéral dans l'Empire. Les causes émanant des autres colonies ne portent pas sur l'interprétation de ce type de système, très particulier dans l'univers typiquement britannique des Lords du CJCP. De plus, la moitié des causes portées devant la Cour suprême oppose, directement ou non, les gouvernements fédéral et provincial. Il s'agit donc de causes particulièrement controversées impliquant souvent des personnalités politiques connues même à Londres : Mowat et Blake, notamment.

Lorsque les juges de la Cour suprême entrent en fonction, les Lords ont déjà eu affaire au *B.N.A. Act*. Ils ont donc une légère longueur d'avance. La première cause leur ayant permis de se familiariser avec la Constitution du Canada, *L'Union St-Jacques de Montréal v. Bélisle*¹³⁷, date de 1874. De façon générale, leurs vues semblent concorder avec celle des juges canadiens. Dans la cause *Québec vs Queen Ass. Co.*¹³⁸, on réfère avec approbation à la décision rendue par le juge Taschereau alors à la Cour d'appel du Québec.

¹³⁵ Ces chiffres sont issus de: F. M. Greenwood, « Lord Watson, Institutional Self-Interest, and the Decentralization of the Canadian Federalism in the 1890's », (1974) 9 *University of British Columbia Law Review*, 9 (1974) 244-279 p. 266. Notons toutefois que dans ses calculs originaux, l'auteur avait omis une cause, soit *Valin*. Les chiffres présentés ont donc été rectifiés en conséquence.

¹³⁶ J. T. Saywell, *op.cit.*, p.34.

¹³⁷ (1874) 6 A.C. 31 (CJCP). Dans cette affaire, il fallait déterminer si une loi québécoise permettant à une société de bienfaisance, Union St-Jacques, de mettre fin à ses activités, constituait un empiétement sur la compétence fédérale en matière de faillite.

¹³⁸ [1878] 3 A.C. 1090 (CJCP). Dans cette cause, il faut déterminer sur le Québec peut imposer un permis sur la vente de polices d'assurance. Ce permis consistait en un pourcentage sur le prix de la police qui devait être payé au gouvernement lors de la vente ou

Dans un premier temps, les Lords semblent plutôt être en accord avec la vision des juges de la Cour suprême. À ce titre, la décision *Valin* semble être de bon augure. Les Lords sont d'avis qu'une demande d'appel doit soulever des questions de nature sérieuse si les appelants désirent que soit remise en question la décision d'une instance inférieure. Le CJCP n'a pas comme mandat d'interférer à loisir dans les décisions des tribunaux coloniaux. En l'espèce, rien ne peut laisser croire que les juges de la Cour suprême ne se sont pas convenablement acquittés de leur tâche. En fait, en refusant de donner droit à l'appel de *Valin*, le CJCP avalise implicitement l'une des thèses soutenues par la plupart des juges siégeant à la Cour suprême : les provinces ont des pouvoirs législatifs limités et subordonnés à ceux du Fédéral. Toutefois, le jugement de la Cour suprême sur le sujet n'est pas réellement unanime, certains juges, dont Fournier, ayant refusé de se prononcer sur la question. En quelque sorte, le CJCP refuse de trancher le débat à cette occasion. Par contre, avec le temps, le CJCP aura de moins en moins de scrupule à infirmer des décisions émanant de la Cour suprême.

À partir de 1882, le CJCP paraît prendre ses distances face à la vision qu'entretiennent les juges de la Cour suprême de l'interprétation à donner au système fédéral canadien. Ceci se constate sur deux fronts : tout d'abord dans leur lecture du *B.N.A. Act*, par exemple quant au rôle de représentant de la Reine qu'ils reconnaissent, finalement, au lieutenant-gouverneur; ou quant à leur interprétation de l'article 92(13) du *B.N.A. Act*, une interprétation plus libérale que celle émanant de la Cour suprême. De plus, on remarque, notamment dans *Hodge*, que les Lords semblent désormais désapprouver le recours aux autorités doctrinales états-uniennes de la part des juges canadiens. Durant les audiences devant le CJCP dans l'Affaire *Hodge*, ils marquent très clairement qu'ils n'entendent pas s'inspirer de la doctrine portant sur la constitution des États-Unis.¹³⁹ Lorsque l'avocat plaidant

du renouvellement de la police. Il fut assimilé à un mode de taxation indirecte et donc déclaré invalide.

¹³⁹ *Infra*, chapitre 5.

devant eux leur fait remarquer que, notamment dans l'affaire *Russell* qui offre plusieurs similarités avec *Hodge*, les juges canadiens n'ont pas hésité à le faire, Lord Fitzgerald réplique que les jugements des juges de la Cour suprême « eussent été meilleurs s'ils avaient été moins diffus »¹⁴⁰. Le commentaire est un peu obscur, mais il semble indiquer que les Lords n'apprécient pas nécessairement les façons de faire de leurs confrères canadiens. Ce commentaire est émis par ailleurs à l'égard d'une décision où les Lords ont confirmé la position de leurs confrères canadiens.

Dans *Lamb*, les Lords rejettent toute référence à la jurisprudence et à la doctrine états-unienne. Lord Hobhouse, qui rédige la décision, commente le fait que certains des avocats ont invité les Lords à s'inspirer d'un juge en chef des États-Unis, le juge Marshall. Ce à quoi il répond: « Every one would gladly accept guidance of that great judge in a parallel case. But he was dealing with the constitution of United States. [...] Their Lordships have to construe the express words of an act of Parliament¹⁴¹ ». Utilisant un argument souvent mis de l'avant, les Lords rappellent que le partage des compétences prévues dans les articles 91 et 92 se distingue en tout point de celui fait dans la constitution des États-Unis¹⁴². Mais ils rappellent surtout le caractère essentiellement britannique du *B.N.A. Act*.

Tellement britannique en fait, que même l'opinion des Pères canadiens de la Confédération est sans pertinence à leurs yeux. Pendant que les juges canadiens travaillent à faire du *B.N.A. Act* une constitution à l'image de ce qu'ils considèrent être la volonté de ses concepteurs, le CJCP va consacrer les racines britanniques de la Loi et la resituer dans le cadre de production des lois votées par le Parlement britannique. Cette différence de point de vue l'amène même à infirmer un jugement pourtant unanime de la Cour suprême dans *Barret*. Les Lords repoussent alors en bloc l'approche basée sur l'idée d'un pacte constitutionnel entre l'État et les

¹⁴⁰ Doc. De la session, 1884, no 30, *op.cit.*, p.49.

¹⁴¹ *Lamb*, CJCP, *op.cit.*, p.587.

¹⁴² *Id.*

minorités catholiques. Ils y substituent une lecture extrêmement littérale du *B.N.A. Act*. On est alors loin de la volonté de retenue exprimée dans *Valin*.

Conclusion

On le voit, les conflits politiques liés à la mise en œuvre du *B.N.A. Act* ne tardent pas à apparaître dès les premières années de la Confédération. Ceci n'a rien de surprenant : il faut après tout roder le système fédéral. Notons que certains éléments contribuent plus particulièrement à attiser ces conflits. On peut penser ici, dans une moindre mesure, à l'interventionnisme des administrateurs impériaux, dont celui du gouverneur général. Toutefois, les principaux points de frictions sont entre hommes politiques fédéraux et provinciaux. L'enjeu essentiel sera la question de l'autonomie des provinces face à Ottawa.

La frustration des provinces face à leurs vis-à-vis fédéral sera attisée notamment par J. A. Macdonald, un premier ministre canadien particulièrement centralisateur. Il a affiché ouvertement cette volonté lors de la négociation même du pacte confédératif. Dans les années qui suivent la Confédération, J.A. Macdonald s'emploie, autant son projet de création de la Cour suprême que par son interprétation du pouvoir de désaveu à marquer la place prépondérante d'Ottawa. Au même moment, les provinces ont, elles aussi, le souci de déployer leurs champs de compétence à leur plein potentiel. À ce titre, on peut dire que le *B.N.A. Act* était la chronique d'un conflit annoncé.

Au niveau politique, les gouvernements provinciaux semblent au départ désavantagés. Tout d'abord, le *B.N.A. Act* donne plusieurs avantages stratégiques au gouvernement fédéral : pensons ici au pouvoir de désaveu et à la nomination des lieutenants-gouverneurs. De plus, l'instance qui devait servir de forum aux provinces à l'intérieur du Parlement fédéral, le Sénat, échoue dans cette fonction. Finalement, autant les lieutenants-gouverneurs que le gouverneur général ne parviennent pas à endosser un rôle d'arbitre des confrontations entre le fédéral et les provinces.

On fait donc le choix stratégique de transporter la lutte devant les tribunaux. Dans l'arène juridique, les rapports de force se modifient et les provinces trouvent des alliés chez les Lords du CJCP alors que la lecture du *B.N.A. Act* faite par ces derniers rompt avec celle de la Cour suprême du Canada. Ils imposeront cette lecture aux juges canadiens ce qui marquera le développement du constitutionnalisme canadien. C'est ce que verrons donc maintenant, plus en détail.

CHAPITRE V

LA VRAIE NATURE DU *B.N.A ACT* : LES VOIX DISCORDANTES DE LA JUSTICE

*The British North America Act is a skeleton.
The true form and proportions, the true spirit of
our Constitution, can be made manifest only to
the men of the soil*
Edward Blake

Les premières années du jeune Dominion seront difficiles. Le gouvernement fédéral prendra en charge le dossier du développement du pays vers l'ouest alors que la révolte gronde dans les Prairies, administrées, plutôt mollement, par la compagnie de la Baie d'Hudson. Cette dernière fait en effet peu de cas de la présence des populations autochtone et métisse, ce qui conduira aux Révoltes de la Rivière Rouge. Ce conflit sera résolu principalement par la création du Manitoba. Les provinces devront, pour leur part, réorganiser leur corpus législatif afin de tenir compte de la nouvelle division des compétences et trouver leurs marques dans le système fédéral.

Le contenu du *B.N.A. Act* devra donc être mis en œuvre et explicité et ce, dans un contexte qui ne sera pas toujours harmonieux. Cette loi n'est plus désormais la simple vision d'hommes politiques mais une réalité juridique concrète. En tant que projet, la Confédération appartenait aux hommes politiques. Ils avaient pris le soin d'en définir les contours, d'en expliquer le sens et d'en fixer l'objet. Devenue loi, ce sont les juristes qui vont se l'approprier et la redéfinir.

Nous nous intéresserons dans ce chapitre au monde juridique dans lequel s'engage le processus de construction de la Confédération. En effet, à partir de 1867, ce sont les tribunaux de droit commun qui fixent les balises constitutionnelles

à l'intérieur desquelles les hommes politiques devront évoluer. Aux États-Unis, cette réalité se traduit par la suprématie de la Cour suprême, tribunal de dernière instance, sur le sens à donner à la Constitution. Au Canada, la situation est plus complexe. En 1867, le Dominion n'a pas de tribunal de dernière instance. La Cour suprême du Canada ne sera instaurée qu'en 1875. De plus, contrairement à leurs confrères états-uniens, les juges de la plus haute cour canadienne n'auront pas le pouvoir de devenir l'ultime référence en matière d'interprétation du *B.N.A Act*. Parce qu'il fait partie d'un système colonial, le Canada bénéficie de l'arbitrage d'une instance impériale, le Comité judiciaire du Conseil privé (CJCP). Jusqu'en 1949, ce sera cette instance qui aura le dernier mot en matière de constitutionnalité, une situation qui sera à l'origine de conflits et de débats qui perdurent encore aujourd'hui.

Nous verrons donc tout d'abord le rôle qu'occupe le tribunal à l'intérieur de l'État. Ce rôle ne se limite pas simplement à une interprétation de la loi ou du droit mais participe aussi à la création même du droit, rôle caractéristique des juges dans le système de common law d'origine anglo-saxonne. Nous présenterons ensuite, plus en détail, les deux tribunaux au centre de notre travail : la Cour suprême et le CJCP. Finalement, les éléments principaux entourant les visions qu'entretenaient ces deux instances du *B.N.A Act* seront abordées.

5.1. Le tribunal en tant que lieu de résolution des conflits

À l'égard d'un État, héritier du système britannique, à la fois doté d'une constitution écrite et d'un système fédéral, le rôle du juge est triple. Il vise à garantir la suprématie de la constitution, à arbitrer la mise en œuvre effective du fédéralisme et à expliciter la norme constitutionnelle au point d'y jouer un rôle créateur. Son rôle est d'autant plus important dans un État dont les dirigeants ont intériorisé le concept de la Primauté du Droit. En choisissant de respecter les décisions des tribunaux,

même lorsqu'elles les désavantagent, les hommes politiques canadiens confirment l'emprise du juge sur leurs décisions.

Il est donc impossible de parler d'évolution du *B.N.A. Act* sans se pencher sur le rôle joué par les juges à cet égard. Il convient alors de bien cerner les acteurs du monde juridique et de décoder les modes de raisonnement qui leur sont si particuliers. Il faut donc comprendre en quoi consiste le troisième pouvoir de l'État et connaître ses références.

5.1.1. Le tribunal : troisième pouvoir de l'État

Dans les pays anglo-saxons, le pouvoir du juge en tant que créateur de la common law et gardien et protecteur des droits individuels contre la tyrannie de l'État monarchiste s'affirme graduellement avant d'être constaté, entre autres, dans l'œuvre de William Blackstone au 18^e siècle. Tout au cours du siècle où triomphe le whiggisme, le système judiciaire britannique participe à l'essor du parlementarisme. À travers les suites de l'affaire *Hansard*¹, les juges britanniques acceptent et consacrent le principe de la souveraineté du Parlement, principe qui faisait d'ailleurs l'objet d'un consensus bien avant cette affaire². Le noyau dur de l'État est dorénavant le corps législatif. Ce transfert de la souveraineté du monarque vers le

¹ *Stockdale v. Hansard*, (1839) A&E 1. Dans cette cause, les juges refusent d'étendre l'immunité parlementaire à l'imprimeur du Parlement, Hansard. Ce dernier était poursuivi pour avoir publié les propos diffamatoires tenus par un député des Communes à l'encontre d'un ouvrage vendu par John Joseph Stockdale. La cour statua alors que le droit commun ne reconnaissait pas la protection des propos rapportés des parlementaires et qu'une résolution de la Chambre des communes ne pouvait modifier le droit à cet égard, seul le Parlement avait ce pouvoir. Le Parlement répliqua donc par une loi : *Parliamentary Papers Act* (1840). Par ce geste, le Parlement consacra l'immunité de son éditeur officiel, mais surtout, confirma sa capacité de modifier la common law.

² Blackstone écrivait en 1765 que le Parlement jouissait d'une pleine et entière souveraineté législative. W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England, a Facsimile of the first Edition of 1765-1769, vol. 1 of the Right of Persons*, Introduction by Stanley N. Katz, Chicago, University of Chicago Press, 1979, p.178.

Parlement profite indirectement au pouvoir judiciaire. Pour Blackstone, le pouvoir de faire la loi consacre la préséance du corps législatif, le Parlement, sur les autres pouvoirs de l'État, l'exécutif et le judiciaire. Toutefois, les tribunaux sont les dépositaires de la loi non écrite, la common law. Et la common law constitue la part la plus importante du corpus juridique britannique. La source principale de droit est donc la jurisprudence et les juges en sont les oracles. Leur tâche est de trancher les litiges de façon conforme au droit national.³ Les juges vont donc graduellement être reconnus comme une source parallèle du droit anglais en plus de se voir reconnaître le monopole en matière d'interprétation de la loi.

En fait, la réelle reconnaissance de l'espace déterminant qu'occupe le juge face à l'État provient de la notion même d'État de Droit. De façon générale, on admet que l'État est soumis au Droit, c'est-à-dire qu'il y a suprématie du droit sur l'arbitraire étatique. C'est ce que Dicey a identifié par *Rule of Law*. Mais, plus fondamentalement, l'État est le Droit, puisque la volonté du Parlement ne s'exprime que par les lois qu'il vote. Selon Dicey, il ne peut y avoir contradiction entre souveraineté parlementaire et souveraineté du droit⁴. De plus, le Parlement conserve en tout temps le pouvoir de modifier la common law en légiférant en ce sens. Par contre, le juge est le seul à interpréter la Loi, puisque c'est lui qui lui donne forme dans le cadre concret du procès. Le juge devient donc la voix du Législateur. Son pouvoir au sein de l'État repose tout entier sur cette assertion.

De plus, le système juridique anglo-saxon a su développer au cours de sa longue histoire une approche extrêmement cohérente et efficace en matière de règlement des litiges. Dès le 14^e siècle, on voit chez les juges une tendance à se référer aux jugements antérieurs lorsque les faits rapportés sont similaires à ceux qu'il a devant lui. Cette tendance s'affermi au fur et à mesure que paraissent de véritables

³ *Id.*, p.69.

⁴ A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed., Indianapolis, Liberty Fund, 1982 (ré-edition), p.268.

bréviaires juridiques où l'on retrouve des résumés de jugements considérés comme pouvant faire autorité sur certains points de droit. Rapidement, les juges en viennent à appliquer systématiquement les règles provenant des jugements rendus par les juridictions qui leur sont hiérarchiquement supérieures. Cette pratique permet une plus grande prévisibilité du droit et uniformise les règles. La règle du précédent, ou *stare decisis*⁵, connaîtra ainsi une lente évolution s'échelonnant sur plus de trois siècles.⁶ Règle cardinale de la common law, le *stare decisis* permet une application du droit uniformisé à partir du sommet jusqu'à la base du système judiciaire. Cette pratique sera parfois décriée, en ce qu'elle encourage une vision sclérosée⁷ du droit qui ne parvient plus alors à se renouveler. Mais elle a l'avantage d'organiser le droit issu des tribunaux dans un corpus compréhensible, transformant ainsi le tribunal en réel organe législatif agissant parallèlement au pouvoir législatif principal, le Roi en son Parlement.

Plus concrètement, la fonction principale du juge est d'interpréter la règle de droit de manière à ce qu'elle puisse donner réponse à un problème spécifique. Le professeur P. A. Côté définit l'interprétation de trois façons. Elle est tout d'abord un processus herméneutique servant à déterminer le sens et la portée de la règle de droit énoncée dans un texte de loi. De façon plus spécifique, ce processus sous-tend l'idée d'un texte à élucider, dont le sens n'apparaît pas à la simple lecture. Un texte clair n'a pas besoin d'être interprété. Finalement, le terme interprétation sert aussi à qualifier le résultat du processus. Le tout est orienté vers une finalité principale, mettre en lumière ce que l'on considère être « l'intention du Législateur ».⁸

⁵ Plus précisément, on considère que le *stare decisis* est formé par la part des arguments qui permettent la résolution directe du litige. C'est ce que l'on appelle le *ratio decidendi*. Dans un jugement rendu par plusieurs juges, on retient dans le *stare decisis* les arguments qui font consensus.

⁶ J. H., Baker, *An Introduction to English Legal History*, 2nd edition, London, Butterworths, 1979, p.173.

⁷ *Id.*; voir aussi : Morton Horwitz, *The Transformation of American Law*, New York, Oxford University Press, 1992.

⁸ Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 2^{ième} éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1990.

En droit, le pouvoir législatif de l'État se personnalise dans la notion du Législateur. Ici *Législateur* se conçoit dans le sens très large que lui a attribué Montesquieu⁹, soit le pouvoir de l'État de légiférer. Ainsi que l'indique la professeure Brouillet « [l]'activité législative, au sens large, est une activité de communication, c'est-à-dire que l'auteur d'un texte législatif cherche à transmettre aux lecteurs une règle de droit.¹⁰ » Le législateur ne peut pas être assimilé, de façon restrictive, simplement à l'auteur du texte. Il ne doit pas être compris dans un sens physique ou historique, mais comme étant un *concept technique*. Il s'agit en fait de l'intention d'une personne raisonnable qui aurait rédigé le texte de la loi afin de parvenir à un but explicité par le texte lui-même et indépendant du contexte historique dans lequel ce texte a été rédigé.¹¹ L'un des objectifs du Législateur est en effet d'assurer la pérennité de la norme en évitant de lui donner un sens trop ancré dans une réalité fixe. Le juge n'a donc qu'à lire la loi afin de l'appliquer. Toutefois, il peut arriver que cette volonté ne soit pas explicite, il faudra donc l'inférer en ayant recours à divers principes légaux.

Il est essentiel de comprendre ce processus afin de décoder le texte d'un jugement. Les juges ont usuellement recours à des règles d'interprétation afin de justifier leur décision. En effet, le jugement repose sur un processus d'objectivation d'un cas particulier afin de parvenir à une règle d'application plus générale. Dans ce contexte, le juge aura recours à des modèles interprétatifs standardisés afin de garantir l'uniformité du résultat et la prévisibilité des jugements, tous les cas similaires devant, en théorie, donner lieu à des décisions similaires. On comprend donc pourquoi l'analyse des méthodes d'interprétation a fait l'objet d'un nombre

⁹ *De l'esprit des lois*, réédition, Paris, P. Seghers, 1972.

¹⁰ Eugénie Brouillet, *La négation de la nation; l'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Montréal, Les éditions du Septentrion, 2005, p.201.

¹¹ Pierre-André Côté, *op.cit.*, p.6.

abondant d'études de toutes sortes¹². Au moment où est fondée la Confédération, les colonies sont dotées de tribunaux qui se sont développés à partir du modèle britannique. Ils s'inspirent de la grande tradition anglo-saxonne dans leur interprétation du droit. En 1867, cette interprétation reconnaît pleinement la souveraineté du Parlement sur le processus législatif.

5.1.2 Comment interpréter le droit et les lois.

Le choix du juge en matière d'interprétation d'une loi tient autant d'un processus rhétorique que d'un déterminisme. La règle interprétative supporte sa vision et en définit les limites. Dans ce contexte, il est impossible de comprendre les discours parallèles des juges des tribunaux canadiens et ceux des Lords du Conseil Privé sans connaître le cadre que vont choisir ces hommes de loi afin d'interpréter le *B.N.A. Act*. Nous employons ici le mot choix dans un sens large de voie ou de ligne de conduite : il ne présuppose pas une décision consciente ou rationalisée, mais davantage un engrenage de décisions logiques basées sur les références issues de la culture juridique du juge.

Dans la Grande-Bretagne du 19^e siècle, de même dans les pays de tradition anglo-saxonne, l'expert le plus reconnu en matière d'interprétation fut sans doute le juriste anglais Maxwell¹³ dont l'ouvrage, *On the Interpretation of Statutes*¹⁴, devint rapidement un classique et sera réédité jusqu'en 1969. L'ouvrage de Maxwell nous informe sur le cadre interprétatif dans lequel fonctionnent les juges anglo-saxons au cours des décennies 1870-1890. On y constate un parti pris pour une interprétation

¹² *Id.*, p.2.

¹³ Avocat de formation et administrateur colonial, Peter Benson Maxwell sera, entre autres, le premier Juge en chef de la Cour suprême de la colonie de Singapour en 1858.

¹⁴ 12th Edition, P.St.J. Langan, éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1969. Il sera publié pour la première fois en 1875.

littérale de la loi, empreinte d'un certain formalisme. On a appelé positivisme juridique, la vision du droit que traduit cette méthode interprétative.

Le positivisme juridique est l'une des principales doctrines qui vont inspirer les juristes dans leur interprétation du droit. Il s'oppose plus particulièrement à la théorie du *jus naturalis* ou droit naturel. Les représentants de la pensée *jus naturalis* différencient l'idée de la loi, *lex* de celle du droit, *jus*. Ceci rend possible la distinction entre ce qui n'est pas la loi, par exemple un acte tyrannique de l'État, et la loi juste, c'est à dire de la loi qui repose sur les préceptes de la justice naturelle. C'est d'ailleurs sur cette distinction entre l'acte étatique juste, c'est-à-dire celui qui respecte le droit naturel, et l'acte tyrannique que John Locke construit sa thèse du droit du peuple de se défaire d'un État oppressif¹⁵. Le *jus naturalis* se fonde sur l'idée que le droit est fondamentalement moral.¹⁶ Le droit est alors antérieur à la loi qui en devient sa manifestation.

Le positivisme juridique, qui connaîtra son apogée, entre autres, à travers Hans Kelsen et son ouvrage *Théorie pure du droit*¹⁷, rejette cette vision du droit où Loi et Justice peuvent se confondre à l'intérieur d'une pensée issue de la morale. Ce courant d'interprétation du droit repose sur l'idée que la loi n'est pas le produit d'une Justice immanente à la condition humaine, mais bien une réponse circonscrite à un fait social. On retrouve la genèse de cette pensée chez les penseurs comme Machiavel (16^e siècle) et plus particulièrement Hegel et Bentham fin du 18^e siècle. À leurs yeux, la loi est avant tout un acte de pouvoir de l'État. Cet acte est fondé sur des préoccupations purement pragmatiques. Dans l'esprit de ces hommes, la Loi n'est pas nécessairement juste parce qu'émanant d'un Parlement élu. Elle peut servir à l'occasion des fins démagogiques lorsque la machine de l'État, victime des

¹⁵ J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, Paris, Flammarion, 1984.

¹⁶ Cette moralité repose soit sur une intervention divine, selon la thèse de Saint-Thomas-d'Aquin soit sur la raison, comme le soutiennent Grotius ou Spinoza.

¹⁷ Bruxelles, Bruylant, 1999. Paru pour la première fois en 1934.

aléas de la démocratie, succombe à la tentation populiste. La montée d'une approche extrêmement formelle de la loi semble par ailleurs coïncider en Grande-Bretagne avec le triomphe de la vision whig de l'État et l'abaissement de la franchise électorale.

En fait, ainsi que le souligne le professeur D. Schneiderman¹⁸, on peut constater chez les juges de l'époque victorienne en Grande-Bretagne une tendance à limiter l'action gouvernementale au profit de la protection des droits individuels. Ils vont donc développer une interprétation littérale et positiviste de la loi. Cette approche peut paraître paradoxale si on prend en compte le fait que c'est l'émergence de la théorie du *jus naturalis* qui a contribué à l'essor des droits de la personne en Occident. On imagine donc mal que le positivisme, sa contrepartie, ait pu s'avérer efficace dans ce domaine. À première vue, il semble plus logique de penser que les juges auraient eu davantage recours à des arguments issus d'une doctrine permettant une interprétation de la loi modulée par la morale et l'idée de Justice.

Toutefois, il est difficile pour un juge nommé de justifier le fait de substituer sa morale à celle de parlementaires élus. Il faudra donc passer par d'autres voies afin de circonscrire le Parlement. Dans ce dessein, les juges ont alors souvent recours à une interprétation formaliste du texte de loi. Cette interprétation se base sur plusieurs prémisses. Tout d'abord, le rôle du juge doit se limiter à interpréter l'intention du Législateur. Cette intention se retrouve entièrement dans le texte de la loi et chaque texte recèle un seul sens véritable et conforme à l'intention du Législateur.¹⁹ Ensuite, il importe, outre de trouver l'intention du Législateur, de veiller à ce que l'application de la loi soit strictement limitée à son champ véritable. La loi étant l'exception à la règle de la common law, le rôle du juge est de circonscrire son potentiel perturbateur sur le droit en général.

¹⁸ « A. V. Dicey, Lord Watson and the Law of the Canadian Constitution in the Late Nineteenth Century », *Law and History Review*, 16 : 3 (1998), 495.

¹⁹ P. B. Maxwell, *op.cit.*

Cette approche jette dans l'ombre l'intervention du juge à titre d'agent influant sur le corpus législatif. Le juge n'est plus ici l'oracle, dépeint par Blackstone, qui découvre la Loi enfouie dans les pratiques ancestrales. Dans un système politique où le Parlement occupe une place de plus en plus prédominante, la loi est dorénavant mise à l'avant-scène. Il faut le souligner, durant cette époque, la production législative connaît un essor sans précédent, bien qu'on soit encore loin du niveau qu'elle attendra au 20^e siècle. Les litiges porteront donc de plus en plus sur l'interprétation de ces lois que le Pouvoir législatif n'a de cesse de créer. Cette réalité influe sur la pratique du juge. Bien qu'il occupe une position toujours déterminante, le juge positiviste devient avant tout un interprète de la loi et pourrait se décrire lui-même comme un lecteur peut-être un peu plus assidu que la moyenne. Mais, sa lecture se fait selon certaines règles.

Afin de parvenir à clarifier le sens de la loi, il aura recours à différents outils d'interprétation. Viennent, en tout premier lieu, les jugements antérieurs interprétant les mêmes mesures législatives, respect du *stare decisis* oblige. À défaut de précédents pouvant s'appliquer, le juge peut aussi s'inspirer des jugements d'autres juridictions, entre autres, celles des colonies²⁰. Il faut noter par contre que ces dernières décisions n'ont qu'une valeur d'exemple : en effet, la règle du précédent n'a de valeur qu'à l'égard des tribunaux d'une même juridiction nationale. En dernier recours, le juge peut utiliser des ouvrages de doctrine, préférablement ceux écrits par des juristes décédés. Ceux-ci ont en effet l'avantage de ne plus pouvoir changer d'idée...

Les propos tenus par les concepteurs de la loi étudiée ou par les membres du Parlement l'ayant votée n'ont qu'un rôle indicatif²¹. Il est clair, pour Maxwell, que le

²⁰ Dans la détermination de l'étendue du pouvoir des lieutenants-gouverneurs, un jugement indien, *Queen v. Burah*, (1878) 3 A.C. 889, revient régulièrement.

²¹ P. B. Maxwell, *op.cit.*: « Their function is limited to suggesting a key to the true sense, when the words are fairly open to more than one ». p.23.

langage de la loi ne peut être que celui du Législateur et le sens que des rédacteurs juridiques, ou des parlementaires, donnent à une loi ne peut être confondu avec celui entendu par la Législature dans son sens large. La meilleure preuve de l'intention de la volonté du Législateur se trouve donc dans la loi elle-même et nulle part ailleurs. L'interprétation littérale proposée par Maxwell rejette le recours à des éléments de preuves extrinsèques à la loi, soit, entre autres, les débats parlementaires qui en sont à l'origine. On peut résumer ainsi l'application de la méthode littérale : il faut lire la loi.

Tout au long du 19^e siècle, on voit la marque de cette méthode dans les jugements rendus par les différentes juridictions de common law. Il serait par contre présomptueux d'affirmer que la méthode littérale va imposer au juge sa vision du droit. Il n'est pas facile de mesurer l'interrelation entre juge et règle d'interprétation. Plusieurs soutiennent, avec raison, que la règle d'interprétation n'a souvent qu'un caractère opératoire. Ainsi, le professeur Côté note qu'il est relativement aisé de percevoir, à la lecture des jugements, comment la conclusion recherchée par les juges peut influencer sur la détermination des prémisses en vertu desquelles le texte de loi sera interprété²².

Deux chercheurs de l'Université de Chicago ont aussi voulu se pencher sur cette question d'une manière empirique en prenant comme échantillon les jugements rendus par les juges des cours fédérales de circuit aux États-Unis. Ils en sont venus à la conclusion que le choix de règles d'interprétation similaires par des juges siégeant à un même procès n'avait pas d'impact significatif sur la capacité de prédire si les juges allaient en arriver à des conclusions identiques. En fait, la nécessité de préserver la collégialité et celle de résoudre un problème de façon pragmatique semblent être les facteurs déterminants dans le choix de la décision rendue par ces

²² Pierre-André Côté, *op.cit.*, p.16. On réfère alors soit à l'*inversion du raisonnement*, la *récurtivité juridique* ou le *sylogisme ascendant*.

derniers²³. Toutefois, même utilisée de manière rétroactive, la règle d'interprétation choisie par le juge dans son argumentation demeure un excellent indicateur nous permettant de comprendre comment le juge perçoit la loi qu'on lui demande de mettre en application. De façon plus importante encore, elle donne aussi la mesure d'une culture juridique spécifique pouvant varier d'une époque à une autre ou d'une société à une autre.

De façon générale, la recherche de la règle interprétative adéquate indique le but premier du juge. Le choix de référer à la méthode littérale démontre la volonté du juge de respecter l'intention du Législateur de façon stricte. Ce choix s'intègre bien dans un système discursif reconnaissant la souveraineté complète du Législateur sur la production de la loi. En fait, la souveraineté législative du Parlement est un élément déterminant dans la lecture que fait le juge anglais de la loi. Dicey définit ainsi la notion légale de souveraineté parlementaire : « the power of law-making unrestricted by any legal limit. »²⁴.

Le respect de la souveraineté parlementaire dans l'interprétation des lois n'est par ailleurs pas incompatible avec le contrôle des lois coloniales. Pour le juge anglais, l'assujettissement des parlements coloniaux du Dominion canadien aux principes du B.N.A Act n'est pas ailleurs une impossibilité puisque ces parlements ne sont pas, dans le droit britannique, totalement souverains. Dans l'esprit de Dicey, c'est en fait la suprématie parlementaire britannique qui garantit l'étendue des pouvoirs des parlements coloniaux, une affirmation que l'auteur reconnaît comme étant paradoxale.²⁵

²³ Jason J. Czarnezki, William K. Ford, « The Phantom Philosophie? An Empirical Investigation of Legal Interpretation », *Maryland Law Review*, 65 (2006) 841-906.

²⁴ A. V. Dicey, *op.cit.*, p.27.

²⁵ *Id.*, p.55.

Pour Dicey, la loi impériale encadre les pouvoirs de la législation coloniale, mais le rôle de la loi n'est pas de définir strictement l'étendue des pouvoirs d'un parlement colonial qui conserve une très grande latitude. La loi impériale vise à empêcher les conflits normatifs ou à assurer que les intérêts de l'Empire seront priorisés.²⁶ La souveraineté même du Parlement n'est, elle, jamais remise en cause. En fait, la reconnaissance de ce principe, valide l'autonomie des parlements coloniaux. « [T]he complete recognition of the supremacy of Parliament obviates the necessity for carefully limiting the authority of colonial legislatures.²⁷ »

5.1.3 La règle et la constitution

À l'époque où les Lords du CJCP se penchent pour la première fois sur le *B.N.A. Act*, les règles générales d'interprétation issues de la common law les ont formés à lire les lois d'une manière restrictive. On considère que le but premier de la loi est de combler les manques de la common law ou d'y apporter des dérogations limitées. Les règles d'interprétation servent, entre autres, à limiter la portée de la loi et à administrer les conflits entre deux lois, ou, entre une loi et la common law. De plus, la Grande-Bretagne n'ayant pas de constitution écrite, il n'y existe pas à proprement parler de hiérarchie des normes. Si les lois impériales ont préséance sur les lois domestiques des colonies britanniques, c'est uniquement parce que le Parlement en a décidé ainsi, en votant le *Colonial Laws Validity Act*²⁸. Le *B.N.A. Act* doit donc son statut de norme supérieure à une autre loi et toutes deux feront l'objet d'une interprétation littérale et formaliste, au même titre que toutes les autres lois britanniques.

²⁶ *Id.*

²⁷ *Id.*, p.59.

²⁸ *Colonial Laws Validity Act, op.cit.*

À la même époque, les juges des États-Unis appliquent des règles similaires²⁹, mais avec toutefois une nuance de taille. En tant que gardien de la Constitution, le juge doit veiller aussi à ce qu'aucun texte de loi ne soit appliqué de façon à contredire la loi fondamentale des États-Unis. Dès la cause clé de *Marbury v. Madison*, on constate chez les juges une prise de conscience de l'étendue de leur rôle, qui n'est plus alors celui de simples interprètes de la volonté d'un Législateur désincarné. Le contrôle judiciaire des actes de la Législature donne une nouvelle dimension au rôle du juge. Un rôle reconnu aussi par le Canadien John Georges Bourinot.³⁰ Ce dernier souligne en effet que le juge occupe une position particulière dans les pays dotés d'une constitution écrite demandant nécessairement à être interprétée par une autorité reconnue comme telle,³¹ une distinction aussi reconnue par Dicey. Présentant les différences entre la constitution des États-Unis et la constitution britannique, ce dernier expose les distinctions qu'il juge fondamentales entre le juge britannique et le juge états-uniens. Le juge états-unien obéit aux principes de la constitution et le juge anglais, aux lois du Parlement.³²

À notre avis, l'interprétation d'une norme constitutionnelle se distingue du simple contrôle d'une loi coloniale qui irait à l'encontre d'une loi impériale. Pour les Lords du CJCP, cette hiérarchie des normes coloniales et impériales ne modifie pas la notion fondamentale de souveraineté du Parlement sur l'ensemble du corpus législatif. Par

²⁹ Thomas M. Cooley, *Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon The Legislative Power of The States of the American Union*, 4th ed., Boston, Little, Brown and Co., 1878. Cet auteur est très populaire auprès des juristes canadiens qui le citent régulièrement.

³⁰ Né en Nouvelle-Écosse, il sera d'abord journaliste avant d'être nommé greffier au Parlement du Canada en 1880. C'est alors qu'il occupe ce poste qu'il écrira ses ouvrages les plus remarquables en matière de constitutionnalisme canadien et de procédures parlementaires. Considéré par certains comme le premier politologue canadien, sa réputation débordait les frontières canadiennes et la qualité de ses ouvrages était reconnue aux États-Unis en Grande-Bretagne et même en Australie. *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit.*

³¹ John George Bourinot (sir.), *Parliamentary Procedure and Practice in the Dominion of Canada*, intro. by C.B. Koester, South Hackensack, Rothman Reprints inc., 1971, facsimilé de la 1^e édition de 1884, p.100.

³² A. V. Dicey, *op.cit.*, p.88

contre, comme l'écrit Sedgwick, aux États-Unis, c'est la Constitution qui est souveraine et non le Parlement. Ce transfert de la notion de la souveraineté soutient l'idée que non seulement les lois votées par le Parlement pourront faire l'objet d'une révision, mais les actes mêmes des organes de l'État seront soumis à la révision judiciaire. Ainsi, c'est la volonté même du Législateur qui peut être corrigée. De plus, la Constitution, étant ultimement l'émanation de la volonté de la population, demande une interprétation qui saura rendre justice à son statut particulier.

Le rôle du juge est alors de rejeter la mauvaise loi, c'est à dire la loi qui ne respecte pas la constitution et de valider la loi Juste, celle qui respecte la volonté souveraine de la population, volonté exprimée par la Constitution. Le constitutionnalisme demande donc une interprétation davantage téléologique de la Loi première de l'État. De plus, étant la Loi fondamentale d'un État et, de ce fait même, plus difficile à modifier, on considère que la Constitution doit recevoir une interprétation organique afin d'en préserver le caractère contemporain.³³ Dans ce contexte, il revient encore au juge de trouver l'interprétation constitutionnelle qui conviendra le mieux à cette volonté populaire en évolution. Car, n'oublions pas que la constitution doit sa suprématie au fait que l'on considère qu'elle représente l'expression ultime de cette volonté.

À ce pouvoir accru, s'ajoute pour le juge le rôle d'arbitre entre État fédéral et État local. En effet, au-delà de la genèse d'un droit constitutionnel, les États-Unis innovent aussi en divisant la souveraineté de l'État entre deux ordres de gouvernement. En Grande-Bretagne, où la souveraineté de l'État se confond dans celle de la Couronne, une telle division est difficile à envisager. On se souviendra que Londres avait refusé aux lieutenants-gouverneurs la possibilité d'user de la

³³ Nous soulignons ici que les courants interprétatifs constitutionnels peuvent varier. Ainsi, on constate qu'au Canada, la Cour suprême a opté pour une interprétation contextuelle de la Constitution. Par ailleurs, aux États-Unis, certains juges sont favorables à une approche originaliste, c'est-à-dire qui respecte l'intention originelle du peuple. Nous revenons sur cette question au chapitre 6. À ce sujet, on peut consulter : Luc B. Tremblay, « Two Models of Constitutionalism and the Legitimacy of the Law : Dicey or Marshall? », *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 6 :1 (2006) 77-101, pp.882 et ss.

prérogative du pardon afin d'éviter cette division de la Couronne. Londres refuse aussi que les lieutenants-gouverneurs soient nommés directement par le Souverain pour cette même raison. Les États-Uniens, ayant tourné le dos au système monarchique, n'ont pas pour leur part à résoudre le problème de la divisibilité de la Couronne. Les Pères de la Confédération des États-Unis ont une vision instrumentalisée de l'État. Ils cherchent, en le définissant, à trouver des solutions structurelles aux abus de pouvoir potentiels.³⁴ Le fédéralisme fait partie de ces solutions, tout comme le recours à une constitution écrite. L'application du fédéralisme par les Lords britanniques demandera par contre de leur part une révision de leur perception unitaire de l'État.

Si les Lords britanniques ont une expertise certaine lorsque vient le moment de contrôler les conflits de normes entre des lois coloniales et impériales, contrairement aux juges états-uniens, ils n'ont jamais eu à se pencher sur les possibles empiètements de compétences législatives entre deux ordres étatiques pouvant, à l'occasion, s'égarer dans le domaine de l'autre. De plus, la notion même de contrôle de la constitutionnalité des lois, qui existe dans les pays dotés d'une constitution écrite, échappe quelque peu à leur univers conceptuel. Ainsi que le note Dicey : « This doctrine of the supremacy of the constitution is familiar to every American, but in England even trained lawyers find a difficulty in following it out of its legitimate consequences³⁵ ».

Où le juge canadien se situera-t-il face à ces deux tendances ? Donnera-t-il au B.N.A Act un statut de loi impériale, donc pouvant être interprétée relativement restrictivement, ou penchera-t-il vers une interprétation constitutionnelle de ce document ? A notre sens, la distinction n'est pas anodine. D'aucun pourrait affirmer

³⁴ Douglas Laycock, « Protecting Liberty in a Federal System, the US Experience », (2005) *Public Law and Legal Theory Research Paper No. 77*, The University of Texas School of Law, p.46, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=821405, accédé le 21 juillet 2008.

³⁵ A. V. Dicey, *op.cit.*, p.78.

que le juge canadien aura d'instinct le réflexe de se situer dans le courant britannique d'interprétation. Après tout, le fait que le plus haut tribunal du Dominion soit britannique donne le ton. Par contre, les juges vivant au Canada sont perméables à la réalité nord-américaine et, de façon plus précise, à celle du Dominion. Cet élément est essentiel et explique sans doute en partie l'empressement des hommes politiques fédéraux à mettre sur pied un tribunal de dernière instance qui sera canadien.

Le gouvernement conservateur de J. A. Macdonald va élaborer un projet de tribunal ultime d'appel pour le Canada dès le mois de mai 1869. Le premier projet de loi prévoit trois fonctions pour cette cour. Elle serait tout d'abord une cour d'appel pour l'ensemble des provinces, une cour dont la compétence sur les litiges à caractère constitutionnel sera exclusive et enfin une cour de première instance pour les matières relevant du fédéral, principalement l'amirauté.

5.2. Le nouveau Dominion et ses tribunaux

Lors de leurs délibérations, les Pères de la Confédération n'avaient pas pu s'entendre sur la création d'un tribunal de dernière instance pour l'ensemble du Canada. La solution à ce problème fut l'insertion de l'article 101³⁶ au *B.N.A. Act*. On donnait ainsi au Parlement fédéral le soin de créer éventuellement ce tribunal. De fait, l'une des premières préoccupations des politiciens élus à Ottawa sera de doter le Dominion d'institutions juridiques qui lui soient propres. En 1867, le Canada profite déjà d'un système judiciaire élaboré. Il a, entre autres, fait l'objet d'une réforme majeure durant la décennie 1850 au Canada-Uni. Toutefois, les hommes politiques de l'époque désirent unifier le système vers le sommet en créant une cour d'appel unique qui entendra, en dernière instance, les litiges provenant des différentes

³⁶ « Nonobstant toute autre disposition de la présente loi, le Parlement du Canada peut prévoir la constitution, la prise en charge financière et matérielle et l'organisation d'une cour générale d'appel pour l'ensemble du pays, ainsi que la création de tribunaux additionnels propres à améliorer l'application des lois du Canada. »

provinces. Ainsi, l'uniformité et la cohérence d'un droit typiquement canadien pourront être assurées.

Toutefois, ce projet vise bien plus que la simple émergence d'un droit où les règles seraient d'application similaire dans toutes les provinces. L'instauration d'un tribunal de dernière instance a aussi une finalité éminemment politique. C'est pour cette raison que les politiciens canadiens mettent ce projet de l'avant bien que le Dominion profite déjà des services d'un tribunal de dernière instance. En effet, à Londres, le CJCP, formé de Lords britanniques, s'occupe déjà de veiller à une application uniformisatrice du droit dans les colonies. Dans ces conditions, pourquoi insister sur la création d'un tribunal typiquement canadien? Un tribunal formé de juges canadiens, et rendant des décisions sans appel, à tout le moins dans une très grande majorité de cas, deviendrait l'interprète unique de la nouvelle Constitution. Ainsi, les deux premiers partis politiques à se succéder à la tête de l'État canadien poursuivent le même projet. Leurs objectifs ne sont toutefois pas identiques. Pour le conservateur J. A. Macdonald, la création d'une Cour suprême est une occasion à saisir afin que des hommes, bien au fait de la vraie nature du projet constitutionnel, puissent, une fois nommés juges, confirmer le rôle prédominant du gouvernement fédéral. Pour le réformiste Edward Blake, la création d'un tribunal de dernière instance national permettra à des juristes canadiens de définir la nature véritable d'un Canada émancipé de la Mère Patrie. Leurs ambitions se heurtent à la résistance de Londres. Les administrateurs coloniaux anglais vont en effet hésiter avant de cautionner la création d'un tribunal de dernière instance.

5.2.1. La Cour suprême, un tribunal véritablement canadien

La création d'un tribunal d'appel de dernière instance sera envisagée dès 1858 dans la proposition d'union envoyée par Cartier, Ross et Galt au Secrétaire d'État

aux colonies de l'époque, Sir Bowler Lytton.³⁷ L'idée est par la suite intégrée aux *Résolutions de Québec*³⁸. Fait à noter, bien que ce tribunal ait comme fonction d'entendre les appels provenant de toutes les provinces, son établissement, de même que le choix des juges qui y siègeront, sont confiés au gouvernement fédéral. Ce dernier agit d'ailleurs sans tarder. Déjà en 1869, Macdonald travaille à un projet de loi afin de créer la Cour suprême. Son désir de créer une cour de dernier appel qui soit canadienne s'accompagne plus fondamentalement de celui de s'affranchir davantage du CJCP, l'organe en charge d'entendre les appels provenant des différentes juridictions coloniales. J. A. Macdonald, même s'il veut préserver le lien entre le Dominion et le CJCP, désire limiter davantage le droit d'appel et surtout, remettre l'interprétation du *B.N.A. Act* entre des mains canadiennes. Mais, seuls les appels relevant du droit statutaire sont en jeu en l'espèce. Le droit de chaque sujet britannique à être en dernier recours entendu par le Monarque, Fontaine de Justice, existe aussi à l'égard des habitants du Dominion. Les appels issus cette prérogative royale ne peuvent donc être abolis.

Dans le projet qu'il dépose devant le Parlement en mai 1869, J. A. Macdonald propose de faire de cette cour non seulement l'instance qui entendra les appels de l'ensemble des tribunaux du Dominion, mais aussi un tribunal ayant compétence exclusive sur les questions à caractère constitutionnel. Ce dernier point est intéressant, car il témoigne de la volonté de J. A. Macdonald de voir les affaires constitutionnelles échapper à la juridiction des tribunaux de droit commun. Il semble que Macdonald envisageait alors un système de tribunaux semblable à ce que l'on retrouve aux États-Unis avec les cours fédérales de circuits³⁹. Toutefois, son projet

³⁷ Lettre de Cartier, Ross et Galt à Lytton, octobre 1858, dans W. P. M. Kennedy ed., *Statutes, Treaties and Documents fo the Canadian Constitution, 1713-1929*, 2^{sd} ed., New-York, Oxford University Press, 1930, p.537.

³⁸ *Résolutions de Québec*, W.F. O'Connor, *Rapport sur l'Acte d'Amérique Britannique du Nord, Sénat du Canada, Annexes*, 1939, Ottawa, Roger Duhamel, 1961, annexe 4, p.56, art 29(34).

³⁹ *Débats de la Chambre des communes*, 32-33 Victoria, vol II, Ottawa, 1869, p.422.

ressemble dans les faits davantage à ce que l'on retrouve en France où toutes les affaires constitutionnelles sont entendues par une cour particulière, le Conseil constitutionnel. Cet aspect du projet va être critiqué par le juge en chef du Nouveau-Brunswick, William Johnston Ritchie⁴⁰ à qui un avis juridique avait été demandé par le gouvernement fédéral. Ce dernier pense en effet qu'une telle décision aura ultimement comme résultat de ternir le prestige des juges de cours d'appel, ces derniers se voyant relégués au rôle de second violon⁴¹.

J. A. Macdonald ne parviendra pas à faire adopter une loi créant la Cour suprême avant sa défaite électorale de 1874⁴². En 1875, le cabinet réformiste de Mackenzie dépose à son tour un projet de cour de dernier appel assez semblable à celui mis de l'avant par les conservateurs. Mais, contrairement à celui soumis par J. A. Macdonald, ce nouveau projet n'enlève pas aux tribunaux de droit commun la capacité d'entendre les affaires à caractère constitutionnel. De plus, le nouveau projet de loi ne contenait aucune disposition quant à la préservation d'un droit d'appel devant le CJCP. C'est d'ailleurs ce point qui fit l'objet du plus grand nombre d'interventions lors du débat en Chambre. Finalement, après bien des tergiversations, un amendement au projet, l'article 47, portant sur un droit limité d'appel, fut adopté par le Parlement. Cet article consacrait le caractère sans appel des jugements de la Cour suprême, dans toutes les causes ne relevant pas de la prérogative royale. J. A. Macdonald va s'opposer à cet amendement plaidant qu'il

⁴⁰ Né en Nouvelle-Écosse, il s'établit au Nouveau-Brunswick où il deviendra député réformiste en 1842. Il aura une carrière politique de premier plan avant de devenir juge puîné de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick en 1855 et juge puîné de la Cour suprême du Canada en 1875. Il en devient le juge en chef à partir de 1879. Il est aussi le frère de J.W. Ritchie qui sera l'un des délégués de la Nouvelle-Écosse à la Conférence de Londres et, plus tard, juge à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit.*

⁴¹ W.J. Ritchie, *Observations of the Chief Justice of New-Brunswick on a Bill Entitled an Act to Establish a Supreme Court for the Dominion of Canada*, Fredericton, G.E. Fenety, 1870, p.15.

⁴² Frank Iacobucci, « The Supreme Court of Canada: Its History, Powers and Responsibilities », (2002) 4 *Journal of Appellate Practice and Process* 27-40, p.28.

coupe un lien crucial entre le Dominion et Londres. L'amendement fera aussi l'objet de débats au Sénat où le projet fut finalement voté.

Le projet de loi ne reçoit par ailleurs qu'un appui très tiède du gouverneur général de l'époque, Lord Dufferin. Ce dernier craint, entre autres, que l'autorité de ce tribunal puisse être invoquée par Ottawa dans le cadre de conflits de juridiction entre le Dominion et le Parlement impérial⁴³. Carnarvon, le Secrétaire d'État aux colonies, ne voit pas pour sa part l'utilité d'un tel tribunal, puisque le CJCP existe déjà. Les deux hommes finiront malgré tout par accepter de le défendre. Toutefois, leur soutien sera de peu d'utilité lorsque le Lord Chancelier de Grande-Bretagne, Cairns, opposera son veto au projet de loi, demandant son désaveu par Londres⁴⁴. Afin de sauver le futur tribunal, Carnarvon décidera alors d'organiser une rencontre à Londres entre Cairns et le ministre de la Justice de l'époque Edward Blake. Cette rencontre donna un résultat mitigé, alors que l'article 47 du projet est rayé et remplacé par un droit d'appel à peine réduit. De plus, non seulement le droit d'appel vers le CJCP est préservé dans son ensemble, mais s'y ajoute un droit d'en appeler directement au CJCP d'une décision rendue par les cours d'appel provinciales⁴⁵.

Il ressort clairement de cet incident que certains administrateurs à Londres, tout particulièrement ceux en charge des questions juridiques, n'approuvaient pas la création d'une cour canadienne de dernière instance. Dans le débat portant sur l'article 47 de la loi sur la création de la Cour suprême, l'historien J. T. Saywell insiste sur le fait que, pour les juristes britanniques de l'entourage de Carnarvon, l'abandon de l'appel vers le CJCP équivalait à la rupture du lien avec la Grande-

⁴³ Lettre de Dufferin à Carnarvon, novembre 1875, dans C. W. Kiewiet, F. H. Underhill, *Dufferin-Carnarvon Correspondence, 1874-1878*, Originally Published as Champlain Society Publication XXXIII, Facsimile ed by Greenwood Press, New York, 1969, p.163.

⁴⁴ B. Laskin, « The Supreme Court of Canada, the First One Hundred Years: A Capsule Institutional History », (1975) 53 *Canadian Bar Review* 459-468, p.461.

⁴⁵ F, Iacobucci, *op.cit.*, p.29.

Bretagne.⁴⁶ Parmi les arguments mis de l'avant par les juristes anglais, on relève la crainte de Londres de perdre la source de son autorité auprès des colonies. Mais aussi, on considère alors que les appels vers le CJCP étaient nécessaires dans le contexte du système fédéral. Un tribunal étranger à la politique canadienne était plus à même de faire figure d'arbitre neutre dans les conflits entre les provinces et le fédéral. Une impartialité d'autant plus nécessaire que les tribunaux auraient à trancher sur des questions liées aux droits et revendications des minorités. Des arguments qui seront fermement réfutés par Blake. Selon lui, les juges canadiens, mieux au fait du droit en pratique dans le Dominion, seraient plus à même de rendre un jugement conforme au droit canadien que les juges anglais.⁴⁷

De retour au Canada après son infructueuse intervention auprès de Lord Cairns, Blake écrira un mémorandum bien senti afin de faire valoir le droit du Canada à mettre fin aux appels devant le CJCP.⁴⁸ Son argumentaire a comme trame de fond un désir sans équivoque de donner plus d'autonomie au Canada et la certitude que le gouvernement canadien avait l'envergure voulue afin de gérer un système de justice totalement canadien. Toutefois, la défaite libérale en 1878 remet en selle J. A. Macdonald qui, pour sa part, ne veut pas que soit brisée la chaîne dorée liant la justice canadienne à l'Empire. Fait ironique, Blake représentera par la suite l'Ontario devant ce même CJCP et on verra qu'il saura mettre à profit le droit d'appel qu'il aurait tant voulu voir disparaître. À l'inverse, J. A. Macdonald finira par acquérir la conviction que le CJCP ne comprenait strictement rien à la Constitution canadienne.

La Cour suprême entend sa première cause à caractère constitutionnel en 1878⁴⁹. Bien que son banc soit composé de juges jouissant d'une excellente

⁴⁶ J. T. Saywell, *The Lawmakers, Judicial Power and the Shaping of Canadian Federalism*, Toronto, University of Toronto Press, 2002, p.59.

⁴⁷ Frank H. Underhill, « Edward Blake's Interview with Lord Cairns on the Supreme Court Act, July 5, 1876 », *The Canadian Historical Review*, 19 : 3 (1938), 292-300.

⁴⁸ *Id.* On retrouve le mémorandum de Blake reproduit dans l'article.

⁴⁹ *Severn v. Ontario*, [1878], 2 R.C.S. 70. (*Severn*).

réputation, elle fera rapidement l'objet de critiques, l'une des plus récurrentes portant sur le mode de rédaction des jugements.⁵⁰ Lorsque vient le moment de trancher des litiges, ses juges rendent des décisions individuelles. Si elles offrent l'avantage de nous présenter une grande diversité de points de vue, elles nuisent à l'émergence d'un discours cohérent, favorisant même à l'occasion des décisions carrément contradictoires. Cette tendance à la polyphonie sera perçue comme une faiblesse face au *rival* de la Cour suprême, le CJCP, conseiller de monarque, qui parle d'une seule voix et toujours sur le même ton.

5.2.2. Le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres, une instance toute britannique.

Les auditions devant le CJCP ne seront jamais empreintes du même formalisme que celui qui marque les procès dans les tribunaux de droit commun. Les réunions se tiennent dans une salle anonyme du Parlement et y assistent, lorsqu'ils en ont le temps, des Lords avocats, qui ne se donnent même pas la peine de porter robe ou perruque⁵¹. Les Lords siègent habituellement à cinq⁵². À partir de 1870, un coup de barre est par contre donné à la formation du CJCP afin que des Lords siégeant à temps plein soient nommés, le nombre de causes leur étant soumises augmentant constamment. Les critères de nomination de ces Lords seront de plus resserrés à partir de 1875. Selon J. T. Saywell, les effets de cette mesure ne se feront sentir que vers 1880.⁵³ Et c'est justement dans les décennies 1880 et 1890 que le CJCP rendra plusieurs de ses décisions les plus importantes en ce qui concerne le *B.N.A. Act*. De plus en plus, les Lords seront systématiquement choisis parmi des fonctionnaires de

⁵⁰ « Unnecessary and Discordant Judicial Opinions », *Canadian Law Journal*, 15 (mars 1880), 73-75.

⁵¹ O. Hood Phillips, *The Principles of English Law and the Constitution*, Londres, Sweet & Maxwell Ltd, 1939, p.463.

⁵² Il leur arrive aussi de siéger à sept ou à quatre.

⁵³ J.T. Saywell, *op.cit.*, p.65.

carrière ayant idéalement une expérience dans la gestion des colonies. Soulignons que, même si les Lords du CJCP ont des affiliations politiques, ils sont issus du milieu administratif et ont eu l'expérience d'une pratique juridique. Ce sont donc principalement des hommes de loi, mais avec des affinités politiques favorables à une carrière dans la fonction publique.

Bien qu'il n'ait en théorie qu'un rôle consultatif, le CJCP peut malgré tout être assimilé à un tribunal. Puisque ses recommandations étaient invariablement acceptées, elles avaient force de loi à l'égard des parties en cause. Malgré le caractère moins formel de ses réunions, le libellé de ses décisions obéissait aux normes juridiques et le droit y était analysé avec une rigueur identique à celle des juges des tribunaux de droit commun, dont les Lords étaient d'ailleurs issus. Dans les recueils de jurisprudence, on identifie la décision rendue par le CJCP comme étant un jugement⁵⁴. Toutefois, contrairement aux juges de droit commun tant anglais que canadien, les Lords du CJCP devaient rédiger une opinion unique, les jugements dissidents n'étant pas admis avant 1960. Rendues d'une seule voix, les décisions du CJCP gagnaient en force ce qu'elles perdaient en nuance, toute la richesse des différents points de vue étant alors gommée. Notons finalement que le CJCP est toujours le tribunal de dernière instance de certains pays membres du Commonwealth⁵⁵. Toutefois, leur nombre diminue régulièrement.

La composition du CJCP évolue tout au long des deux premières décennies de l'entrée en vigueur du *B.N.A. Act*. On remarque que seuls trois Lords, Sir Barnes Peacock, Sir Collier et Sir Couch se retrouvent sur presque tous les bancs ayant à se pencher sur l'interprétation de la Constitution du Canada entre 1873 et 1900. Il faut ainsi noter que, contrairement à la Cour suprême, le banc du CJCP n'est pas

⁵⁴ On le constate à la lecture des décisions rendues par le CJCP dont l'intitulé est « jugement rendu par... »

⁵⁵ En 2004, c'était le cas pour la Barbade, Les Bahamas et Grenade. La Nouvelle-Zélande n'a, pour sa part, cessé d'y référer qu'en 2004. Stefan Voigt, Michael Ebeling, Lorenz, Blume, *op.cit.*, annexe I.

toujours identique, les Lords étant souvent transférés vers d'autres instances. Pour A. Cairns, ce fait pose problème. Le système de rotation des Lords au CJCP aurait systématiquement privé cette instance d'une partie de son expertise portant sur le Canada et aurait donné un poids démesuré aux Lords siégeant sur de plus longues périodes.⁵⁶ Cela se vérifie particulièrement dans les années 1890 alors que Lord Watson⁵⁷ acquiert une influence déterminante dans les causes concernant le Canada.

La question de la stabilité du banc du CJCP n'est pas le seul problème évoqué par les critiques de ses décisions. Dans « The Judicial Committee and its Critics »⁵⁸ Alan C. Cairns fait une analyse éclairante de ces critiques. On note tout d'abord qu'un bon nombre de celles-ci émergent au début du 20^e siècle alors que le Canada prend davantage ses distances face à la Grande-Bretagne. Dans l'ensemble, on reprochera au CJCP d'avoir trahi les intentions d'origine des Pères de la Confédération en donnant au *B.N.A. Act* une interprétation beaucoup moins centralisatrice que ce qu'auraient voulu ses créateurs⁵⁹. Toutefois, il faut noter que le CJCP n'a pas que des détracteurs. Comme le constate Cairns, plusieurs vont se porter à sa défense en invoquant principalement les qualités de juristes des Lords qui y siègent, le lien symbolique à la Grande-Bretagne que représente cette institution et l'impartialité des Lords britanniques face à la problématique canadienne.⁶⁰

⁵⁶ A. Cairns « The Judicial Committee and its Critics », 4 *Canadian Journal of Political Science/Revue canadienne de science politique*, 4 : 3 (1971), p.329.

⁵⁷ Il accède à la Cour des Appels ordinaires en 1880. À partir des années 1890, il rédige presque systématiquement tous les jugements rendus par le CJCP portant sur des dossiers canadiens. Il aura ainsi une influence non négligeable sur l'évolution du *B.N.A. Act*.

⁵⁸ A.C. Cairns, *op.cit.*

⁵⁹ *Id.*, p.310.

⁶⁰ *Id.*, p.317-318.

Les analyses faites de la jurisprudence du CJCP démontrent bien comment cette instance développe au fil des ans une approche généralement cohérente fondée sur trois éléments principaux, soit l'interprétation statutaire, la règle du *stare decisis* et le principe fédératif.⁶¹ Nous reviendrons sur ces éléments dans le chapitre qui suit. Notons toutefois d'emblée que le CJCP a très clairement pris position sur la nature du *B.N.A. Act* en choisissant de l'interpréter selon les règles usuelles d'interprétation des lois. Ce faisant, les lords ont adopté une grille d'analyse littérale où la recherche de l'intention du Législateur se confine au texte même de la loi.

De façon générale, on constate en fait que la présence du CJCP a plutôt bien servi la cause d'un fédéralisme moins centralisé, une vision contraire à celle professée par certains Pères de la Confédération. Il a, de plus, desservi la cause des minorités catholiques et françaises hors Québec, une fois encore en contradiction avec les buts déclarés par les fondateurs du Dominion. En bref, à tous les niveaux, la présence du CJCP dans le paysage juridique canadien semble avoir contribué à éloigner l'interprétation du *B.N.A. Act* de la vision que s'en faisait certains de ses concepteurs d'origine. Nous reviendrons plus en profondeur sur cette question dans les chapitres suivants. Mais, ainsi que le remarque Saywell, le maintien du droit d'appel vers le CJCP constitue avant tout une victoire de l'impérialisme britannique sur le nationalisme canadien⁶² et non la garantie d'une interprétation plus objective et éclairée du *B.N.A. Act*.

5.2.3. Un système à deux voix, judiciaire et politique

La préservation du droit d'appel vers le CJCP ne sera pas sans conséquence sur l'évolution du droit constitutionnel canadien. Tout d'abord, la Cour suprême sera

⁶¹ E. Brouillet, *op.cit.*, pp. 202-218; G.P. Browne, *The Judicial Committee and the British North America Act, An Analysis of the Interpretative Scheme for the Distribution of Legislative Powers*, Toronto, University of Toronto Press, 1967, pp.14-32.

⁶² J. T. Saywell, *op.cit.*, p.60.

perçue comme une instance d'appel intermédiaire⁶³. De plus, le droit de porter un appel directement au CJCP à partir des cours d'appel provinciales mine son autorité. Notons qu'à cause de ce procédé, la Cour suprême n'aura pas la possibilité de se faire entendre, entre autres, sur deux causes d'importance dans l'évolution du constitutionnalisme canadien, soit les affaires *Russell* et *Hodge*. La comparaison sans cesse répétée avec leurs collègues londoniens, jugés plus objectifs, nuira au prestige de ces juges principalement auprès de la classe politique provinciale. Chaque désaveu de l'une de leurs décisions sera d'ailleurs perçu comme un affront par certains des juges canadiens⁶⁴. Bientôt, certains commentateurs n'hésiteront pas à parler d'une dissension récurrente entre les deux tribunaux, perçus comme deux rivaux.

Beaucoup a été dit et écrit sur les voix souvent dissonantes émanant du CJCP et de la Cour suprême du Canada. Saywell trace le portrait d'une Cour suprême prise en otage par le CJCP. Pour l'historien Romney,⁶⁵ ce dernier serait plutôt le sauveur du fédéralisme canadien et du réel esprit du *B.N.A. Act* que les juges canadiens centristes s'apprêtaient à faire disparaître. Un autre historien, F. Murray Greenwood, voit plutôt dans les décisions rendues par le CJCP, la marque d'un corporatisme étroit de la part des Lords, bien au fait des tentatives du gouvernement canadien de mettre fin à leurs services.⁶⁶ Toutes ces théories reposent sur la prémisse d'un

⁶³ M.J. Herman, « Introduction: The Supreme Court of Canada 1875-1975 » (1976) 8 *Ottawa Law Review* 1-31, p.1.

⁶⁴ « Notre décision ne fera aucune différence là [Au CJCP] : en fait, elles n'en font jamais. Elles ne semblent pas être lues ou considérées là-bas, et s'ils y font référence, c'est seulement aux fins de critique blessante.», J. Strong, *Renvoi sur l'Acte des licences de 1883*, Doc. de la session Canada, 1885, no 85, p. 212.

⁶⁵ P. Romney, « Why Lord Watson was right », dans J. Ajzenstat ed., *Canadian Constitutionalism, 1791-1991*, Ottawa, Canadian studies of Parliament Group, 1992, p. 177.

⁶⁶ F. M. Greenwood, « Lord Watson, Institutional Self-Interest, and the Decentralization of the Canadian Federalism in the 1890's *University of British Columbia Law Review*, 9 (1974) 244-279.

désaccord profond et marqué, illustré par une tendance lourde de la part du CJCP à désavouer les décisions des juges de la Cour suprême.

David Schneiderman ouvre pour sa part une piste intéressante alors qu'il entreprend d'étudier les références juridiques des Lords du CJCP. Selon lui, ils auraient appliqué les principes de la common law tels que perçus par Dicey.⁶⁷ Pour ce dernier, dans un système fédéral, le rôle des tribunaux est de surveiller le respect des frontières des compétences entre les deux ordres de gouvernements.⁶⁸ L'auteur rappelle que la tendance générale des tribunaux victoriens est de tenter de limiter l'influence des gouvernements au profit des droits individuels. Selon lui, cette tendance favorise presque accidentellement les provinces contre l'interventionnisme fédéral. L'auteur rappelle que 1867 est aussi l'année où fut abaissée la franchise électorale en Grande-Bretagne. Ceci inquiète l'élite politique et économique, élite d'où sont issus les juges. Plus la Grande-Bretagne devient démocratique, plus cette élite commence à se préoccuper de la question des droits individuels face au pouvoir du Parlement.

Selon Schneiderman, et contrairement à la thèse défendue par Romney, le CJCP ne cherche pas nécessairement à protéger les provinces contre l'interventionnisme fédéral, mais plutôt à limiter l'interventionnisme législatif quel qu'il soit. L'objectif du CJCP n'aurait donc jamais été de maintenir une balance des pouvoirs entre les autorités fédérales et provinciales. En fait, il aurait cherché à limiter l'intrusion du gouvernement fédéral dans le champ des provinces selon le même principe que celui poussant les juges britanniques à protéger les droits individuels contre les intrusions de l'État en général.

Toutefois, les Lords ne sont pas les seuls à se questionner sur les avancées de la démocratie. Au Canada aussi, l'abaissement de la franchise électorale fait l'objet

⁶⁷ D. Schneiderman, *op.cit.* p.518.

⁶⁸ *Id.*, p.499.

de débats et de craintes chez une certaine élite. Souvenons-nous du débat entourant l'élection des futurs sénateurs.⁶⁹ De plus, le courant positiviste, favorisant une interprétation restrictive de la loi, a cours autant au Canada qu'en Grande-Bretagne. Logiquement, les juges canadiens auraient donc dû avoir des réflexes similaires à ceux de leurs collègues britanniques. Or, dans plusieurs cas, ils auront plutôt une interprétation du droit ayant comme effet d'élargir les pouvoirs du fédéral. De plus, paradoxalement, le CJCP aura, dans les causes opposant les provinces à des groupes minoritaires, une interprétation nettement favorable aux premières. La protection des droits individuels contre l'action de l'État n'est donc pas toujours au centre de leurs préoccupations. Nous pensons donc que l'analyse de Schneiderman, quoiqu'intéressante, ne permet pas d'expliquer complètement l'origine de cette dissonance tant dénoncée entre la Cour suprême et le CJCP.

Mais, en tout premier lieu, il faut revoir la prémisse selon laquelle le CJCP ait fait si souvent entrave aux décisions de la Cour suprême. Lorsqu'on prend en considération l'ensemble des causes entendues par la Cour suprême, que l'on compare ce nombre au nombre de litiges où la décision fut effectivement renversée, on réalise que le CJCP était malgré tout d'accord avec la Cour suprême au moins une fois sur deux.⁷⁰ Comme nous le verrons au chapitre 6, le CJCP va, dans un premier temps, confirmer la majorité des causes émanant de la Cour suprême. En fait, ce qui semble avoir le plus frappé les commentateurs de la scène judiciaire n'est pas tant le nombre de causes renversées par le CJCP que la nature de ces causes et le ton résolument distinct qu'il adopte dans son interprétation du *B.N.A. Act*.

⁶⁹ *Supra*, chapitre 3.

⁷⁰ F. M Greenwood a compilé les données. On peut voir que le CJCP a renversé une proportion plus grande de causes en provenance de la Cour suprême soit 49% contre 25% pour les autres cour canadienne d'appel : *op.cit.*, p. 266. Toutefois, il faut prendre en considération la nature des causes entendues. Nous revenons sur cette question au chapitre 6. Nous ne sommes pas seule à avoir remarqué que le CJCP ne semble pas désavouer si souvent la Cour suprême, c'est aussi le constat du professeur Peter McCormick. Voir : P. McCormick, *Supreme At Last. The Evolution of the Supreme Court of Canada*, Toronto, James Lorimer & Company Ltd., 2000, p.9.

En fait, ce sont des facteurs politiques ainsi qu'une culture juridique distincte qui expliquent la distance entre les deux cours. Tout d'abord, on note que la publicité entourant les décisions de ces tribunaux est liée au degré d'implication élevé des hommes politiques canadiens dans certains des litiges qui vont contribuer à forger l'interprétation du *B.N.A. Act*. Il faut noter qu'une bonne part des causes les plus importantes des décennies 1873-1889 opposent plus ou moins directement le gouvernement conservateur de J. A. Macdonald, de retour au pouvoir en 1878, au gouvernement ontarien de Mowat.⁷¹ Ce dernier est un réformiste proche des adversaires politiques de J. A. Macdonald sur la scène fédérale, Mackenzie⁷² et Blake. De plus, au-delà de la bataille juridique, ce sont les enjeux politiques du contrôle des comtés provinciaux qui se profilent, surtout dans le cas de l'Ontario. Ainsi, certaines des causes dans lesquelles s'investit personnellement Mowat ont une conséquence presque directe sur la marge de manœuvre dont pourra jouir le parti réformiste afin de marquer des points auprès des électeurs.

La lutte pour le contrôle de la distribution et de la vente de l'alcool constitue un bon exemple de cette réalité.⁷³ À cette époque, la victoire électorale appartient au parti qui a su s'adjoindre les services des tenanciers de bars et autres lieux où se vend l'alcool. Ce sont dans ces lieux que se réunissent les électeurs. Les hommes politiques vont y rencontrer leurs partisans. Et c'est aussi l'endroit où se tiendra parfois le vote. Or, les tenanciers ont besoin de permis de vente, obligation issue de lois votées par les parlementaires. Après 1867, une question fait surface : qui des provinces ou du fédéral a autorité afin de mettre en œuvre ces lois et ainsi contrôler

⁷¹ Nous pensons ici aux affaires, *Russell, Hodge, Parsons, Mercer et St-Catharine Milling, In re Local Prohibition, Ontario v. Ottawa*.

⁷² Alexander Mackenzie est maçon de formation. Après avoir été un entrepreneur prospère, il s'engage en politique auprès des Réformistes ontariens et sera élu à la Chambre des communes en 1867. Il est le second premier ministre du Canada. *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit*

⁷³ Cette lutte va par ailleurs donner naissance à une jurisprudence abondante. R.C.B. Risk en fait une analyse détaillée dans : « Canadian Courts under the Influence », *University of Toronto Law Journal*, 40 : 4 (1990) 687-737

l'émission des permis en question ? Dans ce contexte, il ne faut pas se surprendre si quatre des causes centrales⁷⁴ au développement du constitutionnalisme canadien sont liées à la tempérance et à l'émission des permis de vente d'alcool. Celui qui délivre ces permis contrôle les propriétaires de taverne et des établissements licenciés, de puissants alliés potentiels en période électorale.

Toutefois, l'enjeu n'est pas qu'électoraliste et partisan. Dès 1867, J. A. Macdonald tente de modeler le fonctionnement de l'État canadien sur sa vision centralisatrice. Son usage extensif du pouvoir de désaveu des lois provinciales⁷⁵ de même que le recours au pouvoir de réserve des lieutenants-gouverneurs nommés par lui, ne sont que deux exemples de sa tendance à vouloir réduire les provinces au statut de vastes municipalités. Dès lors, le ressentiment se fait entendre même dans les provinces d'allégeance conservatrice, soit le Québec et le Nouveau-Brunswick. Ajoutons à ce tableau le cas de la Nouvelle-Écosse qui tentera, sans succès, de se retirer du Dominion canadien en 1868, et l'on constate qu'au début de la décennie 1870, le Canada fait entendre des voix bien discordantes, une discordance que le bref passage des réformistes à Ottawa, de 1874 à 1878, ne parviendra pas à apaiser.

Contrairement à leur volonté affichée, les Pères de la Confédération ne sont pas parvenus à créer ce fédéralisme exempt d'ambiguïté auquel ils disaient aspirer. Le recours aux termes vagues et aux concepts flous dans le libellé du *B.N.A. Act*, cerné dans la première partie de ce travail, revient donc hanter la politique canadienne pratiquement dès la formation du Dominion. De plus, les hommes politiques qui sont confrontés à ces dissensions sont pratiquement les mêmes que ceux ayant négocié le contenu du *B.N.A. Act*. Et ils ne semblent pas en mesure de régler politiquement les problèmes non résolus lors de la rédaction du document. Les conflits politiques se transportent dès lors sur le terrain judiciaire. À cette dissension répond celle de la Cour suprême et du CJCP qui entreprennent, chacun selon leurs propres règles, la

⁷⁴ *Severn*, et *Hodge* en Ontario ainsi que *Russell* et *Fredericton* au Nouveau-Brunswick.

construction de l'édifice constitutionnel canadien. Il ne s'agit pas d'une opposition frontale entre deux tribunaux engagés dans un dialogue de sourds, mais bien de l'incompatibilité de leur perception du sens à donner au *B.N.A. Act*.

5.3. Écouter la polyphonie judiciaire, une cause à la fois

Bien que parfois surévaluée, la dissonance entre la Cour suprême et le CJCP existe bel et bien. Avant même de constater l'impact de cette dissonance sur le développement du constitutionnalisme canadien, il convient donc d'en retracer la source. C'est donc à un exercice d'abord juridique auquel nous allons maintenant nous livrer.

Avant même de montrer les conséquences des décisions rendues par les juges et les Lords, il faut s'attarder à leur interprétation, c'est-à-dire la vision qu'ils entretiennent du *B.N.A. Act*. Cette Loi est perçue au Canada comme une loi à caractère constitutionnel, tout en étant vue par le CJCP comme étant une loi impériale du Parlement britannique. Il s'ensuit des distinctions majeures entre les deux tribunaux, tout d'abord sur l'interprétation à donner de l'intention du Législateur, ensuite sur la portée même de la loi.

5.3.1. *Le constitutionnalisme canadien : les juges au premier plan*

La jeune Constitution fera rapidement l'objet d'une production doctrinale. Soulignons que les premiers écrits canadiens portant sur l'interprétation du *B.N.A. Act* ne seront que très rarement cités par les juristes devant les tribunaux, du moins durant la période étudiée ici. Ceci n'est pas très surprenant, ainsi que nous le verrons plus loin, deux des ouvrages majeurs qui seront publiés entre 1870 et 1900 n'ayant pas été rédigés par des juristes.

⁷⁵ *Supra*, chapitre 4.

Les ouvrages portant sur la constitution canadienne font leur apparition dans les années 1870. Ils seront davantage utilisés à titre de manuels dans la formation académique des futurs avocats, et aussi comme référence pour les juristes non canadiens cherchant à comprendre le fonctionnement du Dominion. Mais, même s'il est difficile de mesurer leur impact dans l'élaboration du constitutionnalisme au cours des décennies 1870-1900, ces ouvrages nous informent sur le regard que portent des contemporains sur l'évolution de leur constitution alors à ses premiers balbutiements. De plus, le ton pamphlétaire de certains d'entre eux, principalement T.T.J. Loranger, laisse nettement entrevoir les conflits constitutionnels à venir ou déjà présents.

Ces ouvrages s'articulent autour de deux axes principaux, le lien entre le Canada et l'Empire ainsi que la place et le statut des provinces au sein du Dominion.⁷⁶ Les questions portant sur les droits individuels ou sur les droits des minorités occupent une place marginale. Cette polarisation reflète bien la réalité judiciaire où les litiges constitutionnels portent presque exclusivement sur les articles 91 et 92. À l'inverse, l'absence de préoccupations à l'égard des droits individuels ou collectifs est aussi représentative de ce qu'on retrouve dans l'arène judiciaire. Entre 1867 et 1895, nous avons été en mesure de recenser seulement trois causes impliquant les droits des minorités. Deux d'entre elles portaient sur le droit des minorités catholiques hors Québec à des écoles séparées publiques.⁷⁷ La dernière constitue la première cause à se pencher sur l'étendue du droit des autochtones en matière de revendications territoriales, cette question étant, en fait, accessoire au litige principal.⁷⁸ Ces trois

⁷⁶ R. C. B. Risk, « Constitutional Scholarship in the Late Nineteenth Century: Making Federalism Work », *op.cit.*, p.41.

⁷⁷ *Maher v. Town of Portland, op.cit.*, 1874; *Barrett v. Winnipeg, op.cit.* Notons toutefois qu'il se développe, à même époque, une jurisprudence très intéressante impliquant les droits de la minorité chinoise en Colombie-Britannique. Mais ces causes ne seront pas portées devant le CJCP. Voir: Elder C. Marques, « What the Law Does Not Allow : The Boundaries of Canadian Constitutionalism and the British Columbia Supreme Court, 1878-88 », *Queen's Law Journal* 30 (2004) 35.

⁷⁸ *St-Catharines Millig Co.*

affaires opposent droit de légiférer des provinces et droits minoritaires. Ils suscitent très peu d'intérêt chez les commentateurs contemporains aux événements qui sont à leur origine.

Parmi ces auteurs, on retrouve aussi un ardent défenseur, Loranger, d'une théorie qui fera couler beaucoup d'encre : la théorie du pacte entre les provinces. Cette théorie est d'ailleurs l'un des points de départ des revendications qu'exprime Loranger dans la première de ses lettres sur l'interprétation du *B.N.A. Act*. Elle commence à s'articuler de façon cohérente dans le débat judiciaire à partir de l'affaire *Mercer*. En fait, elle est liée au rôle que joueront les hommes politiques provinciaux dans les litiges concernant le *B.N.A. Act*. Fait important, elle se développe dans un cadre strictement canadien, puisque l'argumentaire entourant la théorie du pacte ne sera pas présenté devant le CJCP, peu intéressé par ce type de rhétorique.

Mis à part Loranger, qui se distingue par son approche critique de l'étude du *B.N.A. Act*, on ne retrouve pas, dans les premières années du Dominion, d'ouvrages présentant une analyse critique du droit constitutionnel ou une analyse comparative des systèmes britannique, canadien et états-uniens. Il n'y a pas, au Canada d'auteurs, tels Story et Sedgwick pour la constitution états-unienne ou Dicey pour le système constitutionnel britannique. Par ailleurs, remarquons qu'on ne trouve pas non plus d'hommes politiques qui se distinguent en ce sens.

En l'absence d'idéologues tels les *federalists* états-unien, au Canada, le déploiement du constitutionnalisme entre 1867 et 1900 repose sur les institutions judiciaires. J. T. Saywell fait remarquer que, durant les décennies où se forge la jurisprudence constitutionnelle canadienne, J. A. Macdonald s'impliquait rarement dans les débats juridiques. Il préférerait laisser des particuliers porter les causes impliquant le gouvernement fédéral devant les tribunaux.⁷⁹ Mowat, pour sa part,

⁷⁹ J. T. Saywell, *op.cit.*, p.111.

voyait dans les tribunaux un terrain privilégié afin de faire passer sa vision du fédéralisme. En conséquence, durant plus de quinze ans, les Lords, et les juges canadiens, entendirent un argumentaire éprouvé et cohérent sur l'étendue des pouvoirs provinciaux sans réelle réplique de la part d'Ottawa. Les provinces auront du mal à faire passer leur message auprès des juges de la Cour suprême, qu'ils soient d'anciens confrères, ou des adversaires politiques. Cependant, ils constateront chez les Lords une ouverture plus grande, sans doute favorisée par le fait que leur culture sociale en général, et juridique en particulier, les éloigne du projet sous-jacent au *B.N.A. Act*. Les Lords sont géographiquement éloignés du Canada. Ils n'ont pas pris part aux débats entourant la Confédération. Le CJCP met à mal la vision qu'a la Cour suprême de la Constitution canadienne. Mais, l'interprétation du CJCP, malgré sa préséance, ne triomphe pas non plus complètement et le *B.N.A. Act* sera perçu par les différents auteurs de doctrine non pas comme étant une simple loi, mais bien comme porteur d'un réel projet constitutionnel.

5.3.2 La vision des juges canadiens de l'interprétation du *B.N.A. Act*

Avant même la formation de la Cour suprême et dès la première cause portant sur le *B.N.A. Act*, *R. v. Chandler*⁸⁰, les juges canadiens vont se questionner sur leur rôle dans l'interprétation du *B.N.A. Act*. Cette cause, porte sur la constitutionnalité d'une loi néo-brunswickoise sur l'insolvabilité.⁸¹ Plus précisément, il faut déterminer si la loi porte atteinte aux compétences du gouvernement fédéral en matière de faillite.

Ainsi que nous l'avons déjà vu au chapitre précédent, Hazelton est un exécuteur testamentaire emprisonné pour dette après avoir fait défaut de rembourser des

⁸⁰ (1869) 12 N.B.R. 556

⁸¹ *Act in amendment of Chapter 124, Title 34 of the Revised Statutes Of Insolvent Confined Debtors*, S.N.B. 1868, c.16.

montants dus à la succession qu'il administrait. En 1868, le Nouveau-Brunswick vote une loi qui lui permet d'aspirer à une libération prochaine. En effet, la loi modifie les conditions permettant la détention d'un débiteur insolvable, modifications favorables à Hazelton. Malheureusement pour Hazelton, le nouvel exécuteur testamentaire conteste en justice la validité constitutionnelle de la loi et obtient gain de cause en première instance. Toute l'affaire se transporte donc devant la Cour suprême du Nouveau-Brunswick. L'avocat d'Hazelton plaidera que cette révision judiciaire d'une loi votée par un parlement provincial n'est pas valable, et ce, selon deux principes. Premièrement, la révision judiciaire des lois du Parlement ne fait pas partie du droit britannique, droit dont est issu le *B.N.A. Act*. Deuxièmement, cette révision par les tribunaux n'est pas nécessaire puisque le Gouverneur général en Conseil, donc le gouvernement fédéral, a la possibilité de désavouer les lois provinciales qui sont contraires à la Constitution du Dominion et que l'administration impériale a le même pouvoir à l'égard du fédéral. Une loi qui n'a pas fait l'objet d'un désaveu doit donc être présumée constitutionnellement valide par les tribunaux.

Alors juge en chef de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick, William J. Ritchie repousse ces deux arguments. Tout d'abord, les cours sont compétentes afin de résoudre les conflits entre une norme supérieure, le *B.N.A. Act*, et une loi ordinaire. De plus, l'interprétation de la loi étant du ressort exclusif des tribunaux, il n'appartient pas au Gouverneur général en Conseil ni aux lieutenants-gouverneurs de décider quelle sera l'étendue des champs de compétences distribués par les articles 91 et 92 du *B.N.A. Act*. Ritchie annonce la tangente que les juges canadiens entendent donner à l'interprétation du *B.N.A. Act*. L'interprétation du *B.N.A. Act* appartient aux tribunaux. L'enjeu est aussi de réconcilier la notion de la suprématie du Parlement à celle de la suprématie du *B.N.A. Act*. «Thus Chief Justice Ritchie set out clearly what would become the traditional argument for the reconciliation of judicial review and parliamentary supremacy – the supremacy of the Imperial Parliament.»⁸²

⁸² Gordon Bale, «The New Brunswick Origin of Canadian Judicial Review» *University of New-Brunswick Law Journal*, 40 (1991) 100-129, p.103.

Il faut souligner que la vision du juge Ritchie, à l'époque où elle sera exprimée, ne fait pas l'unanimité auprès de ses collègues. En fait, il semble même que certains juges n'étaient pas eux-mêmes convaincu du pouvoir des tribunaux d'invalider une loi issue du Parlement. Par contre, pour Ritchie, le *B.N.A. Act* a changé la donne et assujetti les parlements au respect d'un document ayant une valeur supérieure à une loi ordinaire. En cas de conflit, les tribunaux devaient être saisis de la question et la norme supérieure devait l'emporter.⁸³ Le juge Ritchie va par ailleurs aussi insister sur le fait que le B.N.A Act est une *Constitution écrite* qui s'adresse autant aux politiciens qu'aux juges.

L'opinion de Ritchie s'oppose entre autres à celle d'un juge de cour de comté du Nouveau-Brunswick, James Steadman qui croit pour sa part que la doctrine de la suprématie du Parlement empêche le contrôle judiciaire. Dans un article sur l'affaire Chandler, le professeur G. Bale s'intéresse d'ailleurs à ce juge qui s'était donné la peine de publier une opinion juridique sur le sujet afin de raffiner une opinion rendue dans le cadre de l'un de ses jugements. D'après Bale, ce juge est animé par la conviction profonde que la suprématie du Parlement est une base fondamentale de la constitution britannique. Un tribunal ne peut invalider une loi. Pour Steadman, le *B.N.A. Act* est venu renforcer les pouvoirs législatifs des colonies et a étendu leur capacité. Il n'a pas comme objectif de permettre un contrôle de l'activité législative par les tribunaux. De plus, contrairement à ce qui est le cas aux USA, les juges canadiens n'ont pas le mandat explicite de trancher les litiges selon le standard de la constitution.⁸⁴

La nature du *B.N.A. Act* doit donc être clairement définie et les juges réalisent rapidement toute la complexité que représente la mise en œuvre de la Constitution canadienne. La loi est nouvelle et le principe fédéral est plutôt inusité en droit britannique. Il faudra donc innover et le jugement *Chandler* offre les bases de la

⁸³ *Id.*

⁸⁴ *Id.*, pp.108-109.

réflexion qui animera les juges dans les années qui suivront. Ainsi, les juges canadiens étudiés, c'est-à-dire ceux siégeant à la Cour Suprême, vont au-delà d'une idée du *B.N.A. Act* qui le confinerait à un statut de simple loi du parlement impérial britannique.

Ainsi que nous le verrons plus en détail à la section 6.1.3 du présent travail⁸⁵, on retrouve plusieurs indices dans les décisions des juges de la Cour Suprême du Canada montrant qu'ils envisagent le *B.N.A. Act* comme un document prenant racine dans la volonté des hommes politiques coloniaux⁸⁶. Retenons, pour les fins de ce qui suit, que les juges de la Cour Suprême auront une approche téléologique⁸⁷ dans leur interprétation du *B.N.A. Act*, c'est-à-dire qu'ils feront souvent appel à la finalité du document : unir les colonies britanniques d'Amérique du Nord dans un même « Dominion ». Cet intérêt pour la finalité du *B.N.A. Act* les entraîne à s'écarter des arguments fondés sur la lettre de la loi. Ils auront, davantage que les Lords, recours au contexte entourant le *B.N.A. Act* dans leur interprétation.

Ils décident alors de se fier à des éléments extrinsèques allant de l'expérience états-unienne à leurs propres connaissances historiques portant sur la genèse du document. Ils introduisent donc des références non seulement au Législateur impérial mais aussi aux Pères de la Confédération. À ce titre, ils sont bien pourvus. Certains des juges siégeant dans les cours provinciales ou à la Cour suprême ont fait partie des différentes délégations aux conférences préparatoires de Charlottetown, Québec et Londres. Le juge Henry, siégeant à la Cour suprême, fut à Londres l'un des rédacteurs actifs des différentes moutures du *B.N.A. Act*. Un autre des Pères de la Confédération, John William Ritchie, le frère aîné de William J.

⁸⁵ *Infra*.

⁸⁶ Nous pensons ici principalement au juge Henry dans *Fredericton*, CS, p.548 et *Mercer*, CS, p.658.

⁸⁷ Cette approche, basée sur la règle de la situation à réformer (*mischief rule*), n'est pas nouvelle en droit anglo-saxon. Elle a été élaborée pour la première fois dans *Heydon's Case*, (1584) 76 E.R.637. C.F., P.A. Côté, *op.cit.*, p.477.

Ritchie, deviendra par la suite juge à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. Finalement, Charles Fisher, un allié déterminant de Tilly lors de la Confédération, sera nommé à la Cour suprême du Nouveau-Brunswick.

Outre la doctrine et la jurisprudence états-unienne, les juges canadiens vont aussi référer aux débats sur la Confédération, mais dans une mesure moindre. Il est clair que, pour ces juges, l'objet du *B.N.A. Act* doit être compris à la lumière des intentions des Pères de la Confédération. On constate de plus qu'il importe aux juges d'aller au-delà d'une lecture formaliste de la loi vers une réelle définition de l'objet même du projet confédératif.

Lorsque vient le moment de se pencher sur l'objet du *B.N.A. Act*, les juges canadiens se situent donc résolument dans une perspective nord-américaine et rattachent l'origine du document à la genèse du Dominion. Au moment de retracer l'intention du Législateur, dans les causes liées à l'interprétation du *B.N.A. Act*, ils incluent, dans une certaine mesure, l'intention des Pères de la Confédération et l'additionnent à celle du Législateur avéré, soit le Parlement Impérial. On remarque cet état de fait dès la première cause constitutionnelle soumise à la Cour suprême, *Severn*. Le juge Richards⁸⁸ parle des « auteurs de la Loi »⁸⁹, une expression qui peut renvoyer autant aux légistes londoniens responsables d'écrire les projets de loi qu'aux Pères de la Confédération. On constate le même penchant chez le juge Strong⁹⁰, dissident dans cette décision. Cette expression est d'ailleurs régulièrement employée.⁹¹ Le juge Ritchie, lui aussi dissident, réfère aux actes du Parlement dans

⁸⁸ D'abord député sous la bannière réformiste, l'Ontarien William Buell Richards sera nommé juge en 1863. Il devient, en 1875, le 1^{er} juge en chef de la Cour suprême. Il quitta sa fonction en 1879. *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit.*

⁸⁹ Opinion du juge Richard, p. 79 : « Framers of the Statute ».

⁹⁰ Conseiller juridique de J. A. Macdonald de 1868 à 1873, il rédige le premier projet de loi sur la Cour suprême. Il est le plus jeune juge à être choisi afin de former le premier banc de la Cour suprême en 1875. Il en sera le juge en chef de 1892 à 1902. Il est l'un des juges les plus favorables aux droits des provinces. *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit.*

⁹¹ Voir : juge Fournier dans *Valin*.

un sens large. Les juges Fournier⁹² et Henry⁹³ réfèrent, quant à eux, de manière explicite à l'intention du Parlement Impérial.

L'interprétation de ces différents juges du *B.N.A. Act* opère donc soit en lien avec un contexte typiquement canadien soit d'une manière plus désincarnée en situant le *B.N.A. Act* dans son cadre de loi votée par le Parlement Impérial. Toutefois, même les juges situant le Législateur dans son cadre impérial demeurent malgré tout accrochés dans la réalité canadienne. Ainsi, Fournier et Henry débordent amplement du cadre strict de la Loi afin d'explorer les tenants et aboutissants des pouvoirs des provinces dans le Dominion. Une interprétation qui se détache notablement de l'approche positiviste des Lords du CJCP.

Afin de rendre compte de la volonté des Pères de la Confédération, les juges canadiens n'hésiteront pas à utiliser des éléments à caractère historique qui permettront de mettre en lumière l'objet du *B.N.A. Act*. Ils donnent à la Loi une interprétation à caractère téléologique où l'accent est mis sur le respect de la volonté des créateurs du Dominion, ces créateurs étant les hommes politiques canadiens qui sont à l'origine du projet. Il faut noter toutefois que tous les juges ne souscrivent pas à cette vision. À la Cour suprême, les juges Gwynne⁹⁴ et H.-E. Taschereau⁹⁵ se

⁹² Ministre de la justice sous le gouvernement Mackenzie en 1873, Téléphore Fournier est nommé à la Cour suprême en 1875. Durant de nombreuses années, il demeure le seul des deux juges originaires du Québec à rédiger ses jugements en français. *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit.*

⁹³ William Alexander Henry a participé aux conférences de Charlottetown, Québec et Londres. Voir le tableau à l'annexe B.

⁹⁴ Connu tout d'abord pour son implication dans le domaine du rail, Gwynne devient en 1868 juge à la Cour des plaid communs de l'Ontario. Bien qu'il soit d'affiliation réformiste, c'est J. A. Macdonald qui le nomme à la Cour suprême en 1879. Gwynne est le plus centralisateur des juges de la Cour suprême durant la décennie 1870-90. Il est aussi l'un des deux seuls à avoir été nommé par J. A. Macdonald durant cette période. *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit.*

⁹⁵ Les Taschereau détiennent le record de représentants d'une même famille à avoir siégé à la Cour suprême, soit trois : Jean-Thomas, Henri-Elzéar et Robert. Henri-Elzéar prend la place de son cousin Jean-Thomas alors que celui-ci, nommé en 1875, décide de prendre sa retraite en 1878. D'affiliation conservatrice, il a une interprétation du *B.N.A Act*

feront un devoir de donner au *B.N.A. Act* une interprétation aussi formaliste que possible, dans la plus pure tradition positiviste. Mais les autres juges abordent la constitution canadienne dans une vision qui se situe résolument dans l'approche adoptée par les juges états-uniens soixante-quinze ans auparavant.

Notons que leur collègue, le juge Ritchie, semble désapprouver les parallèles avec la constitution des États-Unis alors qu'il mentionne, dans *Parsons*, qu'il n'est pas nécessaire d'étudier les pratiques de la république voisine au moment de la Confédération afin de comprendre les questions soulevées par le litige qu'ils ont à résoudre.⁹⁶ Ritchie revient d'ailleurs à la charge dans *Valin*. Il indique alors pourquoi, à ses yeux, les textes états-uniens qui font autorité ne sont pas pertinents dans le cadre canadien. Contrairement à ce qui est le cas aux États-Unis, au Canada, les pouvoirs des Assemblées législatives provinciales sont limités au libellé de l'article 92 alors que le Parlement fédéral a reçu des pouvoirs plus étendus. C'est donc cette différence essentielle dans l'attribution des compétences législatives qui disqualifierait la jurisprudence et la doctrine états-unienne et non l'origine britannique de la Constitution canadienne.

Le choix des juges de la Cour Suprême de s'inspirer des États-Unis ne leur est pas propre. De fait, c'est un juge de la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'affaire *Hodge*⁹⁷ qui énonce le plus clairement l'utilité de l'exemple états-unien. Après avoir longuement cité le juge Marshall de la Cour suprême des États-Unis, le juge Spragge note que la jurisprudence issue de l'expérience états-unienne constitue un énoncé clair et pertinent d'une doctrine constitutionnelle qui peut être soumise à

nettement favorable au gouvernement fédéral. C'est l'un des juges à avoir été nommé par J. A. Macdonald. *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit.*

⁹⁶ « The relative positions of the parliament of the Dominion of Canada and the legislatures of the various provinces are so entirely different from those of Congress and the legislature of the several States that no analogy can safely be drawn from a decision of the United States courts. » Le juge Ritchie dans *Parsons, op.cit.*

⁹⁷ *R. v. Hodge* [1882] O.J. No. 354; 7 O.A.R. 256 (Cour d'appel de l'Ontario).

l'attention des juges canadiens, si on prend en considération la nature de la Constitution des États-Unis.⁹⁸ Cette mise au point quant à la pertinence des jugements états-unien ne semble pas fortuite, lorsqu'on s'attarde à l'attitude des Lords face aux mêmes références venant des États-Unis. Ces derniers vont en effet clairement rejeter le recours à la doctrine états-unienne qui, à leurs yeux, ne peut faire figure d'autorité.⁹⁹ Voici un extrait des échanges à ce propos, alors que l'avocat de Hodge, Kerr, cite le constitutionnaliste états-unien Cooley :

« *Sir Arthur Hobhouse* : Quel est l'ouvrage que vous citez? – (M. Kerr)- Cooley, *Limitation constitutionnelle*, section 117.

Sir Barnes Peacock : C'est un ouvrage américain? –(M. Kerr)- Oui.

Sir Richard Couch : Il est souvent cité en pareil cas.

M. Kerr : Cooley est reconnu comme un auteur d'une grande autorité. [...]

Lord Fitzgerald : Nous prendrons cela comme faisant partie de votre argumentation et non comme étant une autorité. » [Nous soulignons]¹⁰⁰ »

Ainsi que l'on peut le constater dans des causes telles que *Severn*, *Mercer* ou *St-Catharines Milling co.*, les juges canadiens n'hésitent pas à se pencher sur l'objet du *B.N.A. Act*, se prononçant sur la place respective des provinces et du gouvernement fédéral à l'intérieur de la Confédération. Finalement, ils font un usage courant de la preuve extrinsèque afin de mieux comprendre l'objet du *B.N.A. Act*. Ils débordent d'une interprétation purement formaliste de la Loi en accordant à la constitution canadienne un statut particulier conforme à leur vision de Loi fondatrice. Cette vision dérive directement de la doctrine constitutionnelle développée par les juges des États-Unis. Elle se situe par contre à l'opposé de celle envisagée par le CJCP. Voyons ce qu'il en est pour ce dernier.

⁹⁸ *Id.*, « I make no apology for quoting so largely the judgement of Chief Justice Marshall.»

⁹⁹ « Notes sténographique des représentations devant le CJCP dans l'affaire Hodge vs la Reine », *Doc. de la session*, Parlement du Canada, 1884, no. 30, p.36.

¹⁰⁰ *Id.*

5.3.3. Les Lords s'approprient le *B.N.A. Act*

Les Lords vont devoir s'adapter à la réalité canadienne rapidement. En effet, une bonne part des causes en provenance des colonies émane du Dominion. Durant les années 1879-99, les causes canadiennes représentent 33 % des appels pour l'ensemble de l'Empire.¹⁰¹ Un pourcentage conséquent si on prend en considération qu'à l'époque, la Grande-Bretagne possède une dizaine de colonies dotées d'un système judiciaire. Notons par ailleurs que le Canada est la seule de ces colonies qui possède un système fédéral, la Nouvelle-Zélande y ayant renoncé depuis 1875. L'Australie ne deviendra une fédération qu'en 1901.

Une lecture comparée des jugements émanant de la Cour suprême et ceux provenant du CJCP permet de constater les différents niveaux de réalité dans lesquels semblent évoluer les juges canadiens et les Lords. À titre de premier exemple, la notion même de Législateur ne semble pas référer à la même réalité pour les Lords du CJCP et les juges canadiens. Le terme Législateur est un concept qui renvoie à des références juridiques spécifiques. Il apparaît clairement, entre autres, à la lecture de *Lamb*, qu'aux yeux des Lords du CJCP, cette référence est britannique. Pour eux, le *B.N.A. Act* exprime la volonté du Parlement Impérial et cette loi est « *an Act of Parliament* »¹⁰². Les Lords ne se situent jamais dans une réalité qui serait typiquement canadienne afin d'explicitier l'objet du *B.N.A. Act* et ne font même pas allusion aux Pères de la Confédération. En fait, l'expression *Constitution canadienne* ne fait son apparition dans les décisions du CJCP que dans les années 1920.¹⁰³ S'ils concèdent volontiers que cette loi a été votée par le Parlement Impérial dans le respect de la volonté des habitants du Dominion du

¹⁰¹ F.M Greenwood, *op.cit.*, p.266.

¹⁰² *Id.*, p.587.

¹⁰³ Nous avons trouvé une première occurrence de cette expression dans *Edwards v. P.G. du Canada*, [1930] A.C. 124. Par opposition, les Lords réfèrent aux constitutions des provinces dans l'affaire *Lamb* en 1887.

Canada, pour les Lords, le fait que le projet émane d'hommes politiques canadiens n'a pas de conséquences juridiques notables.

On constate aussi, en lisant des jugements du CJCP, la concision dont font preuve les Lords dans leur rédaction. Ces derniers parlent d'une seule voix, sans recours étendu à diverses autorités extérieures. Leurs décisions sont nettement marquées au sceau de la méthode littérale. Ceci est apparent dès leur première décision portant sur le *B.N.A. Act, Bélisle*. Les Lords en viennent à la conclusion que la loi en question relève des compétences de la province dans les matières « purement locales et privées »¹⁰⁴. Ils disposent de l'affaire en quelques pages par une simple analyse logique du cadre opératoire de la mesure contestée et octroyant leur sens commun aux termes faillite et banqueroute.

À la lecture de l'ensemble de leurs décisions portant sur les années 1870 à 1900, on remarque que les Lords réfèrent rarement à la jurisprudence et encore plus rarement à des ouvrages de doctrine. La jurisprudence citée est essentiellement canadienne ou britannique. Les quelques ouvrages de doctrine utilisés dans le cadre de certains jugements seront toujours d'auteurs britanniques. Ainsi que le fait remarquer A. C. Cairns, on reprochera au CJCP de n'analyser le *B.N.A. Act* en ayant recours qu'aux règles ordinaires d'interprétation des lois.¹⁰⁵ Les grandes préoccupations constitutionnelles des juges et avocats canadiens les concernent moins. Leur perspective se distingue de celle dans laquelle se situent les juges canadiens. De leur point de vue, l'essence du *B.N.A. Act* n'est pas d'être une Constitution créant un État, mais c'est fondamentalement une loi impériale pouvant être modifiée, voire abrogée, par un vote majoritaire du Parlement. Aux yeux des Lords, la fondation du Canada est avant tout un acte impérial et n'est pas issu d'un document fondateur.

¹⁰⁴ *B.N.A. Act*, art. 92(16).

¹⁰⁵ A. C. Cairns, *op.cit.*, p.307.

On remarque d'ailleurs une adaptation du discours des avocats à cette réalité. Ceci est particulièrement évident dans l'affaire *Mercer*. Les plaidoiries devant la Cour suprême du Canada par les différents avocats sont très éloquentes, voire émotives¹⁰⁶ et poussent très loin certaines questions, principalement celle du rôle du lieutenant-gouverneur. Ainsi, autant le procureur représentant le Canada, Lash, qu'Edward Blake, parlant au nom de la province de l'Ontario ou encore, T. J. J. Loranger, du Québec, plongent au cœur du débat sur la place des provinces au sein du Dominion.¹⁰⁷ À l'inverse, les représentations faites devant CJCP par Mowat et Davey, pour l'Ontario et par Herschell et Lash au nom de Mercer, sont extrêmement sobres, le statut des provinces n'étant pratiquement pas abordé, même si les procureurs de Mercer tentent de leur part un argument sur cette question¹⁰⁸. Ils le font en pure perte, car cet argument sera totalement ignoré par les Lords.

Alors que les juges canadiens s'expriment sans contrainte sur la place des provinces dans la Confédération, les Lords évitent soigneusement ce débat et offrent un de leurs meilleurs exemples d'interprétation littérale du *B.N.A. Act*. En fait, on le constate à la lecture de l'affaire *Mercer* et dans *Parsons*, les Lords font davantage appel à des règles interprétatives plus formalistes. Par exemple, ils rappellent que les juges doivent limiter leurs commentaires strictement aux questions essentielles à la résolution du litige afin de ne pas s'étendre trop largement sur le sens à donner à la loi. C'est pour cette raison que, dans *Parsons*, les Lords refuseront de se pencher

¹⁰⁶ « The local officials, with a voracity that is revolting, seize it for the purpose of gaining credit to themselves with their partisans, and, ignoring the moral, and, as I contend, the rightful claims of the admitted son and four grand-children of this deceased person, appropriate their patrimony to the use of abandoned women, to the erection of an asylum, a reformatory for prostitutes -- and, adding insult to injury, with cruel sarcasm, they give this reformatory the name of ANDREW MERCER! » MacDougall, avocat de A Mercer; dans *Mercer*; C.S. p. 560.

¹⁰⁷ *Mercer*, C.S.; Voir les transcriptions des plaidoiries de Blake et Loranger.

¹⁰⁸ *Mercer*, CJCP.

sur les possibles conflits entre le pouvoir du fédéral de légiférer en matière de commerce et celui des provinces concernant la propriété et les droits civils.¹⁰⁹

Notons qu'il ne s'agit pas ici de reprocher aux Lords de faire une lecture essentiellement formaliste du *B.N.A. Act*. Ils n'hésitent par exemple pas à chercher le sens de la notion de propriété et de droit civil en s'appuyant sur le sens retrouvé dans d'autres documents législatifs impériaux, plus particulièrement ici *l'Acte de Québec* de 1773¹¹⁰. Il faut remarquer que cette approche n'est toutefois pas incompatible avec une analyse littérale du droit, les Lords insistant sur le fait de donner à cette expression son sens courant¹¹¹.

On notera en fait que, contrairement aux juges canadiens, les Lords demeurent dans le cadre du *B.N.A. Act* et s'attachent avant tout à définir les différentes compétences en jeu dans la cause à partir du sens commun des mots servant à les définir, quitte à affiner les définitions de ces mots lorsque jugées trop vagues. À ce sujet, ils remarquent que l'expression « regulation of trade and commerce »¹¹² employée dans son sens strictement grammatical peut entraîner une lecture donnant au fédéral un pouvoir illimité de légiférer dans toute matière touchant au commerce. Ils choisissent alors de restreindre le sens de l'expression en notant qu'une lecture trop large de 91(2) rendrait inutiles les autres sections de 91 ayant un lien avec le commerce soit, principalement, les compétences en matière de banque¹¹³, de lettre de change¹¹⁴ et de faillite¹¹⁵. Cette interprétation cadre tout à fait avec le *principe de*

¹⁰⁹ *Parsons*, CJCP, p.110.

¹¹⁰ *Id.*, pp. 110-111.

¹¹¹ *Id.* Les Lords notent que, dans *l'Acte de Québec*, « the words "property" and "civil rights" are plainly used in their largest sense », ils estiment donc que l'interprétation de ces mots doit être la même dans le *B.N.A. Act*, autre loi impériale. On peut voir que les Lords s'attachent ici au sens ordinaire de ces mots tel qu'entendu par le Législateur impérial.

¹¹² Art 91(2), *B.N.A. Act*.

¹¹³ *Id.*, art 91(15).

¹¹⁴ *Id.*, art 91(18).

l'effet utile selon lequel le Législateur « ne parle pas pour rien dire »¹¹⁶. Le principe de l'effet utile constitue un argument de texte courant que l'on associe à l'interprétation littérale¹¹⁷. On remarquera par ailleurs que l'essentiel de la décision du CJCP dans *Parsons* se construit sur des arguments de texte.

Dans *Parsons*, Les Lords ne vont pas réellement au-delà du texte du *B.N.A. Act* afin de se pencher plus directement sur les relations entre les provinces et Ottawa. À l'inverse, le juge Gwynne de la Cour suprême n'avait pas hésité à s'attaquer à cette question en statuant que les provinces n'avaient compétence en matière de propriété et droit civil que sur le *residuum* des matières contrôlées par le fédéral.¹¹⁸ D'ailleurs, dans *Mercer*, tous les juges de la Cour suprême ayant rédigé un jugement se penchent sur l'étendue des pouvoirs du lieutenant-gouverneur.

Hodge est la première cause où la question de la place des provinces dans le Dominion est abordée frontalement. L'avocat représentant le gouvernement fédéral, J.K. Kerr, avance alors devant le CJCP que les pouvoirs des provinces ne possèdent que des pouvoirs délégués des pouvoirs centraux. Plaidant l'application de la règle d'interprétation énoncée dans la maxime *delegatus non potest delegare*¹¹⁹, les avocats du fédéral prétendent que les provinces ne peuvent donc pas déléguer à leur tour certaines attributions à des organes administratifs, ici la Commission des liqueurs de l'Ontario. Les Lords du CJCP ne pourront donc se défilier et abordent finalement la question de la position hiérarchique des provinces dans le Dominion. Ils confirment la souveraineté des provinces dans leurs champs de compétences. Mais, pour les Lords, dans le cas canadien, cette souveraineté et le fruit de la volonté du Parlement impérial et non la conséquence d'une volonté

¹¹⁵ *Id.*, art 91(21).

¹¹⁶ Pierre-André Côté, *op.cit.*, p.350.

¹¹⁷ *Id.*, p.351.

¹¹⁸ *Parsons*, C.S.

¹¹⁹ Le pouvoir délégué ne peut à son tour déléguer.

populaire s'étant exprimée à travers une Constitution fédérale. Une fois de plus, les Lords rejettent une interprétation constitutionnelle du *B.N.A Act* et écartent toutes références potentielles à la volonté des Pères de la Confédération.

Le choix des Lords de ne pas entendre les arguments tirés d'une analyse des intentions historiques des Pères de la Confédération contribue à laisser dans l'ombre des enjeux de fond dans le débat entre les Législatures provinciales et le Parlement fédéral. J. T. Saywell voit dans cette décision d'écarter toutes références liées à ces intentions la marque d'une interprétation formaliste du *B.N.A. Act*. Pour les Lords, cette loi n'est pas un acte constitutionnel auquel il faut donner une interprétation large et évolutive. Ceci nous paraît très plausible. De plus, nous croyons que d'autres éléments expliquent le choix des Lords d'écarter les sources dites extrinsèques du *B.N.A. Act*. L'identification de ce qui constitue aux yeux du CJCP une référence historique valable se distingue de la perspective canadienne. La décision des Lords du CJCP de rejeter une interprétation du *B.N.A. Act* fondée sur les documents pré-confédératifs se base non seulement sur leur désapprobation d'un recours à des sources extrinsèques, mais se fonde aussi sur le fait que la volonté des hommes politiques canadiens ne saurait être assimilée à l'intention du Législateur et n'est donc pas pertinente. En cela, ils désavouent les pratiques des juges canadiens qui avaient fréquemment recours à ces documents. Le *B.N.A. Act* se voit donc revêtu de deux natures qui varieront en fonction du tribunal qui l'interprète : il est tantôt la constitution canadienne, tantôt une loi impériale britannique, cette seconde nature dominant la première. Toutefois, les juristes canadiens ne renonceront pas à leur vision constitutionnelle de la Loi. Nous sommes dès lors en présence d'un véritable cas de schizophrénie juridique.

Conclusion

Pour R. C. B Risk, les juges des cours canadiennes n'avaient pas une vision très créative de leur rôle. « They understood their job to be one of determining the will of the legislature.¹²⁰ » Pourtant, il admet ensuite que ces juges étaient prêts à aller au-delà du texte du *B.N.A. Act* afin de prendre en compte le contexte même de la Confédération. Nous pensons que dans le contexte de l'époque, il s'agit, malgré tout, d'une perspective innovatrice, si on la compare à celle adoptée par le CJCP. Les juges de la Cour suprême ont fait œuvre de pionnier dans l'interprétation de la loi impériale qu'est le *B.N.A. Act* en la considérant comme une véritable loi constitutionnelle. Ils s'inspirent alors du constitutionnalisme états-unien et de la volonté exprimée des Pères de la Confédération de faire un système fédéral distinct de celui des États-Unis et davantage centralisateur.

Le CJCP de son côté, refuse au *B.N.A. Act* le statut de Constitution et rejette la jurisprudence états-unienne. Par contre, même en refusant de s'inspirer de l'exemple états-unien, les Lords donnent une interprétation du fédéralisme qui se rapproche davantage de celle issue de la jurisprudence portant sur la constitution des États-Unis. La jurisprudence émanant de ces deux cours entraîne donc le constitutionnalisme canadien dans un paradoxe certain.

L'existence de deux cours rivales affaiblit l'impact de la jurisprudence constitutionnelle tout au long du 19^e siècle et pour une bonne partie du 20^e. La Cour suprême ne parvient pas à s'affirmer, autant parce qu'elle n'est pas la cour de dernière instance, que parce qu'il est difficile de faire surgir un véritable *stare decisis* de l'addition et des contradictions des décisions individuelles rendues par ses juges. Le CJCP, pour sa part, est éloigné du Canada. Il n'est pas adéquatement intégré à

¹²⁰ R. C. B. Risk, « Canadian Courts Under the Influence », *op.cit.*, p. 699.

un réseau d'interactions qui aurait permis un dialogue constructif entre ses décisions et les réactions qu'elles vont susciter.¹²¹

Ce sont les avocats de l'autonomie des provinces qui sauront le mieux tirer parti de cette division. Ainsi que nous l'avons vu, les hommes politiques provinciaux vont très vite comprendre les limites de leurs pouvoirs face à Ottawa. Ils vont alors compenser ce déficit politique par un recours extensif aux tribunaux, misant à l'occasion sur les partis pris des juges de la Cour suprême en faveur d'un gouvernement central fort, mais profitant surtout de la distance séparant le CJCP de la politique canadienne.

¹²¹ Nous faisons nôtre cette constatation d'A. C. Cairns que nous trouvons très pertinente, *op.cit.*, p.331.

CHAPITRE VI

POLITIQUE ET DROIT: L'ÉMERGENCE D'UN CONSTITUTIONNALISME CANADIEN?

It is questionable if political bodies can ever be the safest interpreters of constitutional law. It is in the courts that the solution must be sought for the difficulties that arise in the working of a federal constitution.

Bourinot¹

Il était prévisible que le *B.N.A. Act* poserait rapidement divers problèmes d'interprétation. Les ambitions des différents acteurs politiques vont fatalement entraîner, dès le lendemain de la Confédération, des lectures distinctes et souvent peu conciliables de la Constitution canadienne. Le rôle dévolu aux tribunaux sera de clarifier le sens du document et d'arbitrer les litiges nés de sa mise en œuvre.

On peut concevoir qu'ultimement, seule la décision finale, celle du plus haut tribunal, soit retenue par les juristes aux fins de dire le droit. Mais, sur un plan historique, cette décision finale n'est que la pointe de l'iceberg et n'a finalement qu'un sens limité si on ne tient pas suffisamment compte du contexte qui l'entoure. D'ailleurs, même en droit, il faut se méfier des règles et généralités que l'on croit deviner à travers la jurisprudence constitutionnelle. Ainsi que le rappelle le juriste André Tremblay :

« Des règles nombreuses ont été inventées par les tribunaux, et nous ne pouvons guère dire qu'elles nous frappent par leur clarté, car chaque détermination de la validité d'un statut (...) représente un cas d'espèce qui n'obéit à aucune règle générale... Ce qui pourrait représenter le critère

¹ J. G. Bourinot. *Parliamentary Procedure and Practice in the Dominion of Canada*, intro. by C.B. Koester, South Hackensack, Rothman Reprints inc., 1971, facsimilé de la 1^{ière} édition de 1884, p 154.

fondamental serait ici la discrétion judiciaire. Aucune règle, même la plus sévère, n'a pu tenir devant cette discrétion énorme des tribunaux de déclarer valide ou non un statut. Ce qui, à un gouvernement ou à un particulier plaidant devant les tribunaux, semblait un statut parfaitement valide, souvent ne l'était pas; les arguments fondés sur de «solides» principes s'écroulèrent, parce que les juges voyaient le litige autrement.² »

Au-delà des règles employées, les décisions des juges doivent donc beaucoup à leur perception de l'affaire qu'ils auront à trancher. Des générations de juristes se sont étonnées du manque de cohérence du CJCP entre les décisions *Russell* et *Hodge*. Dans ces deux affaires, les Lords doivent déterminer si la compétence en matière de contrôle de la vente des boissons alcoolisées revient à Ottawa ou aux provinces. Les faits de base sont les mêmes : un marchand d'alcool est sommé de respecter les règlements municipaux en matière de vente d'alcool. Alors que dans la première affaire, on arrive à la conclusion qu'Ottawa a compétence exclusive sur la vente de l'alcool, la seconde tranche en reconnaissant un double aspect à cette question et donnant ainsi une compétence partagée aux deux ordres de gouvernement.

Comment deux décisions reposant sur des faits relativement similaires ont-elles pu donner deux résultats aussi contradictoires ? Est-ce, comme le croient certains, Romney par exemple, parce qu'entre ces deux décisions, le CJCP va choisir de se faire le défenseur des droits constitutionnels des provinces?³ Faut-il plutôt croire, comme Saywell, que les Lords étaient finalement des juristes peu intéressés par leur travail au CJCP et donc que la qualité juridique de leurs décisions s'en est ressentie?⁴ Faudrait-il s'intéresser plutôt aux enjeux plus spécifiques de ces deux affaires ? À cette fin, on doit tenter de comprendre quelles étaient, à cette époque,

² André, Tremblay, *Les compétences législatives au Canada et les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droits civils*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1967, pp. 116-117

³ Romney, *Getting it Wrong, How Canadians Forgot Their Past and Imperilled Confederation*, Toronto, University of Toronto Press, 1999, p.111, 121.

⁴ J.T. Saywell, *The Lawmakers, Judicial Power and the Shaping of Canadian Federalism*, Toronto, University of Toronto Press, 2002. p.63-64 et 67.

les priorités des juristes qui ont plaidé ces causes. Il faut donc saisir dans quel contexte ces différentes causes ont atterri devant les tribunaux et comment elles ont été accueillies.

Dans ce dernier chapitre, nous verrons tout d'abord les règles générales qui guidaient juges et Lords dans leur interprétation du *B.N.A Act*. Nous nous intéresserons par la suite de façon plus précise aux décisions qui ont marqué l'évolution du constitutionnalisme canadien. L'accent sera mis sur une contextualisation de ces décisions afin de mieux cerner les jeux de vases communicant entre le politique et le juridique.

6.1 La jurisprudence émanant de la Cour Suprême et du CJCP, lecture statutaire et constitutionnelle du *B.N.A Act*.

Nous avons déjà discuté des deux visions entretenues par le CJCP et la Cour suprême du *B.N.A Act*. Nous avons souligné comment ces visions distinctes ont amené juges et lords à prendre certaines décisions, comme par exemple accepter ou refuser les preuves extrinsèques. Dans la présente section, nous verrons plus en détail les modes d'analyse retenus par les Lords et les juges afin de donner son sens à la constitution canadienne.

Il faut tout d'abord mentionner que tant les juges que les Lords ont une vision du droit imprégnée par la *golden rule* si chère aux juristes anglo-saxons de l'époque : retrouver l'intention du Législateur. Dans cette recherche de sens, les tribunaux considèrent que le Législateur s'exprime clairement, il ne faut pas changer le sens de la loi sauf si sa lecture donne un résultat si absurde dont on ne peut raisonnablement pas croire qu'il aurait été voulu par le législateur.⁵ Cette vision de l'interprétation législative commande une lecture de la loi collant autant que possible au texte et repose sur le respect du précédent.

⁵ Juge Ritchie, *Mercer*, CS.

Nous verrons que les règles mises en place par le CJCP respectent, de façon générale, les préceptes de la *golden rule* invitent à une lecture littérale de la Constitution. L'approche de la Cour suprême sera, à cette même époque, marquée par le fait que les juges voient dans le *B.N.A. Act* un reflet de la volonté des Pères de la Confédération. Cette vision se perdra à partir du 20^{ième} siècle alors que les juges s'attacheront à respecter les précédents créés par le CJCP.

6.1.1. À la recherche d'un constitutionnalisme canadien.

On retrouve dans le *Renvoi sur la Sécession du Québec* les éléments principaux sur lesquels reposent, aux yeux des juges, le constitutionnalisme canadien. Tout d'abord, le Canada est un État fédéral. Le principe du fédéralisme est d'ailleurs l'un des éléments fondamentaux de la constitution de 1867.⁶ À ce principe s'ajoute celui de la démocratie, du respect des droits des minorités ainsi que celui du constitutionnalisme et de la primauté du droit. L'essence du constitutionnalisme canadien serait au cœur de l'interaction entre ces différents éléments fondamentaux. Par ailleurs, dans le *Renvoi sur les droits linguistiques du Manitoba*, les juges affirmaient que : «[l]a 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.⁷» Ainsi que nous l'avons vu au chapitre 1^{er}, le constitutionnalisme exige que les actes de l'État soit conforme à la constitution. La constitution devient en quelque sorte l'acte fondateur à l'origine de la légitimité de l'État.

⁶ « Le principe du fédéralisme est une reconnaissance de la diversité des composantes de la Confédération et de l'autonomie dont les gouvernements provinciaux disposent pour assurer le développement de leur société dans leurs propres sphères de compétence. », *Renvoi relatif à la sécession du Québec* [1998] 2 R.C.S. 217, par. 58.

⁷ *Renvoi sur les droits linguistiques du Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p.745.

En contrepartie, la constitution est légitime car reposant sur la volonté du peuple. Ainsi au Canada, tout comme aux États-Unis, on considère que la constitution représente la volonté souveraine du peuple. Toutefois, qu'en est-il du *B.N.A. Act* ? Peut-on penser que la loi constitutionnelle de 1867 représente la volonté souveraine des habitants des quatre colonies fondatrices ? En fait, c'est la capacité même des juges de procéder au contrôle judiciaire du *B.N.A. Act* qui se trouve au centre de cette question. En effet, la source de la légitimité de la constitution est reliée à celle des juges de contrôler la constitutionnalité des lois.

Selon le professeur L. Tremblay, le rapatriement de la constitution en 1982 a créé une distorsion historique quant à la source de la légitimité du mécanisme juridique de contrôle de la constitution. Depuis 1982, le monde juridique canadien a adopté une perspective états-unienne dans son interprétation de la loi fondatrice du Canada. En fait, le constitutionnalisme de 1867 ne s'inspirait résolument pas de celui exprimé par Marshall dans *Marbury*. La suprématie du *B.N.A. Act* reposait à l'origine essentiellement sur son statut de loi impériale.⁸ Le constitutionnalisme canadien serait donc conditionné par la soumission à un ordre colonial et non sur l'idée d'un contrat social entre les agents de l'État et la population. Le contrôle de la constitutionnalité des lois reposait à l'origine sur le respect de la souveraineté du Parlement impérial et non sur celui de la volonté originelle du « peuple fondateur » du Canada. D'ailleurs, pour Tremblay, le respect de cette volonté originelle aurait dû commander aux juges canadiens une interprétation davantage originaliste de la Constitution canadienne plutôt que l'interprétation contextuelle⁹ qui a cours à l'heure actuelle.

⁸ Luc B. Tremblay, « A Round Table on American Constitutional Law – *Marbury v. Madison* and Canadian Constitutionalism: Rhetoric and Practice », (2003) 37 *Revue juridique Thémis*, par.21 à 23.

⁹ Cette méthode d'interprétation veut remettre le texte de la constitution dans son contexte actuel afin de tenir compte de l'évolution de la société. C'est la théorie *l'arbre vivant*, qu'on trouve exprimée, entre autres, dans *Edwards c. P.G. du Canada*, (1930) A.C. 124.

Nous n'entrerons pas ici dans tout le débat entourant le recours à l'analyse *originaliste* de la constitution, méthode cherchant à mettre de l'avant la volonté du peuple d'origine, soit celle qui prévalait au moment où s'est écrite la constitution. Cette méthode d'interprétation est défendue, entre autres, par le juge Scalia de la Cour suprême des États-Unis.¹⁰ Nous cherchons davantage à retracer ici la perception qu'ont les juges de la source de la légitimité du *B.N.A. Act*. Nous soutenons que, si aux yeux des Lords, elle se situe clairement dans la volonté souveraine du Parlement impérial, la position des juges de la Cour suprême, entre les années 1867-1900, est loin d'être aussi unanime.

6.1.2. Le CJCP : cohérence et unité, avec certaines nuances

Les jugements du CJCP ont déjà fait l'objet de maintes et maintes analyses.¹¹ Nous nous proposons simplement ici de tracer les éléments communs à ces analyses et à faire un portrait de base de la méthodologie employée par les Lords. Au cours des années, les Lords du CJCP vont en effet développer certaines règles dans leur interprétation du *B.N.A. Act*. Ces règles se résument à trois axes principaux : l'interprétation statutaire, le respect du *stare decisis* et le principe fédéral.¹²

Nous l'avons déjà dit, plusieurs auteurs l'ont rapporté et, finalement, ils l'ont eux-mêmes écrit : pour les Lords, le *B.N.A. Act* est une loi comme les autres.

¹⁰ A. Scalia, « Originalism : The Lesser Evil », *University of Cincinnati Law Review*, 57 (1989) 849. Notons au passage que Scalia est l'un des juges les plus conservateurs siégeant à l'heure actuelle à la Cour suprême états-unienne.

¹¹ On peut par exemple consulter : G.P. Browne, *The Judicial Committee and the British North America Act. An Analysis of the Interpretation Scheme for the distribution of Legislative Powers*, Toronto, University of Toronto Press, 1967; E. Brouillet, *La négation de la nation; l'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Montréal, Les éditions du Septentrion, 2005.

¹² E. Brouillet *op.cit.* pp. 201 et suivantes; G.P. Browne, *op.cit.*, pp.3-12.

«[Lamb] is undoubtedly a case of great constitutional importance, as the appellants' counsel have earnestly impressed upon their Lordships. But questions of this class have been left for the decision of the ordinary Courts of law, which must treat the provisions of the Act in question by the same methods of construction and exposition which they apply to other statutes.¹³»

Ils appliqueront donc les règles de base en matière d'interprétation statutaire soit une certaine retenue face aux choix du Législateur. Pour P.G. Brown, contrairement à la règle du précédent où la Cour applique une décision plus ancienne à une problématique présente, dans le cas de l'interprétation statutaire, la Cour doit apposer une série de règles abstraites comprises dans une loi à une problématique présente.¹⁴ La Cour n'a donc plus affaire à ces propres décisions, mais est plutôt confrontée à la volonté du Législateur d'où la possibilité de conflit entre les deux institutions. Afin d'éviter ces conflits potentiels, la cour doit prendre soin de ne pas chercher à usurper la tâche du Législateur, soit faire la loi. On peut référer ici, par exemple, au refus des Lords de donner une interprétation du *B.N.A. Act* allant au-delà de ce qui est strictement nécessaire à la résolution du litige qui leur est soumis. On observe que, dans *Parsons*, Sir Montague Smith refuse de se prononcer sur les effets potentiels de la compétence fédérale en matière de commerce à l'égard des compétences provinciales sur les questions de droit civils. Il est en effet possible de résoudre le litige sans avoir à trancher cette question¹⁵, un point de vue qu'il réitère dans *Russell*.¹⁶

La Cour va donc tendre vers une interprétation stricte du texte de loi partant du principe que le Législateur s'est exprimé clairement et dans un langage courant, ce sont là les préceptes de l'interprétation littérale. L'impact principal de cette forme d'interprétation sera l'exclusion par le CJCP des preuves extrinsèques au *B.N.A. Act*

¹³ Lord Hobhouse, *Lamb*, CJCP, p.579.

¹⁴ P.G. Browne, *op.cit.*, p.8.

¹⁵ *Parsons*, CJCP, p.113.

¹⁶ *Russell*, CJCP, p.842-843.

soient, entre autres, les débats pré-confédératifs ou encore l'allocution prononcée par Lord Carnarvon lors du dépôt du projet de loi devant le Parlement impérial. Pour la professeure Brouillet, le choix du CJCP n'est toutefois pas synonyme de rigidité et de conformisme. Il n'exclut pas une recherche contextuelle du sens des termes employés par la loi ou encore le recours à des preuves extrinsèques comme preuves secondaires¹⁷.

Le CJCP sait donc faire preuve de souplesse dans son approche du *B.N.A. Act*. Toutefois, c'est la cohérence qui semble être l'une de ses grandes préoccupations. En tant qu'instance consultative, il n'est pas lié par la règle du *stare decisis*¹⁸. Malgré tout, il va, dans l'ensemble, refuser de renverser ses décisions antérieures. L'attitude retenue du CJCP se justifierait en regard de l'importance fondamentale qu'avait le principe de la suprématie législative aux yeux des juristes britanniques.¹⁹ De façon plus spécifique, l'interprétation que va faire le CJCP du fédéralisme canadien sera marqué par ce souci de cohérence et de respect de la volonté du Législateur.

À partir du 20^{ième} siècle, plusieurs auteurs vont reprocher au CJCP sa lecture des principes fédéraux contenus dans le *B.N.A. Act*.²⁰ Pour la professeure Brouillet, le principe fédéral développé par le CJCP découle naturellement de l'interprétation statutaire et du respect du *stare decisis*. Le CJCP choisit en fait l'interprétation qui s'harmonise le mieux avec l'ensemble du *B.N.A. Act* et semble le mieux rendre compte de l'équilibre des pouvoirs octroyés aux provinces et au fédéral.²¹ Ce point

¹⁷ E. Brouillet, *op.cit.*, pp 205-207.

¹⁸ *Supra*, chap. 5

¹⁹ E. Brouillet, *op.cit.*, p.212.

²⁰ A. Cairns, « The Judicial Committee an its Critics », *Canadian Journal of Political Science/Revue canadienne de science politique*, 4 : 1 (1971) 301-345.

²¹ E. Brouillet, *op.cit.*, p.218.

de vue ne fait pas totalement l'unanimité.²² Pour notre part, nous pensons que le CJCP a adopté une interprétation tout à fait en accord avec sa perception de la constitution canadienne et qu'il a sans doute été influencé par les politiciens défendant les droits des provinces. Ces derniers ont en effet multiplié les représentations devant cette instance.

6.1.3 La cour Suprême du Canada, vers des principes se distinguant de l'approche du CJCP

Dans l'ensemble, les juges canadiens adhèrent clairement à l'approche littérale qui fait la marque du courant positiviste. Toutefois, leur approche fait montre d'une très grande souplesse et est marquée par de multiples digressions au credo dominant. Il est difficile de juger si cette souplesse était réservée uniquement aux décisions concernant le *B.N.A. Act* sans une lecture exhaustive de l'ensemble des décisions de la Cour Suprême pour cette période. Mais on peut constater qu'elle se démarque de la rigueur du CJCP qui s'en tient à une interprétation du *B.N.A. Act* dominée par les principes que nous avons évoqués plus haut. Ainsi, que le souligne Risk, les juges de la Cour suprême font preuve d'une sensibilité particulière face au *B.N.A Act* principalement en ce qui concerne l'interprétation du fédéralisme. « [They] dealt with federalism questions by thinking openly about Canada and its history and nature.²³ »

Les juges canadiens auront régulièrement recours à des éléments extrinsèques afin d'explicitier le sens du *B.N.A. Act*. Ils vont faire référence aux débats pré-confédératifs et aux négociations qui ont précédé l'adoption de la Loi. Le juge Strong parle par exemple des délégués aux conférences où s'est planifié le contenu du

²² Pour Saywell, *op.cit.*, le CJCP s'est surtout immiscé dans les relations politiques fédéral-provincial.

²³ R.C.B. Risk, « Canadian Courts under the Influence », *University of Toronto Law Journal*, 40 : 4 (1990) 687-737, p.737.

B.N.A. Act dans *Ste-Catharine's Milling*. Gwynne réfère aux débats pré-confédératifs dans *Inre Local Prohibition* alors qu'il cite une partie du discours prononcé par J.A. Macdonald.²⁴ On retrouve aussi des références aux Résolutions de Québec, soit dans *Severn*, *Fredericton*, *Mercer* et *St-Catharine's Milling*. On retrouve même une référence au discours que livra Carnarvon devant le Parlement impérial lors de l'adoption du *B.N.A. Act* dans *Brophy*.²⁵

Ainsi que nous l'avions déjà souligné au chapitre précédent, les juges canadiens se distinguent aussi par leur recours à la jurisprudence états-unienne. Il faut constater, qu'en matière d'analyse du *B.N.A. Act*, ces références sont très présentes et utilisées de différentes façons, le plus souvent afin de souligner les différences entre les deux systèmes. Ils citent régulièrement le juge Marshall.²⁶ Et ils ne se contentent pas de référer à la jurisprudence des États-Unis, ils citent aussi leurs auteurs de doctrine, soit principalement Story²⁷ et Cooley²⁸. D'ailleurs, le Juge Henry adopte à cet égard, dans *Parsons* une position pragmatique. À ces yeux, il est tout à fait adéquat de référer à des autorités états-uniennes en l'absence d'autorités britanniques pertinentes.²⁹

Finalement, même si les juges canadiens s'attachent de façon fondamentale au principe de la volonté du Législateur, ils ne perdent pas de vue la contribution des Pères de la Confédération, à la lettre, mais surtout à l'esprit du *B.N.A. Act*. Par

²⁴ *Id.*, p.206, Gwynne cite aussi Brown et Cartier.

²⁵ La référence est dans le jugement rédigé par Fournier. Pour les détails de la cause voir *infra* section 6.3.2.

²⁶ Juge Fournier dans *Severn* et dans *Lenoir*, Taschereau dans *Parsons*; Ritchie dans *Fredericton* et Strong dans *St-Catharine's Milling*.

²⁷ Juge Ritchie dans *Fredericton* et *St-Catharine's Milling*; Fournier dans *Lenoir* et *Parsons*; Henry dans *Fredericton*.

²⁸ Juge Fournier dans *Severn*; Ritchie dans *Fredericton*.

²⁹ *Parsons*, CS.

exemple, dans *Fredericton*, le juge Henry rappelle que la loi impériale est fondée sur un pacte entre le gouvernement fédéral et les provinces fondatrices³⁰. Dans *Mercer*, il écrit :

« The act was passed, as it recites, on the application of the provinces to give legislative sanction and authority to an agreement entered into on the part of the provinces for their federal union. The implied, if not expressed, principle acted on was that all rights and privileges, including legislative as well as others, of each of the provinces, should be surrendered; and that each should, if the union were consummated, depend subsequently for the exercise of their rights and privileges upon the Imperial Act to be passed, to give effect to the agreement for union entered into. This is patent in the act itself and in the resolutions of the delegates upon which it was founded and passed.³¹ [Nous soulignons]»

Pour sa part, le juge Gwynne dans *In re Local Prohibition* affirme :

« Must we keep ever present to our minds the fact that the main object of these provincial statesmen who were the authors and founders of our new constitution, in framing their project of confederation, was to devise a scheme by which the best features of the constitution of the United States of America, rejecting the bad, should be grafted upon the British constitution³². [Nous soulignons]»

Certains des juges de la Cour suprême vont donc superposer à la volonté désincarnée du Législateur impérial celle des Pères de la Confédération canadienne rappelant ainsi, qu'avant d'être une loi britannique, le *B.N.A. Act* est aussi le fruit d'une négociation entre les hommes politiques des colonies fondatrices. Ainsi que nous l'avons mentionné plutôt, Henry, par ailleurs aussi Père de la Confédération, réfère même à l'idée du pacte mise de l'avant principalement par Loranger et Mowat. Cette interprétation n'est pas gratuite. Elle dérive de leur expérience personnelle, soit à titre d'acteur dans le processus confédératif comme ce fut le cas pour Henry, ou, à titre de témoin privilégié de la formation du Canada, comme ce fut le cas pour les autres juges. Ils sont donc influencés par l'environnement social et politique dans lequel ils se trouvent. De plus, cette interprétation leur a aussi été présentée par les avocats et hommes politiques qui vont plaider devant eux.

³⁰ *Fredericton*, C.S., p.548.

³¹ *Mercer*, C.S., p.658.

On le constate, plus particulièrement à la lecture des débats pré-confédératifs, les hommes politiques canadiens de l'époque semblent convaincus d'être les pères *naturels* du *B.N.A. Act* à défaut d'en être les pères légaux. De plus, ainsi que nous l'avons vu au chapitre 3, ils sont tout aussi convaincus d'avoir agi au nom et pour le bien de la population en générale. La théorie d'un pacte entre les provinces fondatrices qui émerge rapidement lors des premières escarmouches juridiques reflète cet état d'esprit. Ces certitudes vont toutefois transparaitre essentiellement devant les tribunaux canadiens, alors qu'à Londres, d'autres stratégies discursives vont être employées. Nous allons maintenant discuter de ces interactions.

6.2 Vers une contextualisation de certaines décisions phares

Une décision judiciaire est l'aboutissement de mois, et même d'années de travail pendant lesquelles des avocats et des juges se pencheront sur les données d'un problème et les décortiqueront de façon plus ou moins aboutie. L'avocat qualifie d'abord les faits qui lui sont présentés et détermine comment il en fera la preuve devant la cour. Il doit ensuite traduire ces faits en règles de droit dont il proposera l'application aux juges. À leur tour, les juges déconstruisent et interprètent règles et faits et les recomposent dans un document final : la décision judiciaire. L'avocat mécontent de la décision issue de cette reconstitution fera appel de la décision et demandera à d'autres juges de refaire le travail, et ce jusqu'à la décision du plus haut tribunal. La cause devient alors comme une sorte de puzzle dont les morceaux, ré-assemblés à plusieurs reprises, donnent une image parfois identique à la précédente, mais parfois très différente. Il arrive même qu'on aboutisse à la même image, mais tous les morceaux semblent avoir changé de place.

Nous aborderons le casse-tête constitutionnel de façon thématique, en étudiant d'abord le rôle symbolique du Souverain, ensuite, la division des pouvoirs législatifs

³² *In re Local Prohibition*, C.S., p.205.

et finalement la question des droits des provinces sur les terres de la Couronne. Ce portrait, nécessairement parcellaire, il permettra toutefois de mieux comprendre comment a été développée l'interprétation du *B.N.A. Act* et dans quel contexte certaines des décisions les plus importantes ont été prises.

6.2.1. Le lieutenant-gouverneur, représentant de la Couronne ou fonctionnaire fédéral ?

Au lendemain de la Confédération, les anciennes colonies retournent à la gestion des affaires courantes et semblent croire que, mis à part certaines nouveautés, elles pourront continuer de faire, après 1867, ce qu'elles faisaient avant. Ceci va ouvrir la porte à certains conflits, dont celui de la nomination des Conseillers de la Reine. Ce titre est essentiellement honorifique et vise à reconnaître le talent de juristes d'exception. À l'origine, le Conseiller de la Reine ou du Roi reçoit la mission de représenter la Couronne en justice. Les juristes sont choisis pour cette fonction par le monarque en vertu de sa prérogative. Ils sont alors classés selon une liste de préséance, les conseillers les plus anciens ayant le privilège d'être appelés avant les plus récents. Au 19^e siècle, les principales prérogatives du conseiller sont le privilège de porter une toge en soie et d'ajouter les initiales C.R. (ou Q.C.) à la fin de son nom. Le Québec a cessé de nommer des Conseillers de la Reine en 1976, l'Ontario a mis fin à cette pratique en 1983 et le gouvernement fédéral en 1993.

À la veille de la Confédération, il est encore courant d'octroyer ce titre et chacune des colonies va, par la voix de son lieutenant-gouverneur, nommer ses propres conseillers. Devenues des provinces, elles sont convaincues qu'à ce chapitre, leurs prérogatives sont demeurées inchangées. L'Ontario, suivi par le Québec et la Nouvelle-Écosse, réitère son droit d'user de cette prérogative. La question se pose donc : qui, du gouverneur général ou des lieutenants-gouverneurs, ont hérité de cette prérogative royale ? Ottawa, appuyé par Londres, se déclare l'unique dépositaire de ce droit et ce, dans les suites de la bataille politico juridique

enclenchée par Toronto. En 1872, alors qu'à Ottawa on réfléchit sur la possibilité d'octroyer le titre à certains juristes, Toronto prend les devants et publie dans la Gazette officielle la liste des premiers Conseillers de la Reine nommés par le lieutenant-gouverneur de l'Ontario. Ottawa s'indigne. Toronto légifère afin d'affirmer ses droits et le Gouverneur général donne aux Conseillers provinciaux de l'Ontario le titre de Conseillers de la Reine pour le Canada, espérant ainsi calmer le jeu.³³

Ottawa nomme donc ses propres conseillers. Toutefois, la question n'est pas résolue puisque le Québec et la Nouvelle-Écosse ont suivi l'exemple ontarien. De plus, la Nouvelle-Écosse, non contente d'avoir ses propres conseillers, décide de leur donner préséance sur ceux nommés par le Fédéral. C'est ainsi que Conseiller de la Reine pour le Canada, J. N. Ritchie, constate, en lisant son journal un jour de mai 1876,³⁴ qu'il a été déclassé et que Peter H. Lenoir, Conseiller de la Reine pour la Nouvelle-Écosse, apparaît soudainement à un rang plus avantageux.

Ritchie tente donc une action afin de retrouver son rang et par la même occasion met en question la capacité même du lieutenant-gouverneur de nommer des Conseillers de la Reine. Les juges de la Cour suprême lui donneront raison, sans toutefois s'entendre tout à fait sur le rôle du lieutenant-gouverneur dans cette affaire. En effet, pour les juges Strong et Fournier, la loi est invalide car elle a un effet rétroactif. Ils refusent de répondre à toute autre question. Les juges Henry Taschereau et Gwynne croient, pour leur part, que le lieutenant-gouverneur n'étant pas un représentant de la Reine, il ne peut nommer de Conseillers. La question du statut du lieutenant-gouverneur, représentant de la Reine ou simple fonctionnaire fédéral, demeure donc en suspend et continue de poser problème.

³³ Cette histoire est rapportée par A. Todd, *Parliamentary Government in the Colonies*, Boston, Little, Brown and Co., 1880, p. 241-243. Voir aussi A. M. Evans, *Sir Oliver Mowat*, Toronto, University of Toronto Press, 1992, p. 148.

³⁴ La liste de préséance des Conseillers de la Reine de la Nouvelle-Écosse sera publiée dans *The Gazette*, le 27 mai 1876. (Cf, *Lenoir v. Ritchie*).

Le débat entourant la nomination des conseillers de la Reine participe d'une problématique plus vaste. Dans les premières années du Dominion, une bonne part des luttes politico-juridiques s'était en effet engagée autour de la reconnaissance du droit des provinces aux mêmes privilèges issus de la common law, que ceux reconnus à l'ordre fédéral. Il s'agit en fait du transfert vers le gouvernement de l'usage des prérogatives de la Couronne et de la reconnaissance des droits des parlementaires provinciaux aux mêmes privilèges que leurs vis-à-vis fédéraux. Face à ces différentes questions, la détermination du rôle symbolique du lieutenant-gouverneur prend une importance centrale. S'il représente la Couronne, les provinces peuvent se prévaloir des différentes prérogatives royales. De plus, leur souveraineté dans leurs champs de compétences, donc leur autonomie face à Ottawa, est reconnue. Dans le cas contraire, seul le Gouverneur-général est le représentant de la Couronne. Les provinces n'ont que des pouvoirs délégués, subordonnés à Ottawa.

Ainsi, les provinces, l'Ontario et le Québec en tête, s'octroient rapidement l'usage de certaines prérogatives. Outre celles portant sur la nomination des conseillers de la reine, elles votent des lois afin de garantir l'immunité des employés de la Couronne provinciale dans le cadre de leur travail. Pour J. A. Macdonald, il va de soi que les fonctionnaires provinciaux ne sont pas des officiers de la Couronne et ne peuvent à ce titre profiter des immunités qui sont rattachées à cette qualification. On s'en doute, sa perception ne fait pas l'unanimité. Il se retrouve rapidement confronté au gouvernement ontarien qui, pour sa part, semble convaincu du contraire. Ainsi, en 1869, J. A. Macdonald demande le désaveu d'une loi ontarienne portant sur l'immunité des officiers provinciaux de la Couronne³⁵. Il obtient gain de cause. Londres, refusant de reconnaître au lieutenant-gouverneur le statut de représentant de la Couronne, ne reconnaît donc pas aux provinces le droit d'user de ses prérogatives.

³⁵ Lettre de J. A. Macdonald à Yong, février 1869, jointe à une lettre de Yong adressée à Granville, ANC, Fonds du gouverneur général, RG7 G21, vol 16 no. 60.

Il va ainsi devenir important pour les provinces de résoudre l'ambiguïté entourant la position du lieutenant-gouverneur. L'occasion va se présenter par le biais d'une affaire qui défraya les manchettes de l'époque, l'affaire *Mercer*. Ce litige débute avec le décès d'un officier d'état civil de la province de l'Ontario, Andrew Mercer, en juin 1871. Ce dernier laisse une fortune évaluée à 180 000\$, mais pas de testament et un fils illégitime de 30 ans, Andrew Francis Mercer. Pour le gouvernement réformiste de Mowat, la succession Mercer est un véritable pactole³⁶ que la province entend récupérer par son droit de déshérence. Ce droit permet en effet à l'État de reprendre les successions en l'absence de tout héritier légitime. Toutefois, deux questions se posent, A. F. Mercer est-il un héritier légitime? Et, plus important pour les fins de la déshérence, quelle instance constitue l'État, la province ou le Parlement fédéral?

En effet, en vertu du droit anglais, une succession en déshérence appartient à la Couronne. Le droit de déshérence vient du droit ancien du monarque sur la terre. À l'époque féodale, la terre appartient au souverain qui la cède à ses vassaux pour services rendus. Si l'un de ses derniers meurt sans héritier légitime, la terre revient alors à son propriétaire premier, le monarque. L'évolution du droit de propriété et la fin de la féodalité modifient la donne, mais le droit de l'État de reprendre les héritages sans héritier demeure. Si, au Canada, seul le gouverneur général a le pouvoir de représenter la Couronne, il s'ensuit que seul l'État fédéral canadien peut se prévaloir de ce droit. Par contre, si le lieutenant-gouverneur peut agir à titre de représentant de la Couronne et compte tenu du fait que les provinces ont juridiction sur la gestion de la propriété ainsi que sur les matières relevant du droit privé, la fortune Mercer pourrait alors revenir à l'État ontarien. Le gouvernement réformiste de cette province sait déjà ce qu'il entend faire de cet argent. Il va fonder un

³⁶ Pour donner un sens des proportions, notons qu'en 1886, le budget total de la province était de trois millions de dollars. Voir : Bureau du vérificateur général de l'Ontario, http://www.auditor.on.ca/fr/apropos_histoire_fr.htm. accédé le 21 juillet 2008.

établissement voué à la protection des femmes pauvres et à leur réhabilitation sociale : le *Mercer Reformatory*.³⁷

Mais, Mowat voit rapidement, au-delà des bénéfices électoraux procurés par 180 000\$ bien dépensés, le potentiel politique d'une résolution du litige qui serait favorable à Toronto. *Mercer* permet en effet d'aborder la question du rôle exact du lieutenant-gouverneur dans le droit constitutionnel canadien. Si le lieutenant-gouverneur n'est pas le représentant du souverain, l'exécutif des provinces ne peut faire usage d'une prérogative de la Couronne, ici, le fameux droit de déshérence. Par contre, si les tribunaux tranchent en faveur des provinces, ces dernières pourront, dans la limite de leurs compétences, faire usage des prérogatives de la Couronne, et donc nommer des Conseillers de la Reine ou encore donner l'immunité judiciaire à leurs employés.

Mowat n'est pas le seul que cette question intéresse. Loranger, au nom du Québec, sera de la partie en présentant une plaidoirie devant la Cour suprême. Il en profite d'ailleurs pour mettre de l'avant que le *B.N.A. Act* est un pacte fédéral, que le Fédéral est une création des provinces. Tout ce qu'elles ne lui ont pas cédé, par exemple le droit de déshérence, leur revient. C'est aussi à cette occasion qu'il met de l'avant sa théorie d'une Couronne indivisible qui se répartit donc entre les compétences fédérales et provinciales.

Les cinq juges de la Cour suprême seront divisés, les juges Ritchie et Strong penchant pour leur part du côté de la province. Les deux juges considèrent que le droit de déshérence est essentiellement un démembrement des droits que possèdent les provinces sur les terres relevant du domaine public. Les provinces possédaient ce droit avant la Confédération et vu l'absence de mention à ce sujet

³⁷ En fait, le *Mercer Reformatory* ne sera jamais à la hauteur des espérances de ses fondateurs. Il deviendra rapidement une prison pour femme tout à fait ordinaire. On peut consulter à ce sujet : Peter Oliver, « To govern by kindness: the first two decades of the *Mercer Reformatory for Women*. » dans Jim Phillips, et al., eds. *Essays in the history of Canadian law: crime and criminal justice*, vol. 5, Toronto, Osgoode Society, 1994, 516-71.

dans le *B.N.A. Act*, il convient de présumer que rien n'a changé. Ritchie, qui rédige le jugement de la dissidence, en profite pour pousser plus loin. Le lieutenant-gouverneur est le légitime représentant de la Reine à l'échelle provinciale. En l'absence de mention particulière à cet effet dans la constitution, les pouvoirs de représentation que possédait le lieutenant-gouverneur avant la Confédération lui ont donc été transférés après. Par contre, les juges de la majorité se rangent derrière les arguments invoqués par les avocats du gouvernement fédéral et de Mercer fils, Lash³⁸ et Mcdougall. Se prononçant sur le statut constitutionnel du lieutenant-gouverneur, Fournier, Taschereau et Gwynne arrivent à la conclusion qu'il ne peut pas représenter le Monarque et qu'en conséquence, les gouvernements des provinces ne sont pas habilités à faire usage des prérogatives royales.

La cause sera donc tranchée à Londres où les Lords renversent la majorité de la Cour suprême. À leurs yeux, cette prérogative avait déjà été cédée par la Couronne britannique au Canada-Uni avant la Confédération. Elle revient donc à l'Ontario par l'application de l'article 109 du *B.N.A Act* portant sur les droits de redevance des provinces sur les terres relevant de leur compétence au moment de la Confédération. Les Lords refusent d'avaliser les arguments des avocats canadiens représentant Mercer fils, Lash et F. Herschell.³⁹ Ces derniers avaient, en effet, axé une partie de leur plaidoirie sur le statut constitutionnel des provinces, ce contrairement aux avocats représentant l'Ontario, Davey⁴⁰ et Mowat. Ces derniers

³⁸ Originaire de Terre-Neuve, Zebulon Aiton Lash est un libéral proche de Blake. Toutefois, son souhait de voir un gouvernement central fort va le rapprocher de J. A. Macdonald. Dans *Mercer*, il fait face à Blake qui lui avait obtenu son premier poste au ministère fédéral de la Justice. Visiblement, ce dernier ne lui en tint pas rigueur car Lash joindra le cabinet de Blake en 1882. *Dictionnaire biographique du Canada*, <http://www.biographi.ca/FR/>, accédé le 21 juillet 2008.

³⁹ Le gouvernement fédéral avait choisi de ne pas envoyer de représentant devant le CJCP.

⁴⁰ Avocat renommé, Horace Davey sera au cœur des causes les plus importantes de l'époque et représentait, entre autres, l'université d'Oxford. Il sera nommé juge en 1893. Par ailleurs, c'est aussi un libéral et un proche de Gladstone. Il plaide dans sept causes devant le CJCP portant sur le *B.N.A. Act* et ne subit qu'une seule défaite.

vont uniquement insister sur l'évolution de l'interprétation du droit de déshérence dans la common law britannique. Lord Selborne, dans la rédaction de la décision du CJCP, se penche uniquement sur les questions relevant de la common law. Il avalise toutefois indirectement l'argument avancé, entre autres, par Mowat, et voulant que les provinces ne sont pas une création de la Confédération, mais la continuité des anciennes colonies. La décision de reconnaître aux nouvelles provinces les droits consentis aux anciennes colonies vient renforcer la théorie soutenant que le lieutenant-gouverneur est toujours un représentant de la Couronne. Les décisions postérieures du CJCP iront d'ailleurs en ce sens.

La décision des Pères de la Confédération de maintenir le poste de lieutenant-gouverneur en lui donnant des attributions similaires à celles du gouverneur général constitue un assez bon exemple du flou entourant la compréhension qu'ont certains de ces hommes politiques de la nature même de ce poste. Elle témoigne, peut-être davantage, de l'impossibilité de réconcilier ceux qui favorisent un gouvernement fédéral aussi centralisateur que possible et ceux qui veulent préserver l'autonomie des provinces. En effet, il apparaît clairement lors des conférences, surtout celle de Londres, que les autorités britanniques considèrent la Couronne comme étant indivisible. Par conséquent, les lieutenants-gouverneurs ne peuvent exercer les pouvoirs émanant de la prérogative royale, d'où, par exemple, le refus de Londres de permettre à ces derniers d'exercer le pouvoir de pardon. Finalement, les Pères de la Confédération semblent adhérer très majoritairement aux vues de l'administration impériale et définissent assez clairement que le lieutenant-gouverneur recevra ses instructions du gouverneur général en conseil et non de Londres. Toutefois, ainsi que le fera remarquer Loranger en 1883, si la Couronne est indivisible, son pouvoir doit s'exercer dans sa totalité à l'égard de tous les actes posés par l'État. Et, dans un système fédéral, les actes de l'État émanent à la fois des provinces et du fédéral.

À partir de l'arrêt *Mercer*, les tribunaux ne contestent plus la possibilité pour les provinces de faire usage, dans leurs champs de compétences, des différentes

prérogatives de la Couronne. La position de représentant de la Couronne des lieutenants-gouverneurs sera par ailleurs affirmée sans équivoque par les juges de la Cour suprême, tout d'abord, ensuite par les Lords dans *Maritime Bank*. Dans cette décision, Lord Watson⁴¹ écrit : « a Lieutenant-Governor, when appointed, is as much the representative of Her Majesty for all purposes of provincial government as the Governor-General himself is for all purposes of Dominion government.⁴² » Cette affirmation contraste fortement avec les propos que tenait Dufferin à Carnarvon à ce sujet.⁴³ Le CJCP, sans doute moins interpellé par le débat pré-confédératif sur la place des provinces, va donc reconnaître à ces dernières leur souveraineté pleine et entière, dans leur champs de compétences, ce alors que les juges canadiens sont partagés sur la question.

Au cours des années qui suivent, les provinces feront un usage extensif des différentes prérogatives de la Couronne. Elles se dotent de mesures en matière d'immunité des fonctionnaires et nomment des Conseillers. Le Québec en profite même pour reconnaître au lieutenant-gouverneur le pouvoir de pardonner les peines relevant d'infractions aux lois provinciales.⁴⁴

Toutefois, le rôle du lieutenant-gouverneur n'est que l'un des aspects du fédéralisme. La pierre angulaire du régime se trouve dans les articles 91 à 95 du *B.N.A. Act*. Plus particulièrement, l'interprétation des articles 91 et 92, qui énumèrent les compétences respectives du fédéral et des provinces, va faire l'objet de plusieurs décisions d'une importance cruciale.

⁴¹ Il marquera le constitutionalisme canadien en rédigeant la majorité des décisions du CJCP portant sur le Canada entre 1889 et 1912. Bien qu'il ne se soit jamais démarqué en tant qu'avocat, il parvient à la magistrature et connaîtra une fructueuse carrière au CJCP. Voir J. T. Saywell, *op.cit.*, p, 114-118.

⁴² *Maritime Bank*, CJCP, p. 444.

⁴³ *Supra*, chapitre 4.

⁴⁴ Ce pouvoir existe encore aujourd'hui. *Loi sur l'exécutif*, L.R.Q. E-18, art. 2.

6.2.2 Au cœur du fédéralisme : les articles 91 et 92 du *B.N.A. Act*

Par l'article 91, le Parlement fédéral a reçu la compétence générale de faire des lois pour la « paix, l'ordre et le bon gouvernement ». Il reçoit de plus les compétences dites résiduelles, soit la possibilité de légiférer sur les domaines non prévus dans l'énumération des articles 91 et 92. Finalement, la formulation de la clause introductive de l'article 91 consacre la prépondérance fédérale lorsqu'une loi fédérale entre en conflit avec une loi provinciale. Pour plusieurs, le désir des Pères de la Confédération de créer un fédéralisme favorisant nettement le Parlement central apparaît clairement à la lecture des articles 91 et 92.

Les interprétations respectives que feront les juges de la Cour suprême et les Lords du CJCP de ces deux articles ne seront pas radicalement contradictoires. Une lecture comparative de certains jugements laisse même entrevoir que les juges de la Cour suprême exprimaient à l'occasion des idées qui seront parfois affinées par les Lords. Par exemple, la théorie du double aspect, qui permet au parlement fédéral et aux Législatures des provinces de légiférer à l'occasion dans des domaines communs, sera énoncée pour la première fois par le juge Ritchie qui en traite dans *Parsons*. Cette cause sera entendue d'abord par la Cour Suprême et par la suite par le CJCP. Elle constitue un tournant important dans la relation législative entre Ottawa et les provinces. La décision rendue par les Lords dans *Parsons* permettra aux provinces et au fédéral de légiférer dans des domaines connexes à leurs champs propres à partir du moment où l'objet principal de la législation relève de leurs compétences.

Parsons marque une défaite pour les défenseurs d'un Canada centralisé dominé législativement par le fédéral. En effet, la théorie des compartiments étanches favorise le fédéral. Les préambules des articles 91 et 92 du *B.N.A. Act* donnaient l'impression que la Loi était plus généreuse à l'égard du fédéral que des provinces. Ils se lisent comme suit:

« Article 91 : La Reine est habilitée, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes, à légiférer, pour la paix et l'ordre au Canada ainsi que pour son bon gouvernement, en toute matière non comprise dans les domaines exclusivement attribués par la présente loi aux législatures des provinces; en outre, il est déclaré, pour plus de certitude, mais sans préjudice de la portée générale de ce qui précède et nonobstant toute autre disposition de cette loi, que le Parlement du Canada a compétence législative exclusive en toute matière comprise dans les domaines suivants [...]

[...]Et aucune des matières énoncées dans les catégories de sujets énumérés dans le présent article ne sera réputée tomber dans la catégorie des matières d'une nature locale ou privée comprises dans l'énumération des catégories de sujets exclusivement assignés par la présente loi aux législatures des provinces »

« Article 92 : La législature de chaque province a compétence exclusive pour légiférer en toute matière comprise dans les domaines suivants [...] »

Plusieurs en ont déduit que, conséquemment à ces articles, le Parlement fédéral jouissait d'une marge de manœuvre plus vaste. Ceci concerne principalement la prépondérance des lois fédérales sur les lois provinciales en cas de conflits normatifs ainsi que la possibilité pour le fédéral de légiférer dans les matières non énumérées à l'article 92 du *B.N.A. Act*. La reconnaissance d'une étanchéité des champs de compétences aurait eu comme conséquence de lui permettre de légiférer même dans les domaines relevant des provinces, à partir du moment où il légifère dans un domaine relevant de ses compétences énumérées, et ce en vertu du principe de la prépondérance. À l'inverse, les provinces auraient été cantonnées dans le strict carcan des compétences qui leur avaient été expressément données. *Parsons*, au-delà du droit, a donc des ramifications politiques importantes. Toutefois, cette cause offre aussi un dilemme intéressant pour les juges. En effet, les faits entourant la cause rendent son principal acteur, *Parsons*, peu sympathique et le défi ne sera pas seulement de rendre une décision cohérente en droit mais aussi juste dans le sens plus moral du terme.

Dans cette cause, deux compagnies d'assurance réalisent qu'elles ont offert des protections à l'égard d'un seul et même immeuble qui sera détruit par une explosion en août 1877 dans la ville de Toronto. *W. Parsons*, le propriétaire, y entreposait de la

poudre à canon. L'hypothèse sera avancée que la poudre entreposée l'était en quantité sans doute très supérieure à ce que prévoyaient les contrats d'assurance. En fait, les compagnies d'assurance plaident que Parsons avait entreposé plus de 25 livres de poudre à canon alors qu'il leur en avait déclaré 10. Parsons ne contesta jamais ces allégations. Pour les compagnies d'assurance, il avait aussi omis de respecter l'une des clauses des contrats d'assurance qu'il avait signés. Cette disposition l'obligeant à dévoiler au moment de la signature s'il avait par ailleurs contracté d'autres assurances, dès lors les compagnies s'empressent de refuser de l'indemniser.

Ce dernier fait donc appel aux tribunaux. Son argument principal est le suivant : la forme de la clause exigeant le dévoilement de l'existence d'autres polices ne rencontrait pas les prescriptions de la plus récente version de loi ontarienne sur les polices d'assurance contre les incendies.⁴⁵ Le représentant de la compagnie d'assurance, au moment de la conclusion de l'entente, avait fait signer à Parsons une ancienne copie du contrat standard d'assurance. Une fois devant les tribunaux, les compagnies vont contester la validité de la loi ontarienne. Cette dernière ne serait pas constitutionnelle, car elle empiéterait sur les compétences du Fédéral en matière d'échanges et de commerce.⁴⁶ Les demandeurs perdent en première instance et en appel.

À preuve des implications politiques importantes de cette affaire, on retrouve devant la Cour suprême un nombre appréciable d'avocats, et non les moindres. D'Alton M^cCarthy⁴⁷, un conservateur en vue et proche de J. A. Macdonald, reconnu

⁴⁵ *An Act to secure uniform Conditions in Policies of Fire Insurance*, 1876 (Ont.) 39 Vict. c. 24. La couleur de l'encre de cette clause aurait dû la distinguer du reste du contrat, ce qui n'était pas le cas

⁴⁶ Art. 91(2), *B.N.A. Act*.

⁴⁷ Avocat de Toronto reconnu pour son habileté et ses talents de plaideurs, il entre en politique active à la demande de J. A. Macdonald en 1876 et contribue à la victoire conservatrice de 1878. Il fut à une certaine époque perçu comme un successeur potentiel du chef conservateur. Membre du cabinet conservateur dans les années 1878-80, il est à

pour son penchant en faveur d'un gouvernement central fort, représente les compagnies d'assurance. Le cœur de sa plaidoirie repose sur l'invalidation de la loi ontarienne qui empièterait sur les compétences fédérales en matière de commerce.⁴⁸ M^cCarthy soutient la thèse d'une division étanche des compétences fédérales et provinciales. Cette étanchéité fait en sorte qu'il deviendrait impossible pour une province de légiférer dans tout domaine pouvant être rattaché à une compétence fédérale et ce, même s'il est par ailleurs aussi possible de le rattacher à une compétence provinciale. Face à lui on retrouve, outre l'avocat de Parsons, Mowat lui-même. Ce dernier a décidé de représenter l'Ontario afin d'intervenir sur la question de l'étendue de la juridiction des provinces. Il présente en cour des arguments sensiblement similaires à ceux déjà plaidés dans *Mercer*, soit que, dans leur champ de compétence les provinces sont tout aussi souveraines qu'Ottawa. Cette souveraineté comprend le pouvoir de légiférer, accessoirement dans des domaines relevant du fédéral, ce afin de donner son plein effet à la législation provinciale.

Il faut le souligner, la majorité des juges présents, soit Fournier, Henry et Ritchie, rejettent les arguments de McCarthy et tranchent en faveur de la validité de la loi ontarienne. Ils donnent ainsi raison à Parsons. Le juge Ritchie émet l'opinion qu'il est tout à fait possible pour les Provinces de légiférer en matière de propriété et droit civil lorsqu'elles le font à des fins locales, et ce même si, par ailleurs, l'objet de leur législation peut aussi toucher une matière relevant du fédéral, comme le commerce. Les Lords, eux, proposeront un mode de raisonnement afin de déterminer si oui ou non il y a un conflit de norme entre une mesure provinciale et une loi fédérale, le *Test de Parsons*⁴⁹.

l'origine de la loi fédérale sur les licences d'alcool (M^cCarthy Act). *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit.*

⁴⁸ *B.N.A. Act*, art. 91(2).

⁴⁹ Voir A. Tremblay, *op. cit.*, p. 117 et ss.

Il n'est guère surprenant que Taschereau et Gwynne, tout deux plus enclins à défendre l'idée d'un gouvernement central fort, se soient opposés à l'opinion de leurs collègues. Toutefois, un commentaire de Gwynne nous paraît révélateur de la dimension plus humaine de l'affaire.

« I am unable to bring my mind to concur in the adoption of a construction which declares that a man who contracts that he shall have no right to recover in case of loss, if he shall keep upon the insured premises any nitroglycerine or more than 10 lbs, of gunpowder, may nevertheless (unless that contract be put into a particular form) recover for his loss, notwithstanding that he has kept one hundred weight of each upon the insured premises; and that these explosive materials caused the fire which occasioned his loss.⁵⁰ »

Car, au-delà des enjeux constitutionnels et juridiques que représente cette affaire, il y a aussi l'histoire très concrète d'un homme que l'on soupçonne de fraude.

Même si, dans l'ensemble, les Lords ne semblent pas désavouer les arguments des juges majoritaires, le CJCP infirme le jugement de la Cour suprême. Ils refusent à Parsons le bénéfice de la non-conformité de la clause d'assurance avec la loi ontarienne. Pour les Lords, il faut d'abord déterminer si la loi est en lien avec une compétence provinciale et si par ailleurs elle n'affecterait pas un domaine relevant de la compétence fédérale. Le cas échéant, elle pourrait ne pas être valide. Notons l'usage du conditionnel. Les Lords ouvrent la porte à la possibilité de préserver la validité d'une loi provinciale empiétant dans une compétence fédérale. Ces éléments sont au cœur du *test de Parsons* tel qu'élaboré par le CJCP.⁵¹ En l'espèce, il n'y a pas, aux yeux des Lords, de conflit de compétence entre les provinces et Ottawa. La capacité de légiférer sur des contrats particuliers comme un contrat d'assurance

⁵⁰ Gwynne, *Parsons*, C.S., p. 324.

⁵¹ «The first question to be decided is, whether the Act impeached in the present appeal falls within any of the classes of subjects enumerated in sect. 92, and assigned exclusively to the legislatures of the provinces; [...] It is only when an Act of the provincial legislature *prima facie* falls within one of the provincial subjects that the further question arise, viz., whether, notwithstanding this is so, the subject of the Act does not also fall within one of the enumerated classes of subjects in sect. 91», Sir Montague Smith, *Parsons*, CJCP, p.109.

relève exclusivement des compétences provinciales.⁵² La loi ontarienne est donc valide.

Toutefois, les Lords concluent qu'en cas de non-conformité entre le contrat et les clauses prévues par la loi, cette non-conformité entraîne le remplacement des clauses contractuelles par les dispositions supplétives de la Loi et non l'annulation pure et simple des clauses du contrat. Cette interprétation a comme conséquence de priver Parsons du bénéfice de ses assurances, tout en préservant la légitimité de la loi ontarienne.

Dans l'ensemble, il apparaît qu'autant la majorité des juges de la Cour suprême que les Lords du CJCP s'entendent pour donner une interprétation assez large de la compétence provinciale en matière de propriété et droits civils. À cet égard, seuls les juges Gwynne et Taschereau favorisent le fédéral en interprétant plus largement la compétence en matière de commerce. Cette cause est intéressante à plus d'un niveau. Elle innove sur le plan du droit par la création du test de Parsons. Elle donne aussi un exemple de l'interface entre les mondes politique et juridique.

Mowat emporte ici une autre victoire importante. Après la reconnaissance du rôle du lieutenant-gouverneur dans *Mercer*, il parvient à se faire entendre sur la question de la souveraineté pleine et entière des provinces dans leurs champs de compétences. Toutefois, *Parsons* ne marque pas la fin de la lutte de pouvoir qui s'est engagée entre Ottawa et les provinces. La question sera définitivement réglée dans les causes à venir. Cette fois-ci, c'est le monde municipal qui est directement impliqué.

Les municipalités de plus grande envergure avaient reçu, avant la Confédération, le pouvoir de réglementer les questions liées à la commercialisation de l'alcool dans les colonies. Après la Confédération, les provinces continuent de légiférer afin de

⁵² *Id.*, p.113.

réglementer le commerce de l'alcool. Toutefois, Ottawa ayant reçu la compétence en matière de *réglementation du trafic et du commerce*⁵³, le gouvernement fédéral légifère en matière de commerce de l'alcool. *L'Acte de tempérance du Canada*⁵⁴ donne aux résidents de chaque ville canadienne la possibilité d'interdire la vente d'alcool au détail dans leur municipalité, par une procédure de type référendaire. Cette décision heurte de front la volonté des provinces de garder les prérogatives qu'elles possédaient à cet égard avant la Confédération. D'ailleurs, bien que l'une des premières causes du genre, *Severn*, ne porte que sur la loi ontarienne en matière de vente d'alcool et non sur une réglementation municipale, Mowat n'hésite pas à faire le lien entre la capacité des villes à cet égard avant la Confédération et la capacité des provinces à légiférer sur cette question après 1867. Mowat plaide, dans l'affaire *Severn*, que les provinces, ayant reçu la compétence législative en matière municipale, ont, de ce fait, hérité des anciens pouvoirs et attributions des municipalités des différentes colonies.

La législation concernant la régulation de la vente de l'alcool rendent compte de préoccupations équivoques de la part des hommes politiques autant municipaux que provinciaux et fédéraux. Elles s'inscrivent tout d'abord dans le contexte du mouvement de la tempérance qui a cours à l'époque sur tout le continent américain. L'ivresse est perçue comme une source de désordre social, le symptôme d'une pathologie.⁵⁵ Il faut donc combattre les dérapages potentiels liés aux abus et le moyen privilégié est de réglementer le commerce de l'alcool. La lutte pour la réglementation de l'alcool est menée par un lobby puissant et fortement politisé. Le premier ministre du Nouveau-Brunswick et Père de la Confédération, Tilly, s'était d'ailleurs fait élire, entre autres, à titre de défenseur de la tempérance.

⁵³ *B.N.A. Act*, art. 91(2).

⁵⁴ *An Act respecting the traffic in intoxicating liquors (Canada Temperance Act) 1878* (Can.) 41 Vict. chap. 16.

⁵⁵ William L. White, *Slaying the Dragon: The History of Addiction Treatment and Recovery in America*, Chestnut health Systems Publications, 1998.

La taxation des produits alcoolisés est aussi une source intéressante de revenu à laquelle ne peuvent passer outre ni les villes ni les provinces ou encore un jeune Dominion. Il ne faut pas se surprendre si l'un des arguments récurrents des avocats demandant l'invalidation des lois provinciales sur les permis de vente d'alcool porte sur la question de la taxation. L'imposition du permis a-t-il pour objet la protection de l'ordre public par le contrôle de la vente des boissons enivrantes? N'a-t-elle pas plutôt comme réel objectif de garnir les coffres de l'autorité publique qui la met en œuvre en taxant indirectement les consommateurs à travers le commerçant? Les provinces, ayant reçu lors de la Confédération des pouvoirs réduits en matière de taxation,⁵⁶ se retrouvent facilement dans le collimateur de certains juristes, et du gouvernement fédéral, lorsque vient le moment de détecter le spectre de la taxation indirecte, qu'elles ne peuvent utiliser. Cet argument se montre extrêmement efficace.⁵⁷

À Ottawa, on comprend bien l'ampleur de l'enjeu entourant la vente de l'alcool. Ainsi que nous l'avons vu plus haut, le fédéral légifère sur cette question en 1878. *L'Acte de tempérance du Canada*⁵⁸ est voté peu de temps après que les juges de la Cour suprême aient reconnu le monopole du Parlement fédéral dans le contrôle de la vente d'alcool⁵⁹. Pour les juges, ce monopole repose sur deux compétences fédérales. D'abord, Ottawa légifère dans les matières liées au commerce⁶⁰. Mais, il légifère aussi pour « la paix, l'ordre et le bon gouvernement »⁶¹. Sa loi sur le trafic de

⁵⁶ B.N.A. Act, art. 92(2) : « les impôts directs, dans les limites de la province, pour la perception de recettes à des fins provinciales ». Les provinces ont donc uniquement un pouvoir de taxation direct par opposition au gouvernement fédéral qui a compétence pour : « le prélèvement de sommes d'argent par tout mode ou système de taxation » [nous soulignons] (art.91(3)).

⁵⁷ *Severn, C.S.*, voir : les arguments de l'avocat de *Severn* (pp.75-80).

⁵⁸ *Canada temperance Act, op.cit.*

⁵⁹ *Severn, C.S.*

⁶⁰ *B.N.A. Act.*, art. 91(2).

⁶¹ *B.N.A. Act.*, préambule de l'art. 91.

l'alcool est d'intérêt national, puisqu'elle vise à encourager la tempérance. La loi sera contestée devant les tribunaux en 1880⁶² et 1881 dans *Russell*. Dans cette dernière cause, la question de la tempérance est d'une importance cruciale. Les Lords accordent le monopole de la régulation en matière d'alcool à Ottawa justement parce qu'à leurs yeux, l'objectif premier de la loi fédérale est de faire la promotion de la tempérance à travers le Dominion. Mais les provinces n'ont pas dit leur dernier mot.

En mai 1881, le propriétaire du St-Jame's Hotel de Toronto, Archibald Hodge, est mis à l'amende pour avoir laissé ses clients utiliser la table de billard de son établissement à une heure interdite par un règlement émanant du Bureau des commissaires aux permis de Toronto, un organisme créé par la loi provinciale sur les licences d'alcool⁶³. Évidemment, il contestera la contravention. La question de la place des provinces dans le Dominion est abordée ici de front alors que l'avocat représentant Hodge, J. K. Kerr⁶⁴ s'appuie sur le précédent créé par *Russell* et plaide que le pouvoir de réglementer la vente de l'alcool appartient de façon exclusive à Ottawa. De plus, il plaide que les provinces, détenant elles-mêmes des pouvoirs délégués, ne pouvaient déléguer, à leur tour, certaines de leurs attributions à des organes administratifs, ici le Bureau des commissaires aux permis de Toronto.⁶⁵ Respectant *Russell*, le tribunal de première instance statue que la province n'avait pas le pouvoir de donner à la municipalité de Toronto la possibilité de réglementer la vente de l'alcool et annule l'amende. Par contre, en appel, les juges renversent la décision et rétablissent l'amende. La cause se transporte devant le CJCP directement, sans passer d'abord par la Cour suprême du Canada. Pour la représenter, l'Ontario engage l'avocat qui l'a défendue dans *Mercer*, Horace Davey.

⁶² *Fredericton, C.S.*

⁶³ *The Liquor Licence Act, RSO c. 181.*

⁶⁴ James Kilpatrick Kerr aura aussi une très brève carrière politique à titre de député fédéral, alors qu'il tentera sans succès de se faire élire à Toronto-Centre en 1891 sous la bannière libérale de Wilfrid Laurier. Il sera nommé au sénat en 1903. *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit.*

⁶⁵ *Delegatus non potest delegare.*

Dans son ouvrage, Saywell fait état des grandes qualités de juriste de Davey⁶⁶, l'avocat principal choisi par l'Ontario, afin de plaider l'affaire *Hodge* devant le CJCP, C'est un avocat de calibre qui perd rarement ses causes. Saywell croit que, dans *Hodge*, Davey a été servi par le manque de finesse et d'instinct juridique de son adversaire, J. K. Kerr. Il ne faut toutefois pas sous-estimer l'importance de sa plaidoirie sur la décision des Lords. Davey fit un excellent travail de persuasion en offrant à ces derniers les arguments dont ils avaient besoin afin de distinguer *Russell* de l'affaire *Hodge*. En fait les Lords font preuve d'une cohérence peu apparente à première vue tant les deux décisions paraissent contradictoires.

En effet, comment prétendre dans *Hodge* que les provinces ont le pouvoir de contrôler la vente de l'alcool après avoir affirmé dans *Russell* que ce pouvoir appartenait en propre à Ottawa? À cette question, une réponse fort simple, aux yeux des Lords : toute législation qui a pour effet d'augmenter le contrôle de la vente des « boissons enivrantes » mérite sans aucun doute d'être validée. Sous cet aspect, les deux décisions ne sont pas du tout contradictoires. Aux yeux des Lords, elles poursuivent le même objectif, soit restreindre l'accès à l'alcool. Ils veillent d'ailleurs bien à circonscrire le litige aux faits présentés devant eux : « Their Lordships do not think it necessary in the present case to lay down any general rule or rules for the construction of the British North America Act. »⁶⁷ Les Lords semblent, à cette occasion, fortement préoccupés par la question de la tempérance.

Une préoccupation très bien comprise par Davey, qui fera de son mieux afin de l'alimenter. Ce dernier s'éloigne des arguments à caractères constitutionnels mis de l'avant par les avocats représentant l'Ontario devant la Cour d'appel, contrairement aux avocats de *Hodge* qui ont conservé la même stratégie discursive. Davey invite

⁶⁶ Saywell, *op.cit.*, p.96.

⁶⁷ *Hodge*, CJCP, p.129

les Lords à adopter une position pragmatique loin des « questions abstraites⁶⁸ » sur l'attribution exclusive de compétences à l'un ou l'autre des ordres de gouvernement. Dès son introduction, il annonce aux Lords qu'il va s'en tenir à ce qui est vraiment important afin de résoudre la cause. Il résume alors ce qu'il avance être l'essence de *Russell*, c'est à dire que tous les paliers gouvernementaux, y compris les municipalités, ont le devoir de faire des règlements afin d'éviter que les « maisons d'entretien public⁶⁹ » ne deviennent « le rendez-vous des voleurs, des prostituées et autres gens dangereux⁷⁰ ». Qui aurait donc le cœur d'invalider une mesure poursuivant un si noble objectif ?

Les Lords tranchent en faveur du maintien de la réglementation municipale et dorénavant, les provinces pourront, elles aussi, être des championnes de la tempérance. Mais les ramifications de cette décision sont plus étendues, car pour arriver à soutenir cette position, le CJCP consacra, une fois pour toutes, la souveraineté des provinces dans leurs champs de compétence,⁷¹ une reconnaissance longtemps recherchée par les hommes politiques provinciaux, comme Mowat. Les provinces donnent par la suite l'assaut contre la législation fédérale et, en 1895, l'Ontario, le Québec, et le Manitoba demanderont conjointement à la Cour suprême que *l'Acte de tempérance* fédéral soit déclarée *ultra vires*. La Cour suprême statuera que la loi fédérale et la loi provinciale sont toutes deux valide mais que *l'Acte de tempérance* a préséance.⁷² Le CJCP renversera cette décision.⁷³

⁶⁸ Doc. de la session, 1884, no 30, *op.cit.*, p.101. Il utilise cette expression au moins à deux reprises en l'espace de cinq minutes dans son plaidoyer devant Lords.

⁶⁹ *Id.* Une jolie expression venant du traducteur et visant à identifier les tavernes et tous les autres lieux où on peut vendre de l'alcool.

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ *Supra*, chapitre 4.

⁷² *In re Local Prohibition*.

⁷³ *A.G. Ontario v. A.G. Canada*, 1896 A.C. 348.

Un autre jugement, *Lamb*, apporte de l'eau au moulin à la cause des provinces. Les Lords y rappellent, une fois de plus, que ces dernières sont souveraines dans leurs champs de compétences et qu'elles peuvent faire usage des prérogatives de la Couronne. « [T]heir Lordships cannot conceive that when the Imperial Parliament conferred wide powers of local self-government on great countries such as Quebec, it intended to limit them on the speculation that they would be used in an injurious manner. »⁷⁴ La reconnaissance de l'autonomie des provinces est donc presque complète. Il ne leur reste plus qu'à démontrer qu'elles seules contrôlent les terres publiques qu'elles administrent.

6.2.3. Autre enjeu pour les provinces : la possession effective du territoire

Le troisième volet de notre analyse du casse-tête constitutionnel canadien nous amène à aborder la question des droits de propriété du domaine public sur le territoire des provinces. De façon générale, les provinces ont reçu un droit de gestion et de vente sur toutes les terres de la Couronne dans les limites de leur territoire,⁷⁵ Toutefois, le gouvernement fédéral a, entre autres, il a un pouvoir de gestion sur les réserves au sens de la *Loi sur les Indiens*⁷⁶. C'est au sujet de cette compétence que le gouvernement fédéral et les provinces croiseront à nouveau le fer.

⁷⁴ Lord Hobhouse dans *Lamb*, CJCP, p.586.

⁷⁵ *B.N.A. Act*, art. 92(5), 109 et 117.

⁷⁶ *B.N.A. Act*, art. 91(24). En 1876, le Parlement a promulgué la *Loi sur les Indiens* (alors appelée la *Loi sur les Sauvages* 1876 (Can) 38 Vict c. 18,), dans le but de régulariser la responsabilité du gouvernement du Canada à l'égard des Premières nations et des terres de réserve au moyen de la conclusion de traités. Ministère des Affaires indiennes et du Nord du Canada http://www.ainc-inac.gc.ca/ps/clm/asc_f.html accédé le 21 juillet 2008.

Encore une fois, l'action se situe en Ontario. En 1886, la *St-Catharine's Milling and Lumber co.* reçoit, du gouvernement fédéral, la permission de couper du bois à l'intérieur d'une réserve indienne. Toutefois, la compagnie sera poursuivie en dommages par le gouvernement ontarien pour avoir coupé du bois sans autorisation sur des terres de la Couronne provinciale. Les administrateurs de la compagnie protestèrent, cette dernière ayant un permis valide émis par le gouvernement fédéral. Parallèlement, ces terres relevaient selon eux d'Ottawa puisqu'il s'agissait d'une réserve indienne. L'affaire atterrit devant les tribunaux.

Pour représenter la compagnie devant la Cour suprême, les administrateurs de *St-Catharine's* ont choisi D'Alton M^cCarthy, celui-là même qui a représenté les compagnies d'assurance dans l'affaire *Parsons*. Ainsi que nous l'avons vu plus haut, M^cCarthy adhère à la thèse d'un Canada central fort auquel sont subordonnées les provinces. Devant la Cour suprême, il fera face à des adversaires politiques dont les vues sur le Canada en ce qui concerne l'interprétation du fédéralisme sont diamétralement opposées aux siennes. Le procès qui s'annonce a définitivement une connotation politique. M^cCarthy ne plaidera pas directement contre Mowat, mais contre un proche de ce dernier, Walter Cassels⁷⁷, procureur général de la province de l'Ontario. Notons par contre que Mowat signe le mémoire déposé par la province devant la Cour suprême. Bien qu'Ottawa soit mis en cause dans cette affaire, la province contestant la validité de ses droits sur les terres occupées par les réserves, le gouvernement fédéral choisit de ne pas s'impliquer directement dans le processus judiciaire.

L'argument principal de M^cCarthy repose sur la reconnaissance des titres autochtones, titres transférés à Ottawa en échange des différents «avantages»

⁷⁷ Sir Walter Gibson Pringle Cassels. Né à Québec, il a étudié le droit à Toronto et sera nommé juge en chef de la Cour de l'Échiquier de l'Ontario en 1908. Le procès *St-Catharine's* constitue l'un des points marquants de sa carrière d'avocat. *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit.*

conférés aux premières nations dans la gestion des réserves⁷⁸. Cet argument a comme effet non négligeable de lier toutes les terres abritant des réserves indiennes à la juridiction fédérale. Sa démonstration consacrant la chaîne de titres des débuts de l'occupation européenne jusqu'à l'époque contemporaine est bien étoffée. Par contre, elle repose sur l'hypothèse d'une possession effective par les autochtones de la terre, possession contestée par les avocats de l'Ontario. Ces derniers cherchent à utiliser le mode de vie semi-nomade des autochtones comme preuve de l'absence de lien de propriété à la terre.

Devant la Cour suprême, les avocats font amplement référence à la jurisprudence états-unienne et comparent, à plusieurs niveaux, les distinctions constitutionnelles dans les droits octroyés aux premières nations par les deux pays. L'ambition de M^cCarthy est de faire reconnaître par la Cour la validité des titres autochtones en se basant à la fois sur les distinctions et les similarités entre les expériences états-uniennes et canadiennes. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que l'objectif final de M^cCarthy n'était pas la défense des droits autochtones, mais la protection des intérêts du gouvernement fédéral.

Les avocats représentant l'Ontario plaident que, fondamentalement, les nations « indiennes » ne comprennent rien à la propriété terrienne. Elles n'ont donc jamais été propriétaires des terres qu'elles occupent. Au moment de la Confédération, certaines terres ont été mises à la disposition des nations autochtones, par humanité⁷⁹ et afin de leur permettre de maintenir leur style de vie basé sur le nomadisme, la chasse et la pêche. L'objectif de ces avocats, en utilisant cet argument, est de limiter le droit des autochtones à un droit d'usufruit sur les territoires couverts par les réserves⁸⁰. Il devient donc plus facile pour eux de

⁷⁸ Il réfère au traité no 3 signé en 1873.

⁷⁹ L'expression est tirée de la décision du juge Taschereau. Voir p. 614.

⁸⁰ Leur stratégie discursive relève du sophisme puisqu'ils font bifurquer le débat vers la perception qu'ont ou n'ont pas les premières nations de la propriété alors que le véritable enjeu de savoir quels sont les droits qui leur ont été *reconnus* par la Couronne britannique.

revendiquer la propriété de ces terres publiques au nom de la province. Dans leur rhétorique, le gouvernement fédéral est soupçonné d'utiliser des droits présentés comme inexistants afin de s'appropriier des terres de la Couronne provinciale qui autrement ne seraient pas sous sa juridiction. Leur point de vue l'emporte, les juges Ritchie, Fournier, Henry et Taschereau leur donnant raison.

Devant le CJCP, Ottawa prend la décision d'envoyer un représentant afin de défendre le point de vue du gouvernement fédéral, R. E Webster. Mowat et Blake font le voyage à Londres. La St-Catharine's Milling conserve, pour sa part, les services de M^cCarthy. Plusieurs des avocats impliqués dans le dossier plaideront donc devant les deux instances. Les plaidoiries semblent d'ailleurs reprendre les arguments utilisés devant la Cour suprême. Alors que Webster et M^cCarthy tentent de démontrer la validité des titres autochtones sur le territoire au cœur du litige, Mowat et Blake soutiennent que le territoire en question a toujours appartenu à la Couronne provinciale. Le droit d'occupation des nations autochtones sur ce territoire est de nature personnelle et non lié à un titre de propriété. Toutefois, les références états-uniennes seront, à toutes fins utiles, évacuées de chacune des plaidoiries. Cette fois-ci, le CJCP tombe d'accord avec la Cour suprême et confirme sa décision. Le contrôle des provinces sur leur territoire, même des terres situées dans une réserve autochtone, renforce en quelque sorte leur souveraineté déjà affirmée par le rôle du lieutenant-gouverneur.

Cette juridiction sera par la suite confirmée dans la cause *British Columbia v. Canada*. Dans ce litige opposant la Colombie-Britannique et le Canada, on demande aux juges de définir le sens de *terres de la Couronne* afin de savoir qui, de la province ou d'Ottawa, pourra exiger une redevance sur des droits miniers. Ottawa, représenté par G W. Burbidge⁸¹, l'emporte devant la Cour suprême en 1887, en

⁸¹ Il succède à Lash au poste de sous-ministre fédéral de la justice à la recommandation de ce dernier en 1882. Il dirigera par la suite l'équipe d'avocats représentant la Couronne au procès de Louis Riel. À la fin de l'année 1887, il devient le premier avocat nommé juge à la Cour de l'Échiquier nouvellement créée (future Cour fédérale). *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit.*

plaidant que seul Ottawa peut représenter la Couronne en matière de terres publiques. Par contre, la province, représentée par Davey, obtient un renversement de la décision devant le CJCP. Confirmant ses décisions antérieures, le CJCP rappelle l'existence d'une Couronne provinciale et réaffirme de ce fait l'autonomie des provinces face à Ottawa.

Les provinces qui se sont montrées plus actives dans l'arène judiciaire parviennent donc à faire triompher leur vision du fédéralisme. Toutefois, le fédéralisme n'est pas le seul sujet sur lequel se pencheront les juges et les Lords durant les décennies 1870-1890. Bien que moins nombreuses, les causes portant sur les droits des minorités à l'intérieur du jeune Dominion soulèveront aussi certaines passions. Plus précisément, il sera surtout question du cas des écoles confessionnelles. Ces affaires aussi mettent en cause l'autonomie des provinces, mais cette fois face aux droits des minorités.

6.3. Les tribunaux et le dossier des écoles confessionnelles

Dans les années 1870 à 1900, la lutte des provinces pour leur autonomie ne les oppose pas uniquement à Ottawa. Les droits de certaines minorités seront aussi confrontés aux droits des provinces d'exercer la plénitude de leurs pouvoirs législatifs. Ainsi, la saga des écoles catholiques, autant celles du Nouveau-Brunswick que du Manitoba, portera sur l'interprétation à donner au *B.N.A. Act*, plus particulièrement à l'article 93.

Nous avons déjà vu au chapitre 4 comment le droit du Nouveau-Brunswick de légiférer sans interférence du Parlement fédéral sera défendu à la fois par la province, par Londres et même par J. A. Macdonald. Dans la section qui suit, nous nous intéresserons aux ramifications juridiques de ces affaires.

6.3.1. Contexte politique du litige

En 1871, le Nouveau-Brunswick adopte la loi sur les écoles communes. Cette loi abroge toutes les mesures antérieures en matière de financement des écoles de paroisses, principalement la loi de 1858 sur les écoles communales. Son but est d'instaurer un système officiellement non confessionnel, anglophone et uniforme à dans l'ensemble de la province. Son effet immédiat sera d'empêcher les membres des minorités catholiques des différentes paroisses néo-brunswickoises de diriger l'argent de leurs taxes scolaires vers leurs propres écoles confessionnelles. Les catholiques devront donc financer le système public, et, s'ils veulent des écoles confessionnelles, instaurer un système privé séparé à leur frais. La loi provoque des réactions immédiates de la communauté catholique de cette province. On y voit une façon pour la province d'obliger les catholiques à financer un système qui sera dominé par les confessions anglicanes et protestantes. Mais surtout, c'est à leurs yeux une atteinte aux droits concédés historiquement à la minorité catholique et reconnus par l'article 93 du *B.N.A. Act*⁸².

L'article 93 existe essentiellement en vue de protéger les écoles confessionnelles des minorités catholiques et protestantes contre des dérapages potentiels des gouvernements provinciaux dominés par des majorités hostiles. Son but premier était de rassurer la communauté protestante du futur Québec tout en promettant

⁸² La législature de chaque province a, dans les limites et pour les besoins de celle-ci, compétence exclusive pour légiférer en matière d'éducation, compte tenu des dispositions suivantes : (1) Elle ne peut, par une disposition législative adoptée en cette matière, porter atteinte aux droits ou privilèges appartenant de droit dans la province lors de l'union à une catégorie de personnes relativement aux écoles confessionnelles. (2) Les pouvoirs, privilèges et obligations qui, lors de l'union, sont de droit dans le Haut-Canada ceux des écoles séparées et des syndics d'école des sujets catholiques romains de la Reine sont étendus aux écoles dissidentes des sujets protestants ou catholiques romains de la Reine au Québec. (3) Si, lors de l'union, est de droit en place dans la province ou si y est créé ultérieurement par sa législature un réseau d'écoles séparées ou dissidentes, est susceptible d'appel devant le gouverneur général en conseil toute mesure ou décision d'une autorité provinciale touchant les droits ou privilèges, en matière d'éducation, de la minorité protestante ou catholique romaine des sujets de la Reine. [Nous soulignons]

aux catholiques hors Québec un traitement équitable.⁸³ La préoccupation des Pères de la Confédération sera de ménager certaines susceptibilités afin de préserver le consensus. Des hommes politiques tels Georges Brown s'opposent violemment à une intervention intempestive d'Ottawa dans les affaires des provinces.⁸⁴ Il faut donc concevoir un article qui protège suffisamment mais pas trop et qui garantit les droits déjà existants, sans en créer de nouveaux. Il en résulte une rédaction complexe et portant à interprétation.

Les paragraphes un et trois doivent se lire de concert. Le premier octroie une protection aux écoles dites séparées dans les provinces où des droits leur avaient été conférés par la Loi. Le paragraphe 3 offre un recours lorsque le paragraphe 1 n'est pas observé, plus précisément, si les droits et privilèges de ces écoles séparées ne sont pas respectés. Le paragraphe 2 consacre la protection des écoles confessionnelles catholiques et protestantes dans les provinces de Québec et de l'Ontario. Le dernier paragraphe donne à Ottawa le pouvoir de légiférer directement en matière d'éducation afin de corriger les préjudices que causerait une loi provinciale, si la province refuse de le faire elle-même.⁸⁵ C'est donc sur les paragraphes 1 et 3 de cet article que vont s'appuyer les catholiques du Nouveau-Brunswick afin de faire valoir leurs revendications.

Dans les mois qui suivront la sanction de la loi, la législature du Nouveau-Brunswick, de même que le Parlement fédéral, reçoivent de nombreuses pétitions à

⁸³ Il apparaît toutefois que le but premier de l'article 93 était réellement de rassurer la minorité protestante du Bas-Canada dont les intérêts étaient très bien représentés sur un plan politique, principalement par Galt. Pierre Carignan, *Les garanties confessionnelles à la lumière du Renvoi relatif aux écoles séparées de l'Ontario; Un cas de primauté d'un droit collectif sur le droit individuel à l'égalité*, Montréal, Éditions Thémis, 1992, p.31.

⁸⁴ *Id.*, pp 32 et ss.

⁸⁵ *Ibid.*, (4) Faute par la province d'édicter les lois que le gouverneur général en conseil juge nécessaires à l'application du présent article, ou faute par l'autorité provinciale compétente de donner la suite voulue à la décision qu'il prend sur un appel interjeté au titre de cet article, le Parlement peut, pour autant que les circonstances de l'espèce l'exigent, prendre par voie législative toute mesure de redressement qui s'impose à cet égard.

la fois du clergé catholique et des membres de cette communauté. Le débat se polarise rapidement. Alors que le Nouveau-Brunswick campe sur ces positions, à Ottawa, les députés catholiques, de même que ceux qui sont issus de certains groupes confessionnels minoritaires, s'allient afin d'exiger que le fédéral désavoue la loi en vertu du pouvoir que lui octroie l'article 93. J. A. Macdonald, alors chef du gouvernement, n'est guère sensible aux pressions que ces différents camps exercent sur lui. La base conservatrice de son parti est presque unanimement favorable à la cause du Nouveau-Brunswick.

Il s'ensuit un chassé-croisé de correspondance et de rapports de comités. Plusieurs de ces documents seront d'ailleurs publiés dans les Documents de la session du Parlement⁸⁶. Le nœud de l'affaire est de déterminer le sens de l'expression « école séparée » contenue dans l'article 93 du *B.N.A. Act*. Le Nouveau-Brunswick n'entend faire aucune concession. Dans le passé, la province a toléré que les catholiques contrôlent la gestion des écoles publiques communales, là où ils formaient la majorité. Toutefois, la loi de 1858 n'a jamais formellement reconnu de statut d'écoles séparées à ces institutions. Ne leur ayant jamais reconnu de droits ou de privilèges, elle peut modifier son système d'éducation sans transgresser la Constitution. L'affaire sera portée devant la Cour suprême du Nouveau-Brunswick et finalement devant le CJCP.

En dernier recours, la minorité catholique du Nouveau-Brunswick a en effet décidé de porter l'affaire devant les tribunaux. Le porteur du flambeau sera un résident de la ville de Portland, Henry Maher⁸⁷. La ville lui réclame 57,83\$ en vertu de la loi sur les écoles publiques. Une somme totale de 12 428\$ est réclamée par la ville en vertu de cette loi aux différents résidents catholiques de cette ville. L'appelant estime que cette obligation de verser une taxe pour financer uniquement des écoles non confessionnelles le brime dans ses droits. En effet, la loi interdit que

⁸⁶ Doc. de la session, 1873, no 44, p. 1 et ss.

⁸⁷ *Maher v. Town Council of Portland (1874)*, (Maher), *op.cit.*

des fonds publics soient versés à des écoles à caractère confessionnel. Les appelants plaident que 250 écoles catholiques sont ainsi affectées. Ces écoles voyaient leur financement public garanti par une loi de 1858 *The Parish School Act*⁸⁸. En vertu de cette loi, il revenait aux résidents de chaque paroisse de déterminer où irait l'argent des taxes scolaires. Ceci permettait aux paroisses catholiques de maintenir leur propre système d'éducation. La Cour suprême du Nouveau-Brunswick leur donne tort. Notons au passage que le juge W. J. Ritchie participe à ce jugement. Il sera par la suite nommé à la Cour suprême où il entendra une cause similaire, *Barret v. Winnipeg*⁸⁹.

Pour les juges néo-brunswickois, il est vrai que la loi de 1858 donnait une certaine latitude aux contribuables. Toutefois, rien dans la loi ne spécifie nommément que cette latitude est un droit donné à des écoles séparées *catholiques romaines*. Elle poursuivait peut-être ce but, mais sans mention exprès à cet effet. L'article 93 du *B.N.A. Act* ne s'applique donc pas. Il faut souligner que cette interprétation de l'article limite son application aux seules mentions spécifiques incluses dans les lois antérieures à 1867. Les lois d'application plus générale, dont la mise en œuvre effective permet une protection des écoles confessionnelles, ne sont pas prises en compte. Notons qu'au moment de la Confédération, seules deux provinces reconnaissent expressément les écoles séparées catholiques et protestantes, le Québec et l'Ontario. Et le cas de ces deux provinces est d'ailleurs prévu au paragraphe 2 de l'article 93.

Maher porte sa cause devant le CJCP. Son avocat tente tout d'abord de rappeler l'esprit dans lequel a été adopté l'article 93 du *B.N.A. Act*, soit, respecter les droits des différents groupes « raciaux ». À l'appui de sa démonstration, il entend citer un extrait de l'adresse de Carnarvon lors du vote du *B.N.A. Act* devant le Parlement britannique. L'un des Lords présents à l'audience, Lord James, refuse de l'entendre :

⁸⁸ *An Act relating to Parish Schools*, 1858 (N.-B.) 21 Vic., c. 9

⁸⁹ *Barret v. Winnipeg (Barret, Cour suprême)* (1891) 19 R.C.S. 374.

ces histoires ne concernent pas le CJCP.⁹⁰ Ce refus n'est pas surprenant, le CJCP ne prise guère les preuves extrinsèques que tentent de temps à autre de leur servir les avocats canadiens.

Le nœud du litige réside dans le sens à donner à l'expression « écoles séparées ». L'avocat plaide qu'il faut définir les écoles séparées comme étant une école où la religion fait partie intégrante des matières enseignées. Mais le CJCP préfère définir les écoles séparées comme étant des écoles appartenant de façon exclusive à un groupe confessionnel.⁹¹ Il ne retient donc que les écoles qui existent en vertu d'une charte soit, à cette époque, des écoles privées qui ne dépendent pas du financement de l'État. De plus, leur incorporation, par le biais d'un acte législatif, garantit l'étendue de leur autonomie.

L'avocat de Maher tente aussi de faire un rapprochement entre les cas de l'Ontario et du Québec et celui du Nouveau-Brunswick. Mais les Lords repoussent cette analyse. À leurs yeux, la loi de 1858 a institué des écoles publiques sans caractère confessionnel, et ce, même si certains de ses articles portent sur le droit d'enseigner selon les préceptes particuliers d'une religion. « The school might be so worked as to give it a denominational character it is thought, but to say that because it has assumed that character it is therefore a denominational school, any injury to which would be unconstitutional is monstrous.⁹² » Les Lords concluent en affirmant que les contribuables ont le droit d'établir une école où se pratique une confession particulière, mais cela ne signifie pas qu'ils aient le droit d'établir une école séparée payée par leurs taxes.

⁹⁰ *Mahe*, *op.cit.*, p.5.

⁹¹ *Id.*, p.6.

⁹² *Id.*, p.11.

6.3.2. De Barrett à Brophy, l'évolution au Manitoba du dossier des écoles confessionnelles

En 1870, au moment de la création du Manitoba, la minorité catholique, qui forme alors près de 50% de la population, tentera de se prémunir contre le sort fait aux catholiques du Nouveau-Brunswick. La Constitution du Manitoba prévoit non seulement la protection des écoles séparées existant en vertu de la loi, mais aussi de celles issues de la coutume⁹³. Cette précaution n'empêche pourtant pas le gouvernement en 1890 de promulguer le *Public School Act*, une loi abrogeant toutes la législation antérieure et mettant en place un système scolaire public unique non confessionnel⁹⁴. Tout comme ce fut le cas au Nouveau-Brunswick, il s'avère impossible de trouver un compromis politique.

Alors que le gouvernement manitobain de T. Greenway⁹⁵ fait la sourde oreille aux pétitions des catholiques, les députés fédéraux préfèrent référer d'emblée la question devant tribunaux. Ainsi, une motion déposée par E. Blake, demandant que le tribunal informe l'exécutif quant à l'opportunité d'utiliser le pouvoir de désaveu à l'égard de la loi manitobaine, est adoptée⁹⁶. Il est entendu que l'avis du tribunal ne sera qu'indicatif et ne liera pas le gouvernement. Finalement, le gouvernement fédéral choisit plutôt d'appuyer financièrement la contestation judiciaire d'un citoyen de Winnipeg, John Kelly Barrett. La cause sera donc entendue par la Cour suprême du Canada et le CJCP.

⁹³ *An Act to amend and continue the Act 32-33 Victoria chapter 3; and to establish and provide for the Government of the Province of Manitoba (Manitoba Act), (1870) 33 Victoria, c 3, sec. 22* : «In and for the Province, the said Legislature may exclusively make Laws in relation to education, subject and according to the following provisions:-- (1) Nothing in any such Law shall prejudicially affect any right or privilege with respect to Denominational Schools which any class of persons have by Law or practice in the Province the Union» [Nous soulignons].

⁹⁴ *Public School Act, 1890 (Man.) 53 Vict. c. 38.*

⁹⁵ Premier chef du Parti libéral du Manitoba. Il dirige la province de 1888 à 1900. *Dictionnaire biographique du Canada, op.cit.*

⁹⁶ *Manitoba Act, op.cit.*

Devant les juges canadiens de la Cour suprême, il obtient gain de cause. Mieux, encore, les juges sont unanimes à déclarer que l'article 22 du *Manitoba Act*, protège non seulement les écoles séparées existantes en vertu de lois, mais aussi celles issues de la pratique coutumière. Le juge W. J. Ritchie écrit à cet égard que la cour doit prendre en considération non seulement le texte même de la loi, mais sa raison d'être. Ainsi, l'ajout du terme *pratique* au libellé directement copié de l'article 93 du *B.N.A. Act* démontre la volonté du Législateur d'étendre la portée de cet article aux institutions devant leur existence à la coutume. Les quatre autres juges siégeant avec Ritchie rendront des décisions allant dans le même sens.

La province porte la cause devant le CJCP. Elle est représentée par les avocats Davey et M^cCarthy. Ces derniers plaident que la loi manitobaine n'affecte pas les écoles confessionnelles, celles-ci peuvent en effet continuer d'exister. Seuls certains détails concernant leur financement ont été modifiés. Cet argument est réfuté par les avocats de Barrett. Pour ces derniers, le mode de financement fait directement partie des privilèges accordés au système confessionnel catholique, de même qu'aux autres systèmes similaires. Donner aux minorités le droit d'avoir des écoles confessionnelles tout en les obligeant à financer un système public équivalent à leur reconnaître un droit dont elles ne pourront faire usage.

Les Lords sont en profond désaccord avec l'interprétation faite de l'article 22 du *Manitoba Act* par les juges canadiens. Pour eux, le but du Législateur, à travers l'article 22, est uniquement de protéger les « coutumes ayant force de loi⁹⁷ ». D'après les Lords, le mot *pratique* ne peut être interprété comme étant un synonyme de l'expression « coutumes ayant force de loi » mais sert uniquement de complément au mot loi qui le précède dans la disposition. Avant son intégration dans la Confédération, le Manitoba n'avait pas de réel système légal. Par conséquent, les systèmes scolaires confessionnels existants n'y étaient reconnus ni

⁹⁷ *Barrett v. Winnipeg*, [1892] A.C., 445, p.454.

par une loi, ni par un droit coutumier. On peut donc en déduire que les écoles confessionnelles du Manitoba ne peuvent bénéficier de la protection accordée par l'article 22.

De plus, la loi est sans reproche puisqu'elle n'interdit pas aux catholiques, et aux anglicans, qui avaient pris part au combat de Barrett, d'avoir leur propre système privé d'éducation : elle crée seulement un système public universel et neutre. Lord MacNaghten, qui rédige la décision, conclut ainsi:

« It is not the law that is in fault. It is owing to religious convictions which everybody must respect, and to the teaching of their Church, that Roman Catholics and members of the Church of England find themselves unable to partake of advantages which the law offers to all alike ⁹⁸ ».

Saywell affirme que l'hostilité de la majorité des Lords au fait catholique est ce qui les a amenés vers une interprétation tellement réductrice de la loi qu'elle conduit à nier les droits de la minorité et à désavouer les bases mêmes du fédéralisme tel qu'envisagé par ses fondateurs et exprimé dans le *B.N.A. Act.*⁹⁹ Toutefois, lorsqu'on prend en considération que les hommes politiques provinciaux qui vont promulguer les lois néo-brunswickoises ou manitobaines en matière d'éducation sont des contemporains des Pères de la Confédération, on peut se demander s'il s'agit d'une trahison des intentions de *tous* les concepteurs du *B.N.A. Act.* Par contre, chose certaine, le compromis fragile qui a donné lieu à l'article 93 n'était pas porteur. L'incapacité des Pères de la Confédération à le traduire en termes clairs le montre bien. Et les Lords, peu sensibles aux arguments portant sur le caractère constitutionnel des droits confessionnels, choisissent de les ignorer.

Toutefois, après l'échec de l'affaire *Barrett*, les catholiques du Manitoba n'avaient pas dit leur dernier mot. Ainsi, ils se retrouvent à nouveau devant les tribunaux pour

⁹⁸ *Id.*, p.458

⁹⁹ J. T. Saywell, *op.cit.*, p.75.

une autre affaire, *Brophy*. Cette fois-ci, les catholiques demandent à la Cour suprême de rendre un avis confirmant que le gouverneur-général peut faire usage du pouvoir que lui confère l'article 22 de la Loi sur le Manitoba afin de trouver un remède à la législation manitobaine qui porte atteinte à leurs droits. Il faut donc tout d'abord déterminer s'il y a atteinte et, par la suite, si le Gouverneur-général peut intervenir dans un domaine explicitement reconnu comme relevant de la province.

Appliquant le précédent de *Barrett*, les juges de la Cour suprême arrivent à la conclusion que les lois manitobaines sur les écoles publiques ne portent pas atteinte aux droits des catholiques à des écoles confessionnelles puisqu'un tel droit ne leur a jamais été reconnu. Le juge King se permet par ailleurs une critique à l'égard des Lords dans *Barrett*, leur reprochant d'avoir porté peu d'attention à l'esprit dans lequel avait été rédigé l'article 22 de la constitution du Manitoba.

Brophy porte la cause devant le CJCP et s'adjoit les services d'un avocat chevronné, habitué de ce tribunal, Edward Blake. Distinguant cette affaire de *Barret*, le CJCP donne raison à *Brophy* et renverse la décision de la Cour suprême. Cette décision a donc de quoi surprendre. Toutefois ce n'est pas la seule surprise que nous réserve ce jugement.

Ainsi, le Lord chancelier, rédigeant le jugement, écrit ce qui suit: « Before entering upon a critical examination of the important section of the Manitoba Act, it will be convenient to state the circumstances Under which that Act was passed.¹⁰⁰ » Le Lord insiste sur l'importance qu'avait la protection d'un système confessionnel aux yeux des catholiques du Manitoba. L'article 22 de la constitution du Manitoba est le compromis essentiel qui a valu l'adhésion des catholiques au projet d'union entre le territoire manitobain et le Canada. Cette interprétation du droit se distingue nettement de celle développée dans *Barrett*. Dans une certaine mesure, elle se distingue aussi de l'interprétation donnée à une autre loi constitutionnelle, le *B.N.A.*

¹⁰⁰ *Id.*, p.213.

Act. Dans cette affaire, les Lords reconnaissent que le *Manitoba Act* est le fruit d'une négociation entre le Canada et les Métis avant d'être une loi impériale.

Le cas des écoles manitobaines démontre aussi que, dans une certaine mesure, la valeur accordée aux articles de lois constitutionnelles comme le *B.N.A. Act* ou le *Manitoba Act* n'a pas nécessairement la même portée chez les juges canadiens et les Lords anglais. Cette différence va au-delà d'une simple interaction entre le droit et l'idéologie politique, elle résulte, croyons-nous, d'une divergence essentielle de la conception même que ces acteurs ont du *B.N.A. Act* dans son ensemble. Placés dans une situation où il apparaît clairement que la législation manitobaine contrevient à l'esprit du *Manitoba Act*, les juges canadiens choisissent de donner préséance à la loi constitutionnelle manitobaine, reconnaissant qu'elle mérite une interprétation assez large pour incorporer les valeurs que le projet Confédératif affirmait vouloir défendre à l'origine.

La position des Lords sera beaucoup plus complexe. Dans un premier temps, ils choisissent plutôt de se concentrer sur une interprétation aussi étroite que possible, niant le statut constitutionnel des principes que cet article est censé représenter. Pourrait-on penser qu'à leurs yeux, le caractère souverain du parlement manitobain dans sa sphère de compétence l'emporte? Difficile d'en juger, puisqu'ils ne voient aucun conflit entre Le *Public School Act* et le *Manitoba Act*. Il faut souligner qu'ils ont choisi une interprétation restrictive du *Manitoba Act*, ce qui a grandement facilité la réconciliation des deux lois. Par la suite, leur perception de la portée de l'article 22 évolue. Les Lords décident de prendre en compte les circonstances entourant la création du Manitoba. Les Lords, tout comme les juges, ne sont pas insensibles aux arguments que leur présentent les avocats qui plaident devant eux.

Conclusion

Bourinot résume bien l'état de la question après une quinzaine d'années d'interprétation judiciaire du *B.N.A. Act*. Dans leurs champs de compétences, les provinces possèdent un pouvoir aussi vaste et complet que celui du Parlement fédéral. Ce dernier, bien que possédant plus de compétences, ne peut agir que dans les limites de ses propres pouvoirs. S'il peut intervenir dans les champs provinciaux, cette interférence doit être accessoire à l'usage de ses propres pouvoirs.¹⁰¹ À l'aube des années 1900, le projet de J. A. Macdonald d'une fédération centralisée où les provinces ne seraient guère plus que des vassales d'un État central fort est donc relégué aux oubliettes.

Doit-on alors croire, comme Creighton ou Saywell, que les Lords anglais ont réécrit l'histoire constitutionnelle canadienne? Malgré leur aversion pour le système fédéral états-unien, les Lords anglais ont accepté l'un des arguments de fond de Mowat : le système créé par le *B.N.A. Act* n'est pas assimilable à une délégation de pouvoirs d'Ottawa vers les provinces. Le Parlement impérial, dans la plénitude de sa propre souveraineté, a imparti le Parlement fédéral et les Législatures d'une souveraineté pleine et entière dans leurs champs de compétence. Chacune des deux entités est alors totalement indépendante dans sa propre sphère législative. Bref, il s'agit bel et bien d'un système fédéral, comparable à celui des États-Unis.

¹⁰¹ J. G. Bourinot, *Federal Government, op.cit.*, chap.II : « General Features of the Federal System », pp 29 et ss.

On le constate, plusieurs hommes politiques s'impliquent activement dans le litige judiciaire soit dans le cadre de leurs fonctions politiques, –ministre, procureur-général– soit comme avocat après un retour à la pratique du droit. Ils contribuent de ce fait à transférer dans l'arène judiciaire les débats qui ont cours sur la scène politique. Ils mettent au service de leurs convictions politiques l'arsenal des arguments et règles d'interprétation du droit et non l'inverse. L'interprétation du *B.N.A. Act* est le fruit de cette dialectique tout autant que la résultante d'un certain formalisme juridique.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Tout au long de cette thèse, nous avons étudié les discours politique et juridique entourant le *B.N.A. Act*. Nous nous sommes intéressée autant au pays envisagé par les Pères de la Confédération qu'à celui que les tribunaux ont contribué à conceptualiser. L'enjeu était donc de revisiter les débats ayant mené à la fondation du Canada et notamment de porter un regard sur la dynamique d'échanges entre les sphères du juridique et du politique qui s'instaure dans l'interprétation juridique du *B.N.A Act* à partir des années 1870.

Nous voulions, entre autres, souligner le fait que la Confédération n'est pas que le fruit d'enjeux économiques, le rêve de banquiers, ou un pis-aller pour hommes politiques cyniques ou en mal de résolution de crises internes. Elle est aussi le résultat du désir d'un pays à venir. Ce désir, on le trouve chez les politiciens au pouvoir dans les colonies dans les années 1850-60. Ces hommes sont prêts à assumer de plus grandes tâches que la simple direction de petites colonies dispersées en terre d'Amérique. Leur conscience politique est arrivée à maturité et ils aspirent à plus d'indépendance face à la Couronne britannique. Il ne leur reste plus qu'à trouver l'instrument idéal afin de pouvoir réaliser leurs aspirations sans remettre en jeu l'équilibre des pouvoirs coloniaux dont ils se sentent malgré tout tributaires.

La création du Dominion canadien permet à ces hommes politiques d'unir leur force, d'augmenter leur marge de manœuvre économique et de revoir les institutions politiques de façon à s'émanciper davantage de la Mère patrie. Dans la préparation du *B.N.A. Act*, ils doivent négocier avec les fonctionnaires britanniques qui ultimement présenteront le projet au Parlement du Royaume-Uni. Leur projet doit donc s'inscrire dans une logique juridique spécifiquement britannique. Ils vivent toutefois dans une réalité nord-américaine. L'étendue géographique en jeu et les régionalismes, particulièrement la situation spécifique du Bas-Canada, demandent,

par ailleurs, un système mieux adapté à ces réalités, soit le fédéralisme. De plus, leur démarche est tributaire des différentes tendances politiques déjà existantes dans les colonies. L'appartenance des Pères de la Confédération à des formations politiques rivales les conditionne à envisager la Confédération sous différentes perspectives.

Les Pères de la Confédération doivent ainsi faire taire les différentes rivalités et élaborer un système qui concilie les modèles politiques britanniques et fédéraux. Ils ne veulent, ni ne peuvent réellement, s'inspirer trop ouvertement de l'exemple états-unien. Il leur reste toutefois peu d'alternatives. Ils cherchent donc à inventer un fédéralisme purement canadien sans toutefois s'entendre complètement sur ce qu'ils veulent.

Il en résultera un partage aux contours flous des pouvoirs législatifs entre Ottawa et les provinces. En effet, si les listes inscrites aux articles 91 et 92 du *B.N.A Act* sont relativement claires, les latitudes respectives des provinces et d'Ottawa dans l'usage de ces compétences restent à établir. Il n'y aura pas de consensus originel sur le degré d'autonomie des provinces à l'égard de l'État central. On ressent d'ailleurs encore aujourd'hui les effets de ce manque d'adhésion claire à l'une ou l'autre des deux options envisagées, soit le choix d'un réel fédéralisme, dans lequel les provinces sont pleinement souveraines dans leurs champs de compétences, ou celui d'un système dérivé où les provinces sont davantage semblables à des municipalités élargies.

Une trentaine d'hommes politiques des différentes colonies participeront aux trois différentes conférences précédant la Confédération. Le document final issu de ces rencontres, le *B.N.A. Act*, porte la marque des négociations et des conflits qui ont eu cours entre ces hommes dont les intérêts ont été parfois impossibles à concilier. Ces derniers choisiront à quelques reprises l'ambiguïté, préférant résoudre plus tard les problèmes pouvant en être issus. Ainsi que le soulignent les juristes P. Hogg et W. K. Wright, ces ambiguïtés ont l'avantage de maintenir un consensus essentiel au

succès du processus¹. Selon ces deux auteurs, elles étaient sans aucun doute intentionnelles.

S'il occupe une place déterminante dans l'élaboration de la Confédération, le fédéralisme n'en est pas le seul enjeu. Les Pères de la Confédération conçoivent aussi un modèle pour l'État à venir. Ceci présuppose des choix idéologiques quant aux principes mêmes sur lesquels reposeront les institutions politiques qu'ils choisiront pour le futur Dominion. Dans leur réflexion, ils s'inspirent largement du modèle britannique de la seconde moitié du 19^e siècle, un modèle imprégné par le libéralisme. Ce libéralisme, bien qu'invitant à une plus grande démocratisation du système politique, n'est pas encore un modèle politique complètement démocratique. Le régime parlementaire est démocratique car les parlementaires sont élus. Toutefois, il ne s'agit pas d'une démocratie directe. On donne au parlementaire la mission d'agir comme filtre entre la population et le Pouvoir. Ceci explique sûrement, en partie, le fait que la population en général ait été peu impliquée dans le processus. La plupart des parlementaires de l'époque se perçoivent comme les détenteurs légitimes de la volonté populaire et pensent avoir, à ce titre, non seulement le droit, mais encore le devoir, de prendre les décisions définitives en ce qui concerne la Confédération.

Le *B.N.A. Act* consacre le pouvoir politique des parlementaires et principalement des parlementaires élus. Les futurs sénateurs voient, quant à eux, leur pouvoir limité par leur mode de sélection. N'étant pas élus, ils ne représentent pas vraiment la population. De plus, n'étant pas nommés par les provinces, ils ne peuvent pas vraiment parler en leur nom. Plus fondamentalement, on peut avancer que J. A. Macdonald, tout à son projet de concevoir une fédération aussi centralisatrice que possible, a cherché à retirer aux provinces la possibilité d'avoir un quelconque pouvoir sur les décisions du gouvernement fédéral.

¹ P. Hogg et W. K. Wright, « Canadian Federalism, the Privy Council and the Supreme Court: Reflections on the Debate About Canadian Federalism », *University of British Columbia Law Review* 38 (2005) 329-352, par. 23.

À terme, les députés sortent gagnants de la nouvelle distribution résultant de la mise en œuvre du *B.N.A. Act*. À Ottawa, le cabinet des ministres sera désormais formé essentiellement d'élus qui nomment les sénateurs et les juges des tribunaux supérieurs et qui exercent un plus grand contrôle sur le gouverneur-général. Au niveau provincial, trois des quatre colonies fondatrices abolissent leur Conseil législatif. De plus, les lieutenants-gouverneurs, nommés par Ottawa, n'auront pas le même poids politique que leurs prédécesseurs britanniques.

La mise en œuvre du *B.N.A. Act* va aussi requérir un nécessaire arbitrage entre les provinces et le gouvernement fédéral. Le partage des compétences entre ces deux ordres étatiques n'est pas le seul enjeu en cause. Au-delà de la question de l'interprétation des articles 91 et 92, on voit s'installer un rapport de force entre Ottawa et les provinces. Les conflits qui vont en naître interpellent les tribunaux et les entraînent dans un rôle nouveau, celui d'interprètes de la loi fondatrice.

Le Canada d'après 1867 offre un terrain fertile au débat juridique. Ottawa cherchera à établir un rapport hiérarchique avec les provinces qui se font de plus en plus revendicatrices. J. A. Macdonald sera l'un des grands architectes des confrontations entre les provinces et Ottawa. Sa perception est simple : il ne faut pas traiter avec les provinces d'égal à égal, car elles ne sont que des entités administratives subordonnées.² Cette attitude rigide contribue certainement à l'émergence d'un autonomisme provincial, principalement au Québec et en Ontario, cette dernière devenant rapidement le bastion de ses adversaires politiques. Les rivalités partisans, l'interventionnisme de Londres et l'absence d'efficacité du Sénat à représenter les intérêts des provinces vont mener à l'impasse politique les relations entre les provinces et Ottawa, d'où le rôle d'arbitre des juges.

² R. Cook, *L'autonomie provinciale, les droits des minorités et la théorie du pacte*, Ottawa, Imprimeur de la Reine pour le Canada, 1971, p.10. Selon R. Cook, J. A. Macdonald avait par ailleurs anticipé les réactions des provinces face à ses ambitions centralisatrices.

Il apparaît que les Pères de la Confédération n'ont pas sous-estimé la place qu'auraient les cours de justice dans l'évolution du *B.N.A. Act*. Les événements entourant la création de la Cour suprême du Canada le démontrent clairement. J. A. Macdonald tente d'en faire le seul tribunal compétent pour les affaires constitutionnelles pendant que l'un de ses adversaires principaux, Edward Blake, cherche à profiter de l'occasion afin de réduire le plus possible les droits d'appel vers le très britannique CJCP. Ces deux hommes percevaient donc tout à fait l'importance qu'aurait ce tribunal dans la construction juridico-politique du Canada.

Les tribunaux auront ultimement à résoudre les incertitudes issues du compromis confédératif. Cependant, l'ambiguïté entourant le *B.N.A. Act* ne se limite pas au libellé de certains de ses articles. La nature même de cette loi est équivoque. Sommes-nous en présence d'une véritable Constitution ou d'une simple Loi impériale? Cette distinction n'est pas uniquement sémantique : elle entraîne des répercussions très concrètes sur les outils interprétatifs qui seront utilisés par les juges. Par exemple, dans la littérature, on a souvent reproché aux Lords d'interpréter le *B.N.A. Act* comme les « autres » lois ordinaires.³ Ce reproche est-il mérité? Après tout, le *B.N.A. Act* n'est-il pas, juridiquement parlant, une loi impériale comme les autres?

Il est fort possible que ni J. A. Macdonald ni Mowat n'aient jamais réellement perçu le *B.N.A. Act* comme étant une loi « britannique » même si, conceptuellement, ils ne pouvaient pas ignorer ce fait. J. A. Macdonald surtout n'avait peut être pas envisagé qu'elle pourrait éventuellement être traitée comme telle par les Lords du CJCP. Nous pensons que, lorsque J. A. Macdonald se plaint du fait que ces derniers ne comprennent rien au mode de fonctionnement du Canada, il leur reproche, en fait, de ne pas faire une lecture constitutionnelle de cette loi, et surtout de ne pas faire une lecture qui corresponde à *la sienne*. Pour cet homme, le *B.N.A. Act* est

³ Cette critique est rapportée par Cairns. Voir A. C. Cairns, « The Judicial Committee and its Critics », *Canadian Journal of Political Science/Revue canadienne de science politique*, 4 : 1 (1971) 301-345, p. 307.

canadien, il est l'émanation de la volonté de ceux qui ont fondé le Dominion. Plus généralement, comment ne pas imaginer que ces hommes politiques, qui ont consacré une bonne part de leur carrière à ce projet, n'en soient pas venus à la conviction que cette loi était la leur?

Cette conviction est d'ailleurs partagée par les juges de la Cour suprême. Comme on l'a vu, ceux-ci réfèrent aux intentions des Pères de la Confédération et s'inspirent des constitutionnalistes états-uniens dans leur interprétation du *B.N.A. Act*. Mais, il n'en va pas de même pour les Lords. Ces derniers n'ont pas participé au débat pré-confédératif. Ils n'ont pas la proximité des juges canadiens face à l'actualité politique et aux conflits politiques qui opposent certaines provinces, nommément l'Ontario, et le fédéral. Plus fondamentalement encore, de leur point de vue, le *B.N.A. Act* est une loi impériale.

Seront présentés devant la Cour suprême et le CJCP des discours argumentatifs spécifiques destinés à les séduire et les convaincre. Ces discours s'appuient sur ce qui semble, aux yeux des avocats qui plaident, trouver l'aval de l'instance où ils se trouvent. De plus, des hommes politiques, nommément Mowat et Blake, vont profiter de leur formation d'avocats afin d'aller porter devant le CJCP leurs revendications politiques sur l'autonomie des provinces. On constate donc que le CJCP et la Cour Suprême n'entendent pas nécessairement des plaidoyers mettant l'accent sur les mêmes arguments. La vision qu'ont les juges et les Lords du *B.N.A Act* est donc aussi tributaire de ce dialogue entre juges et avocats, entre hommes politiques et juristes. Si nous portons à nouveau notre attention sur le tableau 2, présenté au chapitre 1⁴, on peut remarquer comment, en effet, les relations entre politique et juridique s'inscrivent dans un continuum d'échanges marqués par le formalisme du droit. L'une des traces les plus persistantes de ce dialogue est selon nous l'émergence de la théorie du pacte.

⁴ *Supra*, p.62.

La théorie du pacte est l'un des produits dérivés les plus importants à avoir émergé de la jurisprudence constitutionnelle. La lecture des plaidoiries et des interventions des avocats devant les tribunaux à partir de *Mercer* montre le potentiel que possède le recours à l'image du pacte quand il s'agit de définir la Confédération. Un potentiel essentiellement utilisé par des avocats dans un contexte précis, la défense des champs de compétences des provinces. On retrouve aussi cette image dans l'argumentaire du juge Henry, alors qu'il se fait le défenseur des droits des provinces dans *Fredericton*.⁵ Cet usage par le juge Henry de la notion de pacte confédératif est ici intéressant, car il provient de l'un des Pères de la Confédération. La référence à cette image du pacte apparaît par ailleurs dès l'affaire *Severn*. Elle est alors avancée par Mowat, qui agit à titre de procureur général pour la province de l'Ontario. Il n'emploie pas encore le mot « pacte », mais réfère déjà à « l'entente originelle » entre les parties aux négociations. Par la suite, la référence à l'idée d'un pacte entre les provinces fondatrices sera régulièrement reprise. À cette référence, les juristes québécois, T. J. J. Loranger en tête, ajouteront celle du pacte entre deux peuples fondateurs.⁶

Selon nous, la référence au pacte est réellement un outil fort utile dans la rhétorique des juristes. Le recours à l'idée d'un pacte, ou bien fédéral ou bien conclu entre deux races, entre deux peuples, se glisse de façon toute naturelle dans l'arsenal des avocats défendant les intérêts des provinces. Elle s'inscrit tout à fait dans les différentes règles interprétatives en cherchant à fixer l'intention des auteurs du *B.N.A. Act*. Toutefois, cela ne veut pas dire pour autant que l'idée d'un pacte entre les provinces fondatrices ne soit qu'une chimère née de l'imaginaire fertile des juristes.⁷ Rappelons-le, la théorie du pacte n'est pas seulement un argument

⁵ *Fredericton, op.cit.* Le juge Henry est dissident dans cette affaire.

⁶ Elle sera plaidée par les avocats représentant le Québec dans le *Renvoi sur l'Acte des licences de 1883*.

⁷ Stéphane Paquin défend la théorie voulant que l'idée d'un pacte confédératif soit apparue uniquement après 1867. Voir : *L'invention d'un mythe, le pacte entre deux peuples fondateurs*, Montréal, VLB Éditeur, 1999.

juridique, c'est aussi une image forte à une époque où les hommes politiques des provinces veulent marquer leur place dans le Canada face à Ottawa. Plus profondément, elle renvoie aussi au processus de négociation qui a précédé l'adoption du *B.N.A. Act*.

De façon plus générale, le fédéralisme et toute la question de la définition des pouvoirs des provinces seront au cœur du développement du constitutionnalisme canadien, la question des droits individuels occupant une place marginale, tout comme celle des droits des minorités. Ce développement du fédéralisme, de même que l'échec relatif de la protection des droits minoritaires, participent à l'essor de l'autonomisme provincial. Parallèlement à cet essor, on voit que le flou juridique entourant la nature *B.N.A. Act*, que nous avons évoqué dans les chapitres deux et trois, loin de se résoudre par l'intervention de la Cour suprême et du CJCP, perdure.

Pour plusieurs⁸, le CJCP a brouillé les cartes de l'évolution constitutionnelle du Canada. Que cela soit exact ou non, il faut constater qu'à travers cette instance, la Grande-Bretagne va jouer un rôle déterminant dans l'évolution du *B.N.A. Act*. De même, Londres joue aussi un rôle politique important dans les années qui vont suivre immédiatement la formation du Dominion. Les autorités britanniques refusent tout d'abord de limiter le droit d'appel au CJCP. De plus, les gouverneurs généraux vont se mêler assez souvent de la politique canadienne. Lord Dufferin prendra par exemple une part active aux conflits entourant les révoltes de la Rivière Rouge et l'adhésion de la Colombie-Britannique dans le Dominion. Londres s'insinue aussi dans les rapports politiques entre les partis conservateurs et réformistes, particulièrement dans le cadre du scandale du Chemin de fer du Pacifique.

Toutefois, il nous semble faux de croire que cet interventionnisme britannique, principalement celui du CJCP, ait causé un tort irréparable au *B.N.A. Act*. On peut dire que la Cour suprême et le CJCP ont fait, chacun dans sa propre perspective, une interprétation juste de ce document. Si on prend en compte la nature même de

⁸ Voir notamment A. C. Cairns, *op.cit.*, p 305 et ss.

cette loi, l'interprétation des Lords semble tout à fait correcte puisque la Constitution de 1867 était bel et bien, quoi qu'on en dise, une loi impériale britannique. Toutefois, l'interprétation des juges de la Cour suprême est davantage ancrée dans une réalité où le Dominion apparaît comme un pays à part entière et sa loi constituante comme étant une véritable Constitution.

L'impact le plus profond de l'intervention du CJCP se fait surtout sentir dans la mise en œuvre du système fédéral canadien. Bien qu'ils rejettent, sur un plan formel, toute analogie entre le *B.N.A Act* et la constitution des États-Unis, les Lords ont contribué à l'implantation d'un fédéralisme similaire, sur plusieurs plans, à celui pratiqué aux États-Unis. À l'inverse, les juges canadiens vont davantage s'attacher à l'idée d'un fédéralisme canadien distinct, qu'il apparaisse vraiment réalisable ou non. On peut en effet avancer qu'en étant moins attachés à l'idée de respecter l'esprit du *B.N.A. Act*, ou du moins, celui voulu par certains Pères de la Confédération, les Lords se sont rapprochés davantage d'une interprétation du fédéralisme plus conforme aux principes généraux développés aux États-Unis, soit ceux affirmant la souveraineté des deux ordres étatiques dans leurs champs de compétence. Remarquons que ces principes sont aujourd'hui reconnus comme étant la base de tout système fédéral.⁹

Au moment de la Confédération, plus d'un demi-siècle de pratique des tribunaux états-uniens avait déjà affirmé que les États fédérés et l'État fédéral jouissaient chacun dans leur sphère d'une relative autonomie. Peut-on prétendre que des juristes tels J. A. Macdonald ou Cartier n'avaient pas perçu cette réalité en choisissant le modèle fédéral? Ont-ils réellement cru à la possibilité d'un créer un modèle d'État quasi-fédéral, à mi-chemin entre l'État unitaire de type britannique et le modèle états-unien, dans lequel les provinces auraient eu un statut évoquant davantage celui de municipalités élargies que de véritables États fédérés? Tout se passe comme si, au moment où il a accepté le principe fédéral, J. A. Macdonald

⁹ K. C. Wheare, *op.cit.*, partie 1 « What Federal Government is », p. 1 et ss.

avait fait le pari de renverser la vapeur dès son arrivée à la tête du Canada. Il allait s'empresser de revoir certains principes du fédéralisme et de faire évoluer le Canada vers un État unitaire. Pour ce faire, il aurait recours aux différents « chevaux de Troie » contenus dans le *B.N.A. Act*. À ce sujet, il écrivait à B. Chamberlain, député provincial au Québec, en 1868 :

« I fully concur with you as to the apprehension that a conflict may, ere long, arise between the Dominion and the "States Rights" people. We must meet it, however as best we may. By a firm patient course, I think the Dominion must win in the long run. The powers of the General Government are so much greater than those of the United-States, that the central power must win in the long run¹⁰. »

J. A. Macdonald a perdu son pari : la souveraineté des provinces, dans leurs champs de compétences, sera finalement reconnue.

Dans l'arène judiciaire, la Cour suprême du Canada a tout d'abord adopté une conception du *B.N.A. Act* qui reconnaissait à cette loi son statut de loi fondatrice et ont cherché à prendre en comptes les intentions des Pères la Confédération. Le CJCP va au contraire se détacher du contexte historique entourant l'origine du *B.N.A. Act*. Ce dernier va analyser ce document comme étant une loi impériale soumise aux mêmes règles d'interprétation que les autres lois du Parlement de Londres.

Au crépuscule du 19^e siècle, la conception du fédéralisme à l'américaine aura peut-être perdu la bataille de la rédaction législative, mais elle aura gagné la guerre de l'interprétation judiciaire. La question du constitutionnalisme devra, elle, attendre le 20^e siècle pour connaître son dénouement. Face à ces deux questions, une meilleure connaissance de l'interaction passée entre les champs du politique et du juridique ne peut qu'enrichir le débat et permettre de mieux comprendre les enjeux actuels. Nous espérons par cette thèse avoir contribué à la compréhension de cette interaction, et avoir entrepris d'en exposer quelques jalons utiles.

¹⁰ Lettre de J. A. Macdonald à Brown Chamberlain, (26 octobre 1868), dans R. Cook, *op.cit.*, p. 10.

ANNEXES

ANNEXE A : BRITISH NORTH AMERICA ACT DE 1867 ¹

Sa Majesté, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, édicte :

Loi concernant l'union et le gouvernement du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick et prévoyant certaines mesures connexes

[29 mars 1867]

Attendu :

que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de s'unir en une fédération ayant statut de dominion de la couronne du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande et dotée d'une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni;

que cette union est propre à contribuer à la prospérité des provinces et à favoriser les intérêts de l'Empire britannique;

qu'il importe que, lors de la création de l'Union sous l'autorité du Parlement, soit prévue, pour le dominion, non seulement l'organisation du pouvoir législatif, mais encore la nature du pouvoir exécutif;

qu'il importe de prévoir l'adhésion éventuelle à l'Union d'autres territoires de l'Amérique du Nord britannique,

Sa Très Excellente Majesté la Reine, sur l'avis et avec le consentement des Lords spirituels et temporels et des Communes réunis en Parlement, et sous l'autorité de celui-ci, édicte :

I. -- DISPOSITIONS PRÉLIMINAIRES

1. Titre abrégé de la présente loi : Loi de 1867 sur l'Amérique du Nord britannique.

2. Les dispositions de la présente loi relatives à Sa Majesté la Reine s'appliquent également aux héritiers et successeurs de Sa Majesté, rois ou reines du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande.

II. -- UNION

¹ La version reproduite est celle du Rapport définitif du comité de rédaction constitutionnelle française chargé d'établir, à l'intention du ministre de la Justice du Canada, un projet de version française officielle de certains textes constitutionnels. Ce document n'a pas été adopté et n'a pas de valeur exécutoire. Il a été archivé et demeure disponible en ligne uniquement pour des fins de documentation. Voir note 3 *supra*. <http://canada.justice.gc.ca/fr/ps/const/loireq/p1t1-1.html> (consulté le 18 janvier 2007)

3. La Reine est habilitée, sur l'avis du très honorable Conseil privé de Sa Majesté, à proclamer l'union des provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick en un dominion appelé Canada. L'union est réalisée à la date, comprise dans les six mois suivant l'adoption de la présente loi, fixée dans la proclamation.

4. Sauf indication contraire expresse ou implicite, les dispositions suivantes de la présente loi prennent effet à compter de l'union, c'est-à-dire à compter de la date fixée pour sa réalisation dans la proclamation de la Reine; le nom de Canada, dans ces dispositions, s'entend, sauf pareille indication, de l'Union constituée en vertu de la même loi.

5. Le Canada comprend quatre provinces : l'Ontario, le Québec, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick.

6. Les parties de la province du Canada, en son état lors de l'adoption de la présente loi, qui autrefois constituaient respectivement les provinces du haut-Canada et du Bas-Canada forment désormais deux provinces distinctes, la partie correspondant au haut-Canada constituant l'Ontario et la partie correspondant au Bas-Canada constituant le Québec.

7. La Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick conservent les limites qu'ils avaient lors de l'adoption de la présente loi.

8. En mil huit cent soixante et onze et, par la suite, tous les dix ans, il est procédé au recensement général de la population du Canada, ce recensement devant faire connaître le chiffre de la population de chacune des quatre provinces.

III. -- POUVOIR EXÉCUTIF

9. La Reine demeure investie du pouvoir exécutif pour le Canada.

10. Les dispositions de la présente loi relatives au gouverneur général s'appliquent tant au gouverneur général du Canada effectivement en poste qu'à toute personne, qu'elle soit appelée administrateur ou autrement, chargée du gouvernement du Canada au nom de la Reine.

11. Est institué le Conseil privé de la Reine pour le Canada, chargé d'assister Sa Majesté dans le gouvernement du Canada et de lui donner des avis à cet égard; ses membres, assermentés en qualité de conseillers privés, sont choisis et nommés par le gouverneur général, qui peut les révoquer.

12. Les attributions conférées lors de l'union, sous le régime de lois du Parlement de Grande-Bretagne, du Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande ou des législatures du haut-Canada, du Bas-Canada, du Canada, de la Nouvelle-Écosse ou du Nouveau-Brunswick, aux gouverneurs ou lieutenants-

gouverneurs de ces provinces sont après l'union, dans la mesure où elles sont maintenues et concernent le gouvernement du Canada, transférées au gouverneur général. Dès lors, de même que les gouverneurs ou lieutenants-gouverneurs pouvaient, selon le cas, les exercer seuls, sur l'avis ou sur l'avis et avec le consentement des conseils exécutifs de ces provinces ou conjointement avec ceux-ci ou un ou plusieurs de leurs membres, de même le gouverneur général peut, selon le cas, les exercer seul, sur l'avis ou sur l'avis et avec le consentement du Conseil privé de la Reine pour le Canada ou conjointement avec celui-ci ou un ou plusieurs de ses membres. Le Parlement du Canada a toutefois le pouvoir de les supprimer ou de les modifier, sauf si elles ont été conférées sous le régime de lois du Parlement de Grande-Bretagne ou du Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande.

13. Dans la présente loi, la mention du gouverneur général en conseil vaut mention du gouverneur général agissant sur l'avis du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

14. La Reine est habilitée, si Sa Majesté l'estime indiqué, à autoriser le gouverneur général à nommer, pour une ou plusieurs parties du Canada, un ou plusieurs délégués chargés en cette qualité, conjointement ou séparément, d'exercer les attributions qu'il juge nécessaire ou opportun de leur conférer, à titre amovible, sous réserve des restrictions qu'elle peut imposer ou des instructions qu'elle peut donner. Ces nominations n'ont pas pour effet de porter atteinte à l'exercice par le gouverneur général de ses propres attributions.

15. La Reine demeure investie du commandement en chef des milices de terre et de mer et des forces armées terrestres et navales du Canada.

16. Sauf décision contraire de la Reine, Ottawa est le siège du gouvernement du Canada.

IV. -- POUVOIR LÉGISLATIF

17. Est institué le Parlement du Canada, composé de la Reine, d'une chambre haute appelée Sénat et de la Chambre des communes.

18. Les privilèges, immunités et pouvoirs du Sénat et de la Chambre des communes, ainsi que de leurs membres, sont ceux que définissent les lois du Parlement du Canada, sous réserve qu'ils n'excèdent pas ceux que possèdent, lors de l'adoption de la présente loi, la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande et ses membres.

19. Le Parlement du Canada est convoqué dans les six mois suivant l'union.

20. Le Parlement du Canada tient au moins une session par an de manière qu'il ne s'écoule pas douze mois entre la dernière séance d'une session et la première séance de la session suivante.

Sénat

21. Le Sénat se compose, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, de soixante-douze membres appelés sénateurs.

22. Pour ce qui est de la composition du Sénat, le Canada comprend trois régions :

l'Ontario;

le Québec;

les provinces maritimes, soit la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick.

Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, ces régions sont chacune représentées par vingt-quatre sénateurs, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick ayant droit à une représentation respective de douze sénateurs.

Les sénateurs du Québec sont nommés à raison de un pour chacune des vingt-quatre circonscriptions électorales du Bas-Canada énumérées à l'annexe A du chapitre premier du recueil des lois du Canada.

23. Les conditions de nomination et de maintien au Sénat sont les suivantes :

(1) être âgé de trente ans révolus;

(2) avoir qualité de sujet de la Reine soit par la naissance, soit par naturalisation sous le régime d'une loi du Parlement de Grande-Bretagne, du Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande ou de la législature du haut-Canada, du Bas-Canada, du Canada, de la Nouvelle-Écosse ou du Nouveau-Brunswick, avant l'union, ou, après l'union, sous le régime d'une loi du Parlement du Canada;

(3) posséder, dans la province représentée, soit des terres ou tènements en franc et commun socage à titre de franche tenure personnelle libre en common law ou en equity, soit des terres ou tènements en franc-alleu ou en roture, d'une valeur dépassant de quatre mille dollars les charges qui les grèvent;

(4) être propriétaire de biens mobiliers et immobiliers d'une valeur dépassant de quatre mille dollars le total des dettes et obligations;

(5) résider dans la province représentée;

(6) dans le cas du Québec, remplir la condition de propriété immobilière dans la circonscription électorale représentée ou y résider.

24. Au nom de la Reine, le gouverneur général nomme au Sénat, par acte revêtu du grand sceau du Canada, des personnes remplissant les conditions requises. Ces personnes ont dès lors, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, qualité de sénateurs.

25. Sont nommées en premier lieu au Sénat les personnes dont la Reine, par écrit signé de sa main, estime indiqué d'approuver la nomination. Il est fait mention de leur nom dans la proclamation d'union.

26. Le gouverneur général peut, dans les cas où, sur sa recommandation, la Reine estime indiqué de pourvoir à trois ou six sièges supplémentaires au Sénat, y nommer le nombre correspondant de personnes remplissant les conditions requises, selon une répartition assurant l'égalité de représentation entre les trois régions.

27. Au cas où il est pourvu à des sièges supplémentaires, le gouverneur général ne peut, sauf si, sur une nouvelle recommandation de sa part, la Reine l'estime de nouveau indiqué, procéder à des nominations au Sénat tant que chacune des trois régions n'est pas représentée par au plus vingt-quatre sénateurs.

28. Le nombre de sénateurs ne peut jamais dépasser soixante-dix-huit.

29. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, les sénateurs sont nommés à vie.

30. Un sénateur peut résigner ses fonctions par démission écrite, signée et adressée au gouverneur général. Son siège devient alors vacant.

31. Le siège d'un sénateur devient vacant dans chacun des cas suivants :

(1) l'intéressé n'assiste pas aux séances du Sénat pendant deux sessions consécutives du Parlement;

(2) par serment, déclaration ou de toute autre manière, il manifeste son allégeance, sa fidélité ou sa soumission à une puissance étrangère, ou encore accomplit un acte qui lui vaut la qualité ou les droits ou avantages d'un sujet ou citoyen d'une telle puissance;

(3) il est déclaré en état de faillite ou d'insolvabilité, a recours à une loi relative aux débiteurs insolubles ou manque à ses obligations en matière de fonds publics;

(4) il est déclaré coupable de trahison, félonie ou autre crime entraînant une peine infamante;

(5) il cesse de remplir les conditions de propriété ou de résidence, étant entendu que ne constitue pas un manquement à cette dernière condition le fait de résider dans les limites du siège du gouvernement du Canada si sa présence y est exigée par suite d'une charge relevant de ce gouvernement.

32. Le gouverneur général pourvoit aux sièges devenus vacants au Sénat pour cause de démission ou de décès ou pour toute autre cause par nomination de personnes compétentes et remplissant les conditions requises.

33. Le Sénat connaît et décide de toute question concernant les vacances en son sein ou les conditions requises pour la charge de sénateur.

34. Le gouverneur général peut, par acte revêtu du grand sceau du Canada, nommer un sénateur président du Sénat, le révoquer et le remplacer.

35. Sauf décision contraire du Parlement du Canada, la présence d'au moins quinze sénateurs, y compris le président, est nécessaire pour que le Sénat exerce ses pouvoirs.

36. Le Sénat prend ses décisions à la majorité des voix, le président ayant toujours droit de vote; en cas de partage, le vote est considéré comme négatif.

Composition de la Chambre des communes

37. La Chambre des communes se compose, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, de cent quatre-vingt-un députés, élus à raison de quatre-vingt-deux pour l'Ontario, soixante-cinq pour le Québec, dix-neuf pour la Nouvelle-Écosse et quinze pour le Nouveau-Brunswick.

38. Au nom de la Reine, le gouverneur général convoque la Chambre des communes, par acte revêtu du grand sceau du Canada.

39. Un sénateur ne peut ni être élu, ni siéger, ni voter à la Chambre des communes.

40. Sauf décision contraire du Parlement du Canada, les circonscriptions électorales de l'Ontario, du Québec, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick sont, pour les élections à la Chambre des communes, constituées de la façon suivante :

1. -- ONTARIO

Les circonscriptions électorales de l'Ontario sont constituées par les comtés, subdivisions de comté, villes et parties de ville énumérés à l'annexe I de la présente loi, chacune d'elles ayant droit à un député.

2. -- QUÉBEC

Le Québec comprend soixante-cinq circonscriptions électorales, identiques à celles dont, lors de l'adoption de la présente loi, se composait le Bas-Canada aux termes du chapitre 2 du recueil des lois du Canada, du chapitre 75 du recueil des lois du Bas-Canada, du chapitre 1 (vingt-troisième année du règne) des lois de la province du Canada ou de toute autre loi modifiant ces textes et en vigueur lors de l'union, chacune d'elles ayant droit à un député.

3. -- NOUVELLE-ÉCOSSE

Chacun des dix-huit comtés de la Nouvelle-Écosse constitue une circonscription électorale ayant droit à un député, sauf celui de Halifax qui a droit à deux députés.

4. -- NOUVEAU-BRUNSWICK

Le Nouveau-Brunswick comprend quinze circonscriptions électorales, formées des quatorze comtés de la province et de la ville de Saint-Jean, chacune d'elles ayant droit à un député.

41. Sauf décision contraire du Parlement du Canada, les lois en vigueur dans chaque province lors de l'union relativement aux questions mentionnées ci-après s'appliquent à l'élection des députés qui la représentent à la Chambre des communes : les conditions d'éligibilité, d'inéligibilité et d'exercice du mandat de député à l'assemblée législative de la province; le droit de vote aux élections législatives de la province; les serments à prêter par les électeurs; la désignation et les attributions des fonctionnaires électoraux; les modalités de tenue et la durée des opérations électorales; le contentieux électoral; les vacances de sièges et les élections partielles.

Toutefois, toujours sauf décision contraire du Parlement du Canada, ont droit de vote à l'élection du député de la circonscription d'Algoma à la Chambre des communes, outre les personnes remplissant les conditions fixées par la législation de la province du Canada, les sujets britanniques de sexe masculin, âgés de vingt et un ans accomplis et ayant feu et lieu.

42. Pour les premières élections à la Chambre des communes, le gouverneur général donne les instructions qu'il estime indiquées touchant l'autorité chargée de délivrer les brefs, la forme de ces brefs et les fonctionnaires électoraux à qui les adresser.

Cette autorité et ces fonctionnaires disposent respectivement des pouvoirs dont sont investis lors de l'union d'une part les autorités chargées de délivrer les brefs relatifs aux élections à l'assemblée législative de la province du Canada, de la Nouvelle-Écosse ou du Nouveau-Brunswick, d'autre part les fonctionnaires chargés du retour des brefs relatifs aux mêmes élections.

43. En cas de vacance du siège d'un député à la Chambre des communes soit avant l'ouverture de la première session du Parlement, soit après mais sans que celui-ci ait encore pris de décision en la matière, l'article 42 s'applique à l'élection du nouveau député.

44. À sa première séance suivant des élections générales, la Chambre des communes procède dans les meilleurs délais à l'élection de son président, choisi parmi les députés.

45. En cas de vacance de la présidence pour cause de démission ou de décès ou pour toute autre cause, la Chambre des communes procède dans les meilleurs délais à l'élection du nouveau président, lui aussi choisi parmi les députés.

46. Le président dirige les débats de la Chambre des communes.

47. Sauf décision contraire du Parlement du Canada, la Chambre des communes peut, en cas d'absence continue du président pendant quarante-huit heures, élire à la présidence un autre député, chargé d'assurer l'intérim avec plein exercice des attributions et jouissance des privilèges du titulaire.

48. La présence d'au moins vingt députés est nécessaire pour que la Chambre des communes exerce ses pouvoirs. À cet égard, le président est considéré comme un simple député.

49. La Chambre des communes prend ses décisions à la majorité des voix, à l'exclusion de celle du président, qui n'a droit de vote qu'en cas de partage.

50. Sauf dissolution par le gouverneur général, le mandat de la Chambre des communes est de cinq ans à compter de la date fixée pour le retour des brefs relatifs aux élections générales correspondantes.

51. À l'issue de chaque recensement décennal à compter de celui de mil huit cent soixante et onze, il est procédé à la révision de la représentation des quatre provinces selon les pouvoirs conférés et les modalités de temps ou autres fixées en tant que de besoin par le Parlement du Canada, compte tenu des règles suivantes :

(1) La représentation du Québec reste fixée à soixante-cinq députés.

(2) Il est attribué à chacune des autres provinces le nombre de députés nécessaire pour que le rapport entre ce nombre et le chiffre de sa population soit égal au rapport entre la représentation et le chiffre de la population du Québec, ces chiffres étant déterminés d'après le recensement en cause.

(3) Dans les calculs visés au paragraphe (2), les résultats formés de nombres décimaux sont arrêtés à l'unité, les résultats dont la partie décimale dépasse un demi étant arrondis à l'unité supérieure.

(4) La représentation d'une province ne peut être réduite que si, d'après le recensement en cause, le rapport existant lors de la précédente révision entre le chiffre de sa population et celui de l'ensemble de la population du Canada a diminué d'au moins un vingtième.

(5) La révision ne prend effet qu'à l'issue de la législature en cours.

52. Le Parlement du Canada peut augmenter le nombre des députés à la Chambre des communes, pourvu que la représentation des provinces reste dans le rapport fixé par la présente loi.

Mesures financières; sanction royale

53. Les projets de lois comportant des affectations de crédits et les projets de lois fiscales ne prennent naissance qu'à la Chambre des communes.

54. La Chambre des communes n'est habilitée à adopter des projets de crédits, ou des projets de résolutions, d'adresses ou de lois comportant des affectations de crédits, notamment d'origine fiscale, que si l'objet lui en a été préalablement

recommandé par message du gouverneur général au cours de la session où ces projets sont présentés.

55. Le gouverneur général peut, à son appréciation mais sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des instructions de Sa Majesté, déclarer qu'il donne au nom de la Reine la sanction royale aux projets de loi adoptés par les chambres du Parlement et qui lui sont présentés à cette fin, qu'il la leur refuse ou qu'il les déférera pour décision à la Reine.

56. Le gouverneur général transmet dans les meilleurs délais une copie authentique de toute loi dont il a sanctionné le projet à l'un des premiers secrétaires d'État de Sa Majesté. Si, dans les deux ans suivant la réception de la loi par le secrétaire d'État, la Reine en conseil décide de la désavouer, le gouverneur général, par discours ou message adressé à chacune des chambres du Parlement ou par proclamation, donne communication du désaveu ainsi que du certificat du secrétaire d'État portant mention de la date de réception de la loi. À la date de la communication, la loi est invalidée.

57. Les projets de loi déferés à la Reine n'ont d'effet que si, dans les deux ans suivant leur présentation au gouverneur général en vue de leur sanction, celui-ci, par discours ou message adressé à chacune des chambres du Parlement ou par proclamation, donne communication du fait qu'ils ont été sanctionnés par la Reine en conseil.

Il est fait état des discours, messages ou proclamations donnant cette communication dans le journal de chaque chambre. Un double certifié conforme en est remis au fonctionnaire compétent pour dépôt aux archives du Canada.

V. -- CONSTITUTIONS PROVINCIALES

Pouvoir exécutif

58. Est institué pour chaque province un lieutenant-gouverneur, que nomme le gouverneur général en conseil par acte revêtu du grand sceau du Canada.

59. Les lieutenants-gouverneurs occupent leur charge à titre amovible. Toutefois, si un lieutenant-gouverneur est nommé après l'ouverture de la première session du Parlement du Canada, le gouverneur général ne peut le révoquer pendant les cinq années suivant sa nomination que pour un motif valable. Le cas échéant, le motif est communiqué par écrit à l'intéressé dans le mois suivant le décret de révocation, et aussi dans le délai d'une semaine, par message, au Sénat et à la Chambre des communes ou, si le Parlement ne siège pas, dans un délai d'une semaine après l'ouverture de la session suivante.

60. Le Parlement du Canada fixe et assure le traitement des lieutenants-gouverneurs.

61. Préalablement à leur entrée en fonctions, les lieutenants-gouverneurs prêtent et souscrivent, devant le gouverneur général ou la personne autorisée par lui à cet effet, un serment d'allégeance et un serment de fonction semblables à ceux que prête le gouverneur général.

62. Les dispositions de la présente loi relatives aux lieutenants-gouverneurs s'appliquent tant au lieutenant-gouverneur de chaque province effectivement en poste qu'à toute personne, qu'elle soit appelée administrateur ou autrement, chargée du gouvernement de la province.

63. Le Conseil exécutif de l'Ontario et le Conseil exécutif du Québec se composent des personnes que le lieutenant-gouverneur estime indiqué d'y nommer et, dans un premier temps, des fonctionnaires suivants : le procureur général, le secrétaire et registraire et le trésorier de la province, le commissaire des terres de la couronne et le commissaire à l'agriculture et aux travaux publics. Le Conseil exécutif du Québec comprend en outre le président du Conseil législatif et le solliciteur général.

64. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi et sauf modification décidée sous son régime, la constitution de l'organe exécutif de la Nouvelle-Écosse et celle de l'organe exécutif du Nouveau-Brunswick demeurent en l'état qui était le leur lors de l'union.

65. Les attributions conférées lors de l'union ou antérieurement, sous le régime de lois du Parlement de Grande-Bretagne, du Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande ou des législatures du haut-Canada, du Bas-Canada ou du Canada, aux gouverneurs ou lieutenants-gouverneurs de ces provinces sont après l'union, dans la mesure où elles concernent le gouvernement de l'Ontario et celui du Québec, transférées à leurs lieutenants-gouverneurs respectifs. Dès lors, de même que les gouverneurs ou lieutenants-gouverneurs des anciennes provinces pouvaient, selon le cas, les exercer seuls, sur l'avis ou sur l'avis et avec le consentement de leur conseil exécutif ou conjointement avec celui-ci ou un ou plusieurs de ses membres, de même les lieutenants-gouverneurs de l'Ontario et du Québec peuvent, selon le cas, les exercer seuls, sur l'avis ou sur l'avis et avec le consentement de leur conseil exécutif ou conjointement avec celui-ci ou un ou plusieurs de ses membres. Les législatures de l'Ontario et du Québec ont toutefois le pouvoir de les supprimer ou de les modifier, sauf si elles ont été conférées sous le régime de lois du Parlement de Grande-Bretagne ou du Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande.

66. Dans la présente loi, la mention du lieutenant-gouverneur en conseil vaut mention du lieutenant-gouverneur d'une province agissant sur l'avis de son conseil exécutif.

67. Le gouverneur général en conseil peut nommer un administrateur chargé de remplir les fonctions de lieutenant-gouverneur en cas d'absence, de maladie ou autre empêchement du titulaire.

68. Sauf décision contraire de l'organe exécutif de la province concernée, le siège du gouvernement de celle-ci est : pour l'Ontario, la ville de Toronto; pour le Québec, la ville de Québec; pour la Nouvelle-Écosse, la ville de Halifax; pour le Nouveau-Brunswick, la ville de Fredericton.

Pouvoir législatif

1. -- ONTARIO

69. Est instituée la Législature de l'Ontario, composée du lieutenant-gouverneur et d'une chambre unique, l'Assemblée législative de l'Ontario.

70. L'Assemblée législative de l'Ontario se compose de quatre-vingt-deux députés, élus pour les quatre-vingt-deux circonscriptions électorales énumérées à l'annexe I de la présente loi.

2. -- QUÉBEC

71. Est instituée la Législature du Québec, composée du lieutenant-gouverneur et de deux chambres, le Conseil législatif du Québec et l'Assemblée législative du Québec.

72. Le Conseil législatif du Québec se compose de vingt-quatre membres appelés conseillers législatifs. Au nom de la Reine, le lieutenant-gouverneur les nomme par acte revêtu du grand sceau du Québec, à raison de un pour chacune des vingt-quatre circonscriptions électorales du Bas-Canada mentionnées dans la présente loi. Sauf décision contraire de la Législature du Québec prise sous le régime de cette loi, ils occupent leur charge à vie.

73. Les conditions de nomination et de maintien au Conseil législatif sont les mêmes que pour les sénateurs du Québec.

74. Les règles applicables aux sénateurs, pour ce qui est des cas de vacance, le sont également, avec les adaptations nécessaires, aux conseillers législatifs.

75. Au nom de la Reine, le lieutenant-gouverneur, par acte revêtu du grand sceau du Québec, nomme des personnes compétentes et remplissant les conditions requises aux charges devenues vacantes au Conseil législatif du Québec pour cause de démission ou de décès ou pour toute autre cause.

76. Le Conseil législatif du Québec connaît et décide de toute question concernant les vacances en son sein ou les conditions requises pour la charge de conseiller législatif.

77. Le lieutenant-gouverneur peut, par acte revêtu du grand sceau du Québec, nommer un conseiller législatif président du Conseil législatif du Québec, le révoquer et le remplacer.

78. Sauf décision contraire de la Législature du Québec, la présence d'au moins dix conseillers législatifs, y compris le président, est nécessaire pour que le Conseil législatif exerce ses pouvoirs.

79. Le Conseil législatif du Québec prend ses décisions à la majorité des voix, le président ayant toujours droit de vote; en cas de partage, le vote est considéré comme négatif.

80. L'Assemblée législative du Québec se compose de soixante-cinq députés, élus pour les soixante-cinq circonscriptions électorales du Bas-Canada mentionnées dans la présente loi, sauf remaniement par la Législature du Québec. Toutefois, un projet de loi portant remaniement du découpage de circonscriptions électorales énumérées à l'annexe II de la présente loi ne peut être présenté à la sanction du lieutenant-gouverneur que si l'assemblée législative l'a adopté en deuxième et troisième lectures avec l'accord de la majorité des députés représentant ces circonscriptions. En outre, la sanction en est subordonnée à la présentation par l'assemblée législative au lieutenant-gouverneur d'une adresse faisant état de cette adoption.

3. -- ONTARIO ET QUÉBEC

81. La Législature de l'Ontario et celle du Québec sont convoquées dans les six mois suivant l'union.

82. Au nom de la Reine, le lieutenant-gouverneur de l'Ontario et celui du Québec convoquent l'assemblée législative de leur province, par acte revêtu du grand sceau de celle-ci.

83. Sauf décision contraire de la Législature de l'Ontario ou de celle du Québec, le mandat de député à l'assemblée législative de l'une ou l'autre province est incompatible avec l'acceptation ou l'exercice dans cette province d'une charge, d'un emploi ou autre fonction, permanents ou temporaires, auxquels nomme le lieutenant-gouverneur et auxquels sont attachés un traitement annuel, une rétribution, des indemnités ou des avantages quelconques, pécuniaires ou en nature, assurés par la province. Le présent article n'a toutefois pas pour effet d'étendre cette incompatibilité aux membres du Conseil exécutif, au procureur général, au secrétaire et registraire, au trésorier, au commissaire des terres de la couronne et au commissaire à l'agriculture et aux travaux publics de l'une ou l'autre province, ni au solliciteur général du Québec, pourvu qu'ils soient élus pendant qu'ils occupent ces charges.

84. Sauf décision contraire de la Législature de l'Ontario ou de celle du Québec, les lois en vigueur dans l'une ou l'autre province lors de l'union relativement aux questions mentionnées ci-après s'appliquent à l'élection des députés de son assemblée législative : les conditions d'éligibilité, d'inéligibilité et d'exercice du mandat de député à l'Assemblée du Canada; les conditions à remplir pour l'exercice du droit de vote; les serments à prêter par les électeurs; la désignation et les attributions des fonctionnaires électoraux; les modalités de tenue et la durée des opérations électorales; le contentieux électoral; les vacances de sièges et les élections partielles.

Toutefois, sauf décision contraire de la Législature de l'Ontario, ont droit de vote à l'élection du député de la circonscription d'Algoma à l'Assemblée législative de l'Ontario, outre les personnes remplissant les conditions fixées par la législation de la province du Canada, les sujets britanniques de sexe masculin, âgés de vingt et un ans accomplis et ayant feu et lieu.

85. Sauf dissolution par le lieutenant-gouverneur, le mandat de l'Assemblée législative de l'Ontario et de celle du Québec est de quatre ans à compter de la date fixée pour le retour des brefs relatifs aux élections générales correspondantes.

86. La Législature de l'Ontario et celle du Québec tiennent au moins une session par an de manière qu'il ne s'écoule pas douze mois entre la dernière séance d'une session et la première séance de la session suivante.

87. Les dispositions de la présente loi relatives à la Chambre des communes du Canada s'appliquent à l'Assemblée législative de l'Ontario et à celle du Québec, tout comme si elles étaient édictées de nouveau au présent article et adaptées au cas de ces assemblées, pour ce qui est de l'élection à la présidence, de la vacance, de l'exercice et de l'intérim de la présidence, du quorum et de la prise des décisions.

4. -- NOUVELLE-ÉCOSSE ET NOUVEAU-BRUNSWICK

88. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi et sauf modification décidée sous son régime, la constitution de la Législature de la Nouvelle-Écosse et celle de la Législature du Nouveau-Brunswick demeurent en l'état qui était le leur lors de l'union; l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick, en son état à l'adoption de la présente loi, reste en place, sauf dissolution, jusqu'au terme du mandat pour lequel elle a été élue.

5. -- ONTARIO, QUÉBEC ET NOUVELLE-ÉCOSSE

89. Pour les premières élections à l'assemblée législative de l'Ontario, du Québec ou de la Nouvelle-Écosse, le lieutenant-gouverneur de la province donne les instructions qu'il estime indiquées touchant la forme des brefs et l'autorité chargée de les délivrer, ainsi que, suivant les instructions du gouverneur général, leurs modalités de temps et les fonctionnaires électoraux à qui les adresser, de façon que le député représentant pour la première fois une circonscription électorale ou une

section de celle-ci à l'assemblée soit élu en même temps et au même lieu que le député qui la représente à la Chambre des communes du Canada.

6. -- ENSEMBLE DES QUATRE PROVINCES

90. Pour ce qui est des projets de lois de crédits ou des projets de lois fiscales, des recommandations préalables, de la sanction royale, du désaveu et des projets de loi déferés, les dispositions de la présente loi relatives au Parlement du Canada s'appliquent à la législature de chaque province, tout comme si elles étaient édictées de nouveau au présent article et adaptées au cas de la province et de sa législature, les mentions du lieutenant-gouverneur de la province, du gouverneur général et de la province se substituant respectivement à celles du gouverneur général, de la Reine et de son secrétaire d'État et du Canada, le délai de deux ans étant par ailleurs ramené à un an.

VI. -- RÉPARTITION DES COMPÉTENCES LÉGISLATIVES

Compétences du Parlement

91. La Reine est habilitée, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes, à légiférer, pour la paix et l'ordre au Canada ainsi que pour son bon gouvernement, en toute matière non comprise dans les domaines exclusivement attribués par la présente loi aux législatures des provinces; en outre, il est déclaré, pour plus de certitude, mais sans préjudice de la portée générale de ce qui précède et nonobstant toute autre disposition de cette loi, que le Parlement du Canada a compétence législative exclusive en toute matière comprise dans les domaines suivants :

1. la dette publique et les biens du domaine public;
2. la réglementation des échanges et du commerce;
3. le prélèvement de sommes d'argent par tout mode ou système de taxation;
4. les emprunts sur le crédit public;
5. le service postal;
6. le recensement et la statistique;
7. la milice, le service militaire, le service naval et la défense;
8. la fixation et le versement du traitement et des indemnités du personnel des services du gouvernement du Canada;
9. les balises, bouées et phares; l'île de Sable;
10. la navigation et la marine marchande;
11. la quarantaine; la création et l'entretien d'hôpitaux maritimes;
12. la pêche côtière et la pêche intérieure;
13. les passages par eau entre une province et un territoire britannique ou étranger, ou entre deux provinces;
14. la monnaie et le monnayage;
15. l'activité bancaire, la constitution de banques et l'émission de papier-monnaie;
16. les banques d'épargne;

17. les poids et mesures;
18. les lettres de change et les billets à ordre;
19. les intérêts des capitaux;
20. le cours légal;
21. la faillite et l'insolvabilité;
22. les brevets d'invention;
23. les droits d'auteur;
24. les Indiens et les terres réservées aux Indiens;
25. la naturalisation et les aubains;
26. le mariage et le divorce;
27. le droit criminel, y compris la procédure criminelle, mais exclusion faite de la constitution des tribunaux de compétence criminelle;
28. la création, l'entretien et la gestion des pénitenciers;
29. tous les autres domaines qui sont exceptés de façon expresse dans la liste des domaines exclusivement attribués par la présente loi aux législatures des provinces.

En outre, aucune des matières comprises dans les domaines énumérés au présent article n'est censée faire partie du domaine des matières à caractère local ou privé compris dans la liste des domaines exclusivement attribués par la présente loi aux législatures des provinces.

Compétences exclusives des législatures provinciales

92. La législature de chaque province a compétence exclusive pour légiférer en toute matière comprise dans les domaines suivants :

1. la modification de la Constitution de la province, nonobstant toute autre disposition de la présente loi, sauf en ce qui concerne la charge de lieutenant-gouverneur;
2. les impôts directs, dans les limites de la province, pour la perception de recettes à des fins provinciales;
3. les emprunts sur le crédit propre de la province;
4. la création de postes dans la fonction publique provinciale, les conditions d'occupation de ces postes, la nomination et la rémunération des titulaires;
5. la gestion et la vente des terres du domaine public provincial ainsi que de leurs bois et forêts;
6. la création, l'entretien et la gestion de prisons et de maisons de correction dans les limites et pour les besoins de la province;
7. la création, l'entretien et la gestion d'hôpitaux, d'asiles et d'institutions ou établissements de bienfaisance dans les limites et pour les besoins de la province, à l'exclusion des hôpitaux maritimes;
8. les institutions municipales de la province;
9. les licences en vue de la perception de recettes à des fins provinciales, locales ou municipales, notamment les licences de magasin, de débit de boissons et d'encanteur;
10. les ouvrages ou entreprises locaux, sauf :
 - a) les lignes de transport par bateaux à vapeur ou autres navires, les chemins de fer, les canaux, les télégraphes et les autres ouvrages et entreprises reliant la

province et une ou plusieurs autres provinces ou débordant les limites de la province,

b) les lignes de transport par bateaux à vapeur entre la province et un territoire britannique ou étranger,

c) les ouvrages qui, bien qu'entièrement situés dans la province, sont, avant ou après leur réalisation, déclarés par le Parlement du Canada d'intérêt général pour le pays ou d'intérêt multiprovincial;

11. la constitution en personnes morales de sociétés à objet provincial;

12. la célébration du mariage dans la province;

13. la propriété et les droits civils dans la province;

14. l'administration de la justice dans la province, y compris la constitution, la prise en charge financière et matérielle et l'organisation des tribunaux provinciaux de compétence tant civile que criminelle, ainsi que la procédure civile devant ces tribunaux;

15. l'infliction de peines d'amende ou d'emprisonnement ou d'autres peines pour infraction aux lois de la province relatives à toute matière comprise dans les domaines énumérés au présent article;

16. d'une façon générale, toutes les matières à caractère purement local ou privé dans la province.

Éducation

93. La législature de chaque province a, dans les limites et pour les besoins de celle-ci, compétence exclusive pour légiférer en matière d'éducation, compte tenu des dispositions suivantes :

(1) Elle ne peut, par une disposition législative adoptée en cette matière, porter atteinte aux droits ou privilèges appartenant de droit dans la province lors de l'union à une catégorie de personnes relativement aux écoles confessionnelles.

(2) Les pouvoirs, privilèges et obligations qui, lors de l'union, sont de droit dans le haut-Canada ceux des écoles séparées et des syndicats d'école des sujets catholiques romains de la Reine sont étendus aux écoles dissidentes des sujets protestants ou catholiques romains de la Reine au Québec.

(3) Si, lors de l'union, est de droit en place dans la province ou si y est créé ultérieurement par sa législature un réseau d'écoles séparées ou dissidentes, est susceptible d'appel devant le gouverneur général en conseil toute mesure ou décision d'une autorité provinciale touchant les droits ou privilèges, en matière d'éducation, de la minorité protestante ou catholique romaine des sujets de la Reine.

(4) Faute par la province d'édicter les lois que le gouverneur général en conseil juge nécessaires à l'application du présent article, ou faute par l'autorité provinciale compétente de donner la suite voulue à la décision qu'il prend sur un appel interjeté au titre de cet article, le Parlement peut, pour autant que les circonstances de l'espèce l'exigent, prendre par voie législative toute mesure de redressement qui s'impose à cet égard.

Uniformisation du droit de l'Ontario, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick

94. Nonobstant toute autre disposition de la présente loi, le Parlement du Canada peut prendre des mesures d'uniformisation totale ou partielle du droit relatif à la propriété et aux droits civils en Ontario, en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick, ainsi que de la procédure devant tout ou partie des tribunaux de ces trois provinces. En outre, nonobstant toute autre disposition de la présente loi, le Parlement, à compter de l'adoption d'une loi d'uniformisation, acquiert le pouvoir entier de légiférer en toute matière dont il est traité dans cette loi d'uniformisation, laquelle n'a toutefois effet dans une province que si sa législature lui donne elle-même force de loi.

Agriculture et immigration

95. La législature de chaque province peut légiférer en matière d'agriculture et d'immigration dans cette province, et le Parlement du Canada peut légiférer en matière d'agriculture et d'immigration dans toutes les provinces ou dans chacune d'elles. Toutefois, les lois édictées en pareille matière par une législature n'ont d'effet, dans les limites de la province et à son égard, que dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec les lois du Parlement du Canada.

VII. -- MAGISTRATURE

96. Le gouverneur général nomme les juges des cours supérieures, de district et de comté de chaque province, à l'exception de ceux des cours des successions en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick.

97. Jusqu'à uniformisation du droit relatif à la propriété et aux droits civils en Ontario, en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick, ainsi que de la procédure devant les tribunaux de ces provinces, les juges des cours de ces provinces qui sont nommés par le gouverneur général sont choisis au sein des barreaux respectifs de celles-ci.

98. Les juges des cours du Québec sont choisis au sein du barreau de cette province.

99. Les juges des cours supérieures occupent leur charge à titre inamovible, sauf révocation par le gouverneur général sur adresse du Sénat et de la Chambre des communes.

100. Le Parlement du Canada fixe et assure le traitement, les indemnités et la pension des juges des cours supérieures, de district et de comté -- à l'exception de ceux des juges des cours des successions en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick --, ainsi que ceux des juges des cours de l'Amirauté dans les cas où leurs fonctions sont rétribuées.

101. Nonobstant toute autre disposition de la présente loi, le Parlement du Canada peut prévoir la constitution, la prise en charge financière et matérielle et l'organisation d'une cour générale d'appel pour l'ensemble du pays, ainsi que la création de tribunaux additionnels propres à améliorer l'application des lois du Canada.

VIII. -- RECETTES, DETTES, BIENS ET FISCALITÉ

102. Est constitué le Trésor public du Canada, formé des recettes susceptibles, jusqu'à l'union, d'affectation par les législatures du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick. En sont exclues celles que la présente loi réserve aux législatures des provinces ou dont elle autorise spécialement la perception par celles-ci. Son affectation au service du Canada est subordonnée aux modalités et aux imputations prévues par cette loi.

103. Les frais liés à la gestion du Trésor public du Canada et au prélèvement des fonds qui le forment sont imputés en permanence sur le Trésor, à titre de premier poste de débit; ils sont vérifiés, sauf décision contraire du Parlement du Canada, selon les modalités fixées par le gouverneur général en conseil.

104. L'intérêt annuel de la dette publique à la charge des provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick lors de l'union constitue le deuxième poste de débit sur le Trésor public du Canada.

105. Sauf modification par le Parlement du Canada, le traitement du gouverneur général est de dix mille livres sterling en monnaie du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande, à prélever sur le Trésor public du Canada, à titre de troisième poste de débit.

106. Sous réserve des imputations prévues par la présente loi, le Parlement du Canada affecte le Trésor public du Canada au service public.

107. Les capitaux, les encaisses, les soldes bancaires et les valeurs qui, à l'époque de l'union, appartiennent aux provinces sont, sauf exception prévue par la présente loi, transférés au Canada, en déduction de la dette à la charge de chacune d'elles à cette époque.

108. Les ouvrages et autres biens du domaine public des provinces, énumérés à l'annexe III de la présente loi, sont transférés au domaine public du Canada.

109. Les biens -- terres, mines, minéraux et redevances -- qui appartiennent, lors de l'union, à chacune des provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick, ainsi que les créances qui s'y rapportent, appartiennent désormais à celle des provinces d'Ontario, de Québec, de la Nouvelle-Écosse ou du Nouveau-Brunswick dans laquelle ces biens sont situés ou ces créances ont pris naissance, sous réserve des fiducies constituées et des droits des tiers à cet égard.

110. Les biens afférents aux parties de sa dette publique que chaque province prend en charge lui sont acquis.

111. Le Canada est tenu des dettes et obligations à la charge de chaque province lors de l'union.

112. Si, lors de l'union, la dette de la province du Canada dépasse soixante-deux millions cinq cent mille dollars, l'Ontario et le Québec sont conjointement tenus envers le Canada de l'excédent, majoré au taux d'intérêt annuel de cinq pour cent.

113. Les biens énumérés à l'annexe IV et qui, lors de l'union, appartiennent à la province du Canada sont dévolus en commun à l'Ontario et au Québec.

114. Si, lors de l'union, sa dette publique dépasse huit millions de dollars, la Nouvelle-Écosse est tenue envers le Canada de l'excédent, majoré au taux d'intérêt annuel de cinq pour cent.

115. Si, lors de l'union, sa dette publique dépasse sept millions de dollars, le Nouveau-Brunswick est tenu envers le Canada de l'excédent, majoré au taux d'intérêt annuel de cinq pour cent.

116. Si, lors de l'union, le montant de leur dette publique est inférieur, selon le cas, à huit millions ou à sept millions de dollars, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick ont droit de la part du gouvernement du Canada, sur la différence, à des intérêts au taux annuel de cinq pour cent, payables d'avance semestriellement.

117. Chaque province conserve ceux des biens de son domaine public dont il n'est pas par ailleurs disposé aux termes de la présente loi, sous réserve du droit, pour le Canada, de prendre les terrains ou autres biens publics nécessaires aux fortifications ou à la défense du pays.

118. Le Canada verse chaque année aux provinces, à titre d'aide à leur gouvernement et à leur législature, un total de deux cent soixante mille dollars, répartis de la façon suivante :

Ontario : quatre-vingt mille dollars;

Québec : soixante-dix mille dollars;

Nouvelle-Écosse : soixante mille dollars;

Nouveau-Brunswick : cinquante mille dollars.

Chacune d'elles a en outre droit à une subvention annuelle de quatre-vingts cents par habitant. Les chiffres de population pris en compte à cet égard sont ceux du recensement de mil huit cent soixante et un, ainsi que, dans le cas de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick, ceux de chaque recensement décennal ultérieur jusqu'à ce que la population de chacune de ces provinces soit de quatre cent mille habitants, la somme correspondante demeurant dès lors invariable. Le versement de la subvention libère le Canada de toute obligation financière ultérieure.

Il est effectué d'avance semestriellement, déduction faite, par le gouvernement du Canada, de l'équivalent des intérêts de l'excédent de la dette publique de la province sur les différents montants fixés par la présente loi.

119. Le Nouveau-Brunswick a droit de la part du Canada, pendant dix ans à compter de l'union, à une subvention complémentaire de soixante-trois mille dollars par an, payable d'avance semestriellement. Toutefois, tant que le montant de sa dette publique reste inférieur à sept millions de dollars, cette subvention est diminuée des intérêts sur la différence, au taux annuel de cinq pour cent.

120. Sauf décision contraire du Parlement du Canada, le gouverneur général en conseil fixe en tant que de besoin la forme et les modalités des versements à effectuer soit en application de la présente loi, soit pour l'acquittement des obligations contractées aux termes d'une loi de la province du Canada, de la Nouvelle-Écosse ou du Nouveau-Brunswick et prises en charge par le Canada.

121. Tous les produits -- naturels, transformés ou manufacturés -- issus d'une province sont, à compter de l'union, admis en franchise dans chacune des autres provinces.

122. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi et sauf modification par le Parlement du Canada, les lois de chaque province relatives aux douanes et à l'accise restent en vigueur.

123. Les marchandises passibles, lors de l'union, de droits de douane dans deux provinces peuvent, à compter de l'union, être expédiées de l'une vers l'autre sur justification du paiement des droits correspondants dans la province d'origine, ainsi que sur paiement des droits supplémentaires imposés, le cas échéant, dans la province de destination.

124. La présente loi n'a pas pour effet de porter atteinte au droit du Nouveau-Brunswick d'imposer sur le bois d'oeuvre les taxes prévues au chapitre 15 du titre 3 des lois révisées du Nouveau-Brunswick ou dans toute loi modifiant ce texte, avant ou après l'union, mais ne prévoyant pas la majoration de leur montant. Le bois d'oeuvre des autres provinces ne peut être assujéti à ces taxes.

125. Les terres ou autres biens du domaine public du Canada ou d'une province ne sont pas imposables.

126. Est constitué dans chaque province, pour affectation à son service, un Trésor public, formé, parmi les recettes susceptibles, avant l'union, d'affectation par les législatures du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick, de celles que la présente loi réserve au gouvernement ou à la législature de la province ou dont elle autorise la perception par celle-ci en vertu de pouvoirs spéciaux.

IX. -- DIVERS

Dispositions générales

127. Les personnes qui, lors de l'adoption de la présente loi, sont membres du conseil législatif du Canada, de la Nouvelle-Écosse ou du Nouveau-Brunswick et qui, se voyant offrir un siège au Sénat, n'adressent pas dans les trente jours leur acceptation écrite et signée au gouverneur général de la province du Canada ou au lieutenant-gouverneur de la Nouvelle-Écosse ou du Nouveau-Brunswick, selon le cas, sont considérées comme ayant décliné l'offre; en cas d'acceptation, les membres du conseil législatif de la Nouvelle-Écosse ou du Nouveau-Brunswick y perdent du fait même leur siège.

128. Préalablement à leur entrée en fonctions, d'une part les sénateurs et les députés de la Chambre des communes, devant le gouverneur général ou la personne autorisée par lui à cet effet, d'autre part les conseillers législatifs et députés provinciaux, devant le lieutenant-gouverneur de la province ou la personne autorisée par lui à cet effet, prêtent et souscrivent le serment d'allégeance qui figure à l'annexe V de la présente loi. Préalablement à leur entrée en fonctions, les sénateurs, de même que les conseillers législatifs du Québec, prononcent en outre et souscrivent, devant le gouverneur général ou la personne autorisée par lui à cet effet, la déclaration qui figure à la même annexe.

129. Sauf disposition contraire de la présente loi, est assurée en Ontario, au Québec, en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick, comme si l'union n'avait pas eu lieu, la continuité des lois en vigueur, des pouvoirs conférés par une règle de droit et en cours de validité, des tribunaux de compétence civile ou criminelle existant et des personnels judiciaires, administratifs ou ministériels en place, lors de l'union, respectivement au Canada, en Nouvelle-Écosse ou au Nouveau-Brunswick. Le Parlement du Canada ou la législature de la province concernée peut toutefois, en ces matières, procéder à toute mesure d'abrogation, de modification, de suppression ou de révocation conforme à la présente loi, sauf s'il s'agit de textes édictés, de pouvoirs conférés ou de tribunaux ou personnels mis en place sous le régime de lois du Parlement de Grande-Bretagne ou du Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande.

130. Sauf décision contraire du Parlement du Canada, les personnels provinciaux dont les fonctions portent sur des matières qui ne sont pas comprises dans les domaines exclusivement attribués par la présente loi aux législatures des provinces sont affectés au service du Canada et restent assujettis, dans l'exercice de ces fonctions, aux mêmes obligations et sanctions que si l'union n'avait pas eu lieu.

131. Sauf décision contraire du Parlement du Canada, le gouverneur général en conseil peut procéder aux nominations de personnel qu'il juge nécessaires ou utiles à l'application de la présente loi.

132. Le Parlement et le gouvernement du Canada sont investis de tous les pouvoirs nécessaires ou utiles à l'exécution des obligations auxquelles sont tenus le Canada ou ses provinces, à titre de partie de l'Empire britannique, envers des pays étrangers aux termes de traités conclus entre l'Empire et ces pays.

133. Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans les débats des chambres du Parlement du Canada ou de la Législature du Québec 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 affaires dont sont saisis les tribunaux du Canada établis sous le régime de la présente loi ou ceux du Québec et dans tous les actes de procédure qui en découlent.

Les lois du Parlement du Canada et de la Législature du Québec sont imprimées et publiées dans les deux langues.

Ontario et Québec

134. Sauf décision contraire de la Législature de l'Ontario ou de celle du Québec, le lieutenant-gouverneur de l'une ou l'autre province peut, sous le grand sceau de celle-ci, nommer à titre amovible le procureur général, le secrétaire et registraire et le trésorier de la province, le commissaire des terres de la couronne et le commissaire à l'agriculture et aux travaux publics, ainsi que, dans le cas du Québec, le solliciteur général. Il peut, par décret en conseil, fixer les attributions de ces fonctionnaires, de leurs services et de leur personnel, et aussi nommer, à titre amovible, d'autres titulaires de charge, fixer leurs attributions, celles de leurs services et de leur personnel.

135. Sauf décision contraire de la Législature de l'Ontario ou de celle du Québec, les attributions conférées lors de l'adoption de la présente loi, par un texte législatif, une ordonnance ou toute autre règle de droit du haut-Canada, du Bas-Canada ou du Canada, au procureur général, au solliciteur général et au secrétaire et registraire de la province du Canada, au ministre des Finances, au commissaire des terres de la couronne, au commissaire aux travaux publics et au ministre de l'Agriculture et receveur général sont, dans la mesure de leur compatibilité avec la présente loi, transférées aux fonctionnaires nommés par le lieutenant-gouverneur pour les exercer. Le commissaire à l'agriculture et aux travaux publics reçoit les attributions conférées lors de l'adoption de la présente loi, en vertu du droit de la province du Canada, au ministre de l'Agriculture, ainsi que celles du commissaire aux travaux publics.

136. Sauf modification par le lieutenant-gouverneur en conseil, le grand sceau de l'Ontario et celui du Québec sont respectivement identiques, ou de présentation identique, à ceux qu'avaient le haut-Canada et le Bas-Canada avant leur union en province du Canada.

137. Toute formule signifiant «jusqu'à la fin de la prochaine session de la législature» et employée dans des lois temporaires de la province du Canada encore en vigueur lors de l'union est considérée comme visant la session suivante du Parlement du Canada, de la Législature de l'Ontario ou de celle du Québec selon que l'objet de ces lois relève des compétences attribuées par la présente loi au Parlement ou à l'une ou l'autre législature.

138. À compter de l'union, la mention de «haut-Canada» ou «Bas-Canada» au lieu de «Ontario» ou «Québec» dans un acte juridique ou ailleurs n'a pas d'effet invalidant.

139. La réalisation de l'union n'a pas pour effet de porter atteinte à la validité des proclamations prises, antérieurement à l'union, sous le grand sceau de la province du Canada mais destinées à s'appliquer ultérieurement, qu'elles concernent soit cette province, soit le haut-Canada ou le Bas-Canada.

140. Le pouvoir de prendre sous le grand sceau de l'Ontario ou du Québec les proclamations dont la prise sous celui de la province du Canada, autorisée par une loi de cette province, ne s'est pas faite avant l'union est transféré, selon leur objet, au lieutenant-gouverneur de l'Ontario ou du Québec, qu'elles concernent soit la province du Canada, soit le haut-Canada ou le Bas-Canada. Le cas échéant, elles ont dès lors plein effet comme si l'union n'avait pas eu lieu.

141. Sauf décision contraire du Parlement du Canada, le pénitencier de la province du Canada est désormais celui de l'Ontario et du Québec.

142. La répartition des dettes et obligations, des créances et des biens du haut-Canada et du Bas-Canada est renvoyée pour décision à trois arbitres choisis, après l'ouverture de la première session du Parlement du Canada et des législatures de l'Ontario et du Québec, l'un par le gouvernement de l'Ontario, l'autre par celui du Québec et le troisième par celui du Canada, ce dernier ne devant résider ni en Ontario ni au Québec.

143. Le gouverneur général en conseil peut, à son appréciation, décider des archives, livres et autres documents de la province du Canada à remettre à l'Ontario ou au Québec. Les documents ainsi remis appartiennent dès lors à la province concernée, et toute reproduction totale ou partielle de ceux-ci, certifiée conforme par le fonctionnaire responsable des originaux, est admissible en preuve.

144. Le lieutenant-gouverneur du Québec peut, par proclamation sous le grand sceau de la province devant prendre effet à la date qui y est indiquée, créer des cantons dans les régions du Québec où il n'en existe pas et en fixer la délimitation.

X. -- CHEMIN DE FER INTERCOLONIAL

145. Les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ayant d'une part fait état, dans une déclaration commune, de l'importance primordiale revêtu par la construction d'un chemin de fer intercolonial pour la consolidation de l'union de l'Amérique du Nord britannique et pour l'assentiment de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick à l'union, d'autre part et en conséquence manifesté leur accord sur l'opportunité de voir confiée au gouvernement du Canada la réalisation immédiate de l'entreprise, il incombe au gouvernement et au Parlement du Canada, en vue de donner suite à l'accord, de prendre les dispositions nécessaires à la mise en chantier, dans les six mois suivant l'union, d'un chemin de fer reliant le Saint-Laurent à Halifax, en Nouvelle-Écosse, à la poursuite ininterrompue des travaux et à leur achèvement dans les meilleurs délais.

XI. -- ADHÉSION D'AUTRES COLONIES

146. La Reine est habilitée, sur l'avis du très honorable Conseil privé de Sa Majesté et sur adresse des chambres du Parlement du Canada et des législatures respectives de Terre-Neuve, de l'Île-du-Prince-Édouard et de la Colombie-Britannique, à accepter l'adhésion à l'Union de ces colonies ou provinces, et sur adresse des chambres du Parlement du Canada, à accepter celle de la terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest, aux conditions fixées dans les adresses et approuvées par elle, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, tout décret en conseil pris à cet égard valant décision du Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande.

147. À leur adhésion, Terre-Neuve et l'Île-du-Prince-Édouard ont chacune droit à une représentation de quatre sénateurs. À l'adhésion de Terre-Neuve, nonobstant toute autre disposition de la présente loi, le nombre normal de sénateurs passe à soixante-seize et le nombre maximal à quatre-vingt-deux. À son adhésion, l'Île-du-Prince-Édouard est placée dans la troisième des régions prévues, pour ce qui est de la composition du Sénat, par cette loi; dès lors, indépendamment de l'adhésion de Terre-Neuve, la représentation respective de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick est ramenée, au fur et à mesure des vacances de sièges, de douze à dix sénateurs, ce dernier chiffre ne pouvant être dépassé que conformément aux dispositions de la même loi relatives aux sièges supplémentaires auxquels la Reine estime indiqué de pourvoir.

ANNEXE B : LES PÈRES DE LA CONFÉDÉRATION²

Noms par colonie	Présence aux conférences*	Allégeance politique
Canada-Uni		
George Brown	C-Q	<i>Clear Grit</i> (H.-C)
William McDougall	C-Q-L	<i>Clear Grit</i> (H.-C)
Oliver Mowat	Q	<i>Clear Grit</i> (H.-C)
George-Étienne Cartier	C-Q-L	Conservateur (B.-C.)
Alexander Campbell	C-Q	Conservateur (H.-C)
Jean-Charles Chapais	Q	Conservateur (B.-C.)
James Cockburn	Q	Conservateur (H.-C)
Thomas D'Arcy McGee	C-Q	Conservateur (B.-C.)
Alexander Tilloch Galt	C-Q-L	Conservateur (B.-C.)
Hector-Louis Langevin	C-Q-L	Conservateur (B.-C.)
John A. Macdonald	C-Q-L	Conservateur (H.-C)
Étienne-Paschal Taché	Q	Conservateur (B.-C.)
William Pearce Howland	L	Conservateur (H.-C)
Nouveau-Brunswick		
Charles Fisher **	Q-L	Réformiste
John Mercer Johnson	C-Q-L	Réformiste/conservateur
Robert Duncan Wilmot	L	Réformiste/conservateur
Edward Barron Chandler	C-Q	Conservateur
John Hamilton Gray ***	C-Q	Conservateur
Peter Mitchell	Q-L	Conservateur
Samuel Leonard Tilley	C-Q-L	Conservateur
William Henry Steeves	C-Q	Conservateur
Nouvelle-Écosse		
Adams George Archibald	C-Q-L	Réformiste
William Alexander Henry ****	C-Q-L	Réformiste
Jonathan McCully	C-Q-L	Réformiste
Robert Barry Dickey	C-Q	Conservateur
John William Ritchie *****	L	Conservateur
Charles Tupper	C-Q-L	Conservateur

*Conférence de Charlottetown (C), Conférence de Québec (Q), Conférence de Londres (L)

** Sera nommé juge à la Cour suprême du Nouveau-Brunswick

*** Sera nommé juge à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique

**** Sera nommé juge à la Cour suprême du Canada

***** Sera nommé juge à la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse.

² Sources : M. Dawson, *op.cit.*; Dictionnaire biographique du Canada, *op.cit.*

ANNEXE C : LES DÉCISIONS CONSTITUTIONNELLES ÉTUDIÉES

Décisions de la Cour suprême portées en appel devant le CJCP

Décisions	Banc de la Cour suprême	Banc du CJCP	Affirmé
<i>Valin v. Langlois</i> (C.S. : 1879) (CJCP : 1879)	Ritchie (J.C.), Fournier, Henry, Taschereau et Gwynne	<i>Selborne</i> ³ , James, Colville, Barnes Peacock, Montague Smith et Collier.	oui
<i>Citizen's Insurance Co. v. Parsons</i> (C.S. : 1880) (CJCP : 1882)	Ritchie (J.C.), Fournier, Henry, Taschereau ⁴ et Gwynne	Barnes Peacock, <i>Montague Smith</i> , Collier, Couch et Hobhouse	Oui sur les questions constitutionnelles
<i>Mercer v. A.G. Ontario</i> (C.S. : 1881) (CJCP : 1882)	Ritchie (J.C.), Strong , Fournier, Henry, Taschereau et Gwynne	<i>Selborne</i> , Barnes Peacock, Montague Smith, Collier, Couch et Hobhouse	non
<i>Reed v. Quebec</i> (C.S. : 1883) (CJCP : 1884)	Ritchie (J.C.), Strong , Fournier, Henry Taschereau , Gwynne	<i>Selborne</i> , FitzGerald, Montague Smith, Collier	oui
<i>St Catherines Milling & Lumber co. v. The Queen</i> (C.S. : 1887) (CJCP : 1889)	Ritchie (J.C.), Strong, Fournier, Henry, Taschereau et Gwynne	Selborne, <i>Watson</i> , Hobhouse, Barnes Peacock, Montague Smith et Couch	oui
<i>A. G. British Columbia v. A. G. Canada</i> (C.S. : 1887) (CJCP : 1889)	Ritchie (J.C.), Fournier , Henry , Taschereau et Gwynne	Lord Chancellor, <i>Watson</i> , Fitzgerald, Hobhouse et MacNaghten	non
<i>Liquidators of Maritime Bank v. New-Brunswick</i> (C.S. : 1889) (CJCP : 1892)	Strong, Fournier, Henry, Taschereau, Gwynne et Patterson	<i>Watson</i> , Hobhouse, MacNaghten, Morris, Couch et Shand	oui
<i>Barret v. The City of Winnipeg</i> (C.S. : 1891) (CJCP : 1892)	Ritchie (J.C.), Strong, Henry, Taschereau et Patterson	<i>Watson</i> , <i>MacNaghten</i> , Morris, Hannen, Couch et Shand	non
<i>Inre Manitoba Statutes</i> (C.S. : 1894) (CJCP : 1895)	Strong (J.C.), Fournier , Taschereau, Gwynne, King	<i>Lord Chancellor</i> , <i>Watson</i> , MacNaghten, Shand	non
<i>Inre Local Prohibition</i> (C.S. : 1895) (CJCP : 1896)	Strong (J.C.), Fournier , Gwynne, Sedgewick, King	Halsbury, Herschell, <i>Watson</i> , Davey, Couch	non
<i>Ontario v. Canada</i> (C.S. : 1895) (CJCP : 1897)	Strong (J.C.), Taschereau, Gwynne , Sedgewick, King	<i>Watson</i> , Hobhouse, Morris, Couch	oui
<i>Inre Provinciale Fisheries</i> ⁵ (C.S. : 1896) (CJCP : 1898)	Strong (J.C.), Taschereau, Gwynne , King, Girouard	Lord Chancellor, <i>Herchell</i> , <i>Watson</i> , MacNaghten, Morris, Shand, Davey, De Villiers	partiellement

³ Le nom du Lord ayant rédigé le jugement est en italiques.

⁴ Les juges dissidents sont en caractères gras

⁵ Dans cette affaire, les juges devaient répondre à 17 questions distinctes. Notons que si Gwynne se distingue par sa constance à faire cavalier seul, aucune des questions ne recevra de réponse unanime.

Décisions rendues par la Cour suprême

Severn v. The Queen (1878) : Richards (J.C.), **Ritchie**, **Strong**, Taschereau, Fournier, et Henry

Lenoir v. Ritchie (1879) : Strong, Taschereau, **Fournier**, Henry et Gwynne

City of Fredericton v. The Queen (1880) : Ritchie (J.C.), Fournier, **Henry**, Taschereau et Gwynne

Renvoi sur l'Acte des licences de 1883, 1885, no 85. : Ritchie (J.C.), Fournier, Henry, Taschereau et Gwynne

Décisions rendues par le CJCP

Maher v. Town Council of Portland (1874) : Colville, Mellish, *James*, Montague Smith et Collier

Russell v. The Queen (1882) : Barnes Peacock, *Montague Smith*, Collier, Hannen et Couch

Hodge v. The Queen (1883) : Fitzgerald, *Barnes Peacock*, Collier, Couch et Hobhouse

Bank of Toronto v. Lamb (1887) : *Hobhouse*, MacNaghten, Barnes Peacock, Baggallay et Couch

**ANNEXE D : LISTE DES JUGES AYANT SIÉGÉ À LA COUR SUPRÊME
ENTRE 1875 ET 1900⁶**

juge	Affiliation politique
Télesphore Fournier, 1875-1895.	Il sera député libéral au parlement de Québec de 1870 à 1873.
Désiré Girouard, 1895-1915.	Il sera député conservateur à Ottawa de 1878 à 1895. Il considérera brièvement la possibilité de se joindre au parti nationaliste d'Honoré Mercier.
John Wellington Gwynne, 1879-1901.	Il fit une brève incursion en politique sous la bannière réformiste dans le milieu des années 1840.
William Alexander Henry, 1875-1887.	Il débute sa carrière politique en 1840. Il sera réformiste et par la suite conservateur avec une forte affinité réformiste. Il représente la Nouvelle-Écosse aux conférences de Québec et Londres.
George Edwin King, 1893-1900.	Il est élu sous la bannière conservatrice à Ottawa en 1878. Mais il a aussi été député libéral au niveau provincial.
Christopher Salmon Patterson, 1888-1892.	Aucune affiliation connue
Sir ⁷ William Buell Richards, 1875-1879.	1 ^{er} juge en chef de la cour. Il sera élu sous la bannière réformiste en 1848 dans le Haut-Canada.
Sir William Johnston Ritchie, 1875-1892.	Il sera député réformiste au Nouveau-Brunswick dans les années 1840. Il reste en politique active jusqu'à sa nomination comme juge en 1855 à la Cour suprême du Nouveau-Brunswick
Robert Sedgewick, 1893-1906.	Membre actif du parti conservateur autant sur la scène fédérale que provinciale, il entera sans succès de se faire élire en 1874 à l'Assemblée nationale de la Nouvelle-Écosse.
Sir Samuel Henry Strong, 1875-1902.	Aucune affiliation connue
Jean-Thomas Taschereau, 1875-1878.	Il sera candidat conservateur en 1857 dans la circonscription de Beauce.
Sir Henri-Elzéar Taschereau, 1879-1906.	Il est le cousin de Jean-Thomas. De 1861 à 1867, il est député conservateur de la circonscription de Beauce à l'Assemblée législative du Canada-Uni.

⁶ Sources : Cour suprême du Canada : http://www.scc-csc.gc.ca/AboutCourt/judges/index_f.asp, accédé le 22 juillet 2008; *Dictionnaire biographique du Canada*, <http://www.biographi.ca/FR/>, accédé le 22 juillet 2008.

⁷ On remarquera que les juges en chef reçoivent le titre de Sir.

BIBLIOGRAPHIE

1. Sources

1.1 Sources manuscrites

ANC, Fonds Samuel Amsden, MG 24 B 65

ANC, Fonds Edward Cardwell, R4482-0-7-E

ANC, Fonds H. H. Molyneux, 4th Earl of Carnarvon, MG40-C14

A.N.C. Fonds A.T. Galt, MG27ID8

ANC, Fonds du gouverneur général, RG7 G10, *Confidentials dispatches* vol 1 (1857-1865) no 28

ANC, Fonds du gouverneur général, RG7 G21, vol 16 no. 60.

1.2 Débats parlementaires et publications gouvernementales

Debates and Proceedings of the House of Assembly during the second session of the Twenty-Third Parliament of the Province of Nova Scotia (1865), Halifax, J.G. Bourinot, 1865

Debates and Proceeding of the House of Assembly During the Third Session of the Twenty-third Parliament of Nova-Scotia, 1866, Halifax, J.G. Bourinot, 1866

Débats de la Chambre des communes, 32-33 Victoria, vol II, Ottawa, 1869

Debates on the Union of the Provinces, in the House of Assembly of Nova Scotia, March 16th, 18th and 19th 1867, Colonial Governments Journals, CIHM/ICMH 67163

Debates on the Resolutions Regarding British Colombia, reported by J.G. Bourinot, Ottawa Times Printing & Publishing, 1871, CIHM/ICMH

Débats parlementaires sur la question de la confédération des provinces de l'Amérique Britannique du Nord, 3e session, Parlement provincial du Canada, Québec, Hunter, rose et Lemieux, 1865

Documents de la session, Canada, 1869, no 16, no 18

Documents de la session, Canada, 1870, no 35

Documents de la session, Canada, 1871, no 20

Documents de la session, Canada, 1884, no 30

House of Commons, Debates, 4th session, 6th Parliament, Debate on the Power of Disallowance, 29th April 1890, Ottawa, Brown Chamberlin, CIHM/ICMH 56270

1.3 Sources imprimées

Ajzenstat, Janet, Paul Romney, Ian Gentles et William D. Gairdner, ed., *Canada's Founding Debates*, réédition, Toronto, University of Toronto Press, 2003, 502p.

« Alexander Mackenzie's Memoranda on the Appointment of Extra Senators, 1873-4 », éd. Eugene Forsey, (1946) 27 *Canadian Historical Review* 189-194.

Blake, E., *Address of the Liberal Leader to the Free and Independent Electors of West Durham*, Toronto, Globe, 1882, p.ix, CIHM/ICMH

Bourinot, John George, *Parliamentary Procedure and Practice in the Dominion of Canada*, intro. by C.B. Koester, South Hackensack, Rothman Reprints inc., 1971, facsimilé de la 1^{ière} édition de 1884, 693p.

_____, *Federal Government in Canada*, Baltimore, Murray, 1889, Johns Hopkins University Studies in Historical and Political Science, 7th Series, X-XI-XII, 457p.

Letter addressed to the Earl of Carnarvon by Mr Joseph Howe, Mr William Annand and Mr Hugh MacDonald Stating their Objections to the Proposed Scheme of Union of the British North American Provinces, London, Georges Edward Eyre and William Spottiswood, 1867, 33p.

Browne, G.P., *Documents on the Confederation of British North America, a Compilation Based on Sir Joseph Pope's Confederation Documents Supplemented by Other Official Material*, Toronto, McClelland & Stuart, 1969, 176p.

Canada, draft of instructions to be passed under the royal sign manual and signet to Viscount Monck, Governor-general of Canada, London, Foreign Office, 1867, 28p.

- Cauchon, Joseph, *Étude sur l'union projetée des provinces britanniques de l'Amérique du Nord*, Québec, Impr. de A. Cote et Cie, 1858, 36p.
- _____, *L'union des provinces de l'Amérique britannique du Nord*, Québec, Impr. de A. Cote et Cie, 1865, 152p.
- Compte rendu des procédures de la Conférence interprovinciale tenue en la cité de Québec, du 20 au 28 octobre 1887, inclusivement*, CIHM/ICMH no 55998
- Correspondence Relative to the Recent Disturbances in the Red River settlement*, London, William Clowes & Sons, 1870, 223p.
- Correspondence, Reports of the Ministers of Justice and Orders in Council upon the Subject of the Dominion and Provincial Legislation, 1867-1895*, Ottawa, Government Printing Bureau, 1896, 767p.
- Dorion, A. A., « Manifeste contre le projet de Confédération, 7 novembre 1864 », dans T. Chapais, *Cours d'Histoire du Canada*, vol 8, Québec librairie Garneau, 1934, t.VIII, p.224-236.
- Edward Blake's Aurora Speech*, 1874, publié dans *Canadian Historical Review*, 2 (1921) 249-271
- Galt, A.T., *Speech on the Proposed Union of the British North American Provinces Delivered at Sherbroock C.E. 23^d Novermber 1864*, Montréal, M. Longmoore & Co., 1864, 24p.
- Instruction to Viscount Monk as Governor-General of Canada*, London, Foreign Office, 1867, 29p.
- Kiewiet, C.W. et F.H. Underhill, *Dufferin-Carnarvon Correspondance, 1874-1878*, Originally Published as Champlain Society Publication XXXIII, Facsimile ed by Greenwood Press, New York, 1969, 442p.
- Loranger, T. J. J., *Lettre sur l'interprétation de la constitution fédérale dite l'acte d'Amérique britannique du nord, 1^{ere} lettre*, Québec, Imprimerie A.Côté et Co., 1883, 61p.
- Hamilton, P.S., *Union of the Colonies of British North America: Being Three Papers upon the Subject, originally Published Between the Years 1854 and 1861*, Montréal, John Lovell, 1864, 103p.
- D'Arcy M^cGee, Thomas, *Notes on federal governments, past and present with an appendix containing the federal constitution of the New Zealand colonies*, Montreal, Dawson Bros., 1865, 75p.

- _____, *Notes sur les gouvernements fédéraux passés et présents*, traduit par Ls. G. Glâdu, St-Hyacinthe, les Presses du Courrier de St-Hyacinthe, 1865, 37p.
- Observations of the Chief Justice of New-Brunswick on a Bill Entitled an Act to Establish a Supreme Court for the Dominion of Canada*, Fredericton, G.E. Fenety, 1870, 31p.
- F. O'Connor, William, *Rapport sur l'Acte d'Amérique Britannique du Nord, Sénat du Canada, Annexes*, 1939, Ottawa, Roger Duhamel, 1961 (pagination multiple).
- O'Sullivan, D.A., *A Manual of Government in Canada or, the Principles and Institutions of our Federal and Provincial Constitution*, 2^{sd} ed., Toronto, Carswell, 1887, 344p.
- Pope, Joseph, *Confederation Documents Hitherto Unpublished*, Toronto, Carswell, 1895, 324p.
- Proceedings of the Reform convention, held at Toronto on the 27th and 28th June, 1867*, Toronto, The Globe, 1867, 89p.
- Proposed British North American Confederation : Why it should not be imposed upon the Colonies by Imperial Legislation*, Montréal, Herald Steam Press, 1867, 379p.
- Proposed B.N.A. Confederation : A Reply to Mr. Penny's Reasons*, Montréal, Daily News Office, 1867, 13p.
- Ritchie, W.J., *Observations of the Chief Justice of New-Brunswick on a Bill Entitled an Act to Establish a Supreme Court for the Dominion of Canada*, Fredericton, G.E. Fenety, 1870, 24p.
- Shortt, A. et A.G. Doughty (éd.), *Documents relatifs à l'histoire constitutionnelle du Canada, 1759-1791*, 2^{ème} édition, partie 2, Ottawa, Thomas Mulvey, 1921, 382p.
- Taché, Joseph-Charles, *Des provinces de l'Amérique du Nord et d'une union fédéral*, Québec, J.T. Brousseau, 1858, 252p.
- Todd, Alpheus, *Brief Suggestions in regard to the formation of Local Governments in Upper and Lower Canada*, Ottawa, G.E. Desbarats, 1866, 180p..
- _____, *Parliamentary Government in the Colonies*, Boston, Little, Brown and Co., 1880, 607p.

« Unnecessary and Discordant Judicial Opinions », *Canadian Law Journal*, 15 (mars 1880), 73-75

1.4 Jurisprudence

- Attorney-General of Ontario v. Mercer*, (1881) 5 R.C.S. 538; (1882-83) 8 A.C. 767
Bank of Toronto v. Lambe, (1887) 12 A.C. 575
Barret v. Winnipeg, (1891) 19 R.C.S. 374; (1892) A.C. 445
British Columbia (A. G.) v. Canada (A. G.), (1887), 14 S.C.R. 345 (C.S.); (1889) 14 A.C. 305
Citizens' Insurance Co. c. Parsons, (1880) 4 R.C.S. 215; (1881-1882) 7 A.C. 96
Fredericton (City) v. Canada, (1880) 3 R.C.S. 505
Hodge v. The Queen, [1882] O.J. No. 354(C.A.); 7 O.A.R. 256 (C.A.); (1883-1884) 9 A.C. 117
In re Provincial Jurisdiction to pass Prohibitory Liquor Laws, (1895) 24 SCR 170; *A.G. Ontario v. A.G. Canada*, 1896 A.C. 348
Liquidator of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New-Brunswick (1892) A.C. 437
L'Union St-Jacques de Montréal v. Bélisle, (1874) 6 A.C. 31
Maher v. Town Council of Portland (1874). *New Brunswick School Act, The Argument before the Privy Council of Great Britain*, CIHM/ICMH no. 09657
Ontario v. Canada, (1895) 25 S.C.R. 434; 1897 A.C. 199
Re Jurisdiction over Provincial Fisheries, (1896) 26 S.C.R. 444; *A.G. Canada v. A.G. Ontario, Quebec and Nova Scotia*, 1898 A.C. 701
Re: Manitoba Statutes relating to Education, (1894) 22 S.C.R. 577; *Brophy v. Manitoba*, 1895 A.C. 202
Russell v. The Queen, (1881-82) 7 A.C. 829
R. v Chandler (1869), 12 N.B.R (C.A. N.-B.)
Severn c. Ontario, (1878) 2 R.C.S. 70
St. Catharines Milling and Lumber Co. v. Ontario (A. G.) (1887), 13 R.C.S. 577; (1889) 14 A.C. 46
Valin c. Langlois, (1879) 3 R.C.S. 1; (1879) 5 A.C. 115
- Documents de la session, Canada, 1884, no. 30. *Notes sténographique des représentations devant le CJCP dans l'affaire Hodge vs la Reine.*

Documents de la session, Canada, 1885, no. 85, *Notes sténographiques des représentations devant la Cour suprême du Canada dans le Renvoi sur l'Acte des licences de 1883.*

1.5 Lois et traités

Canada

Act for Protecting *the Public Interests in Rivers and Streams and Creeks*, 1881 (Ont.) 44 Vic. c. 11

Act to secure *uniform Conditions in Policies of Fire Insurance*, 1876 (Ont.) 39 Vict. c. 24.

Act Relating to Common Schools, 1873 (N.-B.) 34 Vic. c. 21

Act respecting the traffic in intoxicating liquors, 1878 (Can.) 41 Vic. c. 16

Liquor Licence Act, RSO c. 181

Loi sur l'uniformisation du système public, 1890 (Man.) 53 Vict. c. 38

Grande-Bretagne

Acte d'Union de 1840 (3-4 Victoria, c. 35 (R.-U.)

British North America Act, 1867 (U.K.) 30 Vict. c. 3

Act to remove Doubts as to the Validity of Colonial Laws, 1865 (U.K.) 28&29 Vict. c. 63.

Manitoba Act, 1870 (U.K.) 33 Victoria, c. 3

New Zealand Constitutional Act, 1853 (U.K.) 15 & 16 Vict. C. 72

2. Ouvrages de référence

2.1 Monographies

Bellavance, Marcel, *Le Québec et la Confédération : Un choix libre? : Le clergé et la constitution de 1867*, Sillery, Septentrion, 1992, 214p.

Bernard, J.-P., *Les Rouges, Libéralisme, nationalisme et anticléricalisme du milieu du XIXe siècle*, Montréal, Les Presse de L'université du Québec, 1971, 394p.

Bernardi, B., *La démocratie*, Textes choisis et interprétés, Paris, Flammarion, 1999, 256p.

Bilder, Mary Sarah, *The Transatlantic Constitution, Colonial Legal Culture and the Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 2004, 291p..

- Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England, a Facsimile of the first Edition of 1765-1769, vol. 1 of the Right of Persons*, Introduction by Stanley N. Katz, Chicago, University of Chicago Press, 1979, 473p.
- Bonenfant, Jean-Charles, *La naissance de la Confédération*, Montréal, Leméac, 1969, 155p.
- Brouillet, Eugénie, *La négation de la nation; l'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Montréal, Les éditions du Septentrion, 2005, 428p.
- Browne, G.P., *The Judicial Committee and the British North America Act, An Analysis of the Interpretation Scheme for the distribution of Legislative Powers*, Toronto, University of Toronto Press, 1967, 645p.
- Brun, Henri et Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, 4e éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2001, 1356p.
- Burdeau, Georges, *l'État*, 3e éd., Paris Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980, 733p.
- Carignan, Pierre, *Les garanties confessionnelles à la lumière du Renvoi relatif aux écoles séparées de l'Ontario; Un cas de primauté d'un droit collectif sur le droit individuel à l'égalité*, Montréal, Éditions Thémis, 1992, 268p.
- Careless, J.M.S., *Canada, A Story of Challenge*, 3rd ed, Toronto, Macmillan of Canada, 1986, 449p.
- _____, *Brown of the Globe*, vol. 2, Toronto, Macmillan, 1963, 592p.
- Creighton, Donald, *John A. Macdonald*, 2 vol., New York, Macmillan, 1952-1955, 725p.
- _____, *The Road to Confederation, The Emergence of Canada : 1863-1867*, Toronto, MacMillan, 1964, 489p..
- Constant, Benjamin, *De l'esprit de conquête et de l'usurpation*, Paris, GF-Flamarion, 1986, 344p., « De la liberté des anciens comparée à celle des modernes » texte publié originellement en 1819.
- Cooley, Thomas M., *Treatise ont the Constitutionnal Limitations Wich Rest Upon The Legislative Power of The States of the American Union*, 4th ed., Boston, Little, Brown and Co., 1878, 610p.
- Côté, Pierre-André, *Interprétation des lois*, 2^{ème} éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1990, 766p.

- Dawson, Nelson Martin, *La finance : un monde connu des pères de la confédération*, Groupe de recherche sur les institutions financières, Sherbrooke, Université de Sherbrooke, 2002, 507p.
- De Lolme, J.L. et J.P. Machelon, *Constitution of England and Les Idées Politiques De J. L. De Lolme: 1741-1806*, 2 Vols ré-édition par 1, Ayer Co Pub, 1979, 477p.
- Dicey, A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed., Indianapolis, Liberty Fund, 1982 (ré-édition), 435p.
- Dunn, J., *Setting People Free; The Story of Democracy*, Atlantic Book, Londres, 2005, 246p.
- Evans, Margaret A., *Sir Oliver Mowat*, Toronto, University of Toronto Press, 1992, 437p.
- Farr, David M. L., *The Colonial Office and Canada, 1867-1887*, Toronto, University of Toronto Press, 1955, 362p.
- Fecteau, Jean-Marie, *La liberté du pauvre, crime et pauvreté au XIXe siècle québécois*, Montréal, VLB éd., 2004, 455p.
- Ganzin, Michel, *La pensée politique d'Edmund Burke*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972, 464p.
- Hamilton, Alexander, James Madison and John Jay, *The Federalist Papers (1787-1789)*, Introduction by Garry Wills, New York, Bantam Classic, 2003, 587.
- Hood Phillips, O., *The Principles of English Law and the Constitution*, Londres, Sweet & Maxwell Ltd, 1939, 610p.
- Kelly, Stéphane, *La petite loterie: Comment la Couronne a obtenu la collaboration du Canada français après 1837*, Montréal, Boréal, 1997, 283p.
- Kelsen, Hans, *Théorie pure du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 367p.
- Lagayette, Pierre et Nicole Bensoussan, *Civilisation américaine; Documents constitutionnels*, Paris Ellipses, 1995, 271p.
- Lamonde, Yvan, *Histoire sociale des idées au Québec, vol 1 1760-1896*, Montréal, Fides, 2000, 565p..

- Lamonde, Yvan et Claude Corbo, éd., *Le rouge et le bleu, une anthologie de la pensée politique au Québec de la Conquête à la Révolution tranquille*, Montréal, PUM, 1999, 574p.
- Laselva, S. V., *The Moral Foundations of Canadian Federalism, Paradoxes, Achievements and Tragedies of Nationhood*, Montréal, McGill University Press, 1996, 264p.
- Lavroff, Dmitri Georges, *Histoire des idées politiques depuis le XIXe siècle*, 7e éd., Paris, Dalloz, 1998, 190p.
- Locke, John, *Traité du gouvernement civil*, réédition, Paris, GF Flammarion, 1984, 281p.
- Madison, J., *Notes of Debates in the Federal Convention of 1787*, With an Introduction by Adrienne Koch, third ed., Athens, Ohio, Ohio University Press, 1987, 724p.
- Martin, Ged, *Britain and the Origins of Canadian Confederation, 1837-67*, Vancouver, UBC Press, 1995, 388p.
- Maxwell, P. B., *On the Interpretation of Statutes*, 12th Edition P.St.J. Langan, éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1969, 391p.
- McCormick, P., *Supreme At Last. The Evolution of the Supreme Court of Canada*, Toronto, James Lorimer & Company Ltd., 2000, 204p.
- McIlwain, Charles Howard, *Constitutionalism, Ancient and Modern*, éd. Révisé, Ithaca, New York, Cornell University Press, 1947, 180p.
- Monet, Jacques, *The Last Cannon Shot, A Study of French-Canadian Nationalism 1837-1850*, Toronto, University of Toronto Press, 1969, 422p.
- Montesquieu, *De l'esprit des lois*, réédition, Paris, P. Seghers, 1972, 255p.
- Moore, C., *1867, How the Fathers Made a Deal*, Toronto, McClelland & Stewart, 1997, 279p.
- Morin, Jacques-Yvan et José Woehrling, *Les Constitutions du Canada et du Québec, du régime français à nos jours, tome 1er, études*, 2e éd. Montréal, Thémis, 1994, 479p.
- Morton, W.L., *The Critical Years, The Union of British North America . 1857-1873*, Toronto, McClelland and Stewart, 1964, 322p.

- Ogilvie, M.H., *Historical Introduction to Legal Studies*, Toronto, Carswell, 1982, 399p.
- Padfield, Collin et Tony Byrne, *British Constitution Made Simple*, 6th ed., Londres, Heinemann, 1981, 347p.
- Paquin, Stéphane, *L'invention d'un mythe : Le pacte entre deux peuples fondateurs*, Montréal, Éditions VLB, 1999, 171p.
- Pocock, J.G.A., *Virtue, Commerce & History, Essays on Political Thought and History in the Eighteenth Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985, 321p.
- _____, *Politics, Language & Time, Essays on Political Thought and History*, Chicago, University of Chicago Press, 1989, 291 p.
- Romney, Paul, *Getting it Wrong, How Canadians Forgot Their Past and Imperilled Confederation*, Toronto, University of Toronto Press, 1999, 332p.
- Rosanvallon, Pierre, *Le sacre du citoyen, histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, 1992, 490p.
- _____, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple de France*. Paris, Gallimard, 2000, 440p.
- Rousseau, J.J., *Du Contrat Social*, édition établie par Pierre Burgelin, Paris, GF Flammarion, 1992, 187p.
- Ryerson, Stanley-Bréhaut, *Le Capitalisme et la Confédération, Aux sources du conflit Canada-Québec*, version refondue, Montréal, Éditions Parti Pris, 1972, 549p.
- Saywell, John T., *The Lawmakers, Judicial Power and the Shaping of Canadian Federalism*, Toronto, University of Toronto Press, 2002, 453p.
- Skelton, O., *The life and times of Sir Alexander Tilloch Galt*, Toronto, Oxford University Press, 1920, 586p.
- Sedgwick, T., *A Treatise on the Rules Which Govern the Interpretation and Construction of Statutory and Constitutional Law*, (1857) sec. ed., by John Norton Pomeroy, New-York, Baker Voorhis & Co., 1874, 692p.
- Smith, Alexander, *The Commerce Power in Canada and the United States*, Toronto, Butterworth, 1963, 504p.

- Story, Joseph, *Commentaries on the Constitution of the United States, With a Preliminary Review of the Constitutional History of the Colonies and States Before the Adoption of the Constitution*, vol 1, (1833) reprint of the first publication, New York, Di Capo Press, 1970, 667p.
- Swinfen, D.B., *Imperial Control of Colonial Legislation, 1813-1865, a Study of British Policy Towards Colonial Legislative Powers*, Oxford, 1970, 202 p.
- de Toqueville, A., *De la démocratie en Amérique*, réédition, Paris, Éd. Pierre Lafont, 1986, coll. Bouquin, 1164p.
- Tremblay, André, *Les compétences législatives au Canada et les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droits civils*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1967, 350p.
- Vipond, Robert C., *Liberty and community : Canadian federalism and the failure of the constitution*, Albany, State University of New York Press , 1991, 249p.
- Waite, P.D., *The Life and Times of Confederation 1864-1867*, 3rd ed, Toronto, Robin Brass Studio, 2001, 379p.
- Wheare, K.C., *Federal Government*, 4th ed., London Oxford University Press 1963, 266p.
- White, William L., *Slaying the Dragon: The History of Addiction Treatment and Recovery in America*, Chestnut health Systems Publications, 1998, 390p.
- Yong, B., *George-Étienne Cartier, bourgeois montréalais*, Montréal, Boréal, 2004, 241p.

2.2 Articles de revue

- Bale, Gordon, «The New Brunswick Origin of Canadian Judicial Review», *University of New-Brunswick Law Journal*, 40 (1991) 100-129
- Loren P., «The Judicial Committee of the Privy Council and the Development of Judicial Review», *The American Journal of Comparative Law*, 24: 1 (1976) 22-42.
- Cairns, A., « The Judicial Committee and its Critics », *Canadian Journal of Political Science/Revue canadienne de science politique*, 4 : 1 (1971) 301-345.
- Campbell, Gail G., « The Most Restrictive Franchise in British North America ? A Case Study », *Canadian Historical Review* 71 : 2 (1990) 159-188.

- Czarnecki, Jason J. et William K. Ford, « The Phantom Philosophie? An Empirical Investigation of Legal Interpretation », *Maryland Law Review*, 65: 3 (2006) 84-906.
- Forsey, Eugene, « Disallowance of Provincial Acts, Reservation of Provincial Bills, and Refusal of Assent by Lieutenant-Governors since 1867 », *The Canadian Journal of Economics and Political Science/ Revue canadienne d'Économique et de Science politique*, 4 : 1 (1938) 47-59.
- Garon, André, « La fonction politique et sociale des chambres hautes canadiennes, 1791-1841 », *Histoire sociale/Social History*, 5 (1970) 66-87.
- Greenwood, F. M., « Lord Watson, Institutional Self-Interest, and the Decentralization of the Canadian Federalism in the 1890's », *University of British Columbia Law Review*, 9 (1974) 244-279.
- Herman, M.J., « Introduction: The Supreme Court of Canada 1875-1975 » *Ottawa Law Review*, 8 (1976), 1-31.
- Hogg, P. et W. K. Wright, « Canadian Federalism, the Privy Council and the Supreme Court: Reflections on the Debate About Canadian Federalism », *University of British Columbia Law Review* 38 (2005) 329-352.
- Iacobucci, Frank, « The Supreme Court of Canada: Its History, Powers and Responsibilities », *Journal of Appellate Practice and Process*, 4 (2002), 27-40.
- Knox, B.A., «Conservative Imperialism 1858-1874 : Bulwer, Lytton, Lord Carnarvon and Canadian Confederation», *The International History Review*, 6 : 3 (1984) 333.
- Laudy, Danielle, «Les politiques coloniales britanniques et le maintien de l'Ancien Régime au Bas-Canada », *Histoire, Économie et Société*, 14 : 1 (1995) 71-88.
- Laskin, Bora, « The Supreme Court of Canada, the First One Hundred Years: A Capsule Institutional History », *Canadian Bar Review*, 53 (1975), 459-468.
- Leclair, Jean et Yves-Marie Morissette, « L'indépendance judiciaire et la Cour suprême : Reconstruction historique douteuse et théorie constitutionnelle de complaisance », *Osgoode Hall Law Journal* 36 (1998), 485.
- Marques, Elder C., « What the Law Does Not Allow : The Boundaries of Canadian Constitutionalism and the British Columbia Supreme Court, 1878-88 », *Queen's Law Journal* 30 (2004) 35-78.

- McNairn, Jeffrey L., « Publius of the North: Tory Republicanism and the American Constitution in Upper Canada », *Canadian Historical Review*, 77 : 4 (1996) 504-537.
- Morin, Michel, « L'élection des membres de la Chambre Haute du Canada-Uni, 1856-1867 », *Cahiers de Droit*, 35 (1994), pp. 23-50.
- Reinstein, Robert et J. Mark C. Rahdert, «Reconstructing Marbury», *Arkansas Law Review*, 57 (2005) 729-833.
- Risk, R.C.B., « Canadian Courts under the Influence », *University of Toronto Law Journal*, 40 : 4 (1990) 687-737.
- Schneiderman, David, « A.V. Dicey, Lord Watson and the Law of the Canadian Constitution in the Late Nineteenth Century », *Law and History Review* 16 : 3 (1998) 495-526.
- Smith, Peter J., « Civic Humanism Vs Liberalism, Fitting the Loyalists In », *Revue d'Études Canadienne*, 26: 2 (1991) 25-43.
- Tremblay, Luc B., « A Round Table on American Constitutional Law – Marbury v. Madison and Canadian Constitutionalism: Rhetoric and Practice », *Revue juridique Thémis* 37 (2003) 375-403.
- _____ « Two Models of Constitutionalism and the Legitimacy of the Law: Dicey or Marshall? », *Oxford University Commonwealth Law Journal*, 6: 1 (2006) 77-101.
- Underhill, Frank H., « Edward Blake's Interview with Lord Cairns on the Supreme Court Act, July 5, 1876 », *The Canadian Historical Review*, 19: 3 (1938), 292-300.

2.3 Chapitre de collectif

- Carmaz, Kathy, «The Grounded Theory Method: An Explication and Interpretation», dans Robert M. Emerson (Ed.) *Contemporary field research : a collection of Reading*, Prospect Heights, Waveland Ed., 1998, p.109-126.
- Chevrier, Marc, «La genèse de l'idée fédérale chez les Pères fondateurs américains et canadiens», dans : Alain-G. Gagnon (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain, Fondements, traditions, institutions*, Montréal, PUM, 2006, pp19-61.

- Lamer, Antonio, « A Brief History of the Court » dans *The Supreme Court of Canada and Its Justices 1875-2000: A Commemorative Book*, Toronto, Dundurn Group, 2000, pp. 11-37.
- Risk, R.C.B., «Constitutional Scholarship in the Late Nineteenth Century : Making Federalism Work», dans G. Blaine Baker et Jim Phillips, *A history of Canadian Legal Thought, Collected Essays, R.C.B. Risk*, Toronto, University of Toronto Press, 2006, pp. 33-65.
- Romney, Paul, « Why Lord Watson was right », dans J. Ajzenstat ed., *Canadian Constitutionalism, 1791-1991*, Ottawa, Canadian studies of Parliament Group, 1992, pp.162-189.

2.4 Autres publications universitaires.

- Barry, Alpha Ousmane, «Les bases théoriques en analyse de discours», *Textes de méthodologies*, Chaire de Recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie, 35p.,
<http://www.er.uqam.ca/nobel/ieim//IMG/pdf/metho-2002-01-barry.pdf>, accédé le 21 juillet 2008.
- Laycock, Douglas, « Protecting Liberty an a Federal System, the US Experience », (2005) Public Law and Legal Theory Research Paper No. 77, The University of Texas School of Law, 49p.,
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=821405, accédé le 21 juillet 2008.
- Rosanvallon, P., « L'universalisme démocratique histoire et problèmes », *Laviedes Idées.fr*, magazine web,
http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20080128_rosanvallon.pdf, publié le 17 déc. 07, accédé le 10 janvier 09.
- Voigt, Stefan, Michael Ebeling, Lorenz Blume, «Improving Credibility by Delegating Judicial Competence, the Case of the Judicial Committee of the Privy Council», No. 67/04, Kassel Universität, Fachbereich Wirtschaftswissenschaften, 2004, 30p.,
<http://ideas.repec.org/p/kas/wpaper/2004-67.html>, accédé le 21 juillet 2008.

3. Références

3.1 Dictionnaires et répertoires

- Dictionnaire biographique du Canada*, <http://www.biographi.ca/FR/>, accédé le 21 juillet 2008.

Bescherelle l'aîné, M., *Dictionnaire national ou universel de la langue française*, 2^{ème} éd., T 1, Paris Garnier, 1864

Catalogue de la bibliothèque de l'honorable Joseph Cauchon, Mai 1866, Québec, A. Côté et cie, 1866

Catalogue de la bibliothèque de feu l'hon. sir G.E. Cartier, Baronet, pour être vendue Mercredi, le 24 septembre 1873, Montréal, la Minerve, 1873

Catalogue alphabétique de la bibliothèque du Parlement, Comprenant l'index des Catalogues méthodiques publiés en 1857 et 1858 et des livres ajoutés à la bibliothèque depuis cette époque jusqu'au 1^{er} mars 1862, Québec, Hunter Rose et cie, 1862

Grand dictionnaire terminologique de la Langue française,
http://www.granddictionnaire.com/btml/fra/r_motclef/index1024_1.asp,
accédé le 22 juillet 2008.

Larousse, Pierre, *Grand dictionnaire universel du 19^{ème} siècle*, t 4 et 8, Paris, Larousse, 1866

Neugent, Thomas, *A New Pocket Dictionary of the French and English Language*, Montréal, Sherman, 1856.

Reid, Alexander, *A Dictionary of the English Language*, Toronto, Miller & Co., 1876.

3.2 Jurisprudence

Canada

Renvoi sur les droits linguistiques du Manitoba, [1985] 1 R.C.S. 721

Renvoi relatif à la sécession du Québec [1998] 2 R.C.S. 217

R. v Chandler (1869), 12 N.B.R. 556

États-Unis

Marbury v. Madison 5 U.S. 137 (1803)

Grande-Bretagne

Stockdale v. Hansard, (1839) A&E 1

Queen v. Burah, 1878 A.C. 906