

L'initiative constitutionnelle comme élément déclencheur de la réforme du fédéralisme canadien

Catherine Mathieu

Introduction

Plusieurs auteurs se sont intéressés aux problèmes juridiques qui complexifient et alourdissent le processus de modification constitutionnelle et qui s'opposent au renouvellement du fédéralisme canadien¹. Leur conclusion est unanime : les différentes exigences qui sont venues se greffer à la procédure d'amendement constitutionnel prévue à la Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*² compromettent le succès de toute réforme en profondeur du fédéralisme et mènent inexorablement au *statu quo* constitutionnel. Cette appréhension de l'échec s'est traduite par un manque apparent d'appétit politique à l'égard de tout projet significatif de changements constitutionnels³, phénomène amplifié par l'absence de forum permettant aux provinces et au gouvernement fédéral ne serait-ce que d'entamer des discussions portant sur la réforme de la Constitution canadienne. En effet, depuis l'Entente de Charlottetown, aucune conférence intergouvernementale n'a été organisée en vue de discuter de révisions constitutionnelles d'envergure⁴. Pourtant, l'organisation d'une conférence constitutionnelle est généralement perçue comme l'unique point de départ de toute réforme potentielle du fédéralisme canadien.

¹ Voir notamment: Richard Albert, « The Difficulty of Constitutional Amendment in Canada » (2015) 53:1 *Alta L Rev* 85; Michael Lusztig, « Constitutional Paralysis: Why Canadian Constitutional Initiatives Are Doomed to Fail » (1994) 27:4 *CJPS* 747; Christopher P. Manfredi et Michael Lusztig, « Why Do Formal Amendments Fail? An Institutional Design Analysis » (1998) 50 *World Politics* 377; Jacques-Yvan Morin et José Woehrling, *Les constitutions du Canada et du Québec. Du régime français à nos jours*, tome 1, Montréal, Thémis, 1994, p. 531–38; Patrick Taillon, *Les nouveaux obstacles juridiques au renouvellement du fédéralisme canadien*, Montréal, Institut de recherche sur le Québec, 2007.

² *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11 [*LC de 1982*].

³ Voir Benoit Pelletier, « La modification et la réforme de la Constitution canadienne » (2017) 47:2 *RGD* 459 à la p 494 [Pelletier, « Modification et réforme »].

⁴ Voir *ibid* aux pp 485, 498.

Mais pourrait-il en être autrement? Bien que les tentatives de réforme depuis l'adoption de la procédure de modification en 1982 aient été initiées dans le cadre de conférences constitutionnelles et laissent l'impression qu'un tel mécanisme est requis, il ne s'agit pas d'une exigence posée par la procédure prévue à la Partie V de la *LC de 1982*. Au contraire, celle-ci prévoit expressément à son article 46(1) que l'initiative constitutionnelle appartient au Sénat, à la Chambre des communes et à chacune des assemblées législatives provinciales. *A priori*, rien n'empêcherait donc le gouvernement fédéral ou l'un des gouvernements provinciaux d'initier une réforme « unilatéralement », c'est-à-dire en adoptant une résolution proposant une modification de la Constitution qui n'aurait pas fait l'objet d'une entente préalable avec les autres partenaires fédératifs. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs rappelé, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁵, l'existence de ce droit d'initiative, soulignant que la *LC de 1982* « confèr[e] à chaque participant de la Confédération le droit de prendre l'initiative d'une proposition de modification constitutionnelle »⁶ et qu'un tel droit « relève de la responsabilité des représentants démocratiquement élus des participants à la Confédération »⁷.

Dans le passé, ce droit d'initier une modification constitutionnelle s'est exercé au terme de négociations au cours desquelles les gouvernements fédéral et provinciaux s'entendaient sur une résolution contenant l'ensemble des modifications envisagées. Dans ce contexte, il ne s'agissait pas d'une véritable « initiative », mais plutôt de l'adoption de la première résolution autorisant et ratifiant les modifications constitutionnelles ayant fait l'objet de l'entente. À ce titre, la Nouvelle-Écosse a « initié » la modification menant à l'adoption de la *Proclamation de 1983*⁸ et le Québec est

⁵ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 [*Renvoi sur la sécession*]

⁶ *Ibid* au para 69.

⁷ *Ibid* au para 88.

⁸ *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, TR/84-102 [*Proclamation de 1983*]. Cette modification intégra à la *LC de 1982* un ensemble de dispositions relatives aux peuples autochtones. Voir Guy Favreau, *Modification de la Constitution du Canada (« Livre Blanc »)*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1965 aux pp 7, 22; Pelletier, « Modification et réforme », *supra* note 3 à la p 473.

l'« initiateur » du processus de ratification de l'Accord du lac Meech⁹. Or, ce qui nous intéresse ici est l'étude du droit d'initiative en dehors de ce scénario traditionnel, les conditions et conséquences de son exercice dans un tel contexte n'ayant été que très peu étudiées. Comme le mentionne James Ross Hurley, l'un des rares auteurs à s'être penché sur cette question :

Il est facile de suivre le cheminement d'une modification, à partir de sa ratification — ou autorisation — jusqu'à sa proclamation finale, mais il est plus difficile de savoir au juste comment procéder entre la proposition initiale d'un projet de modification et l'adoption, par le Sénat, la Chambre des communes et le nombre voulu d'assemblées législatives, des résolutions qui sont nécessaires¹⁰.

Bien qu'elle ne puisse évidemment suffire à mener à terme une modification de la Constitution formelle¹¹, l'initiative constitutionnelle a selon nous le potentiel d'agir comme un élément déclencheur permettant d'ouvrir à nouveau le dialogue constitutionnel. L'exercice unilatéral du droit d'initiative pourrait ainsi être envisagé par l'une des provinces afin de donner suite au *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*¹² en proposant une modification visant à mettre en place des élections sénatoriales provinciales¹³. Le Québec pourrait aussi vouloir utiliser ce droit afin d'initier des discussions constitutionnelles relatives à la reconnaissance formelle de son caractère distinct au sein de la fédération canadienne. L'initiative pourrait également venir du gouvernement fédéral actuel si celui-ci, dans sa volonté de mettre en place un nouveau cadre légal garantissant les droits des peuples

⁹ Voir Favreau, *supra* note 8 à la p 9.

¹⁰ Voir James Ross Hurley, *La modification de la Constitution du Canada : historique, processus, problèmes et perspectives d'avenir*, Ottawa, Groupe Communication Canada, 1996 à la p 161.

¹¹ Nous entendons ici par « Constitution formelle » l'ensemble des règles qui ne peuvent être modifiées que par une procédure multilatérale de modification constitutionnelle, soit les procédures prévues aux articles 38, 41, 42 et 43 de la *LC de 1982*.

¹² *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32 [*Renvoi sur le Sénat*].

¹³ On peut penser ici à l'Alberta qui, en vertu du *Senatorial Selection Act*, RSA 2000, c S-5, avait mis en place et tenu des élections sénatoriales consultatives ayant mené à la nomination par le gouvernement Harper de quatre sénateurs albertains élus. Dans le *Renvoi sur le Sénat*, la Cour suprême du Canada a conclu qu'une telle modification relevait de la procédure prévue à l'article 42(1)b) de la *LC de 1982*, exigeant l'accord d'au moins sept provinces représentant au moins 50% de la population (procédure dite du « 7/50 »). *Ibid* aux para 54–67.

autochtones, souhaitait actualiser l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁴ en y enlevant la référence aux « Indiens »¹⁵.

Notre étude tentera donc de faire la lumière sur cette première étape vers la modification de la Constitution canadienne. À cette fin, nous traiterons dans un premier temps du processus d'initiative prévu à la Partie V de la *LC de 1982* [1.]. Nous aborderons dans un deuxième temps les obligations qui s'imposent en amont de l'adoption d'une résolution d'initiative par l'une des assemblées législatives provinciales, le Sénat ou la Chambre des communes [2]. Nous nous pencherons enfin sur l'obligation de négocier qui résulte de l'adoption d'une telle résolution [3].

1. Le droit d'initiative prévu à la Partie V de la *LC de 1982*

Il importe d'emblée de rappeler que le droit d'initiative constitutionnelle est un droit nouvellement acquis par les provinces lors de l'adoption de la *LC de 1982* [1.1.]. Bien que ce droit soit dorénavant prévu à la Partie V, qui encadre les modalités de son exercice [1.2.], il a été historiquement peu utilisé par les partenaires fédératifs pour tenter d'initier une réforme de façon unilatérale [1.3.].

1.1. *L'acquisition par les provinces du droit d'initier une modification constitutionnelle*

Avant que le Canada ne se dote d'une procédure formelle de modification constitutionnelle, le pouvoir de modifier la Constitution canadienne appartenait au Parlement de Westminster, agissant à la demande et avec l'accord des autorités canadiennes s'exprimant par le biais d'une résolution conjointe du Sénat et de la Chambre des communes. Les provinces étaient certes libres d'initier des

¹⁴ *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, art 91, reproduit dans LRC 1985, annexe II, no 5 [*LC de 1867*].

¹⁵ Voir Alexandra Parent, « Comment renouveler la relation Ottawa-Autochtones? » *Radio-Canada* (5 décembre 2018), en ligne : <ici.radio-canada.ca/espaces-autochtones/1139992/constitution-gouvernement-premieres-nations-autochtones-justin-trudeau>. Une telle modification, qui toucherait au partage des compétences législatives prévu à la *LC de 1867*, relèverait selon nous de la procédure générale d'amendement prévue à l'article 38(1) de la *LC de 1982*, puisqu'il s'agit d'une modification qui n'est pas visée expressément par l'une des procédures prévues à la Partie V.

discussions de nature constitutionnelle, mais le droit de s'adresser au Parlement britannique pour demander une modification constitutionnelle appartenait exclusivement au Parlement fédéral¹⁶. Le gouvernement britannique refusa d'ailleurs à plus d'une reprise les demandes adressées par les provinces canadiennes¹⁷, lesquelles étaient dès lors dans l'incapacité d'initier une réforme constitutionnelle sans devoir d'abord passer par Ottawa.

Dans ce contexte, l'adoption de l'article 46(1) de la *LC de 1982* représente à la fois une innovation et un gain important pour les provinces par rapport à la situation qui prévalait avant le rapatriement, celles-ci étant dorénavant sur un pied d'égalité avec les autorités fédérales dans l'exercice de leur droit d'initiative constitutionnelle¹⁸.

1.2. *Les modalités d'exercice du droit d'initiative*

L'article 46(1) de la *LC de 1982* prévoit et encadre le droit d'initier une modification constitutionnelle :

46(1) L'initiative des procédures de modification visées aux articles 38, 41, 42 et 43 appartient au Sénat, à la Chambre des communes ou à une assemblée législative.

Cette disposition vise toutes les modifications assujetties à une procédure *multilatérale*, qu'il s'agisse de l'unanimité (article 41), de la procédure générale du « 7/50 »¹⁹ (article 38 et 42), ou encore de l'unanimité sélective (article 43). Elle exclut par le fait même les procédures *unilatérales* de modification prévues aux articles 44 et 45, qui sont respectivement à l'initiative de chacune des

¹⁶ Voir Morin et Woehrling, *supra* note 1 à la p 416.

¹⁷ Voir *ibid*; Favreau, *supra* note 8 à la p 15; *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 RCS 753 à la p 889.

¹⁸ Voir Morin et Woehrling, *supra* note 1 à la p 530; Patrick Monahan et Byron Shaw, *Constitutional Law*, 4^e éd, Toronto, Irwin Law, 2013 à la p 203.

¹⁹ Voir *supra* note 13.

chambres fédérales, et de l'assemblée législative de chaque province, agissant par le biais de la voie législative ordinaire²⁰.

Bien que le droit d'initiative soit formellement confié au Sénat, à la Chambre des communes et aux assemblées législatives provinciales, l'initiative de la modification peut du point de vue pratique prendre son origine ailleurs. Elle peut être proposée dans le cadre d'une conférence intergouvernementale, mais elle peut aussi émaner de la volonté d'un seul gouvernement d'enclencher le processus de révision constitutionnelle en introduisant une résolution à cet effet. Même si en principe l'initiative pourrait également venir d'un député de l'opposition ou encore d'un sénateur, la réalité politique est telle qu'une résolution portant sur un sujet aussi important que la modification de la Constitution canadienne est peu susceptible d'être adoptée si elle n'a pas été introduite par le gouvernement au pouvoir et n'est pas appuyée par ce dernier²¹.

L'adoption d'une résolution d'initiative enclenche formellement le processus d'amendement constitutionnel prévu à la Partie V et commence à faire courir les délais qui y sont applicables²². Aucune autre disposition ne prévoit de quelle façon ce droit peut être exercé ou la forme que l'initiative doit prendre. Cela dit, à la lumière des articles 39 et 46(2) de la *LC de 1982*, qui font référence à l'adoption d'une « résolution d'agrément » (« *resolution of assent* »), c'est par la voie d'une telle résolution, qui autorise le gouverneur général à prendre une proclamation modifiant la Constitution, que ce droit d'initiative pourrait s'exercer²³.

²⁰ Voir Stephen A Scott, « Pussycat, Pussycat or Patriation and the New Constitutional Amendment Processes » (1982) 20:2 UWO L Rev 247 à la p 280; Peter C Oliver, *Patriation and Amendment of the Constitution of Canada*, thèse de doctorat en droit, University of Oxford, 1992 [non publiée] à la p 243.

²¹ Voir Peter W Hogg, *Constitutional Law in Canada*, vol 1, 5^e éd, Toronto, Thomson Reuters Canada, 2016 (feuilles mobiles, mise à jour 2018) à la p 4-26 [Hogg, *Constitutional Law*].

²² Tel que le prévoit l'article 39 de la *LC de 1982*, cette résolution initiale sert de point de départ à la computation des délais pour les modifications visées par l'article 38(1).

²³ Voir Morin et Woehrling, *supra* note 1 à la p 529.

L'article 46(2) de la *LC de 1982* prévoit qu'une « résolution d'agrément » peut être révoquée à tout moment avant la date de la proclamation qu'elle autorise. Ainsi, une assemblée législative initiatrice pourrait adopter une première résolution pour enclencher le processus de modification puis, une fois des négociations tenues avec les autres participants, la révoquer pour en adopter une nouvelle reflétant les changements convenus. Dans ce contexte, la résolution d'initiative permet d'ouvrir le dialogue et la capacité de la révoquer permet d'adapter la réforme envisagée en fonction des discussions ainsi entamées.

La résolution doit-elle autoriser une modification précise, ou pourrait-elle se limiter à s'exprimer en faveur d'une réforme sans en définir les modalités? La Partie V ne fournit aucune réponse à cette question et permet donc en principe ces deux formes de résolution. Si l'objectif de l'adoption de la résolution n'est que d'amorcer des discussions, le texte de la résolution et sa précision ne seront pas nécessairement déterminants, puisqu'en exerçant son droit à la révocation, l'initiateur pourra toujours adopter une nouvelle résolution autorisant cette fois des modifications précises. À l'inverse, l'adoption d'une résolution autorisant une modification spécifique pourrait être suivie par des résolutions similaires des autres assemblées législatives. Ainsi, la modification proposée pourrait faire l'objet, une fois le nombre requis de résolutions adoptées, d'une proclamation par le gouvernement général tel que prévu par l'article 48 de la *LC de 1982*, et ce, dans sa forme initiale. Comme nous le verrons à l'instant, les précédents tendent à démontrer que c'est cette deuxième voie qui semble envisagée par les provinces dans l'exercice de leur droit d'initiative constitutionnelle.

1.3. Les précédents

Il existe peu de précédents de l'exercice unilatéral du droit d'initiative, c'est-à-dire des situations où un partenaire fédératif a adopté une résolution proposant une modification constitutionnelle sans la

tenue de négociations préalables avec les autres membres de la fédération quant au contenu de cette résolution.

En adoptant à l'unanimité, le 12 septembre 1982, une résolution pour faire reconnaître le droit de propriété dans la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁴, la Colombie-Britannique fut la première et la seule province à utiliser son droit nouvellement acquis d'initier une modification constitutionnelle²⁵. Cette résolution d'initiative autorisait non seulement la modification de la *Charte*, mais contenait également une disposition exhortant le Parlement et les autres provinces à emboîter le pas²⁶. Dans cette veine, un député de l'opposition à l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick déposa, le 29 avril 1983, une résolution similaire, qui ne passa toutefois jamais au vote. Fait à noter, cette résolution avait fait l'objet d'une modification à la suite d'une proposition du premier ministre quant aux limites au droit de propriété dont la reconnaissance était proposée, la rendant par le fait même incompatible avec celle de la Colombie-Britannique²⁷.

Plus de trois ans plus tard, le 27 novembre 1986, un député d'arrière-ban de l'Assemblée législative de l'Ontario présenta une résolution se fondant sur les mêmes principes que celle de la Colombie-Britannique. Celle-ci n'obtint toutefois pas un nombre suffisant de votes pour être adoptée²⁸. Aucune autre assemblée législative n'ayant été de l'avant, l'ajout proposé à la *Charte* par la Colombie-Britannique ne vit jamais le jour²⁹.

²⁴ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11 [*Charte*].

²⁵ Voir Hurley, *supra* note 10 à la p 141; Favreau, *supra* note 8 à la p 7; Oliver, *supra* note 20 à la p 245;

²⁶ Voir Hurley, *supra* note 10 à la p 141; Assemblée législative de la Colombie-Britannique, *Official Report of Debates of the Legislative Assembly*, 32-4 (12 septembre 1982) à la p 9299.

²⁷ Alors que la résolution initiale prévoyait une reconnaissance du droit de propriété et le droit d'en être privé « qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale », la modification proposée prévoyait un droit d'en être privé « que par l'application régulière de la loi ». Voir Hurley, *supra* note 10 à la p 141.

²⁸ Voir *ibid* aux pp 141-43.

²⁹ Le gouvernement fédéral avait envisagé de déposer une résolution semblable à celle de la Colombie-Britannique. Le 18 avril 1983, le premier ministre a offert à l'opposition officielle de déposer elle-même cette

Bien que certaines résolutions en vue de faire reconnaître le droit de propriété dans la Constitution aient par la suite été introduites à la Chambre des communes par des députés de l'opposition, aucune n'a recueilli le nombre de votes nécessaire pour son adoption³⁰. D'autres résolutions d'initiative portant notamment sur la réforme du Sénat, les droits autochtones de même que sur les droits linguistiques ont été déposées au Sénat et à la Chambre des Communes. Toutefois, celles-ci n'ont été pour la majorité jamais mises aux voix et aucune n'a recueilli un nombre suffisant de votes pour être adoptée³¹.

Bref, depuis l'adoption de la *LC de 1982*, la Colombie-Britannique est la seule à avoir réussi à enclencher la procédure prévue à la Partie V en adoptant une résolution d'initiative de façon unilatérale. L'insuccès de cette tentative démontre qu'en l'absence de négociations, les résolutions adoptées risquent d'être incohérentes, voire incompatibles. Si des dissemblances de forme quant à la rédaction de la résolution peuvent ne pas être déterminantes, toute divergence quant au contenu de la modification proposée est susceptible d'entraîner l'échec de la réforme envisagée. Comme le note James Ross Hurley, « [u]ne fois qu'une modification a été adoptée par un organisme législatif, les autres doivent l'adopter telle quelle, car s'ils y changent quoi que ce soit, ils se trouvent en fait à introduire une nouvelle résolution constitutionnelle plutôt qu'à ratifier la résolution d'origine »³². Ce problème de coordination démontre l'utilité, voire même la nécessité, d'une certaine forme de fédéralisme exécutif dans le cadre du processus d'amendement constitutionnel³³.

Cela dit, l'expérience de la Colombie-Britannique indique également que l'adoption d'une résolution d'initiative n'est pas sans effet et peut amener d'autres provinces ainsi que le gouvernement fédéral à

résolution. Après qu'il lui ait transmis le texte proposé, cette dernière a toutefois décidé de présenter la résolution proposée sous forme de motion de défiance. Le gouvernement ne pouvant par conséquent l'appuyer, la motion fut battue. Voir *ibid* à la p 142.

³⁰ Voir *ibid* à la p 144.

³¹ Voir *ibid* aux pp 144–45.

³² *Ibid* à la p 163.

³³ Voir Favreau, *supra* note 8 à la p 8; Hurley, *supra* note 10 à la p 90.

vouloir emboîter le pas. Parlant de cette tentative, le professeur Peter C Oliver souligne que « *[h]ad this been successful, presumably Parliament would have been under great pressure to approve the resolution* »³⁴. Si l'ajout du droit de propriété était loin de faire consensus à l'époque, ce qui explique en grande partie l'échec de l'initiative de la Colombie-Britannique³⁵, il pourrait en être autrement d'une question pour laquelle les provinces sont plus susceptibles d'en arriver à une entente. S'ajouteraient toutefois aujourd'hui, avant de pouvoir proposer une telle réforme, certaines obligations de nature législative et constitutionnelle qui viennent dorénavant encadrer l'exercice du droit d'initiative.

2. Les obligations qui encadrent l'exercice du droit d'initiative

Bien que l'article 46(1) ne prévoie aucune condition préalable à l'exercice du droit qui y est conféré, certaines obligations s'imposent néanmoins en amont de l'initiative. En effet, certaines provinces ont subordonné ce droit à la tenue préalable d'un référendum [2.1.], alors que le Parlement fédéral l'a conditionné à l'obtention de l'accord d'une majorité de provinces [2.2.]. En plus d'être limité par ces exigences législatives, le droit d'initiative pourrait également être encadré par l'obligation constitutionnelle de consulter les peuples autochtones lorsque les droits de ces derniers sont susceptibles d'être affectés par la réforme envisagée [2.3].

³⁴ Voir Oliver, *supra* note 20 à la p. 245; J. Peter Meekison, « The Amending Formula » (1982) 8 Queen's LJ 99 à la p 122.

³⁵ Hurley, *supra* note 10 à la p 141.

1.1. Le référendum constitutionnel

Les provinces de l'Alberta et de la Colombie-Britannique ont adopté des lois mettant en place un référendum constitutionnel obligatoire pour toute modification à la Constitution du Canada³⁶. Aucune de ces lois ne fait référence à la tenue de négociations préalables ni au moment où le référendum doit se dérouler. De plus, elles réfèrent uniquement à des résolutions « autorisant » une modification constitutionnelle, sans exiger que celle-ci ne prenne son origine dans une entente négociée. Ils semblent donc que ces deux lois puissent trouver application autant avant l'adoption d'une résolution visant à *initier* une modification qu'avant celle d'une résolution visant à *ratifier* une modification ayant été préalablement approuvée par les partenaires fédératifs.

La loi de la Colombie-Britannique indique que : « *The government must not introduce a motion for a resolution of the Legislative Assembly authorizing an amendment to the Constitution of Canada unless a referendum has first been conducted* »³⁷. Cette loi impose ainsi l'obligation au gouvernement provincial de tenir un référendum avant de pouvoir introduire toute résolution qui viserait à initier une réforme constitutionnelle. Dans la mesure où la loi reste silencieuse quant aux effets du résultat du référendum, celui-ci ne possède en principe aucun effet contraignant³⁸. Par conséquent, le pouvoir d'initiative gouvernementale est conditionnel à la tenue d'un référendum, mais non à l'obtention d'un résultat positif.

³⁶ En Colombie-Britannique : *Constitutional Amendment Approval Act*, RSBC 1996, c 67. En Alberta : *Constitutional Referendum Act*, RSA 2000, c 25. Ajoutons que sans imposer d'exigences relativement à la tenue d'un référendum, l'article 49(2) des *Règlements, ordres et formalités de procédure de l'Assemblée législative du Manitoba* prévoit que le grand public doit pouvoir faire valoir ses observations lors des débats suivant l'introduction, par le gouvernement manitobain, d'une résolution visant à modifier la Constitution.

³⁷ *Constitutional Amendment Approval Act*, *supra* note 36, art 1.

³⁸ Voir Dave Guénette, « Le référendum constitutionnel dans les sociétés fragmentées – L'expérience canadienne, son ambiguïté et ses conséquences », dans Amélie Binette et Patrick Taillon, *La démocratie référendaire dans les ensembles plurinationaux*, dir, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2018 à la p 189.

Ce n'est toutefois que le pouvoir du *gouvernement* d'introduire une résolution initiant ou autorisant une modification qui est restreint par la loi, et non le droit de l'assemblée législative d'adopter une telle résolution conformément à l'article 46(1) de la *LC de 1982*. Rien n'empêcherait donc en principe un membre de l'opposition d'initier une modification constitutionnelle. Bien qu'une telle manœuvre permettrait l'adoption d'une résolution d'initiative sans que celle-ci fasse d'abord l'objet d'un référendum, il n'en reste pas moins que cette façon de procéder contournerait l'objectif premier de la loi consistant à permettre à la population de se prononcer sur tout projet de modification constitutionnelle³⁹.

La loi albertaine est quant à elle plus contraignante. Elle indique que : « *The Lieutenant Governor in Council shall order the holding of a referendum before a resolution authorizing an amendment to the Constitution of Canada is voted on by the Legislative Assembly* »⁴⁰. Elle précise également l'effet du référendum en mentionnant que « *the result is binding [...] on the government that initiated the referendum* »⁴¹, ce dernier devant « *as soon as practicable, take any steps within the competence of the Government of Alberta that it considers necessary or advisable to implement the results of the referendum* »⁴². Non seulement le gouvernement est-il ainsi tenu d'organiser un référendum avant que l'assemblée législative ne puisse voter sur une résolution d'initiative, mais il est au surplus tenu de se conformer au résultat du vote et de prendre les mesures visant à donner effet à ce dernier⁴³.

De surcroît, parce qu'elle ne se limite pas à encadrer le droit du gouvernement d'introduire une résolution, la loi albertaine ne permettrait pas à un député de l'opposition de contourner l'exigence référendaire. Toutefois, à l'instar de la loi de la Colombie-Britannique, la loi albertaine ne restreint

³⁹ Voir Taillon, *supra* note 1 à la p 31.

⁴⁰ *Constitutional Referendum Act*, *supra* note 36, art 2(1).

⁴¹ *Ibid*, art 4(1).

⁴² *Ibid*, art 4(2).

⁴³ Voir Guénette, *supra* note 38 à la p 189.

pas expressément le droit de l'assemblée législative d'adopter une résolution autorisant une modification, même si celle-ci n'a pas été d'abord soumise à un référendum⁴⁴.

En somme, en subordonnant le pouvoir du gouvernement d'initier une réforme constitutionnelle à la tenue d'un référendum et, dans le cas de l'Alberta, à l'obtention d'un résultat référendaire positif, ces deux lois ont pour effet d'ajouter le référendum comme une condition *nécessaire* à l'exercice du droit d'initiative. Certes, en théorie, aucune de ces lois ne limite le droit des assemblées législatives d'adopter une résolution autorisant une modification de la Constitution. Cela dit, comme le souligne la Cour dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*⁴⁵, toute restriction imposée au pouvoir de l'exécutif de déposer des projets de loi constitue une limite au pouvoir du Parlement⁴⁶. Dans la mesure où l'assemblée législative de l'Alberta et celle de la Colombie-Britannique se sont elles-mêmes imposé une telle restriction, les lois qu'elles ont adoptées consistent à des limites « de forme » ou de « procédure » qui ne porte pas en principe atteinte au principe de souveraineté parlementaire⁴⁷. Toutefois, en ajoutant la tenue d'un référendum comme une condition supplémentaire à l'exercice du droit d'initiative prévu à l'article 46(1), ces deux lois modifient dans les faits le processus de modification constitutionnelle prévu à la Partie V et pourraient dès lors être jugées comme contrevenant à l'alinéa 41e) de la *LC de 1982* qui assujettit une telle modification à la procédure de l'unanimité⁴⁸.

⁴⁴ Voir Sébastien Grammond, « Une province peut-elle subordonner l'approbation d'une modification constitutionnelle à la tenue d'un référendum ? » (1997) 38:3 C de D 569 à la p 574.

⁴⁵ *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 RCS 525.

⁴⁶ Voir *ibid* aux pp 559–60. Voir aussi *Mikisew Cree First Nation c Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40 au para 34 [Meekisew]; Grammond, *supra* note 44 à la p 574.

⁴⁷ Voir Grammond, *supra* note 44 à la p 576; François Chevrette, Herbert Marx, Han-Ru Zhou, *Droit constitutionnel – principes fondamentaux : notes et jurisprudence*, 2^e éd, Montréal, Thémis, 2016 à la p 294; Stéphanie Boutin, *Les lois provinciales sur les référendums constitutionnels obligatoires. Un outil juridiquement possible, mais dont les effets compliquent la modification de la Constitution canadienne*, mémoire de maîtrise, Université Laval, 2015 [non publié] à la p 79.

⁴⁸ Parmi les auteurs qui remettent en question la validité de ces lois référendaires, voir notamment Grammond, *supra* note 44 aux pp 584, 605; Gérald-A. Beaudoin et Pierre Thibault, *La Constitution du Canada:*

1.2. *Les vétos régionaux*

Bien que le gouvernement fédéral dispose du pouvoir d'organiser un référendum avant d'initier une réforme constitutionnelle, la tenue d'un tel référendum reste facultative⁴⁹. Ceci dit, une obligation s'impose spécifiquement au gouvernement fédéral lorsque celui-ci souhaite initier une réforme constitutionnelle à l'égard de certains sujets, soit celle d'obtenir le consentement d'une majorité de provinces en vertu de la *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, aussi appelée la *Loi sur les vétos régionaux*⁵⁰.

Adoptée afin donner suite à certaines revendications constitutionnelles du Québec au lendemain du référendum de 1995, la *Loi sur les vétos régionaux* prévoit qu'un ministre de la Couronne ne peut introduire une résolution autorisant la modification de la Constitution que si la majorité des provinces y a préalablement consenti. Cette majorité doit comprendre : l'Ontario, le Québec, la Colombie-Britannique, au moins deux des provinces de l'Atlantique et au moins deux des provinces des Prairies. Cette loi reste toutefois d'une portée restreinte puisqu'elle ne vise que les modifications visées par la procédure du « 7/50 » et pour lesquelles les provinces ne peuvent exercer leur droit de retrait en vertu de l'article 38(3) de la *LC de 1982*.

La *Loi sur les vétos régionaux* n'indique pas de quelle façon les provinces doivent exprimer leur consentement. Ce dernier pourrait ainsi résulter d'un vote des assemblées législatives, d'un référendum, ou encore d'un simple avis des gouvernements provinciaux⁵¹. Or, tous ces scénarios impliquent une action des provinces *en amont* de l'exercice du droit d'initiative fédéral. Une des

institutions, partage des pouvoirs, droits et libertés, Charte canadienne des droits et libertés, 3e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004 aux pp 152, 272; Catherine Mathieu et Patrick Taillon, « Aux frontières de la modification constitutionnelle : le caractère para-constitutionnel de la réforme du Sénat canadien » (2013) 5 RQDC 7 à la p 19.

⁴⁹ Voir la *Loi référendaire*, LC 1992, c 30.

⁵⁰ *Loi concernant les modifications constitutionnelles*, LC 1996, c 1.

⁵¹ Voir Taillon, *supra* note 1 à la p 20.

conséquences implicites de la *Loi sur les véto régionaux* est donc d'imposer au gouvernement fédéral une obligation de s'entendre avec les provinces avant d'initier toute modification visée par cette loi.

Même si techniquement le gouvernement peut contourner cette obligation en confiant à un simple député ou un sénateur le soin de déposer la résolution⁵², une telle manœuvre violerait manifestement l'esprit de la loi⁵³. Au final, en exigeant que les provinces donnent leur consentement *avant* qu'une résolution autorisant une modification ne puisse être introduite par le gouvernement fédéral, la *Loi sur les véto régionaux* limite substantiellement la possibilité que ce dernier puisse initier une réforme unilatéralement.

1.3. *L'obligation de consulter les peuples autochtones*

Outre les exigences législatives qui sont venues s'ajouter à l'exercice du droit d'initiative, d'autres obligations qui ne sont pas explicitement prévues par la Partie V pourraient être susceptibles d'encadrer l'exercice de ce droit, particulièrement lorsque les modifications envisagées sont susceptibles d'affecter les droits des peuples autochtones. En effet, ces derniers peuvent être appelés à participer aux négociations portant sur toute modification visée par l'article 35.1 de la *LC de 1982* [1.3.1.]. De plus, l'émergence du principe de l'honneur de la Couronne pourrait emporter une obligation pour le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux de consulter les peuples autochtones avant d'entreprendre toute initiative susceptible d'affecter les droits protégés par l'article 35 de la *LC de 1982* [1.3.2.].

1.3.1. La conférence constitutionnelle prévue à l'article 35.1 de la *LC de 1982*

L'article 35.1 prévoit que les gouvernements fédéral et provinciaux sont liés par l'engagement de principe selon lequel le premier ministre du Canada, avant toute modification de l'article 91(24) de la

⁵² Voir Hogg, *Constitutional Law*, *supra* note 21 à la p 4-26.

⁵³ Voir Taillon, *supra* note 1 à la p 19.

*LC de 1867*⁵⁴, de l'article 25 de la *LC de 1982*⁵⁵ ou de la Partie II de la *LC de 1982*⁵⁶, doit convoquer une conférence constitutionnelle réunissant les premiers ministres provinciaux et inviter les représentants des peuples autochtones du Canada à participer aux travaux relatifs au projet de modification envisagé.

Cette disposition fut introduite lors de la première conférence portant sur les questions autochtones suivant l'adoption de la *LC de 1982* et visait à répondre à la demande des peuples autochtones qui désiraient que soit ajoutée une disposition requérant leur consentement pour toute modification constitutionnelle future les concernant⁵⁷. Conformément à cette disposition, ils ont pu jouer un rôle significatif dans les négociations ayant mené à l'adoption de l'Entente de Charlottetown et les différents acteurs politiques ont été amenés à rechercher activement leur consentement⁵⁸.

Le moment où doit se tenir la conférence constitutionnelle prévue à l'article 35.1 reste incertain. Il est important ici de distinguer deux étapes dans le processus de modification constitutionnelle, soit d'une part celle de l'adoption de la résolution d'initiative et des résolutions d'agrément et, d'autre part, celle de la proclamation de la modification en vertu de l'article 48 de la *LC de 1982*. En effet, la modification ne prend effet qu'après la « proclamation du gouverneur général », lorsque l'ensemble des résolutions nécessaires ont été adoptées par les partenaires fédératifs. L'article 48 prévoit qu'il appartient au Conseil privé, et donc par convention au cabinet fédéral⁵⁹, de demander au gouverneur général de prendre la proclamation donnant effet à la modification. Puisque l'article 35.1 vise l'obligation du premier ministre de convoquer une conférence avant toute *modification*, il en résulte

⁵⁴ Il s'agit de la compétence fédérale sur « [l]es Indiens et les terres réservées pour les Indiens ».

⁵⁵ L'article 25 prévoit que la *Charte* ne doit pas porter atteinte aux droits et libertés des peuples autochtones.

⁵⁶ Cela inclut l'article 35, qui reconnaît et confirme les droits autochtones ancestraux et issus de traités, ainsi que l'article 35.1 lui-même.

⁵⁷ Voir la *Proclamation de 1983*, *supra* note 8. Voir aussi Renée Dupuis, *Le statut juridique des peuples autochtones en droit canadien*, Scarborough, Carswell, 1999 à la p 126.

⁵⁸ Voir Pelletier, « Modification et réforme », *supra* note 3 à la p 495.

⁵⁹ Voir Peter W Hogg, *Canada Act 1982 Annotated*, Toronto, Carswell, 1982 à la p 99.

que cette conférence pourrait avoir lieu en tout temps avant la *proclamation* de la modification et, par conséquent, aussi bien avant qu'après le dépôt d'une résolution d'initiative.

Dans tous les cas, une fois qu'est adoptée une résolution d'initiative mettant en jeu les droits visés par l'article 35.1, les gouvernements fédéral et provinciaux ne pourraient y donner suite qu'en se conformant aux exigences de cette disposition. L'initiative pourrait dès lors mener à la convocation d'une conférence constitutionnelle lors de laquelle tous les partenaires de la fédération, incluant les peuples autochtones, seraient appelés à participer. Non seulement cela donnerait-il une voie aux peuples autochtones sur les modifications affectant les droits visés à l'article 35.1, mais cela permettrait également à ceux-ci, de même qu'à tous les premiers ministres, d'avoir un forum où pourrait être discuté tout autre projet de modification.

Cela dit, la portée de l'obligation de participation des peuples autochtones dans le cadre du processus d'amendement reste relativement limitée. L'article 35.1 ne prévoit qu'une obligation procédurale de les inviter à *participer* à une conférence, sans leur donner de droit de *véto* sur les modifications envisagées. Au surplus, cette exigence est exprimée sous la forme d'un engagement de principe plutôt que sous celle d'une obligation claire s'imposant au premier ministre fédéral⁶⁰. Dans ce contexte, il importe de se pencher sur l'obligation de consulter les peuples autochtones découlant du principe de l'honneur de la Couronne qui pourrait donner un rôle plus important à ces derniers dans le cadre du processus de révision constitutionnelle.

⁶⁰ Voir Dupuis, *supra* note 57 à la p 127.

1.3.2. L'obligation de consulter et d'accommoder les peuples autochtones découlant du principe de l'honneur de la Couronne

La Cour suprême du Canada a reconnu que le principe de l'honneur de la Couronne donnait naissance à une obligation fiduciaire envers les peuples autochtones⁶¹. En vertu de cette obligation, la Couronne est tenue de consulter ces derniers (et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements) avant de prendre toute mesure susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur les droits autochtones ancestraux et issus des traités protégés par l'article 35 de la *LC de 1982* faisant l'objet d'une revendication ou dont l'existence a été établie⁶². Cette obligation de consultation et d'accommodement à l'égard des peuples autochtones s'applique à toute « conduite de la Couronne », ce qui couvre tous les actes accomplis par l'exécutif⁶³. Elle englobe autant l'exercice des pouvoirs du gouvernement fédéral que de celui des provinces⁶⁴.

Appliquée historiquement dans le contexte de l'exercice des pouvoirs exécutifs de la Couronne, l'obligation fiduciaire envers les peuples autochtones pourrait selon nous créer une obligation de consulter ces derniers, et le cas échéant, de les accommoder, pour toute modification constitutionnelle affectant leurs droits protégés par l'article 35 de la *LC de 1982*⁶⁵. En effet, dans la mesure où cette obligation encadre tout acte accompli par l'exécutif, elle est susceptible de s'appliquer aux gouvernements fédéral et provinciaux lorsque ceux-ci agissent en vue d'apporter des modifications affectant les droits autochtones.

⁶¹ Voir *Nation Haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73 au para 18 [*Nation Haïda*]; *R c Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075 aux pp 1107–09.

⁶² Voir *Mikisew*, *supra* note 46 au para 1; *Nation Haïda*, *supra* note 61 au para 25.

⁶³ Voir *ibid* au par 50.

⁶⁴ Voir *Première Nation de Grassy Narrows c Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48 au para 50.

⁶⁵ Cette position a été notamment mise de l'avant par Hogg, *Constitutional Law*, *supra* note 21 à la p 28-66; Monahan et Shaw, *supra* note 18 à la p 517; Rita Khullar, « The Role of Non-Government Actors in the Constitution Amendment Process » (1997) 8 NJCL 207 aux pp 209–10; Marcella Firmini and Jennifer Smith, « The Crown in Canada », dans Peter C Oliver, Patrick Macklem et Nathalie Des Rosiers, dir, *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, Oxford University Press, 2017 à la p 147.

À cet égard, les auteurs Monahan, Bryant et Côté soutiennent que :

Arguably, the fiduciary obligation of the Crown requires it to obtain the consent of aboriginal peoples for any amendment affecting rights under section 35 [...]. In the absence of appropriate aboriginal consent, the members of the Canadian government would be required to oppose any amendment presented for parliamentary approval⁶⁶.

Cette obligation aurait ainsi une portée plus large que l'obligation prévue à l'article 35.1 de la *LC de 1982* puisqu'elle s'appliquerait à tout changement susceptible d'affecter les droits autochtones protégés par l'article 35, et non uniquement à la modification de certaines dispositions de la Constitution⁶⁷. Elle pourrait par ailleurs s'imposer aux provinces et au gouvernement fédéral *avant* l'introduction d'une résolution d'initiative susceptible d'affecter leurs droits. En effet, l'obligation de consultation et d'accommodement naît en principe dès que « la Couronne a connaissance de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur celui-ci »⁶⁸. Dans ce contexte, dès qu'un gouvernement envisagerait une modification constitutionnelle qu'il sait susceptible d'affecter des droits autochtones protégés par l'article 35, il serait tenu, avant d'initier la réforme envisagée, de consulter ces derniers et, le cas échéant, de trouver des accommodements. Tel pourrait être le cas, à titre d'exemple, si les modifications envisagées touchaient à la compétence des provinces en matière de ressources naturelles⁶⁹ ou encore à celle du Parlement fédéral relative aux pêcheries⁷⁰.

Une telle obligation doit néanmoins être étudiée au regard de la décision récente de la Cour suprême du Canada dans *Mikisew*. En effet, dans cet arrêt, la majorité a conclu « qu'aucun aspect du processus législatif — du stade de l'élaboration jusqu'à la promulgation — ne déclenche l'obligation de

⁶⁶ Patrick J. Monahan, Michael J Bryant et Nancy C Côté, « Coming to Terms with Plan B : Ten Principles Governing Secession » (1996) 83 CD Howe Institute Commentary 1 à la p 37.

⁶⁷ Voir Hogg, *Constitutional Law*, *supra* note 21 à la p 28-66.

⁶⁸ *Nation Haïda*, *supra* note 61 au para 35.

⁶⁹ Art 92A de la *LC de 1867*.

⁷⁰ Art 91(12) de la *LC de 1867*.

consulter » les peuples autochtones⁷¹. Cette conclusion repose notamment sur l'application des principes de la séparation des pouvoirs et de la souveraineté parlementaire qui exigent que les tribunaux s'abstiennent d'intervenir dans l'exercice du pouvoir *législatif*⁷². Or, ce même raisonnement pourrait-il s'appliquer à l'exercice du pouvoir *constituant* et rendre inapplicable l'obligation de consulter les peuples autochtones dans le contexte du processus d'amendement constitutionnel? Pas nécessairement.

En effet, dans le *Renvoi sur la sécession*, la Cour suprême a reconnu que d'autres principes entraient en jeu dans le cadre de l'exercice du pouvoir constituant, lesquels pouvaient justifier que ce dernier soit encadré par certaines obligations, dont l'obligation de négocier s'imposant aux partenaires fédératifs. La Cour avait également souligné que l'un des principes venant justifier l'existence d'une telle obligation était celui de la protection des minorités. Ce principe inclut la protection des droits autochtones dont l'importance est illustrée, selon la Cour, par l'ajout de garanties expresses aux articles 25 et 35 de la *LC de 1982*⁷³.

Dans ce contexte, le principe de l'honneur de la Couronne, reconnu par la Cour suprême comme un « principe constitutionnel »⁷⁴, renforcé par le principe sous-jacent de protection des minorités, pourrait à notre avis permettre de justifier l'existence d'une obligation de consulter et d'accommoder les peuples autochtones dans l'exercice du pouvoir constituant et, *a fortiori*, dans le cadre d'une initiative constitutionnelle.

En somme, bien que l'article 46(1) de la *LC de 1982* ne prévoit aucune condition préalable à l'exercice du droit d'initiative qui y est prévu, certaines obligations viennent néanmoins encadrer le

⁷¹ *Mikisev*, *supra* note 46 au para 50.

⁷² Voir *ibid* au para 31.

⁷³ Voir *Renvoi sur la sécession*, *supra* note 5 au para 82.

⁷⁴ *Mikisev*, *supra* note 46 au para 24. Voir aussi *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53 au para 42.

pouvoir des provinces et du gouvernement fédéral d'initier une réforme constitutionnelle de façon unilatérale. Dans le cas d'une initiative fédérale, la *Loi sur les véto régionaux* limite substantiellement la capacité du gouvernement de proposer une réforme sans d'abord s'entendre avec les provinces sur le contenu de celle-ci. Pour leur part, l'obligation de tenir un référendum dans certaines provinces et celle de consulter les peuples autochtones pour des modifications susceptibles d'affecter leurs droits viennent certainement ajoutent un degré supplémentaire de complexité dans l'exercice du droit d'initiative provincial et fédéral. Toutefois, ces obligations ne sont pas nécessairement un frein à la réforme et pourraient, au contraire, donner un poids et une légitimité accrues à l'initiative. En effet, le fait d'adopter une résolution ayant reçu l'approbation de la population ou résultant d'une consultation avec les peuples autochtones créerait une pression supplémentaire envers les autres membres de la fédération afin que ceux-ci y donnent suite. Une telle pression politique intensifierait dès lors l'obligation de négocier qui s'impose aux participants au processus de révision constitutionnelle une fois le droit d'initiative exercé.

3. L'obligation de négocier qui résulte de l'initiative

La Partie V est silencieuse quant aux exigences qui découlent de l'exercice du droit d'initiative à l'égard des autres acteurs qui jouent un rôle dans la procédure de modification. Au lendemain de l'adoption de la *LC de 1982*, Stephen A Scott écrivait que, malgré cette absence d'obligation formelle, « *as a matter of comity, the formal proposal of amendment, by a resolution enjoying legal status, seems to command the attention of the other participants, and to demand at least due consideration* »⁷⁵. Or, ce qui pouvait apparaître à l'époque comme une simple obligation de « courtoisie » à l'égard des autres membres de la fédération s'est aujourd'hui transformée en une obligation reconnue par le plus haut tribunal du pays.

En effet, dans le *Renvoi sur la sécession*, la Cour suprême a avancé que le rejet clairement exprimé par le peuple du Québec de l'ordre constitutionnel existant imposerait aux autres provinces et au gouvernement fédéral une obligation de négocier⁷⁶. Certains auteurs ont suggéré que cette obligation s'appliquerait non seulement à la suite d'un référendum portant sur la sécession d'une province, mais également à d'autres circonstances où la population appuierait un projet visant à réformer le fédéralisme canadien⁷⁷. Certains d'entre eux sont allés plus loin encore et ont proposé que cette obligation s'impose à toute initiative constitutionnelle, que celle-ci prenne ou non sa source dans

⁷⁵ Voir Scott, *supra* note 20 à la p 280.

⁷⁶ Voir *Renvoi sur la sécession*, *supra* note 5 au para 88.

⁷⁷ Voir notamment Beaudoin et Thibault, *supra* note 48 à la p 324; Alexis Deschênes et Patrick Taillon, « Une voie inexplorée pour conduire à un renouvellement du fédéralisme canadien: l'obligation constitutionnelle de négocier de bonne foi des changements constitutionnels voulus par une majorité claire de la population » (2012) 53:3 C de D 461 aux pp 475–92; Jean-François Gaudreault-Desbiens, « The Quebec Secession Reference and the Judicial Arbitration of Conflicting Narratives About Law, Democracy, and Identity » (1999) 23 Vt L Rev 793 à la p 834; Dwight Newman, « Reconstituting Promises to Negotiate in Canadian Constitution- Making » (1999) 10 NJCL 1 à la p 38; Pelletier, « Modification et réforme », *supra* note 3 à la p 492; José Woerhling, « Mise à jour de l'étude intitulée "Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec" produite dans le cadre des travaux de la Commission sur l'avenir politique et constitutionnel du Québec » (7 janvier 2002) à la p 27, en ligne (pdf) : *Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes* <www.saic.gouv.qc.ca/documents/institutions-constitution/commission-avenir-1990-1991/10-JoseWoehrling.pdf>.

l'expression de la volonté populaire⁷⁸. Nous partageons cet avis et croyons que l'exercice du droit d'initiative unilatérale pour tout projet de réforme constitutionnel emporte l'obligation de négocier des autres partenaires de la fédération, et ce, même lorsqu'une telle initiative n'est pas précédée d'un référendum.

Selon nous, cette position trouve appui dans les motifs du *Renvoi sur la sécession* selon lesquels le droit toute tentative légitime de modifier la Constitution – dont le signal peut *ou non* être donné par référendum – entraîne l'obligation corrélative pour toutes les parties d'entamer des négociations :

La modification de la Constitution commence par un processus politique entrepris en vertu de la Constitution elle-même. Au Canada, l'initiative en matière de modification constitutionnelle relève de la responsabilité des représentants démocratiquement élus des participants à la Confédération. Pour ces représentants, le signal peut être donné par un référendum, mais, en termes juridiques, le pouvoir constituant au Canada, comme dans bien d'autres pays, appartient aux représentants du peuple élus démocratiquement. La tentative légitime, par un participant de la Confédération, de modifier la Constitution a pour corollaire l'obligation faite à toutes les parties de venir à la table des négociations⁷⁹.

[Nos soulignements]

Pour la Cour, le droit d'initiative s'inscrit dans un « processus continu de discussion et d'évolution »⁸⁰ ce qui justifie que l'exercice d'un tel droit « emporte l'obligation réciproque des autres participants d'engager des discussions sur tout projet légitime de modification de l'ordre constitutionnel »⁸¹ [nos soulignements]. En ce sens, l'obligation de négocier repose à la fois sur les principes du fédéralisme et de la démocratie et constitue le « complément logique et nécessaire » du droit d'initiative prévu à l'article 46(1) qui s'exerce par les représentants démocratiquement élus de l'un des membres de la

⁷⁸ Voir notamment Beaudoin et Thibault, *supra* note 48 à la p 306; André Binette, *La fin de la monarchie au Québec : pour une république du Québec dans le cadre canadien*, Montréal, Éditions du Renouveau québécois, 2018 aux pp 134–39; Deschênes et Taillon, *supra* note 77 à la p 492; Woehrling, *supra* note 77 aux pp 30–31.

⁷⁹ *Renvoi sur la sécession*, *supra* note 5 au para 88.

⁸⁰ *Ibid* au para 150.

⁸¹ *Ibid*.

fédération⁸². En effet, ce droit ne peut avoir une quelconque portée que s'il est accompagné d'une obligation corrélative s'imposant aux autres partenaires fédératifs de considérer l'initiative, qu'elle soit ou non appuyée d'un référendum, et d'entreprendre des discussions en vue d'en arriver à un accord négocié⁸³.

Cela dit, bien que la tenue d'un référendum ne soit pas selon nous nécessaire pour déclencher l'obligation de négocier, cela n'empêche pas un gouvernement de vouloir donner un plus grand poids à son initiative en cherchant d'abord à obtenir l'appui de sa population. En effet, si elle ne prévoit pas le recours direct à l'électorat, la Partie V ne l'interdit pas non plus⁸⁴. La tenue d'un tel référendum pourrait dès lors intensifier l'obligation de négocier résultant de l'adoption d'une résolution d'initiative, surtout si l'appui de la population en faveur de la réforme est significatif⁸⁵. L'implication de l'électorat en amont du processus de modification pourrait dès lors donner une légitimité accrue à la réforme proposée et ainsi exercer une pression politique supplémentaire sur les autres partenaires fédératifs.

Certes, la question des sanctions possibles à un manquement à l'obligation de négocier suite à l'exercice du droit d'initiative demeure. La Cour a à cet effet souligné les « liens délicats qui existent entre les obligations substantielles découlant de la Constitution et les moyens de les faire valoir »⁸⁶ et a rappelé la réserve dont devaient faire preuve les tribunaux à l'égard de ces questions⁸⁷. Certains ont suggéré que la violation d'une telle obligation pourrait faire l'objet de sanctions judiciaires, sans nécessairement indiquer quelle en serait la nature⁸⁸. Bien que le *Renvoi sur la sécession* ne permette pas de trancher clairement le débat dans un contexte autre que celui d'une initiative sécessionniste, il

⁸² Deschênes et Taillon, *supra* note 77 à la p 474.

⁸³ *Ibid* à la p 475.

⁸⁴ Voir Morin et Woehrling, *supra* note 1 à la p 536.

⁸⁵ Voir Taillon et Deschênes, *supra* note 77 aux pp 493–94; Woehrling, *supra* note 77 à la p 30.

⁸⁶ *Renvoi sur la sécession*, *supra* note 5 au para 89.

⁸⁷ *Ibid*.

⁸⁸ Voir Taillon et Deschênes, *supra* note 77 aux pp 508–21.

resterait difficile politiquement pour une province ou le gouvernement fédéral d'ignorer une tentative d'initier une réforme constitutionnelle et de justifier que celle-ci ne mérite aucune discussion, surtout si elle était appuyée par la volonté des électeurs. Tel que le souligne le professeur Benoit Pelletier, « l'exercice du droit de prendre une initiative constitutionnelle par l'un des partenaires au sein de la fédération canadienne constitue un geste d'une grande importance qui ne doit pas rester sans lendemain »⁸⁹.

Avec l'échec des grandes conférences constitutionnelles qui ont mené à l'Accord du lac Meech et à l'Entente de Charlottetown, plusieurs ont abandonné tout espoir de réforme en profondeur du fédéralisme canadien. Pour certains, la seule voie envisageable pour contourner le *statu quo* constitutionnel est celle de la para-constitutionnalité⁹⁰, qui consiste à *compléter* sans *modifier* les dispositions constitutionnelles dont la modification relèverait en principe d'une procédure multilatérale. Or, ce type de solution ne permet de mettre en œuvre que des réformes superficielles et précaires qui ne restent qu'un pansement sur les problèmes réels de nos institutions. Au surplus, comme en témoigne le *Renvoi sur le Sénat*, les tentatives de réformer les institutions canadiennes en marge des procédures multilatérales d'amendement constitutionnel vont à l'encontre de l'objet même de la Partie V, « conçue pour favoriser le dialogue entre le gouvernement fédéral et les provinces sur les questions relatives à la modification de la Constitution »⁹¹.

En l'absence d'un forum institutionnalisé permettant de discuter de ces questions constitutionnelles au niveau intergouvernemental, l'exercice du droit d'initiative apparaît comme l'un des seuls moyens pour ouvrir ce dialogue. Certes, l'exercice de ce droit n'est pas sans écueils. L'insuccès de la tentative

⁸⁹ Pelletier, « Modification et réforme », *supra* note 3 à la p 493.

⁹⁰ Voir *ibid* aux pp 498–515. Sur la notion de « para-constitutionnalité », voir Mathieu et Taillon, *supra* note 48.

⁹¹ *Renvoi sur le Sénat*, *supra* note 12 au para 31.

de la Colombie-Britannique tend à démontrer que, sans une discussion multilatérale, l'initiative a peu de chances de recueillir le nombre de consentements requis et de faire ultimement l'objet d'une proclamation⁹². S'ajoutent également aujourd'hui des obligations qui s'imposent en amont de l'exercice du droit d'initiative provincial et fédéral, créant des conditions rendant plus complexes les démarches visant à initier une réforme constitutionnelle. Enfin, bien que l'initiative puisse déclencher une obligation de négocier s'imposant aux autres partenaires de la fédération, la tenue de discussions constitutionnelles qui en résulteraient n'est pas garante de succès, surtout considérant les nombreux obstacles qui devront être franchis afin de mener à terme toute modification.

Malgré tout, comme le souligne le professeur Dwight Newman: « *Even if no agreement is easily reached the very presence of issues in certain constitutional forum is worth something* »⁹³. Il ne faut pas sous-estimer le fait que « *[t]he simple opportunity to bring a matter that calls for radical change [...] to the immediate and undivided attention of such an institution is an opportunity to bring it face-to-face with the powers that be* »⁹⁴. Dans ce contexte, il est permis de croire qu'en offrant une occasion, qui ne s'est pas présentée depuis maintenant plus de 20 ans, de discuter de questions constitutionnelles avec l'ensemble des partenaires fédératifs, l'exercice du droit d'initiative pourrait servir d'étincelle permettant de rallumer le feu constitutionnel et constituer ainsi une première étape vers la réforme du fédéralisme canadien.

⁹² Voir Favreau, *supra* note 8 à la p 8.

⁹³ Newman, *supra* note 77 à la p 18.

⁹⁴ *Ibid.*