

Comment ne pas modifier la Constitution

par F.L. Morton

La *Loi constitutionnelle de 1982* a permis de « rapatrier » la Constitution et a donné aux Canadiens le pouvoir de la modifier unilatéralement, sans l'avis de la Grande-Bretagne. Cette loi prévoit deux formules générales de modification. L'Accord du lac Meech n'utilise aucune d'entre elles. (Il existe une troisième formule (art. 43) s'appliquant aux modifications qui concernent une province ou quelques provinces seulement)¹.

En juin 1987, onze premiers ministres se sont entendus sur les détails de l'Accord du lac Meech. Tous les débats et tous les votes des corps législatifs ont reposé sur l'hypothèse que l'Accord expirerait au bout de trois ans s'il n'avait pas été ratifié dans l'intervalle. Cet apparent consensus a été récemment remis en question par M. Gordon Robertson, ex-secrétaire du Conseil privé et principal conseiller en politiques dans les administrations Pearson et Trudeau. Selon M. Robertson, la ratification de l'Accord du lac Meech n'est pas soumise à un délai de trois ans². Il avance que cette conception des choses résulte d'une mauvaise interprétation des dispositions modificatives de la Constitution. Si la thèse de M. Robertson est exacte, elle pourrait influencer de façon immédiate et significative sur l'Accord du lac Meech et, partant, sur l'ensemble de la vie politique au Canada. La « suppression » du délai de trois ans insufflerait une nouvelle vitalité à cet Accord vaillant. À la vérité, la possibilité de ratifier l'Accord s'en trouverait prolongée à l'infini, résorbant ainsi la crise politique qui, selon de nombreux observateurs, se produira si l'Accord n'est pas ratifié en juin 1990.

M. Robertson résume sa thèse de la façon suivante. Le délai de trois ans imposé à l'article 39 de la Constitution ne s'applique qu'aux modifications apportées conformément à la formule prévue à l'article 38, soit les modifications requérant l'assentiment de sept provinces qui représentent 50 p. 100 de la population. Cette « règle des 7/50 » ne peut et ne saurait s'appliquer aux modifications envisagées dans l'Accord du lac Meech, puisque deux de ces modifications portent sur des points visés à l'article 41 de la Constitution : la composition de la Cour suprême du Canada et le changement de la formule de modification. Aux termes de l'article 41, toute modification en la matière doit faire l'objet du consentement unanime des provinces. Or, aucun délai n'est prévu en ce qui concerne les modifications apportées en vertu de l'article 41.

D'après M. Robertson, puisque l'Accord du lac Meech est assujéti à la règle de l'unanimité établie à l'article 41, il ne s'assortit d'aucun délai de ratification. M. Robertson propose de régler la question une fois pour toutes en la soumettant à la Cour suprême du Canada. Si son analyse est correcte, conclut-il, la Cour suprême soustraira l'Accord à la « mort chronologique » et nous évitera une crise constitutionnelle.

Pour trouver la faille dans le raisonnement de M. Robertson, il faut démêler les éléments amalgamés dans l'Accord du lac Meech, soit les deux formules de modification prévues aux articles 38 et

41. Le problème tient à ce que les onze premiers ministres ont réuni dans un seul et unique projet constitutionnel un ensemble de modifications dont certaines sont visées par l'article 38 (règle des 7/50 et délai de trois ans) et d'autres, par l'article 41 (unanimité, absence de délai). Si les premiers ministres avaient pris soin de séparer les modifications en deux catégories distinctes, la question du délai ne soulèverait pas la controverse. (Les modifications visées à l'article 38 y seraient assujetties, contrairement à celles qui relèvent de l'article 41.) Malheureusement, tel n'est pas le cas. Et la confusion règne quant aux règles qui devraient régir les modifications envisagées dans l'Accord du lac Meech.

La solution de M. Robertson revient à assimiler les modifications régies par l'article 38 à celles qui intéressent l'article 41 (nécessitant l'unanimité des provinces, sans limite de temps). Il pose — avec raison — que si la « règle des 7/50 » devait s'appliquer à l'ensemble de l'Accord, les modifications visées à l'article 41 passeraient alors plus facilement que ne l'a voulu le législateur. De fait, puisque l'Accord satisfait à la « règle des 7/50 » avant même que le délai de trois ans ne soit expiré, il pourrait être considéré comme étant un fait accompli. Il faut donc que l'ensemble des modifications soit soumis à la règle de l'unanimité prévue à l'article 41.

Puisque l'Accord forme un tout, il doit être approuvé suivant la procédure qui s'applique aux éléments exigeant le niveau d'approbation le plus élevé. En l'occurrence, il s'agit de l'unanimité des corps législatifs des provinces. Les modifications constitutionnelles qui nécessitent l'unanimité doivent être apportées conformément à l'article 41, et c'est précisément ce qui se produit.

L'argument de M. Robertson est plausible, mais ne convainc pas. Il est également possible d'appliquer le délai de trois ans prévu à l'article 38 à la procédure établie à l'article 41. Ainsi, l'unanimité (art. 41) devrait être atteinte dans un délai de trois ans (art. 38). Voilà le véritable « niveau d'approbation le plus élevé » dont parlait M. Robertson. Il s'agit également de l'option que le premier ministre (et le reste du Canada) croyait choisir au printemps 1987. Chose certaine, elle est au moins aussi plausible que celle de M. Robertson, et ce, pour les mêmes raisons. Même si certains motifs irréfutables donnent préséance à l'unanimité sur la « règle des 7/50 », il n'y a aucune raison évidente de rejeter le délai de trois ans. Certes, l'approbation de l'Accord peut s'en trouver compliquée, mais c'est peut-être là un mal pour un bien.

L'Accord du lac Meech propose un ensemble impressionnant de modifications à la Constitution du Canada. Prises globalement, ces modifications présentent une vision très distinctive — et finalement très controversée — de l'avenir du Canada. Devant l'ampleur et la portée des modifications constitutionnelles envisagées, la recherche au plus haut degré possible de consensus politique s'impose d'office. Il faut donc réunir les critères les plus stricts des deux procédures de modification, et il n'y a rien

d'étonnant à ce que ce soit l'option que les onze premiers ministres ont choisie lorsqu'il ont rédigé le texte de l'Accord. De telles modifications constitutionnelles ne sauraient être entreprises à la légère.

À cela, M. Robertson répondrait probablement que nos chefs politiques ne sont pas libres de créer des formules de modification hybrides qui réunissent différents éléments des articles 38 et 41. Je serais plutôt de son avis mais, selon ce même raisonnement, les chefs politiques ne sont pas davantage libres d'assimiler les dispositions de l'article 38 à celles de l'article 41 pour en faire un tout indissociable. S'ils n'ont pas le droit d'assortir les modifications visées par l'article 41 d'un délai de trois ans, pourquoi pourraient-ils supprimer ce délai dans le cas de modifications visées par l'article 38 ?

Une conclusion sera de considérer l'Accord du lac Meech comme étant lui-même invalide et impossible à ratifier parce qu'il ne respecte pas la manière et la forme prescrites dans la Constitution, du fait qu'il traite comme un tout des questions devant être traitées séparément.

Cette regrettable approche globalisante des modifications constitutionnelles peut être attribuée à un mélange d'arrogance et d'inexpérience. L'avènement d'un « fédéralisme exécutif » amène nos premiers ministres et leurs conseillers à agir comme s'il leur appartenait de défendre et de modifier la Constitution. Avant 1982, tel était à peu près le cas. Cependant, le « rapatriement » qui a résulté de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'a pas seulement permis de couper les liens avec la Grande-Bretagne ; il a aussi autorisé le remplacement de l'ancienne convention par une formule de modification explicite, exposée noir sur blanc. Si l'on en juge par l'Accord du lac Meech, les premiers ministres ne l'ont pas encore compris. Il est peut-être difficile de se départir de vieilles habitudes, mais cela n'est pas une excuse pour violer la nouvelle Constitution. Interprétée suivant cette première conclusion, l'approche globalisante adoptée au lac Meech pourrait fort bien rendre l'Accord lui-même inconstitutionnel.

La solution moins draconienne serait de considérer que, lorsque les gouvernements amalgament dans un projet de réforme constitutionnelle des modifications visées à la fois par les articles 38 et 41, ils doivent satisfaire à toutes les exigences fixées dans ces deux articles, c'est-à-dire faire approuver les modifications à l'unanimité et dans un délai de trois ans. De la sorte, toutes les conditions fixées dans les deux formules de modification sont remplies. Comme la date limite de juin 1990 approche à grands pas, la modeste proposition de M. Robertson offrirait en effet une planche de salut fort utile.

Le problème, c'est que cette proposition représenterait beaucoup plus qu'une planche de salut : elle ferait de l'Accord un bateau insubmersible. Peut-on vraiment accepter que des modifications constitutionnelles d'une aussi grande portée restent en suspens pendant cinq ans, dix ans, vingt ans, ou jusqu'à ce que les gouvernements du Manitoba et du Nouveau-Brunswick changent d'idée ou qu'ils soient remplacés ? Les détracteurs de l'Accord trouveraient sûrement cette éventualité intolérable. Les

partisans de l'Accord y seraient-ils plus favorables ? Le premier ministre Bourassa et la population du Québec sont-ils prêts à attendre une réponse pendant cinq ans, dix ans, vingt ans ? L'établissement d'un délai pour l'approbation de modifications constitutionnelles est motivé par certaines raisons — juridiques, comme l'article 38, ou alors politiques, comme l'Accord du lac Meech.

Ces mêmes raisons politiques militent contre un règlement du « problème du délai » par une solution vaguement évoquée récemment, c'est-à-dire une division après coup de l'Accord en deux parties distinctes comprenant les modifications visées aux articles 38 et 41 respectivement. Dans un tel cas, le premier ministre pourrait recommander la promulgation des modifications assujetties à l'article 38, puisqu'elles ont été approuvées par huit provinces comptant plus de 90 p. 100 de la population. Par ailleurs, les autres modifications resteraient « en jeu », puisqu'aucune durée limite ne leur est impartie.

C'est sans doute ainsi que les choses auraient dû se passer dès le départ, en juin 1987, mais il est maintenant beaucoup trop tard pour revenir en arrière. Combien de fois a-t-on dit aux critiques de l'Accord que celui-ci formait un bloc qui devait être accepté ou rejeté dans son intégrité ! Si les gouvernements changeaient subitement d'idée à ce sujet, leur revirement serait jugé hypocrite et serait pris pour un geste intéressé, destiné à leur faire gagner par un tour de passe-passe ce qu'il semble en train de perdre dans l'arène politique. L'opinion publique n'en serait que plus amère, et le pays en sortirait encore plus divisé.

La leçon qu'il faut en tirer pour l'avenir est claire. Il faudrait à tout le moins que les projets de modification de la Constitution ne tombent pas sous le régime à la fois de l'article 38 et de l'article 41. Constatation d'ordre plus général, il se pourrait que le principe même d'une approche globalisante aux modifications constitutionnelles ne soit plus acceptable politiquement. Ce genre de marchandage constitutionnel auquel se livraient à huis clos les onze premiers ministres et qui était ensuite présenté comme étant un fait accompli n'est qu'un relent de l'époque d'avant la Charte.

La Charte a amené la population à penser que la Constitution n'est plus la chasse gardée des premiers ministres. Comme le montre si clairement l'opposition à l'Accord du lac Meech, de nombreux groupes de la société canadienne se voient désormais comme des dépositaires de la « nouvelle » Constitution. Ces « Canadiens de la Charte », comme on les a appelés³, n'accepteront pas d'être tenus à l'écart de la modification de la Constitution. Même si l'initiative de proposer des modifications constitutionnelles reviendra encore aux onze premiers ministres, ces modifications devront être débattues publiquement, pour que tous les intéressés puissent apporter une contribution significative.

Notes

1. Par souci de concision, j'emploie le mot « Constitution » pour désigner la *Loi constitutionnelle de 1982* mais, à proprement parler, cette loi n'est qu'une partie de la Constitution.
2. Voir Gordon Robertson, « Meech Lake—The Myth of the Time Limit », dans le *Supplement to the Institute for Research on Public Policy Newsletter*, vol. 11, n° 3 mai-juin 1989.
3. Voir Alan Cairns, « Citizens (Outsiders) and Government (Insiders) in Constitution-Making: The Case of Meech Lake », *Canadian Public Policy* (1988), vol. 15:121-145.