
La diversité dans l'unité : modifications sous l'article 43

par Kathy Brock

L'article 43 de la Loi constitutionnelle de 1982 permet des modifications qui concernent une ou plusieurs provinces, mais pas l'ensemble. Il y faut le consentement des assemblées provinciales intéressées, ainsi que celui de la Chambre des communes et du Sénat. Si le Sénat se prononce contre, la modification peut néanmoins être adoptée si les Communes l'approuvent une seconde fois. La récente révision de la clause 17 des Conditions de l'union de Terre-Neuve au Canada constitue un exemple de ce genre de modification. L'auteur examine dans le présent article plusieurs questions importantes : la structure de l'article 43, le rôle des provinces et du gouvernement fédéral dans la procédure de modification, les limites du rôle de la Chambre des communes, du Sénat et des assemblées législatives, l'utilité des référendums et des audiences et, en dernier lieu, les leçons à tirer des modifications apportées jusqu'ici.

Les conditions de l'entrée de Terre-Neuve dans la Confédération en 1949 garantissent constitutionnellement le financement public des écoles confessionnelles et le rôle de l'Église en matière d'éducation. À la suite du rapport de 1992 de la Commission royale sur la réforme de l'éducation, le gouvernement de Terre-Neuve a rendu publique une proposition de restructuration du système d'enseignement. Le 5 septembre 1995, Terre-Neuve a tenu un référendum non obligatoire sur la révision de la clause 17. Près de 55 p. 100 des électeurs se sont prononcés en faveur de la réforme.

La question est venue en discussion à la Chambre d'assemblée en octobre et, après sept jours de débat, dans un vote libre, la résolution a été adoptée par 31 voix contre 20. En novembre, le président de la Chambre a fait parvenir une copie certifiée conforme de la résolution au greffier du Conseil privé à Ottawa. Trouvant que le gouvernement fédéral tardait à y donner suite,

le premier ministre Brian Tobin déposait à la Chambre d'assemblée le 23 mai 1996 une nouvelle résolution demandant à Ottawa d'examiner avec diligence la modification proposée. Cette résolution a été adoptée à l'unanimité. En juin, après deux jours de débat, la Chambre des communes a adopté la modification et l'a soumise à l'approbation du Sénat.

Au Sénat, le Comité permanent des affaires juridiques et constitutionnelles a été saisi de la résolution et il a tenu des audiences sur la question à Ottawa et à Terre-Neuve. Le 17 juillet, le Comité a remis au Sénat son rapport sur la révision de la clause 17. Le rapport recommandait l'adoption de la résolution telle quelle, mais, dans une opinion dissidente, les membres conservateurs du Comité réclamaient que la résolution soit amendée. Plus précisément, les sénateurs conservateurs voulaient s'assurer du maintien de la protection accordée aux écoles confessionnelles sous le régime des écoles traditionnelles en incorporant dans la résolution le critère du nombre (« là où le nombre le justifie »), critère qui servirait aux tribunaux pour déterminer si une école uniconfessionnelle devait être établie ou non plutôt que de s'en remettre à la décision de l'assemblée législative. Craignant que la résolution ne transfère la gestion des programmes au gouvernement de Terre-

Kathy Brock est professeure agrégée de sciences politiques à l'université Sir Wilfrid Laurier. Le présent article est une version revue et augmentée de son témoignage devant le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, le 18 juin 1996.

Neuve, les sénateurs conservateurs demandaient que le libellé soit modifié pour faire en sorte que les conseils scolaires confessionnels conservent la gestion de leurs programmes¹. Ces changements étaient en accord avec les positions prises par les représentants des commissions scolaires catholiques et pentecôtistes, les critiques les plus durs de la résolution². Avec un certain retard, le Sénat a ouvert le débat sur la résolution, et le 27 novembre, par un vote de 46 voix contre 35, il adoptait la résolution telle que modifiée selon les recommandations des sénateurs conservateurs. Le 4 décembre, peu de temps après l'expiration du délai de 180 jours dont le Sénat dispose pour exercer son veto suspensif, la Chambre des communes, dans un vote inattendu à l'issue du débat, a rejeté la résolution amendée adoptée par le Sénat et adopté la résolution initiale par un vote de 172 voix contre 42, assurant ainsi la promulgation de la résolution.

La modification de Terre-Neuve a été adoptée après bien des tiraillements, ce qui soulève d'importantes questions quant à la façon d'aborder les modifications sous l'article 43.

- Le Sénat aurait-il dû tenir des audiences et retarder l'examen et l'adoption de la résolution une fois qu'elle fut adoptée par deux corps de représentants dûment élus ?
- S'agissant de modifications sous l'article 43, quels sont les choix du Sénat ?
- La Chambre des communes aurait-elle dû donner suite plus rapidement à la première demande de Terre-Neuve ou, inversement, une fois l'examen décidé, aurait-elle dû aller aussi vite – trop, selon certains – en affaire ?
- Quels doivent être le rôle et les responsabilités de la Chambre des communes lorsqu'une province lui soumet un projet de modification qui n'aura d'impact que sur ses propres citoyens ?
- Dans quelle mesure les deux gouvernements doivent-ils s'assurer que les citoyens sont informés des changements proposés et qu'ils ont l'occasion de s'exprimer sur la question ?

La structure même de l'article 43 fournit une indication quant à la façon d'aborder les modifications sous cet article. L'article reconnaît deux faits essentiels de la constitution canadienne et du pacte fédératif. D'abord, l'engagement du gouvernement central de respecter l'autonomie locale sur les questions locales. C'est un principe qui figure dans la constitution depuis 1867 et qui est de première importance pour toutes les provinces³. Cet engagement permet à une province d'opérer une modification qui la concerne directement sans avoir à obtenir l'approbation des provinces qui ne sont pas touchées directement. Cela libère la province des contraintes de la formule générale de modification et de la règle de l'unanimité pour les autres modifications⁴. Le principe de l'autorité locale est également reconnu par l'exigence du consentement de la province, ce qui évite que celle-ci ne se fasse imposer un changement dans ses affaires internes sans son consentement. Dans le cas

d'une modification qui serait proposée par le gouvernement fédéral, par exemple, la province peut exercer son droit de veto.

Le second principe ou fait du pacte fédératif reconnu par l'article 43 est que les besoins et aspirations des provinces peuvent varier considérablement et que ces différences peuvent ne pas être comprises par d'autres provinces. Ici encore, en n'imposant pas la règle des 7/50 ou de l'unanimité, on reconnaît l'existence de différences provinciales et que, en certaines matières, les provinces doivent être traitées séparément et différemment les unes des autres.

L'article 43 reflète et réaffirme le principe de la diversité provinciale.

L'article 43 prévoit également une certaine souplesse dans le processus de modification. La modification peut émaner de l'assemblée provinciale, du Sénat ou de la Chambre des communes. Donc, si les représentants d'une province sentent le besoin d'un changement, ils ont plusieurs possibilités qui s'offrent à eux. S'il est souhaitable que ces trois instances coordonnent leur action – cela peut faciliter l'adoption de la modification –, l'article ne l'exige pas. De fait, par rapport aux projets de modification antérieurs, qui avaient tous été rédigés par le ministère fédéral de la Justice⁵, l'expérience de la modification terre-neuvienne de 1996 crée un précédent selon lequel les provinces peuvent agir indépendamment du gouvernement fédéral. Cet article implique donc que chacune de ces trois instances peut se faire sa propre opinion sur la modification qui lui est soumise et y donner suite comme elle juge bon de le faire.

Par omission, l'article permet au gouvernement fédéral et aux provinces de fixer leur propre calendrier de révision constitutionnelle. Contrairement à la formule de modification générale, aucun délai minimum ou maximum n'est prévu. L'article laisse le choix aux responsables politiques. Comme on le voit, souplesse, adaptation, bon sens, coopération et respect des différences, tout cela est implicite dans l'article 43.

L'article prévoit un rôle précis pour le parlement fédéral dans toute modification de la constitution, même si cela ne concerne qu'une province. Tout comme le rôle des provinces est important et mérite respect, il en va de même de celui du Parlement fédéral⁶. L'incorporation de cet article dans le texte de 1982 attribue un rôle officiel au gouvernement fédéral dans l'appréciation des effets, sur l'ensemble de la fédération, des changements effectués dans les provinces. La Chambre des communes et le Sénat ne devraient pas se contenter de légitimer les modifications proposées par les provinces. Ils doivent étudier le bien-fondé de chaque modification séparément, selon des critères objectifs. Ainsi, les deux ordres de gouvernement devraient tenter de coopérer, mais ces modifications nécessitent un jugement indépendant et, éventuellement, une entente sur la nécessité du changement. C'est ainsi que la diversité dans l'unité est au cœur de cet article, le gouvernement fédéral

jouant le rôle crucial d'arbitre quant aux incidences des changements proposés sur le système politique canadien.

Tout en reconnaissant la diversité de méthode en politique publique et les différences provinciales, le gouvernement fédéral ne doit pas oublier l'intention première de l'article constitutionnel qu'on veut modifier. Certes, la constitution devrait s'adapter aux besoins changeants des provinces, mais il ne faut pas traiter la chose à la légère. Dans le cas de la modification de 1996, il est important de se rappeler l'intention et la portée de la clause 17 lors de l'entrée de Terre-Neuve dans la confédération.

La clause 17 faisait partie d'une promesse faite aux groupes confessionnels pour obtenir leur appui à la confédération⁷. Selon quelles conditions cette promesse peut-elle être modifiée? L'équité envers les membres de la confédération indique au gouvernement fédéral la seule voie qu'il doit emprunter pour en arriver à une décision : la négociation et la consultation avec le gouvernement provincial, en tenant compte des intérêts des minorités intéressées. Si cela implique qu'on doive tenir compte de promesses semblables faites à d'autres provinces, chaque modification doit être traitée séparément et les circonstances particulières de chaque cas doivent être examinées avec soin. Par exemple, s'il est vrai que la clause 17 ressemble à l'article 93 qui reconnaît à l'école confessionnelle certains droits dans d'autres provinces, elle est essentiellement et historiquement différente. Il en ressort qu'une modification à la clause 17 doit être traitée différemment d'une modification à l'article 93, et inversement.

Les recours à l'article 43 n'ont pas été nombreux. Avant la modification de Terre-Neuve en 1996, il y a eu trois projets de modification qui ont abouti et un qui a échoué. La première modification à être adoptée remonte à 1987 : l'ironie veut qu'elle soit le fait de Terre-Neuve, qui a fait modifier la clause 17 de la *Loi sur Terre-Neuve* afin d'étendre aux assemblées pentecôtistes les droits des écoles confessionnelles. La deuxième tentative réussie est due au gouvernement du Nouveau-Brunswick, qui a fait reconnaître le rôle de l'assemblée législative et du gouvernement dans la promotion de l'égalité du statut et des droits des communautés francophone et anglophone de la province. La modification a été promulguée en mars 1993. Le troisième cas s'est produit en 1994 lorsque l'Île-du-Prince-Édouard a fait modifier les Conditions de l'union pour obliger le gouvernement fédéral à maintenir une construction permanente entre l'île et le continent. Le dernier cas, qui a été un échec, est la tentative, en 1983-1984, de modifier la *Loi sur le Manitoba* pour faire reconnaître le français comme langue officielle de la province et faire traduire et publier les lois dans les deux langues officielles. Après avoir déchaîné les passions et ouvert des blessures qui ne sont pas encore cicatrisées, la modification est morte au Feuilleton quand la session a été prorogée⁸.

Ces précédents – bien que limités – soulèvent des points importants dont on devrait tenir compte dans l'examen des

modifications sous l'article 43. D'abord, les modifications sont-elles une initiative unilatérale, ou une initiative commune du gouvernement fédéral et des provinces concernées? Devrait-on considérer que la modification de Terre-Neuve de 1996 élargit les précédents en permettant à une province de proposer une modification sans avoir consulté le gouvernement fédéral, ou bien la Chambre et le Sénat devraient-ils inciter le gouvernement fédéral et les provinces à se consulter et à discuter des modifications sous l'article 43 avant de les proposer? Dans le premier cas, on encourage les initiatives et les jugements distincts, alors que, dans le second, on met l'accent sur l'harmonie et la complémentarité intergouvernementales au sein du système fédéral.

Ensuite, dans quelle mesure la population a-t-elle été associée (consultation, participation) aux modifications? Lorsque la modification concerne les droits, un référendum devrait-il être obligatoire ou souhaitable? Comment devrait-on s'assurer du consentement de la minorité qui est touchée par les changements proposés?

Le Sénat et la Chambre ont-ils une obligation de vigilance accrue lorsque les droits des minorités provinciales sont menacés?

Dans le cas de la modification de Terre-Neuve, le référendum a soulevé une controverse. Les critiques estimaient que la question était vague et que, au moment du vote, le gouvernement n'avait pas rendu public le texte de loi expliquant la réforme proposée⁹. On s'est demandé s'il était possible de décider des intérêts d'une minorité par un vote à majorité simple. Après le référendum, le débat portait sur la question de savoir si une majorité de 55 p. 100 pouvait être considérée comme valable alors que seulement 51,9 p. 100 des électeurs admissibles avaient voté. Dans le référendum de l'Île-du-Prince-Édouard sur le pont, 59 p. 100 se sont prononcés en faveur. Le pourcentage requis pour approuver une modification reste à déterminer, et il pourrait varier selon le genre de modification proposée. Toutefois, s'il y a un référendum, alors il faut établir si les minorités ont été consultées par ailleurs et si leurs vues ont été prises en considération, lors d'audiences ou autrement. Si la tâche de tenir le référendum et de décider du niveau d'approbation requis revient au gouvernement provincial, l'obligation de s'assurer que celui-ci a consulté les minorités et tenu compte de leurs intérêts devrait revenir au gouvernement fédéral.

Les modifications sous l'article 43 ont également soulevé des questions sur le bon usage des audiences publiques dans la procédure de modification. Les audiences permettent l'expression des voix dissidentes et l'examen des compromis. Dans le cas de Terre-Neuve, on s'est demandé si le Sénat aurait dû tenir des audiences sur la modification puisqu'elle avait déjà fait

l'objet d'un examen par deux corps élus. Les opposants avaient reproché au gouvernement terre-neuvien de ne pas avoir tenu d'audiences sur le texte législatif portant réforme des écoles après sa publication en janvier 1996, ou sur le libellé de la modification¹⁰. La Chambre des communes n'a pas tenu d'audiences proprement dites. Les audiences tenues par le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles comblaient donc un vide, en faisant valoir ce qui unit les Canadiens plutôt que ce qui les divise. Elles ont obligé le gouvernement terre-neuvien à s'assurer que sa modification était bien fondée. Et elles ont fourni aux opposants et aux minorités de la province l'occasion d'exprimer leurs inquiétudes face à la modification et au texte de loi et à proposer des amendements et compromis utiles. Le rapport a clairement mis en évidence les divisions des Terre-Neuviens sur la modification.

Bien que le vote du Sénat n'ait pas réussi à bloquer la modification, le rapport devrait servir de mise en garde et de rappel importants des intérêts des minorités au moment où le gouvernement s'apprête à procéder à la réforme des écoles, ce qui devrait favoriser les compromis politiques sur la mise en oeuvre de la réforme.

Les modifications sous l'article 43 ont mis en évidence l'importance de chaque corps législatif dans l'examen des changements proposés à la constitution. Pour la modification de Terre-Neuve de 1987, il y a eu un débat d'une matinée à l'assemblée législative, mais pas d'audiences. Pour celle de l'Île-du-Prince-Édouard, il y a eu un débat d'un jour à l'assemblée provinciale, d'un jour aux Communes et de trois jours au Sénat, mais toujours sans audiences. La modification du Nouveau-Brunswick a fait l'objet d'un long examen public au cours des deux années qui ont précédé son adoption, mais le débat s'est limité à deux jours à l'assemblée législative et à une journée tant aux Communes qu'au Sénat, mais sans audiences publiques¹¹. Celle de Terre-Neuve de 1996 a été débattue pendant sept jours à la Chambre d'assemblée et pendant deux jours aux Communes; elle a également été débattue au Sénat, qui a tenu des audiences. Par comparaison donc, cette modification a fait l'objet d'un examen prolongé, mais le temps consacré au débat est moins important que la qualité du débat. Le débat législatif a-t-il été adéquat? Et les diverses opinions ont-elles été entendues? Il n'est pas nécessaire d'entendre tout le monde, mais, pour bien examiner une modification et s'en faire une idée juste, il faut entendre les deux points de vue dans un débat. Conformément à son rôle traditionnel de chambre de réflexion, le Sénat avait l'obligation toute particulière de veiller

à ce que les élus aient accordé à cette modification tout le temps de réflexion nécessaire.

Dans son effort d'influencer les Communes et les assemblées provinciales, le Sénat est un peu la mouche du coche puisqu'il n'a qu'un veto suspensif, mais ce rôle n'en est pas moins important. Face à une modification sous l'article 43, le Sénat ne doit pas oublier ses devoirs traditionnels dans un régime fédéral. Au cours des années, le Sénat a assumé le rôle de défenseur des droits des minorités au sein de la fédération. C'est une tâche complexe. D'une part, cela veut dire que le Sénat doit être le gardien vigilant des droits des petites minorités au Canada. Lorsque les minorités craignent un préjudice pour leurs droits, comme dans le cas de la modification de Terre-Neuve et des confessions historiquement reconnues, le Sénat a l'obligation de comprendre leurs vues, mais pas à l'exclusion de celles d'autres minorités qui se sont vu refuser cette reconnaissance, comme les peuples autochtones et les autres confessions de la province. D'autre part, de par cette même obligation, le Sénat doit représenter et défendre les intérêts provinciaux et régionaux au sein du gouvernement fédéral. Ce rôle de gardien de la diversité et des différences provinciales l'oppose en quelque sorte à la Chambre des communes et à la Cour suprême, qui sont les gardiens de l'intérêt national. Dans le cas de la modification terre-neuvienne, ces deux obligations sont entrées en conflit, ce qui a donné un rapport divisé.

À l'avenir, lorsque le Sénat sera saisi d'une modification où ses deux rôles s'opposent, il devra tenter d'équilibrer son obligation de représenter et protéger les droits des minorités dans la fédération (les provinces) et à l'intérieur des provinces (les groupes de citoyens). Corps non élu sans droit de veto, ayant seulement le droit de « retarder », le Sénat est cantonné dans le seul rôle de refuser d'accepter les décisions des corps élus provincial et fédéral et de recommander des amendements à la modification, ou de la rejeter, lorsque les lacunes de procédure ou de fond sont sérieuses et importantes pour l'avenir. Lorsqu'il s'agit d'une question d'appréciation, ou que les corps élus ont fait le nécessaire pour permettre un débat en bonne et due forme, le Sénat devrait alors s'en remettre à leur jugement et accepter la modification, tout en se réservant le droit d'attirer l'attention sur les problèmes éventuels par ses débats ou ses rapports.

Le Canada est à un tournant critique de son histoire. Toute tentative de modifier la constitution passe par la question de l'unité nationale. L'article 43 prévoit une façon de reconnaître et de concilier les différences provinciales au sein de la fédération. À l'heure où j'écris, le Québec envisage une modification sous l'article 43 qui concerne les écoles confessionnelles de la province. La modification de Terre-Neuve en particulier, et les modifications antérieures de façon générale, peuvent servir de guide aux gouvernements quant au rôle constructif que chacun peut jouer pour obtenir les changements que la province juge nécessaires pour s'adapter aux circonstances et aux besoins changeants de sa population. Si chacun parvient à s'acquitter

efficacement de ses responsabilités à l'avenir, cela pourrait être la preuve que le Canada peut encore reconnaître et réaliser la diversité dans l'unité.

Notes

1. Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, *Rapport sur la modification de la Constitution, la clause 17 des Conditions de l'union de Terre-Neuve avec le Canada*, Ottawa, le Sénat du Canada, 17 juillet 1996, p. 48-49. Lire aussi le leader de l'opposition au Sénat, John Lynch Staunton, « Les sénateurs conservateurs proposeront des amendements à la résolution sur la clause 17 », *Communiqué de presse*, les 30 septembre et 12 novembre 1996.
2. Voir le témoignage de Michael Harrington de la Conférence des évêques catholiques du Canada, en tant que conseiller juridique auprès des Assemblées de la Pentecôte de Terre-Neuve, et Colin Irving, conseiller constitutionnel auprès des conseils scolaires catholiques et pentecôtistes de Terre-Neuve, le Sénat du Canada, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, 25 juin 1996, 21:14, 21:21-22; 9 juillet, 23:20-22, 23:32; 10 juillet, 24:76-83.
3. Voir Robert Vipond, *Liberty and Community: Canadian Federalism and the Failure of the Constitution*, Albany, State University of New York Press, 1991, et Peter H. Russell, *Constitutional Odyssey: Can Canadian Provinces Become a Sovereign People ?* 2^e édition, Toronto, University of Toronto Press, 1993.
4. Dans « The Amending Formula », article paru dans *Queen's Law Journal* (1993), vol. 8, p. 99-122, Peter Meekison rappelle toutefois que l'article 43 n'est pas conçu pour contourner la formule 7/50 et qu'il n'autorise pas les modifications qui concernent toutes les provinces.
5. James Ross Hurley, *La modification de la Constitution du Canada : historique, processus, problèmes et perspectives*, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1996.
6. Comme Peter Hogg le fait observer dans son ouvrage (*Constitutional Law of Canada*, 3^e édition, Scarborough, Carswell, 1992, p. 83-84), ces modifications sont distinctes des modifications qui concernent la constitution d'une province, celles-ci étant régies par la procédure de modification unilatérale prévue à l'article 46.
7. Voir Ki Su Kim, « J.R. Smallwood and the Negotiation of a School System for Newfoundland, 1946-48 », *Newfoundland Studies* (1995), vol. 11, p. 53-74.
8. On trouvera une analyse de ces modifications chez Hurley.
9. Dans une analyse incisive du référendum, M. Gerald Fallon, directeur général du Conseil catholique de Terre-Neuve, a évoqué quelques-unes de ces critiques (entretien téléphonique, 10 juin 1996).
10. *Ibid.*
11. Voir note 8 ci-dessus.