

COUR SUPÉRIEURE

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

N^o : 500-05-065031-013

DATE : LE 1^{ER} AVRIL 2018

L'HONORABLE HERCULE TREMBLAY, J.C.S.

KEITH OWEN HENDERSON

Demandeur

c.

PROCUREURE GÉNÉRALE DU QUÉBEC

Défenderesse

et

PROCUREURE GÉNÉRALE DU CANADA

Mise en cause

et

SOCIÉTÉ SAINT-JEAN-BAPTISTE DE MONTRÉAL

Intervenante

JUGEMENT

TABLE DES MATIÈRES

| | | |
|-----------|---|-----------|
| 1. | RECOURS..... | 3 |
| 2. | PARTIES ET INTERVENANTS..... | 3 |
| 3. | DISPOSITIONS À CONTRÔLER..... | 3 |
| 4. | DROIT APPLICABLE AU CONTRÔLE | 4 |
| 4.1. | COMPÉTENCE CONSTITUANTE..... | 6 |
| 4.2. | RÉPARTITION FÉDÉRATIVE DES COMPÉTENCES LÉGISLATIVES | 9 |
| 4.3. | CONCURRENCE DE COMPÉTENCES RÉSIDUELLES | 12 |
| 4.4. | COMPÉTENCE SUR LA « CONSTITUTION DE LA PROVINCE »..... | 13 |
| 4.5. | STATUT « QUASI CONSTITUTIONNEL » DE CERTAINES LOIS | 20 |
| 5. | CONTRÔLE..... | 23 |
| 6. | DISPOSITIF..... | 34 |

1. RECOURS

[1] Saisie d'une demande en jugement déclaratoire aux termes de l'article 142 du *Code de procédure civile* (RLRQ, c. C-25.01) du Québec, la Cour est appelée à se prononcer sur la constitutionnalité des articles premier à 5 et 13 de la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*, loi qui figure comme chapitre E-20.2 du *Recueil des lois et règlements du Québec* (RLRQ)¹.

2. PARTIES ET INTERVENANTS

[2] Le demandeur est Keith Owen Henderson. La défenderesse est la Procureure générale du Québec. La Procureure générale du Canada est mise en cause. La Société Saint-Jean-Baptiste de Montréal est intervenante. Elle s'est vu accorder cette autorisation par la Cour d'appel le 27 janvier 2017, mais sur les seules questions de constitutionnalité admises comme justiciables par cette même juridiction le 30 août 2007.

[3] Chacun à sa manière, tous, à l'exception du requérant, soutiennent la thèse de la constitutionnalité des dispositions contestées.

[4] Le recours fut introduit le 9 mai 2001, mais le deuxième alinéa de l'article 833 de l'actuel *Code de procédure civile* prévoit que le Code est, « dès son entrée en vigueur, d'application immédiate », tout en assortissant cette règle d'exceptions dont aucune ne s'applique en l'espèce.

3. DISPOSITIONS À CONTRÔLER

[5] Il est ici question d'une forme indirecte de contrôle de constitutionnalité, puisque la Cour est saisie d'une demande en jugement déclaratoire plutôt que d'un pourvoi en contrôle judiciaire.

[6] La loi dont font partie les dispositions sur lesquelles porte la demande de déclaration d'inconstitutionnalité a été adoptée par l'assemblée législative du Québec le 7 décembre 2000, par 69 voix contre 41, avant de recevoir la sanction royale par le lieutenant-gouverneur le 13 décembre de la même année. Elle a d'abord été publiée comme chapitre 46 des *Lois du Québec* de 2000. Aux termes de son article 14 (omis de la publication dans le RLRQ), elle est entrée en vigueur « aux dates fixées par le gouvernement », en l'occurrence par un décret du 28 janvier 2016². Son projet avait été déposé par le ministre délégué aux Affaires intergouvernementales canadiennes de l'époque, Joseph Facal. Il s'agissait du projet de loi n° 99 de la 1^{ère} session de la 36^e législature. Tel qu'indiqué plus haut, cette loi porte le titre de *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec* (RLRQ, c. E-20.2).

¹ Voir la *Loi sur le Recueil des lois et des règlements du Québec*, RLRQ, c. R-2.2.0.0.2.

² Décret 37-2016 du 28 janvier 2016, 148 GO 2, 1259.

[7] L'article premier de la loi qui nous occupe prévoit que « [l]e peuple québécois peut, en fait et en droit, disposer de lui-même [et qu']il est titulaire des droits universellement reconnus en vertu du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes ».

[8] L'article 2 dispose que « [l]e peuple québécois a le droit inaliénable de choisir librement le régime politique et le statut juridique du Québec ».

[9] L'article 3 se lit comme suit : « Le peuple québécois détermine seul, par l'entremise des institutions politiques qui lui appartiennent en propre, les modalités de l'exercice de son droit de choisir le régime politique et le statut juridique du Québec. [¶] Toute condition ou modalité d'exercice de ce droit, notamment la consultation du peuple québécois par un référendum, n'a d'effet que si elle est déterminée suivant le premier alinéa. »

[10] L'article 4 prévoit que, « [l]orsque le peuple québécois est consulté par un référendum tenu en vertu de la Loi sur la consultation populaire (chapitre C-64.1), l'option gagnante est celle qui obtient la majorité des votes déclarés valides, soit 50% de ces votes plus un vote ».

[11] Le libellé de l'article 5 est le suivant : « L'État du Québec tient sa légitimité de la volonté du peuple qui habite son territoire. [¶] Cette volonté s'exprime par l'élection au suffrage universel de députés à l'Assemblée nationale, à vote égal et au scrutin secret en vertu de la Loi électorale (chapitre E-3.3) ou lors de référendums tenus en vertu de la Loi sur la consultation populaire (chapitre C-64.1). [¶] La qualité d'électeur est établie selon les dispositions de la Loi électorale. » Lors de l'instruction, le demandeur s'est désisté de sa contestation du deuxième alinéa de cet article, qu'il a donc retranché de sa demande³.

[12] L'article 13 prévoit enfin qu'« [a]ucun autre parlement ou gouvernement ne peut réduire les pouvoirs, l'autorité, la souveraineté et la légitimité de l'Assemblée nationale ni contraindre la volonté démocratique du peuple québécois à disposer lui-même de son avenir ».

4. DROIT APPLICABLE AU CONTRÔLE

[13] La demande allègue que les dispositions sur lesquelles elle porte, d'une part sont *ultra vires* pour ne pas ressortir à la compétence législative des provinces, de l'autre violent les droits garantis au demandeur par la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui forme la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁴ (LC 1982).

[14] Les questions sont posées à la Cour dans le bon ordre. Il convient de déterminer si la législature du Québec – qui, rappelons-le, se compose d'une assemblée législative

³ Voir le verbatim de la séance du 20 mars 2017, 15 h 51.

⁴ *Loi constitutionnelle de 1982* – constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c. 11.

renommée « Assemblée nationale » et du lieutenant gouverneur⁵ – avait la compétence d’adopter les dispositions contestées avant de vérifier, dans l’affirmative seulement, si cette législature a ainsi exercé sa compétence de manière à violer l’un des droits constitutionnels formels qui en tiennent lieu de limites. Cette première et nécessaire vérification se fait au moyen d’une méthode établie, qui suit deux étapes : (1) la détermination, à la lumière de leur objet réel et de leurs effets d’ensemble (avérés ou raisonnablement prévisibles), de la « nature véritable » des dispositions contestées, suivie de celle (en fonction de cette nature) de (2) leur « rattachement principal » à l’une (ou exceptionnellement plusieurs détenues par le même ordre) des compétences dont la loi suprême porte répartition.

[15] Quitte à anticiper sur l’exposé de son analyse, la Cour indique d’ores et déjà que le contrôle de validité compétentielle lui suffit à disposer de la question dont elle est saisie.

[16] Dans la vérification de quelque exercice valide d’une compétence législative, il est impératif de ne jamais perdre de vue que, à défaut d’appartenir, en propre ou de manière concurrente, au législateur qui a, dans les faits, adopté la ou les dispositions contestées, la compétence de le faire pouvait appartenir, soit à l’autre ordre de pouvoir (fédéral ou provincial, suivant le cas), soit à la procédure de modification constitutionnelle. En d’autres termes, il n’est pas garanti que la vérification du respect de la répartition des compétences législatives ordinaires suffise au contrôle, puisque l’adoption de la ou des dispositions contestées pouvait, en tout ou partie, relever de la compétence constituante – le mot « compétence » renvoyant ici à la notion d’une forme *juridique* de pouvoir. En d’autres mots encore, il est non seulement acquis, en vertu du paragraphe 52(1) de la LC 1982, que la validité de la loi ordinaire dérive de la loi suprême, mais précisé, au paragraphe 52(3) de cette même LC 1982, que la loi suprême « ne peut être modifiée que conformément aux pouvoirs conférés par elle », catégorie de pouvoirs qui, bien comprise, exclut toute compétence législative formellement ordinaire. Cela implique que le législateur ordinaire, fédéral comme provincial, ne peut pas se substituer à la procédure de modification constitutionnelle de manière à exercer la compétence constituante. Plus encore, la procédure de modification constitutionnelle faisant partie de la loi suprême, aucun législateur ordinaire ne peut modifier cette procédure. Voilà qui est expressément prévu à l’alinéa 41e) de la LC 1982, qui assujettit aux exigences les plus lourdes de la procédure (variable) de modification constitutionnelle la modification de cette procédure même.

[17] Il nous faut donc circonscrire au mieux cette compétence constituante du droit canadien, dont l’exercice peut seul modifier, abroger ou ajouter des dispositions à la « Constitution du Canada » en tant que « loi suprême ». La Cour est d’avis que la notion de « loi suprême du Canada » a été élucidée par Maxime St-Hilaire, Patrick Baud et Elena Sophie Drouin⁶, qui y voient tout ce dont la modification, l’abrogation ou l’adoption relève

⁵ *Loi sur l’Assemblée nationale*, RLRQ, c. A-23.1, art. 2; *Loi constitutionnelle de 1982* – constituant l’annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c. 11 – al. 41a).

⁶ Maxime St-Hilaire, Patrick F. Baud and Éléna S. Drouin, *150 Years On: What is the Constitution of Canada?—Part 1 of 3: The Problem of Identification*, Int’l J. Const. L. Blog, Sept. 12, 2017: <http://www.iconnectblog.com/2017/09/150-years-on-what-is-the-constitution-of-canada-part-1-of-3-the-problem-of-identification>; *150 Years On: What is the Constitution of Canada?—Part 2 of 3—Amending the Supreme Law*, Int’l J. Const. L. Blog, Sept. 13, 2017: <http://www.iconnectblog.com/2017/09/150-years-on-what-is-the-constitution-of-canada-part-2-of-3-amending-the-supreme-law>; *150 Years On: What is the*

de la procédure de modification constitutionnelle, dont ils nous expliquent qu'on doit *d'abord* la chercher dans *certaines* dispositions de la Partie V de la LC 1982, qui est intitulée « Procédure de modification de la Constitution du Canada ».

4.1. Compétence constituante

[18] La procédure de modification constitutionnelle de principe est prévue par la combinaison des articles 38, 39, 42, 46, 47 et 48 de la LC 1982, auxquels s'ajoute, le cas échéant, l'article 35.1. Suivant le paragraphe 38(1), la loi suprême peut être modifiée « par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, autorisée à la fois : a) par des résolutions du Sénat et de la Chambre des communes [et] b) par des résolutions des assemblées législatives d'au moins deux tiers des provinces dont la population confondue représente, selon le recensement général le plus récent à l'époque, au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces ». Relevons qu'il n'est question que de cette portion, certes majoritaire, de la population canadienne qui réside dans l'une ou l'autre des dix provinces fédérées, à l'exclusion de la population des territoires fédéraux⁷. L'initiative de mobilisation de l'une ou l'autre des trois procédures – la procédure de principe que nous sommes en train de voir et les deux procédures de conditions d'application positives que nous verrons – à composer la véritable compétence constituante, par l'exercice de laquelle est modifiée la loi suprême, appartient également, en vertu de l'article 46, « au Sénat, à la Chambre des communes ou à une assemblée législative ». Il faut toutefois savoir qu'en vertu de l'article 35.1, qui se trouve quant à lui dans la Partie II, relative aux « Droits des peuples autochtones du Canada », de la LC 1982 à laquelle il a été ajouté aux termes de la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*⁸, « [I]es gouvernements fédéral et provinciaux sont liés par l'engagement de principe selon lequel le premier ministre du Canada, avant toute modification de la catégorie 24 de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁹ (LC 1867), de l'article 25 de la présente loi ou de la présente partie : a) convoquera une conférence constitutionnelle réunissant les premiers ministres provinciaux et lui-même et comportant à son ordre du jour la question du projet de modification [et] b) invitera les représentants des peuples autochtones du Canada à participer aux travaux relatifs à cette question ». Avec la présente demande en jugement déclaratoire, la Cour n'est pas saisie de la question de la constitutionnalité de cette modification constitutionnelle de 1983. L'article 47 permet, lors de la mobilisation de l'une ou l'autre de ces trois procédures plus lourdes que celle qui préside à l'adoption d'une loi ordinaire sur le plan formel, de passer outre à l'exigence d'une résolution d'agrément du Sénat, pourvu que se soient écoulés 180 jours parlementaires (pendant les lesquels le Parlement n'est pas prorogé ou dissous) depuis l'adoption d'une telle résolution par la Chambre des communes et que celle-ci adopte « une nouvelle résolution dans le même sens ». On pourrait penser que, s'agissant d'une procédure de principe, celle

Constitution of Canada?—Part 3 of 3—A Doctrinal Approach to the Problem of Identification, Int'l J. Const. L. Blog, Sept. 14, 2017: <http://www.iconnectblog.com/2017/09/150-years-on-what-is-the-constitution-of-canada-part-3-of-3-identifying-the-constitution>.

⁷ *Sibbeston v. Northwest Territories (Attorney General)*, [1988] 2 WWR 501 (NWT CA); *Canada (Prime Minister) v. Penikett*, [1988] 2 WWR 481 (YK CA).

⁸ *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution*, TR/84-102.

⁹ *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c. 3, reproduite dans LRC 1985, app. II, n° 5.

qu'établit le paragraphe 38(1) n'avait pas à prévoir positivement ses cas d'application. Or le paragraphe 42(1) prévoit son application à la modification relative aux « questions » suivantes : « a) le principe de la représentation proportionnelle des provinces à la Chambre des communes prévu par la Constitution du Canada^[10]; b) les pouvoirs du Sénat et le mode de sélection des sénateurs^[11]; c) le nombre des sénateurs par lesquels une province est habilitée à être représentée et les conditions de résidence qu'ils doivent remplir^[12]; d) sous réserve de l'alinéa 41d), la Cour suprême du Canada^[13]; e) le rattachement aux provinces existantes de tout ou partie des territoires^[14]; f) par dérogation à toute autre loi ou usage, la création de provinces^[15] ». En effet, n'eût été cette disposition, de telles modifications auraient été assujetties à l'une ou l'autre des procédures prévues à d'autres dispositions. D'autre part, dès lors que le paragraphe 42(1) trouve application, les paragraphes 38(2) à (4), relatifs à l'exigence d'une majorité absolue des membres de la chambre parlementaire et au « droit de retrait » dans certains cas, ne s'appliqueront pas, et ce, en vertu du paragraphe 42(2). Rien, en revanche, n'exclura l'application de l'article 39, relatif aux délais, car, le paragraphe 42(1) renvoyant à cet égard au paragraphe 38(1), la modification faite aux termes du paragraphe 42(1) prendra la forme d'une « proclamation visée au paragraphe 38(1) ». Le même raisonnement aurait pu valoir pour l'application de l'article 40, relatif au droit à une « juste compensation ». Seulement, aucun des cas prévus aux alinéas du paragraphe 42(1) ne saurait se traduire par un transfert de compétence législative depuis les provinces vers le pouvoir central, et donc encore moins, si possible, par un tel transfert « en matière d'éducation ou dans d'autres domaines culturels », ce qui en est une condition d'existence.

[19] Outre cette procédure de principe, de conditions d'application négatives, la compétence constituante se compose de deux procédures de conditions d'application positives, l'une plus lourde, l'autre moins.

[20] La première, plus exigeante, est prévue par la combinaison des articles 41, 46, 47, et 48. En vertu de l'article 41, toute modification de la loi suprême relative à : « a) la charge de Reine, celle de gouverneur général et celle de lieutenant-gouverneur^[16]; b) le droit d'une province d'avoir à la Chambre des communes un nombre de députés au moins égal à celui des sénateurs par lesquels elle est habilitée à être représentée lors de l'entrée en vigueur de la présente partie; c) sous réserve de l'article 43, l'usage du français ou de l'anglais; d) la composition de la Cour suprême du Canada^[17]; e) la modification de la présente partie [c'est-à-dire relative à la procédure de modification de la Constitution du Canada] » se fait elle aussi par proclamation du gouverneur général sous le grand sceau du Canada, mais autorisée cette fois « par des résolutions du Sénat [sous réserve de l'article 47 qui permet de passer outre à l'absence de consentement de la part du Sénat], de la

¹⁰ Voir *Campbell v Canada (Attorney General)*, 1988 CanLII 3043 (BC CA).

¹¹ Voir *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, [2014] 1 RCS 704, par. 63 à 70.

¹² Voir *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, [2014] 1 RCS 704 ; *Constitutional Question Act (Re)*, 1991 CanLII 405 (BC CA).

¹³ Voir *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, [2014] 1 RCS 433.

¹⁴ Voir *Sibbeston v. Northwest Territories (Attorney General)*, [1988] 2 WWR 501 (NWT CA).

¹⁵ Voir *Sibbeston v. Northwest Territories (Attorney General)*, [1988] 2 WWR 501 (NWT CA).

¹⁶ Voir *Teskey v Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 612; *O'Donohue v Canada*, 2005 CanLII 6369 (ON CA); *Motard c. Canada (Procureure générale)*, 2016 QCCS 588.

¹⁷ Voir *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, [2014] 1 RCS 433.

Chambre des communes et de l'assemblée législative de chaque province ». Bien qu'il n'y soit question que de la « proclamation visée au paragraphe 38(1) », le paragraphe 39(2), relatif au délai-plafond de trois ans, aurait été tenu pour applicable à une modification faite en vertu de l'article 41 par les parties à l'Accord du lac Meech de 1987¹⁸. Quant au paragraphe 39(1), relatif au délai-seuil, il serait sans objet à l'égard d'une modification exigeant le consentement de l'assemblée législative de chacune des provinces qui, ainsi, auraient forcément toutes l'occasion de se prononcer.

[21] Une seconde procédure de conditions d'application positives, cette fois moins exigeante que la procédure de principe, est prévue par la combinaison des articles 43, 46, 47 et 48 en ce qu'elle ne demande le consentement que des chambres parlementaires centrales (sous réserve de l'article 47 qui permet de passer outre à l'absence de consentement de la part du Sénat) et de l'assemblée législative « de chaque province concernée », expression qui s'est révélée ambiguë dans la pratique et l'analyse. La procédure prévue à l'article 43 ne s'applique-t-elle qu'à la modification directe de dispositions de la loi suprême « applicables à certaines provinces seulement » ou bien le fait-elle aussi à leur modification indirecte? La méthode fonctionnaliste retenue par la Cour suprême milite en faveur de la seconde thèse¹⁹. S'agit-il de chaque province concernée par les dispositions en cause avant ou après leur modification? La thèse favorable à la seconde hypothèse fut retenue par la Cour d'appel dans *Potter c. Québec*²⁰. Elle semble avoir été récusée par la Cour suprême dans son avis sur la réforme du Sénat, où il est indiqué qu'en vertu de l'article 44 de la LC 1982 le Parlement fédéral pourrait, à lui seul, modifier une disposition applicable à toutes les provinces, en l'occurrence le paragraphe 23(3) de la LC 1867, de manière à la rendre « inapplicable aux sénateurs de toutes les provinces sauf du Québec »²¹. Or si une « province concernée », au sens de l'article 43, s'apprécie du point de vue du résultat d'une modification constitutionnelle plutôt que de celui de la ou des dispositions qui en sont l'objet, alors c'est cet article, et non l'article 44, que la Cour aurait dû tenir pour applicable. La procédure de l'article 43 s'applique-t-elle à l'adoption de dispositions qui seraient porteuses de droit « totalement » nouveau? C'est du moins ce que suppose la *Modification constitutionnelle de 1993*²², par laquelle l'article 16.1 a été ajouté à la Charte canadienne. Cette procédure peut-elle s'appliquer de manière complémentaire à une autre procédure? À cette question, nous sommes d'avis que la réponse est négative. L'économie des dispositions de ce « code complet », pour reprendre le mot de Richard Albert²³, veut selon nous que, pour chaque modification précise (et non pour chaque « projet »), il faille déterminer la seule et unique procédure à trouver application.

[22] Une troisième et apparente « procédure de modification constitutionnelle » est prévue aux articles 44 et 45. Elle est d'autant la moins exigeante de toutes qu'elle renvoie en réalité

¹⁸ Robert E. HAWKINS, « Meech Lake: The Reality of the Time Limit », (1989) 35 *R.D. McGill* 196; « Un bref historique de l'Accord du lac Meech », (1992) 37 *R.D. McGill* 146, p. 148; José WOEHLING, « Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec », (1991) 1 *R.Q.D.I.* 12, p. 19.

¹⁹ *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, [2014] 1 RCS 704, par. 95-110.

²⁰ *Potter c. Québec (Procureur général du)*, [2001] RJQ 2823.

²¹ *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, [2014] 1 RCS 704, par. 94.

²² *Modification constitutionnelle de 1993 (Nouveau-Brunswick)*, TR/93-54.

²³ Richard Albert, « The Difficulty of Constitutional Amendment in Canada », [2015] 53(1) *Alberta Law Review* 85, p. 108.

à l'adoption d'une loi ordinaire, fédérale dans un cas, provinciale dans l'autre. En d'autres termes, ces articles ne sont en rien porteurs d'une procédure de modification constitutionnelle, c'est-à-dire d'une compétence constituante, mais se résument à des attributions de compétence législative formellement ordinaire, l'une au parlement fédéral, l'autre aux législatures provinciales. Avec le paragraphe 4(2), l'article 44 de la LC 1982 s'est, aux termes du paragraphe 53(1) qui confirme les modifications et abrogations indiquées à l'annexe, substitué à l'ancien paragraphe 91(1) de la LC 1867. Cet article 44 confirme donc que, « [s]ous réserve des articles 41 et 42, le Parlement a compétence exclusive pour modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives au pouvoir exécutif fédéral, au Sénat ou à la Chambre des communes ». Quant à l'article 45, il a de manière équivalente remplacé le paragraphe 92(1) de la LC 1867, de sorte qu'il confirme que, « [s]ous réserve de l'article 41, une législature a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province ». Il est capital de relever que les articles 44 et 45 ne créent aucune procédure, aucun organe, aucune compétence constituante, mais ne font que renvoyer respectivement aux législateurs fédéral et provinciaux, qu'ils reconnaissent compétents sur une simple matière constitutionnelle. Ces dispositions sont à compter parmi celles portant répartition fédérative des compétences législatives, répartition dont il est ici assurément utile de rendre brièvement compte.

4.2. Répartition fédérative des compétences législatives

[23] Comme l'a écrit Maxime St-Hilaire,

[t]he federative distribution of legislative competencies is effected not only by [...] sections [91 and 92 CA 1867], not only within Part VI of the CA 1867, and again not even only within this Act, but also in other enactments that form part of the supreme law, including the Constitution Act, 1982.

It is true that, under sections 91 and 92 of the CA 1867, federal parliament and provincial legislatures, respectively, are attributed exclusive jurisdiction in many matters listed in numbered paragraphs. In addition to these, they are, under these very sections 91 and 92, given exclusive residual jurisdiction, one that is limited, the other that is really, fully residual. According to subsection 92(16), each provincial legislature has jurisdiction over “[g]enerally all Matters of a merely local or private nature in the Province”, whereas, by virtue of section 91’s opening words, the federal parliament has the competency “to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces”. But federal parliament and provincial legislatures are conferred concurrent jurisdiction over interprovincial trade in certain natural resources and electricity (federal legislation is paramount), old-age pensions and supplementary benefits (provincial legislation is paramount), and agriculture and immigration (federal legislation is paramount), and this, by sections 92A (2)-(3), 94A, and 95 of the CA 1867, respectively.

Moreover, federal parliament is given exclusive jurisdiction over various sections of the CA 1867. One of them is found in Part VI: 94 (uniformisation of the “property and civil rights” and procedure laws of Ontario, New Brunswick, and Nova Scotia with the assent of their legislatures; never used, see M.-A. Adam). The others are not: 18 (Parliamentary Privilege; re-enacted in 1875; for all practical purposes replaced by jurisprudence); 35 (Quorum of the Senate); 40, 41, 47, 51, 52 (electoral law, absence of speaker, and number and allocation of seats of the House of Commons); 100 (remuneration of superior, including appeal, courts); 101 (“Constitution, Maintenance, and Organization of a General Court of Appeal for Canada, and for the Establishment of any additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada”); 105 (salary of Governor General); 60 (salaries of Lieutenant Governors); 106 (appropriation of the federal consolidated revenue fund); 120 (form of “Payments to be made under this Act, or in discharge of Liabilities created under any Act of the Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick respectively, and assumed by Canada; obsolete); 122 (“Customs and Excise Laws of each Province”; now obsolete); 132 (“all Powers necessary or proper for performing the Obligations of Canada or of any Province thereof, as Part of the

British Empire, towards Foreign Countries, arising under Treaties between the Empire and such Foreign Countries”; obsolete). The “Right of Canada to assume any Lands or Public Property required for Fortifications or for the Defence of the Country” provided for by section 117 presumably was that of the federal parliament, and thus one more exclusive attribution to it.

Other federal exclusive legislative attributions come, or came, from other constitution acts. It is by virtue of section 4 of the Constitution Act, 1871, that federal parliament has exclusive jurisdiction over all matters concerning territories that are part of Canada, but not part of any province.

The Constitution Act, 1886, empowered federal parliament to provide for the representation of the territories in the Senate and the House of Commons.

Section 44 of the CA 1982 reads: “Subject to sections 41 and 42, Parliament may exclusively make laws amending the Constitution of Canada in relation to the executive government of Canada or the Senate and House of Commons”. Like the 1949-introduced subsection 91(1) of the CA 1867 it has replaced, this section of the CA 1982 presumably covers what do sections 18, 35, 40, 41, 47, 51, and 52 of the CA 1867, as well as the CA 1886, so as to make them obsolete.

As for provincial legislatures, apart from the subject matters listed at section 92, they are given exclusive jurisdiction over education by the opening words of section 93 of the CA 1867, as well as over the exploration for non-renewable natural resources and over development, conservation, and management of such resources, forestry resources, and electricity production sites and facilities in the province by subsection (1) of the 1982-introduced (by s. 50 CA 1982) section 92A of the CA 1867.

Provincial legislatures also are attributed exclusive, but somewhat residual, competency over “the constitution of the province” by section 45 of the CA 1982.

Lastly, let us not forget subsection 4(2) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms (Part I) of the CA 1982, which is complementary to sections 44-45 and confers, not a concurrent jurisdiction, but two respective exclusive and very specific competencies to the federal parliament and provincial legislatures: “In time of real or apprehended war, invasion or insurrection, a House of Commons may be continued by Parliament and a legislative assembly may be continued by the legislature beyond five years if such continuation is not opposed by the votes of more than one-third of the members of the House of Commons or the legislative assembly, as the case may be.”²⁴

[24] Ajoutons que ce qui précède ne concerne que les attributions matérielles par loi suprême.

[25] Or toute compétence législative sur une matière comporte aussi une dimension territoriale. Comme cela était déjà impliqué logiquement par le concept même de fédération, la compétence des provinces est en principe intraterritoriale, ainsi que l’atteste l’emploi d’expressions telles que « dans chaque province... » aux articles 92, 92A, 93 et 95 de la LC 1867. On croit donc comprendre que la compétence territoriale du Parlement fédéral s’étend au territoire du pays tandis que celle des législatures provinciales s’arrête aux limites de la province²⁵. Or, en droit interne, tout État doit bien se reconnaître une compétence extraterritoriale. Nous ne parlons bien ici que de droit interne, qu’il faut se garder de confondre avec le droit international. L’extraterritorialité de certaines dispositions peut être nécessaire à l’exercice efficace de la compétence en matière de défense nationale. Un État a aussi, normalement, un service de renseignement ainsi que des

²⁴ Maxime St-Hilaire, Patrick F. Baud and Éléna S. Drouin, *150 Years On: What is the Constitution of Canada?—Part 3 of 3—A Doctrinal Approach to the Problem of Identification*, Int’l J. Const. L. Blog, Sept. 14, 2017: <http://www.iconnectblog.com/2017/09/150-years-on-what-is-the-constitution-of-canada-part-3-of-3-identifying-the-constitution>

²⁵ Voir aussi *Bonanza Creek Gold Mining Co. v. R.*, [1916] 1 AC 566.

relations diplomatiques et consulaires²⁶. Il peut aussi légiférer relativement à sa marine marchande²⁷, y compris les activités de celle-ci en eaux internationales, ou encore en matière d'aviation civile, y compris avec production d'effets à l'étranger²⁸. Il peut légiférer relativement à ses activités dans l'espace²⁹. Les pays qui, comme le Canada, qui sont parties au *Traité sur l'Antarctique*³⁰, à la *Convention pour la protection des phoques de l'Antarctique*³¹ ou à la *Convention sur la conservation de la faune et la flore marines de l'Antarctique*³² peuvent aussi vouloir légiférer à l'égard de ce continent international³³. Dans une fédération, il est logique que cette compétence extraterritoriale appartienne au pouvoir central. La LC 1867 est silencieuse sur ce point. Cela se comprend aisément, puisqu'à l'époque de son adoption le Canada était encore une colonie au sein d'un empire qui demeurerait compétent en matière de commerce et de relations internationales. C'est le *Statut de Westminster* de 1931³⁴ qui, en donnant suite aux conférences impériales de 1926 et 1930, est venu codifier, en droit colonial et constitutionnel, certaines conséquences juridiques de l'accession par le Canada au statut d'État souverain en droit international. Son article 3 se lit comme suit : « *It is hereby declared and enacted that the Parliament of a Dominion has full power to make laws having extra-territorial operation.* » En 1933, dans *Croft v. Dunphy*³⁵, le Conseil privé était appelé à se pencher sur la question. Le *Statute of Westminster* était alors en vigueur, mais les faits de l'espèce étaient antérieurs à cette entrée en vigueur. Aussi le Conseil privé n'a-t-il pas voulu se prononcer sur son éventuelle application rétroactive. L'organe judiciaire colonial a donc reconnu la compétence extraterritoriale du parlement fédéral sur la seule base du fait que rien dans la LC 1867 ne venait limiter la portée territoriale d'une loi fédérale par ailleurs valide sur le plan matériel.

[26] Qui plus est, les attributions législatives ordinaires prévues à la loi suprême sont complétées d'une attribution d'origine jurisprudentielle. Il s'agit de la compétence accessoire, sur laquelle nous reviendrons et qui s'ajoute non seulement à la dimension matérielle, mais aussi, vraisemblablement, à la dimension territoriale³⁶ des compétences attribuées par loi suprême.

[27] Le droit applicable en l'espèce ne se résume pas à une « nature morte ». Le tableau de la répartition fédérative des compétences ne suffit pas au contrôle de constitutionnalité, qui exige la vérification d'un rattachement dominant entre les dispositions contrôlées et la

²⁶ *Loi sur le ministère des Affaires étrangères, du Commerce et du Développement*, LC 2013, ch. 33, art. 174 (toute la loi a été adoptée sous la forme de l'article 174 du c. 33 des LC 2013); *Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales*, LC 1991, ch. 41.

²⁷ *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*, LC 2001, ch. 26.

²⁸ *Loi sur l'aéronautique*, LRC (1985), ch. A-2.

²⁹ *Loi sur l'Agence spatiale canadienne*, LC 1990, ch. 13.

³⁰ *Traité sur l'Antarctique* (1959), 402 RTNU I-5778.

³¹ *Convention pour la protection des phoques de l'Antarctique* (1972), 1080 RTNU I-16529.

³² *Convention sur la conservation de la faune et la flore marines de l'Antarctique* (1980), 1329 RTNU I-22301.

³³ *Loi sur la protection de l'environnement en Antarctique*, LC 2003, c. 20.

³⁴ *Statut de Westminster de 1931*, 22 George V, c. 4 (R.-U.)

³⁵ [1933] A.C. 156. Loi fédérale anti-contrebande qui permettait de saisir un navire se trouvant dans une zone délimitée mais allant au-delà de la limite reconnue à l'époque aux eaux territoriales.

³⁶ *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 RCS 473 ; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 RCS 494.

ou (exceptionnellement) les compétences dans l'exercice desquelles elles prétendent avoir été validement adoptées. Plus précisément, certaines difficultés particulières attendent ici la Cour.

4.3. Concurrence de compétences résiduelles

[28] Ainsi que l'ont relevé Maxime St-Hilaire *et al.*,

In the absence of any conceivable, complete list of the provisions that might be included in the supreme law of Canada, the presence (within this list) of a residual constitutional amendment procedure, in addition to specific ones, jeopardizes what should otherwise have been a quite efficient procedural criterion for identifying such provisions. Indeed, after determining that a proposed enactment does not come under the ambit of either special procedures under sections 41 and 43 or any of the specified instances of application of the adjusted “normal” procedure under section 42, one is, as long as the proposed enactment’s substance is somehow “constitutional” in nature—dealing with government or rights—left with the question of whether this enactment is within the jurisdiction of one of the regular legislators—and thus a matter of (formally) ordinary legislation—or within that of Canada’s constituent competency by falling under subsection 38(1) of the CA 1982—and thus a matter of supreme law.

Since Canada is a federation, one might be tempted to think that the solution to the problems created by Canada’s confusing constitutional amendment procedure lies in checking whether the proposed enactment comes within the ambit of one of the distributed legislative competencies between the federal parliament and provincial legislatures, including those provided in sections 44 and 45 of the CA 1982. There is a snag. Like any federation, whose definition of legislative heads of power must be exhaustive, Canada has a supreme law that provides for a residual legislative competency. In Canada, that competency is conferred on the federal parliament by the opening words of section 91 of the CA 1867, with the relative exception of subsection 92(16) of the CA 1867, which confers exclusive jurisdiction to provincial legislatures over “[g]enerally all Matters of a merely local or private Nature in the Province”.

By imposing limits to the federal residual legislative competency—setting aside its “emergency branch”, the judicially recognized competency to alter the federative division of competencies in emergency situations – the “national dimensions branch” should have resolved this problem by providing a criterion to determine whether a given provision falls under the formally ordinary federal legislative competency. If it does not fall under the residual legislative competency, then the provision falls under the residual constituent competency under subsection 38(1) of the CA 1982. However, the national dimensions doctrine seems to be falling, if it has not already fallen, into oblivion, as it has not even been pled in recent division of competencies cases. Consequently, in our opinion, the trial judge in the case challenging the *Succession to the Throne Act*, currently on leave to appeal at the Quebec Court of Appeal, failed to consider whether the federal statute validly fell under the federal residual legislative competency under the opening words of section 91 of the CA 1867 or required an amendment under the residual constituent competency under section 38 of the CA 1982, making it therefore invalid.

The question whether an enactment is subject to section 38 of the CA 1982 does not always arise in choice between this latter section and the opening words of section 91 of the CA 1867. This question can also arise with sections 44 or 45 of the CA 1982. In the *Senate Reform Reference*, for instance, the Supreme Court of Canada unanimously concluded that, despite the seemingly clear wording of section 44 of the CA 1982 – which reads “Subject to sections 41 and 42, Parliament may exclusively make laws amending the Constitution of Canada in relation to the executive government of Canada or the Senate and House of Commons” – changes engaging the “interests of the provinces in the Senate as an institution forming an integral part of the federal system” have an impact on the “fundamental nature role of the Senate”. Thus they may only be made under the residual constitutional amendment procedure under section 38. Ultimately, this final case is striking evidence of the enormous power given to the courts to determine, *ad hoc*, a very fundamental question of positive Canadian law, consequence, we submit, of the poor drafting and

“architecture” of the CA 1982. Our hope is that the doctrinal approach we propose might help remedy some of the resulting problems³⁷.

[29] Il est donc possible que la Cour dispose d’une grande marge d’appréciation, autrement dit de peu contraintes ou d’indices, dans la détermination de ce que l’adoption d’une disposition donnée relevait de la compétence constituante résiduelle ou de la compétence législative des provinces sur leur « constitution » respective, par exemple.

4.4. Compétence sur la « constitution de la province »

[30] En l’espèce, le seul exercice d’une compétence précise qui pouvait être plaidé sérieusement à l’appui de la thèse de la validité des dispositions contestées était celui de la compétence qu’attribue, de manière exclusive mais partiellement résiduelle, aux législatures provinciales l’article 45 de la LC 1982. Il s’agit de la compétence exclusive que, « sous réserve de l’article 41 », chacune des dix législatures a « pour modifier la constitution de sa [*sic*] province ». C’est ainsi qu’on pourrait entendre le paragraphe 46 de la réponse, où la défenderesse allègue qu’il « s’agit », avec l’adoption des dispositions contestées, « d’un exercice valide de la compétence constitutionnelle du Québec ». En réalité toutefois, la défenderesse n’a pas soutenu que l’adoption des dispositions contestées avait coïncidé avec l’exercice de cette seule compétence, mais correspondu à un exercice partiel, et vraisemblablement accessoire, de l’ensemble des compétences législatives du Québec. C’est ce que suggère par ailleurs sa réponse, où il est plaidé que la loi qui nous occupe « réaffirme solennellement certains droits fondamentaux du peuple québécois de même que les responsabilités qui en découlent pour les organes de l’État québécois dans tous les domaines relevant de la compétence législative du Québec, c’est-à-dire dans les limites de sa souveraineté » (par. 40), si bien que, « [à] l’égard de l’État québécois, la Loi [99] agit de la même façon que la *Charte des droits et libertés de la personne*, mais concerne des droits politiques collectifs plutôt que des libertés et des droits civils et sociaux individuels » (par. 41). Cette position ne change pourtant rien au fait que, en l’espèce, le seul exercice d’une compétence précise à pouvoir être plaidé sérieusement à l’appui de la thèse de la validité des dispositions contestées était celui de la compétence attribuée aux législatures provinciales par l’article 45 de la LC 1982. La Cour ne saurait donc ici faire l’économie d’une brève détermination de la portée matérielle de cette attribution, dont elle a déjà déterminé la nature formelle.

[31] La Cour sait gré aux avocats-conseils du requérant d’avoir produit le manuscrit d’un chapitre que Maxime St-Hilaire et Patrick Baud seraient sur le point de faire paraître dans un livre dont Richard Albert et Léonid Sirota dirigent la publication³⁸. Elle fait sienne, *mutadis mutandis*, les passages suivants :

³⁷ Maxime St-Hilaire, Patrick F. Baud and Éléna S. Drouin, *150 Years On: What is the Constitution of Canada?—Part 3 of 3—A Doctrinal Approach to the Problem of Identification*, Int’l J. Const. L. Blog, Sept. 14, 2017: <http://www.iconnectblog.com/2017/09/150-years-on-what-is-the-constitution-of-canada-part-3-of-3-identifying-the-constitution>

³⁸ Maxime St-Hilaire et Patrick F. Baud, « A “Constitution” by Quebec? Identifying the ULO... or why *La Belle Province* may not give itself a supreme law », in Richard Albert et Léonid Sirota (dir.), *Does Quebec Need a Written Constitution?*, à paraître chez McGill-Queen’s University Press.

What does “the constitution of the province” mean under section 45 CA 1982? In their current state, neither the case law nor the scholarly literature provide a clear answer to this underexplored question,³⁹ but we hope to begin to do so in this section. Our thesis is that the “constitution of the province” has a very restricted meaning, which does not even cover all of the merely substantive constitutional law relating to a province. In other terms, it is not even exhaustive of the sub-part of the legal portion of the constitution of a province that is formally ordinary. However, as the subject matter of a competency, and not necessarily the product of the exercise of a competency – the way the supreme law is – “the constitution of the province” includes “unwritten” law. In short, for the reasons that follow, “the constitution of the province”, under section 45 of the CA 1982, is only that part of the formally ordinary, but substantively constitutional, law of a province – as provincial law within the meaning of the federative distribution of competencies – both written (legislative) and unwritten (jurisprudential), that residually relates to the executive and legislative institutions broadly understood. This notably excludes the judiciary, which falls under other provisions of the supreme law, and fundamental rights and freedoms, the provincial competency over which is based on other grounds.

Quebec and Ontario are the only provinces whose “constitution”, as per section 45 of the CA 1982 – formerly subsection 92(1) of the CA 1867 – are largely (but not exhaustively) *established* in Part V of the CA 1867, with the exception of the electoral law of the former colony (“province”) of Canada – that is, of United Canada under the 1840 regime – which is *continued* by section 84. The constitutions of the two other original provinces, Nova Scotia and New Brunswick, as well as those of Prince Edward Island and Newfoundland, are established in various other instruments of the imperial government made by virtue of the royal prerogative or imperial statute, such as letters patent. As for British Columbia, before joining the (badly named) “Confederation”, it had adopted, by colonial law, a constitution resembling that of Ontario.⁴⁰ The BC *Constitution Act*, currently into force, later replaced this act.⁴¹ Finally, the constitutions of Manitoba⁴², Saskatchewan,⁴³ and Alberta⁴⁴ were each established by federal statute enacted pursuant to the *Constitution Act, 1871*,⁴⁵ though retroactively in the case of Manitoba, and save, for all three of them, for some purely transitional provisions for the temporary continuation of the federal administration in place in the part of the North-Western Territory now comprised within the boundaries of the provinces.⁴⁶

So the *continuation* of colonial constitutions as those of federated provinces of Canada thus follows three models. The first is that of New Brunswick and Nova Scotia, whose pre-federative colonial constitutions were continued by sections 64 and 88 of the CA 1867, respectively regarding their executive and legislative institutions. The second one is that of British Columbia and Prince Edward Island, whose colonial constitutions are continued by the “Terms of Union” reproduced in, and formally enacted by, imperial orders in council further to section 146 of the CA 1867.⁴⁷ Those orders are referred to by subsection 52(2) of the CA 1982 through the schedule to that Act. The third and final one, which would better be described as continuation-by-reinstatement, is that of Newfoundland, which joined the federation through a 1949 Imperial Act that gave legal force to an agreement between Canada and this colony. The colonial constitution that was thus continued as that of a federated province was the one in force, not immediately before the colony’s adhering to Canada, but before that moment when, in 1934, the colony, in dire financial straits, started

³⁹ Nelson Wiseman, “Clarifying Provincial Constitutions” [1996] 6 *National Journal of Constitutional Law* 269; Nelson Wiseman, “In Search of a Quebec Constitution” [2009] 2 *Revue québécoise de droit constitutionnel* 130; John E. Read, “The Early Provincial Constitutions” [1948] 26(4) *Canadian Bar Review* 621.

⁴⁰ *Constitution Act*, 33-34 Vict, 1871, c 66 (BC).

⁴¹ *Constitution Act*, RSBC 1996, c 66.

⁴² *Manitoba Act*, 33 Vict, 1870, c 3 (Canada).

⁴³ *The Saskatchewan Act*, 4-5 Ed VII, 1905, c 42 (Canada).

⁴⁴ *The Alberta Act*, 4-5 Ed VII, 1905, c 3 (Canada).

⁴⁵ *Constitution Act, 1871* [renvoi omis], s 2.

⁴⁶ *Rupert’s Land Act 1868*, 31-32 Vict, c 105 (UK); *An Act for the temporary Government of Rupert’s Land and the North-Western Territory when united with Canada* (1869) 32-33 Vict, c 3 (Canada); *The Alberta Act* (n 44), s 16; *The Saskatchewan Act* [renvoi omis], s 16.

⁴⁷ Respectively, the *Order of Her Majesty in Council admitting British Columbia into the Union, dated the 16th day of May, 1871* and the *Order of Her Majesty in Council admitting Prince Edward Island into the Union, dated the 26th day of June, 1873*.

being administered by a Governor assisted by a “commission of government”⁴⁸. In other words, from 1934 to 1949, Newfoundland did not have a legislature, whose houses would have been capable of adopting the “addresses” required by section 146 of the CA 1867 – and hence the imperial act rather than an imperial executive order.⁴⁹ Newfoundland’s legislature was re-established in 1949, but consists only of the lieutenant governor and a legislative assembly; the pre-1934 legislative council was not reestablished.⁵⁰ All of these constitutions the federation continued can be contrasted with the ones it *created*, that is, those of Quebec, Ontario, Manitoba, Saskatchewan, and Alberta.

Even for the latter provinces, the provincial “constitutions” never fit into a single document. This remains true even when set aside parts of these constitutions that belong to the supreme law – such as those dealing with the “office” of Lieutenant Governor⁵¹ –, others whose legal nature is debatable – such as “royal instructions” given the colonial governors or administrators –, and the common law pertaining to “the Crown”. So, even the “written” part of the formally ordinary law of a province’s constitution is never to be found in a single document. As we have said and will argue, even this part is broader than “the constitution of the province” within the meaning of section 45 of the CA 1982. But again, we do not think any document, not even British Columbia’s *Constitution Act*,⁵² contains all of a province’s “constitution”, even in this specific and narrow, sense.

[...]

But our point is that, even with a clear understanding of that *formal* dimension of the concept – of “the constitution of the province” as the subject matter of an exclusive provincial legislative competency –, we still need a clearer understanding of its *substantive* dimension, in order to be able to determine (or make a reasonable argument about) whether a matter really residually falls under section 45 of the CA 1982, and not, either under another exclusive or concurrent provincial legislative competency, or, as we have seen, under section 38 of the CA 1982, and this, all the more since the 2014 Senate reform reference. [renvoi omis]

Though they speak to former subsection 92(1) of the CA 1867, which section 45 of the CA 1982 has basically replaced, the majority reasons penned by justice Beetz in *OPSEU v Ontario* bear some relevance here to the extent, not so much because they foreshadow this critical element, but because they show how courts have struggled with the legal concept of the constitution of a province:

To sum up, [...] an enactment can generally be considered as an amendment of the constitution of a province when it bears on the operation of an organ of the government of the province, provided it is not otherwise entrenched as being indivisibly related to the implementation of the federal principle or to a fundamental term or condition of the union, and provided of course it is not explicitly or implicitly excepted from the amending power bestowed upon the province by s. 92(1), such as the office of Lieutenant-governor and, presumably and *a fortiori*, the office of the Queen who is represented by the Lieutenant-Governor.⁵³

Regarding the express exceptions to the provinces’s competency over their constitutions or special conditions thereof, there also was, for Quebec specifically, section 80 of the CA 1867, which related to

⁴⁸ *Newfoundland Act* (1949) 12-13 George VI, c 22 (UK), Schedule, Term 7: “The Constitution of Newfoundland as it existed immediately prior to the sixteenth day of February, 1934, is revived at the date of Union and shall, subject to these Terms and the *British North America Acts, 1867 to 1946*, continue as the Constitution of the Province of Newfoundland from and after the date of Union, until altered under the authority of the said Acts.” Further to the *Newfoundland Act*, (1933), 24 Geo. 5, c 2 (UK), letters patent had been taken January 30, 1934 and published February 16, by which responsible government was suspended and a “commission of government” instituted to administer Newfoundland. Section 2 of the 1949 imperial act essentially repealed that of 1933.

⁴⁹ *Reference re Bowater’s Pulp & Paper Mills Ltd*, [1950] SCR 608 at 649, 659.

⁵⁰ *Newfoundland Act* [renvoi omis], Term 14(2) (“The Constitution of the Legislature of Newfoundland in so far as it relates to the Legislative Council shall not continue, but the Legislature of the Province of Newfoundland and Labrador may at any time reestablish the Legislative Council or establish a new Legislative Council.”)

⁵¹ *Constitution Act, 1982*, s 41(a).

⁵² *Constitution Act*, 33-34 Vict, 1871, c 66 (BC).

⁵³ *Ontario (Attorney General) v OPSEU*, [1987] 2 SCR 2, para 90.

“specially fixed” electoral districts before it became obsolete, in 1970, when its requirements were met so as to allow the provincial legislature to provide it no longer has effect.⁵⁴ As for the exception as to “the Office of Lieutenant Governor” that was expressly provided for at subsection 92(1) of the CA 1867, it now escapes from the competency exclusively attributed to the provincial legislatures by section 45 of the CA 1982 through its first words: “Subject to section 41...”. Sections 3-5 of the CA 1982, which are found in Part I, titled *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to which the overriding-authorizing clauses of section 33 do not apply, and which take the form of “democratic rights”, also represent express exceptions to that exclusive provincial competency, whose exercise is subject to that part of the supreme law that is this *Charter* anyway.⁵⁵ In the case of New Brunswick, Manitoba, and Quebec, the merely substantively “constitutional” competency of the legislature is limited by legislative linguistic rights guaranteed by the supreme law, more precisely by subsections 17(2) and 18(2) of Part I, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, of the CA 1982, by section 23 of the *Manitoba Act, 1870*,⁵⁶ and by section 133 of the CA 1867, respectively.⁵⁷ And it is our view that the subjugation of this provincial “constitutional” ordinary competency to “the federal principle” and “fundamental terms or conditions of the union” is now ensured by section 38 of the CA 1982, reasoning by analogy from the way in which the Supreme Court interpreted the relationship between this section and section 44 in the 2014 Senate reform reference. [référéncie et renvoi omis]

Knowing this, what does this passage from Justice Beetz’s reasons leave us with to help us meet the irreducible need for a supplementary substantive understanding of the concept of “the constitution of the province” under section 45 of the CA 1982? The answer is: the idea of the “government of the province” and its “organs”, that is, not much. In part by using the word “government” in the English looser, philosophy-like, and vague sense, the expression “organ of the government of the province” is overly broad and overlooks the positively provided federative distribution of legislative competencies. This is witnessed by the fact Justice Beetz wrongly characterized “the Ontario Public Service” as an “organ of government”,⁵⁸ whereas Justice Lamer, as he then was, was right simply saying: [...] I agree that *The Public Service Act* [...] is authorized by s. 92(4) of the *Constitution Act, 1867*. I therefore need not consider s. 92(13) or (1) of the *Constitution Act, 1867*.⁵⁹ Indeed, subsection 92(4) of the CA 1867 confers exclusive jurisdiction to provincial legislatures over: “The Establishment and Tenure of Provincial Offices and the Appointment and Payment of Provincial Officers.”

[32] À la lumière de l’ensemble de la répartition des compétences, la constituante aussi bien que les législatives ordinaires, ces auteurs en arrivent aux conclusions suivantes sur ce que ne comprend pas la compétence des législatures sur la constitution de la province :

[I]t is not only the office of lieutenant governor, the fundamental terms of the federative union, and (in our opinion) the provincial public service that must be excluded from the substantive aspect of “the constitution of the province” under section 45 of the CA 1982. It is also, as a first example, “Municipal Institutions in the Province”, the exclusive competency over which is given to the provincial legislatures by subsection 92(8) of the CA 1867.⁶⁰ [...]

⁵⁴ *An Act respecting the electoral districts*, SQ 1970, c 7.

⁵⁵ This is confirmed, not only by *Constitution Act, 1982*, s 32(1)(b), but also by an enormous case law, notably the *Reference re Provincial Electoral Boundaries (Sask)*, [1991] 2 SCR 158.

⁵⁶ *Manitoba Act, 1870* (as renamed by s 53(1) of the CA 1982), 33 Vict, 1870, c 3 (Can). This federal statute was retroactively given formal constitutional status by the *Constitution Act, 1871* [renvoi omis].

⁵⁷ See *Attorney General of Quebec v Blaikie*, [1979] 2 SCR 1016; *Attorney General of Quebec v Blaikie*, [1981] 1 SCR 312; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 SCR 721. We did not mention judicial linguistic rights because, as we said and will see in greater detail, it is not the provincial jurisdiction over “the constitution of the province” under the *Constitution Act, 1982*, s 45 that they limit.

⁵⁸ *Ontario (Attorney General) v OPSEU* [renvoi omis], para 93.

⁵⁹ *ibid*, at para 155.

⁶⁰ See e.g. *Municipal Powers act*, CQLR, c C-47.1; *Cities and Towns Act*, CQLR, c C-19; *Municipal Code of Québec*, CQLR, c C-27.1; *An Act Respecting the exercise of certain municipal powers in certain urban agglomerations*, CQLR, c 20-001; *An act respecting the preservation of agricultural land and agricultural activities*, CQLR, c P-41.1.

Another, perhaps more surprising to our readers, exception to each provincial legislature's exclusive jurisdiction over "the constitution of the province" is the judiciary. The structure of the supreme law of Canada makes it a separate matter. In the CA 1867, there is an entire part, Part VII, which then follows Part VI on the "Distribution of Legislative Powers", that is devoted to "Judicature". Part VII goes from section 96 to 101. Sections 96 through 100 concern provincial superior courts, whose jurisdiction, including that of review, is of principle, and which, from constitutional law's perspective, include provincial courts of appeal. Section 101 concerns all federal courts, whose jurisdiction is specifically attributed by statute,⁶¹ including the Supreme Court of Canada, although the latter's jurisdiction has been constitutionalized by the constitutional amendment procedure.⁶² Indeed, it is only by virtue of section 4 of the CA 1871 [renvoi omis] that under federal law⁶³ courts equivalent to superior and appeal courts of the provinces could be created for the territories. The provincial legislatures' competency regarding the judiciary, which essentially covers provincial "inferior" courts (known as "provincial courts") and the administrative aspects of the superior courts and courts of appeal of the provinces,⁶⁴ flows from subsection 92(14) of the CA 1867, which confers these legislatures exclusive jurisdiction over "[t]he Administration of Justice in the Province, including the Constitution, Maintenance, and Organization of Provincial Courts, both of Civil and of Criminal Jurisdiction, and including Procedure in Civil Matters in those Courts."⁶⁵

One further remarkable exception to provincial legislatures' jurisdiction over "the constitution of the province" is human rights. Judges have sought to ground the provincial legislatures' competency to make laws protecting human rights in subsection 92(13) of the CA 1867, which grants them exclusive jurisdiction over "Property and Civil Rights in the Province", as well as subsection 92(16), which exclusively confers a partial residual competency in the form of residual jurisdiction over "all Matters of a merely local or private Nature in the Province",⁶⁶ as we have seen. Neither provides sufficient footing for provincial human rights laws. For instance, Quebec *Charter of Rights and Freedoms* [renvoi omis] not only applies to private parties, but also, pursuant to section 54, "binds the State". Sections 21-22 of this Charter guarantee "political rights", which presumably is in part the product of the ancillary exercise of the legislature's competency over "the constitution of the province" for the purposes of section 45 of the CA 1982. It also, at sections 23-38, guarantees "judicial rights", which partly relate to the legislature's competency over the "Administration of Justice in the Province" under subsection 92(14) of the CA 1867, the legislature's correctional and penal jurisdiction under subsections 92(6) and (15), as well as the competency ancillary to the legislature's other areas of jurisdiction that allowed it to create various administrative tribunals. As section 55 of this Charter provides, it "affects those matters that come under the legislative authority of Québec".

A provincial legislature's competency to make laws in relation to human rights is indeed better understood through the lens of the "ancillary powers" doctrine, which is undertheorized both in constitutional scholarship and jurisprudence. The concept, which flows more clearly from the French term "*compétence accessoire*", is simply that competence over a given territory or subject matter incidentally extends to other matters and beyond that territory to the degree that the latter depend sufficiently closely on the former. In a federation like ours, it is reasonable and even desirable, if not necessary, as a practical matter, to allow federal and provincial jurisdiction to, for strictly ancillary purposes, overflow their compartments. The case law and, following its lead, legal scholarship have taken a narrower view, suggesting that this doctrine allows nothing more than the making of a limited number of provisions that are ancillary to an otherwise valid statute or part thereof. Yet the validity of several laws, though never in doubt, can be explained (whether in whole or in part) only as an instance of a general ancillary competency. This is the case, to cite

⁶¹ See e.g. *Windsor (City) v Canadian Transit Co* [renvoi omis].

⁶² *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6* [renvoi omis].

⁶³ *Northwest Territories Act*, s 18(1)(k), enacted by *Northwest Territories Devolution Act*, SC 2014, c 2, s 2 (and *Judicature Act*, RSNWT 1988, c J-1, ss 2, 15); *Nunavut Act*, SC 1993, c 28, ss 23(1)(e), 31 (and *Judicature Act*, SNWT (Nu) 1998, c 34, ss 2, 15); *Yukon Act*, SC 2002, c 7, s 18(1)(k) (and *Supreme Court Act*, RSY 2002, c 211, ss 2, 4; *Court of Appeal Act*, RSY 2002, c 47, s 1).

⁶⁴ See *Trial Lawyers Association of British Columbia v British Columbia (Attorney General)* [renvoi omis].

⁶⁵ See e.g. *Courts of Justice act*, CQLR, c T-16

⁶⁶ *Scowby v Glendinning*, [1986] 2 SCR 226, para 4.

a few examples, of the federal *Expropriation Act*,⁶⁷ the *Canada Labour Code*,⁶⁸ the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*,⁶⁹ provincial environmental legislation such as Quebec's *Environmental Quality Act*,⁷⁰ and, as we have been suggesting, both federal and provincial "quasi-constitutional" human rights legislation.⁷¹ This makes "quasi-constitutional" human rights, certainly not a "concurrent jurisdiction", since this concept must be reserved for concurrent attributions of competency expressly provided for in the supreme law,⁷² but an area of the law that is shared between several competencies across the federal and the provincial spheres of jurisdiction, that is, a *domaine de droit partagé sur le plan compétentiel*. The law is comprehended through a variable, potentially infinite range of *areas*, which are not provided for by the supreme law, by statute or by the jurisprudence. These areas always are composed of plenty of norms that, by bundles, proceed from many different legal perspectives legislators may take on facts. In a federation, the legal power, that is, the competency of the legislators to take these perspectives is divided, so that the legislative *competencies* are distributed between the federal and the federated spheres of government. As a result, virtually all areas of the law are "shared" among all of the legislative competencies the norms they are composed of together mobilize. Most of the time, the competencies an area of the law relies on include at least one legal perspective that is exclusively federal and one that is exclusively provincial. This legal phenomenon is to be expected in a federal state, but the Supreme Court unfortunately confuses it with the concept of concurrent jurisdiction as well as with the double aspect doctrine. Double aspect refers to the way in which facts are treated by ordinary legal norms, whereas the idea that areas of law are jurisdictionally shared concerns the way in which a wide range of such norms are dealt with by the federative division of competencies. The double (or plural) aspect a given category of facts can have when captured by (ordinary) legal norms can undoubtedly contribute to the emergence of shared areas of law. However, double aspect is far from being the sole factor giving rise to such shared areas, as a given double aspect does not necessarily belong to a same shared area of law, nor is there a double aspect in every set of facts to which a legal norm that belongs to a shared area applies. The concept of ancillary competency also contributes to the sharing of areas of law.⁷³

[...]

Considering the whole of the relevant provisions of the supreme law and considering also the case law, one should exclude from the *substantive* understanding of "the constitution of the province" under section 45 of the CA 1982, not only "the office of the lieutenant governor," the "federal principle," and "fundamental terms or conditions of the union," but also the judiciary, municipalities, human rights, rights of Aboriginal people, and official language(s), for instance. Therefore, it would appear "the constitution of the province" within the meaning of section 45 of the CA 1982 covers only the province's executive⁷⁴ and legislative⁷⁵

⁶⁷ *Expropriation Act*, RSC 1985, c E-21.

⁶⁸ *Canada Labour Code*, RSC 1985, c L-2. See *Northern Telecom v Telecommunications Workers*, [1980] 1 SCR 115, 132.

⁶⁹ *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, enacted by the *Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act*, SC 2012, c 19, s 52.

⁷⁰ *Environmental Quality Act*, CQLR, c Q-2.

⁷¹ [Renvoi omis] Regarding the delegated human rights legislations of the federal territories of Nunavut (*Human Rights Act*, SNU 2003, c 12), Northwest Territories (*Human Rights Act*, SNWT 2002, c 18), and Yukon (*Human Rights Act*, RSY 2002, c 116), their constitutional ground lies in s 4 of the *Constitution Act, 1871* [renvoi omis].

⁷² See CA 1867, ss 92A(2)-(3), 94A, 95.

⁷³ On the distinction between the two concepts, see Maxime St-Hilaire, "Les leçons de Jordan, II : l'article 33 de la Charte canadienne ne permet pas de suspendre la répartition fédérative des compétences" [2017] 26(3) *Constitutional Forum / Forum constitutionnel* 11; "Nation Tsilhqot'in Colombie-Britannique : bonne décision, mauvaises raisons" [2014] 14(2) *Revue générale de droit* 445.

⁷⁴ See e.g. *Executive Power Act*, CQLR, c E-18; *Government Departments Act*, CQLR, c M-34.

⁷⁵ See e.g. *Act respecting the National Assembly*, CQLR, c A-23.1.

institutions, including official symbols and honours,⁷⁶ electoral⁷⁷ or referenda⁷⁸ legislation, as well as independent agents of the legislature.⁷⁹

Even when it is so understood as including only the executive and the legislative institutions, a legislature's competence over "the constitution of the province" is still residual and limited. Pursuant to subsection 92(1) CA 1867, Québec's legislature could, as it did,⁸⁰ abolish its legislative council in 1968 and, had not it done so, still could do it today under section 45 CA 1982.⁸¹ However, a provincial legislature has never had the power to affect the office of Lieutenant Governor, including that office's being a component of the legislature. This is why we doubt the constitutionality of the practice, from 1970 to 1972, and then the amendment, in 1972, 1973, and 1976, of its Standing Orders by Québec's "National Assembly" so as to replace the Lieutenant Governor's Speech from the Throne by an opening speech by the "Prime Minister". This implies, as we have already said, that we do not think the (unfortunately jurisprudentially-constitutionalized) parliamentary privilege escapes this special and necessarily higher part of our formal, supra-legislative, constitutional law that is the constitution amendment procedure. [renvoi omis] Besides, – and bearing in mind that section 45 of the CA 1982 is not part of the constitutional amendment procedure – according to this very "unwritten" principle of parliamentary privilege, a provincial legislature probably may not give its house(s) any privilege it could possibly want to.⁸² A provincial legislature may no more impinge upon the executive aspect of the office of Lieutenant Governor by legally codifying the constitutional convention of responsible government [...].⁸³ A provincial government always may, however, give constitutional conventions a "written" form that does not claim to have legal, such as a cabinet manual. It is unlikely that a provincial legislature may alter the government's legislative initiative more than the federal parliament may do.⁸⁴ We have seen that it is also limited by supreme-law-protected language rights. [renvoi omis] And we have also seen that it is highly doubtful it may bind itself by a so-called "constitutional amendment procedure". We think that, though it might be unlikely that a court of competent jurisdiction would declare invalid such provincial legislation if it were directly challenged, yet it is even less likely such a court would so declare subsequent legislation that simply ignored the purported amendment procedure.

[33] La Cour est convaincue du bien-fondé de la mise en garde que servent Maxime St-Hilaire et Patrick Baud contre les amalgames comparatifs de notions pourtant différentes de « constitution d'une entité fédérée » :

[W]e do not, in Canadian constitutional law, have that split of the "entrenched provisions", that is, of the supreme law, into its "federal" and "provincial" parts, the way American constitutional law, under the principle of dual sovereignty enshrined in the Tenth Amendment to the "federal" Constitution, distinguishes

⁷⁶ See e.g. *An Act respecting the Flag and Emblems of Québec*, CQLR, c D-12.1; *An Act respecting the Ordre National du Québec*, CQLR, c O-7.01.

⁷⁷ See e.g. *Election Act*, CQLR, c. E-3.3.

⁷⁸ See e.g. *Referendum Act*, CQLR, c C-64.1.

⁷⁹ See e.g. *Auditor General Act*, CQLR, c V-5.01.

⁸⁰ Assemblée nationale du Québec – Michel Bonsaint (Ed.), *La procédure parlementaire du Québec – 3^e édition*, (Assemblée nationale du Québec 2012), 43-5, 221.

⁸¹ Conversely, the Quebec legislature could establish a new upper chamber by virtue of the *Constitution Act, 1982*, s 45.

⁸² [Maxime St-Hilaire, "Privilège parlementaire: une jurisprudence à récrire", *Journal of Parliamentary and Political Law / Revue de droit parlementaire et politique*, Vol. 11, No. 1, 2017, 11-20]; *Canada (House of Commons) v Vaid*, [2005] 1 SCR 667.

⁸³ Jacques-Yvan Morin [Ébauche d'un projet de constitution du Québec, 21 mai 1985 (unpublished)], s. 82 ("L'Assemblée nationale met en cause la responsabilité du Gouvernement par le vote d'une motion de censure. Le vote sur une telle motion ne peut avoir lieu que quarante-huit heures après son dépôt. [¶] À l'exception du cas de la motion de censure, la responsabilité du Gouvernement n'est mise en cause, à l'occasion d'un vote sur un projet de loi ou une motion, que si le Premier ministre a posé la question de confiance. Le vote sur cette question ne peut intervenir que quarante-huit heures après qu'elle a été posée.")

⁸⁴ [Reference re Canada Assistance Plan (BC), [1991] 2 SCR 525, 560.]

between the federal and state constitutions as instruments that serve as the basis for judicial review of ordinary legislation.⁸⁵ In Canada, the supreme law, which can be found in no single document or list of provisions, as well as its underlying principles, is neither federal nor provincial, but federative.⁸⁶ Although their substantive content may be similar, when it comes to their formal effects, one may not liken “provincial constitutions” under Canadian law to “state constitutions” under American law, for instance.⁸⁷

If the Canadian provinces had jurisdiction to enact formal constitutional provisions on the basis of which ordinary legal ones could be technically invalidated, it could only be under the Constitution of Canada as supreme law⁸⁸ and its underlying principles. We do not think this is the case. The provinces only have limited and merely substantive constitutional jurisdiction in the form of federatively distributed legislative competencies. The provincial legislatures may not unilaterally give themselves formal constituent competency without unconstitutionally trying to amend the constitutional amendment procedure. The provincial legislatures’ jurisdiction to “exclusively [but in fact residually] make laws amending the constitution of the province” is only one of their merely substantively constitutional, but formally ordinary, competencies.⁸⁹

[34] En résumé, la compétence attribuée par l’article 45 LC 1982 à chacune des dix législatures sur la constitution de la province n’est « constitutionnelle » qu’au sens matériel du terme, pour être sur le plan formel la compétence législative ordinaire, exclusive et résiduelle – sauf préséance de la compétence constituante résiduelle prévue par la combinaison des articles 38, 39, 42, 46, 47 et 48 de la LC 1982 – sur les pouvoirs exécutif et législatif de cette même province.

4.5. Statut « quasi constitutionnel » de certaines lois

[35] Les auteurs que nous venons de citer ne croient donc pas qu’une loi provinciale relative à la « constitution de la province » puisse conditionner la validité d’autres lois au point de pouvoir être qualifiée de constitutionnelle au sens formel du terme. Ils ont déjà publié, dans un texte auquel il a été fait référence plus haut⁹⁰, les raisons pour lesquelles ils sont d’avis que la Cour suprême du Canada a erré sur ce point dans l’affaire *Sucession Eurig* :

As a result of its blind fidelity to the wording of the CA 1982 and its particularly misleading subsection 52(2), the Supreme Court’s lack of both a theoretical and a practical understanding of what makes the difference between ordinary law and supreme law has it uselessly struggling in the *New Brunswick Broadcasting* case with the trap, for instance, of whether provisions that are not referred to in subsection 52(2), but are part of the “constitution of the province” for the purpose of section 45, are part of the “Constitution of Canada” and therefore the supreme law of Canada under subsection 52(1).⁹¹ But even when dealing with provisions that both fall under section 44 or 45 of the CA 1982 and that are undoubtedly part of an instrument referred to by subsection 52(2), the Court falls into the trap. This is what happened in

⁸⁵ Incidentally, due notably to the “Guarantee Clause” (US Const art IV, § 4), which makes possible the judicial review of state constitutions under the “federal” one, whereas the opposite is unthinkable, we are far from convinced that the federal and state constitutions, and hence the corresponding amendment procedures, are to be placed on an equal footing.

⁸⁶ See *Quebec (Attorney General) v Blaikie*, [1979] 2 SCR 1016, 1025.

⁸⁷ Jacques-Yvan Morin, one of the leading proponents of a Quebec constitution, confused Canada with the United States and other federations in this regard, e.g. “Une Constitution nouvelle pour le Québec – Retour sur l’histoire et perspectives d’avenir” *Le Devoir* (Montreal 14 July 2008).

⁸⁸ *Constitution Act, 1982*, s 52, enacted as Schedule B to the Canada Act 1982 (*Constitution Act, 1982*).

⁸⁹ *ibid*, s 45.

⁹⁰ *Supra* note 6.

⁹¹ *New Brunswick Broadcasting Co. v Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 SCR 319.

Eurig Estate (Re), where Justice Major wrote the majority reasons—and was not contradicted by the dissenting or concurring opinions on this particular point. Justice Major took for granted that because the provincial legislatures’ competency over the “constitution of the province” had been moved from the federative distribution of competencies in the CA 1867 to a part of the CA 1982 titled “Procedure for Amending the Constitution of Canada”, it had to be read “in association with [sub]section 52(1) of the [CA 1982]”,⁹² as if it had changed from being a merely substantive constitutional competency to being a formal one. This led Justice Major to “read in” an (express) “form requirement” into section 45.⁹³ It is symptomatic of his falling into the trap that Justice Major explained the existence of contradicting comments by Justice Pigeon in the *Reference re Agricultural Products Marketing Act*⁹⁴ by mentioning the fact that they “were made before the passage of the 1982 amendments to the Constitution”. Yet, while what is covered by section 45 may be considered “constitutional law” in the substantial sense of the expression, it belongs, in (formal) essence, to ordinary law, which, by definition, cannot be part of the supreme law.⁹⁵

We submit *Eurig Estate* is incorrect on this point and should not be followed. No particular form beyond passage by the Senate and House of Commons or the legislative assembly of the province and royal assent by the Governor General or the Lieutenant Governor, as the case may be, is required. That was the case before 1982, as neither subsection 91(1) nor 92(1) required the use of a particular form to amend the constitutional provisions to which they applied. As the Supreme Court noted in its 2014 opinion on the reform of the Senate,⁹⁶ sections 44 and 45 are the successors of those provisions and there was no intention in 1982 to do anything more than preserve the powers that subsections 91(1) and 92(1) conferred.⁹⁷ It is notable, though not decisive, that *Eurig Estate* was not cited in the Supreme Court’s discussion of sections 44 and 45 in its opinion on the reform of the Senate. If *Eurig Estate* was good law, and set out a rule such that if the federal parliament or a provincial legislature failed to expressly amend (or repeal) a provision, the amendment (or repeal) would be invalid, we expect that the Supreme Court would have taken the opportunity to remind legislators.

[36] Au-delà du seul exercice des compétences attribuées aux articles 44 et 45 de la LC 1982, Maxime St-Hilaire a déjà expliqué pourquoi la doctrine et la jurisprudence devraient parler avec davantage de prudence, de précision et de rigueur de « *manner and form requirements* », notamment au sujet de lois dites « quasi constitutionnelles » :

[T]he only way to enact formal constitutional provisions that are part of the supreme law, so that they may invalidate ordinary ones, is to use one of Canada’s special constitution-changing procedures, which are different from and more demanding than the ordinary process of enacting a statute by an exercise of ordinary legislative power. These special procedures are entrenched in sections 35.1, 38–43, and 46–48 of the Constitution Act 1982. It is worth noting that, whereas section 35.1 is not included in Part V, titled “Procedure for amending Constitution of Canada” but is nonetheless part of that procedure, other sections which are included in that Part, among them section 45, pertaining to “laws amending the constitution of the province”, are not. To summarize, my general thesis is that, in accordance with the “unwritten” principle of parliamentary sovereignty, both the federal parliament and provincial legislatures may probably not legally bind their successors or even themselves, even by (true) “manner” or “form” requirements, the meeting of which the validity of subsequent legislation would be conditional upon. My point is that the limited range of so-called “manner and form” requirements (from ordinary legislation) that are permissible under Canadian constitutional law using ordinary legislation should be understood as statutory interpretation rules, in the sense of rules allowing actors to resolve inconsistencies between enactments of

⁹² *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 SCR 565, para 35.

⁹³ *ibid.*

⁹⁴ *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 SCR 1198.

⁹⁵ *Eurig Estate (Re)* [renvoi omis], para 34.

⁹⁶ *Reference re Senate Reform* [renvoi omis], para 48.

⁹⁷ “Amending Formula for the Constitution of Canada and Delegation of Legislative Authority: Text and Explanatory Notes, April 16, 1981”, reproduced in Anne Bayefsky, ed, *Canada’s Constitution Act 1982 & Amendments: A Documentary History*, vol 2 (Toronto: McGraw-Hill Ryerson, 1989) at 810. The Supreme Court drew on the explanatory notes to the “April Accord” to interpret the provisions of Part V in the *Reference re Supreme Court Act, ss 5 and 6* [renvoi omis], para 92.

a same legislature, and not as conditions for legal validity. This is where the idea of “quasi-constitutional” statutes becomes relevant.

Indeed, express protection against implied repeal, or a primacy clause providing for an exception if a subsequent statute expressly states that it is intended to apply notwithstanding that clause or its including act, is commonly regarded as a “form requirement” (G. Carney, 1989, at 72). Such protections are found in Canadian law, notably in federal and provincial human rights legislation. There seems to be no doubt about their constitutionality, but I think they are mischaracterized as “form requirements”, and, more importantly, that they do not amount to conditions of validity, but only of operation.

I also think that they are in part superfluous. Regardless of how such protection clauses may vary across statutes, and whether any type of these so-called “form requirements” are to be found at all, Canadian case law has recognized that certain statutes have “quasi-constitutional” status, the effect of which remains unclear. This special status is based on the perceived special importance of their contents. It was judicially conferred on human rights legislation as well as statutes concerning language rights, citizenship, access to information and privacy, and the right to a clean environment.

When we limit the analysis to federal and provincial human rights acts, we first notice that three acts, the Canadian Human Rights Act, the Human Rights Act of New Brunswick, and that of Nova Scotia, do not contain any protection clauses against implied repeal. Secondly, we note that among the nine remaining acts, which do contain such provisions, three of them do not expressly make a “form requirement” but only state a primacy rule. These are the British Columbia Human Rights Code (s. 4), Newfoundland and Labrador Human Rights Act (s. 5), and Prince Edward Island Human Rights Act (par. 1(2)). In order to illustrate this point, we contrast section 52 of the Quebec Charter of Rights and Freedoms with section 5 of the Newfoundland and Labrador Human Rights Act. The former reads: “No provision of any Act, even subsequent to the Charter, may derogate from sections 1 to 38, except so far as provided by those sections, unless such Act expressly states that it applies despite the Charter.” The latter simply reads: “This Act shall take precedence over other Acts where they conflict with this Act whether those Acts were enacted before or after this Act comes into force.”

Most primacy clauses, whether they are followed by a “form requirement” or not, derogate expressly from the common law principle *lex posterior derogat anterior*. In all likelihood they implicitly derogate from other common law interpretation principles as well, such as *lex specialis derogat legi generali* (Heerspink, 1982, at 158, Lamer J). The point is, despite the pronouncements of the Supreme Court of Canada (Canada Assistance Plan reference, 1991, at 563), clauses that protect against implied repeal or amendment are not “form requirements” for the validity of subsequent legislation. Rather, they aid statutory interpretation in the case of inconsistencies.

Notwithstanding the language found in case law and commentary, I think it is simply as such that they are accepted in Canadian constitutional law. This is why I am of the opinion that the express “requirement” of express repeal or amendment by a protection clause is superfluous, quite aside from the question of whether they speak the truth. In other words, a clause such as section 4 of the BC Human Rights Code, which simply states “If there is a conflict between this Code and any other enactment, this Code prevails”, has a very limited (positive law) “legal truth” value⁹⁸.

[37] La Cour est convaincue du fait que la polysémie des mots de la « constitution » dans la langue canadienne du droit public ne doit pas occulter le fait que, sur le plan formel, le droit canadien ne connaît que deux catégories de dispositions : celles qui font partie de la loi suprême et celles qui tiennent de la loi ordinaire. Il en va de la mise en œuvre du principe non écrit de constitutionnalisme, que consacre notamment l’article 52 de la LC 1982.

⁹⁸ Maxime St-Hilaire, “*Quasi Constitutional*” Status as **Not** Implying a Form Requirement, Int’l J. Const. L. Blog, Aug. 8, 2017, at: <http://www.icconnectblog.com/2017/08/quasi-constitutional-status-as-not-implying-a-form-requirement>

5. CONTRÔLE

[38] La détermination de la nature véritable des dispositions en cause s'éclaire certes de leur objet et de leurs effets mais ne doit surtout pas confondre la lampe et la page, en d'autres mots le moyen et la fin. Il est de la responsabilité de la Cour de faire porter le contrôle, en dernière analyse, sur des normes juridiques, non pas sur de pures intentions, sur des effets lointainement conjecturés ou sur d'autres faits. La Cour, qui juge en droit, a ici pour fonction d'appliquer des normes juridiques (de degré supérieur) à d'autres normes juridiques (de degré inférieur).

[39] Au sujet de l'objet de la loi dont font partie les dispositions contestées, les plaidoiries, écrites comme orales, ont parfois fait s'éloigner le débat du cadre juridique qui devait le contenir.

[40] Le demandeur soutient, au paragraphe 22 de la dernière version de sa demande, que « [t]he impugned provisions of the *Act* purport [...] to confer on the political institutions of Quebec, including the Legislature of Quebec, acting alone, the authority to alter the political regime and legal status of Quebec without following the amending formula set out in Part V of the *Constitution Act, 1982* ». La Cour est contrainte de reformuler l'allégation en des termes juridiques. En effet, la notion d'« institutions politiques du Québec » n'est pas juridique. On comprend aussi que, par l'idée d'une législature québécoise « acting alone », le demandeur renvoie à ce qui distingue l'adoption de dispositions par la législature du Québec de la participation de sa seule assemblée législative, l'Assemblée nationale du Québec, à la mobilisation de l'une des véritables procédures de modification constitutionnelle prévues à la loi suprême. Enfin, nous avons vu que cette procédure et la Partie V de la LC 1982 ne coïncidaient pas parfaitement. Pour ce qu'elle peut avoir de juridique, la thèse du demandeur relative à l'objet des dispositions contestées se résume donc à celle de la tentative de modification constitutionnelle au sens formel et plein du terme. Si, avéré, cet objet correspondait à la nature véritable des dispositions contrôlées, il ne pourrait effectivement s'agir, de la part d'une législature provinciale, que d'une tentative (invalide). Or le demandeur est en réalité d'avis que cet objet n'est encore que de surface ou, autrement dit, l'instrument d'un objet fondamental, puisqu'il plaide au paragraphe suivant (23) de sa demande que, « [b]y purporting to confer the ultimate authority to establish Quebec as a sovereign state independent of Canada, the impugned provisions of the *Act* are themselves tantamount to a unilateral declaration of independence ».

[41] Quant à elle, la défenderesse plaide que la loi dont la constitutionnalité est ici contestée en partie ne fait que « réaffirmer solennellement certains droits fondamentaux du peuple québécois de même que les responsabilités qui en découlent pour les organes de l'État québécois » (par. 40 de sa réponse), et ce, dans le but de « répondre » à la *Loi de clarification* fédérale du 29 juin 2000⁹⁹. Voilà ce qu'établissent nettement non seulement le contexte d'adoption de la loi et la « preuve extrinsèque » par les débats parlementaires dont elle fut l'objet¹⁰⁰, mais aussi son onzième « considérant », qui veut faire état d'une

⁹⁹ *Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec*, LC 2000, c. 26.

¹⁰⁰ Assemblée nationale du Québec, *Journal des débats*, 25 mai 2000, p. 6170.

« politique du gouvernement fédéral visant à remettre en cause la légitimité, l'intégrité et le bon fonctionnement [des] institutions démocratiques nationales [du Québec], notamment par l'adoption et la proclamation de la Loi donnant effet à l'exigence de clarté formulée par la Cour suprême du Canada dans son avis sur le Renvoi sur la sécession du Québec (Lois du Canada, 2000, chapitre 26) ». L'adoption de celle-ci était alors apparemment perçue par l'ensemble des députés de l'Assemblée nationale québécoise comme une intrusion du pouvoir central dans les affaires de la province¹⁰¹. C'est cette intrusion voire cette « ingérence » perçue que veulent rendre les mots d'une « atteinte portée [...] contre les droits fondamentaux du peuple québécois »¹⁰². Rappelons que la Cour n'est pas saisie de la question de la constitutionnalité de cette loi fédérale de « clarification », dont l'objet déclaré, au sixième et dernier « attendu » de son préambule, est plutôt de prévoir certaines conditions auxquelles le gouvernement fédéral ne pourra pas se tenir pour obligé de négocier la sécession d'une province en vertu de l'avis de 1998 de la Cour suprême du Canada sur la sécession du Québec¹⁰³. C'est de la poursuite de cet objet précis que semblent bien procéder les paragraphes 1(6) et 2(4) de la loi, qui sont tous deux le dernier paragraphe de l'article auquel ils figurent respectivement. L'un traite de l'appréciation de la clarté d'une question référendaire relative à la sécession d'une province, l'autre de celle de la clarté des résultats d'un tel référendum. Le dernier paragraphe du troisième et dernier article de la loi, le paragraphe 3(2), ajoute une condition dont la réalisation fera en sorte que le gouvernement fédéral ne pourra pas contribuer, vraisemblablement au moyen de la présentation d'une motion de modification constitutionnelle par un ministre, à la sécession d'une province. Relevons enfin et en passant que le troisième « attendu » de cette loi fédérale prend acte de ce que « le gouvernement d'une province du Canada est en droit de consulter sa population par référendum sur quelque sujet que ce soit et de décider du texte de la question référendaire ».

[42] Le débat sur les effets des dispositions dont la constitutionnalité est ici contestée a largement porté sur la question à savoir s'ils étaient de déclarer unilatéralement l'indépendance du Québec ou d'autoriser « le peuple québécois [...], par l'entremise de ses institutions politiques qui lui appartiennent en propre »¹⁰⁴, à le faire.

[43] La Cour est d'avis que le recentrement, proprement juridique, de l'enquête sur l'analyse des dispositions mêmes dont elle est saisie du contrôle de constitutionnalité permet de mieux circonscrire leur objet et leurs effets, puis donc de mieux déterminer leur véritable nature. À ce sujet, deux thèses juridiques pertinentes se dégagent des débats. D'un côté, la demande plaide que les dispositions en cause ont la modification constitutionnelle pour nature véritable. De l'autre, la défense soutient que la nature véritable des dispositions contrôlées est plutôt de « codifi[er] une série de principes qui ont toujours et doivent continuer de guider les organes de l'État du Québec, essentiellement le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, dans l'exercice de leurs compétences » (par. 34). C'est de ces « principes » que la défenderesse veut parler synonymiquement comme de « certains droits

¹⁰¹ Assemblée nationale du Québec, *Journal des débats*, 30 mai 2000.

¹⁰² Assemblée nationale du Québec, *Journal des débats*, 30 mai 2000, p. 6170.

¹⁰³ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, par. 88-105.

¹⁰⁴ *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*, RLRQ, c. E-20.2, art. 3, al. 1.

fondamentaux du peuple québécois de même que les responsabilités qui en découlent pour les organes de l'État québécois dans tous les domaines relevant de la compétence législative du Québec (...) » (par. 40 de sa défense).

[44] L'article premier de la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec* prévoit comme nous l'avons vu que « [l]e peuple québécois peut, en fait et en droit, disposer de lui-même [et qu']il est titulaire des droits universellement reconnus en vertu du principe de l'égalité de droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes ». Cette disposition fait vraisemblablement allusion à certains « principes généraux » du droit international que la pratique et la doctrine en ce domaine induisent de divers textes, et ce, matériellement et plus ou moins formellement, suivant la nature, variante, de ceux-ci : *Charte des Nations Unies*¹⁰⁵; *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*¹⁰⁶; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁰⁷; *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*¹⁰⁸; *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*¹⁰⁹; *Acte final d'Helsinki*¹¹⁰; *Charte de Paris pour une nouvelle Europe*¹¹¹; *Lignes directrices sur la reconnaissance de nouveaux États en Europe orientale et en Union soviétique*¹¹²; *Déclaration du cinquantième anniversaire de l'Organisation des Nations Unies*¹¹³; arrêt de la Cour internationale de Justice (CIJ) dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power*¹¹⁴; avis consultatif de la CIJ sur les *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*¹¹⁵; avis consultatif de la CIJ sur le *Sahara occidental*¹¹⁶; arrêt de la CIJ dans l'affaire du *Timor oriental*¹¹⁷; avis consultatif de la CIJ sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*¹¹⁸; rapport de la Commission

¹⁰⁵ *Charte des Nations Unies*, San Fransisco, 26 juin 1945, RT Can 1945 n° 7, art. 1(2) et 55, et 3° « résolu ».

¹⁰⁶ *Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux*, Rés. AG 1514 (XV), 14 décembre 1960.

¹⁰⁷ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (1966), 999 RTNU 171, art. 1(3).

¹⁰⁸ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (1966), 993 RTNU 3, art. 1(3).

¹⁰⁹ *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*, Rés. AG 2625 (XXV), 24 octobre 1970, 5° principe.

¹¹⁰ Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, *Acte final*, Helsinki, 1975, Partie VIII.

¹¹¹ *Charter of Paris for a New Europe* (1990), (1991) 30 ILM 190.

¹¹² (Communauté européenne, déclaration de la) *Lignes directrices sur la reconnaissance de nouveaux États en Europe orientale et en Union soviétique*, 16 décembre 1991, Bull. CE 12-1991.

¹¹³ *Déclaration du cinquantième anniversaire de l'Organisation des Nations Unies*, Rés. AG 50/6, 9 novembre 1995, art. 1.

¹¹⁴ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, CIJ Recueil 1970, p. 3.

¹¹⁵ *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, CIJ Recueil 1971, p. 16.

¹¹⁶ *Sahara occidental*, avis consultatif, CIJ Recueil 1975, p. 12.

¹¹⁷ *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, CIJ Recueil 1995, p. 90.

¹¹⁸ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, CIJ Recueil 2004, p. 136.

internationale indépendante sur le Kosovo¹¹⁹; innombrables autres résolutions et documents des Nations Unies¹²⁰. La Cour n'est pas ici appelée à contrôler des dispositions législatives en vertu du droit international mais du droit constitutionnel au sens formel du terme. Trois oppositions notionnelles ne doivent pas être confondues même si dans leur application contingente elles peuvent se recouper et même si l'avis donné en 1998 par la Cour suprême sur la sécession du Québec emploie parfois des termes qui tendent à amalgamer les deux dernières¹²¹ : celle entre le droit international et le droit interne; celle entre l'exercice (régulier) du droit des peuples à l'autodétermination dans le cadre des États existants et son exercice (exceptionnel) par la sécession¹²²; celle entre le volet interne et le volet externe de ce dernier droit¹²³ – volet qui existe même lorsque ce droit est exercé et mis en œuvre dans le cadre d'un État existant¹²⁴. La Cour estime que ni l'article premier, ni d'autres dispositions particulières, ni la généralité de la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec* ne sont immédiatement porteurs d'une déclaration unilatérale d'indépendance, un acte que le droit constitutionnel canadien n'admet pas¹²⁵. À lui seul, l'article premier ne prévoit pas non plus, de manière médiate, la possibilité d'une telle déclaration. En renvoyant au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (ou à l'autodétermination) au sens des principes généraux du droit international, cette disposition ne peut donc que chercher à contribuer à la mise en œuvre de ce droit dans le cadre juridique de l'État canadien tel que celui-ci existe actuellement. En droit constitutionnel canadien, une législature provinciale peut s'abreuver comme à une source, non pas formelle mais matérielle, au droit international public tant que son action demeure dans le cadre des compétences, exclusives et concurrentes, que lui attribue la loi suprême. Or la mise en œuvre, au sein du cadre d'un État existant et de son droit interne, du droit que le droit international reconnaît aux peuples à disposer, « extérieurement » comme « intérieurement », d'eux-mêmes peut mobiliser toutes les structures juridiques étatiques de pouvoir : constitutionnelles, fédérales et fédérées (dans le cas d'une fédération), régionales et locales¹²⁶. Si ailleurs dans la loi (art. 6, al. 1; art. 7; art. 10, al. 1; art. 11) il est question des seuls domaines qui ressortissent à la compétence du Québec, une telle précision ou limitation n'accompagne pas le principe général de l'article premier. En application de la présomption de constitutionnalité¹²⁷, il est néanmoins possible, si on le prend isolément, d'interpréter cet article comme ayant une portée limitée au rôle que la répartition des compétences constituante et législatives attribue à la

¹¹⁹ Independent International Commission on Kosovo, *The Kosovo Report: Conflict, International Response, Lessons Learned*, Oxford University Press, 2000.

¹²⁰ Karl Doehring, « Self-Determination », in Bruno Simma (dir.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford University Press, 1994, p. 60, cité dans *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, par. 117.

¹²¹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, par. 138.

¹²² *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, par. 122, 126-131.

¹²³ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, par. 126-130.

¹²⁴ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, par. 129.

¹²⁵ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, par. 84 et 104.

¹²⁶ Daniel Thürer et Thomas Burri, « Self-Determination », in Rüdiger Wolfrum (dir.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, en ligne (<http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>), accès par abonnement, notice à jour en décembre 2008, par. 33, 38. Voir aussi Thomas M. Franck, « The Emerging Right to Democratic Governance », (1992) 86 AJIL 46-91.

¹²⁷ *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, [2003] 1 RCS 6, par. 33; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 81.

législature qui l'a adopté, celle du Québec, dans la mise en œuvre du droit à l'autodétermination que reconnaîtrait le droit international à un éventuel peuple québécois. Ajoutons au passage que cette question de la mise en œuvre du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes intéresse aussi la constitution formelle des droits qui, au Canada, se compose de dispositions de la loi suprême relatives aux droits individuels, à certains droits de groupes tels que des droits linguistiques et religieux ainsi qu'aux droits des peuples autochtones. De telles dispositions se trouvent notamment dans les lois constitutionnelles de 1982 (Parties I et II) et de 1867 (art. 93(1) à (4), inapplicables au Québec en vertu de l'art. 93A, et art. 133 par exemple). En principe, elles ne peuvent être modifiées qu'aux termes de la procédure de modification constitutionnelle de principe prévue par la combinaison des articles 38, 39, 42, 46, 47 et 48 de la LC 1982, auxquels s'ajoute, le cas échéant, l'article 35.1. Exceptionnellement, la modification de certaines d'entre elles est assujettie à la procédure dite « bilatérale » prévue aux articles 43, 46, 47 et 48 de la LC 1982.

[45] Pris isolément, l'**article 2** qui, rappelons-le, veut disposer que « [l]e peuple québécois a le droit inaliénable de choisir librement le régime politique et le statut juridique du Québec », pourrait lui aussi être interprété en un sens constitutionnel qui, accessoirement et comme le veut la présomption de conformité de notre droit constitutionnel au droit international¹²⁸, coïnciderait avec celui du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes que reconnaît ce dernier. Certes, l'article 1(3) de chacun des deux pactes onusiens de 1966¹²⁹ voit les parties stipuler que « [t]ous les peuples », en vertu du droit qu'ils ont de disposer d'eux-mêmes, « déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel ». Ce dérivé du droit égal des peuples à disposer d'eux-mêmes qu'est leur « droit de déterminer leur statut politique » est repris dans la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies*¹³⁰, qui toutefois précise non seulement que cette détermination se fait « en toute liberté », mais aussi « sans ingérence extérieure ». Cette dernière précision confirme que ce « droit de choisir », soit s'exerce avec d'autres en tant que droit de participation sans discrimination dans le cadre d'un État existant, soit s'exerce seul contre un État « étranger » dans les cas de colonisation, occupation militaire, subjugation, domination ou violation grave et massive des droits humains. Il y a plus. Cette même déclaration de 1970 ajoute aussi ce qui suit :

Rien dans les paragraphes précédents ne sera interprété comme autorisant ou encourageant une action, quelle qu'elle soit, qui démembrerait ou menacerait, totalement ou partiellement, l'intégrité territoriale ou l'unité politique de tout Etat souverain et indépendant se conduisant conformément au principe de l'égalité de droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes énoncé ci-dessus et doté ainsi d'un gouvernement représentant l'ensemble du peuple appartenant au territoire sans distinction de race, de croyance ou de couleur.

¹²⁸ *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 RCS 391, par. 70; *R. c. Hape*, [2007] 2 RCS 292, par. 54; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 RCS 269; *Ordon (Succession) c. Grail*, [1998] 3 RCS 437, par. 137; *Daniels c. White*, [1968] RCS 517; *Chung Chi Cheung v. The King*, [1939] AC 160, p. 168.

¹²⁹ *Supra* notes 107 et 108.

¹³⁰ *Supra* note 109.

C'est donc ainsi qu'il faut aussi entendre la liberté des peuples de « déterminer, lorsqu'ils le désirent et comme ils le désirent, leur statut politique interne et externe » dont fait état l'*Acte final d'Helsinki* de 1975¹³¹, qui fait lui aussi suivre ces mots de la locution « sans ingérence extérieure ». Ce « droit de choisir » sur lequel ont insisté les procureurs de l'intervenante ne peut donc pas recevoir un sens isolément, non seulement du principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dont il est dérivé, mais aussi des principes généraux du droit international qui lui sont connexes¹³², dont celui du respect de l'intégrité territoriale des États. Dans son avis de 1998 sur la sécession du Québec, la Cour suprême a d'ailleurs cité l'extrait suivant de la *Déclaration du cinquantième anniversaire de l'Organisation des Nations Unies* (1995) :

[Les États membres doivent c]ontinuer à réaffirmer le droit de tous les peuples à disposer d'eux-mêmes, en tenant compte de la situation particulière des peuples soumis à la domination coloniale ou à d'autres formes de domination ou d'occupations étrangères, et reconnaître le droit des peuples à prendre des mesures légitimes conformément à la Charte des Nations Unies pour réaliser leur droit inaliénable à l'autodétermination. Cela ne devra pas être interprété comme autorisant ou encourageant toute mesure de nature à démembrer ou compromettre, en totalité ou en partie, l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'États souverains et indépendants respectueux du principe de l'égalité des droits et de l'autodétermination des peuples et, partant, dotés d'un gouvernement représentant la totalité de la population appartenant au territoire, sans distinction aucune [...]¹³³.

La Cour suprême soulignait les mots : « de tous les peuples à disposer d'eux-mêmes » ; « [c]ela ne devrait pas être interprété comme autorisant » ; « l'intégrité territoriale ou l'unité politique d'États souverains et indépendants ». Il doit être bien connu, ainsi que nous l'avons déjà rappelé¹³⁴, que cette juridiction s'est dite d'avis que, sauf dans des cas exceptionnels dont tous s'entendent sur le fait que – à supposer sans disposer de la question¹³⁵ qu'il forme un peuple – aucun n'est actuellement celui du Québec¹³⁶, « le droit à l'autodétermination est censé être exercé par des peuples, à l'intérieur d'États souverains existants, et conformément au principe du maintien de l'intégrité territoriale de ces États »¹³⁷. Dans le cadre juridique des États existants, ce droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, droit qui comprend celui de « choisir » son statut politique interne et externe, s'entend ainsi d'un double droit à, d'une part, une gouverne qui représente sans discrimination l'ensemble du peuple résidant dans le territoire de l'État (au sens du droit international) et, de l'autre, à ce que « no territorial or other change can be brought about by the central authorities of a State that is contrary to the will of the whole people of that State »¹³⁸. En présumant de sa constitutionnalité, il est donc possible, du moins tant qu'il est pris isolément du reste des dispositions de la loi qui nous occupe, d'interpréter l'article 2 comme il était possible de le faire de l'article premier, c'est-à-dire comme ayant une portée limitée au rôle que la répartition des compétences constituante et législatives attribue à la

¹³¹ *Supra* note 110.

¹³² Daniel Thürer et Thomas Burri, « Self-Determination », in Rüdiger Wolfrum (dir.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, en ligne (<http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>), accès par abonnement, notice à jour en décembre 2008, par. 45.

¹³³ *Supra* note 113, extrait cité dans *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, par. 120.

¹³⁴ *Supra* note 122 et texte correspondant.

¹³⁵ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, par. 125 et 138.

¹³⁶ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, par. 138.

¹³⁷ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, par. 122.

¹³⁸ Antonio Cassese, *Self-determination of peoples: A legal reappraisal*, Cambridge University Press, 1995, p. 287, extrait cité dans *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, par. 129.

législature qui l'a adopté, celle du Québec, dans la mise en œuvre du droit à l'autodétermination que reconnaîtrait le droit international à un éventuel peuple québécois.

[46] L'**article 3** de la loi québécoise du 7 décembre 2000 veut quant à lui prévoir, à son alinéa premier, que « [l]e peuple québécois détermine seul, par l'entremise des institutions politiques qui lui appartiennent en propre, les modalités de l'exercice de son droit de choisir le régime politique et le statut juridique du Québec ». Son second alinéa entend préciser que « [t]oute condition ou modalité d'exercice de ce droit, notamment la consultation du peuple québécois par un référendum, n'a d'effet que si elle est déterminée suivant le premier alinéa ». La Cour estime que ces dispositions, non seulement ne peuvent pas bénéficier de la présomption de constitutionnalité des lois, mais trahissent, pour ainsi dire, la nature véritable de la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*, si bien qu'elles en rejaillissent sur l'ensemble. Elles sont *ultra vires*. La législature du Québec n'a pas la compétence pour confier aux seules « institutions politiques » de la province, dont son Conseil exécutif¹³⁹ et son Assemblée nationale¹⁴⁰, la mise en œuvre, en droit interne, du droit de déterminer librement son statut politique ou juridique que le droit international reconnaîtrait à un éventuel peuple québécois. La population québécoise fait aussi partie intégrante de celle du Canada, à laquelle elle est institutionnellement, juridiquement et, en l'occurrence, fédérativement intégrée. La population du Québec se compose ainsi d'un électorat provincial et d'une part de l'électorat fédéral, par exemple. Ainsi qu'a pu l'observer aisément la Cour suprême¹⁴¹, cette population prend part (indirectement bien sûr) à une gouverne qui représente sans discrimination l'ensemble du peuple résidant dans le territoire de l'État canadien. C'est ainsi qu'elle exerce, dans le cadre juridique de cet État, son éventuel droit à l'autodétermination interne. En ce qui concerne du moins « le rattachement aux provinces existantes de tout ou partie des territoires »¹⁴² ou « la création de provinces »¹⁴³, force est de constater que « no territorial or other change can be brought about by the central authorities of a State that is contrary to the will of the whole people of that State »¹⁴⁴. Cela n'intéresse pas encore la question de l'exercice, dans le cadre juridique de l'État canadien, de l'éventuel droit à l'autodétermination externe de la population québécoise, qui mériterait peut-être de faire l'objet d'une étude doctrinale approfondie. En tout état de cause, qu'il suffise ici à la Cour de s'appuyer sur le fait que la mise en œuvre, dans le cadre juridique de l'État canadien, et donc en droit interne canadien, du droit d'un éventuel « peuple » québécois à disposer « intérieurement » comme « extérieurement » de lui-même en vertu du droit international mobiliserait l'ensemble de notre droit constitutionnel : l'aménagement juridique du pouvoir législatif et exécutif non seulement provincial mais aussi fédéral; la répartition fédérative des compétences et la mobilisation de l'ensemble des compétences ainsi réparties, bien au-delà des seules compétences provinciales du Québec; du moins dans la mesure où sa compétence de dernière instance en matière constitutionnelle est en jeu, le statut juridique de la Cour suprême du Canada, dont un

¹³⁹ *Loi sur l'exécutif*, RLRQ, c. E-18.

¹⁴⁰ *Loi sur l'Assemblée nationale*, RLRQ, c. A-23.1.

¹⁴¹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, par. 135.

¹⁴² *Supra* note 14 et texte correspondant.

¹⁴³ *Supra* note 15 et texte correspondant.

¹⁴⁴ *Supra* note 138 et texte correspondant.

contingent de trois membres représentant le Québec est d'ailleurs constitutionnellement protégé¹⁴⁵; la « constitution » formelle des droits (individuels, de groupe, des peuples autochtones) que nous avons accessoirement évoquée plus haut¹⁴⁶; la (véritable) procédure de modification constitutionnelle, sur laquelle nous nous sommes attardé, et qui coïncide avec la compétence constituante; les « principes non écrits » du droit constitutionnel (jurisprudentiel) au sens formel, supra-législatif du terme, dont ceux reconnus par la Cour suprême dans son avis de 1998 sur la sécession du Québec : constitutionnalisme et « primauté du droit » (État de droit), fédéralisme, protection des minorités, démocratie¹⁴⁷. Plus exactement, qu'il suffise ici à la Cour, sans qu'il soit nécessaire de dresser, jusqu'à la constitution des droits et aux principes non écrits, la liste de toutes les normes juridiques de degré formellement constitutionnel que peuvent violer l'article 3 et l'ensemble de la loi sur laquelle il se répercute pour en mettre au jour la nature véritable, de conclure que cette loi, la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*, est *ultra vires*, puisque la mise en œuvre du droit à disposer de lui-même que reconnaît le droit international à un éventuel peuple québécois représenterait un vaste domaine de droit partagé sur le plan compétentiel qui ressortirait à la fois à l'ensemble des compétences législatives fédérativement réparties et à la compétence constituante. Le second alinéa de l'article 3, par exemple, ressortit en partie à la compétence référendaire du parlement fédéral, compétence dérivée de sa compétence électorale, elle-même dérivée de sa compétence exclusive résiduelle sur la modification des dispositions relatives à la Chambre des communes en vertu de l'article 44 de la LC 1982. Cette compétence lui permet assurément d'autoriser le gouvernement fédéral à consulter (parmi d'autres) la population québécoise à l'occasion de la tenue d'un référendum national, tout comme en vertu de sa loi référendaire le gouvernement d'une province peut, comme le reconnaît lui-même le parlement fédéral au 3^e « attendu » de sa *Loi de clarification*, être « en droit de consulter sa population par référendum sur quelque sujet que ce soit et de décider du texte de la question référendaire »¹⁴⁸. Subsidiairement, l'emploi des mots « institutions politiques qui lui (au « peuple québécois ») appartiennent en propre », à l'alinéa premier, est aussi problématique au point d'être inconstitutionnel. En tenant pour acquis que le mot « appartenir » n'est pas ici employé au sens du droit des biens, la Cour rappelle que les pouvoirs exécutif et législatif du Québec, par exemple, ne relèvent pas que de la compétence qu'attribue l'article 45 de la LC 1982 aux législatures provinciales sur la constitution de la province. Ils le font aussi de la véritable et donc formellement distincte procédure de modification constitutionnelle, dont fait partie l'alinéa 41a) de la LC 1982, où il est notamment question de la charge de lieutenant-gouverneur. De toute façon, la compétence du Québec sur ses « institutions politiques » tout comme les compétences de celles-ci n'existent qu'en vertu de la loi suprême du Canada, dont nous avons vu dans le détail comment elle ne peut pas être modifiée par un législateur ordinaire, pas davantage par le parlement fédéral que par la législature d'une province du reste.

¹⁴⁵ Renvoi relatif à la *Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, [2014] 1 RCS 433. Voir *supra* notes 13 et 17 et texte correspondant.

¹⁴⁶ *Supra* par. 44.

¹⁴⁷ Renvoi relatif à la *sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, par. 49-82.

¹⁴⁸ *Supra* par. 41.

[47] Ce qui précède suffit pour conclure à l'invalidité de l'ensemble de la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*, dont la nature véritable est de mettre en œuvre, en droit interne, un éventuel droit du « peuple » québécois de disposer de lui-même au sens du droit international tandis qu'une telle mise en œuvre représenterait un vaste domaine de droit partagé sur le plan compétentiel qui ressortirait à la fois à l'ensemble des compétences législatives fédérativement réparties ainsi qu'à la compétence constituante. C'est en effet de cette manière précise que la loi qui nous occupe entend répondre à la loi fédérale de « clarification ». Subsidiairement pourtant, la Cour tient à poursuivre le contrôle compétentiel des dispositions contestées afin de vérifier si elles ne s'exposent pas à d'autres conclusions d'inconstitutionnalité. L'article 4, qui veut prévoir que, « [l]orsque le peuple québécois est consulté par un référendum tenu en vertu de la Loi sur la consultation populaire (chapitre C-64.1), l'option gagnante est celle qui obtient la majorité des votes déclarés valides, soit 50% de ces votes plus un vote », est selon nous effectivement inconstitutionnel pour des motifs supplémentaires et qui lui sont particuliers. Dans son avis de 1998 sur la sécession du Québec, si la Cour suprême a parlé de « majorité claire » en réponse à une « question claire », c'est au sujet des conditions d'existence d'une obligation qui incomberait aux « autres participants » de la fédération « d'engager des discussions » au sujet de la modification de la constitution, non seulement dès lors que l'initiative constitutionnelle est prise en vertu de l'article 46 de la LC 1982¹⁴⁹, mais aussi avant même que la procédure de modification constitutionnelle ne soit ainsi formellement lancée par l'adoption d'une première résolution, par exemple à l'issue d'un référendum tenu par une province au sujet de sa possible sécession¹⁵⁰. C'est donc dans l'interprétation, éclairée des « principes constitutionnels non écrits », des dispositions de la loi suprême relatives à sa modification, que la Cour suprême a évoqué ces exigences que veut définir, pour la part du gouvernement fédéral, la *Loi de clarification* à laquelle entend répondre la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec*. On pourrait être tenté de simplement conclure que, la loi ordinaire ne pouvant pas porter sur l'interprétation judiciaire de la loi suprême, la loi fédérale de clarification comme l'article 4 de la loi québécoise qu'il s'agit de contrôler ici sont *ultra vires* pour se rattacher, en fonction de leur nature vériable, à la compétence constituante. L'ambiguïté vient toutefois du fait que dans son avis de 1998 la Cour suprême a ajouté qu'« il reviendra aux acteurs politiques de déterminer en quoi consiste “une majorité claire en réponse à une question claire”, suivant les circonstances dans lesquelles un futur référendum pourrait être tenu »¹⁵¹. Or, plus tôt, la Cour avait précisé que « l'incitation initiale à la négociation, à savoir une majorité claire en faveur de la sécession en réponse à une question claire, n'est assujettie qu'à une évaluation d'ordre politique, et ce à juste titre »¹⁵². Cette évaluation doit donc être faite de manière purement politique, au cas par cas. La question de la satisfaction de la double exigence de clarté n'est ni justiciable ni même autrement juridique. En vertu de l'interprétation donnée à la loi suprême par la Cour suprême, cette double exigence ne peut donc pas être prévue par la loi. Même si elle n'est pas saisie ici de la question, la Cour

¹⁴⁹ Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 RCS 217, par. 69.

¹⁵⁰ Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 RCS 217, par. 93.

¹⁵¹ Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 RCS 217, par. 153.

¹⁵² Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 RCS 217, par. 100.

est consciente du fait que sa conclusion suggère l'inconstitutionnalité de la loi fédérale de clarification du 29 juin 2000.

[47] Au terme de l'instruction, seuls les alinéas premier et troisième de l'**article 5** faisaient toujours l'objet de la demande en jugement déclaratoire dont la Cour est saisie. Le troisième alinéa, qui ne fait que rappeler que « [l]a qualité d'électeur est établie selon les dispositions de la Loi électorale », serait *intra vires* de la compétence électorale provinciale que comprend l'attribution de l'article 45 de la LC 1982 s'il pouvait être séparé du reste de la loi, ce que la Cour ne pense pas. Accessoirement, disons qu'à lui seul il n'aurait pas constitué non plus une atteinte au droit constitutionnel de vote aux élections législatives provinciales que garantit à tout citoyen canadien l'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En revanche, l'alinéa premier, qui veut disposer que « [l]'État du Québec tient sa légitimité de la volonté du peuple qui habite son territoire », aurait été *ultra vires*. La « légitimité de l'État » n'est la matière définitrice d'aucune compétence parmi celles que la loi suprême répartit positivement. Elle ne relève pas non plus, comme de l'une de ses composantes, de la compétence prévue aux articles 44 et 45 de la LC 1982. Elle ne relève pas davantage de l'exercice accessoire d'une ou de plusieurs compétences d'attribution positive. Il n'existe pas non plus de « droit de la légitimité de l'État » qui formerait un domaine de droit partagé sur le plan compétentiel. La légitimité de l'État ne relève d'aucune procédure de modification constitutionnelle de conditions d'application positives. Reste donc les compétences résiduelles : la compétence résiduelle partielle sur « toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province » qu'attribue aux législatures provinciales le paragraphe 92(16) de la LC 1867; la compétence résiduelle fédérale prévue à l'alinéa introductif de l'article 91 de la LC 1867; la compétence *constituante* résiduelle qu'aménagent les articles 38, 39, 42, 46, 47 et 48 de la LC 1982, auxquels s'ajoute, le cas échéant, l'article 35.1. En droit canadien, l'« État » est la Couronne. Le Québec est une entité fédérée au sein d'un État fédératif, le Canada. En droit, celui-ci est une monarchie constitutionnelle. Or sa constitution comporte une part purement politique, c'est-à-dire a-juridique, que structurent tant bien que mal les conventions constitutionnelles¹⁵³, dont celle du gouvernement responsable, suivant laquelle le régime politique du Canada, aussi bien dans l'ordre provincial que dans la sphère fédérale, est le régime parlementaire. En effet, la seule existence, juridiquement prévue, de chambres parlementaires électives ne suffit pas à l'instauration et au maintien d'un régime parlementaire. On a ainsi pu longtemps faire la distinction de manière nette entre la prétention juridique et la prétention politique à la légitimité de l'État canadien : le principe monarchique et l'État de droit d'une part, le principe du gouvernement (partiellement) représentatif de l'autre. En ce qui a trait à celui-ci, la *Charte canadienne des droits et libertés*, soit la Partie I de la LC 1982, est venue garantir, à ses articles 3 à 5, des « droits démocratiques ». Or ceux-ci ne se rapportent qu'aux chambres parlementaires électives et à la convocation du parlement fédéral et des législatures provinciales, non pas à leur rapport aux autres pouvoirs de l'État. En revanche, dans son avis de 1998 sur la sécession du Québec la Cour suprême a fait entrer dans le droit la prétention de l'État canadien à la légitimité démocratique, et ce, sous la forme d'un principe constitutionnel non écrit mais induit du texte de la loi suprême¹⁵⁴. La « légitimité de l'État québécois »

¹⁵³ *Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 RCS 753.

¹⁵⁴ *Supra* note 147 et texte correspondant.

n'est pas une « matière d'une nature purement locale ou privée dans la province ». L'alinéa premier de l'article 5 n'a donc pas pu non plus être adopté dans l'exercice valide de la compétence législative provinciale du paragraphe 92(16) de la LC 1867. Il serait donc tout aussi *ultra vires* même s'il pouvait être isolé de l'ensemble de la loi. La Cour ne pense pas que l'adoption d'une telle disposition se rattachât à la compétence résiduelle fédérale de l'alinéa introductif de l'article 91 de la LC 1867. L'adoption de dispositions relatives aux conditions de prétention de l'État canadien dans son ensemble, de l'État fédéral ou de celui d'une ou de plusieurs provinces à la légitimité ne peut que mobiliser la procédure résiduelle de modification constitutionnelle.

[48] Penchons-nous enfin sur l'**article 13**, dont nous avons vu qu'il entend prévoir qu'« [a]ucun autre parlement ou gouvernement ne peut réduire les pouvoirs, l'autorité, la souveraineté et la légitimité de l'Assemblée nationale ni contraindre la volonté démocratique du peuple québécois à disposer lui-même de son avenir ». L'Assemblée nationale du Québec, sur les privilèges de laquelle, soit-dit en passant, la législature de cette province n'est vraisemblablement pas plus souveraine qu'une autre¹⁵⁵, est à titre d'assemblée législative provinciale tenue pour une nécessité par les articles 3 et 4 de cette partie de la loi suprême qu'est la *Charte canadienne des droits et libertés*, dont la modification est, en principe, régie par la procédure résiduelle de modification constitutionnelle qu'aménagent les articles 38, 39, 42, 46, 47 et 48 de la LC 1982. Elle tient, du moins en tant qu'organe indispensable de la législature de la province, une large part sinon l'essentiel de ses pouvoirs de la répartition fédérative des compétences législatives dont est encore porteuse la loi suprême. En principe, la modification de cette répartition ressortit elle aussi à la procédure résiduelle de modification constitutionnelle qu'aménagent les articles 38, 39, 42, 46, 47 et 48 de la LC 1982. N'eut été de son appartenance inextricable à une loi invalide, le premier segment de l'article 13 aurait néanmoins été jugé inconstitutionnel.

[49] Avant de disposer formellement du recours, la Cour tient à faire quelques remarques d'ordre plus général au sujet de la loi dont elle était saisie de la constitutionnalité de certaines dispositions. Cette loi veut traiter de la « souveraineté » de « l'État du Québec » (art. 6) ou de son Assemblée nationale (art. 13). Or, en droit canadien, le « souverain » est la compétence constituante prévue à la loi suprême ou, encore plus exactement, la compétence de modification de la procédure de modification constitutionnelle prévue à l'alinéa 41e) de la LC 1982¹⁵⁶. Nous tenons aussi à exprimer notre inquiétude devant l'improbable tentative qu'était celle de la législature québécoise de se livrer à une constitutionnalisation matérielle accessoire de l'ensemble de ses compétences. La Cour est aussi préoccupée par l'assimilation que voulait faire la loi entre l'éventuel « peuple » et l'« État » du Québec. La mobilisation, qui est en fait un détournement, du langage des « droits fondamentaux » pour parler, non pas de ce qui est opposable à l'État, mais de ce

¹⁵⁵ Maxime St-Hilaire, « Privilège parlementaire : une jurisprudence à récrire », (2017) 11:1 *Journal of Parliamentary and Political Law / Revue de droit parlementaire et politique* 11-20; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, [2005] 1 RCS 667.

¹⁵⁶ Maxime St-Hilaire, Patrick F. Baud and Éléna S. Drouin, « 150 Years On: What is the Constitution of Canada?—Part 1 of 3: The Problem of Identification », *Int'l J. Const. L. Blog*, Sept. 12, 2017: <http://www.icconnectblog.com/2017/09/150-years-on-what-is-the-constitution-of-canada-part-1-of-3-the-problem-of-identification>

dont celui-ci serait titulaire, a aussi quelque chose de troublant. La *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec* semble donner raison aux auteurs de la notice que consacre la *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* au droit des peuples à l'autodétermination, Daniel Thürer et Thomas Burri, selon lesquels, d'une part, « legal and extra-legal aspects are probably more strongly intermingled in self-determination than with other rights and principles »¹⁵⁷, et, de l'autre, si « [t]he principle of self-determination is only one of the elements of the world's constitutional order [...], it is still prominent, and prone to abuse »¹⁵⁸. En dernière analyse, la Cour estime que toute la loi qui était ici en cause tenait d'un détournement du sens des mots du droit international, mots qui se retrouvaient ainsi mâtinés d'une forme populisme constitutionnel qui est totalement étrangère à la tradition et au principe canadiens de constitutionnalisme et de primauté du droit, autrement dit d'État de droit démocratique et constitutionnel moderne.

6. DISPOSITIF

[50] **Pour les motifs qui précèdent, la Cour :**

[51] **ACCUEILLE** en partie la demande;

[52] **DÉCLARE** *ultra vires*, inconstitutionnels et inopérants au sens du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* – constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c. 11 –, c'est-à-dire invalides¹⁵⁹, les articles premier, 2, 3, 4, 5 et 13 de la *Loi sur l'exercice des droits fondamentaux et des prérogatives du peuple québécois et de l'État du Québec* du 13 décembre 2000, d'abord publiée comme chapitre 46 des *Lois du Québec* de 2000 et qui figure comme chapitre E-20.2 du *Recueil des lois et règlements du Québec*;

[53] **LE TOUT** avec dépens.

¹⁵⁷ Daniel Thürer et Thomas Burri, « Self-Determination », in Rüdiger Wolfrum (dir.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, en ligne (<http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>), accès par abonnement, notice à jour en décembre 2008, par. 26.

¹⁵⁸ Daniel Thürer et Thomas Burri, « Self-Determination », in Rüdiger Wolfrum (dir.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law, en ligne (<http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>), accès par abonnement, notice à jour en décembre 2008, par. 45 et 47.

¹⁵⁹ Renvoi: *Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 RCS 721, par. 52.