

IN THE MATTER of a Reference to the Court of Appeal of Quebec concerning the Constitution of Canada

The Attorney General of Quebec *Appellant*;

and

The Attorney General of Canada *Respondent*;

and

The Association canadienne-française de l'Ontario

and

The Grand Council of the Crees (of Quebec) *Interveners*.

File No.: 17029.

1982: June 14, 15; 1982: December 6.

Present: Laskin C.J. and Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Amendment of Constitution — Proposed amendment of Constitution affecting provincial powers — Quebec only dissenting province — Whether conventional rule of unanimity exists — Whether Quebec has a conventional power of veto.

This Reference results from the objection by Quebec to a Resolution regarding a proposed patriation and amendment of the Constitution of Canada, adopted by the Parliament of Canada in December 1981. This Resolution, which contained an address to Her Majesty the Queen in right of the United Kingdom, reflected in substance the constitutional agreement concluded on November 5, 1981, between Canada and the nine other provinces. By a decree, the Government of Quebec referred to the Quebec Court of Appeal the following question:

Is the consent of the Province of Quebec constitutionally required, by convention, for the adoption by the Senate and the House of Commons of Canada of a resolution the purpose of which is to cause the Canadian Constitution to be amended in such a manner as to affect:

- (i) the legislative competence of the Legislature of the Province of Quebec in virtue of the Canadian Constitution;

DANS L'AFFAIRE d'un Renvoi à la Cour d'appel du Québec concernant la Constitution du Canada

Le procureur général du Québec *Appelant*;

et

Le procureur général du Canada *Intimé*;

et

L'Association canadienne-française de l'Ontario

et

The Grand Council of the Crees (du Québec) *Intervenants*.

N° du greffe: 17029.

1982: 14, 15 juin; 1982: 6 décembre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Modification de la Constitution — Projet de modification de la Constitution ayant un effet sur les pouvoirs provinciaux — Québec seule province dissidente — Existe-t-il une règle conventionnelle de l'unanimité? — Le Québec a-t-il un droit de veto conventionnel?

Ce renvoi découle de l'opposition du Québec à une résolution concernant un projet de rapatriement et de modification de la constitution canadienne adoptée par le Parlement du Canada en décembre 1981. Cette résolution, qui contient une adresse à Sa Majesté la Reine du chef du Royaume-Uni, reflète essentiellement l'entente constitutionnelle intervenue entre le Canada et les neuf autres provinces le 5 novembre 1981. Par décret, le gouvernement du Québec a soumis à la Cour d'appel de cette province la question suivante:

Le consentement du Québec est-il, par convention, constitutionnellement nécessaire à l'adoption par le Sénat et la Chambre des Communes du Canada d'une résolution ayant pour objet de faire modifier la constitution canadienne de façon à porter atteinte:

- i) à l'autorité législative de la législature du Québec en vertu de la constitution canadienne;

(ii) the status or role of the Legislature or Government of the Province of Quebec within the Canadian federation;

and, does the objection of the Province of Quebec render the adoption of such resolution unconstitutional in the conventional sense?

The Court of Appeal answered this question in the negative. The Attorney General of Quebec appealed from this decision.

Held: The appeal should be dismissed. The constitutional question should be answered in the negative.

Quebec has no conventional power of veto over constitutional amendments affecting the legislative competence of the Province. Appellant failed to demonstrate compliance with the most important requirement for establishing a convention, that is, acceptance or recognition of such a convention by the actors in the precedents. This recognition is not only an essential element of conventions: it is the normative one, the formal one which enables us unmistakably to distinguish a constitutional rule from a rule of convenience or from political expediency. As for the conventional rule of unanimity, it has already been unanimously rejected by this Court in *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753. Appellant advanced no compelling reason why this opinion should be modified.

Re: Resolution to amend the Constitution, [1981] 1 S.C.R. 753, followed.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec, [1982] C.A. 33, 134 D.L.R. (3d) 719, which answered in the negative a constitutional question referred to it by the Government of Quebec pursuant to the *Act respecting a reference to the Court of Appeal*, 1981. Appeal dismissed.

Jean-K. Samson, Henri Brun, Robert Décary and Odette Laverdière, for the appellant.

Raynold Langlois, Michel Robert, Edward Goldenberg, Louis Reynolds, Louyse Cadieux, Luc Martineau and Claude Joli-Cœur, for the respondent.

Emile Colas, Q.C., for the intervener the Association canadienne-française de l'Ontario.

James O'Reilly, for the intervener The Grand Council of the Crees (of Quebec).

ii) au statut ou rôle de la législature ou du gouvernement du Québec au sein de la fédération canadienne;

et, l'objection du Québec rend-elle l'adoption d'une telle résolution inconstitutionnelle au sens conventionnel?

La Cour d'appel a répondu négativement à la question. Le procureur général du Québec en appelle de cette décision.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté. La question constitutionnelle reçoit une réponse négative.

Le Québec ne possède pas un droit de veto conventionnel sur les modifications constitutionnelles qui ont un effet sur le pouvoir législatif de la province. L'appellant n'a pas réussi à faire la preuve que la condition la plus importante pour établir une convention—soit l'acceptation ou la reconnaissance d'une telle convention par les acteurs dans les précédents—a été remplie. Cette reconnaissance n'est pas seulement un élément essentiel des conventions. C'est l'élément normatif, l'élément formel qui permet de faire avec certitude la distinction entre une règle constitutionnelle et une règle de convenance ou une ligne de conduite jugée opportune sur le plan politique. Quant à la règle conventionnelle de l'unanimité, cette Cour l'a déjà unanimement rejetée dans l'arrêt *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753. L'appelant n'a avancé aucun motif qui imposerait un changement de cette opinion.

Jurisprudence: arrêt suivi: *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1982] C.A. 33, 134 D.L.R. (3d) 719, qui a répondu négativement à une question constitutionnelle soumise par le gouvernement du Québec en vertu de la *Loi sur un renvoi à la Cour d'appel*, 1981. Pourvoi rejeté.

Jean-K. Samson, Henri Brun, Robert Décary et Odette Laverdière, pour l'appelant.

Raynold Langlois, Michel Robert, Edward Goldenberg, Louis Reynolds, Louyse Cadieux, Luc Martineau et Claude Joli-Cœur, pour l'intimé.

Emile Colas, c.r., pour l'intervenante l'Association canadienne-française de l'Ontario.

James O'Reilly, pour l'intervenant The Grand Council of the Crees (du Québec).

THE COURT

I—The facts

This is an appeal from the opinion pronounced on April 7, 1982, by the Quebec Court of Appeal on a question referred to it by the Government of Quebec regarding the Resolution to amend the Constitution.

This appeal is brought as of right pursuant to s. 37 of the *Supreme Court Act* (R.S.C. 1970, c. S-19) and to s. 1 of *An Act respecting a reference to the Court of Appeal*, (1981 (Qué.), c. 17).

The reference is the second one on this subject. The first reference also gave rise to an appeal to this Court in which judgment was delivered on September 28, 1981 at the same time as in two other appeals arising from a reference by the Government of Manitoba and a reference by the Government of Newfoundland: *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, hereinafter referred to as the *First Reference*.

Following the judgment in the *First Reference*, the Government of Canada and the governments of the ten provinces held a Constitutional Conference, on November 2 to 5, 1981, to seek agreement on the patriation of the Constitution together with a charter of rights and an amending formula. On November 5, 1981 Canada and nine of the ten provinces signed an agreement to this effect. Quebec was the dissenting province.

By the agreement of November 5, 1981 in essence, the Government of Canada and the governments of Ontario and New-Brunswick accepted, with some amendments, a procedure for amending the Constitution of Canada, the so-called Vancouver formula, which had been agreed upon on April 16, 1981 by the eight other provinces. Nova-Scotia, Manitoba, British-Columbia, Prince Edward Island, Alberta, Saskatchewan and Newfoundland also accepted, with some amendments, the entrenchment of a *Canadian Charter of Rights*, binding on Parliament and the provincial legislatures, already agreed upon by the Government of Canada and the Governments of Ontario and New-Brunswick.

LA COUR

I—Les faits

Le pourvoi porte sur l'opinion énoncée le 7 avril 1982 par la Cour d'appel du Québec sur une question qui lui a été déférée par le gouvernement du Québec au sujet de la Résolution pour modifier la Constitution.

Ce pourvoi est formé de plein droit conformément à l'art. 37 de la *Loi sur la Cour suprême* (S.R.C. 1970, chap. S-19) et à l'art. 1 de la *Loi sur un renvoi à la Cour d'appel* (1981 (Qué.), chap. 17).

Ce renvoi est le second portant sur le sujet. Le premier renvoi avait également donné lieu à un pourvoi devant cette Cour, lequel a fait l'objet d'un arrêt le 28 septembre 1981, en même temps que deux autres pourvois découlant respectivement d'un renvoi du gouvernement du Manitoba et d'un renvoi du gouvernement de Terre-Neuve: *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, ci-après appelé le *Premier renvoi*.

A la suite de l'arrêt sur le *Premier renvoi*, le gouvernement du Canada et les dix gouvernements provinciaux tiennent une conférence constitutionnelle du 2 au 5 novembre 1981, afin de rechercher une entente sur le rapatriement de la Constitution ainsi que sur une charte des droits et une formule de modification. Le 5 novembre 1981, le Canada et neuf provinces signent une entente à cet effet. Le Québec est la province dissidente.

Aux termes de l'entente du 5 novembre 1981, le gouvernement du Canada et les gouvernements de l'Ontario et du Nouveau-Brunswick acceptent, moyennant certaines modifications, une procédure de modification de la Constitution du Canada, connue sous le nom de formule de Vancouver, à laquelle ont souscrit les huit autres provinces le 16 avril 1981. La Nouvelle-Écosse, le Manitoba, la Colombie-Britannique, l'Île-du-Prince-Édouard, l'Alberta, la Saskatchewan et Terre-Neuve acceptent également, moyennant certaines modifications, l'enchâssement d'une *Charte canadienne des droits* liant le Parlement fédéral et les législatures provinciales et sur laquelle s'étaient déjà entendus le gouvernement du Canada et les gouvernements de l'Ontario et du Nouveau-Brunswick.

On November 18, 1981 the Minister of Justice of Canada laid before the House of Commons a resolution which contained a joint address of the Senate and the House of Commons to be presented to Her Majesty the Queen in right of the United Kingdom. While in substance the joint address reflected the agreement of November 5, 1981 it was similar in form to the one quoted in the *First Reference*, at p. 766. It included a draft United Kingdom statute the short title of which was the *Canada Act* which, in turn, had appended to it another draft statute entitled the *Constitution Act, 1981* later designated as the *Constitution Act, 1982*. The latter statute provided for the entrenchment of a *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and it contained the new procedure for amending the Constitution of Canada. The *Constitution Act, 1982* also contained a range of other provisions which it is unnecessary to enumerate.

Section 2 of the *Canada Act* constituted the so-called abdication clause, reading as follows:

2. No Act of the Parliament of the United Kingdom passed after the *Constitution Act, 1981* comes into force shall extend to Canada as part of its law.

On November 25, 1981 the Government of Quebec expressed its formal opposition to the proposed Resolution in Decree No. 3214-81:

[TRANSLATION]

DECREE

GOVERNMENT OF QUEBEC

CONCERNING the objection by Quebec to the proposed patriation and amendment of the Constitution of Canada

* * *

WHEREAS on November 18, 1981 the federal government tabled in the House of Commons a motion regarding the patriation and amendment of the Constitution of Canada;

WHEREAS if implemented, this motion would have the effect of substantially reducing the powers and rights of Quebec and of its National Assembly without its consent;

Le 18 novembre 1981, le ministre de la Justice du Canada dépose à la Chambre des communes une résolution contenant une adresse commune du Sénat et de la Chambre des communes à Sa Majesté la Reine du chef du Royaume-Uni. Même si cette adresse commune reflète essentiellement l'entente du 5 novembre 1981, elle revêt la même forme que celle citée dans le *Premier renvoi*, à la p. 766. Elle comprend un projet de loi du Royaume-Uni, dont le titre abrégé est la *Loi sur le Canada*, qui, à son tour, porte en annexe un autre projet de loi intitulé *Loi constitutionnelle de 1981* subséquentement désigné sous le titre de *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette dernière loi prévoit l'enchâssement d'une *Charte canadienne des droits et libertés* et elle comporte la nouvelle procédure de modification de la Constitution du Canada. La *Loi constitutionnelle de 1982* comporte également une série d'autres dispositions qu'il est inutile d'énumérer.

L'article 2 de la *Loi sur le Canada* constitue ce qu'il est convenu d'appeler la clause de renonciation et il se lit comme suit:

2. Les lois adoptées par le Parlement du Royaume-Uni après l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1981* ne font pas partie du droit du Canada.

Le 25 novembre 1981, le gouvernement du Québec exprime officiellement son opposition à ce projet de résolution dans le décret n° 3214-81:

DÉCRET

GOUVERNEMENT DU QUÉBEC

CONCERNANT l'opposition du Québec au projet de rapatriement et de modification de la constitution canadienne

* * *

ATTENDU QUE le gouvernement fédéral a présenté à la Chambre des Communes, le 18 novembre 1981, une motion visant à rapatrier et à modifier la constitution canadienne;

ATTENDU QUE cette motion, si on y donnait suite, aurait pour effet de diminuer substantiellement les pouvoirs et les droits du Québec et de son Assemblée nationale sans son consentement;

WHEREAS it has always been recognized that no change of this kind could be made without the consent of Quebec.

BE IT RESOLVED, on the motion of the Premier:

THAT Quebec formally vetoes the Resolution tabled in the House of Commons on November 18, 1981 by the federal Minister of Justice.

THAT this objection be officially communicated to the federal government and the governments of the other provinces.

AUTHENTIC COPY
DEPUTY CLERK OF THE
EXECUTIVE COUNCIL

Jean-Pierre Vaillancourt

On the same date, the Government of Quebec ordered the present reference in Decree No. 3215-81. It is unnecessary to quote this decree however, as it was superseded by Decree No. 3367-81, the text of which is quoted below, adopted on December 9, 1981 and drafted in almost identical terms as Decree No. 3215-81, except for two minor corrections in the preamble which made allowance for the fact that by then, the joint address had already been voted.

The joint address was adopted by the House of Commons on December 2, 1981 and by the Senate on December 8, 1981. It included further amendments agreed upon by Canada and all the provinces except Quebec.

On December 8, 1981 the Governor General of Canada received the text of the joint address and, pursuant to the advice of Her Majesty's Privy Council for Canada, transmitted it to Her Majesty on December 9, 1981.

On the same date, the Government of Quebec re-ordered the present reference in Decree No. 3367-81:

[TRANSLATION] WHEREAS the Senate and House of Commons of Canada adopted a Resolution regarding the Constitution of Canada;

WHEREAS this Resolution requests the introduction in the Parliament of the United Kingdom of a bill entitled the Canada Act which, if adopted by the Parliament of the United Kingdom, will most notably have the

ATTENDU QU'il a toujours été reconnu qu'aucune modification de cette nature ne pouvait être effectuée sans le consentement du Québec.

IL EST DÉCIDÉ, sur la proposition du Premier ministre:

QUE le Québec oppose formellement son veto à l'encontre de la résolution présentée à la Chambre des Communes, le 18 novembre 1981, par le ministre fédéral de la Justice.

QUE cette opposition soit officiellement transmise au gouvernement fédéral et à celui des autres provinces.

COPIE AUTHENTIQUE
LE GREFFIER ADJOINT
DU CONSEIL EXÉCUTIF

Jean-Pierre Vaillancourt

Le même jour, le gouvernement du Québec ordonne le présent renvoi dans le décret n° 3215-81. Il est toutefois inutile de citer ce décret étant donné qu'il a été remplacé par le décret n° 3367-81 dont le texte est reproduit plus bas, pris le 9 décembre 1981 et rédigé en des termes presque identiques à ceux du décret n° 3215-81, à l'exception de deux corrections mineures apportées au préambule de manière à tenir compte du fait que l'adresse commune avait alors déjà été adoptée.

L'adresse commune est adoptée par la Chambre des communes le 2 décembre 1981 et par le Sénat, le 8 décembre 1981. Elle comporte d'autres modifications dont ont convenu le Canada et toutes les provinces à l'exception du Québec.

Le gouverneur général du Canada reçoit le texte de l'adresse commune le 8 décembre 1981 et, conformément à l'avis du Conseil privé de Sa Majesté pour le Canada, il le transmet à Sa Majesté le 9 décembre 1981.

Le même jour, le gouvernement du Québec réordonne le présent renvoi dans le décret n° 3367-81:

ATTENDU QUE le Sénat et la Chambre des Communes du Canada ont adopté une résolution concernant la Constitution du Canada;

ATTENDU QUE cette résolution demande de faire déposer devant le Parlement du Royaume-Uni un projet de loi intitulé Loi sur le Canada qui, s'il est adopté par le Parlement du Royaume-Uni, aura notamment pour

effect of enacting for Canada the Constitution Act, 1981;

WHEREAS the proposed legislation has the effect of making significant changes in the status and role of Quebec within the Canadian federal system;

WHEREAS Quebec forms a distinct society within the Canadian federation;

WHEREAS the Supreme Court of Canada stated on September 28, 1981 that the consent of the provinces is constitutionally necessary for the adoption of this proposal;

WHEREAS Quebec has not agreed and has objected to the proposed changes;

WHEREAS no change of a similar significance to that proposed in this Resolution has to date been made without the consent and over the objection of Quebec;

WHEREAS it is expedient to submit to the Court of Appeal for hearing and consideration, pursuant to the Court of Appeal Reference Act the question herein below set out.

ACCORDINGLY, it is ordered, upon the proposal of the Minister of Justice, that the following question be submitted to the Court of Appeal for hearing and consideration:

Is the consent of the Province of Quebec constitutionally required, by convention, for the adoption by the Senate and the House of Commons of Canada of a resolution the purpose of which is to cause the Canadian Constitution to be amended in such a manner as to affect:

- i) the legislative competence of the Legislature of the Province of Quebec in virtue of the Canadian Constitution;
- ii) the status or role of the Legislature or Government of the Province of Quebec within the Canadian federation;

and, does the objection of the Province of Quebec render the adoption of such resolution unconstitutional in the conventional sense?

On December 22, 1981 the Government of the United Kingdom introduced in the Parliament of Westminster a bill known as "A Bill to Give Effect to a Request of the Senate and House of Commons of Canada" which was to become the *Canada Act 1982*.

effet d'édicter pour le Canada la Loi constitutionnelle de 1981;

ATTENDU QUE la législation proposée a pour effet d'apporter des modifications importantes au statut et au rôle du Québec au sein du régime fédéral canadien;

ATTENDU QUE le Québec forme une société distincte à l'intérieur de l'ensemble fédéral canadien;

ATTENDU QUE la Cour suprême du Canada a le 28 septembre 1981 déclaré que le consentement des provinces est constitutionnellement nécessaire à l'adoption de ce projet;

ATTENDU QUE le Québec n'a pas consenti et s'est objecté aux modifications proposées;

ATTENDU QU'aucune modification de portée similaire à celle proposée dans cette résolution n'est à ce jour intervenue sans l'assentiment et malgré l'objection du Québec;

ATTENDU QU'il y a lieu, conformément à la Loi sur les renvois à la Cour d'Appel, de soumettre à la Cour d'Appel, pour audition et examen, la question ci-après énoncée.

EN CONSÉQUENCE, IL EST ORDONNÉ, sur la proposition du ministre de la Justice que la question suivante soit soumise à la Cour d'Appel pour audition et examen:

Le consentement du Québec est-il, par convention, constitutionnellement nécessaire à l'adoption par le Sénat et la Chambre des Communes du Canada d'une résolution ayant pour objet de faire modifier la constitution canadienne de façon à porter atteinte:

- i) à l'autorité législative de la législature du Québec en vertu de la constitution canadienne;
- ii) au statut ou rôle de la législature ou du gouvernement du Québec au sein de la fédération canadienne;

et, l'objection du Québec rend-elle l'adoption d'une telle résolution inconstitutionnelle au sens conventionnel?

Le 22 décembre 1981, le gouvernement du Royaume-Uni dépose au Parlement de Westminster un projet de loi appelé «Projet de loi donnant suite à une demande du Sénat et de la Chambre des communes du Canada», qui deviendra la *Loi de 1982 sur le Canada*.

The Quebec Court of Appeal heard counsel in argument on the reference on March 15, 16 and 17, 1982.

The bill introduced at Westminster was passed on March 25, 1982 and received royal assent on March 29, 1982. The *Canada Act 1982* came into force on this date.

On April 7, 1982 the Quebec Court of Appeal rendered its unanimous opinion answering in the negative the question referred to it.

On April 13, 1982 the Attorney General of Quebec appealed to this Court and on April 15, 1982 at the request of the appellant, Lamer J. stated a constitutional question pursuant to Rule 17 of this Court. The terms of this question are identical to those of the question referred to the Quebec Court of Appeal.

On April 17, 1982 the *Constitution Act, 1982* was proclaimed in force by the Queen under the Great Seal of Canada and has been in force since that date.

II—The opinion of the Court of Appeal

The unanimous opinion of the Quebec Court of Appeal, answering the question in the negative, is a collective one. It has been signed as a multiple-author opinion by the five judges who participated in the reference, Crête, C.J.Q. and Montgomery, Turgeon, Monet and Jacques J.J.A.

The Court of Appeal first observed that at the time of the hearing, on March 15, 16 and 17, 1982 the process of constitutional amendment had not yet been completed. Although it had been conceded by counsel for the Attorney General for Quebec that an affirmative answer to the question could have political consequences but no legal ones, the Court of Appeal took the view that, given the broad terms of the *Court of Appeal Reference Act*, R.S.Q. 1977, c. R-23, it should answer a question which had to do with the "legitimacy" if not the "legality" of the patriation process.

The Court of Appeal was asked by the Attorney General of Quebec to answer the question in the

La Cour d'appel du Québec entend le renvoi les 15, 16 et 17 mars 1982.

Le projet de loi déposé à Westminster est adopté le 25 mars 1982 et reçoit la sanction royale le 29 mars 1982. La *Loi de 1982 sur le Canada* entre en vigueur à cette date.

Le 7 avril 1982, la Cour d'appel du Québec, dans une opinion unanime, répond par la négative à la question qui lui a été déférée.

Le 13 avril 1982, le procureur général du Québec forme un pourvoi auprès de cette Cour et, le 15 avril 1982, à la demande de l'appelant, le juge Lamer énonce une question constitutionnelle conformément à la Règle 17 de cette Cour. Cette question est identique à celle soumise à la Cour d'appel du Québec.

Le 17 avril 1982, la *Loi constitutionnelle de 1982* entre en vigueur par proclamation de la Reine sous le grand sceau du Canada et elle est en vigueur depuis cette date.

II—L'opinion de la Cour d'appel

L'opinion unanime dans laquelle la Cour d'appel du Québec répond négativement à la question, est un texte collectif. Elle est paraphée à titre de coauteurs par chacun des cinq juges qui ont entendu le renvoi, savoir le juge en chef Crête et les juges Montgomery, Turgeon, Monet et Jacques.

La Cour d'appel souligne d'abord qu'au moment de l'audition du renvoi, les 15, 16 et 17 mars 1982, le processus de modification constitutionnelle n'était pas encore complété. Bien que l'avocat du procureur général du Québec ait reconnu qu'une réponse affirmative à la question pourrait avoir des conséquences d'ordre politique et non juridique, la Cour d'appel exprime l'avis qu'en raison des termes généraux utilisés dans la *Loi sur les renvois à la Cour d'appel*, L.R.Q. 1977, chap. R-23, elle se doit de répondre à une question portant sur la «légitimité» sinon la «légalité» du processus de rapatriement.

Le procureur général du Québec a demandé à la Cour d'appel de répondre affirmativement à la

affirmative on the basis of two alternative submissions. According to the first submission, there was a convention requiring the unanimous consent of the ten provinces to any constitutional amendment of the type in issue. According to the second submission, because of the principle of duality, Quebec had by convention a power of veto over any constitutional amendment affecting the legislative competence of the Province or the status or role of its legislature or government within the Canadian federation.

The Court of Appeal rejected the first submission as it found that this Court had already ruled it out in the *First Reference*. It rejected the second submission on the following grounds: at law, all the provinces are fundamentally equal and the Attorney General of Quebec had failed to establish that either the Government of Canada or the other provinces had conventionally recognized in Quebec any special power of veto over constitutional amendment not possessed by the other provinces.

The Court of Appeal further held that at the Constitutional Conference of November 2 to 5, 1981 the degree of provincial consent required had been determined and achieved by the political actors, in accordance with the judgment of this Court in the *First Reference*.

III—The position of the parties

Before coming to the submissions made by the parties, it should be said at the outset that the Attorney General of Canada conceded that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* contained in the *Constitution Act, 1982* affects the legislative competence of all the provinces including Quebec.

To the question whether the status or role of the Legislature or Government of the Province of Quebec within the Canadian federation is affected by the *Constitution Act, 1982* the factum of the Attorney General of Canada makes the following answer:

As for the role and status of Quebec within the Canadian federation, this Act provides Quebec a constitutionally guaranteed right to participate in the amendment of the constitution and to opt out of amendments

question en s'appuyant sur deux thèses possibles. Selon la première thèse, il existe une convention qui exige le consentement unanime des dix provinces pour toute modification constitutionnelle du genre de celle dont il est question en l'espèce. Selon la seconde thèse, en raison du principe de la dualité, le Québec possède, par convention, un droit de veto sur toute modification constitutionnelle qui a un effet sur le pouvoir législatif de la province ou encore sur le statut ou le rôle de sa législature ou de son gouvernement au sein de la fédération canadienne.

La Cour d'appel rejette la première thèse en concluant que cette Cour l'a déjà écartée dans le *Premier renvoi*. Elle rejette la seconde thèse pour les motifs suivants: en droit, toutes les provinces sont fondamentalement sur un pied d'égalité et le procureur général du Québec n'a pas établi que le gouvernement du Canada ou les autres provinces ont, par convention, reconnu que le Québec possède en exclusivité un droit de veto spécial opposable à une modification constitutionnelle.

La Cour d'appel conclut, en outre, qu'à la conférence constitutionnelle du 2 au 5 novembre 1981, le degré de consentement nécessaire des provinces a été précisé et réalisé par les acteurs politiques, conformément à l'arrêt de cette Cour dans le *Premier renvoi*.

III—La position des parties

Avant de passer aux thèses soumises par les parties, il convient de mentionner, au départ, que le procureur général du Canada a reconnu que la *Charte canadienne des droits et libertés* contenue dans la *Loi constitutionnelle de 1982* a un effet sur l'autorité législative de toutes les provinces y compris le Québec.

A la question de savoir si la *Loi constitutionnelle de 1982* a un effet sur le statut ou le rôle de la législature ou du gouvernement de la province de Québec au sein de la fédération canadienne, le mémoire du procureur général du Canada donne la réponse suivante:

Quant au rôle et statut du Québec au sein de la fédération canadienne, cette loi accorde au Québec un droit constitutionnellement garanti de participer à la modification de la constitution et de se soustraire aux

that derogate from its legislative powers, its proprietary rights or any other rights or privileges of its legislature or government (section 38(2)) under reserve of its constitutionally guaranteed right to financial compensation when the amendment involves a transfer of provincial legislative competence to Parliament in relation to education or other cultural matters (section 40).

This answer is a qualified admission, but an admission nonetheless, that the role and status of Quebec within the Canadian federation are modified by the procedure for amending the Constitution.

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is not identical to the *Charter of Rights and Freedoms* referred to in the *First Reference* and the procedure for amending the Constitution of Canada differs substantially from the amending procedure also referred to in the *First Reference*. But it is unnecessary to review these differences. It is sufficient to note that in spite of these differences and on the whole, the *Constitution Act, 1982* directly affects federal-provincial relationships to the same relevant extent as the proposed constitutional legislation discussed in the *First Reference*.

The position of the appellant was that the appeal should be allowed and the constitutional question answered in the affirmative on the basis of the same two submissions which he had made to the Court of Appeal, the first relating to a conventional rule of unanimity and the second to a conventional power of veto said to have been held by Quebec. (Actually, the submission relating to unanimity was made in the second place, but it will be dealt with first, as was done in the Court of Appeal).

While both submissions seek the same answer to the constitutional question, they are alternative ones, as they have to be, for not only are they quite distinct from each other, they actually contradict one another: the rule of unanimity is predicated on the fundamental equality of all the provinces as it would give a power of veto to each of them whereas an exclusive power of veto for Quebec negates the rule of unanimity as well as the principle of fundamental equality. Also, and as will be seen below, the reason which is said to anchor the

modifications dérogatoires à ses compétences législatives, à ses droits de propriété ou à tous autres privilèges de sa législature ou de son gouvernement (article 38(2)) sous réserve de son droit constitutionnellement garanti à une compensation financière en matière d'éducation ou dans d'autres domaines culturels lorsque l'amendement comporte un transfert de compétences législatives provinciales au Parlement (article 40).

Cette réponse est une reconnaissance mitigée, mais néanmoins une reconnaissance, que la procédure de modification de la Constitution change le rôle et le statut du Québec au sein de la fédération canadienne.

La *Charte canadienne des droits et libertés* n'est pas identique à la *Charte des droits et libertés* mentionnée dans le *Premier renvoi* et la procédure de modification de la Constitution du Canada diffère de façon appréciable de la procédure de modification qui y est également mentionnée. Il est toutefois inutile d'examiner ces différences. Il suffit de noter que somme toute, malgré ces différences, la *Loi constitutionnelle de 1982* a un effet direct sur les relations fédérales-provinciales dans la même mesure que le projet de loi constitutionnelle dont traite le *Premier renvoi*.

L'appelant a fait valoir que le pourvoi devrait être accueilli et que la réponse à la question constitutionnelle devrait être affirmative en fonction des deux mêmes thèses qu'il avait soumises à la Cour d'appel, la première concernant une règle conventionnelle de l'unanimité et la seconde, un droit de veto conventionnel que posséderait le Québec. (En réalité, la thèse de l'unanimité a été plaidée en second lieu mais elle sera traitée en premier comme on l'a fait en Cour d'appel).

Bien que les deux thèses visent à la même réponse à la question constitutionnelle, il va de soi qu'il s'agit là d'une alternative étant donné que ces thèses sont non seulement très différentes mais aussi effectivement contradictoires: la règle de l'unanimité repose sur l'égalité fondamentale de toutes les provinces puisque chacune jouirait d'un droit de veto, tandis qu'un droit de veto exclusif du Québec vient en contradiction tant avec la règle de l'unanimité qu'avec le principe de l'égalité fondamentale. De plus, comme nous le verrons plus loin,

conventional rule is a different one in each submission.

In the *First Reference*, there was no substantial disagreement between the majority opinion on convention, (hereinafter referred to as the majority opinion), and the dissenting opinion on convention, (hereinafter referred to as the dissenting opinion), with respect to the nature of constitutional conventions and the requirements for establishing a convention.

The majority opinion as well as the dissenting opinion both approved, at pp. 852 and 883, the definition of a convention given by Freedman C.J.M. in the Manitoba Reference and quoted at p. 883 of the *First Reference*:

What is a constitutional convention? There is a fairly lengthy literature on the subject. Although there may be shades of difference among the constitutional lawyers, political scientists, and Judges who have contributed to that literature, the essential features of a convention may be set forth with some degree of confidence. Thus there is general agreement that a convention occupies a position somewhere in between a usage or custom on the one hand and a constitutional law on the other. There is general agreement that if one sought to fix that position with greater precision he would place convention nearer to law than to usage or custom. There is also general agreement that "a convention is a rule which is regarded as obligatory by the officials to whom it applies". Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977), p. 9. There is, if not general agreement, at least weighty authority, that the sanction for breach of a convention will be political rather than legal.

At page 888 of the *First Reference*, the majority opinion adopted the following passage of Sir W. Ivor Jennings, *The Law and the Constitution* (5th ed., 1959), at p. 136:

We have to ask ourselves three questions: first, what are the precedents; secondly, did the actors in the precedents believe that they were bound by a rule; and thirdly, is there a reason for the rule? A single precedent with a good reason may be enough to establish the rule. A whole string of precedents without such a reason will be of no avail, unless it is perfectly certain that the persons concerned regarded them as bound by it.

ce que l'on considère comme la raison d'être de la règle conventionnelle varie d'une thèse à l'autre.

Dans le *Premier renvoi*, entre les motifs de la majorité traitant de la convention (ci-après appelés l'opinion majoritaire) et ceux des juges dissidents traitant du même sujet (ci-après appelés l'opinion des juges dissidents), il n'y a pas de désaccord important à propos de la nature des conventions constitutionnelles et des conditions à remplir pour établir une convention.

La définition d'une convention donnée par le juge en chef Freedman du Manitoba dans le renvoi du Manitoba est approuvée à la fois dans l'opinion majoritaire et dans celle des juges dissidents, aux pp. 852 et 883 respectivement. Cette définition est citée à la p. 883 du *Premier renvoi*:

[TRADUCTION] Qu'est-ce qu'une convention constitutionnelle? On trouve d'assez nombreux écrits sur le sujet. Bien qu'il puisse y avoir des nuances entre les constitutionnalistes, les experts en sciences politiques et les juges qui y ont contribué, on peut énoncer comme suit avec un certain degré d'assurance les caractéristiques essentielles d'une convention. Ainsi il existe un consensus général qu'une convention se situe quelque part entre un usage ou une coutume d'une part et une loi constitutionnelle de l'autre. Il y a un consensus général que si l'on cherchait à fixer cette position avec plus de précision, on placerait la convention plus près de la loi que de l'usage ou de la coutume. Il existe également un consensus général qu'une convention est une règle que ceux à qui elle s'applique considèrent comme obligatoire. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977), p. 9. Selon la prépondérance des autorités sinon le consensus général, la sanction de la violation d'une convention est politique et non juridique.

A la page 888 du *Premier renvoi*, l'opinion majoritaire adopte le passage suivant de l'ouvrage de sir W. Ivor Jennings, *The Law and the Constitution*, (5^e éd., 1959), à la p. 136:

[TRADUCTION] Nous devons nous poser trois questions: premièrement, y-a-t-il des précédents; deuxièmement, les acteurs dans les précédents se croyaient-ils liés par une règle; et troisièmement, la règle a-t-elle une raison d'être? Un seul précédent avec une bonne raison peut suffire à établir la règle. Toute une série de précédents sans raison peut ne servir à rien à moins qu'il ne soit parfaitement certain que les personnes visées se considéraient ainsi liées.

The main purpose of constitutional conventions is to ensure that the legal framework of the constitution will be operated in accordance with generally accepted principles. It should be borne in mind however that conventional rules, although quite distinct from legal ones, are nevertheless to be distinguished from rules of morality, rules of expediency and subjective rules. Like legal rules, they are positive rules the existence of which has to be ascertained by reference to objective standards. In being asked to answer the question whether the convention did or did not exist, we are called upon to say whether or not the objective requirements for establishing a convention had been met. But we are in no way called upon to say whether it was desirable that the convention should or should not exist and no view is expressed on the matter.

Subject to an important qualification which will be dealt with in due course, appellant accepted the above stated requirements for establishing conventions and made his two submissions within the framework defined by this Court in the *First Reference*.

With respect to the precedents, positive and negative, the appellant invoked for the purposes of his two submissions the same precedents as had been relied upon by the majority opinion in the *First Reference*, at pp. 891 to 894.

The positive precedents are the constitutional amendments leading to the *Constitution Act, 1930*, the *Statute of Westminster, 1931*, the *Constitution Act, 1940*, the *British North America Act, 1951* and the *Constitution Act, 1964*, all of which directly affected federal-provincial relationships in the sense of changing legislative powers and each of which was agreed upon by each province whose legislative authority was affected.

The negative precedents are the failure of a proposed amendment relating to indirect taxation in 1951 and the failure of the Constitutional Conferences of 1960, 1964 and 1971. The precedents also comprise, in negative terms, the fact that no amendment changing provincial legislative powers

Les conventions constitutionnelles ont principalement pour but de garantir que le fonctionnement du cadre juridique de la Constitution est conforme à des principes généralement acceptés. On doit se rappeler toutefois que même si les règles conventionnelles diffèrent sensiblement des règles juridiques, il faut néanmoins les distinguer des règles de moralité, des règles de convenance et des règles subjectives. A l'instar des règles juridiques, ce sont des règles positives dont l'existence doit être établie en fonction de critères objectifs. Lorsqu'on nous demande de décider si la convention existe ou non, il nous incombe de dire si les conditions objectives de l'établissement d'une convention ont été remplies. Toutefois, il ne nous incombe nullement de dire s'il est souhaitable que la convention existe ou non et aucune opinion n'est exprimée à cet égard.

Sous réserve d'une restriction importante dont nous traiterons en temps utile, l'appelant a accepté que pour établir une convention, les conditions susmentionnées devaient être respectées et c'est dans le cadre défini par cette Cour dans le *Premier renvoi* qu'il a soumis ses deux thèses.

Quant aux précédents, positifs et négatifs, l'appelant a invoqué à l'appui de ses deux thèses les mêmes précédents que ceux sur lesquels l'opinion majoritaire s'est appuyée lors du *Premier renvoi* aux pp. 891 à 894.

Les précédents positifs sont les modifications constitutionnelles à l'origine de la *Loi constitutionnelle de 1930*, du *Statut de Westminster, 1931*, de la *Loi constitutionnelle de 1940*, de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1951* et de la *Loi constitutionnelle de 1964*, qui ont toutes eu un effet direct sur les relations fédérales-provinciales en ce sens qu'elles ont modifié les pouvoirs législatifs, et qui ont toutes reçu l'approbation de chacune des provinces dont le pouvoir législatif était ainsi touché.

Les précédents négatifs sont l'échec, en 1951, d'un projet de modification en matière de taxation indirecte et l'échec des conférences constitutionnelles de 1960, 1964 et 1971. Ces précédents comprennent également, en termes négatifs, le fait qu'on ne trouve aucune modification qui change

had been made when agreement of a province whose legislative power would have been changed was withheld.

It was further pointed out by the appellant that no relevant constitutional amendment had been passed without the consent of Quebec and that with respect to one of them, the *Constitution Act, 1964* Quebec alone had delayed the amendment already agreed upon by the nine other provinces as early as 1962. Quebec finally gave its consent in 1964 and the amendment was passed.

The appellant also underlined that the *Constitution Act, 1940* had been delayed because three provinces, Quebec, New-Brunswick and Alberta had not yet consented to it; that the lack of agreement of two provinces, Ontario and Quebec, had prevented a proposed constitutional amendment relating to indirect taxation in 1951; and that the lack of agreement of the sole Province of Quebec had caused the failure of the Constitutional Conference of 1964, relating to the Fulton-Favreau formula as well, in practice, as the failure of the Constitutional Conference of 1971 relating to the Victoria Charter, although in the latter case, Saskatchewan did not make its position known.

It was recognized by the appellant that there must be a reason for the alleged conventional rule.

The reason for the unanimity rule, he argued, was the federal principle within the meaning given to this principle by the majority opinion in the *First Reference*.

The reason for the conventional rule giving to Quebec a power of veto was said to be the principle of duality, the meaning and nature of which will be discussed in more detail below.

Finally, as to the requirement that the actors in the precedents believe that they were bound by the rule, the appellant submitted that it had been met. But his counsel substantially qualified this submission by pleading in his factum and in oral argument that the precedents and the reason for the rule suffice to establish a constitutional convention

les pouvoirs législatifs provinciaux sans l'accord d'une province dont les pouvoirs législatifs auraient ainsi été modifiés.

a L'appellant a souligné, en outre, qu'aucune modification constitutionnelle pertinente n'a été adoptée sans le consentement du Québec et qu'en ce qui concerne l'une d'elles, la *Loi constitutionnelle de 1964*, seul le Québec a retardé la modification que les neuf autres provinces avaient approuvée dès 1962. Le Québec y donna finalement son accord en 1964 et la modification fut adoptée.

c L'appellant a aussi fait remarquer que la *Loi constitutionnelle de 1940* avait été retardée parce qu'elle n'avait pas encore reçu l'approbation de trois provinces, savoir le Québec, le Nouveau-Brunswick et l'Alberta, qu'en 1951, l'absence d'accord de deux provinces, savoir l'Ontario et le Québec, avait fait obstacle à un projet de modification constitutionnelle en matière de taxation indirecte et que l'absence d'accord de la seule province de Québec était à l'origine de l'échec de la conférence constitutionnelle de 1964 portant sur la formule Fulton-Favreau et, en pratique, de l'échec de la conférence constitutionnelle de 1971 portant sur la Charte de Victoria, bien que dans ce dernier cas, la Saskatchewan n'ait pas fait connaître sa position.

L'appellant a reconnu qu'une règle conventionnelle doit avoir une raison d'être.

g La raison d'être de la règle de l'unanimité est, selon lui, le principe fédéral ainsi que l'a défini l'opinion majoritaire dans le *Premier renvoi*.

h La raison d'être de la règle conventionnelle attribuant au Québec un droit de veto serait le principe de la dualité dont le sens et la nature seront examinés plus en détail ci-dessous.

i Enfin, pour ce qui est de la condition que les acteurs dans les précédents se soient crus liés par la règle, l'appellant a soutenu qu'elle avait été remplie. Toutefois, son procureur a atténué cet argument de façon appréciable en soutenant, dans son mémoire et dans sa plaidoirie, que les précédents et la raison d'être de la règle suffisent à

and, accordingly that the recognition of the actors in the precedents is not required or alternatively that recognition can be tacit and inferred from the precedents.

The respondent submitted that the Court should refuse to answer the question. He also submitted that if the Court should answer the question it should answer in the negative on the basis of the *First Reference*. He submitted alternatively that, if the Court should answer the question, it should answer that the political leaders had complied with the convention recognized by this Court in the *First Reference*.

The interveners generally supported the position of the appellant.

IV—Whether the question should be answered

The respondent advanced two reasons why the Court should refuse to answer the question: it was a purely political question and it had become academic.

The first objection had also been raised in the *First Reference* and dismissed in the majority opinion as well as in the dissenting opinion. The majority opinion adopted the view of Freedman C.J.M. on this point, at p. 884:

In my view, this submission goes too far. Its characterization of Question 2 as “purely political” overstates the case. That there is a political element embodied in the question, arising from the contents of the joint address, may well be the case. But that does not end the matter. If Question 2, even if in part political, possesses a constitutional feature, it would legitimately call for our reply.

In my view, the request for a decision by this Court on whether there is a constitutional convention, in the circumstances described, that the Dominion will not act without the agreement of the Provinces poses a question that it, [sic], at least in part, constitutional in character. It therefore calls for an answer, and I propose to answer it.

This view is still valid and ought to prevail in the case at bar.

On the other hand, counsel for the respondent is right in asserting that the constitutional question

établir une convention constitutionnelle et que, par conséquent, la reconnaissance des acteurs dans les précédents n'est pas nécessaire ou, subsidiairement, que cette reconnaissance peut être tacite et découler des précédents.

L'intimé a soutenu que la Cour devrait refuser de répondre à la question. Il a également soutenu que si la Cour devait y répondre, elle devrait le faire par la négative compte tenu du *Premier renvoi*. Subsidiairement, il a soutenu que, si la Cour devait répondre à la question, elle devrait répondre que les dirigeants politiques se sont conformés à la convention dont l'existence a été reconnue par cette Cour dans le *Premier renvoi*.

Les intervenants ont globalement appuyé la position de l'appelant.

IV—Doit-on répondre à la question?

L'intimé a invoqué deux motifs pour lesquels la Cour devrait refuser de répondre à la question: il s'agit d'une question purement politique et cette question est devenue théorique.

La première objection a également été soulevée dans le *Premier renvoi* et elle a été rejetée tant par l'opinion majoritaire que par celle des juges dissidents. L'opinion majoritaire a adopté le point de vue exprimé à ce propos par le juge en chef Freedman, à la p. 884:

[TRADUCTION] A mon avis cette thèse va trop loin. Qualifier la question 2 de «purement politique» est une exagération. Il est bien possible qu'il y ait un élément politique dans la question, qui découle du contenu de l'adresse conjointe. Mais cela ne clôt pas la discussion. Si la question 2, tout en étant en partie politique, possède des traits constitutionnels, elle appelle légitimement notre réponse.

A mon sens, demander à cette Cour de décider s'il y a une convention constitutionnelle, dans les circonstances décrites, portant que le fédéral n'agira pas sans l'accord des provinces, soulève une question qui du moins en partie est de nature constitutionnelle. Elle exige donc une réponse et je me propose d'y répondre.

Ce point de vue tient toujours et doit l'emporter en l'espèce.

D'autre part, le procureur de l'intimé a raison d'affirmer que la question constitutionnelle est

has become moot. The *Constitution Act, 1982* is now in force. Its legality is neither challenged nor assailable. It contains a new procedure for amending the Constitution of Canada which entirely replaces the old one in its legal as well as in its conventional aspects. Even assuming therefore that there was a conventional requirement for the consent of Quebec under the old system, it would no longer have any object or force.

However, when the reference was ordered, when it was argued before the Court of Appeal and when the Court of Appeal delivered its certified opinion on April 7, 1982 it could not be said that the question was moot since the process of constitutional amendment had not been completed, the *Constitution Act, 1982* having not yet been proclaimed.

This opinion of the Court of Appeal is now standing. Under *An Act respecting a reference to the Court of Appeal, supra*, this opinion is deemed to be a judgment of the Court of Appeal which may be appealed to this Court as a judgment in an action. In such a case, an appeal to this Court lies as of right under s. 37 of the *Supreme Court Act*:

37. An appeal lies to the Supreme Court from an opinion pronounced by the highest court of final resort in a province on any matter referred to it for hearing and consideration by the lieutenant governor in council of that province whenever it has been by the statutes of that province declared that such opinion is to be deemed a judgment of the highest court of final resort and that an appeal lies therefrom as from a judgment in an action.

While this Court retains its discretion to entertain or not to entertain an appeal as of right where the issue has become moot, it may, in the exercise of its discretion, take into consideration the importance of the constitutional issue determined by a court of appeal judgment which would remain unreviewed by this Court.

In the circumstances of this case, it appears desirable that the constitutional question be answered in order to dispel any doubt over it and it accordingly will be answered.

devenue théorique. La *Loi constitutionnelle de 1982* est maintenant en vigueur. Sa légalité n'est ni contestée ni contestable. Elle prévoit une nouvelle procédure de modification de la Constitution du Canada qui remplace complètement l'ancienne tant au point de vue juridique que conventionnel. C'est pourquoi, même en supposant que le consentement du Québec était conventionnellement requis dans l'ancien système, cette règle serait désormais sans objet ni effet.

Toutefois, on ne peut pas dire que la question était théorique au moment où le renvoi a été ordonné, pas plus qu'au moment où la Cour d'appel en a été saisie et où elle a rendu son opinion certifiée le 7 avril 1982, étant donné que le processus de modification constitutionnelle n'était pas complété et que la *Loi constitutionnelle de 1982* n'avait pas encore été proclamée.

Cette opinion de la Cour d'appel subsiste. Aux termes de la *Loi sur un renvoi à la Cour d'appel*, précitée, cette opinion est considérée comme un jugement de la Cour d'appel, qui peut faire l'objet d'un pourvoi à cette Cour comme un jugement dans une action. Dans un tel cas, un pourvoi à cette Cour peut être formé de plein droit conformément à l'art. 37 de la *Loi sur la Cour suprême*:

37. Il peut être interjeté appel à la Cour suprême d'un avis prononcé par la plus haute cour de dernier ressort dans une province sur toute question soumise à l'audition et l'examen de cette cour par le lieutenant-gouverneur en conseil de ladite province quand il a été déclaré par les lois de cette province que l'avis doit être considéré comme un jugement de la plus haute cour de dernier ressort et qu'on peut en interjeter appel comme d'un jugement dans une action.

Tout en conservant son pouvoir discrétionnaire d'entendre ou non un pourvoi de plein droit lorsque la question est devenue théorique, la Cour peut, dans l'exercice de ce pouvoir, tenir compte de l'importance de la question constitutionnelle tranchée par une cour d'appel dont la décision serait soustraite à l'examen ultérieur de cette Cour.

Dans les présentes circonstances, il appert souhaitable de répondre à la question constitutionnelle afin de dissiper tous les doutes qu'elle suscite; voilà pourquoi il y sera répondu.

V—Whether there exists a conventional rule of unanimity

It was the appellant's contention that the majority opinion in the *First Reference* has left open the question whether there existed a conventional rule of unanimity. His main argument for so contending was that the majority opinion did not limit the meaning of the questions relating to convention solely to determining whether there existed a convention which required the unanimous consent of the provinces.

It is quite true that the majority opinion in the *First Reference* gave to the constitutional questions a wider scope than did the dissenting opinion, but this enabled the majority to consider all arguments, including the one relating to unanimity, which it clearly rejected.

The majority opinion in the *First Reference* indicated the position of the majority at the outset, after having stated the submissions of the provinces. Contrary to the provinces which had submitted that the convention did exist, that it required the agreement of all the provinces and that the second question in the Manitoba and Newfoundland References should be answered in the affirmative, counsel for Saskatchewan had also submitted that the question be answered in the affirmative, but on a different basis:

He submitted that the convention does exist and requires a measure of provincial agreement. Counsel for Saskatchewan further submitted that the Resolution before the Court has not received a sufficient measure of provincial consent.

We wish to indicate at the outset that we find ourselves in agreement with the submissions made on this issue by counsel for Saskatchewan.

(*First Reference*, at p. 886)

At page 888, the majority opinion held that precedents and usage did not suffice to establish a convention, that they had to be normative and be founded on acceptance by the actors in the precedents. The majority went on to make the following statements:

At page 894:

V—Existe-t-il une règle conventionnelle de l'unanimité?

L'appelant a soutenu que l'opinion majoritaire dans le *Premier renvoi* ne règle pas la question de savoir si, conventionnellement, il existe une règle de l'unanimité. A l'appui de cet argument, il a souligné principalement que l'opinion majoritaire ne limite pas le sens des questions relatives à la convention au seul point de savoir s'il existe une convention qui exige le consentement unanime des provinces.

Il est tout à fait vrai que l'opinion majoritaire dans le *Premier renvoi* attribue aux questions constitutionnelles une portée plus grande que ne le font les juges dissidents, mais cela permet à la majorité d'examiner tous les arguments, y compris celui portant sur l'unanimité qu'elle rejette clairement.

Dans le *Premier renvoi*, l'opinion majoritaire affirme la position de la majorité au départ, après avoir énoncé les thèses des provinces. Contrairement aux provinces qui avaient soutenu que la convention existe effectivement, qu'elle requiert l'accord de toutes les provinces et que l'on devrait répondre affirmativement à la deuxième question posée dans les renvois du Manitoba et de Terre-Neuve, le procureur de la Saskatchewan avait également soutenu que la question devrait recevoir une réponse affirmative, mais pour un motif différent:

Il soutient que la convention existe effectivement et qu'elle exige un certain degré d'accord provincial. Le procureur de la Saskatchewan soutient en outre que la résolution soumise à la Cour n'a pas reçu un degré suffisant de consentement provincial.

Nous devons dire tout de suite que nous sommes d'accord avec la position du procureur de la Saskatchewan sur ce point.

(*Premier renvoi*, à la p. 886)

A la page 888, l'opinion majoritaire conclut que les précédents et l'usage ne sont pas suffisants pour établir une convention, qu'ils doivent être normatifs et reposer sur l'acceptation des acteurs dans les précédents. La majorité fait ensuite les déclarations suivantes.

A la page 894:

Indeed, if the precedents stood alone, it might be argued that unanimity is required.

At page 901:

It seems clear that while the precedents taken alone point at unanimity, the unanimity principle cannot be said to have been accepted by all the actors in the precedents.

At page 904:

We have also indicated that while the precedents point at unanimity, it does not appear that all the actors in the precedents have accepted the unanimity rule as a binding one.

It necessarily follows that, in the opinion of the majority, one essential requirement for establishing a conventional rule of unanimity was missing. This requirement was acceptance by all the actors in the precedents. Accordingly, there existed no such convention.

At page 905 of the *First Reference*, the majority decided that "a substantial degree of provincial consent" was required. A "substantial degree of provincial consent" means less than unanimity. This is what the dissenting judges understood that the majority was deciding: the dissenting opinion contains the following statement at p. 856:

For the Court to postulate some other convention requiring less than unanimous provincial consent to constitutional amendments would be to go beyond the terms of the References and in so doing to answer a question not posed in the References:

The dissenting opinion was based on the understanding of the dissenting judges that the constitutional questions relating to conventions meant the consent of all the provinces. The dissenting judges held that there existed no convention requiring any such consent.

This Court was therefore unanimous in the *First Reference* in rejecting the conventional rule of unanimity.

The appellant advanced no compelling reason why this unanimous opinion should be modified.

The appellant did quote a passage from the notes released to the Press for a speech delivered by the Minister of Justice, the Honourable Guy

D'ailleurs, si les précédents se trouvaient seuls, on pourrait alléguer que l'unanimité est requise.

A la page 901:

Il semble clair que bien que les précédents pris isolément favorisent la thèse de l'unanimité, l'on ne peut dire que tous les acteurs dans les précédents aient accepté le principe de l'unanimité.

A la page 904:

Nous avons aussi indiqué que bien que les précédents favorisent l'unanimité, il ne semble pas que tous les acteurs dans les précédents aient accepté que la règle de l'unanimité les lie.

Il s'ensuit nécessairement que, de l'avis de la majorité, il manque une condition essentielle pour établir la règle conventionnelle de l'unanimité. Cette condition est l'acceptation de tous les acteurs dans les précédents. En conséquence, une telle convention n'existe pas.

A la page 905 du *Premier renvoi*, la majorité décide qu'un degré appréciable de consentement provincial est nécessaire. Un «degré appréciable de consentement provincial» veut dire moins que l'unanimité. C'est ainsi que les juges dissidents interprètent l'opinion majoritaire: l'opinion des juges dissidents comporte la déclaration suivante à la p. 856:

Si la Cour postulait d'autres conventions qui exigent moins que le consentement unanime des provinces aux modifications constitutionnelles, elle excéderait le cadre des renvois et ce faisant, elle répondrait à une question que les renvois ne posent pas.

Les juges dissidents fondent leur opinion sur le point de vue que les questions constitutionnelles relatives aux conventions impliquaient le consentement de toutes les provinces. Ils concluent qu'il n'existe aucune convention qui exige ce consentement.

C'est donc unanimement que, dans le *Premier renvoi*, cette Cour rejette la règle conventionnelle de l'unanimité.

L'appelant n'a avancé aucun motif qui imposerait un changement de cette opinion unanime.

L'appelant a cité un passage d'un communiqué de presse relatif à un discours prononcé le 20 novembre 1964 par le ministre de la Justice, l'ho-

Favreau, on November 20, 1964. The notes have been published under the title "Constitutional Amendment in a Canadian Canada" in (1966-67) 12 McGill L.J. 384. The passage is to be found at pp. 388-89:

... the procedure does not impose any legal constraint that thwarts the traditional forces of constitutional change; on the contrary, it mirrors these forces with utter realism. In the past, Ottawa has never amended the Constitution on matters touching essential provincial rights (as defined in clause 2 of the formula) without the consent of all the provinces. Given the current—and I think, fruitful—resurgence of provincial initiative, a change in this convention becomes inconceivable. However much some people may regret this convention, it remains an undeniable political reality. The formula does not invent that reality; it merely acknowledges it.

The appellant also quoted the following passage of the White Paper published in February 1965 under the authority of Minister Favreau, entitled "The Amendment of the Constitution of Canada", (the White Paper) at pp. 46-47:

It may be argued that a requirement of unanimity is too inflexible to be applied to the distribution of legislative powers, but this distribution is basic to the Canadian federation. In fact, in the 97 years that have elapsed since Confederation, no amendment has altered the powers of provincial legislatures under section 92 of the British America Act without the consent of all the provinces.

This clearly reflects a basic and historic fact in Canadian constitutional affairs. The Constitution cannot be changed in a way that might deprive provinces of their legislative powers unless they consent. The law has not said so, but the facts of national life have imposed the unanimity requirement, and experience since Confederation has established it as a convention that a government or Parliament would disregard at its peril. This experience is reflected in the formula worked out in 1960-61 and now proposed.

In the *First Reference*, counsel had not relied on these extracts which, in appellant's submission, nonetheless amounted to a recognition of a conventional rule of unanimity.

norable Guy Favreau. Ce communiqué a été publié sous le titre «Constitutional Amendment in a Canadian Canada», à (1966-67) 12 McGill L.J. 384. On trouve ce passage aux pp. 388 et 389:

[TRADUCTION] ... cette procédure ne comporte, sur le plan juridique, aucune entrave aux forces traditionnelles de changement constitutionnel; au contraire, elle reflète ces forces d'une manière absolument fidèle. Par le passé, Ottawa n'a jamais modifié la Constitution sur des questions touchant les droits essentiels des provinces (tels que les définit la clause 2 de la formule), sans le consentement de toutes les provinces. Compte tenu de la réapparition des initiatives provinciales à laquelle nous assistons actuellement et que je considère fructueuses, un changement de cette convention est inconcevable. Peu importe que certains puissent la déplorer, cette convention demeure une réalité politique indéniable. La formule ne crée pas cette réalité, elle ne fait que l'attester.

L'appelant a également cité le passage suivant du Livre blanc publié en février 1965 sous l'autorité du ministre Favreau et intitulé «Modification de la Constitution du Canada» (le Livre blanc), à la p. 48:

D'aucuns pourraient soutenir que la règle de l'unanimité est trop rigide pour être appliquée à la répartition des pouvoirs législatifs, mais cette répartition est le fondement même de la fédération canadienne. En fait, au cours des 97 années qui se sont écoulées depuis la Confédération, aucune modification de nature à changer les pouvoirs des législatures provinciales prévus à l'article 92 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique n'a été effectuée sans le consentement de toutes les provinces.

Il faut y voir la preuve du fait fondamental de l'histoire constitutionnelle canadienne: aucune modification de la Constitution ne peut déposséder les provinces de leurs pouvoirs législatifs sans qu'elles n'y consentent. La loi est muette à ce sujet, mais les réalités de la vie nationale ont imposé la règle de l'unanimité et l'expérience depuis la Confédération l'a érigée en une règle qu'un gouvernement ou Parlement ne saurait méconnaître qu'à ses risques et périls. Cette expérience s'est reflétée dans la formule élaborée en 1960-1961 et maintenant proposée.

Dans le *Premier renvoi*, les procureurs n'ont pas invoqué ces extraits qui, selon l'appelant, correspondent néanmoins à une reconnaissance de la règle conventionnelle de l'unanimité.

This is not the case, in our view.

The above quoted statements of Minister Favreau must be read in context. The passage of the White Paper is to be found in chapter V entitled "The Amending Formula: An Appraisal", under a sub-title which reads "Stability versus Flexibility".

Chapter V is preceded by chapter II entitled "History of Constitutional Amendment in Canada" the fourth sub-title of which reads "Procedures Followed in the Past in Securing Amendments to the British North America Act". Substantial parts of the text written under this last subtitle were quoted, analysed and relied upon by the majority opinion in the *First Reference*, at pp. 898 and 899. They include the following at pp. 10 and 11 of the White Paper:

The procedures for amending a constitution are normally a fundamental part of the laws and conventions by which a country is governed. This is particularly true if the constitution is embodied in a formal document, as is the case in such federal states as Australia, the United States and Switzerland. In these countries, the amending process forms an important part of their constitutional law.

In this respect, Canada has been in a unique constitutional position. Not only did the British North America Act not provide for its amendment by Canadian legislative authority, except to the extent outlined at the beginning of this chapter, but it also left Canada without any clearly defined procedure for securing constitutional amendments from the British Parliament. As a result, procedures have varied from time to time, with recurring controversies and doubts over the conditions under which various provisions of the Constitution should be amended.

Certain rules and principles relating to amending procedures have nevertheless developed over the years. They have emerged from the practices and procedures employed in securing various amendments to the British North America Act since 1867. Though not constitutionally binding in any strict sense, they have come to be recognized and accepted in practice as part of the amendment process in Canada.

In order to trace and describe the manner in which these rules and principles have developed, the approaches used to secure amendments through the Parlia-

A notre avis, ce n'est pas le cas.

Les déclarations précitées du ministre Favreau doivent être situées dans leur contexte. On trouve le passage du Livre blanc au chapitre V intitulé «Evaluation de la formule de modification», sous le sous-titre «Stabilité ou flexibilité».

Le chapitre V est précédé du chapitre II intitulé «Genèse des modifications apportées à la Constitution au Canada» dont le quatrième sous-titre est «Méthodes adoptées dans le passé pour modifier l'Acte de l'Amérique du Nord britannique». Aux pages 898 et 899 du *Premier renvoi*, l'opinion majoritaire reprend et analyse de longs extraits du texte de ce dernier sous-titre et s'appuie sur eux. On y trouve notamment l'extrait suivant des pp. 10 et 11 du Livre blanc:

La méthode prévue pour la modification de la constitution est généralement un aspect essentiel du droit qui régit un pays. Cela est particulièrement vrai lorsque la constitution est renfermée dans un texte officiel, comme c'est le cas dans les États fédéraux tels l'Australie, les États-Unis et la Suisse. Dans ces pays, la formule de modification est une partie importante de l'acte constitutif.

Le Canada se trouve, à cet égard, dans une situation exceptionnelle sur le plan constitutionnel. Non seulement l'Acte de l'Amérique du Nord britannique n'habilite aucune autorité législative canadienne à en modifier les dispositions, sauf dans la mesure indiquée au début du présent chapitre, mais il n'indique pas davantage une procédure clairement définie que le Canada pourrait suivre pour obtenir du Parlement britannique des modifications de la Constitution. En conséquence, les façons de procéder ont varié de temps à autre et ont donné lieu régulièrement à des controverses et à des incertitudes quant aux conditions auxquelles la modification de diverses dispositions de la Constitution doit être soumise.

Néanmoins, un certain nombre de règles et de principes, inspirés des méthodes et des moyens grâce auxquels diverses modifications à l'Acte de l'Amérique du Nord britannique ont pu être obtenues depuis 1867, se sont dégagés au cours des années. Bien que n'ayant strictement aucun caractère obligatoire sur le plan constitutionnel, ils ont fini par être reconnus et acceptés dans la pratique comme éléments de la procédure de modification au Canada.

Dans le but d'identifier et de décrire les règles et principes qui se sont ainsi fait jour, les paragraphes qui suivent retracent l'historique des méthodes qui ont été

ment of the United Kingdom over the past 97 years are described in the following paragraphs. Not all the amendments are included in this review, but only those that have contributed to the development of accepted constitutional rules and principles.

There follows a list of fourteen constitutional amendments thought to "have contributed to the development of accepted constitutional rules and principles". The White Paper then goes on to state these principles, at p. 15, in the form of a code composed of four conventional rules the fourth of which is the only relevant one:

The fourth general principle is that the Canadian Parliament will not request an amendment directly affecting federal-provincial relationships without prior consultation and agreement with the provinces. This principle did not emerge as early as others but since 1907, and particularly since 1930, has gained increasing recognition and acceptance. The nature and the degree of provincial participation in the amending process, however, have not lent themselves to easy definition.

The statement written at p. 47 of the White Paper to the effect that

... the facts of national life have imposed the unanimity requirement, and experience since Confederation has established it as a convention ...

cannot be reconciled with the last sentence of the fourth general principle:

The nature and the degree of provincial participation in the amending process, however, have not lent themselves to easy definition.

If unanimity had been established as a convention, the nature and degree of provincial participation in the amending process would have been fully defined.

In our view, the fourth general principle is to be preferred as an accurate statement of the rule. It is expressed as a part of a conventional code in a chapter which constitutes a detached analysis of historical precedents.

By contrast, the statement made at pp. 46 and 47 of the White Paper is an apology or a plea in favour of an amending formula which had come under attack as being too rigid. It is not an

employées depuis 97 ans pour obtenir du Parlement du Royaume-Uni des modifications de la Constitution. Cette revue ne porte pas sur toutes les modifications, mais seulement sur celles qui ont contribué à l'établissement des règles et principes constitutionnels qui sont maintenant acceptés.

Suit une liste de quatorze modifications constitutionnelles qui auraient «contribué à l'établissement des règles et principes constitutionnels qui sont maintenant acceptés». Le Livre blanc énumère ensuite ces principes, aux pp. 15 et 16, sous la forme d'un code composé de quatre règles conventionnelles, dont la quatrième est la seule qui nous intéresse:

Quatrièmement, le Parlement du Canada ne procède pas à une modification de la Constitution intéressant directement les rapports fédératifs sans avoir au préalable consulté les provinces et obtenu leur assentiment. Ce principe ne s'est pas concrétisé aussi tôt que les autres, mais, à partir de 1907 et en particulier depuis 1930, il a été de plus en plus affirmé et accepté. Il n'a pas été facile, cependant, de préciser la nature et l'étendue de la participation provinciale à la procédure de modification.

L'énoncé de la p. 48 du Livre blanc selon lequel

... les réalités de la vie nationale ont imposé la règle de l'unanimité et l'expérience depuis la Confédération l'a érigée en une règle ...

est inconciliable avec la dernière phrase de la quatrième règle générale:

Il n'a pas été facile, cependant, de préciser la nature et l'étendue de la participation provinciale à la procédure de modification.

Si l'unanimité avait été érigée en une règle conventionnelle, la nature et l'étendue de la participation provinciale à la procédure de modification auraient été parfaitement définies.

A notre avis, on doit accorder la préférence à la quatrième règle générale qui constitue un énoncé juste de la règle. Elle fait partie intégrante d'un code conventionnel, dans un chapitre qui constitue une analyse détachée des précédents historiques.

Par contraste, l'énoncé de la p. 48 du Livre blanc est une apologie ou un plaidoyer en faveur d'une formule de modification qui avait été dénoncée pour sa trop grande rigidité. Il ne s'agit pas

authoritative statement of the rule. The same can be said of the above quoted statement made by Minister Favreau on November 20, 1964 which, incidentally, is part of a chapter entitled "The Formula Defended".

That some of the actors in the precedents had accepted the rule of unanimity is not doubted and was recognized by this Court in the majority opinion at p. 904 of the *First Reference*. But this is not enough. Other important actors declined to accept the unanimity rule, as indicated in the majority opinion at p. 902 of the *First Reference*.

The opinion expressed in the *First Reference* that there existed no conventional rule of unanimity should be re-affirmed.

VI—Whether Quebec has a conventional power of veto

It has already been indicated, with respect to the precedents which are said to establish the conventional rule of a power of veto for Quebec, that the appellant relied upon those which had been invoked by the majority opinion in the *First Reference*, at pp. 891 to 894.

The reason advanced by the appellant for the existence of a conventional rule of a power of veto for Quebec is the principle of duality, this principle being however understood in a special sense.

The expression "Canadian duality" is frequently used to refer to the two larger linguistic groups in Canada and to the constitutional protection afforded to the official languages by provisions such as s. 133 of the *Constitution Act, 1867* and s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*.

Counsel for the appellant characterized this aspect of the Canadian duality as the "federal" aspect and recognized that the central government had a role to play in this respect within the framework of federal institutions as well as outside Quebec. But he also made it clear that what he meant by the principle of duality embraced much more than linguistic or cultural differences. What was meant by the principle of duality was what

d'un énoncé de la règle qui fasse autorité. On peut affirmer la même chose au sujet de la déclaration précitée que le ministre Favreau a faite le 20 novembre 1964 et qui, incidemment, fait partie d'un chapitre intitulé [TRADUCTION] «La formule préconisée».

Il ne fait aucun doute que certains des acteurs dans les précédents ont accepté la règle de l'unanimité ce que la Cour reconnaît d'ailleurs dans l'opinion majoritaire, à la p. 904 du *Premier renvoi*. Toutefois, cela ne suffit pas. D'autres acteurs importants ont refusé d'accepter la règle de l'unanimité, comme l'indique l'opinion majoritaire à la p. 902 du *Premier renvoi*.

Il convient de réitérer l'opinion exprimée dans le *Premier renvoi*, selon laquelle il n'existe aucune règle conventionnelle de l'unanimité.

VI—Le Québec a-t-il un droit de veto conventionnel?

On a déjà mentionné, au sujet des précédents qui établiraient la règle conventionnelle d'un droit de veto du Québec, que l'appellant s'est fondé sur ceux invoqués dans l'opinion majoritaire, aux pp. 891 à 894 du *Premier renvoi*.

Selon l'appellant, la raison d'être de la règle conventionnelle d'un droit de veto du Québec est le principe de la dualité pris, toutefois, dans un sens spécial.

L'expression «dualité canadienne» est fréquemment utilisée pour décrire les deux groupes linguistiques les plus importants au Canada et la protection constitutionnelle qu'assurent aux langues officielles des dispositions comme l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*.

Le procureur de l'appellant a qualifié de volet «fédéral» cet aspect de la dualité canadienne et il a reconnu que le gouvernement central est appelé à jouer un rôle à cet égard tant au sein des institutions fédérales qu'à l'extérieur du Québec. Toutefois, il a également précisé que ce qu'il entend par principe de la dualité dépasse largement les seules différences linguistiques ou culturelles. Le principe de la dualité s'entend de ce que le procureur a

counsel called its "Quebec" aspect which he defined more precisely in his factum at pp. 8 and 16:

[TRANSLATION] In the context of this reference, the word "duality" covers all the circumstances that have contributed to making Quebec a distinct society, since the foundation of Canada and long before, and the range of guarantees that were made to Quebec in 1867, as a province which the Task Force on Canadian Unity has described as "the stronghold of the French-Canadian people" and the "living heart of the French presence in North America". These circumstances and these guarantees extend far beyond matters of language and culture alone: the protection of the British North America Act was extended to all aspects of Quebec society — language, certainly, but also the society's values, its law, religion, education, territory, natural resources, government and the sovereignty of its legislative assembly over everything which was at the time of a "local" nature.

In 1867, the French Canadian minority became a majority within the Quebec Legislature. This is what accounts for the special nature of this province, and it is the reason underlying the convention that the powers of its Legislature cannot be reduced without consent.

One finds another expression of the principle of duality understood in this sense in the preamble of the above quoted Decree No. 3367-81, dated December 9, 1981, the fourth paragraph of which states in concise terms:

[TRANSLATION] WHEREAS Quebec forms a distinct society within the Canadian federation;

Another more elaborate expression of the principle of duality understood in the special sense urged by counsel for the appellant is to be found in a resolution passed by the Quebec National Assembly on December 1, 1981, and more particularly in condition no. 1 of the Resolution:

[TRANSLATION] ... that the National Assembly of Quebec, having in mind the right of the people of Quebec to self-determination and exercising its historical right to be a party to and approve any change in the Constitution of Canada which might affect the rights and powers of Quebec, states that it cannot approve the proposal to patriate the constitution unless it includes the following conditions:

appelé le volet «québécois» qu'il définit plus précisément aux pp. 8 et 16 de son mémoire:

Dans le contexte du présent renvoi, l'expression «dualité» recouvre l'ensemble des réalités qui font que le Québec forme, depuis l'origine du pays et bien avant, une société distincte, ainsi que l'ensemble des garanties qui, en 1867, ont été reconnues au Québec, en tant que province que la Commission de l'unité canadienne qualifiait de «château fort du peuple canadien-français», de «phare de la présence française en Amérique du Nord». Ces réalités et ces garanties dépassent largement les seuls secteurs linguistiques et culturels: c'est la société québécoise toute entière qui s'est sentie protégée par l'Acte de l'Amérique britannique du Nord, protégée dans sa langue, certes, mais aussi dans ses valeurs, dans son droit, dans sa religion, dans son éducation, dans son territoire, dans ses richesses naturelles, dans son gouvernement, dans la souveraineté de son assemblée législative sur tout ce qui était, alors, d'intérêt «local».

En 1867, la minorité canadienne-française au Canada devient majorité au sein de la Législature du Québec. C'est ce qui fait la spécificité de cette province, et c'est la raison d'être de la convention interdisant que les compétences de sa Législature puissent être diminuées sans son consentement.

On trouve une autre expression du principe de la dualité pris en ce sens dans le préambule du décret n° 3367-81 précité, en date du 9 décembre 1981, dont le quatrième alinéa énonce en termes concis ce qui suit:

ATTENDU QUE le Québec forme une société distincte à l'intérieur de l'ensemble fédéral canadien;

Une autre expression plus élaborée du principe de la dualité pris au sens spécial préconisé par le procureur de l'appelant se trouve dans une résolution adoptée par l'Assemblée nationale du Québec le 1^{er} décembre 1981, et plus particulièrement dans la première clause de cette résolution:

... que l'Assemblée nationale du Québec, rappelant le droit du peuple québécois à disposer de lui-même et exerçant son droit historique à être partie prenante et à consentir à tout changement dans la constitution du Canada qui pourrait affecter les droits et les pouvoirs du Québec, déclare qu'elle ne peut accepter le projet de rapatriement de la constitution sauf si celui-ci rencontre les conditions suivantes:

"1. It shall be recognized that the two founding people of Canada are fundamentally equal, and that within the Canadian federation Quebec forms a society distinct by its language, culture and institutions, one which possesses all the attributes of a distinct national community;

"2. The constitutional amending formula:

a) shall either preserve Quebec's right of veto, or

b) shall be the one approved in the constitutional agreement signed by Quebec on April 16, 1981, affirming the right of Quebec not to have imposed on it any change which would reduce its powers or rights, and if such a reduction were to take place, to be given reasonable compensation as a matter of right;

"3. ...

"4. ...

These then are the precedents and the reason for the rule, according to counsel for the appellant.

It will not be necessary in our view to look further into these matters because this submission must in any event be rejected, the appellant having failed completely to demonstrate compliance with the most important requirement for establishing a convention, that is, acceptance or recognition by the actors in the precedents.

We have been referred to an abundance of material, speeches made in the course of parliamentary debates, reports of royal commissions, opinions of historians, political scientists, constitutional experts which endorse in one way or another the principle of duality within the meaning assigned to it by the appellant, and there can be no doubt that many Canadian statesmen, politicians and experts favoured this principle.

But neither in his factum nor in oral argument did counsel for the appellant quote a single statement made by any representative of the federal authorities recognizing either explicitly or by necessary implication that Quebec had a conventional power of veto over certain types of constitutional amendments. The statement made by Minister Favreau on November 20, 1964, and the passage to be found at pp. 46 and 47 of the White Paper have been quoted twice in the appellant's factum, as if they supported the veto rule as well

«1. On devra reconnaître que les deux peuples qui ont fondé le Canada sont foncièrement égaux et que le Québec forme à l'intérieur de l'ensemble fédéral canadien une société distincte par la langue, la culture, les institutions et qui possède tous les attributs d'une communauté nationale distincte;

«2. Le mode d'amendement de la constitution:

a) ou bien devra maintenir au Québec son droit de veto,

b) ou bien sera celui qui a été convenu dans l'accord constitutionnel signé par le Québec le 16 avril 1981 et confirmant le droit du Québec de ne pas être assujéti à une modification qui diminuerait ses pouvoirs ou ses droits et de recevoir, le cas échéant, une compensation raisonnable et obligatoire;

«3. ...

«4. ...

Tels sont donc, selon le procureur de l'appellant, les précédents et la raison d'être de la règle.

A notre avis, il ne sera pas nécessaire d'approfondir ces points: cette thèse doit, de toute manière, être rejetée étant donné que l'appellant n'a absolument pas réussi à faire la preuve que la condition la plus importante pour établir une convention a été remplie, savoir l'acceptation ou la reconnaissance par les acteurs dans les précédents.

On nous a mentionné un grand nombre de documents, de discours faits au cours des débats parlementaires, de rapports de commissions royales, d'opinions d'historiens, d'experts en sciences politiques et de constitutionnalistes qui souscrivent d'une façon ou d'une autre au principe de la dualité pris au sens que lui donne l'appellant et il ne fait aucun doute qu'un bon nombre d'hommes d'Etat, de politiciens et d'experts canadiens appuient ce principe.

Toutefois, que ce soit dans son mémoire ou dans sa plaidoirie, le procureur de l'appellant n'a cité aucune déclaration d'un représentant des autorités fédérales reconnaissant au Québec, expressément ou par inférence, un droit de veto conventionnel sur certains types de modifications constitutionnelles. La déclaration faite par le ministre Favreau le 20 novembre 1964 et le passage qui se trouve à la p. 48 du Livre blanc sont cités à deux reprises dans le mémoire de l'appellant, comme s'ils appuyaient un tel droit de veto tout autant que la règle de

as the unanimity one, but they refer only to unanimity and have been above dealt with in this respect.

Furthermore, a convention such as the one now asserted by Quebec would have to be recognized by other provinces. We have not been referred to and we are not aware of any statement by the actors in any of the other provinces acknowledging such a convention. Not only have we not been given any evidence of the acquiescence of other provinces but in the *First Reference*, three of them, Manitoba, Prince Edward Island and Alberta, explicitly pleaded in favour of the unanimity rule in their factums, a position compatible only with the principle of equality among the provinces and incompatible with a special power of veto for Quebec. It should also be noted that in the *First Reference*, Ontario and New Brunswick had taken the position that the constitutional amending process was not regulated by conventions involving the provinces.

In order to make up for these fundamental flaws in his submission, counsel for the appellant argued as follows in his factum:

[TRANSLATION] In the opinion of the Attorney General, custom and a reason suffice by themselves to establish the normative nature of the rule.

Counsel for the appellant also referred to Sir Ivor Jennings' test, adopted by this Court in the *First Reference*, and more particularly to the last part of this test:

A single precedent with a good reason may be enough to establish the rule. A whole string of precedents without such a reason will be of no avail, unless it is perfectly certain that the persons concerned regarded them as bound by it.

As we understand it, the contention was that recognition by the actors in the precedents is not an absolutely essential requirement for establishing a convention and that the last part of Jennings' test is an authority for that proposition.

This contention is based on two sentences taken out of context and is an over-simplified and

l'unanimité. Toutefois, ils n'ont trait qu'à l'unanimité et c'est à ce titre qu'ils ont été analysés ci-dessus.

En outre, une convention comme celle que revendique maintenant le Québec devrait être reconnue par les autres provinces. On ne nous a mentionné aucune déclaration dans laquelle les acteurs des autres provinces reconnaissent l'existence d'une telle convention et nous n'en connaissons aucune. Non seulement ne nous a-t-on pas fait la preuve de l'assentiment d'autres provinces, mais encore, dans le *Premier renvoi*, trois d'entre elles, le Manitoba, l'Île-du-Prince-Édouard et l'Alberta, ont expressément appuyé la règle de l'unanimité dans leurs mémoires respectifs, position qui n'est conciliable qu'avec le principe de l'égalité des provinces et non avec un droit de veto spécial du Québec. Il importe également de rappeler que, lors du *Premier renvoi*, la position adoptée par l'Ontario et le Nouveau-Brunswick voulait que le processus de modification constitutionnelle n'était pas régi par des conventions qui impliquaient les provinces.

Afin de remédier à ces lacunes fondamentales de sa thèse, le procureur de l'appelant a soutenu, dans son mémoire, ce qui suit:

Même seuls, l'usage et la raison d'être suffiraient, de l'avis du Procureur général, pour conclure au caractère normatif de la règle.

Le procureur de l'appelant a aussi mentionné le critère de sir Ivor Jennings, adopté par cette Cour dans le *Premier renvoi*, et plus particulièrement la dernière partie de ce critère:

[TRADUCTION] Un seul précédent avec une bonne raison peut suffire à établir la règle. Toute une série de précédents sans raison peut ne servir à rien à moins qu'il ne soit parfaitement certain que les personnes visées se considèrent ainsi liées.

Si nous comprenons bien, cet argument porte que la reconnaissance par les acteurs dans les précédents n'est pas une condition absolument essentielle pour établir une convention et que la dernière partie du critère de Jennings peut être invoquée à l'appui de cette thèse.

Cet argument repose sur deux phrases citées hors contexte et constitue une interprétation par

erroneous view of Jennings' test. In these two sentences, Jennings is merely expanding on what he said in the sentence immediately preceding them about the three requirements and illustrating the interrelation between them. He is not doing away with the requirement that the actors in the precedents believe that they were bound by a rule. Indeed Jennings insists in several passages of his book, *The Law and the Constitution*, that recognition or acquiescence is an essential ingredient of constitutional conventions. Thus he writes, at p. 81:

"Convention" implies some form of agreement, whether expressed or implied ...

And at page 117:

The conventions are like most fundamental rules of any constitution in that they rest essentially upon general acquiescence.

And at page 135:

... if the authority itself and those connected with it believe that they ought to do so, then the convention does exist. This is the ordinary rule applied to customary law. Practice alone is not enough. It must be normative.

In the *First Reference*, at pp. 852, 857 and 883, these views were approved by all the members of this Court who adopted the definition of convention given by Freedman, C.J.M. in the *Manitoba Reference*, including, at p. 883, the following quotation of Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977), at p. 9:

a convention is a rule which is regarded as obligatory by the officials to whom it applies.

Recognition by the actors in the precedents is not only an essential element of conventions. In our opinion, it is the most important element since it is the normative one, the formal one which enables us unmistakably to distinguish a constitutional rule from a rule of convenience or from political expediency.

Counsel for the appellant also contended in reply that recognition by the actors in the precedents need not be explicit, and this contention appears to be supported by the following statement of Jennings already quoted above:

trop simplifiée et erronée du critère de Jennings. Dans ces deux phrases, Jennings ne fait qu'expliquer ce qu'il a dit dans la phrase qui les précède immédiatement au sujet des trois conditions à remplir, et illustrer leur interdépendance. Il n'écarte pas la condition voulant que les acteurs dans les précédents se considèrent liés par une règle. En fait, Jennings souligne à maintes reprises, dans son ouvrage intitulé *The Law and the Constitution*, que la reconnaissance ou l'assentiment est un élément essentiel des conventions constitutionnelles. Ainsi, il écrit, à la p. 81:

[TRADUCTION] «Convention» sous-entend une forme d'accord exprès ou implicite ...

A la page 117:

[TRADUCTION] Les conventions se comparent aux règles les plus fondamentales de toute constitution en ce qu'elles reposent essentiellement sur l'assentiment général.

Enfin, à la page 135:

[TRADUCTION] ... si les autorités elles-mêmes et ceux qui y sont associés croient qu'ils se doivent d'agir ainsi, alors la convention existe. C'est la règle habituelle qui s'applique en droit coutumier. La seule pratique ne suffit pas. Elle doit être normative.

Aux pages 852, 857 et 883 du *Premier renvoi*, ce point de vue est approuvé par tous les membres de la Cour qui ont adopté la définition du terme convention donnée par le juge en chef Freedman du Manitoba, y compris, à la p. 883, la citation suivante de Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977), à la p. 9:

[TRADUCTION] une convention est une règle que ceux à qui elle s'applique considèrent comme obligatoire.

La reconnaissance par les acteurs dans les précédents n'est pas seulement un élément essentiel des conventions. C'est, à notre avis, l'élément normatif et donc, le plus important, l'élément formel qui permet de faire avec certitude la distinction entre une règle constitutionnelle et une règle de convenance ou une ligne de conduite jugée opportune sur le plan politique.

Le procureur de l'appellant a également plaidé, en réplique, que la reconnaissance par les acteurs dans les précédents n'a pas à être explicite, argument que semble appuyer le passage déjà cité de Jennings:

“Convention” implies some form of agreement, whether expressed or implied . . .

Again, Jennings’ assertion must be qualified. Some conventions have been formulated in writing, for instance in the Reports of Imperial Conferences or in the preamble of the *Statute of Westminster, 1931*. Such conventions can be said to have been expressly agreed upon in authoritative or official form.

The majority of constitutional conventions however have not so been reduced to writing. Does this mean that they are based on implied agreements strictly so-called in that they have never been the object of any form of utterance? We do not think so.

Conventions are commonly asserted or claimed by some political actors in more or less informal statements, while the other actors similarly acknowledge them in principle if not always in their application to particular facts. Conventions are analysed, dissected, commented upon and sometimes criticized albeit not to the point of rejection. But, in our view, a convention could not have remained wholly inarticulate, except perhaps at the inchoate stage when it has not yet been accepted as a binding rule. We know of no example of a convention being born while remaining completely unspoken, and none was cited to us. It seems to us that the contention of appellant’s counsel to the effect that conventions need not be explicitly accepted is impossible to distinguish in practice from a denial of the requirement of acceptance by the actors in the precedents. It is precisely through reported statements by numerous actors that a convention could be identified in the *First Reference*. Such statements provide the only true test of recognition and, once again, unmistakably to distinguish a constitutional rule from a rule of convenience or from political expediency.

In our view, the Quebec Court of Appeal was correct in holding that the appellant had failed to establish that Quebec had a conventional power of

[TRANSLATION] «Convention» sous-entend une forme d’accord exprès ou implicite . . .

Encore une fois, l’affirmation de Jennings doit être tempérée. Certaines conventions ont été formulées par écrit, notamment dans les rapports des conférences impériales ou dans le préambule du *Statut de Westminster, 1931*. On peut dire que ces conventions ont fait l’objet d’un accord explicite consigné dans un texte officiel et qui fait autorité.

Toutefois, la plupart des conventions constitutionnelles n’ont pas été ainsi consignées par écrit. Est-ce à dire qu’elles se fondent sur des accords tacites, strictement qualifiés de la sorte en ce sens qu’ils n’ont jamais été exprimés d’une manière quelconque? Nous ne le croyons pas.

Les conventions sont couramment invoquées par certains acteurs politiques dans des déclarations plus ou moins officielles, tandis que les autres acteurs les reconnaissent également en principe, sinon toujours, lorsqu’il s’agit de les appliquer à des faits précis. Les conventions sont analysées, disséquées, expliquées et parfois critiquées mais pas au point de les rejeter. Nous estimons toutefois qu’une convention ne peut demeurer entièrement inexprimée, sauf peut-être à l’étape de sa gestation avant qu’elle ne soit acceptée comme règle obligatoire. Nous ne connaissons aucun exemple d’une convention qui soit ainsi née sans jamais avoir été exprimée et aucun ne nous a été cité. Il nous semble impossible en pratique de distinguer l’argument du procureur de l’appelant, selon lequel les conventions n’ont pas à être acceptées expressément, d’un déni de la nécessité de l’acceptation par les acteurs dans les précédents. C’est précisément grâce aux déclarations connues de nombreux acteurs qu’il a été possible dans le *Premier renvoi* d’affirmer l’existence d’une convention. De telles déclarations fournissent le seul critère sûr permettant d’établir la reconnaissance et, encore une fois, de faire avec certitude la distinction entre une règle constitutionnelle et une règle de convenance ou une ligne de conduite jugée opportune sur le plan politique.

A notre avis, la Cour d’appel du Québec a eu raison de conclure que l’appelant n’a pas établi que le Québec possède un droit de veto conventionnel

veto over constitutional amendments such as those in issue in the present Reference.

VII—Conclusion

For these reasons, we would answer “No” to the constitutional question, and we would dismiss the appeal. There should be no order as to costs.

*The answer to the question submitted is “No”.
The appeal should be dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Jean-K. Samson,
Lucien Bouchard and Paul-Arthur Gendreau,
Sainte-Foy.*

*Solicitors for the respondent: Raynold Langlois
and Michel Robert, Montreal.*

*Solicitors for the intervener the Association
canadienne-française de l'Ontario: De Grandpré,
Colas & Associés, Montreal.*

*Solicitors for the intervener The Grand Council
of the Crees (of Quebec): O'Reilly & Grodinsky,
Montreal.*

sur les modifications constitutionnelles comme celles en cause dans le présent renvoi.

VII—Conclusion

Pour ces motifs, nous sommes d'avis de répondre «non» à la question constitutionnelle et de rejeter le pourvoi. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

*La réponse à la question soumise est «non». Le
pourvoi est rejeté.*

*Procureurs de l'appellant: Jean-K. Samson,
Lucien Bouchard et Paul-Arthur Gendreau,
Sainte-Foy.*

*Procureurs de l'intimé: Raynold Langlois et
Michel Robert, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association
canadienne-française de l'Ontario: De Grandpré,
Colas & Associés, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant The Grand Council
of the Crees (du Québec): O'Reilly & Grodinsky,
Montréal.*