

[Text]

took themselves too seriously when they finally did patriate the Constitution—the argument could be applied. I find it hard to read the present Supreme Court as to how it might react. We might find that the judges are prepared to take that line, that, yes, there was a foreign affairs power, that there had been a mistake in 1937 in refusing to say that you could talk of treaty legislation or legislation having to do with foreign relations even if a treaty were not involved. I am not predicting that that would be the outcome.

The Chairman: I have not been ignoring Professor Bernier, because for some time he has been nodding his head as to what others were saying but now he has indicated clearly that he would like to interject.

Professor Bernier: I strongly disagree with what has just been said. I do not believe that the courts will abide by the view described. The real concern is that if powers are couched in terms that are so wide that they can allow Parliament to change substantially and profoundly the division of competence between the federal government and the provincial legislatures, it will be rejected. This point has been raised in other areas than this area of treaty-making powers, and I think that the courts will stick with it. They said so in reference to the national dimension and on other occasions. I strongly believe that they will say so again. They will say that in this particular case it is not the general treaty-making power that is at stake, but the competence of Parliament to implement a treaty in a specific field, and they would judge on the basis of the field they are dealing with and will stick to that field.

The Chairman: Do you mean they will make, for example, the distinction between trade as opposed to labour?

Professor Bernier: Yes. They will determine that it is trade legislation and that they have enough on that basis to decide the case. They will not want to decide whether in the future they will be dealing with foreign affairs in general in such a way as to remove provincial competence.

Professor Morris: May I point out that we are quite unique in insisting on this approach. It is quite true that the courts have said that it is the head of power that is all important, whether the label be trade or whatever. Every other country takes the view that the central government must deal with foreign relations and that it must do so in good faith. Back in 1920, at the time of the Missouri and Holland incident in the United States, the same concern was raised, that the federal government will be able to ride roughshod over the states. It then became clear that what the court meant was that the treaty power must be used by the federal government in good faith; and a lot of emphasis was put on that point, although it has disappeared somewhat over the past 67 or 68 years, because there has not been a case in which anyone has been prepared to say that the U.S. federal government went out shopping around asking, "Who will enter into a treaty with us so that we can override state jurisdiction?" Perhaps Mr. Dobell will differ with me, but I think it would be a rare occasion in which any government would have anything to do with such a colourable device.

[Traduction]

encore Westminster—qu'ils ont prix trop au sérieux lorsqu'ils ont finalement rapatrié la Constitution—cet argument pourrait alors être invoqué. Toutefois, je ne peux dire comment la Cour Suprême actuelle réagira. Peut-être verrons-nous les juges abonder en ce sens, et dire que, oui, il existe un pouvoir en matière d'affaires extérieures, qu'une erreur a été commise en 1937 en omettant de dire qu'on peut parler d'une loi sur les traités ou d'une loi relative aux affaires extérieures, même s'il n'y a pas traité. Mais je ne veux pas présumer des résultats.

Le président: Je n'ai pas ignoré M. Bernier qui, depuis un certain temps, approuve de la tête ce que les autres disent; mais il a maintenant indiqué qu'il aimerait intervenir.

M. Bernier: Je ne suis pas du tout d'accord avec ce qui vient juste d'être dit et je ne pense pas non plus que les tribunaux seraient de cet avis. Voici le véritable problème: si les pouvoirs sont formulés en des termes si vagues qu'ils permettent au Parlement de modifier considérablement et en profondeur le partage des responsabilités entre le gouvernement fédéral et les assemblées législatives provinciales, cet argument sera rejeté. Il a déjà été invoqué dans d'autres domaines que celui du pouvoir de conclure des traités, mais je ne pense pas que les tribunaux voudront élargir le débat. C'est en effet ce qu'ils ont déclaré en ce qui concerne la dimension nationale et d'autres questions. Je suis convaincu qu'il diront la même chose. Dans ce cas précis ils déclareront probablement que ce n'est pas le pouvoir général de conclure des traités qui est en cause, mais plutôt la compétence du Parlement d'appliquer un traité à un domaine précis; leur jugement ne portera que sur le domaine à l'étude et ils s'en tiendront à ce domaine.

Le président: Pensez-vous qu'ils feront une distinction, par exemple, entre le commerce et la main-d'œuvre?

M. Bernier: Oui. Ils diront qu'il s'agit d'une loi à caractère commercial et que cela leur suffit pour rendre un jugement. Ils ne voudront pas s'engager, à l'avenir à se prononcer sur la question des affaires étrangères en général, d'une manière qui risquerait de limiter les domaines de compétence provinciale.

M. Morris: Permettez-moi de vous faire remarquer que nous sommes les seuls à insister sur cette approche. Il est très vrai que les tribunaux ont déjà déclaré que c'est le pouvoir central qui a le plus d'importance, qu'il s'agisse de commerce ou autre. Tous les autres pays estiment que si le gouvernement central doit s'occuper d'affaires extérieures, il doit le faire de bonne foi. En 1920, à l'époque de l'incident du Missouri et du Holland aux États-Unis, la même question a été soulevée, à savoir si le gouvernement fédéral pourrait annuler des décisions prises par des états. On a vu par la suite que le tribunal voulait dire que le gouvernement fédéral doit se servir de bonne foi de son pouvoir de conclure des traités; on a beaucoup insisté sur ce point, bien que la question n'ait plus été soulevée au cours des dernières soixante-sept ou soixante-huit années, parce que personne n'a jamais prétendu que le gouvernement fédéral des États-Unis avait cherché à conclure un traité dans le seul but d'empiéter sur les compétences des états. M. Dobell ne sera peut-être pas de cet avis, mais je pense qu'il est peu probable qu'un gouvernement utilise un moyen aussi détournée.