

## L'étanchéité de l'A.A.N.B. est-elle menacée?

Jean-Charles Bonenfant

Volume 18, Number 2-3, 1977

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042170ar>  
DOI: <https://doi.org/10.7202/042170ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)  
1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bonenfant, J.-C. (1977). L'étanchéité de l'A.A.N.B. est-elle menacée? *Les Cahiers de droit*, 18(2-3), 383–396. <https://doi.org/10.7202/042170ar>

Article abstract

In his opinion in *John A. MacDonald, Railquip Enterprises Ltd* and *Vapor Canada Limited*, Chief Justice Laskin commented that in the future it might be necessary to reconsider the 1937 *Labour Conventions Decision* which established the « watertight compartments » doctrine applicable to the implementation of treaties concluded by Canada. According to this doctrine as it was set forth by the Privy Council, the fact that Canada can enter into treaties with other countries does not mean that the Federal Parliament of Canada can legislate contrary to the distribution of powers provided for by sections 91 and 92 of the *British North America Act*. In his article, Professor Bonenfant recalls the criticism which the Privy Council evoked, particularly that which appeared in the June, 1937, issue of *The Canadian Bar Review*.

If the Supreme Court of Canada wishes to revise the decision of the Privy Council, it will not be hampered by the rule of stare decisis. But, Professor Bonenfant writes, whatever the judicial solution may be, it would probably be better to follow the example of other countries, particularly the example provided by article 32 of the Constitution of the German Federal Republic, and seek a political solution. In this domain as in others, if federalism has failed in Canada, he writes that it is perhaps because the interpretation of Canada's Constitution has been left to the intellectual virtuosity of the members of the Privy Council and of the Supreme Court.

## L'étanchéité de l'A.A.N.B. est-elle menacée ?

---

Jean-Charles BONENFANT\*

*In his opinion in John A. MacDonald, Railquip Enterprises Ltd and Vapor Canada Limited, Chief Justice Laskin commented that in the future it might be necessary to reconsider the 1937 Labour Conventions Decision which established the «watertight compartments » doctrine applicable to the implementation of treaties concluded by Canada. According to this doctrine as it was set forth by the Privy Council, the fact that Canada can enter into treaties with other countries does not mean that the Federal Parliament of Canada can legislate contrary to the distribution of powers provided for by sections 91 and 92 of the British North America Act. In his article, Professor Bonenfant recalls the criticism which the Privy Council evoked, particularly that which appeared in the June, 1937, issue of The Canadian Bar Review.*

*If the Supreme Court of Canada wishes to revise the decision of the Privy Council, it will not be hampered by the rule of stare decisis. But, Professor Bonenfant writes, whatever the judicial solution may be, it would probably be better to follow the example of other countries, particularly the example provided by article 32 of the Constitution of the German Federal Republic, and seek a political solution. In this domain as in others, if federalism has failed in Canada, he writes that it is perhaps because the interpretation of Canada's Constitution has been left to the intellectual virtuosity of the members of the Privy Council and of the Supreme Court.*

---

	<i>Pages</i>
Introduction .....	384
Interrogation du juge Laskin .....	385
L'art. 132 de l'A.A.N.B. ....	386
Arrêts sur les lois de Bennett .....	387
Critiques de l'arrêt sur les conventions de travail .....	388

---

\* Avocat, professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval.

	<i>Pages</i>
Le <i>stare decisis</i> .....	392
Solutions politiques plutôt que judiciaires .....	393
Dans les autres pays fédératifs .....	394
Conclusion .....	395

---

### Introduction

Jusqu'à ces derniers temps, on regardait comme un principe bien établi du droit constitutionnel canadien la réflexion presque poétique faite par Lord Atkin à la fin de la décision du Comité judiciaire du Conseil privé dans l'*Affaire des conventions du travail*, à savoir que . . . « bien que le navire de l'État (canadien) vogue maintenant vers des horizons plus vastes et sur des mers étrangères, il conserve encore des compartiments étanches, parties essentielles de sa structure première. »<sup>1</sup> Il se peut que cette « étanchéité » soit maintenant menacée si on en juge par une réflexion formulée par le juge en chef Bora Laskin, de la Cour suprême du Canada, lors de la décision rendue, le 30 janvier 1976, dans *John A. MacDonald, Railquip v. Vapor Canada Limited et al*<sup>2</sup>. Rappelons que la Cour suprême, à l'unanimité de sept juges, a renversé une décision de la Cour fédérale et a déclaré *ultra vires* l'article 7 de la *Loi sur les marques de commerce*<sup>4</sup> parce qu'il ne visait pas « essentiellement le commerce interprovincial ou extérieur . . . » et que de plus il n'était pas . . . « relié à un organisme de surveillance rattaché au système de contrôle public qui s'exerce sur les marques de commerce ».

La décision en elle-même était intéressante et importante, quoiqu'elle nous ait laissé encore sur notre faim pour ce qui est de la véritable nature du troisième sens du mot commerce qu'avait esquissé paresseusement au siècle dernier le Conseil privé dans *La Compagnie d'assurance des citoyens du Canada v. Parsons*<sup>5</sup>.

---

1. *Le Procureur général du Canada v. Le Procureur général de l'Ontario*, [1937] A.C. 326; 3 Olmsted 180, traduction dans *Les Grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle au Canada*, Les Presses de l'Université de Montréal, 1974, p. 521.

2. Au moment où sont écrites ces lignes, le texte de la décision n'a été publié qu'en anglais à (1976) 7 N.R. 477. La traduction française n'existe que sur feuilles.

3. (1973) 33 D.L.R. (3d), 434-444.

4. S.R.C. 1970, c. T-10.

5. (1881-1882) 7 A.C. 96; traduction dans *op. cit. supra* note 1, p. 289 : « Par conséquent, si l'on interprète les mots « réglementation des échanges et du commerce » en s'aidant des divers moyens mentionnés plus haut, on voit qu'ils devraient inclure les arrangements politiques concernant les échanges qui requièrent la sanction du Parlement et la réglementation des échanges dans les matières d'intérêt interprovincial. Il se pourrait

### Interrogation du juge Laskin

Mais c'est là un autre sujet. Je veux me limiter aux propos qu'a tenus le juge Laskin en examinant . . . « si l'on peut dire de l'article 7, y compris l'al. e), qu'il est de la compétence législative fédérale parce qu'il vise à exécuter une obligation contractée par le Canada en vertu d'un traité ou d'une convention internationale. » Cet argument, qu'on pouvait se contenter d'étudier formellement, soulevait deux questions : le pouvoir fédéral peut-il adopter une loi pour exécuter une obligation découlant d'un traité international, même si elle est de juridiction provinciale, et l'article en question, dans la *Loi sur les marques de commerce*, était-il une disposition législative régulièrement décrétée pour exécuter une obligation internationale ? Comme le juge en chef a répondu négativement à la seconde question, il n'a pas eu à se prononcer clairement sur la première, mais il a fait quelques commentaires pouvant, selon ses propres termes, . . . « justifier un nouvel examen de l'affaire des conventions du travail. (. . .) Je ne le trouve pas nécessaire en l'espèce, a-t-il ajouté, mais on peut croire qu'à la première occasion, la Cour suprême serait heureuse de réouvrir sérieusement le dossier ». Il ajoutait que . . . « dans *Francis v. la Reine*, [1956] R.C.S. 618, à la page 621, le juge Kerwin, alors juge en chef de cette Cour, parlant en son nom et au nom des juges Taschereau et Fauteux (chacun d'eux deviendra plus tard juge en chef), a déclaré qu'il pourrait être nécessaire dans l'avenir de considérer (ce qui, je crois, veut dire reconsidérer) l'arrêt rendu dans l'affaire des *Conventions du travail*. »<sup>6</sup>

Dans l'attente d'une nouvelle étude et peut-être d'une décision différente, on peut rappeler rapidement dans quelles circonstances a été rendue la décision de lord Atkin, quelles sont les critiques qu'elle a soulevées à l'époque, pour terminer en esquissant quelles sont aujourd'hui les solutions possibles.

---

qu'ils comprennent la réglementation générale des échanges s'appliquant à tout le Dominion. Leurs Seigneuries s'abstiennent dans la présente circonstance de tenter d'établir les limites de l'autorité du Parlement du Dominion dans ce domaine ». La Cour suprême n'a pas voulu se prononcer davantage.

6. Texte anglais à *loc. cit. supra* note 2, pp. 508-509 : « The *Labour Conventions* cases is too wellknown to require either quotations or statement of its holding. In *Francis v. The Queen*, [1956] S.C.R. 618, at p. 621, the then Chief Justice of this Court, Kerwin C.J., speaking for himself and two other members, Taschereau and Fauteux JJ. (each of whom later became Chief Justice), said that it might be necessary in the future to consider (which I take mean reconsider) the judgment in the *Labour Conventions* case. »

### L'article 132 de l'A.A.N.B.

Lorsque, de 1864 à 1867, on prépara la constitution formelle du Canada, le pays ne possédait pas la souveraineté internationale. On formula la vingt-neuvième proposition de la conférence de Londres, qui reproduisait sensiblement la trentième de la conférence de Québec, à savoir que le . . . « gouvernement général et le parlement général auront tous les pouvoirs nécessaires pour remplir, envers les pays étrangers, les obligations de la Confédération, comme partie de l'Empire britannique, naissant de traités entre la Grande-Bretagne et ces pays ». C'est ce qui a donné l'article 132 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* qui se lit comme suit :

132. Le Parlement et le Gouvernement du Canada possèdent tous les pouvoirs nécessaires ou utiles pour remplir, envers les pays étrangers, les obligations que des traités conclus entre l'Empire britannique et ces pays étrangers peuvent imposer au Canada ou à l'une de ses provinces en tant que partie de l'Empire.<sup>7</sup>

L'article 132 fut longtemps appliqué. Il engendra de la jurisprudence et, particulièrement, en 1924, confirmant un jugement majoritaire de la Cour suprême, le Conseil privé dans *Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada*, décida qu'une loi de la Colombie-Britannique était invalide parce qu'elle allait à l'encontre d'un principe énoncé dans la loi que le Parlement avait adoptée en 1913, en vertu de l'article 132 à la suite d'un traité conclu en 1911 avec le Japon<sup>8</sup>.

Le Canada connaissait tout de même déjà, à cette époque, depuis la signature du traité de Versailles, en juin 1919, un développement considérable de son statut international qui allait aboutir, en 1926, à la *Déclaration Balfour*, et en 1931, au *Statut de Westminster*, ce qui, pour l'avenir, rendrait plus que théoriques les traités conclus par le Canada comme partie de l'Empire. Il y eut pendant près de dix ans une période hésitante marquée tout de même, en 1931 et 1932, par les décisions sur l'aviation et sur la radio<sup>9</sup>.

Pour résumer l'essentiel des deux décisions, on peut affirmer que, dans le premier cas, la *ratio decidendi* reposa surtout sur l'article 132 parce que le traité invoqué fut regardé comme un traité d'empire. Dans le

---

7. Comme le texte anglais de l'A.A.N.B. est le seul qui a une valeur juridique, il est utile de le reproduire ici : « The Parliament and Government of Canada shall have all Powers necessary or proper for performing the Obligations of Canada or of any Province thereof, as Part of the British Empire, towards Foreign Countries, arising under Treaties between the Empire and such Foreign Countries ».

8. [1924] A.C. 203.

9. [1932] A.C. 54; et [1932] A.C. 304.

second cas, le traité fut considéré comme spécifiquement canadien, mais on réussit à en soustraire les dispositions de la juridiction des provinces. On leur appliqua, par analogie, l'esprit de l'article 132 en utilisant le paragraphe introductif de l'article 91 qui permet au Parlement fédéral de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada.

### Arrêts sur les lois de Bennett

Mais c'est en 1937, à l'occasion des décisions sur les lois présentées par le premier ministre, R.B. Bennett, que la jurisprudence s'établit définitivement. Au cours de la session de 1935 (25-26 George V), le gouvernement conservateur, inspiré par le *New Deal* américain, fit adopter huit lois qui, pour la première fois, introduisaient dans la vie économique et sociale du Canada une certaine forme de dirigisme. Lors de la discussion de ces lois, les adversaires du gouvernement, en particulier l'opposition libérale dirigée par Mackenzie King, soutint que la plupart des mesures proposées relevaient de la juridiction attribuée aux provinces par l'article 92 de l'*A.A.N.B.* C'était le cas des chapitres 14, 44 et 63 dont il faut citer les titres complets, même s'ils sont longs, car ils révèlent déjà le problème constitutionnel que posaient ces lois : *Loi prescrivant un jour de repos par semaine conformément à la Convention sur l'application du repos hebdomadaire dans les établissements industriels, adoptée par la Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail de la Société des Nations, selon la Partie relative au Travail du Traité de Versailles signé le 28 juin 1919, Loi prescrivant des salaires minima adoptée par l'Organisation internationale du Travail, selon les dispositions de la Partie XIII du Traité de Versailles et des parties correspondantes des autres traités de paix, Loi prescrivant la limitation à huit heures par jour et à quarante-huit heures par semaine des heures de travail dans les établissements industriels conformément à la Convention sur l'application du principe de la journée de huit heures ou de la semaine de quarante-huit heures, adopté par la conférence générale de l'Organisation internationale du Travail de la Société des Nations, selon la Partie relative au Travail du Traité de Versailles signé le 28 juin 1919.*

R.B. Bennett fut défait aux élections du 14 octobre 1935 et Mackenzie King prit le pouvoir. Dès le 31 octobre, son gouvernement s'empressa de soumettre à l'étude de la Cour suprême les lois qu'il avait regardées comme litigieuses. Pour simplifier la référence, vu que les trois lois, que nous avons citées plus haut, étaient de même nature et posaient les mêmes problèmes juridiques, on les réunit. La Cour entendit les plaidoiries en janvier 1936 et le jugement fut rendu le 17 juin suivant. Les

six juges se divisèrent également. Les juges Duff, Davis et Kerwin jugèrent les lois *intra vires* tandis que les juges Rinfret, Cannon et Crocket les regardèrent comme *ultra vires*. Ces derniers donnèrent chacun leur opinion mais le premier groupe ne s'exprima que par la voix du juge en chef Duff. Le raisonnement fondamental de ce dernier fut que le Canada étant lié par un engagement international, devait avoir le pouvoir de l'accomplir, ce qui exigeait qu'il puisse légiférer même dans une compétence assignée aux provinces par l'article 92 de l'*A.A.N.B.*<sup>10</sup>.

L'année suivante, le Comité judiciaire du Conseil privé était appelé à se prononcer. Son porte-parole, lord Atkin<sup>11</sup>, ne retint pas l'opinion du juge Duff mais statua plutôt que . . . « *the Dominion cannot merely by making promises to foreign countries clothe itself with legislative authority inconsistent with the constitution which gave it birth.* . . .<sup>12</sup> » et il énonça la thèse de l'étanchéité qu'on a respectée jusqu'ici tout en la critiquant.

#### Critiques de l'arrêt sur les conventions de travail

Dès le moment où l'arrêt fut rendu, il souleva des critiques que réunit, en particulier, la livraison de juin 1937 de *The Canadian Bar Review* consacrée en entier aux décisions que venait de rendre le Comité judiciaire.

Le doyen à l'époque des constitutionnalistes canadiens, W.P.M. Kennedy, auquel on avait demandé l'article d'introduction, ne voulut pas discuter en détail le problème du *treaty-power*. Il laissa tout de même percer son opinion en écrivant qu'il ignorait ce qu'était en droit un « *British Empire treaty* » et il ajouta que les traités étaient tout de même conclus comme ils l'étaient en 1867. Malgré sa discrétion, Kennedy ne semble donc pas avoir accepté le principe de l'étanchéité mais avoir plutôt cru que, malgré l'évolution constitutionnelle du Canada, la règle de l'article 132 devait continuer de s'appliquer<sup>13</sup>.

Vincent C. MacDonald, doyen de la Faculté de droit de Dalhousie, présenta, sous le titre « *The Canadian Constitution seventy years*

10. [1936] R.C.S. 461.

11. Rappelons que lord Atkin faisait partie du comité qui se prononça dans l'arrêt sur l'aviation mais pas du comité qui se prononça sur la radio. Il en était de même de lord Macmillan. Les autres membres étaient lord Thankerton, lord Wright et Sidney Rowlatt.

12. *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario and others* [1937] A.C. 3.

13. W.P.M. KENNEDY, « The British North America Act: past and future », (1937) 15 *R. du B. Can.* 393-400.

*after* »<sup>14</sup>, une analyse des lois et des décisions qu'il compléta par une expression d'opinion. Il rappela que, dans un article qu'il avait publié quelques années auparavant<sup>15</sup>, à propos des décisions sur l'aéronautique et la radio, il avait soutenu qu'une interprétation libérale de l'article 132 eut alors été suffisante pour résoudre les difficultés nées du développement du statut international du Canada. Logique avec lui-même, il concluait par ce jugement catégorique :

To carry into the field of external contractual relations the divisions of power set out in sections 91 and 92 as to domestic matters seems to be of doubtful validity in point of law, suicidal in point of governmental efficiency, and to involve the frustration of Canada's achievements in political autonomy and international status.<sup>16</sup>

N.A.M. Mackenzie, qui enseignait alors à l'Université de Toronto, critiqua lui aussi la décision du Comité judiciaire et formula la judicieuse remarque qu'il était . . . « *unlikely that they (the federal authorities) would resort to the treaty-making power merely to circumvent the constitution or to deal with local matters which would not ordinarily or properly be included in a treaty or convention.* » Il conclut par cette affirmation péremptoire :

To suggest that the enumerated heading of section 92 of the British North America Act, which define the exclusive powers of the provinces, are a complete and absolute prohibition or limitation, in view of section 132, and in view of all the practice and precedents set out above, is, to my mind at least, unjustified, as well as being destructive of the Dominion's control over the treaty-making power and foreign affairs generally.<sup>17</sup>

Des commentaires vinrent aussi de l'étranger. A. Berriedale Keith, de l'Université d'Edimbourg, qui multipliait alors les commentaires sur les problèmes de la transformation de l'Empire mais dont la vision était plutôt politique que juridique, écrivit que : « *From a juristic point of view, therefore, it seems possible to accord cordial appreciation of the decisions of the Privy Council* », mais il suggéra qu'il fallait peut-être modifier la vieille constitution pour faire face aux problèmes modernes et que cela ne relevait d'aucun tribunal mais plutôt des hommes politiques et du peuple du Canada<sup>18</sup>.

W. Ivor Jennings, qui enseignait alors au London School of Economics, se demanda si le comité judiciaire . . . « *without doing vio-*

14. *Id.*, 401-427.

15. L'article qu'il mentionne est « *Canada's Power to perform Treaty Obligations* », (1933) 11 *R. du B. Can.* 521.

16. *Loc. cit. supra* note 14, p. 419.

17. *Id.*, 454.

18. *Id.*, 435.

lence to the ordinary rules of interpretation . . . » aurait pu prononcer une décision contraire à celle qu'il avait rendue. Il conclut affirmativement en soulignant que cela dépendait des juges formant le tribunal, après avoir formulé lui-même des arguments . . . « more «liberal » and less « legalistic » than those accepted by the Board. . . »<sup>19</sup>.

F.C. Cronkite, de l'Université de la Saskatchewan, soutint que les lois canadiennes auraient pu être regardées comme valides en vertu du paragraphe introductif de l'article 91, suggéra qu'une décision différente pourrait être rendue en vertu d'une autre référence et qu'on pouvait toujours corriger la situation en modifiant l'article 132<sup>20</sup>.

Enfin, le professeur Frank Scott, de l'Université McGill, ayant à étudier les conséquences des décisions, souligna qu'on revenait à l'interprétation étroite formulée par lord Haldane de la juridiction fédérale en vertu de *peace, order and good government*, interprétation qu'avaient élargie les arrêts sur l'aéronautique et la radio, et il souhaita l'abolition des appels au Conseil privé pour que les problèmes canadiens soient résolus par des hommes . . . « fully qualified to understand the spirit which infuses the British North America Act, and the environment in which it must be made to work. »<sup>21</sup>

Mais c'est une vingtaine d'années plus tard qu'un témoignage de lord Wright of Dudley, qui, lors des décisions, avait été membre du Comité judiciaire, laissa soupçonner que le tribunal britannique aurait fort bien pu se prononcer autrement. Dans un éloge qu'il fit du juge Duff<sup>22</sup>, tout en soulignant le secret qui entourait les délibérations du haut tribunal britannique, il rappela que l'opinion du juge Duff, qui y siégea souvent, y avait un grand poids et, ce qui me semble révélateur, il ajouta trois pages pour démolir la décision sur les *Conventions du travail*.

Rappelons qu'à cette époque, comme il en avait été décidé dans *Cowie v. Remfry*<sup>23</sup>, l'opinion du Comité devait être unanime, et que ce n'est qu'en 1966 que fut adopté un arrêté en conseil permettant l'expression de dissidence, ce qui se produisit la première fois en 1967, dans un appel de la Rhodésie du Sud, *Madzimbamuto v. Lardner-Burky*<sup>24</sup>.

19. *Id.*, 462-463.

20. *Id.*, 483.

21. *Id.*, 493.

22. (1955) 33 R. du B. Can. 1123-1129.

23. (1846) 5 Moo. P.C. 232.

24. [1969] A.C.645. Cf. O.H. PHILLIPS, *Constitutional and Administrative Law*, 5<sup>e</sup> éd., Sweet & Maxwell, Londres, 1973, p. 259.

Plus tard, en 1960, le juge Ivan C. Rand, retiré de la Cour suprême où il avait rendu de si importantes décisions, prononçait une conférence à la Faculté de droit de Harvard sous le titre de « *Some aspects of Canadian Constitutionalism* »<sup>25</sup>. Il déclarait sans hésitation que : . . . « *Assuming treaty-making to be an entirety as legislative matter, the transmission or originated faculty finds its only place of reception in the residual power of the Dominion.* »<sup>26</sup>

Par suite de la désuétude de l'article 132 selon l'interprétation dans l'*Affaire des Conventions du travail*, nous sommes aujourd'hui dans la situation qui aurait toujours existé si l'article n'avait pas été énoncé par l'A.A.N.B. en 1867. Selon le processus traditionnel d'interprétation, face à un traité conclu par le Canada, il faut tenter d'en découvrir le caractère véritable, son *pith and substance*, pour voir s'il entre dans l'énumération de l'article 91 ou dans celle de l'article 92. Si le *pith and substance* est le contenu du traité, la doctrine de l'étanchéité demeure, mais si c'est le traité lui-même comme forme de l'activité de l'État, celle-ci n'étant pas dans les énumérations des articles 91 et 92, pourrait alors, en vertu du pouvoir résiduaire fédéral, relever du paragraphe introductif de l'article 91.

À l'heure actuelle, le Canada est toutefois dans l'étrange situation d'un pays où le pouvoir fédéral peut conclure des traités sans être capable de mettre en vigueur les dispositions de ce traité qui, en vertu de la division des compétences, relèvent des provinces<sup>27</sup>. Aussi comprend-on la réflexion, on pourrait même dire, le souhait du juge en chef Laskin, dans la décision *John A. MacDonald, Railquip Enterprises Ltd v. Vapor Canada Limited & Al.*

Tant que la Cour suprême ne se sera pas de nouveau prononcée, la doctrine de l'étanchéité demeure. Elle paralyse jusqu'à un certain point l'activité internationale du Canada et elle ne nous crée pas une excellente réputation dans le concert des nations. Elle engendre en outre, entre Ottawa et les gouvernements des provinces, d'innombrables tractations qui ne font pas la première page des journaux, mais qui sont loin de réjouir les fonctionnaires qui, de part et d'autre, travaillent dans ce domaine.

---

25. (1960) *R. du B. Can.* 135-162.

26. *Idem.*, 143.

27. En quelques bonnes pages de synthèse, Ivan BERNIER, professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval, a bien montré les inconvénients d'une telle situation pour le Canada dans son ouvrage *International Legal Aspects of Federalism*, Longman, Londres, 1973, pp. 152-160. Voir aussi à propos des ententes de l'Organisation internationale du travail, la thèse de Jean-Pierre DESPRÉS, *Le Canada et l'Organisation internationale du travail*, Fides, Montréal, 1947.

On peut donc souhaiter une nouvelle interprétation judiciaire. La Cour suprême du Canada pourrait être saisie du problème à l'occasion d'un procès où la validité d'une loi fédérale engendrée par un traité, serait soulevée par une des parties ou par suite d'une référence en vertu de l'article 55 de la *Loi de la Cour suprême*.

### Le *stare decisis*

Ouvrons ici une parenthèse pour souligner que, sans aucun doute, la Cour suprême, et surtout son juge en chef actuel, ne se sentent pas liés par les décisions du Conseil privé à l'égard du Canada. Dès le lendemain de l'abolition complète des appels au Comité, en 1949, le professeur Bora Laskin, de l'Université de Toronto, écrivait que l'« *Abolition of Privy Council appeals makes it possible for the first time to contemplate deviation of Canadian law from English law in all its branches.* »<sup>28</sup>

D'ailleurs la vieille règle du *stare decisis* à laquelle le Comité judiciaire s'est malgré tout soumis en prétendant qu'il n'y était pas obligé, s'estompe même en Grande-Bretagne. Comme le disait il y a quelques années lord Gardiner :

Their lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so.<sup>29</sup>

Malgré toutes les acrobaties auxquelles il s'est livré pour ne pas sembler se contredire, le Conseil privé a généralement observé la règle qu'énonçait lord Simons, en 1946, dans *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation 1946*<sup>30</sup> : « *Their Lordships do not doubt that in tendering humble advice to His Majesty they are not absolutely bound by previous decisions of the Board, as is the House of Lords by its own judgments.* » En 1949, le Parlement canadien, en abolissant les appels au Comité judiciaire, refusa, comme certains le proposaient, de lier la Cour suprême par un texte de loi au *stare decisis* des décisions du Comité judiciaire<sup>31</sup>.

En 1951, le professeur de droit Bora Laskin, qui ne se doutait peut-être pas alors du rôle important qu'il pourrait jouer dans la réalisation du

28. Bora LASKIN, « The Supreme Court of Canada: a Final Court of and for Canadians », (1951) 24 *R. du B. Can.* 1069.

29. [1966] 3 All. E.R. 77.

30. [1946] A.C. 193.

31. M.R. MACGUIGAN, « Precedent and Policy in the Supreme Court », (1967) 45 *R. du B. Can.* 627.

vœu qu'il formulait, écrivait que : « *The Supreme Court is now free to adopt its own canons of judicial behaviour* » et il l'invitait . . . « *to develop a personality of its own* » et à faire preuve pour cela d' . . . « *empiricism not dogmatism, imagination rather than literalness.* »<sup>32</sup>

Enfin, dans un jugement prononcé le 26 juin 1975 par la Cour suprême du Canada, *Harrison v. Carswell*, le juge en chef Laskin, dans sa dissidence, a bien limité la règle du *stare decisis* en disant que : « Cette Cour, plus que toute autre dans ce pays, ne peut pas appliquer simplement de façon automatique la jurisprudence antérieure, quel que soit le respect qu'elle lui porte. » Et que : « Il ne s'agit pas de savoir s'il existe une décision antérieure sur un « cheval brun » permettant de décider l'appel qui porte lui-même sur un « cheval brun », mais plutôt quels principes et, en fait, quels faits ont entraîné la décision antérieure considérée comme déterminante. »<sup>33</sup>

Il est difficile de prévoir les décisions d'un tribunal, surtout lorsqu'elles y sont majoritaires, mais je pense bien que lorsqu'on tient compte de la jurisprudence de ces dernières années, lorsqu'on se rappelle comment fut critiquée la décision du Comité judiciaire exprimée par lord Atkin, il y a beaucoup de risques que disparaisse ou du moins soit affaiblie la doctrine de l'étanchéité, et que revive, à toutes fins pratiques, au moins l'esprit de l'article 132. C'est ce qu'exigerait une interprétation plus libérale de l'*A.A.N.B. de 1867*. Le partage des compétences établi à l'époque de la création du Canada n'avait pas à changer parce que le pays avait conquis un nouveau statut international; or l'article 132 attribuait au Parlement fédéral la juridiction de ce qui était l'objet d'un traité qu'à l'époque on disait de l'empire parce qu'on ne pouvait en imaginer d'autre. C'est l'occasion de détruire la poésie de l'étanchéité par un autre accès de poésie du Comité judiciaire dans le *Persons Case* lorsque ses membres rappelèrent que : « *The British North America Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits.* »<sup>34</sup>

### Solutions politiques plutôt que judiciaires

Cependant, dans ce domaine comme dans le cas de bien d'autres incertitudes du fédéralisme canadien, la solution ne devrait pas relever, en définitive, de l'interprétation judiciaire, mais plutôt de la décision du législateur, se manifestant, au besoin, par un amendement à l'*A.A.N.B.* Le juge Cannon l'a bien suggéré lorsqu'il disait :

32. Bora LASKIN, *op. cit. supra* note 28, p. 1038.

33. C.S. *Harrison v. Carswell*, [1976] 2 R.C.S.

34. *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 136.

Many changes are required to face new situations or to cope with the increased importance of Canada as a nation, they may be secured by an amendment to the Act; but neither this Court nor the Privy Council should be called upon to legislate in the matter by treating the constitution as a growing tree confided to their care. We have nothing to do with the growth or with the making of the law in constitutional matters. »<sup>35</sup>

En effet, quelle que soit le jugement de la Cour suprême, la décision finale devrait être politique et non judiciaire. En d'autres termes, dans un Canada moderne et souverain, tant qu'il existe dans sa structure actuelle, que doit prévoir la constitution pour la mise en vigueur des traités ? Oublions pour un instant que le Canada ne jouit pas encore d'un véritable système d'amendement pour sa constitution; ne cherchons pas quelles devraient être les exigences d'unanimité ou de majorité des provinces pour obtenir un changement possible dans le domaine qui nous intéresse et essayons d'imaginer, en nous inspirant de l'exemple de d'autres pays fédératifs, quel système pourrait s'appliquer.

#### Dans les autres pays fédératifs

Selon une vieille règle constitutionnelle britannique qu'on retrouve d'ailleurs dans d'autres droits, que l'État soit unitaire ou fédératif, il faut distinguer entre la conclusion du traité qui relève du pouvoir exécutif et sa mise en œuvre qui appartient au pouvoir législatif. Il n'en est pas ainsi aux États-Unis où, lorsqu'un traité est conclu par le président avec l'approbation des deux tiers du Sénat, il devient, d'après l'article VI de la constitution « *the supreme law of the land* ». La jurisprudence a même décidé qu'il en était ainsi pour le contenu de certains *executive agreements* conclus uniquement par le président<sup>36</sup>.

La solution américaine a souvent été regardée comme une négation du droit des états et, en 1953, le sénateur républicain J.W. Bricker tenta, mais en vain, de faire amender la constitution pour leur permettre de conserver, jusqu'à un certain point, leur juridiction<sup>37</sup>. L'amendement Bricker ne fut jamais adopté, mais il contenait des dispositions dont le Canada pourrait peut-être s'inspirer pour remplacer l'article 132. Il décrétait, en particulier, que le contenu d'un traité ne pourrait faire partie du droit interne des États-Unis que par suite de l'adoption de lois qui auraient été valides en l'absence du traité.

35. *References re The Weekly Rest in Industrial Undertaking Act . . .*, [1936] R.C.S. 519.

36. *United States v. Belmont*, (1937) 301 U.S. 324 et *United States v. Pink*, (1946) 315 U.S. 203.

37. Sur le *Bricker Amendment*, cf. OGG and RAY's, *Introduction to American Government*, 12<sup>e</sup> éd., 598-599 et BERNIER, *op. cit. supra* note 27, pp. 164-165.

En Australie, en vertu du paragraphe XXIX de l'article 51 de la constitution, le Parlement central a juridiction sur les « *External Affairs* », ce qui a été interprété avec quelques réserves comme lui donnant le pouvoir de mettre en vigueur l'objet de tout traité<sup>38</sup>.

En Allemagne de l'Ouest, l'article 32 de la constitution de la république fédérale se lit comme suit :

1. La gestion des relations avec les États étrangers est du ressort de la Fédération.
2. Avant la conclusion de traités affectant la situation particulière d'un pays (*länder*), celui-ci devra être consulté en temps utile.
3. Dans la mesure de leur compétence législative, les pays peuvent, avec l'assentiment du gouvernement fédéral, conclure des traités avec les États étrangers.

En 1965, le problème fut discuté entre le premier ministre du Canada, M. Lester B. Pearson, et le premier ministre du Québec, M. Jean Lesage, et, d'après les rumeurs qui coururent à l'époque, la solution allemande intéressa profondément les deux hommes. Depuis, le problème des traités dans le fédéralisme canadien est passé dans l'ombre tout en provoquant encore quelques commentaires intéressants<sup>39</sup>.

### Conclusion

Il peut sembler byzantin de poser de tels problèmes à une époque où le fédéralisme canadien est ébranlé sur ses bases et il est sûr qu'il est plus facile de trouver une solution juridique qu'un règlement politique. Mais si le fédéralisme a fait faillite au Canada, c'est peut-être parce qu'on a trop laissé l'interprétation de son texte de base, vieux de plus d'un siècle, à la virtuosité intellectuelle des membres du Comité judiciaire du Conseil privé et de la Cour suprême du Canada. L'avenir constitutionnel et politique d'un pays ne doit pas dépendre de quelques juges, si savants, si honnêtes soient-ils, mais en saine démocratie, il doit relever des hommes politiques qui représentent la population. Il faut tout de même admettre qu'une solution politique acceptée par tous n'est pas facile à suggérer. On l'a bien vu, en 1940, lorsque la Commission royale des relations entre le Dominion et les provinces s'est défilée. « La Commission, disait le Rap-

38. Cf. à ce sujet K.C. WHEARE, *Federal Government*, Oxford U. Press, Toronto, 1946.

39. Jacques-Yvan MORIN, « Le Québec et l'arbitrage », (1967) *R. du B. Can.* 608-626, et surtout la même année dans la même revue « International Law — Treaty-making power — Constitutional Law — Position of the Government of Quebec », (1967) *R. du B. Can.* 160-173.

port, n'a pas cru que ses attributions lui permettaient de se prononcer sur l'à-propos de reconnaître au Dominion l'autorité voulue (autrement qu'aux termes de l'article 132 de l'*A.A.N.B.*) pour exécuter les clauses de ses traités lorsque l'exécution des engagements qui en découlent nécessite une mesure législative sur des matières exclusivement du ressort des provinces. »<sup>40</sup>

Par ailleurs, la Commission jugea bon de recommander que le Dominion soit autorisé à exécuter les conventions de l'Organisation du travail, recommandation qui ne fut pas suivie mais qui aurait réglé la plupart des problèmes posés par les décisions du Conseil privé au sujet des lois Bennett et, plus particulièrement, celles visées dans l'arrêt des *Conventions du travail*. L'argument de la Commission était intéressant et il pourrait même mettre les hommes politiques sur la voie d'une solution. La Commission faisait remarquer que . . . « ces accords participaient de la législation de caractère international . . . » et ajoutait même que . . . « plusieurs des nations qui sont parties à ces conventions ont un code civil qui ressemble de près à celui de la province de Québec. . . . Lorsqu'il y a lieu d'adopter pareille loi normative de portée internationale, le Canada doit y adhérer. » La Commission concluait : « Quels que soient les arguments formels qu'on trouve pour détruire la doctrine de l'étanchéité, la plupart des provinces et plus particulièrement le Québec acceptent difficilement que le parlement fédéral puisse en tous domaines, légiférer pour elles, parce que la matière de la loi a été l'objet d'un traité surtout à une époque où les problèmes s'internationalisent et peuvent, par conséquent, engendrer l'objet des ententes sur la plupart des formes de l'activité de l'état. »

---

40. *Rapport de la Commission royale des relations entre le Dominion et les provinces*, (Rapport Rowell-Sirois), 1940, vol. II, « Recommandations », p. 288.