La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada

Eugénie Brouillet

Volume 45, Number 1, 2004

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043783ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/043783ar>

[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

Brouillet, E. (2004). La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. *Les Cahiers de droit*, 45(1), 7–67.
<https://doi.org/10.7202/043783ar>

Article abstract

As an underlying or implicit constitutional principle, federalism may serve as a guide for the courts in interpreting and applying the provisions of a constitutional text and, thereafter, in closing any gaps if there are any to be found. Yet, despite the significant importance that the Supreme Court of Canada seems to give to the federative principle in some recent decisions, it has not resorted to it primarily as a guide for interpreting the express provisions of the Constitution, particularly those pertaining to the sharing of legislative jurisdictions between two levels of government, but rather to fill in the gaps and account for whatever seems implicit. The distribution of legislative powers constitutes, however, the very heart of the federative principle. In addition to a half-century of rulings in its role of court of last appeal, the Supreme Court has, in its legal reasoning, only rarely rested its cases directly on federalism while doing so in a rather incoherent manner. The analysis of the few decisions in which the Supreme Court has nominally invoked this principle in its reasoning regarding the distribution of powers shows that the court has generally chosen a modern conception of such distribution. Yet on other occasions, the highest court of the land returns on occasion to the classical paradigm, essentially when favouring the federal Parliament's exercising of legislative powers or, conversely, when the application of the modern paradigm would have encouraged the exercising of provincial powers. The absence of a federative theory underlying the reasoning of the Supreme Court in its rulings now prevents it from establishing and maintaining a sound federative equilibrium in the Canadian context.

La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada*

Eugénie BROUILLET**

Le fédéralisme, en tant que principe constitutionnel sous-jacent ou implicite, peut d'abord servir à guider les tribunaux dans l'interprétation et l'application des dispositions du texte constitutionnel et, ensuite, à combler les lacunes qui s'y trouvent, le cas échéant. Or, malgré la grande importance que la Cour suprême du Canada semble accorder au principe fédératif dans certaines décisions récentes, elle n'y a pas eu recours principalement comme guide dans l'interprétation des dispositions expresses de la Constitution, particulièrement celles qui sont relatives au partage des compétences législatives entre les deux ordres de gouvernement, mais plutôt afin de combler ses vides, ses silences. Le partage des compétences législatives constitue pourtant le cœur du principe fédératif. En plus d'un demi-siècle de jurisprudence à titre de dernier tribunal d'appel, la Cour suprême ne s'est appuyée expressément sur le fédéralisme dans ses raisonnements juridiques que plutôt rarement, et cela, de façon somme toute peu cohérente. L'analyse des quelques décisions dans lesquelles la Cour suprême invoque nommément ce principe dans ses raisonnements en matière de partage des compétences révèle qu'elle a généralement opté pour une conception moderne de ce dernier. Par contre, la plus haute cour canadienne revient, à l'occasion, au paradigme classique, essentiellement

* L'auteure tient à remercier le professeur Henri Brun pour ses commentaires et suggestions ainsi que Me Nicolas Courcy pour son aide dans la recherche afférente à la rédaction du présent article. Ce dernier est à jour au mois de juin 2003 et a été réalisé grâce à l'aide financière de la Fondation pour la recherche juridique de l'Association du Barreau canadien.

** Professeure, Faculté de droit, Université Laval.

lorsqu'il favorise l'exercice des compétences législatives du Parlement fédéral ou, inversement, lorsque l'application du paradigme moderne aurait pu encourager l'exercice des compétences provinciales. L'absence de théorie fédérative dans la jurisprudence de la Cour suprême l'empêche d'établir et de maintenir un sain équilibre fédératif en contexte canadien.

As an underlying or implicit constitutional principle, federalism may serve as a guide for the courts in interpreting and applying the provisions of a constitutional text and, thereafter, in closing any gaps if there are any to be found. Yet, despite the significant importance that the Supreme Court of Canada seems to give to the federative principle in some recent decisions, it has not resorted to it primarily as a guide for interpreting the express provisions of the Constitution, particularly those pertaining to the sharing of legislative jurisdictions between two levels of government, but rather to fill in the gaps and account for whatever seems implicit. The distribution of legislative powers constitutes, however, the very heart of the federative principle. In addition to a half-century of rulings in its role of court of last appeal, the Supreme Court has, in its legal reasoning, only rarely rested its cases directly on federalism while doing so in a rather incoherent manner. The analysis of the few decisions in which the Supreme Court has nominally invoked this principle in its reasoning regarding the distribution of powers shows that the court has generally chosen a modern conception of such distribution. Yet on other occasions, the highest court of the land returns on occasion to the classical paradigm, essentially when favouring the federal Parliament's exercising of legislative powers or, conversely, when the application of the modern paradigm would have encouraged the exercising of provincial powers. The absence of a federative theory underlying the reasoning of the Supreme Court in its rulings now prevents it from establishing and maintaining a sound federative equilibrium in the Canadian context.

	<i>Pages</i>
1 Le fédéralisme et les silences du texte constitutionnel	14
1.1 Le rapatriement du pouvoir constituant	14
1.2 La sécession du Québec	23

1.3 Les relations interprovinciales	29
1.4 Le pouvoir fédéral de dépenser	31
2 Le fédéralisme et l'interprétation du texte constitutionnel	33
2.1 Le partage des compétences législatives	34
2.1.1 Une nette préférence pour le paradigme moderne	36
2.1.2 Un retour sporadique au paradigme classique	44
2.2 La <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	58
Conclusion	63

En 1998, la Cour suprême du Canada affirmait que le fédéralisme est un principe « inhérent à la structure de nos arrangements constitutionnels, l'étoile qui les a guidés [les tribunaux] depuis le début¹ ». Elle ne faisait alors que confirmer ce qui découle tant de l'esprit que de la lettre de la *Loi constitutionnelle de 1867*². Diverses conceptions ont été présentées au cours de la période préféderative sur le type de régime qui serait le plus susceptible de répondre de manière appropriée à l'ensemble des désirs et intérêts des colonies de l'époque. Le principe fédératif est celui qui a finalement été choisi comme fondement de la nouvelle constitution par l'ensemble des concepteurs du régime³. Le préambule du texte constitutionnel est sans équivoque à cet égard et énonce que « les provinces [...] ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale⁴ ». Quant à la lettre du

1. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, 251 (ci-après cité : « *Renvoi sur la sécession* »).

2. *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3, art 91.

3. John A. Macdonald lui-même, après avoir marqué sa préférence pour un État unitaire, a dû réaffirmer la nature fédérative du régime proposé et ainsi défendre le caractère souverain des provinces au cours de la Conférence de Québec d'octobre 1864 : « New Zealand constitution was a Legislative Union, ours Federal [...] In order to guard these [les entités locales], they [le constituant de la Nouvelle-Zélande] gave the powers stated to the Local Legislatures, but the General Government had the power to sweep these away. That is just what we do not want. Lower Canada and the Lower Provinces would not have such a thing » ; G.P. BROWNE, *Documents on the Confederation of British North America*, Toronto, McClelland & Stewart, 1969, p. 124. Le statut des entités locales de la Nouvelle-Zélande s'apparentait donc à celui des municipalités : leur existence n'était d'aucune façon garantie constitutionnellement et découlait de dispositions législatives qui pouvaient être modifiées au gré des désirs du Parlement.

4. *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 2, préambule.

régime, celle-ci pourvoit bel et bien à la mise en place d'une fédération dans toutes ses acceptions juridiques, c'est-à-dire, pour l'essentiel, qu'elle opère un partage de la fonction législative entre deux ordres de gouvernement autonome dans leurs sphères de compétence respectives.

Pourtant, le nouvel engouement de la plus haute cour canadienne pour le fédéralisme et, en général, pour les principes constitutionnels non écrits ne trouve pas nécessairement écho dans sa jurisprudence fédérative, c'est-à-dire celle qui est relative au partage des compétences législatives entre les deux ordres de gouvernement, alors qu'il s'agit précisément là du cœur du principe fédératif. L'« étoile » que constitue le fédéralisme n'a en effet expressément guidé la Cour suprême, dans ses raisonnements juridiques, que de façon relativement exceptionnelle et, surtout, d'une manière qui laisse transparaître ce que nous pourrions appeler une absence de théorie fédérative. Nous verrons que le fédéralisme, en tant que principe constitutionnel sous-jacent, n'a pour l'essentiel été invoqué qu'en vue de permettre à la Cour suprême de combler les « vides » du texte constitutionnel et non à titre de guide dans l'interprétation de ses dispositions, particulièrement celles qui concernent le partage des compétences législatives entre les deux ordres de gouvernement⁵. Notre étude porte donc sur le rôle joué par le fédéralisme dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada depuis qu'elle est devenue le dernier tribunal d'appel en 1949⁶. Dans quels

-
5. Depuis l'abolition des appels au Comité judiciaire du Conseil privé, la Cour suprême du Canada a nommément invoqué le fédéralisme dans une trentaine de décisions. Nous excluons bien sûr de ce total les décisions dans lesquelles ce principe (ou un de ces synonymes, soit « principe fédératif », « principe fédéral » ou leurs équivalents anglais) se retrouvait dans la doctrine citée ainsi que celles où la Cour y fait référence simplement pour affirmer qu'il n'est pas pertinent pour régler le litige : *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530 ; *C.-B. (Milk Board) c. Grisnich*, [1995] 2 R.C.S. 895.
 6. Nous ne traiterons pas, dans le présent article, de l'approche fonctionnelle qui caractérise de plus en plus la jurisprudence de la Cour suprême relative au partage des compétences législatives et qui entraîne une centralisation progressive des pouvoirs entre les mains du palier de gouvernement fédéral. Nous avons déjà étudié cette question dans une étude antérieure : E. BROUILLET, *L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, thèse de doctorat, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2003, p. 383-479. D'autres auteurs s'y sont également attardés. Voir notamment : H. BRUN, « L'évolution récente de quelques principes généraux régissant le partage des compétences entre le fédéral et les provinces », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*, Québec, 11-13 juin 1992, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 1992, p. 23 ; G. OTIS, « La justice constitutionnelle au Canada à l'approche de l'an 2000 : uniformisation ou construction plurielle du droit ? », (1995-96) 27 *Ottawa L.R.* 261 ; J. FRÉMONT, « La face cachée de l'évolution contemporaine du fédéralisme canadien », dans G.-A. BEAUDOIN et J.E. MAGNET (dir.), *Le fédéralisme de demain* :

contextes la Cour suprême a-t-elle nommément invoqué le principe fédératif ? À quelles fins s'en est-elle servie ? Quelles conclusions a-t-elle fait découler de son usage exprès ?

Plusieurs auteurs ont écrit sur la nature et le rôle des principes constitutionnels sous-jacents en droit constitutionnel canadien⁷. En général, les commentateurs s'entendent à savoir que les principes constitutionnels sous-jacents ou implicites peuvent servir à guider l'interprétation des dispositions constitutionnelles expresses et aussi, dans certaines circonstances, à combler les lacunes ou les vides du texte constitutionnel. C'est en effet ce qui se dégage des décisions récentes de la Cour suprême relatives à ces principes⁸.

Le fédéralisme résulte de la rencontre d'une double volonté, celle de maintenir à la fois l'unité et la diversité par un processus continu d'adaptation. Ainsi, l'essence du principe fédératif réside en une union de groupes pour certaines fins communes, groupes qui conservent par ailleurs leur existence distincte pour d'autres desseins. Il sera appropriée, par conséquent, d'adopter un régime fédératif lorsque les entités en présence

réformes essentielles, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, p. 45 ; V. LOUNGNARATH, « Le rôle du pouvoir judiciaire dans la structuration politico-juridique de la fédération canadienne », (1997) 57 *R. du B.* 1103 ; J. LECLAIR, « The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity », (2003) 28 *Queen's L.J.* 411. Le professeur Leclair démontre de façon convaincante une nette préférence de la Cour suprême pour des considérations relatives à l'efficacité au détriment de la diversité.

7. Voir notamment : J.W. NEWMAN, « Réflexions sur la portée véritable des principes constitutionnels dans l'interprétation et l'application de la Constitution du Canada », (2001-2002) 13 *N.J.C.L.* 117 ; J. LECLAIR, « Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles », (2001) 27 *Queen's L. J.* 389 ; R. ELLIOT, « References, Structural Argumentation and the Organizing Principles of Canada's Constitution », (2001) 80 *Can. Bar Rev.* 67 ; S. CHOUDHRY, « Unwritten Constitutionalism in Canada: Where do Things Stand ? », (2001) 35 *Can. Bus. L. J.* 113 ; S. CHOUDHRY et R. HOWSE, « Constitutional Theory and the Quebec Secession Reference », (2000) 13 *Can. J. of Jprudence* 143 ; P. MONAHAN, « The Public Policy Role of the Supreme Court of Canada in the Secession Reference », (1999-2000) 11 *N.J.C.L.* 65 ; D. GIBSON, « Constitutional Vibes: Reflections on the Secession Reference and the Unwritten Constitution », (1999-2000) 11 *N.J.C.L.* 49 ; W.H. HURLBURT, « Fairy Tales and Living Trees: Observations on Some Recent Constitutional Decisions of the Supreme Court of Canada », (1998) 26 *Man. L. J.* 181.
8. *Renvoi: droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, (ci-après cité: « *Renvoi sur les droits linguistiques* ») (primauté du droit) ; *New Brunswick Broadcasting Corp. c. N.-B.*, [1993] 1 R.C.S. 319 (privilèges parlementaires) ; *Renvoi sur les juges de la cour provinciale*, [1997] 3 R.C.S. 3, (indépendance judiciaire) ; *Renvoi sur la sécession*, précité, note 1 (démocratie, fédéralisme, primauté du droit et constitutionnalisme, protection des minorités).

désirent être unies sous un seul gouvernement indépendant pour certaines matières relativement auxquelles elles partagent des intérêts communs (unité) et conserver ou établir des gouvernements indépendants quant aux matières correspondant à leurs intérêts particuliers (diversité). Or, parmi les facteurs qui militent en faveur d'une séparation des collectivités, celui qui, d'entre tous, exerce la plus forte pression en faveur de l'adoption d'un régime fédératif plutôt qu'unitaire est la présence, au sein de collectivités données, d'une culture différente. En d'autres termes, la diversité qui s'exprime au sein d'entités désireuses de s'unir en une fédération est souvent d'ordre culturel. C'est le cas de la fédération canadienne. Le fédéralisme implique donc essentiellement, sur le plan juridique, un partage du pouvoir législatif entre deux paliers de gouvernement autonomes ou souverains dans leurs domaines de compétence.

La nature fédérative de la Constitution canadienne a été reconnue à de multiples reprises par les tribunaux. Le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres, dernier tribunal d'appel pour les affaires canadiennes jusqu'en 1949, l'a affirmé à de très nombreuses occasions, notamment dans ce passage devenu classique depuis : « The object of the Act was neither to weld the provinces into one, nor to subordinate provincial governments to a central authority, but to create a federal government in which they should all be represented, entrusted with the exclusive administration of affairs in which they had a common interest, each province retaining its independence and autonomy »⁹. En 1981, la Cour suprême du Canada faisait du principe fédératif la raison d'être d'une convention constitutionnelle obligeant le gouvernement fédéral, désireux d'opérer unilatéralement le rapatriement et de profondes modifications à la Constitution canadienne, à obtenir préalablement le consentement d'un nombre appréciable de provinces¹⁰. La Cour suprême considérait ainsi que la participation des deux ordres de gouvernement au processus de modification de la Constitution est un corollaire essentiel du principe fédératif.

-
9. *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437, 440-442. Dès les premières années de la fédération, le Comité judiciaire a énoncé un des postulats essentiels au caractère fédératif de la Constitution, soit l'autonomie des provinces dans leurs domaines de compétence : *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons*, [1881-82] 7 A.C. 96, 108 ; *Hodge v. The Queen*, [1883] 9 A.C. 117, 132. Voir également au même effet : *A.-G. for Ontario v. A.-G. for Canada*, [1896] A.C. 348, 360 et 361 ; *In re the Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935, 942 ; *British Coal Corporation v. The King*, [1935] A.C. 500, 518 ; *A.-G. for Canada v. A.-G. for Ontario*, [1937] A.C. 326, 366 et 367 (ci-après cité : « *Affaire sur les conventions de travail* ») ; *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708, 722.
10. *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, 905 et suiv. (ci-après cité : « *Renvoi sur le rapatriement* »).

Dans le *Renvoi sur la sécession*, la plus haute cour canadienne énonce que le fédéralisme est un principe constitutionnel sous-jacent à la Constitution écrite¹¹, qu'il est « un thème central dans la structure de notre Constitution¹² ». C'est ce principe, joint au principe démocratique, qui amenait la Cour suprême à établir, dans l'hypothèse d'une expression claire des Québécois du désir de réaliser la sécession du Québec, une obligation constitutionnelle réciproque de négocier des modifications constitutionnelles afin de répondre à cette revendication de la population québécoise.

En tant que principe constitutionnel implicite, le fédéralisme peut servir, à l'instar des autres principes sous-jacents, d'abord à guider les tribunaux dans l'interprétation et l'application des dispositions du texte constitutionnel et, ensuite, à combler les lacunes qui s'y trouvent, le cas échéant. Or, malgré la grande importance que la Cour suprême semble accorder à ce principe, et contrairement à ce qu'avait privilégié le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres, le principe fédératif n'a pas été principalement utilisé par la Cour suprême comme guide dans l'interprétation des dispositions expresses de la Constitution, par exemple, celles qui sont relatives au partage des compétences législatives entre les deux ordres de gouvernement, mais plutôt afin de combler ses vides, ses silences. L'interprétation des dispositions relatives au partage des compétences législatives n'a donc pas été imprégnée, comme elle l'avait été avec le Comité judiciaire, du principe d'autonomie de chacun des deux ordres de gouvernement pourtant essentiel au fédéralisme. Nous traiterons d'abord des décisions dans lesquelles le principe fédératif a été nommément invoqué par la Cour suprême pour combler les vides du texte constitutionnel. Ensuite, nous procéderons à l'analyse des autres décisions de la Cour suprême dans lesquelles celle-ci a eu recours au fédéralisme et démontrerons ainsi son faible usage en matière de disputes fédératives et, plus particulièrement, le manque de cohérence dans la façon dont il a été utilisé. En guise de conclusion, nous tenterons d'esquisser à grands traits ce qui, selon nous, pourrait

11. *Renvoi sur la sécession*, précité, note 1, 250 et suiv. Dans le *Renvoi sur les droits linguistiques*, précité, note 8, 751-752, qui constitue un prélude à l'établissement des principes constitutionnels sous-jacents (la Cour suprême parle alors (p. 752) « [des] postulats non écrits qui constituent le fondement même de la Constitution du Canada »), la Cour suprême affirme, en se référant au *Renvoi sur le rapatriement*, précité, note 10, que le principe fédératif est inhérent à la Constitution. Elle fera de même dans le *Renvoi sur les juges de la cour provinciale*, précité, note 8, 69 : « Quels sont les principes structurels de la *Loi constitutionnelle de 1867* exprimés dans le préambule ? Celui-ci fait état du désir des provinces fondatrices de « s'unir en fédération pour former un seul et même dominion », il concerne donc la répartition des pouvoirs ».

12. *Renvoi sur la sécession*, précité, note 1, 251.

constituer des éléments d'une théorie du fédéralisme permettant à la Cour suprême de lever le voile sur l'obscurité relative qui semble caractériser son approche en matière de disputes fédératives¹³.

1 Le fédéralisme et les silences du texte constitutionnel

Dans deux renvois d'une grande importance sur les plans juridique et politique, la Cour suprême a eu recours de façon explicite au principe fédératif afin de répondre aux questions juridiques qui lui étaient posées. Il s'agit du *Renvoi sur le rapatriement*¹⁴ et, bien sûr, du *Renvoi sur la sécession*¹⁵. Ces deux décisions constituent de loin les deux plus longues dissertations sur le fédéralisme que la Cour suprême ait jamais produites. Elle s'est aussi expressément référée au fédéralisme dans certaines décisions relatives aux relations interprovinciales et au pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral.

1.1 Le rapatriement du pouvoir constituant

La grande notoriété qu'a connue le *Renvoi sur le rapatriement* nous dispense de faire un long exposé des faits qui lui ont donné naissance. Il suffira donc de rappeler que, à la suite de l'opposition de huit provinces au projet du gouvernement fédéral de rapatrier et de modifier la Constitution canadienne, les gouvernements de trois d'entre elles font un renvoi à leur cour d'appel respective, puis en appellent de ces décisions à la Cour suprême, demandant à cette dernière si le consentement des provinces est requis, juridiquement ou conventionnellement, pour la réalisation d'un tel projet. Rappelons que les changements proposés à la Constitution canadienne, soit l'enchâssement d'une charte des droits et libertés et de diverses formules de modification, avaient un impact majeur sur les relations fédérales-provinciales et sur les pouvoirs des ordres de gouvernement provinciaux. Dans l'histoire constitutionnelle canadienne, c'était la première fois qu'un tribunal de dernière instance était appelé à se prononcer de façon aussi directe et massive sur les fondements mêmes de la structure constitutionnelle de l'État canadien et, plus précisément en ce qui nous concerne, sur sa nature fédérative.

13. D. GREISHNER, « The Supreme Court, Federalism and Metaphors of Moderation », (2000) 79 *Can. Bar Rev.* 47, 58 : « for the most part, when the Court now addresses federalism questions, it toils in relative obscurity [...] In sum, consideration of federalism questions has diminished as a daily and definitional part of the Supreme Courts's obligations and its self-identity. »

14. *Renvoi sur le rapatriement*, précité, note 10.

15. *Renvoi sur la sécession*, précité, note 1.

La Cour suprême n'a pu répondre d'une seule et même voix aux questions posées. Les aspects conventionnel et légal de l'affaire ont en effet tous deux fait l'objet de motifs majoritaires et dissidents. Il ressort de ces divers avis des conceptions assez différentes de ce qu'implique le fédéralisme en droit constitutionnel canadien pour les magistrats.

Quant à l'aspect légal de la question, à savoir si le gouvernement fédéral peut, en droit strict, réaliser son projet de rapatriement et de modification de la Constitution canadienne sans l'assentiment des provinces, la majorité de la Cour suprême répond par l'affirmative. Pour l'essentiel, elle en vient à cette conclusion en invoquant deux arguments : 1) il n'existe légalement aucune restriction au pouvoir du Parlement fédéral et des chambres législatives en général d'adopter des résolutions ; et 2) une convention constitutionnelle ne peut se cristalliser en règle de droit.

D'abord, il est intéressant de noter que la Cour suprême décrit de la façon suivante la tâche que les gouvernements provinciaux lui demandent d'accomplir : « La question de droit à proprement parler est de savoir si cette Cour peut adopter, *en quelque sorte en légiférant*, une formule imposant l'unanimité pour déclencher le processus de modification qui lierait non seulement le Canada mais aussi le Parlement du Royaume-Uni qui détiendrait toujours le pouvoir de modification¹⁶. » Dès le départ, la majorité des juges de la Cour semble relativement mal à l'aise avec le genre d'exercice qui lui est soumis, laissant entendre qu'elle ne désire pas usurper une fonction qui reviendrait aux organes législatifs du gouvernement. En effet, rien dans le texte constitutionnel de 1867 n'était prévu quant à la façon dont celui-ci pouvait être modifié, et ce, bien sûr, en raison du statut colonial des entités fédérées et du Dominion né de leur union à l'époque de la naissance de la fédération canadienne¹⁷. La Cour suprême faisait donc face dans ce renvoi à un silence complet du texte constitutionnel. Elle souligne d'ailleurs que « le processus en question ici ne vise pas la modification d'une constitution complète, mais plutôt l'achèvement d'une constitution incomplète¹⁸ ».

16. *Renvoi sur le rapatriement*, précité, note 10, 788 ; l'italique est de nous.

17. *Id.*, 787 : la Cour suprême mentionne qu'« en fait, on demande à cette Cour de consacrer juridiquement le principe du consentement unanime aux modifications constitutionnelles pour remédier à l'anomalie, encore plus prononcée aujourd'hui qu'en 1867, due au fait que l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* ne contient aucune disposition qui permette à une action canadienne seule d'effectuer des modifications ».

18. *Id.*, 799.

Certes, à l'époque du renvoi, le pouvoir constituant était alors toujours formellement entre les mains du Parlement impérial. Cependant, il était depuis fort longtemps acquis conventionnellement, au moment du renvoi, que ce dernier ne légiférait désormais en matière constitutionnelle pour le Canada que suivant ses instructions¹⁹. La question qui se posait toujours, et que la Cour suprême était appelée à trancher, était celle de savoir de quels organes canadiens le consentement était constitutionnellement requis.

Divers arguments ont été présentés par les provinces en vue d'appuyer leurs prétentions selon lesquelles leur consentement était une condition de la validité de l'ensemble du processus²⁰. Parmi ceux-ci, les plus fondamentaux portaient sur le principe fédératif et son corollaire essentiel, le caractère souverain des provinces à l'égard de l'exercice de leurs pouvoirs législatifs. Dans sa décision, la Cour suprême disserte longuement sur le concept de fédéralisme et sur ce qu'il implique. Il s'agit là, à l'exception importante du *Renvoi sur la sécession* dont nous traiterons ultérieurement, d'un cas inédit où la Cour traite de façon générale de la nature et des caractéristiques du fédéralisme canadien.

D'abord, la majorité de la Cour suprême affirme d'emblée que l'exclusivité des pouvoirs provinciaux existe et qu'elle « découle de la nature et des caractéristiques du fédéralisme canadien²¹ ». Elle énonce cependant immédiatement que « la primauté fédérale est la règle générale dans l'exercice réel de ces pouvoirs », mais que cela n'a pas pour effet de nier le principe d'exclusivité. Ce dernier, qui existe selon la Cour malgré certains traits

19. Dès les années 1860 s'est en effet élaborée une politique impériale voulant qu'il ait existé un certain consentement des colonies britanniques aux changements constitutionnels envisagés par la métropole. Au cours du processus pré-fédératif, il était entendu par les représentants impériaux que le Parlement de Westminster devait jouer un rôle subsidiaire et accueillir favorablement « any well-considered plan which has the consent of all Parties concerned » : G.P. BROWNE, *op. cit.*, note 3, p. xx. L'article 4 du *Statut de Westminster de 1931*, L.R.C. 1985, app. II, n° 27, est venu plus tard confirmer cette convention.

20. Notamment, le procureur général du Québec a soutenu que le consentement des provinces était requis puisque c'est à la demande explicite de ces dernières, et pour leur protection, qu'a été adopté l'article 4 du *Statut de Westminster de 1931* qui énonce qu'aucune loi britannique postérieure à cette date ne peut s'appliquer à un Dominion « à moins qu'il ne soit expressément déclaré que ce Dominion a demandé cette loi et a consenti à ce qu'elle soit édictée ». Voir à ce sujet H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 218 et 219.

21. *Renvoi sur le rapatriement*, précité, note 10, 801. La Cour suprême emploie également l'expression « suprématie des législatures provinciales sur les pouvoirs que leur confère l'A.A.N.B. ».

unitaires de la *Loi constitutionnelle de 1867* (notamment le pouvoir déclaratoire, les pouvoirs de réserve et de désaveu des lois provinciales ainsi que la nomination des lieutenants-gouverneurs par le gouvernement fédéral), ne peut toutefois s'exercer que dans le cadre du texte constitutionnel. En d'autres termes, la Cour suprême est d'avis que l'autonomie des provinces dans leurs champs de compétence cesse du moment où il est question des relations extérieures entre le Canada et la Grande-Bretagne ou tout autre pays²².

À ce sujet, les provinces faisaient valoir que les relations extérieures avec la Grande-Bretagne doivent tenir compte de la nature et des caractéristiques du fédéralisme canadien, telles qu'elles ressortent des déclarations des personnalités politiques et, surtout, en ce qui nous concerne, des antécédents historiques et du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La majorité des juges de la Cour suprême écarte complètement la pertinence en droit strict du contexte historique ayant présidé à l'adoption de cette loi. D'abord, selon la Cour, l'histoire ne fournit pas de conception « uniforme ou unique » de la nature du fédéralisme canadien : toute théorie du pacte fédératif, quelles que soient les versions présentées, relève du domaine de la science politique et non du droit. Pour elle, en somme, « l'histoire ne peut modifier le fait qu'en droit, il y a une loi britannique à interpréter et à appliquer relativement à un sujet absolument fondamental mais que la loi ne régit pas²³ ».

Cet extrait de la décision est extrêmement révélateur puisque, contrairement à sa jurisprudence postérieure relative aux principes constitutionnels sous-jacents, plus particulièrement le *Renvoi sur la sécession*, la Cour suprême rejette ici la possibilité qu'elle puisse, à l'aide de certains principes non écrits, combler les vides du texte constitutionnel exprès, soit précisément ce qu'elle a fait en 1998, notamment en ayant recours au contexte historique. Ainsi, en 1981, dans une affaire d'une importance capitale pour l'avenir du fédéralisme canadien, la Cour suprême s'en tient à l'approche positiviste de l'interprétation constitutionnelle à savoir qu'il ne revient pas aux juges d'ajouter au texte constitutionnel, mais qu'ils doivent plutôt strictement se contenter de l'interpréter et de l'appliquer tel qu'il est. Étant donné le silence du texte sur la question du pouvoir constituant, la Cour suprême a appliqué simplement les règles relatives au pouvoir des chambres législatives de s'exprimer en toute liberté par l'entremise d'une résolution pour conclure que rien n'empêchait le Parlement fédéral de

22. *Id.*, 802 et 803.

23. *Id.*, 803.

demander ainsi à Londres de rapatrier et de modifier la Constitution canadienne. Comme l'écrivent les professeurs Sujit Choudhry et Robert Howse, au cœur de l'approche positiviste de l'interprétation constitutionnelle se trouve une nette distinction entre légitimité et légalité. Lorsque ces deux notions ne coïncident pas, cette approche nie aux tribunaux le pouvoir de les réconcilier²⁴.

La force normative et l'utilité que la Cour suprême attribue au préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont également très différentes en 1981 par rapport à ce qu'elles deviendront notamment en 1998. Dans le *Renvoi sur le rapatriement*, la Cour énonce de façon générale « qu'un préambule n'a aucune force exécutoire mais qu'on peut certainement y recourir pour éclaircir les dispositions de la loi qu'il introduit²⁵ ». Les provinces prétendaient que leur consentement au projet de rapatriement et de modification de la Constitution était légalement requis en vertu du préambule lui-même de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de son reflet dans les dispositions du texte constitutionnel. Selon la Cour suprême, ce sont au fond les règles relatives au partage des compétences législatives que les provinces invoquaient pour appuyer leurs prétentions. Or, d'après la Cour, ces règles ne découlent en rien du préambule, mais sont plutôt formellement prévues dans les dispositions mêmes du texte constitutionnel. Le principe fédératif n'est donc d'aucune utilité pour la solution du litige. Au surplus, la Cour suprême considère qu'il « ne peut y avoir de régime fédéral standardisé dont on doive tirer des conclusions particulières²⁶ ». Il s'agit là, à notre avis, d'une illustration flagrante de l'absence de théorie fédérative dans la jurisprudence de la Cour suprême.

Bien qu'il existe à l'échelle mondiale de nombreuses formes de matérialisation du principe fédératif, il se dégage tout de même certaines caractéristiques juridiques et institutionnelles essentielles qui font que les fédérations se distinguent fondamentalement des États unitaires. Au cœur du principe fédératif se trouve l'exigence d'un partage de la fonction législative entre deux ordres de gouvernement autonomes ou non subordonnés entre eux dans un certain nombre de matières réservées à leur pouvoir législatif exclusif. En affirmant que le fédéralisme n'implique aucun contenu normatif, la Cour suprême remet en cause la pertinence même de ce concept et laisse le soin aux juges, au gré des conjonctures et de leur bon vouloir, de décider ce qu'il en est de ce principe.

24. S. CHOUDHRY et R. HOWSE, *loc. cit.*, note 7, 153 et 154.

25. *Renvoi sur le rapatriement*, précité, note 10, 805.

26. *Id.*, 806.

En somme, ce que prétendaient les provinces dans le renvoi était que les règles relatives au partage des compétences législatives, qui consacrent l'exclusivité de leurs pouvoirs législatifs en certaines matières, peuvent, à la lumière du principe fédératif et de ses corollaires essentiels, avoir certaines répercussions dans le domaine des relations extérieures au Canada. Il s'agissait donc de convaincre la plus haute cour canadienne d'adapter le texte constitutionnel, d'en permettre une certaine évolution, à l'aide du seul principe directeur de l'État canadien formellement couché dans son préambule comme dans son dispositif, le fédéralisme. Il est plutôt surprenant que la Cour suprême, qui faisait déjà du principe de l'interprétation évolutive et dynamique sa méthode d'interprétation privilégiée en matière constitutionnelle, ait refusé de l'appliquer dans cette affaire. Comme le soulignaient d'ailleurs les juges minoritaires quant à la question de la légalité du projet de rapatriement et de modification unilatéraux, l'affaire présentait de nombreuses similitudes avec l'*Affaire sur les conventions de travail*²⁷. Dans cet arrêt, le Comité judiciaire du Conseil privé, à qui plusieurs ont reproché d'avoir appliqué une méthode d'interprétation littérale et stricte qui aurait prétendument empêché l'adaptation du texte constitutionnel aux nouveaux besoins de la société canadienne²⁸, s'est justement référé aux corollaires fondamentaux du principe fédératif de façon à pourvoir à l'évolution du texte constitutionnel en ce qui a trait à la compétence relative à la mise en œuvre en droit interne des traités internationaux conclus par le Canada. Le Comité a jugé que le pouvoir législatif d'incorporer en droit interne le contenu normatif de ces traités est tributaire de la ou des matières dont traitent de telles conventions²⁹. Il est vrai par ailleurs que dans cet arrêt,

27. *A.-G. for Canada v. A.-G. for Ontario*, précité, note 9.

28. Ces critiques reprochaient plutôt essentiellement au Comité judiciaire de ne pas avoir fait évoluer la Constitution dans la direction qu'ils désiraient, c'est-à-dire vers une plus grande centralisation des pouvoirs. Voir notamment : V.C. MACDONALD, « Canada's Power to Perform Treaty Obligations », (1933) 11 *Can. Bar Rev.* 581, 664 ; V.C. MACDONALD, « Judicial Interpretation of the Canadian Constitution », (1935-36) 1 *Univ. of T. L. J.* 260 ; V.C. MACDONALD, « The Constitution in a Changing World », (1948) 26 *Can Bar Rev.* 21 ; W.P.M. KENNEDY, « Canada and the Judicial Committee of the Privy Council », (1941-42) 4 *Univ. of T. L. J.* 33 ; F.R., SCOTT, « The Consequences of the Privy Council Decisions », (1937) 15 *Can. Bar Rev.* 485.

29. L'extrait suivant de la décision est révélateur de l'esprit fédératif qui a animé le Comité judiciaire : « No one can doubt that this distribution [de pouvoirs] is one of the most essential conditions, probably the most essential condition, in inter-provincial compact to which the *British North America Act* gives effect [...] In other words, the Dominion cannot, merely by making promises to foreign countries, clothe itself with legislative authority inconsistent with the constitution which gave it birth [...] While the ship of state now sails on larger ventures and into foreign waters she still retains the water-tight compartments which are an essential part of her original structure ». *A.-G. for Canada v. A.-G. for Ontario*, précité, note 9, 351-354.

contrairement au *Renvoi sur le rapatriement*, le Comité judiciaire pouvait trouver prise sur une disposition qui traitait, bien que de façon tout à fait dépassée déjà à l'époque, du pouvoir de mise en œuvre en droit interne des traités internationaux conclus par l'Empire au nom du Canada³⁰. Il serait donc possible d'argumenter que le « vide » à combler dans l'*Affaire sur les conventions de travail* était plus restreint qu'il ne l'était dans le *Renvoi sur le rapatriement*.

Les juges dissidents, après avoir pris acte du préambule et fait une brève révision des décisions du Comité judiciaire relatives au statut constitutionnel des provinces au sein de la fédération canadienne, affirment ce qui suit :

Cette analyse indique que l'adoption de l'A.A.N.B. crée une constitution fédérale pour le Canada qui confie l'ensemble de la souveraineté canadienne au Parlement du Canada et aux législatures provinciales, chacun étant souverain dans sa propre sphère ainsi définie. On peut donc dire à bon droit que *le principe dominant du droit constitutionnel canadien est le fédéralisme. Les implications de ce principe sont claires. On ne devrait permettre à aucun ordre de gouvernement d'empiéter sur l'autre, que ce soit directement ou indirectement. Le compromis politique atteint par suite des conférences de Québec et de Londres avant l'adoption de l'A.A.N.B. disparaîtrait à moins qu'il y ait des limites efficaces et formelles à une action constitutionnelle.*

L'A.A.N.B. ne précise pas les moyens de déterminer la constitutionnalité de lois fédérales ou provinciales. Les tribunaux ont assumé et exécuté cette tâche et l'autorité suprême, conférée à l'origine au Comité judiciaire du Conseil privé, l'est depuis 1949 à cette Cour.

Dans l'exécution de cette fonction [...], les tribunaux ont eu la possibilité d'élaborer des principes juridiques fondés sur la *nécessité de préserver l'intégrité de la structure fédérale*³¹.

Ce qui frappe d'abord ici est le fait que les juges dissidents, contrairement à ceux de la majorité, attribuent un contenu normatif au principe fédératif et esquissent, par conséquent, les contours d'une théorie fédérative. Les « implications claires » du fédéralisme semblent donc être les suivantes : un partage des pouvoirs législatifs, l'autonomie de chacun des deux

30. *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 2, art. 132.

31. *Renvoi sur le rapatriement*, précité, note 10, 821 (J. Martland et Richie, dissidents) ; l'italique est de nous. Les juges dissidents réitèrent certains de ces éléments essentiels du fédéralisme dans leur conclusion (p. 847 et 848) : « Il est de l'essence même de la nature fédérale de la Constitution que le Parlement du Canada et les législatures des provinces aient des pouvoirs législatifs distincts [...] Les deux chambres du Parlement canadien revendiquent le pouvoir d'effectuer unilatéralement une modification de l'A.A.N.B. qu'elles désirent, y compris la réduction des pouvoirs législatifs provinciaux. Ceci attaque à la base l'ensemble du régime fédéral. »

ordres de gouvernement dans leurs matières de compétence respectives, la suprématie des règles répartitrices des compétences et l'existence d'un organe habilité à s'assurer leur respect, et ce, afin de « préserver l'intégrité de la structure fédérale ».

Ensuite, les juges dissidents attachent des effets normatifs au contexte historique et politique qui a présidé à l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ceux-ci considèrent en effet, et ce, contrairement aux juges de la majorité, que ce texte constitutionnel est d'abord et avant tout le fruit d'un « compromis politique » intervenu entre les représentants coloniaux de l'époque préfédérative, et que revient à la Cour suprême la tâche de s'assurer de son respect.

Les juges dissidents formulent ensuite la question suivante : « le gouvernement fédéral peut-il compenser son incompétence notoire d'empiéter sur les pouvoirs provinciaux en procédant par résolution pour obtenir une modification constitutionnelle qui serait adoptée sur ses instances par le Parlement du Royaume-Uni³² ? » Pour eux, la résolution fédérale en cause dans cette affaire n'était pas relative à une question de procédure interne, loin de là, mais avait bien pour objet de modifier la Constitution de façon à réduire les pouvoirs provinciaux, mettant ainsi en cause un des corollaires essentiels du principe fédératif, la suprématie des règles relatives au partage des compétences législatives. Les juges affirment donc qu'attribuer un tel pouvoir unilatéral au fédéral signifierait que, « depuis au plus tard 1931, les provinces ne doivent pas leur existence continue à leur pouvoir constitutionnel exprimé dans l'A.A.N.B., mais à la tolérance du Parlement fédéral³³ ».

Tout en reconnaissant que le rôle des tribunaux s'est généralement limité à interpréter et à appliquer les termes exprès du texte constitutionnel, les juges dissidents démontrent qu'ils ont parfois été appelés à combler ses silences, ses vides. Dans tous ces cas, remarquent-ils, la Cour suprême a rejeté la revendication de pouvoir qui porterait atteinte aux principes fondamentaux de la Constitution. Ainsi, pour les juges dissidents, la Cour peut avoir parfois recours aux principes fondamentaux de la Constitution afin de combler ses lacunes. Or le fédéralisme constitue un de ces principes fondamentaux. Nous verrons que les motifs des juges dissidents s'inscrivent en droite ligne avec le raisonnement qu'adoptera la Cour suprême, cette fois à l'unanimité, une quinzaine d'années plus tard dans le *Renvoi*

32. *Id.*, 824.

33. *Id.*, 840.

sur la sécession : elle sera alors prête à combler un large vide dans le texte constitutionnel, notamment à la lumière du principe sous-jacent du fédéralisme.

Alors que la majorité des juges de la Cour suprême a refusé de recourir au principe du fédéralisme aux fins de l'examen de la légalité du projet fédéral, elle l'a nommément invoqué à titre de principe justifiant l'existence d'une convention constitutionnelle requérant un degré appréciable de consentement provincial³⁴. Selon la Cour, la raison d'être³⁵ d'une telle convention est le principe fédéral. Or, elle affirme que « le principe fédéral est irréconciliable avec un état des affaires où l'action unilatérale des autorités fédérales peut entraîner la modification des pouvoirs législatifs provinciaux » et qu'admettre le contraire reviendrait à leur permettre d'obtenir par simple résolution ce qu'elles ne pourraient valablement accomplir par une loi³⁶. La Cour suprême semble donc admettre certaines implications nécessaires au principe fédératif, dont l'autonomie des provinces dans leurs champs de compétence et la suprématie des règles relatives au partage des compétences législatives. Par ailleurs, tout en admettant ces corollaires essentiels, elle en confine les effets à la dimension conventionnelle du droit constitutionnel. Pour la Cour suprême, l'acte unilatéral du Parlement fédéral est constitutionnel au sens légal, en vertu de la Constitution du Canada, mais inconstitutionnel au sens conventionnel, en raison du fédéralisme. La Cour suprême a donc accepté de palier le silence du texte constitutionnel quant aux règles devant présider à sa modification à l'aide du principe fédératif, en limitant toutefois les obligations constitutionnelles qui en découlent au domaine des conventions constitutionnelles. Faisons un peu de

34. Notons sur cette question la dissidence du juge en chef Laskin et des juges Estey et McIntyre. Ceux-ci, après avoir décidé de se limiter à l'examen de l'existence d'une convention constitutionnelle requérant le consentement *unanime* des provinces, affirment que reconnaître une telle convention serait méconnaître la nature particulière du fédéralisme canadien. Pour eux, cette nature particulière, qui découle de divers éléments institutionnels centralisateurs de la Constitution de 1867, prive de sa force l'argument du fédéralisme. Nous sommes d'avis que ces juges confondent ici la question de la distinction entre un État unitaire et une fédération et celle du caractère plus ou moins centralisé d'une fédération. Un État est fédératif ou il ne l'est pas ! Et s'il faut conclure qu'il y a fédération, qu'elle soit plutôt centralisée ou décentralisée, il faut nécessairement en faire découler certains corollaires juridiques essentiels.

35. S'appuyant sur la doctrine du professeur Jennings, la Cour suprême formule trois conditions à l'existence d'une convention constitutionnelle, à savoir qu'il doit exister un ou des précédents, que les acteurs doivent s'être sentis liés par une règle et que cette dernière doit avoir une raison d'être : *id.*, 888. Voir également le *Renvoi : opposition à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, 802.

36. *Id.*, 905, 906-908.

prospective et tentons d'imaginer quelle aurait été la conclusion de la Cour suprême quant à l'aspect juridique de la question posée en 1981, si elle avait rendu cette décision après le *Renvoi sur la sécession*.

1.2 La sécession du Québec

L'approche interprétative adoptée par la Cour suprême en 1998 tranche avec celle qu'elle avait privilégiée en 1981. Il faut dire qu'entre-temps, notamment dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques* et le *Renvoi sur les juges de la Cour provinciale*, la Cour a progressivement élargi la définition de la Constitution canadienne : celle-ci comprend désormais non seulement les divers textes écrits énumérés à l'article 52 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*³⁷, mais également divers principes implicites qui se trouvent au fondement même du système de gouvernement canadien.

L'approche positiviste de l'interprétation constitutionnelle adoptée par la Cour suprême dans le *Renvoi sur le rapatriement* avait fait en sorte qu'elle s'était limitée, en ce qui a trait à l'aspect légal des questions posées, à appliquer les règles qui trouvaient fondement dans le dispositif du texte constitutionnel. C'est précisément ce à quoi l'incitait le procureur général du Canada dans le *Renvoi sur la sécession*. Celui-ci plaidait notamment que la Cour devait, en vertu du principe de la primauté du droit, se limiter à appliquer la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui établit de façon expresse les règles relatives au processus de modification constitutionnelle. Étant donné que ces règles ne prévoient pas la possibilité pour une province de faire sécession du Canada, celle-ci serait donc inconstitutionnelle³⁸.

La Cour suprême, plutôt que de s'en tenir strictement au texte constitutionnel, a préféré articuler une vision normative plus large de l'ordre constitutionnel canadien en ayant recours à certains principes sous-jacents. Comme le font remarquer les professeurs Sujit Choudhry et Robert Howse, en règle générale, la légalité est suffisante pour assurer la légitimité dans les régimes démocratiques libéraux. Cependant, dans certaines circonstances exceptionnelles, ce lien fait défaut ; il faut donc se pencher directement sur

37. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11).

38. Pour une critique intéressante de la position défendue par le procureur général du Canada dans le *Renvoi sur la sécession*, voir : J. LECLAIR, « Impoverishment of the Law by the Law : A Critique of the Attorney General's Vision of the Rule of Law and the Federal Principle », (1998) 10 *Forum constitutionnel* 1.

la question de la légitimité³⁹. Il serait dès lors possible de prétendre que, lorsqu'il existe un tel déficit de légitimité, il revient au constituant de le combler en ayant recours au processus de modification constitutionnelle⁴⁰. La Cour suprême a plutôt décidé de définir le principe de la primauté du droit en relation avec le principe démocratique. Elle s'exprime en ces termes :

Pour être légitimes, les institutions démocratiques doivent reposer en définitive sur des fondations juridiques [...] Il est également vrai cependant qu'un système de gouvernement ne peut survivre par le seul respect du droit. Un système politique doit aussi avoir une légitimité, ce qui exige, dans notre culture politique, une interaction de la primauté du droit et du principe démocratique. *Le système doit pouvoir refléter les aspirations de la population.* Il y a plus encore. La légitimité de nos lois repose aussi sur un appel aux *valeurs morales dont beaucoup sont enchâssées dans notre structure constitutionnelle.* Ce serait une grave erreur d'assimiler la légitimité à la seule « volonté souveraine » ou à la seule règle de la majorité, à l'exclusion d'autres valeurs constitutionnelles⁴¹.

Une répudiation claire par les Québécois de l'ordre constitutionnel canadien démontrerait que ce dernier ne reflète plus leurs aspirations et, par conséquent, qu'il est en déficit important de légitimité. C'est en ayant recours à certaines « valeurs morales » enchâssées dans la structure constitutionnelle canadienne, plus particulièrement celles du fédéralisme et de la démocratie, que la Cour suprême a tenté de réconcilier légalité et légitimité dans le contexte de la question de la sécession du Québec du Canada : une obligation constitutionnelle réciproque de négocier. Comme l'écrit le professeur Jean Leclair, « understood this way, the rule of law is not opposed to legal pluralism, respect for diversity, or the granting of special status to certain groups, provided these options are presented, explained, defended in public, discussed and approved by the community, and intended to contribute to the vitality of society *as a whole*⁴² ».

En ce qui a trait plus précisément au fédéralisme, le *Renvoi sur la sécession* fournit un exposé relativement exhaustif du principe, tant sur le plan des valeurs qui en sous-tendent l'adoption comme principe directeur de l'État canadien qu'en ce qui concerne son contenu normatif ou juridique. Dans un premier temps, la Cour suprême affirme que les principes constitutionnels sous-jacents « ressortent de la compréhension du texte

39. S. CHOUDHRY et R. HOWSE, *loc. cit.*, note 7, 165. La Cour suprême affirme d'ailleurs que « dans notre tradition constitutionnelle légalité et légitimité sont liés » : *Renvoi sur la sécession*, précité, note 1, 240.

40. Le professeur P. MONAHAN, *loc. cit.*, note 7, est de cet avis.

41. *Renvoi sur la sécession*, précité, note 1, 256 ; l'italique est de nous.

42. J. LECLAIR, *loc. cit.*, note 38, 4.

constitutionnel lui-même, de son contexte historique et des diverses interprétations données par les tribunaux en matière constitutionnelle». Contrairement à ce qu'elle avait privilégié en 1981, la Cour est maintenant disposée à tenir compte du contexte historique qui a présidé à l'adoption du texte constitutionnel en vue d'y déceler certains principes qui en auraient constitué des fondations essentielles. Pour la Cour suprême, «le respect de ces principes est indispensable au processus permanent d'évolution et de développement de notre Constitution⁴³». La Cour affirme donc que les vides ou les silences du texte constitutionnel doivent être comblés à la lumière des principes qui ont présidé à son adoption. Nous sommes en accord avec elle sur ce point. Les régimes constitutionnels que se donnent les États doivent s'adapter aux conditions changeantes des sociétés qu'ils sont appelés à régir. Ce besoin d'évolution inhérent à tout texte constitutionnel ne fait pas de doute. La question qui se pose est plutôt celle de savoir dans quelle direction l'arrangement constitutionnel originaire doit évoluer. Parler d'évolution implique nécessairement un point de départ. Pour apprécier l'avancement ou l'évolution, il faut d'abord savoir et comprendre d'où vient le texte constitutionnel. Ainsi, la voie d'évolution qu'une constitution empruntera sera nécessairement tributaire des idées et valeurs qui ont présidé à son élaboration. Aussi, loin d'empêcher le texte constitutionnel d'évoluer, le recours aux principes fondateurs ne fait que permettre son adaptation en fonction des besoins nouveaux, tout en respectant la volonté des fondateurs quant à la nature profonde du régime constitutionnel : «le présent, c'est le passé d'où naît l'action, et le passé, c'est le présent livré à notre entendement⁴⁴».

Loin de restreindre le principe fédératif à ses seules émanations juridiques, c'est-à-dire, pour l'essentiel, aux règles relatives au partage des compétences législatives, la Cour suprême se réfère aux valeurs qui ont présidé à son choix à titre de principe directeur de la nouvelle constitution : «le fédéralisme était la structure politique qui permettrait de concilier unité et diversité» et constituait ainsi «la réponse juridique aux réalités politiques et culturelles qui existaient à l'époque de la Confédération et qui existent toujours aujourd'hui»⁴⁵. Le fédéralisme engendre en effet la création d'une

43. *Renvoi sur la sécession*, précité, note 1, 248.

44. W. DURANT, *The Lessons of History*, New York, Simon and Schuster, 1968, p. 12, cité et traduit dans W. KOERNER, *Les fondements du fédéralisme canadien*, Ottawa, Service de recherche, Bibliothèque du Parlement, Étude générale, Division des affaires politiques et sociales, 1988, p. 2.

45. *Renvoi sur la sécession*, précité, note 1, 244-245. Comme le soulignait le professeur Jean Leclair, la Cour suprême a reconnu, dans le *Renvoi sur la sécession*, le besoin de tenir compte de la spécificité du Québec dans la fédération canadienne pour interpréter le

structure politique et juridique qui peut servir non simplement à accommoder les différences culturelles, mais encore à procurer les instruments juridiques nécessaires à l'expression des identités culturelles profondes, des identités culturelles nationales enracinées au sein d'une même collectivité étatique. Les colonies, au-delà de leur désir de s'unir quant à certaines matières d'intérêt commun et de créer une nouvelle nationalité politique⁴⁶, voulaient également survivre comme unités politiques autonomes : « leur volonté d'union ne va pas jusqu'à l'acceptation du suicide de leur part ; tout en consentant à l'union, elles ne rejettent pas moins l'uniformité⁴⁷ ». Le fédéralisme résulte donc de la rencontre de facteurs qui poussent à l'union et de facteurs qui militent en faveur de l'indépendance. Parmi ces derniers, celui qui a été déterminant dans le choix du principe fédératif comme fondement de la nouvelle constitution a été sans contredit la présence très majoritaire au Québec d'un groupe national différent, solidement installé depuis plus de deux siècles et aspirant à conserver et à développer son autonomie politique par la possession de son propre gouvernement à qui seraient confiées toutes les matières liées à son identité culturelle.

La valeur de la diversité trouve son expression juridique première dans les règles relatives au partage des compétences législatives et dans l'idée que les deux ordres de gouvernement sont pleinement autonomes dans l'exercice de ces compétences : « Le principe du fédéralisme est une reconnaissance de la diversité des composantes de la Confédération, de l'autonomie dont les gouvernement provinciaux disposent pour assurer le développement de leur société dans leurs propres sphères de compétence⁴⁸ ». La Cour suprême fait également état dans son jugement de l'exigence du caractère intouchable des règles répartitrices des compétences et du rôle qui revient aux tribunaux quant au respect de celles-ci⁴⁹.

principe fédératif, ce qu'elle avait refusé de faire une quinzaine d'années plus tôt dans le *Renvoi : opposition à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793 ; J. LECLAIR, « The Secession Reference : A Ruling in Search of a Nation », (2000) 34 *R.J.T.* 885, 887-888.

46. Voir notamment sur cette question : S. LASELVA, *The Moral Foundations of Canadian Federalism*, Montréal-Kingston, McGill-Queen's University Press, 1996 ; W.L. MORTON, *The Canadian Identity*, 2^e éd., Toronto, University of Toronto Press, 1972 ; D.V. SMILEY, *The Canadian Political Nationality*, Toronto, Publications Methuen, 1967.

47. K.C. WHEARE, *Federal Government*, 3^e éd., Londres, Oxford University Press, 1947, p. 40-43.

48. *Renvoi sur la sécession*, précité, note 1, 251.

49. *Id.*, 250 : la Cour affirme en effet que « dans un système fédéral de gouvernement comme le nôtre, le pouvoir politique est partagé entre deux ordres de gouvernement : le gouvernement fédéral, d'une part, et les provinces, de l'autre. La *Loi constitutionnelle de 1867* a attribué à chacun d'eux sa propre sphère de compétence [...] Il appartient aux tribunaux de « contrôler[r] les bornes de la souveraineté propre des deux gouvernements ». »

En somme, la Cour suprême élabore, dans le *Renvoi sur la sécession*, une théorie fédérative qui fait d'abord du principe fédératif un concept à la fois politique et juridique et, ensuite, un concept juridique impliquant un certain nombre de caractéristiques essentielles. Elle semble donc infirmer en bonne partie ce qu'elle avait affirmé à la majorité de ses membres en 1981, soit que le principe fédératif enchâssé dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'offre aucune indication particulière sur la nature d'un régime constitutionnel donné. Nous verrons cependant que cette saine théorisation politique et juridique du fédéralisme réalisée par la Cour suprême en 1998 ne s'est par ailleurs pas reflétée dans sa jurisprudence fédérative. En effet, la Cour suprême n'a pour l'essentiel eu recours dans ses raisonnements juridiques au principe fédératif qu'en cas d'absolue nécessité, c'est-à-dire lorsque les prescriptions constitutionnelles formelles n'étaient d'aucun secours à l'exercice de sa fonction judiciaire.

Selon le professeur Robin Elliot, la Cour suprême a discuté, notamment dans le *Renvoi sur la sécession*, du principe fédératif en mettant l'accent sur la diversité au détriment de l'unité⁵⁰. Il remarque cependant du même souffle qu'elle a plutôt fait l'inverse dans plusieurs autres décisions. D'après lui, la préférence du plus haut tribunal canadien pour la valeur de la diversité ou celle de l'unité dans sa jurisprudence mettant en cause le fédéralisme est tributaire de la menace qui pèse sur l'une ou l'autre de celles-ci. En ce sens, la préférence de la Cour suprême pour le thème de la diversité dans certaines de ces décisions ne doit pas être comprise comme une préférence générale, mais plutôt ainsi : « one that operates only or at least primarily in circumstances in which the value of diversity can be said to be placed seriously at risk ». Inversement, la valeur de l'unité sera favorisée lorsque « the integrity of Canada as a fully sovereign and independent nation state is at stake⁵¹ ». Pour le professeur, cette compréhension du principe fédératif pourrait expliquer pourquoi ce dernier ou son corollaire, l'autonomie provinciale, sont rarement invoqués par la Cour suprême dans des litiges mettant en cause les règles relatives au partage des compétences

50. R. ELLIOT, *loc. cit.*, note 7, 100.

51. *Id.*, 104 et 107. Outre certains arrêts du Comité judiciaire du Conseil privé de Londres, le professeur cite les arrêts suivants de la Cour suprême pour illustrer son propos : *Avis sur la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373 ; *Avis sur la compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54 ; *Renvoi sur le rapatriement*, précité, note 10 (partie conventionnelle de la question posée) (décisions dans lesquelles la valeur de la diversité aurait été préférée à celle de l'unité) ; *Renvoi sur le rapatriement*, précité, note 10 (partie légale de la question posée) (décision dans laquelle la valeur de l'unité aurait été préférée à celle de l'unité).

législatives entre les deux ordres de gouvernement, la valeur de la diversité n'étant pas considérée par les tribunaux comme sérieusement en danger dans ces affaires⁵². C'est ici que le bât blesse, car le partage des compétences législatives n'est-il pas en fait au cœur du principe fédératif, l'expression juridique des deux valeurs qui en sous-tendent l'adoption, soit l'unité et la diversité ? À notre avis, c'est précisément en matière de jurisprudence fédérative que plane la plus grande menace, quoique plus diffuse et plus difficilement saisissable, sur la valeur de la diversité.

Le professeur Elliot mentionne également dans son article deux façons de réconcilier les deux groupes de décisions, c'est-à-dire celles qui favorisent la diversité et celles qui préfèrent l'unité : soit faire de l'intégrité du Canada en tant qu'État-nation pleinement souverain et indépendant un principe sous-jacent distinct du principe fédératif qui viendrait en contrebalancer les effets ; soit incorporer l'idée d'intégrité de l'État canadien au sein du principe fédératif. Après avoir indiqué qu'aucune des deux solutions n'était nécessairement la bonne, le professeur marque tout de même sa préférence pour la première. À ses yeux, « there is something distinctly anomalous about a constitutional principle that points in two different directions (albeit perhaps in different circumstances) »⁵³.

Quant à nous, notre préférence est clairement en faveur de la seconde option, et nous ne prétendons pas innover à cet égard : le fédéralisme est un processus politique et juridique d'adaptation perpétuelle oscillant entre deux besoins, l'unité et la diversité, entre la centralisation et la décentralisation du pouvoir. Il s'agit donc d'un principe qui, en lui-même, renferme une contradiction, une tension perpétuelle entre deux directions ou désirs de prime abord opposés. Alexis de Tocqueville exprimait en ces termes la complexité inhérente au fédéralisme :

Parmi les vices inhérents à tout système fédéral, le plus visible de tous est la complication des moyens qu'il emploie. Ce système met nécessairement en présence deux souverainetés. Le législateur parvient à rendre les mouvements de ces deux souverainetés aussi simples et aussi égaux que possible, et peut les renfermer toutes les deux dans des sphères d'action nettement tracées ; mais il ne saurait faire qu'il n'y en ait qu'une, ni empêcher qu'elles ne se touchent en quelque endroit. Le système fédéral repose donc, quoi qu'on fasse, sur une théorie compliquée, dont l'application exige, dans les gouvernés, un usage journalier des lumières de leur raison⁵⁴.

52. *Id.*, note 146.

53. *Id.*, 107.

54. A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, t. 1, Paris, Gallimard, 1961, p. 253, cité dans J. LECLAIR, *loc. cit.*, note 6, 412.

Le principe d'autonomie, corollaire du principe fédératif, ne doit donc pas être réduit à l'idée d'autonomie provinciale. Cette identification n'a pas de raison d'être théorique⁵⁵. Le principe d'autonomie fait plutôt référence à cet impératif qu'en régime fédératif chacun des paliers de gouvernement doit jouir d'une liberté d'action dans des matières réservées à sa compétence exclusive. En ce sens, la valeur de l'unité sera pour l'essentiel préservée si le palier de gouvernement fédéral peut exercer ses compétences législatives sans interférences significatives des gouvernements provinciaux, et vice versa en ce qui a trait à la valeur de la diversité.

1.3 Les relations interprovinciales

Le fédéralisme est une forme d'aménagement du pouvoir étatique qui répond à un double besoin : celui d'unité et celui de diversité. Il constitue une réponse singulière au jeu de la centralisation et de la décentralisation du pouvoir. Ainsi, l'adoption d'un régime fédératif résultera de la rencontre et de l'opposition de facteurs agrégatifs, c'est-à-dire de facteurs poussant les entités à s'unir, et de facteurs ségrégatifs, soit de facteurs militant en faveur d'une certaine séparation ou autonomie. Or nous verrons que la Cour suprême a nommément invoqué le fédéralisme dans des contextes où elle était appelée à combler des vides du texte constitutionnel en mettant l'accent sur les facteurs d'union, c'est-à-dire les facteurs ayant poussé les colonies originaires à s'unir pour certaines fins communes au sein d'une fédération.

La Cour suprême invoque de façon expresse le fédéralisme dans des décisions portant sur les règles de courtoisie qui doivent guider les relations entre les provinces canadiennes. Plus particulièrement, la Cour traitait dans trois décisions du principe de la reconnaissance totale en vertu duquel les tribunaux d'une province ont l'obligation constitutionnelle de reconnaître les décisions des tribunaux d'une autre province. Ce principe n'aurait pour objet que de « donner effet au « désir » des provinces fondatrices « de s'unir en fédération pour former un seul et même dominion⁵⁶ ». C'est dans le *Renvoi relatif aux juges de la cour provinciale* que la Cour suprême, désirant examiner la façon dont les « vides » du texte constitutionnel avaient été comblés à l'aide du préambule dans le passé, liait le principe de la reconnaissance totale énoncé et appliqué dans les affaires *Hunt*

55. Il en va cependant autrement en pratique puisque, dans les régimes fédératifs, l'autonomie du palier de gouvernement fédéral, dans l'exercice de ses compétences législatives, n'est généralement pas menacée.

56. *Renvoi relatif aux juges de la cour provinciale*, précité, note 8, 70-71.

et *Morguard* au principe fédératif expressément prévu dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans l'affaire *Hunt*, le juge La Forest, qui s'exprimait au nom de la Cour, mettait en évidence divers éléments du texte constitutionnel pouvant fonder l'existence du principe de reconnaissance totale en droit constitutionnel canadien : il s'agissait de la citoyenneté commune, des droits des citoyens de se déplacer d'une province à l'autre, du marché commun créé par l'Union et de l'organisation essentiellement unitaire du système judiciaire canadien⁵⁷. Selon la Cour suprême, ces caractéristiques témoignent de « l'intention manifeste de la Constitution d'établir un seul et même pays⁵⁸ ». La Cour suprême a récemment eu l'occasion de réaffirmer l'existence des règles de courtoisie qui doivent guider les relations entre les membres d'un État fédératif dans l'affaire *Star Aerospace ltée*, où n'était cependant pas en cause la reconnaissance de jugements d'une autre province, mais plutôt la compétence d'un tribunal canadien dans un contexte de droit international privé⁵⁹.

À la lumière de ces quelques décisions, nous constatons que la plus haute cour canadienne considère que le fédéralisme implique certains principes juridiques liés à la volonté des collectivités originaires de créer une nouvelle nationalité, un nouveau pays. Parmi les facteurs militant en faveur d'une union se trouve, selon la Cour suprême, l'idée de citoyenneté commune, à laquelle elle rattache notamment les règles de courtoisie qui doivent guider les relations entre les membres de l'État fédératif. Cette considération de la Cour suprême pour les facteurs agrégatifs dans certaines décisions dans lesquelles elle invoque nommément le principe fédératif ne s'exprime pas ou très peu en ce qui a trait aux facteurs ségrégatifs, c'est-à-dire relativement aux facteurs militant plutôt en faveur d'une certaine séparation entre les collectivités, d'une certaine autonomie. Pourtant, c'est la présence de ces facteurs qui justifie l'adoption d'un système fédératif de gouvernement plutôt qu'unitaire. La seule présence de facteurs en faveur d'une union commanderait en effet plutôt l'adoption de ce dernier. Or nous verrons que, outre les arrêts rendus dans les renvois relatifs au projet de rapatriement et à la sécession du Québec dont nous avons déjà traité, la Cour suprême invoque nommément le fédéralisme en mettant l'accent sur l'autonomie des entités fédérées à deux reprises seulement : sous la plume des juges dissidents dans l'affaire *Crown Zellerbach* relative à la théorie de

57. *Hunt c. T & N LPC*, [1993] 4 R.C.S. 289, 322.

58. *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, 1099, cité dans le *Renvoi relatif aux juges de la cour provinciale*, précité, note 8, 70.

59. *Star Aerospace ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] R.C.S. 78, par. 51-54.

l'intérêt national et dans le *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada*⁶⁰ pour rejeter cet argument en ce qui a trait au pouvoir fédéral de dépenser.

1.4 Le pouvoir fédéral de dépenser

Le pouvoir de dépenser n'est pas expressément prévu dans la Constitution canadienne. Il désigne la faculté que possède un ordre de gouvernement de « dépenser de l'argent en des matières qui relèvent de l'autre ordre de gouvernement, dans la mesure où, ce faisant, il ne légifère pas relativement à ces matières, ne les réglemente pas, ne les régit pas⁶¹ ». Dans le *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada* était en cause une loi fédérale qui avait pour objet de diminuer la contribution du gouvernement fédéral au *Régime d'assistance publique du Canada*. Cette loi modifiait unilatéralement les conditions du Régime en vertu duquel le gouvernement fédéral s'engageait à participer à égalité de parts au financement des programmes provinciaux en matière de services sociaux et d'assistance publique. La Cour suprême a rejeté à l'unanimité la prétention du gouvernement du Manitoba, intervenant dans le Renvoi, voulant que la *Loi sur les compressions des dépenses publiques*⁶² avait pour objet de réglementer les domaines de compétence provinciale relatifs à la propriété et aux droits civils et aux affaires de nature locale. Selon la Cour, « de simples « répercussions », prises isolément, ne sont manifestement pas suffisantes pour conclure qu'une loi empiète sur la compétence de l'autre palier de gouvernement ». La Cour écarta également l'argument de la province selon lequel le principe essentiel du fédéralisme exigeait la protection de l'autonomie des provinces dans l'exercice de leurs compétences législatives, donc la surveillance par les tribunaux du pouvoir du gouvernement fédéral de dépenser de façon conditionnelle dans les domaines de compétence provinciale. Pour la Cour, l'exercice du pouvoir de dépenser ne peut constituer un sujet distinct de contrôle judiciaire : « si une loi n'est ni inconstitutionnelle ni contraire à la *Charte canadienne des droits et libertés*, les tribunaux n'ont nullement compétence pour surveiller l'exercice du pouvoir législatif⁶³ ». Bien qu'il ne s'agisse que d'un *obiter dictum* de la Cour suprême et que, en pure théorie, celle-ci puisse toujours faire marche arrière

60. *R. c. Crown Zellerbach Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401 ; *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada*, [1991] 2 R.C.S. 525.

61. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 20, p. 431.

62. *Loi sur les compressions des dépenses publiques*, L.C. 1991, c. 9.

63. *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada*, précité, note 60, 566-567.

sur la question du pouvoir de dépenser du fédéral, il n'en reste pas moins, à notre avis, que les possibilités d'un tel volte-face demeurent extrêmement minces.

L'attitude de la plus haute cour canadienne à l'égard du pouvoir de dépenser du fédéral peut être qualifiée de « politique du laisser-faire⁶⁴ ». En effet, la Cour suprême est d'avis qu'une dépense conditionnelle dans un champ de compétence provinciale ne peut être assimilée à un acte normatif formel. Certes, dépenser n'équivaut pas en soi à légiférer. Cependant, une dépense conditionnelle au respect de certaines normes nationales peut constituer, de la part des autorités fédérales, une tentative de faire indirectement ce qu'elles ne peuvent faire directement, soit légiférer dans un domaine qui relève de la compétence de l'ordre de gouvernement provincial. Or c'est précisément aux tribunaux que revient la tâche de déterminer, aux fins de la question de la validité constitutionnelle, le caractère véritable des lois contestées. Dans cette décision, la Cour suprême a donc expressément refusé d'utiliser le principe fédératif afin de limiter l'exercice du pouvoir de dépenser du fédéral dans des matières de compétence provinciale, pouvoir qui heurte de front un de ses corollaires essentiels, soit l'autonomie des provinces dans leurs champs de compétence exclusive. L'exercice de ce pouvoir est ce qui, présentement, menace le plus directement l'équilibre fédératif au Canada.

Nous avons pu constater que le principe fédératif a sans aucun doute occupé une place significative dans la jurisprudence de la Cour suprême lorsqu'il s'agissait pour cette dernière de répondre à des questions mettant en cause de façon fondamentale, dans le *Renvoi sur le rapatriement*, le pouvoir constituant au Canada, et dans le *Renvoi sur la sécession*, l'intégrité de l'État canadien. De principe dont les effets étaient essentiellement limités à la sphère conventionnelle du droit constitutionnel en 1981, le fédéralisme a clairement acquis le statut de principe constitutionnel sous-jacent à la Constitution canadienne en 1998. C'est à ce titre qu'il a été utilisé par la Cour suprême pour combler les « vides » des dispositions constitutionnelles expresses. Nous avons également observé que le fédéralisme a servi à établir le principe de la reconnaissance totale des décisions des tribunaux d'une autre province, mais qu'il a été écarté lorsque était en cause le principe d'autonomie des provinces dans le contexte de l'exercice du pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral dans des matières de leur compétence.

64. V. LOUNGNARATH, *loc. cit.*, note 6, 1031.

Nous verrons dans la prochaine partie que le principe fédératif a aussi été invoqué par la Cour suprême dans un certain nombre d'autres décisions. Cependant, il n'a pas essentiellement été utilisé par cette dernière en vue de l'aider dans sa tâche d'interprétation des dispositions du texte constitutionnel, plus particulièrement dans l'interprétation et la mise en œuvre des règles relatives au partage des compétences législatives, et, dans les rares cas où il l'a été, c'était généralement dans des contextes où la Cour suprême était appelée à mettre l'accent sur la valeur de l'unité plutôt que sur la diversité.

2 Le fédéralisme et l'interprétation du texte constitutionnel

Dans les litiges relatifs au partage des compétences législatives entre les deux ordres de gouvernement, le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres, dernier tribunal d'appel pour les affaires canadiennes jusqu'en 1949, a cherché à donner effet au principe fédératif, seul principe d'interprétation expressément enchâssé dans la Constitution de 1867. Pour ce faire, il a travaillé à maintenir un certain équilibre entre les pouvoirs législatifs dévolus à chacun des deux ordres de gouvernement en protégeant la sphère d'autonomie de chacun d'eux dans leurs champs de compétence respectifs. Il donnait ainsi pleinement effet au principe qui se trouve au cœur du texte constitutionnel de 1867 et de l'esprit qui a présidé à son adoption⁶⁵.

Devenue dernier tribunal d'appel en 1949, la Cour suprême du Canada a parfois expressément fait référence au fédéralisme afin de la guider dans sa tâche d'interprétation et de mise en œuvre du texte constitutionnel. Nous pouvons regrouper ces diverses décisions en deux catégories : les affaires relatives au partage des compétences législatives et celles qui mettent en cause la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶⁶.

65. Pour une étude de la jurisprudence du Comité judiciaire du Conseil privé relative au partage des compétences législatives, voir E. BROUILLET, *op. cit.*, note 6.

66. Nous ne traiterons pas ici des décisions dans lesquelles la Cour suprême a nommé invoqué le fédéralisme soit en guise d'introduction à l'exposé de la théorie de la validité constitutionnelle, soit à titre de référence très générale. Nous les citons tout de même ici à des fins statistiques. Voir en guise d'introduction à l'examen de la validité constitutionnelle : *Global Securities c. C.-B.*, [2000] 1 R.C.S. 494, 505 ; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, 1097-1098 ; *Starr c. Houlden*, [1990] 1 R.C.S. 1366, 1389 ; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, 998 ; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, 481 ; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, 333. Voir à titre de référence très générale : *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769, 802 ; *B.C. Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, 55 ; *New Brunswick Broadcasting Co. c. N.-É.*, précité, note 8, 375 (le principe du gouvernement responsable s'étend aux parlements provinciaux de la même manière qu'au Parlement fédéral) ; *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, 1183 ; *Ministre des finances du N.-B. c. Simpson-Sears*, [1982] 1 R.C.S. 14, 161.

2.1 Le partage des compétences législatives

L'État fédératif implique un partage de la souveraineté étatique, soit un partage de la fonction législative entre deux ordres de gouvernement. Cela constitue l'essence du principe fédératif. Chaque ordre de gouvernement doit être souverain, indépendant dans ses champs de compétence, autrement dit non subordonné d'aucune façon à l'autre palier législatif. C'est l'autonomie de chacun des deux paliers de gouvernement à l'égard de l'autre qui permet de distinguer les fédérations des États unitaires et des confédérations d'États⁶⁷.

Il existe, dans la jurisprudence et la doctrine canadiennes, deux conceptions différentes du partage des compétences législatives : la conception classique et la conception moderne. La première consiste dans l'idée que les pouvoirs conférés par les articles 91 et 92 constituent des « compartiments étanches⁶⁸ » et qu'il faut donc le plus possible éviter les chevauchements de compétence entre les deux ordres de gouvernement. La notion d'exclusivité des compétences législatives joue ici un rôle de premier plan. La méthode d'interprétation corrélative des dispositions relatives au partage des compétences s'inscrit dans cette conception. Cette méthode permet en effet de tracer une ligne de démarcation entre les divers titres de compétence fédérale et provinciale et participe, en ce sens, du principe

67. Dans les États unitaires, l'autonomie relativement importante dont bénéficient parfois les entités décentralisées dépend de la décision du législateur central, alors que c'est l'inverse dans le cas d'une confédération d'États. La généralisation du phénomène de décentralisation du pouvoir étatique, du moins au sein des États industriels, a amené certains observateurs à relativiser, voire critiquer la distinction entre l'État fédératif et l'État unitaire. Selon eux, il serait superflu et même inutile d'élaborer une définition générale de l'État fédératif, celui-ci n'étant qu'une notion empirique dépourvue de signification normative. Voir M. BOTHE, « Rapport final », dans ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT CONSTITUTIONNEL (AIDC), *Fédéralisme et décentralisation*, t. 2, Fribourg (Suisse), Éditions universitaires, 1987, p. 420 ; P. SALADIN, « Le pouvoir extérieur des unités décentralisées », dans ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT CONSTITUTIONNEL (AIDC), *id.*, p. 259. Nous sommes en désaccord avec ce point de vue. Certes, il existe de multiples formes de fédérations, de concrétisations du principe fédératif. Cependant, ce constat n'a pas pour effet d'annihiler la pertinence de l'élaboration d'une certaine définition de l'État fédératif. Tout effort de conceptualisation est porteur d'une dimension normative. Admettre le contraire équivaut à postuler l'inutilité même de construire des concepts afin de mieux s'expliquer la réalité qui nous entoure et de pouvoir se comprendre les uns les autres.

68. Cette expression est du Comité judiciaire du Conseil privé dans l'arrêt *A.-G. for Canada v. A.-G. for Ontario*, précité, note 9, 354, où Lord Atkin s'exprimait en ces termes : « while the ship of state now sails on larger ventures and into foreign waters she still retains the watertight compartments which are an essential part of her original structure ».

d'exclusivité des compétences législatives. L'expression « fédéralisme dualiste », par opposition au « fédéralisme coopératif », est parfois employée pour désigner le paradigme classique.

Dans la conception moderne du partage, le principe d'exclusivité est appliqué d'une façon plus faible en mettant l'accent sur le caractère véritable de la règle de droit, ce qui favorise ainsi l'existence de larges domaines de compétence concurrente⁶⁹. Ce faisant, comme l'écrit le professeur Fabien Gélinas, « la notion d'exclusivité est vidée de toute connotation relative à l'étanchéité des pouvoirs et veut simplement dire qu'une même matière ne saurait se retrouver dans les deux listes dressées aux articles 91 et 92⁷⁰ ». Lorsqu'une loi comporte plusieurs aspects, il faut déterminer l'aspect dominant qui devient alors la matière sur laquelle elle porte. Si le Parlement qui a adopté la loi est compétent relativement à cette matière, les effets incidents ou accessoires qu'elle peut produire sur des matières relevant de la compétence de l'autre ordre de gouvernement n'entachent pas sa validité constitutionnelle. Par contre, si l'importance des aspects provinciaux et fédéraux est comparable, la théorie du double aspect sera appliquée. Ainsi, cette dernière théorie et la doctrine des pouvoirs accessoires et du droit d'empiéter participent plutôt du paradigme moderne du partage des compétences. Les expressions « fédéralisme souple » ou « fédéralisme coopératif » sont souvent employées pour faire référence à cette conception moderne du partage.

En règle générale, la conception classique tend à favoriser le respect de l'autonomie des deux paliers de gouvernement dans l'exercice de leurs compétences législatives. Plus particulièrement, elle protège l'autonomie provinciale en limitant les chevauchements de lois conduisant à l'application de la règle de la prépondérance fédérale en cas de conflit. Il s'agira donc de réduire les « zones de contact⁷¹ » entre les deux paliers de

69. Le juge Dickson s'est fait le constant promoteur de cette conception du partage des compétences : K. SWINTON, « Dickson and Federalism : In Search of the Right Balance », (1991) 20 *Man. L. J.* 483 ; B. SCHWARTZ, « Dickson on Federalism : The First Principles of his Jurisprudence », (1991) 20 *Man. L. J.* 473.

70. F. GÉLINAS, « La doctrine des immunités interjuridictionnelles dans le partage des compétences : éléments de systématisation », (1994) 28 *R.J.T.* 507, 512.

71. J. BEETZ, « Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867 », dans P.-A. CRÉPEAU et C.B. MACPHERSON (dir.), *L'avenir du fédéralisme canadien*, Toronto, University of Toronto Press, 1966, p. 113, à la page 123. Par la suite nommé juge à la Cour suprême du Canada, l'ancien professeur continuera de se faire le constant défenseur d'une conception dualiste (classique) du fédéralisme canadien : K. SWINTON, *The Supreme Court and Canadian Federalism, The Laskin-Dickson Years*, Toronto, Carswell, 1990, p. 259 et suiv.

gouvernement. Nous verrons cependant que, dans certains cas, la conception moderne du partage des compétences pourra favoriser l'exercice des compétences provinciales⁷². En reconnaissant aux provinces le pouvoir de légiférer de façon concurrente avec le Parlement fédéral sur certains sujets, la conception moderne du partage tend à protéger l'équilibre des pouvoirs entre les deux ordres de gouvernement : du point de vue de l'autonomie des provinces, l'occupation d'un espace subordonné vaut en effet mieux que pas d'espace du tout⁷³.

L'analyse des quelques décisions de la Cour suprême dans lesquelles celle-ci invoque nommément le principe fédératif dans ses raisonnements en matière de partage des compétences révèle qu'elle a généralement opté pour une conception moderne de ce dernier. Par contre, la plus haute cour canadienne revient, à l'occasion, au paradigme classique, essentiellement lorsque ce dernier favorise l'exercice des compétences législatives du Parlement fédéral ou, inversement, lorsque l'application du paradigme moderne aurait pu favoriser l'exercice des compétences provinciales.

2.1.1 Une nette préférence pour le paradigme moderne

Dans plusieurs de ses arrêts, la Cour suprême emploie les expressions « fédéralisme souple » ou « fédéralisme coopératif » en mettant l'accent sur l'idée que le principe d'exclusivité des compétences législatives n'est pas absolu. L'affaire *SEFPO* est une des rares décisions dans lesquelles la Cour suprême s'exprime plutôt longuement sur le fédéralisme dans une affaire relative au partage des compétences législatives. Dans cette décision était en cause la validité constitutionnelle de dispositions provinciales ayant pour objet d'interdire aux fonctionnaires provinciaux d'exercer certaines activités politiques au niveau fédéral. Le juge en chef Dickson, dans des motifs séparés mais non contredits par les autres juges, présente un plaidoyer général en faveur d'une conception moderne du partage des compétences législatives. Selon lui, le principe d'exclusivité des compétences n'est pas « particulièrement impérieux » et ne représente pas « le courant dominant en matière constitutionnelle ». Au contraire, il est plutôt d'avis qu'historiquement, « le droit constitutionnel canadien a permis passable-

72. Pour une étude en profondeur des tenants et aboutissants des paradigmes classique et moderne du partage des compétences législatives et de leurs applications jurisprudentielles, voir B. RYDER, « The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism: Promoting Autonomy for the Provinces and First Nations », (1991) 36 *McGill L. J.* 308.

73. *Id.*, 351.

ment d'interaction et même de chevauchement en ce qui concerne les pouvoirs fédéraux et provinciaux », et cela, notamment par le développement de la règle du caractère véritable et du double aspect⁷⁴. Au surplus, le législateur fédéral « dispose toujours d'une arme puissante », selon le juge en chef Dickson, puisqu'il peut valablement légiférer, de façon accessoire à un de ces titres de compétence, et ainsi entraîner, par l'application de la règle de la prépondérance fédérale, l'inopérabilité de dispositions provinciales non désirées. Dans cette affaire, le juge en chef déclare les dispositions provinciales valides, ces dernières n'entrant en conflit avec aucune disposition fédérale et ne produisant que des effets accessoires sur le domaine des élections fédérales. L'intervention du gouvernement fédéral pour soutenir la validité de la loi provinciale a eu, au dire même du juge en chef Dickson, une certaine influence sur le raisonnement de la Cour suprême⁷⁵. Cependant, nous verrons que dans toutes les décisions de la Cour suprême dans lesquelles celle-ci invoque nommément le fédéralisme, à l'exception de cette dernière décision, l'application du paradigme moderne favorisait le palier de gouvernement fédéral.

La Cour suprême invoque le principe fédératif dans deux importants arrêts relatifs à la compétence fédérale en matière de droit criminel. Dans l'affaire *Hydro-Québec*, était en cause la validité constitutionnelle de dispositions de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*⁷⁶. En faveur de la validité de celles-ci, le gouvernement fédéral invoquait son pouvoir de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, plus précisément la doctrine de l'intérêt national, et sa compétence législative en matière de droit criminel⁷⁷. La majorité de la Cour rejette l'application de la doctrine de l'intérêt national au cas d'espèce et valide plutôt l'intervention législative fédérale en vertu de l'article 91 (27). C'est lorsqu'elle aborde l'argument relatif à l'application de la doctrine de l'intérêt national que la Cour suprême traite du fédéralisme. Selon elle, « décider qu'un sujet particulier est une question d'intérêt national fait en sorte que cette question relève de la compétence exclusive et prépondérante du Parlement et a manifestement une incidence sur *l'équilibre du fédéralisme canadien*⁷⁸ ». La Cour suprême juge que la protection de l'environnement

74. *SEFPO c. Ontario (P.G.)*, [1987] 2 R.C.S. 2, 17-18. Le critère du « caractère véritable » permet de préciser la matière sur laquelle porte la législation contestée en vue de déterminer sa validité constitutionnelle.

75. *Id.*, 19-20.

76. *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.R.C. 1985, c. 16 (4^e suppl.).

77. *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 2, art. 91 (paragraphe introductif) et art. 91 (27).

78. *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, 288 ; l'italique est de nous.

en général ne constitue pas une matière ayant le degré d'unicité requis pour être attribuée à la compétence législative exclusive du Parlement fédéral en vertu de la clause paix, ordre et bon gouvernement⁷⁹.

Cependant, la Cour suprême valide tout de même l'intervention législative fédérale et procède à la détermination du caractère véritable de la loi contestée d'une façon qui laisse croire à un éclatement de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Jusque-là, la Cour avait refusé de faire entrer sous ce titre de compétence des lois qui avaient essentiellement pour objet non pas d'interdire un acte, mais bien de le réglementer⁸⁰. En l'espèce, la majorité des juges considère que la loi fédérale a pour caractère véritable d'interdire la pollution de l'environnement, bien que l'ensemble de ses dispositions ait, selon nous, une forte dimension réglementaire⁸¹. Cet arrêt laisse présager une propension de la Cour à grandement relativiser l'une des deux conditions requises pour la qualification criminelle d'une loi aux fins du partage des compétences législatives, soit sa nature essentiellement prohibitive⁸².

La considération de la Cour suprême à l'égard de « l'équilibre du fédéralisme canadien » en ce qui a trait à l'utilisation de la doctrine de l'intérêt national ne s'est donc pas exprimée avec beaucoup de conviction lors de l'analyse de la portée de l'article 91 (27) et de la détermination du caractère

-
79. Il est intéressant de noter ici que la Cour suprême affirme que les critères qu'elle a établis pour l'application de la doctrine de l'intérêt national l'ont été dans les arrêts *Avis sur la Loi anti-inflation*, précité, note 51, et *R. c. Crown Zellerbach Ltd.*, précité, note 60. Selon nous, seule cette dernière décision dicte aujourd'hui ces critères. En effet, la saine rationalisation qu'en avait faite le juge Beetz pour la majorité de la Cour suprême dans la première décision a été écartée par une majorité des juges dans la seconde. D'abord, et ce, en totale contradiction avec la première décision, la Cour suprême énonce que la théorie de l'intérêt national peut s'appliquer (p. 432) « autant à de nouvelles matières qui n'existaient pas à l'époque de la Confédération qu'à des matières qui, bien qu'elles fussent à l'origine de nature locale ou privée dans une province, sont depuis devenues des matières d'intérêt national sans qu'il y ait situation d'urgence nationale ». Ensuite, la Cour suprême reprend le critère d'unicité qu'elle avait élaboré dans l'*Avis*, en l'assortissant cependant de la notion d'incapacité provinciale qui a pour effet d'en retirer à peu près toute efficacité comme rempart des compétences provinciales. Voir, au même effet, *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327.
80. Voir notamment : *Brasseries Labatt du Canada ltée c. P.G. du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914 ; *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49.
81. Les quatre juges dissidents étaient d'avis que la législation fédérale en cause avait essentiellement pour objet de réglementer, plutôt que d'interdire, la pollution de l'environnement et la déclarait par conséquent *ultra vires* du pouvoir du Parlement fédéral en matière de droit criminel.
82. Le second critère exige que la loi poursuive en plus un « objectif public légitime » : voir notamment *Scowby c. Glen Dinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, 237.

véritable de la loi contestée. La Cour suprême a de nouveau fait référence au concept d'équilibre du fédéralisme trois ans plus tard, toujours dans un contexte mettant en cause la compétence fédérale en matière de droit criminel.

Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, la Cour suprême validait cette loi fédérale en vertu de l'article 91 (27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Elle a estimé que celle-ci poursuivait un objectif de droit criminel valide, la sécurité publique, et que les interdictions et sanctions y prévues n'étaient pas essentiellement de nature réglementaire⁸³. À l'occasion de l'analyse du domaine d'application des titres de compétence invoqués par les parties⁸⁴, la Cour suprême réitère sa foi en la conception moderne du partage des compétences législatives :

[L]a détermination du chef de compétence duquel relève une loi particulière n'est pas une science exacte. Dans un système fédéral, chaque ordre de gouvernement peut s'attendre à ce que sa compétence soit touchée dans une certaine mesure par l'autre [...] Les lois se rapportant principalement à la compétence d'un ordre de gouvernement peuvent déborder, ou avoir des « effets secondaires », sur les champs de compétence de l'autre ordre de gouvernement. *C'est une question d'équilibre et de fédéralisme : aucun ordre de gouvernement n'est isolé de l'autre, ni ne peut usurper ses fonctions*⁸⁵.

Quelques pages plus loin, en réponse à l'argument de la province selon lequel la loi fédérale empiétait indûment sur les pouvoirs provinciaux et que « la confirmation qu'elle relève du droit criminel rompra l'équilibre du fédéralisme », et après avoir affirmé l'importance de la présence d'un « équilibre juste et fonctionnel » entre les deux ordres de gouvernement à titre de condition d'existence d'un État fédératif, la Cour suprême traite de la notion d'équilibre fédératif en se référant à la théorie du caractère véritable et des pouvoirs accessoires : « L'argument que la loi [...] rompt l'équilibre de la Confédération peut être considéré comme un argument selon lequel le caractère véritable de la loi, vu ses effets, n'a pas trait à la sécurité publique et donc à la compétence fédérale en matière criminelle, mais relève plutôt de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils⁸⁶ ». Pour notre part, nous croyons qu'un véritable « équilibre fédératif » ne saurait être atteint ni maintenu si ce concept intervient à cette étape du raisonnement en matière de partage des compétences législatives.

83. *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, [2000] 1 R.C.S. 783, 801-808.

84. En plus de la compétence fédérale relative au droit criminel, le procureur général du Canada invoquait également la doctrine de l'intérêt national. Le procureur général de l'Alberta, quant à lui, plaidait que la loi était relative à la propriété et aux droits civils (art. 92 (13)).

85. *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, précité, note 83, 802 ; l'italique est de nous.

86. *Id.*, 812-813.

Bien que la notion d'équilibre ne soit pas exempte de toute évaluation subjective, nous estimons qu'elle doit intervenir à l'étape même de l'analyse de l'étendue des divers titres de compétences législatives. C'est en effet à cette étape du raisonnement en matière de validité constitutionnelle que peut être remis en cause de façon beaucoup plus fondamentale l'équilibre qui doit exister entre les pouvoirs législatifs des deux ordres de gouvernement : une définition très large d'un titre de compétence fédérale entraîne nécessairement une réduction corrélative d'un autre titre de compétence. Or, plus un titre de compétence sera défini largement, plus il sera facile de conclure qu'une loi a pour caractère véritable une matière qui entre dans son domaine d'application. C'est pourquoi nous sommes d'avis que la Cour suprême fait fausse route en associant la notion d'équilibre à la question de la détermination du caractère véritable de la loi. Sa propension à diluer les conditions requises pour faire entrer une loi fédérale dans la compétence en matière criminelle comporte donc, selon nous, de sérieux risques à l'égard d'un sain équilibre fédératif. Il est d'ailleurs intéressant de noter que la Cour elle-même dit être sensible « à la crainte des gouvernements provinciaux qu'on donne à la compétence fédérale en matière criminelle une portée si grande qu'elle porterait atteinte à l'équilibre constitutionnel des pouvoirs », pour laconiquement conclure qu'elle ne pense pas que la loi en cause dans cette affaire comporte ce risque⁸⁷.

Dans la récente affaire *Ward*⁸⁸, la Cour suprême était appelée à se prononcer sur la constitutionnalité d'un règlement fédéral interdisant la vente de jeunes phoques à capuchon. S'agissait-il d'un règlement relatif aux pêcheries, donc relevant de la compétence du fédéral en vertu de l'article 91 (12), ou d'une réglementation ayant pour objet véritable le commerce local, donc entrant dans la compétence provinciale relative à la propriété et aux droits civils dans la province en vertu de l'article 92 (13) ? Dans un jugement unanime, la Cour suprême conclut à la validité du règlement fédéral. Dans son approche de l'étendue de chacun des titres de compétence en cause dans cette affaire, la Cour traite brièvement des deux principes qui doivent la guider : le principe de l'interprétation souple ou évolutive et le principe fédéral. Ce dernier, affirme-t-elle, commande une méthode d'interprétation corrélative des divers titres de compétence législative⁸⁹. Quant

87. *Id.*, 814-815.

88. *Ward c. Canada (P.G.)*, [2002] 1 R.C.S. 569.

89. *Id.*, 584 et 585 : la méthode d'interprétation corrélative ou dite de « modification mutuelle » veut que les titres de compétence s'interprètent les uns par rapport aux autres, de façon à ne pas conférer à l'un d'entre eux une portée si large qu'il aurait pour effet de priver de sens un autre titre de compétence.

à l'étendue de la compétence fédérale en matière de pêcheries, la Cour suprême opte pour la plus large des interprétations possible de l'article 91 (12), soit celle qui s'étend à toutes les mesures rattachées à l'atteinte des objectifs et à la mise en œuvre des politiques économiques liés aux pêcheries en tant que ressource (la théorie de la politique économique). Selon la Cour suprême, bien que le Parlement fédéral doive « respecter » la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils, « l'approche à adopter ne doit pas consister simplement à tracer une ligne de démarcation entre les compétences fédérale et provinciale selon qu'il est question de conservation ou de vente. Il s'agit plutôt de déterminer si la matière réglementée est essentiellement rattachée — liée de par son caractère véritable — à la compétence fédérale en matière de pêcheries ou à la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils⁹⁰ ».

Dans sa décision unanime, la Cour suprême applique la conception moderne du partage des compétences législatives en faveur du gouvernement fédéral par l'entremise de l'application de la doctrine du caractère véritable et des pouvoirs accessoires. Soulignons que l'issue de cette affaire dépendait en fait de l'interprétation de l'étendue de l'article 91 (12) que la Cour allait privilégier. C'est à cette étape du raisonnement en matière de validité constitutionnelle que se joue, pour l'essentiel, la partie de l'équilibre des pouvoirs entre les deux ordres de gouvernement, car l'interprétation très large d'un titre de compétence a nécessairement pour incidence de réduire corrélativement l'étendue d'un autre titre de compétence, dans la plupart des cas, celui de l'autre ordre de gouvernement.

La Cour suprême a également invoqué le principe fédératif dans deux décisions dans lesquelles étaient soulevées des questions d'applicabilité constitutionnelle. Dans la première, il s'agissait de déterminer si certaines ordonnances du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) s'appliquaient à Alberta Government Telephones, mandataire de la couronne provinciale. Dans un premier temps, la Cour conclut que cette entreprise, en raison de la nature extraprovinciale de certaines de ses activités, soit précisément ses services d'interurbains, et du caractère intégré de ces activités avec les activités de nature locale, est une entreprise relevant du Parlement fédéral en vertu de l'article 92 (10) a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁹¹. Ce n'est que dans un second temps, et afin de répondre à la question suivante, que la Cour suprême invoque le principe du fédéralisme : bien que cette entreprise relève de la compétence

90. *Id.*, 585, 590-591.

91. *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*, [1989] 2 R.C.S. 225.

législative du Parlement fédéral, peut-elle tout de même bénéficier de l'immunité de la Couronne en tant que mandataire de la couronne provinciale ?

Selon la majorité de la Cour suprême, « on aurait tort d'accepter une théorie de l'immunité constitutionnelle intergouvernementale ». Elle réaffirme alors la théorie du « caractère véritable » et celle des pouvoirs accessoires et rappelle que « le fédéralisme canadien a évolué de façon à tolérer à plusieurs égards le chevauchement des lois fédérales et provinciales »⁹². L'article 16 de la *Loi d'interprétation*⁹³ qui prévoit qu'aucun texte de loi ne lie la Couronne, « sauf dans la mesure y mentionnée ou prévue », concerne donc tant la Couronne fédérale que la Couronne provinciale : les lois fédérales sont applicables à la Couronne provinciale et à ses mandataires, tout comme à la Couronne fédérale, lorsque le Parlement fédéral en décide ainsi⁹⁴. En l'espèce, cependant, rien dans la *Loi sur les chemins de fer*⁹⁵ ne permettait de conclure qu'elle devait lier la Couronne. La Cour suprême estime donc que les ordonnances du CRTC ne s'appliquent pas à Alberta Government Telephones. Dans cet arrêt, l'adoption d'une conception moderne du partage des compétences a amené la Cour suprême à considérer que le Parlement fédéral peut lier tant la Couronne fédérale que la Couronne provinciale. Sa vision décloisonnée des deux ordres de gouvernement en faveur des autorités fédérales ne semble cependant pas s'appliquer dans le cas inverse, c'est-à-dire lorsqu'un parlement provincial cherche à lier la Couronne fédérale : la Cour suprême a alors plutôt tendance à considérer que cette dernière jouit d'une immunité absolue à l'encontre des lois provinciales⁹⁶.

Selon nous, il est révélateur que la Cour suprême ait souligné, en introduction à sa réponse à la première question soulevée dans ce pourvoi, relative à la qualification, aux fins de l'article 92 (10), de la nature locale ou interprovinciale de l'entreprise de communication, qu'aucune des parties ni aucun des intervenants dans cette affaire n'avait plaidé la théorie du double aspect voulant que les aspects provinciaux des services d'AGT

92. *Id.*, 275.

93. *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, c. I-23, aujourd'hui l'article 17.

94. La Cour suprême a retenu trois situations dans lesquelles il faut considérer que la Couronne provinciale est liée par une loi fédérale, soit lorsque cette loi le dit expressément, lorsqu'une telle intention manifeste découle du texte de la loi ou lorsque la loi serait privée de tout effet si le gouvernement n'était pas lié par celle-ci : *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*, précité, note 91, 270-275.

95. *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, c. R-2.

96. Voir *Alberta c. Commission canadienne des transports*, [1978] 1 R.C.S. 61 ; *P.G. du Québec et Keable c. P.G. du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218. Voir également H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 20, p. 708-710.

soient de compétence provinciale en vertu de l'article 92 (10) et les aspects fédéraux, de compétence fédérale en vertu de l'article 92 (10) a). C'est probablement que son insistance sur le caractère désirable de nombreux chevauchements dans le fonctionnement du fédéralisme canadien dans sa réponse à la seconde question concernant l'immunité de la Couronne aurait pu sembler contradictoire avec un rejet de la théorie du double aspect. Nous croyons cependant que, dans l'hypothèse où cet argument aurait été présenté, la Cour suprême aurait conclu par la négative. Ses références à ses décisions rendues dans les affaires *Capital Cities Communications* et *Régie des services publics*⁹⁷, dans lesquelles elle avait rejeté l'application de la théorie du double aspect en matière de câblodistribution en invoquant le principe d'exclusivité des compétences législatives, donnent de bonnes indications à cet égard⁹⁸.

Dans la seconde affaire, soit l'arrêt *Première Nation de Westbank c. B.C. Hydro*, dans laquelle n'étaient pas formellement en cause les règles relatives au partage des compétences législatives, la Cour suprême devait déterminer si l'article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui empêche un palier de gouvernement d'imposer des taxes sur les terres et propriétés de l'autre palier de gouvernement, empêchait la nation autochtone d'appliquer ses règlements d'évaluation et de taxation à B.C. Hydro, mandataire de la Couronne provinciale⁹⁹. Il s'agissait donc dans cette affaire d'une question d'applicabilité (ou d'immunité interjuridictionnelle) plutôt que d'une question de validité constitutionnelle. Après avoir conclu qu'elle est bel et bien en présence d'une « taxe », la Cour suprême s'emploie à analyser l'objet qui sous-tend l'article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

97. *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la Radio-télévision canadienne*, [1978] 2 R.C.S. 141 ; *Régie des services publics c. Dionne*, [1978] 2 R.C.S. 191. Dans ces deux arrêts, la majorité des juges de la Cour suprême a rejeté les prétentions du gouvernement du Québec et a refusé de scinder le domaine de la télévision par câble en aspects fédéral et provincial, soit la réception des ondes hertziennes et l'acheminement par câble du signal aux abonnés (tous des résidents de la province). Dans la dernière affaire, la majorité des juges de la Cour invoquait le principe d'exclusivité des compétences afin de justifier son rejet de la règle du double aspect (p. 197) : « Un partage de compétence constitutionnelle sur ce qui est, fonctionnellement, une combinaison de systèmes intimement liés de transmission et de réception de signaux de télévision, soit directement par ondes aériennes, soit par l'intermédiaire d'un réseau de câbles, prêterait à confusion et serait en outre étranger au principe de l'exclusivité de l'autorité législative, principe qui découle autant de la conception que la constitution est un instrument efficace et applicable, que d'une interprétation littérale de ces termes [l'italique est de nous]. » Notons dans ces deux décisions la dissidence des trois juges québécois.

98. *Alberta Government Telephones c. C.R.T.C.*, précité, note 91, 259.

99. *Première Nation de Westbank c. B.C. Hydro*, [1999] 3 R.C.S. 134.

C'est dans le contexte de cette analyse qu'elle traite nommément du principe fédératif. Selon la Cour, le fédéralisme est la valeur première que favorise cette disposition constitutionnelle, cette dernière permettant à chacun des ordres de gouvernement de jouir d'un « espace opérationnel pour gouverner sans intervention externe ». La Cour ajoute cependant que, bien que le fédéralisme exige une certaine séparation entre les paliers de gouvernement, celle-ci n'est pas absolue : « le système fédéral canadien est souple, et la Constitution ne crée pas d'« enclaves » autour des acteurs fédéraux et provinciaux ». C'est la raison pour laquelle, selon la Cour suprême, bien que chacun des deux ordres de gouvernement soit protégé contre la taxation de l'autre, ils ne le sont pas contre toutes les formes de redevances¹⁰⁰. B.C. Hydro étant mandataire de la Couronne, l'article 125 s'appliquait dans son cas, l'exemptant ainsi du paiement de taxes à la nation autochtone. En se référant à cette absence d'« enclaves » entre les deux ordres de gouvernement, la Cour suprême défend donc aussi dans cet arrêt une conception moderne du partage des compétences législatives.

Il semble donc bien établi que la Cour suprême favorise, en règle générale, une conception moderne du partage des compétences législatives, conception selon laquelle les chevauchements de compétence entre les deux ordres de gouvernement sont non seulement normaux en régime fédératif, mais doivent être favorisés. Pour les provinces, l'adoption de ce paradigme en matière de disputes fédératives peut leur porter préjudice étant donné la règle de la prépondérance fédérale qui s'applique en cas de conflit entre des lois provinciale et fédérale toutes deux valides. Par contre, dans certaines circonstances, nous verrons que la conception moderne peut être favorable à l'exercice des compétences législatives provinciales. Nous constaterons cependant que la Cour suprême, dans ces cas, applique plutôt de façon intégrale le principe d'exclusivité, marquant alors un retour en faveur de la conception classique du partage des compétences et de l'exercice des compétences législatives du Parlement fédéral.

2.1.2 Un retour sporadique au paradigme classique

En 1976, la Cour suprême élargit l'application du pouvoir d'urgence du Parlement fédéral dans le *Renvoi sur la Loi anti-inflation*¹⁰¹. Il ressort de cette décision que le pouvoir d'urgence peut s'exercer en temps de paix

100. *Id.*, 146-147.

101. *Supra*, note 51.

et que l'urgence peut être d'une nature purement économique¹⁰². Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer la validité constitutionnelle de la *Loi anti-inflation* qui instaurait un contrôle des prix et des salaires dans tout le Canada dans le but d'endiguer le taux d'inflation. Cette loi réglementait donc notamment des activités qui relevaient de la compétence exclusive des provinces relative à la propriété et aux droits civils. Au soutien de sa loi, le gouvernement fédéral plaidait principalement la théorie de l'intérêt national, car, selon lui, le problème de l'inflation transcendait les intérêts locaux, privés ou provinciaux et mettait en jeu « l'intérêt national sous un aspect vital¹⁰³ ». Ce n'est que de façon subsidiaire que le gouvernement fédéral invoquait son pouvoir d'urgence.

La majorité des juges de la Cour suprême a écarté l'application de la théorie de l'intérêt national et a choisi plutôt de valider l'application de la loi fédérale au secteur provincial sur la base du pouvoir d'urgence. Quant au premier moyen, le juge Beetz, à qui s'est ralliée sur ce point une majorité de cinq juges contre quatre, entreprend une rationalisation de la théorie en assortissant son utilisation de certaines conditions¹⁰⁴. Il se réfère alors explicitement au principe fédératif et affirme qu'une application débridée de la théorie de l'intérêt national pourrait rapidement entraîner la disparition des règles relatives au partage des compétences législatives, donc du « caractère fédéral » de la Constitution canadienne¹⁰⁵. C'est toutefois dans les motifs relatifs au pouvoir d'urgence que la majorité des juges de la Cour suprême laisse transparaître le plus clairement la philosophie qui l'anime en matière de disputes fédératives. Le juge en chef Laskin, en réponse à un argument voulant que l'inflation soit un sujet trop vaste pour être régi par une seule autorité et que, par conséquent, il soit préférable d'aborder le problème sous l'angle de la « coopération fédérale provinciale », soit en fonction des pouvoirs provinciaux et fédéraux énumérés aux articles 91 et

102. La jurisprudence du Comité judiciaire du Conseil privé, relative au pouvoir d'urgence, en avait limité l'application à des situations de nature à mettre en péril la vie nationale du Canada, c'est-à-dire à des situations d'urgence. Le Comité a toujours refusé d'appliquer cette théorie en dehors des périodes de guerre ou d'après-guerre. Il a cependant mentionné que d'autres menaces telles la famine et les épidémies pouvaient aussi fonder le recours à ce pouvoir extraordinaire du Parlement fédéral : voir notamment *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396, 412.

103. *Avis sur la Loi anti-inflation*, précité, note 51, 417.

104. *Id.*, 457-458 : le fédéral ne peut se prévaloir de la clause introductive de l'article 91 pour légiférer sur des matières d'intérêt national que si ces dernières sont circonscrites et ne se rattachent à aucune catégorie dévolue aux provinces. *A contrario*, il doit donc s'agir d'une matière nouvelle de nature indivisible.

105. *Id.*, 445.

92 respectivement, affirme ce qui suit : « Le fédéralisme coopératif peut résulter d'une absence de pouvoir législatif fédéral, mais il ne peut être invoqué pour le contester¹⁰⁶. » Ainsi, pour la majorité des juges de la plus haute cour canadienne, lorsqu'un chevauchement est le fait du palier de gouvernement fédéral, il faut l'accepter. Par ailleurs, lorsqu'il est plutôt le fait d'un gouvernement provincial, il convient de l'éviter. Le dicton « avoir deux poids, deux mesures » est celui qui nous vient tout naturellement en tête à la lecture de cette affirmation qui trouve application dans d'autres décisions de la Cour suprême dans lesquelles elle invoque nommément le fédéralisme.

La saine rationalisation de la doctrine de l'intérêt national réalisée par une majorité de juges dans le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation* a été écartée en 1988 dans l'affaire *Crown Zellerbach*. La Cour suprême a alors conclu à la majorité au caractère *intra vires* d'une loi fédérale prohibant le dépôt en mer de toute substance, y compris dans les eaux provinciales, en vertu du pouvoir du Parlement fédéral de légiférer sur des questions d'intérêt national. Ce faisant, elle acceptait d'appliquer cette théorie à un domaine législatif, la pollution marine, qui, de toute évidence, ne présentait pas le caractère d'unicité et d'indivisibilité requis. La création et l'application, dans cette affaire, du critère d'incapacité provinciale à titre d'élément permettant d'évaluer si une matière possède l'unicité et l'indivisibilité requises pour être attribuée au pouvoir général du Parlement fédéral ont sans doute joué un grand rôle dans la conclusion positive de la majorité de la Cour. Cette décision a fait l'objet d'une dissidence de trois juges. Ceux-ci ont considéré que d'attribuer le domaine de la pollution marine à la compétence exclusive du Parlement fédéral en vertu de la théorie de l'intérêt national aurait pour effet de dépouiller de son contenu la compétence législative provinciale « ou, à tout le moins, [de] réduire [leur] liberté d'action » et reviendrait à « sacrifier les principes du fédéralisme enchâssés dans la Constitution »¹⁰⁷. Les juges dissidents auraient donc donné effet dans cette affaire au corollaire essentiel du principe fédératif, l'autonomie des provinces dans leurs champs de compétence législative. Notons cependant que ceux-ci ont semblé attribuer une grande importance au fait que la loi fédérale contestée prohibait le dépôt de toute substance et non seulement de substances toxiques¹⁰⁸.

106. *Id.*, 421.

107. *R. c. Crown Zellerbach Ltd.*, précité, note 60, 452, 453 et 455.

108. *Id.*, 458-459.

La Cour suprême traite nommément du fédéralisme dans les affaires *Hauser* et *Wetmore*¹⁰⁹, deux arrêts relatifs à la compétence législative en matière d'administration de la justice. Il s'agissait essentiellement, dans ces deux affaires, de déterminer si la compétence législative des provinces en matière d'administration de la justice comprend l'administration de la justice criminelle. Plus précisément, la Cour suprême était appelée à se prononcer sur la validité constitutionnelle de dispositions qui autorisaient le procureur général du Canada à intenter et à diriger des poursuites pour des infractions à la *Loi sur les stupéfiants* (*Hauser*) et à la *Loi sur les aliments et drogues* (*Wetmore*), deux lois non incluses dans le *Code criminel*. La majorité des juges conclut dans les deux décisions à la validité constitutionnelle des dispositions fédérales. Dans l'affaire *Hauser*, elle adopte le raisonnement suivant : les deux ordres de gouvernement disposent de la compétence de mettre en œuvre les lois validement adoptées en vertu d'un de leurs titres de compétence¹¹⁰. Une exception à cette règle générale concerne les lois adoptées par le Parlement fédéral en vertu de sa compétence en matière criminelle prévue à l'article 91 (27). Dans ce cas, l'article 92 (14) confie aux provinces la responsabilité de la mise en œuvre. L'expression « administration de la justice » ne se limite pas à l'administration de la justice civile, mais elle comprend également l'administration de la justice en matière criminelle. Or, selon la Cour suprême, la *Loi sur les stupéfiants* n'a pas été adoptée par le Parlement fédéral en vertu de sa compétence en matière criminelle, mais plutôt en vertu de son pouvoir résiduaire. Donc, celui-ci disposait de la compétence législative relative à sa mise en œuvre. Il est intéressant de noter ici que la Cour ne fait pas entrer la loi dans la catégorie du droit criminel, malgré sa nature essentiellement prohibitive. Dans cette affaire, une interprétation plutôt restrictive de la portée de l'article 91 (27) servait bien la cause de la validité des dispositions fédérales.

C'est le juge Spence, dans des motifs concordants, qui a traité nommément du fédéralisme. Selon lui, le Parlement fédéral dispose de la compétence relative à la mise en œuvre de ses lois, même dans les cas où ces dernières sont adoptées en vertu de l'article 91 (27), puisqu'il « serait contraire au principe fondamental du fédéralisme de laisser aux autorités provinciales le contrôle exclusif sur l'application de ces lois et toute latitude pour décider quand et comment une loi doit être mise en application par des poursuites et contre qui les intenter. Si le domaine législatif relève d'une

109. *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984 ; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284.

110. Ce sont les provinces, en vertu de l'article 91 (15), et le fédéral, en vertu de l'article 91 (29).

des rubriques de l'article 91, le fédéral doit prendre la décision finale sur la politique administrative, les investigations et les poursuites¹¹¹. » Notons ici la forte dissidence des juges Dickson et Pratte qui concluent à la nature criminelle de la loi en cause, donc à l'invalidité des dispositions fédérales relatives à sa mise en œuvre. Paradoxalement, leur interprétation large de la portée de l'article 91 (27) permettait corrélativement d'attribuer à l'article 92 (14) un contenu significatif en matière criminelle et, ainsi, instaurait un équilibre fédératif plus sain entre ces deux titres de compétence que celui qui était privilégié par les juges majoritaires.

Dans l'affaire *Wetmore*, la Cour suprême, sous la plume du juge en chef Laskin, apporte quelques précisions au raisonnement qu'elle avait développé dans l'affaire *Hauser* et semble désormais remettre en cause l'idée voulant que la compétence relativement à la mise en œuvre des lois validement adoptées par le Parlement fédéral en vertu de l'article 91 (27) soit de la compétence exclusive des provinces en vertu de l'article 92 (14). Selon elle, il faut distinguer le droit criminel du *Code criminel*. Or, elle juge que « ce ne sont que les prescriptions du *Code* qui attribuent au procureur général d'une province le pouvoir de poursuivre¹¹². » Elle suggère donc que la mise en œuvre d'une loi fédérale adoptée en vertu de l'article 91 (27), mais qui ne ferait pas partie du *Code criminel* proprement dit, relèverait du Parlement fédéral et que le pouvoir législatif provincial pour la mise en œuvre du droit criminel ne résulterait que d'une habilitation législative fédérale. Elle conclut en conséquence à la validité des dispositions fédérales.

Le juge Dickson développe dans cette affaire une forte dissidence dans laquelle, contrairement à l'approche qu'il privilégie habituellement, il applique le principe d'interprétation corrélative, ou dite de modification mutuelle, qui s'inscrit plutôt dans la conception classique du partage des compétences¹¹³. Selon lui, il faut soustraire de la compétence du fédéral en matière criminelle la compétence provinciale en matière d'administration de la justice criminelle, cette façon de faire étant la seule qui permet aux deux articles visés de conserver un contenu significatif. Il se réfère alors aux considérations qui ont animé les concepteurs du régime dans ce partage des compétences en matière de justice criminelle et fait sien l'argument suivant du procureur de la Saskatchewan : « L'équilibre atteint entre

111. *R. c. Hauser*, précité, note 109, 1004.

112. *R. c. Wetmore*, précité, note 109, 287.

113. Dans la décision *R. c. Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56, 79-83, le juge Dickson, cette fois pour la majorité de la Cour suprême, a fait référence expressément au fédéralisme et a appliqué le principe d'interprétation corrélative à l'article 92 (14) et à l'article 100, pour conclure que la compétence de légiférer relativement aux pensions des juges des cours supérieures revient au Parlement fédéral.

les par. 91 (27) et 92 (14) de la *Loi constitutionnelle* est une manifestation de la confiance que les rédacteurs de la Constitution ont placée dans le fédéralisme coopératif comme moyen de résoudre une question qui est à la fois de dimension nationale [l'uniformité des lois et de la procédure criminelles] et d'intérêt local [administration criminelle souple et sensible aux conditions et aux besoins locaux]¹¹⁴. » L'expression « fédéralisme coopératif » est ici employée non pas au sens où elle est entendue généralement, c'est-à-dire en tant que conception du partage des compétences qui tend à favoriser les chevauchements entre les pouvoirs provinciaux et fédéraux, mais plutôt en référence à cet équilibre des responsabilités entre les deux paliers de gouvernement, en fonction de leurs besoins, que prévoit le texte constitutionnel lui-même. D'où l'importance, pour le juge Dickson, de protéger la sphère d'autonomie de chacun des ordres de gouvernement en cette matière. La forte croyance du juge Dickson en l'autonomie provinciale en matière d'administration de la justice criminelle¹¹⁵ n'est cependant pas partagée par la majorité.

En 1988, la Cour suprême rend une décision dans laquelle elle invoque le principe d'exclusivité des compétences législatives, donc la conception classique du partage des pouvoirs, afin de restreindre davantage le domaine d'application des lois provinciales¹¹⁶. Le principe de l'inapplicabilité des lois provinciales ou celui de l'immunité intergouvernementale est cette doctrine qui veut que des lois provinciales dont l'objet est valide ne puissent produire n'importe quel type d'effet sur des personnes ou des choses qui relèvent du Parlement fédéral. Il s'agit donc essentiellement d'empêcher que des lois provinciales produisent des effets qui touchent le cœur de ce qui relève de la responsabilité exclusive du palier de gouvernement fédéral¹¹⁷. Comme l'affirment les professeurs Henri Brun et Guy Tremblay, « l'inapplicabilité va à l'encontre du principe voulant que les lois provinciales valides peuvent toucher incidemment des matières fédérales¹¹⁸ », en

114. *Id.*, 307.

115. La préoccupation du juge Dickson pour l'autonomie des provinces en matière d'administration de la justice criminelle ne s'est toutefois pas fait sentir dans sa jurisprudence en matière de commerce, ni en ce qui a trait à l'exercice des pouvoirs généraux du Parlement fédéral : *General Motors of Canada c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641 ; *Renvoi sur la Loi anti-inflation*, précité, note 51 ; *R. c. Crown Zellerbach Ltd.*, précité, note 60. Pour une analyse de la jurisprudence du juge Dickson en matière de disputes fédératives, voir : K. SWINTON, *loc. cit.*, note 69 ; B. SCHWARTZ, *loc. cit.*, note 69.

116. *Bell Canada c. Québec (C.S.S.T.)*, [1988] 1 R.C.S. 749.

117. H. BRUN, *op. cit.*, note 6, p. 28. Voir également, sur cette question de la doctrine de l'inapplicabilité des lois provinciales, F. GÉLINAS, *loc. cit.*, note 70.

118. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 20, p. 464.

d'autres termes, à l'encontre de la conception moderne du partage des compétences législatives. Le juge Dickson, chaud partisan de la conception moderne du partage des compétences, en recommandait d'ailleurs une utilisation prudente¹¹⁹. Étant donné ses lourdes conséquences sur l'équilibre entre les pouvoirs respectifs de chacun des deux ordres de gouvernement, cette doctrine devrait en conséquence n'être appliquée que lorsque la loi entraîne des effets déterminants, entravants ou paralysants sur ce qui relève de l'autre parlement¹²⁰. Un tel raisonnement participe donc de la conception moderne du partage des compétences et est celui qui a d'ailleurs été appliqué de façon constante par le Comité judiciaire, puis par la Cour suprême jusqu'en 1988¹²¹.

Dans la décision *Bell Canada*, il s'agissait de savoir si certaines dispositions de la *Loi sur la santé et la sécurité au travail*¹²² relatives au retrait préventif de la femme enceinte s'appliquaient à l'entreprise fédérale. À cette occasion, la Cour suprême procède à une modification des principes constitutionnels jusque-là applicables et énonce qu'une loi provinciale ne pourra s'appliquer à une entreprise fédérale si elle touche à une partie essentielle ou à un élément vital de la gestion et de l'exploitation de cette entreprise¹²³. Contrairement au critère de la paralysie ou de l'entrave, en vertu duquel l'effet sur l'entreprise fédérale devait être déterminant pour conclure à l'inapplicabilité de la loi provinciale, le nouveau critère adopté par la Cour suprême n'exige que l'existence d'un simple effet, peu importe son importance, sur un élément essentiel de cette entreprise. Ce faisant, la

119. *SEFPO c. Ontario (P.G.)*, précité, note 74, 18-19.

120. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 20, p. 463-464.

121. *Great West Saddlery Company c. The King*, [1921] 2 A.C. 91, 100; *Campbell-Bennet c. Comstock Midwestern*, [1954] R.C.S. 207; *Commission du salaire minimum c. Bell Canada*, [1966] R.C.S. 767; *P.G. du Québec c. Kellogg's Co.*, [1978] 2 R.C.S. 211; *Construction Montcalm c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Four B Manufacturing c. United Garment Workers of America*, [1980] 1 R.C.S. 1031.

122. *Loi sur la santé et la sécurité au travail*, L.Q. 1979, c. 63 (aujourd'hui L.R.Q., c. S-2.1).

123. *Bell Canada c. Québec (C.S.S.T.)*, précité, note 116, 859-860. La Cour suprême a appliqué ce critère dans deux autres décisions rendues de façon concomitante à l'affaire *Bell Canada*, décisions dans lesquelles elle a conclu à l'inapplicabilité d'autres dispositions de lois provinciales relatives à la santé et à la sécurité au travail : *C.N. c. Courtois*, [1988] 1 R.C.S. 868 (inapplicabilité à une entreprise ferroviaire fédérale des dispositions provinciales relatives au pouvoir d'enquête de la Commission à la suite d'un accident du travail); *Alltrans Express Ltd. c. C.-B.*, [1988] 1 R.C.S. 897 (inapplicabilité à une entreprise fédérale de camionnage de dispositions provinciales concernant la réglementation des conditions de sécurité). Sur cette trilogie de la Cour suprême, voir Y. TARDIF, « L'applicabilité d'une loi provinciale sur la santé et la sécurité du travail à une entreprise fédérale », (1988) 48 *R. du B.* 702.

Cour favorise nettement le respect du principe d'exclusivité, donc la conception classique du partage des compétences.

La Cour suprême énonce d'abord la règle générale suivant laquelle « des ouvrages, [...] des choses, [...] des personnes, [...] qui relèvent de la compétence particulière et exclusive du Parlement, demeurent assujettis aux lois provinciales d'application générale, [...] pourvu toutefois que cet assujettissement n'ait pas pour conséquence que ces lois les atteignent dans ce qui constitue justement leur *spécificité fédérale*¹²⁴ ». Le juge Beetz offre ensuite, au nom d'un banc unanime, un plaidoyer en faveur d'un strict respect du principe de l'exclusivité des compétences, donc de l'adoption d'une conception classique du partage des pouvoirs¹²⁵. Selon lui, la théorie du double aspect peut être dangereuse pour le principe fédératif lui-même et doit en conséquence être appliquée avec prudence :

La raison d'être de cette prudence, c'est la désignation extrêmement large des compétences législatives exclusives énumérées aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et le risque d'unifier ces deux champs de compétences exclusives en un seul champ de compétences plus ou moins conjointes régies seulement par la règle de la suprématie des lois fédérales. *Rien ne pourrait contredire plus directement le principe fédéral qui sous-tend la constitution canadienne*¹²⁶.

Paradoxalement, comme le faisait remarquer bien à propos le professeur Bruce Ryder, tout en semblant être animée par le désir de protéger l'autonomie des provinces dans l'exercice de leurs compétences législatives, la Cour suprême consacre plutôt dans cet arrêt une limitation de la compétence provinciale en matière de relations de travail¹²⁷. Or, nous sommes d'avis que la Cour suprême a précisément interprété trop largement la compétence législative du Parlement fédéral sur les ouvrages et entreprises qui s'étendent au-delà des limites d'une province. Pour quel motif considère-t-elle que Bell Canada est une entreprise fédérale et, à ce titre, relève de la compétence fédérale en vertu des articles 91 (29) et 92 (10) a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*? C'est parce que Bell Canada exerce des activités de communication qui s'étendent au-delà des frontières provinciales. Nous pouvons donc affirmer que la « spécificité fédérale » de l'entreprise réside dans ses activités de communication. Il est par conséquent difficile

124. *Bell Canada c. Québec (C.S.S.T.)*, précité, note 116, 762 ; l'italique est de nous.

125. *Id.*, 844, où le juge Beetz affirme ce qui suit au nom de la Cour suprême : « Le fédéralisme oblige la plupart des personnes et des institutions à servir deux maîtres. Mais, à mon avis, il faut essayer de faire en sorte que cette double sujétion soit soufferte autant que possible dans des domaines distincts. »

126. *Id.*, 766 ; l'italique est de nous.

127. B. RYDER, *loc. cit.*, note 72, 339.

de voir comment une loi provinciale relative aux relations de travail puisse atteindre l'entreprise dans ce qui fait sa spécificité fédérale, à moins, bien sûr, qu'elle ne l'empêche de s'adonner efficacement aux activités qui font d'elle une entreprise fédérale. Nous croyons que la Loi québécoise sur la santé et la sécurité au travail, dont la validité n'était pas en cause, ne produisait dans cette affaire que des effets accessoires sur la compétence fédérale relative aux entreprises de communication¹²⁸.

La possibilité que la conception moderne du partage des compétences joue en faveur de l'autonomie des provinces a donc été écartée par la Cour suprême. La vision exclusive des compétences que véhicule depuis 1988 la plus haute cour canadienne en matière d'applicabilité constitutionnelle profite donc, uniquement et dans tous les cas, à la protection de l'exclusivité des compétences du Parlement fédéral.

La décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire *Ontario Hydro*¹²⁹ offre une belle illustration de son rejet du principe fédératif en tant que principe permettant d'interpréter le sens des dispositions constitutionnelles expresses. Dans cette décision, la majorité des juges a appliqué la conception classique du partage des compétences en faveur du fédéral, alors que les juges minoritaires ont plutôt adopté le paradigme moderne en faveur de l'ordre de gouvernement provincial. La Cour était appelée à décider si la législation provinciale relative aux relations de travail s'appliquait à une centrale nucléaire déclarée être à l'avantage général du Canada en vertu de l'article 92 (10) c) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce dernier permet au Parlement fédéral de déclarer que des ouvrages de nature locale, qui relèveraient donc normalement de la compétence législative provinciale en vertu de l'article 92 (10), sont à l'avantage général du Canada et relèvent donc désormais de sa compétence législative exclusive¹³⁰. La Cour suprême considère à la majorité que la compétence législative qu'acquiert

128. La Cour suprême a également nommé invoqué le fédéralisme dans l'affaire *Canadian Pioneer Management c. Conseil des relations de travail de la Saskatchewan*, [1980] 1 R.C.S. 433, 440, autre décision relative à l'applicabilité de lois provinciales en matière de relations de travail à une entreprise fédérale. La Cour suprême concluait à l'applicabilité desdites lois, *Canadian Pioneer Management* n'étant pas une banque. Dans ses motifs, elle se réfère à certaines conceptions désuètes des entreprises bancaires « fondées sur des coutumes anglaises qui n'ont pas subi l'influence du fédéralisme », faisant ici probablement référence à la distinction qui existe dans le partage des compétences entre les banques, qui relèvent du fédéral en vertu de l'article 91 (15), et les autres institutions financières, par exemple, les caisses populaires, qui sont de compétence provinciale.

129. *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, précité, note 79.

130. *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 2, art. 91 (29).

le Parlement fédéral sur un « ouvrage » déclaré à l'avantage général du Canada s'étend non seulement à ses parties matérielles et aux aspects de son exploitation qui ont pour effet de l'assujettir à la compétence fédérale (qui font que ce dernier est à l'avantage général du Canada), mais également aux relations de travail. Elle conclut donc à l'inapplicabilité de la loi provinciale et à l'application du *Code canadien du travail*¹³¹. Pour les juges minoritaires, la loi provinciale est applicable puisque le contrôle des relations de travail, contrairement à celui de la production d'énergie nucléaire et des questions de santé et de sécurité qui s'y rattachent, ne fait pas partie intégrante de l'intérêt fédéral dans les centrales nucléaires.

À l'appui de l'application de la loi provinciale, le procureur général de l'Ontario plaide que le pouvoir déclaratoire devait être interprété restrictivement de manière à le rendre le plus conforme possible au principe fédératif. La majorité de la Cour suprême, sous la plume du juge La Forest, rejette cet argument. Elle souligne d'abord la nature exceptionnelle de ce pouvoir en régime fédératif, celui-ci permettant au palier de gouvernement fédéral d'opérer de façon unilatérale et en sa faveur une modification aux règles relatives au partage des compétences. Cependant, selon la Cour, « la Constitution doit être interprétée telle qu'elle est et non conformément à des *notions abstraites de théoriciens*¹³² ». C'est qu'elle considère que la protection contre l'usage abusif de ce pouvoir fédéral n'est pas d'ordre juridique, mais d'ordre politique : « Cet argument [provincial] reflète une mauvaise compréhension des rôles respectifs du droit et de la politique à l'intérieur du fédéralisme spécifiquement canadien établi par la Constitution [...] Les tribunaux n'ont pas entrepris de définir comment il faudrait protéger ces vastes fondements politiques du fédéralisme canadien. La Constitution ne leur a pas confié ce mandat¹³³. »

Nous sommes en désaccord avec ce raisonnement de la Cour suprême. Le fédéralisme ne se résume pas à quelques « notions abstraites de théoriciens ». Il implique certains corollaires juridiques dont le respect doit être assuré par les tribunaux et, ultimement, par la Cour suprême. Or un de ces corollaires juridiques fondamentaux est le principe d'autonomie des paliers de gouvernement dans l'exercice de leurs compétences législatives, principe qui commande le respect d'un certain équilibre entre les pouvoirs législatifs des deux ordres de gouvernement. Ainsi, lorsqu'il existe plusieurs

131. *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1990, c. L.2 ; *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2.

132. *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, précité, note 79, 370 ; l'italique est de nous.

133. *Id.*, 371, 372 et 373.

interprétations possibles du sens à donner à une disposition constitutionnelle, la Cour suprême devrait favoriser celle qui est la plus compatible, la plus conforme à cet équilibre, donc au principe fédératif. Le pouvoir déclaratoire étant une exception à la règle générale de la compétence législative exclusive des provinces sur les ouvrages de nature locale, il aurait dû, selon nous, être interprété restrictivement de façon à ne faire entrer dans la compétence fédérale exclusive que les ouvrages proprement dits et les aspects de l'exploitation de cet ouvrage qui ont pour effet de l'assujettir à la compétence fédérale. C'est cette interprétation de l'article 92 (10) c) que les trois juges minoritaires ont d'ailleurs adoptée. Ces derniers, contrairement aux juges majoritaires dans cette affaire, prônent l'application de la conception moderne du partage des compétence :

Cette restriction [de la compétence du Parlement fédéral sur un ouvrage déclaré à l'avantage général du Canada] est [...] compatible avec la façon traditionnelle d'aborder les questions de partage des compétences, qui *consiste à établir un certain équilibre entre les compétences fédérales et les compétences provinciales par l'application de théories comme celles de la modification mutuelle, du double aspect et du caractère véritable*. La *Loi constitutionnelle de 1867* établit un régime fédéraliste de gouvernement pour le Canada et elle devrait être interprétée de façon à *empêcher les pouvoirs du Parlement ou d'une législature provinciale subsumant les pouvoirs de l'autre*¹³⁴.

Les juges dissidents font d'ailleurs remarquer que le Parlement fédéral pourrait, en exerçant valablement sa compétence sur un ouvrage déclaré être à l'avantage général du Canada, adopter des mesures législatives ayant des effets accessoires sur les relations de travail. Toute loi provinciale alors en conflit avec de telles dispositions deviendrait inopérante en raison de la règle de la prépondérance fédérale¹³⁵. Dans cette affaire relative au pouvoir déclaratoire du Parlement fédéral, l'application du paradigme moderne aurait favorisé le gouvernement provincial. La majorité des juges de la Cour suprême a plutôt choisi, et ce, à l'encontre de sa préférence générale, d'appliquer le paradigme classique. Dans certaines circonstances, nous sommes d'avis, à l'instar des juges minoritaires dans l'affaire *Ontario Hydro*, qu'un « empiétement nécessaire sur la compétence provinciale s'harmonise davantage avec les principes du fédéralisme que le fait de soustraire systématiquement les relations de travail à la compétence provinciale ¹³⁶ ». L'application du paradigme classique par les juges majoritaires a eu précisément ce dernier effet.

134. *Id.*, 403 ; l'italique est de nous.

135. *Id.*, 421 et 427.

136. *Id.*, 421.

La Cour suprême n'a donc pas saisi l'occasion qui lui était offerte d'étoffer sa théorie fédérative en utilisant le fédéralisme afin de la guider dans l'interprétation et la mise en œuvre des règles relatives au partage des compétences législatives. En couchant expressément le principe fédératif dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le constituant n'entendait-il pas précisément attribuer au fédéralisme un tel rôle interprétatif ?

Dans l'affaire *Husky Oil Operations Ltd.*, la Cour suprême a privilégié une conception classique du partage des compétences en faveur du Parlement fédéral, en concluant à l'inapplicabilité d'une loi provinciale qui empiète sur un domaine de compétence fédérale exclusive¹³⁷. La majorité des juges de la Cour suprême a conclu, bien qu'elle ait considéré qu'il n'existait pas de conflit relatif à l'ordre de priorité des créanciers, en cas de faillite, entre certaines dispositions d'une loi provinciale, ici *The Worker's Compensation Act, 1979*¹³⁸ de la Saskatchewan, et de la *Loi sur la faillite*¹³⁹ fédérale, à la non-application des dispositions provinciales en cas de faillite. La Cour en vient à cette conclusion, car, selon elle, il existe une différence entre, d'une part, une application simultanée de lois provinciale et fédérale en matière de compétence concurrente ou de chevauchements de lois, auquel cas il est alors question d'inopérabilité de la loi provinciale en cas de conflit et, d'autre part, un empiètement provincial sur un domaine de compétence fédérale exclusive, auquel cas il faudrait alors parler d'inapplicabilité de la loi provinciale. La faillite étant un domaine de compétence fédérale exclusive¹⁴⁰, la loi provinciale ne pouvait trouver application dans cette situation. Cette distinction ne semble fondée sur aucune décision antérieure et, comme le disait bien à propos le juge Iacobucci dans sa dissidence, la Cour suprême paraît confondre les « principes de la compétence et de la prépondérance », en assimilant les notions d'empiètement et de conflit. Cette décision de la majorité des juges de la Cour suprême est incompatible avec la conception moderne du partage des compétences qui veut qu'un ordre de gouvernement puisse, en légiférant en vertu d'un de ses titres de compétence, produire des effets incidents sur une matière qui relève de l'autre. Ce n'est que dans l'hypothèse d'un conflit entre ces effets accessoires provinciaux et la législation fédérale que les premiers céderont la place à la seconde. De plus, bien qu'elle semble vouloir régler le litige par l'entremise de la notion d'inapplicabilité, elle applique à

137. *Husky Oil Operation Ltd. c. M.R.N.*, [1995] 3 R.C.S. 453.

138. *The Worker's Compensation Act*, S.S. 1979, c. W-17.1.

139. *Loi sur la faillite*, L.R.C. 1985, c. B-3.

140. *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 2, art. 91 (21).

cette fin un critère élaboré en contexte de conflits de lois, donc d'« inopérabilité », soit celui du « code complet » ou du « champ occupé ¹⁴¹ ».

Cet arrêt a fait l'objet d'une forte dissidence de quatre juges, sous la plume du juge Iacobucci, qui optent nettement pour une conception moderne du partage en interprétant restrictivement la notion de conflit entraînant l'application de la règle de la prépondérance, par conséquent, à l'inopérabilité de la loi provinciale au profit de la loi fédérale. Il doit s'agir, selon la minorité, d'un « conflit évident », ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Les juges minoritaires rappellent d'abord la règle générale en matière de validité constitutionnelle voulant qu'une « loi provinciale constitutionnelle peut avoir un effet incident sur un domaine de compétence fédérale » et affirment, par conséquent, être « mal à l'aise avec la façon « étanche » d'aborder la loi fédérale en matière de faillite, que les intimés préconisent ». Selon eux, requérir « l'invalidation des lois provinciales qui ont une incidence quelconque sur le processus de faillite minerait la théorie du fédéralisme coopératif sur laquelle le Canada (plus particulièrement celui d'après-guerre) a été érigé ». Une interprétation restrictive de la notion de conflit permet à chacun des deux ordres de gouvernement, plus particulièrement aux provinces, « d'exercer autant d'activités que possible dans sa propre sphère de compétence ¹⁴² ». Malheureusement pour l'équilibre fédératif, cette avenue n'est pas celle qui a été choisie par la majorité des magistrats de la Cour suprême.

Le fédéralisme a finalement été invoqué par la Cour suprême dans une décision dans laquelle elle a privilégié une conception classique du partage des compétences cette fois en faveur des provinces. Dans le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, la majorité des juges de la Cour conclut à l'inapplicabilité d'une taxe fédérale au gaz naturel produit et exporté par le gouvernement albertain. Elle privilégie alors une interprétation corrélative de l'article 91 (3) et de l'article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui empêche un palier de gouvernement d'imposer des taxes sur les terres et propriétés de l'autre palier de gouvernement ¹⁴³. Selon la Cour, le fédéralisme implique que les revenus des provinces soient protégés « contre toute érosion par voie de taxation ¹⁴⁴ ». Le même principe fédératif a également été invoqué par les juges minoritaires qui ont conclu à l'application de la taxe fédérale au gaz exporté par la province. Ceux-ci ont d'abord considéré que la loi fédérale avait été adoptée par le Parlement fédéral non pas

141. *Husky Oil Operation Ltd. c. M.R.N.*, précité, note 137, par. 85.

142. *Id.*, 539.

143. *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004, 1067.

144. *Id.*, 1066.

en vertu de son pouvoir de taxation, mais plutôt essentiellement en vertu de sa compétence sur le commerce en général ou en vertu de son pouvoir de légiférer sur des questions d'intérêt national. Quant à ce dernier argument, les juges minoritaires sont d'avis que « la tentative de faire bénéficier également tout le pays des avantages économiques est une valeur essentielle d'un fédéralisme bien portant [...] Les ressources énergétiques et l'approvisionnement en énergie sont des questions qui, en raison de leurs répercussions internationales, transnationales et interprovinciales, intéressent tous les Canadiens¹⁴⁵. »

Le principe fédératif a donc été nommément invoqué par la Cour suprême à deux fins contraires dans la même décision : par la majorité pour insister sur la nécessaire séparation et autonomie des deux ordres de gouvernement relativement aux sources de revenus découlant de la disposition de leurs biens et propriétés, et par la minorité pour mettre l'accent sur la nécessité d'une unité en matière économique. Les forces contradictoires qui sont nécessairement à l'œuvre en contexte fédératif, soit les valeurs que sont la diversité et l'unité, ont toutes deux été utilisées dans cet arrêt. C'est dire la relative confusion qui semble régner au sein de la jurisprudence de la Cour suprême quant aux contextes dans lesquels elle doit privilégier l'une ou l'autre de ces valeurs.

En somme, nous pouvons d'abord conclure que le fédéralisme n'a été nommément invoqué que très rarement par la Cour suprême dans des litiges mettant en cause les règles relatives au partage des compétences législatives. Ce seul constat est, selon nous, de nature à inquiéter, le partage de l'exercice de la fonction législative entre des ordres de gouvernement autonomes étant au cœur même du principe fédératif. Ensuite, il ressort des décisions dans lesquelles la Cour suprême s'est référée expressément à ce principe que cette dernière n'a pas développé de vision cohérente de ce qu'il implique. Pour elle, le principe d'exclusivité des compétences n'est pas particulièrement « impérieux » et ne constitue pas le courant dominant en matière constitutionnelle. La vision dite moderne du partage des compétences législatives n'a cependant été appliquée par la Cour suprême, essentiellement, que lorsque les empiètements sur les matières relevant de la compétence de l'autre ordre de gouvernement étaient le fait du Parlement fédéral. Dans le cas inverse, la Cour a plutôt conclu à l'inapplicabilité ou à l'inopérabilité des lois provinciales, élargissant alors l'aire d'exclusivité des titres de compétence fédéraux au détriment de la plénitude des compétences provinciales.

145. *Id.*, 1042.

2.2 La Charte canadienne des droits et libertés

Dans son corpus jurisprudentiel relatif aux droits et libertés de la personne garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Cour suprême n'a fait référence expressément au fédéralisme que de façon très exceptionnelle. Ce constat peut paraître surprenant compte tenu des effets centralisateurs et uniformisateurs qu'entraîne nécessairement la mise en œuvre d'un instrument constitutionnel de protection des droits et libertés en contexte fédératif¹⁴⁶. En ce qui a trait au droit à l'égalité garanti par l'article 15 de la Charte, elle a eu nommément recours au principe fédératif afin d'établir essentiellement deux points : 1) les lois fédérales ne doivent pas nécessairement viser toutes les provinces, ni s'y appliquer de manière uniforme pour être conformes au droit à l'égalité ; 2) des différences entre des lois provinciales valides ne peuvent à elles seules constituer un fondement à l'invalidation de ces dernières en vertu de ce droit. La Cour suprême s'est aussi référée expressément au fédéralisme dans deux autres affaires, l'une mettant en cause la liberté de circulation interprovinciale garantie à l'article 6 (2) b) de la Charte, l'autre requérant l'application du test de raisonnabilité de son article premier.

Dans l'affaire *R. c. S. (S.)* était en cause la constitutionnalité d'une disposition de la *Loi sur les jeunes contrevenants* qui permet aux provinces d'avoir recours à des mesures de rechange à l'endroit d'un jeune à qui une infraction est imputée, plutôt qu'aux poursuites judiciaires prévues par

146. Voir sur la question des effets de la protection des droits sur le fédéralisme : J. WOEHRLING, « Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des États-Unis et du Canada », (2000) 46 *R.D. McGill* 21. Le professeur s'exprime comme suit quant aux effets uniformisateurs (p. 52 et 53) : « Un des objectifs du fédéralisme est de sauvegarder et de favoriser la diversité juridique, sociale et culturelle. L'autonomie des entités fédérées doit leur permettre, dans leurs domaines de compétence, de multiplier les solutions diverses aux problèmes posés à la société en tenant compte des valeurs culturelles propres à chaque collectivité politique régionale. Or, la protection des droits par les instruments constitutionnels et par les tribunaux a des effets uniformisateurs qui viennent contrecarrer la diversité politique, culturelle et sociale. La principale cause de cet effet d'uniformisation tient à la conception même de la nature de ces droits [...] considérés comme universels et transcendants (pré-politique), surtout lorsqu'il s'agit des droits individuels libéraux. » Voir également sur la question de l'impact centralisateur et uniformisateur de la Charte canadienne sur l'équilibre fédératif : E. BROUILLET, *op. cit.*, note 6, p. 480 et suiv. Certains auteurs sont plutôt d'avis que les effets centralisateurs de l'enchâssement de la Charte canadienne sur l'équilibre fédératif ont été nettement exagérés. Voir notamment : J.B. KELLY, « Reconciling Rights and Federalism during Review of the Charter of Rights and Freedoms : The Supreme Court of Canada and the Centralization Thesis, 1982 to 1999 », (2001) 34 *Can J. Pol. Sc.* 321.

cette loi. Un jeune Ontarien invoquait que l'omission du gouvernement provincial de se prévaloir de cette possibilité portait atteinte à son droit à l'égalité garanti par l'article 15 de la Charte canadienne. Après avoir conclu à la validité constitutionnelle de cette disposition fédérale quant au partage des compétences, celle-ci ayant pour caractère véritable le droit criminel, la Cour suprême a jugé à l'unanimité que l'omission de l'Ontario de se prévaloir de la possibilité offerte par le législateur fédéral ne pouvait constituer une atteinte au droit à l'égalité. La loi fédérale n'obligeait pas légalement les provinces à mettre sur pied de telles mesures de rechange. Selon la Cour, « la conclusion contraire pourrait avoir pour conséquence d'exposer à l'examen en vertu de la Charte tout exercice par une province d'un pouvoir relevant de sa compétence, examen dont l'unique fondement serait que cet exercice crée une distinction quant au traitement accordé aux particuliers dans différentes provinces ¹⁴⁷ ». La Cour suprême émet par la suite l'opinion que, dans l'hypothèse où la constitutionnalité de la disposition fédérale elle-même aurait été contestée, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, la réponse aurait été la même. Selon la Cour, le système fédéral lui-même et la valeur de la diversité qui en sous-tend l'adoption nécessitent certaines distinctions d'ordre géographique. Ces dernières peuvent résulter de l'exercice par les provinces de leurs compétences législatives ou découler d'une application différenciée d'une loi fédérale. Dans ce dernier cas, elles « peuvent représenter un moyen légitime de promouvoir les valeurs d'un système fédéral ». Ainsi, en contexte fédératif, la valeur de l'égalité n'a pas une « portée illimitée ¹⁴⁸ ». Dans l'affaire *R. c. S. (S.)*, la Cour suprême désigne clairement la diversité comme « une valeur propre au fédéralisme », valeur qui, à son avis, s'est particulièrement exprimée dans l'histoire constitutionnelle canadienne en ce qui a trait à l'application par les provinces du droit criminel.

Dans l'affaire *Haig*, la Cour suprême devait notamment répondre à la question de savoir si un décret fédéral rendu en vertu de la *Loi référendaire* et autorisant la tenue d'un référendum dans neuf provinces et deux territoires, à l'exception du Québec, portait atteinte au droit à l'égalité. Selon la majorité des juges de la Cour, le décret exprimait simplement un choix d'ordre politique « conforme aux principes du fédéralisme ¹⁴⁹ ». La Cour suprême réitère ainsi l'idée selon laquelle une règle de droit fédérale n'a pas à être appliquée aux provinces de façon uniforme pour être compatible avec le droit à l'égalité garanti par l'article 15 de la Charte canadienne.

147. *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254, 285.

148. *Id.*, 286-288.

149. *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, 1030.

Elle réaffirme également que des différences dans la façon de légiférer des provinces dans les matières qui relèvent de leur compétence ne peuvent à elles seules justifier une conclusion d'inconstitutionnalité au regard du droit à l'égalité, car ce dernier, bien qu'il interdise la discrimination, « n'apporte aucune modification au partage des pouvoirs entre les gouvernements¹⁵⁰ ».

Ainsi, dans ces deux affaires, la Cour suprême a invoqué le principe fédératif et son corollaire, le partage des compétences législatives, afin d'interpréter le droit à l'égalité garanti par la Charte canadienne d'une façon compatible avec la valeur de la diversité qui en sous-tend l'existence et l'adoption au Canada. En fait, elle n'a fait alors qu'appliquer cette idée rationnelle à savoir qu'une partie de la Constitution ne peut être invoquée pour en invalider une autre. En ce sens, l'importance attribuée à la diversité fédérative dans ces décisions se limite au désir de préserver l'existence même du fédéralisme comme principe d'organisation et de fonctionnement de l'État canadien.

Dans la décision *Black c. Law Society of Alberta*, la validité constitutionnelle de deux règlements albertains était en cause : l'un interdisait aux avocats de la province de s'associer avec des avocats n'y résidant pas ; l'autre les empêchait de se joindre à plus d'un cabinet d'avocats. La validité de ces règlements était notamment contestée en vertu de l'article 6 (2) b) de la Charte canadienne qui garantit le droit de gagner sa vie dans toute province. La majorité des juges de la Cour suprême a énoncé que cet article protège le droit de gagner sa vie « interprovincialement » selon la profession ou le métier de son choix, et ce, même dans une province où la personne ne se trouve pas physiquement. Elle a donc jugé que les règlements contestés portaient atteinte à l'article 6 (2) b) de la Charte de façon non conforme à l'article premier. Le juge La Forest, qui a rédigé les motifs de la majorité¹⁵¹, a fait dans cette décision un historique de la protection de la liberté de circulation interprovinciale au Canada. Pour lui, cette liberté existait avant même l'adoption de la Charte canadienne et découlait des « éléments structureaux du fédéralisme ». Un de ces éléments était la volonté des colonies originaires de s'unir afin de créer « un seul pays » et de développer un marché commun en abolissant les barrières qui limitaient la circulation des biens entre elles. L'article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* constitue donc, selon la Cour suprême, « un des piliers du pacte confédératif ». En ce qui a trait à la liberté de circulation des personnes,

150. *Id.*, 1046-1047.

151. Les juges majoritaires sont au nombre de trois sur un total de cinq juges ayant pris part au jugement.

bien qu'il n'ait existé aucune disposition précise à cet effet dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, celle-ci découlait, selon la majorité des juges, de la « nouvelle identité politique », de la nouvelle nationalité qu'a engendrée nécessairement la création d'un État fédératif. Certains droits, dont la liberté de circulation des personnes, sont « fondamentalement liés au statut de citoyen canadien d'une personne et découleraient naturellement de ce statut ¹⁵² ».

La Cour suprême a de nouveau eu l'occasion d'invoquer le principe fédératif dans le contexte de la Charte canadienne, cette fois lors de l'examen de la raisonnable d'une présumée atteinte à la liberté de ne pas s'associer¹⁵³. Il s'agissait de déterminer si une disposition d'une loi québécoise obligeant les personnes travaillant dans le domaine de la construction à être membres de l'un des groupes syndicaux énumérés dans la loi, afin d'obtenir le certificat de qualification requis pour travailler dans ce secteur d'activité, portait atteinte à la liberté de ne pas s'associer garantie par l'article 2 d) de la Charte canadienne. Bien qu'il ait conclu qu'il n'y avait pas en l'espèce atteinte à la liberté de ne pas s'associer, le juge LeBel a tout de même analysé la question de la raisonnable. C'est à l'étape du raisonnement relatif à l'atteinte minimale¹⁵⁴ que le juge invoque nommément le fédéralisme. En réponse à l'argument voulant qu'il existe ailleurs au Canada des mesures qui portent moins atteinte que le régime québécois à la liberté de ne pas se syndiquer, le juge LeBel fait cette affirmation générale : « dans un système de partage des compétences législatives où les membres de la fédération ont vécu des expériences culturelles et historiques différentes, le principe du fédéralisme signifie que l'application de la *Charte* dans les domaines de compétence provinciale n'équivaut pas à un appel à l'uniformité des lois ». Pour lui, la Cour suprême « a une conception des valeurs du fédéralisme canadien qui accepte les solutions législatives propres à chaque province ». Selon le juge, « toute bonne analyse de la notion d'atteinte minimale lors de l'évaluation de la validité d'une loi provinciale doit tenir compte des différences entre les provinces¹⁵⁵ ». Après analyse, il termine en affirmant que, dans l'hypothèse où la Cour aurait conclu à une atteinte

152. *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591, 608-610 et 612.

153. *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209.

154. *Id.*, 352 : le juge LeBel prend acte de l'assouplissement du critère de nécessité ou de l'atteinte minimale opéré dans la jurisprudence de la Cour suprême. Il s'agit désormais du caractère raisonnable des moyens employés pour atteindre les objectifs législatifs. Ce critère colle d'ailleurs beaucoup mieux au concept de raisonnablement prévu dans l'article premier de la Charte canadienne.

155. *Id.*, 356.

à la liberté de ne pas s'associer, cette atteinte aurait été raisonnable et justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Il est vrai que de façon générale, en assouplissant le critère de l'atteinte minimale originellement élaboré dans l'arrêt *Oakes*¹⁵⁶, la Cour suprême fait preuve d'une plus grande retenue judiciaire, ce qui pourrait peut-être permettre, à l'avenir, une plus grande marge d'appréciation en faveur des autorités provinciales pour légiférer en fonction de leurs propres valeurs culturelles dans les domaines qui relèvent de leur compétence législative. Les provinces pourraient ainsi, jusqu'à un certain point, décider de l'équilibre approprié à atteindre entre la protection des droits et libertés individuels et la poursuite du bien commun. Nous croyons cependant qu'il ne faut pas exagérer cette possibilité d'application différenciée de l'article premier à la lumière du principe fédératif. D'abord, la nature universaliste de la plupart des droits et libertés individuels garantis par la Charte canadienne semble s'y opposer. Comme l'écrit le professeur José Woehrling, « s'il est relativement facile de démontrer que la portée des droits collectifs de nature culturelle ou linguistique, ou encore économiques, devrait être variable d'un endroit à l'autre, en fonction des situations de fait, il n'en va pas de même pour les droits fondamentaux et, de façon plus générale, les droits individuels, qui sont habituellement considérés comme devant être interprétés et appliqués partout de la même façon¹⁵⁷ ».

Ensuite, la référence à une « société libre et démocratique » à l'article premier invite les tribunaux à effectuer une comparaison entre la norme contestée et celles qui existent dans la même matière dans des lieux jugés libres et démocratiques aux yeux des juges canadiens. Or, lorsque la contestation a pour objet une norme provinciale, la comparaison s'établira le plus souvent au regard du droit des autres provinces canadiennes. Enfin, la considération expresse de la Cour suprême, dans l'affaire *Advance Cutting*, pour le principe fédératif et la valeur de la diversité dans l'application du test de raisonabilité de l'article premier de la Charte fait figure d'exception. Notons d'ailleurs qu'il ne s'agissait que d'un long *obiter dictum* de quatre juges¹⁵⁸. Il s'agira de voir, peut-être à la faveur de nouvelles nomi-

156. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

157. J. WOEHRLING, « Le principe d'égalité, le système fédéral canadien et le caractère distinct du Québec », dans P. PATENAUDE (dir.), *Québec-Communauté française de Belgique : autonomie et spécificité dans le cadre d'un système fédéral*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1992, p. 119, aux pages 152 et 153.

158. Les motifs du juge LeBel sur la question du caractère raisonnable ont rallié les juges Gonthier, Arbour et Iacobucci.

nations à la Cour suprême, si le fédéralisme sera à nouveau invoqué cette fois par une majorité de juges et s'il le sera lorsque se posera véritablement l'application du test de raisonnabilité.

Conclusion

En plus d'un demi-siècle de jurisprudence à titre de dernier tribunal d'appel, la Cour suprême n'a eu expressément recours au principe fédératif dans ses raisonnements juridiques que plutôt rarement, et cela, de façon somme toute peu cohérente. À la lumière de l'analyse de la trentaine de décisions dans lesquelles elle a nommément invoqué ce principe, nous pouvons constater qu'elle n'a pas élaboré de théorie fédérative qui lui permettrait de trancher les litiges relatifs au partage des compétences législatives en ayant une vision d'ensemble du régime fédératif canadien et de son évolution. Les efforts entrepris en ce sens dans certaines décisions qui nécessitaient un recours plus formel au fédéralisme, en raison de l'insuffisance ou même de l'absence de dispositions constitutionnelles expresses, n'ont pas été poursuivis ni appliqués en matière de disputes fédératives. Dans ce dernier contexte, la plus haute cour canadienne semble plutôt procéder au cas par cas, ce qui l'empêche, selon nous, d'établir et de maintenir un sain équilibre fédératif. En relativisant à outrance le principe d'exclusivité et, surtout, en n'appliquant cette vision décloisonnée des compétences législatives, pour l'essentiel, que lorsqu'elle sert l'exercice des compétences fédérales, la Cour suprême nous fait douter de son attachement profond à ce principe fondamental de la structure constitutionnelle canadienne¹⁵⁹.

Le fédéralisme requiert une attention théorique, d'abord parce qu'il implique des valeurs fondamentales. Dans l'exercice de sa tâche de mise en œuvre de la Constitution, la Cour suprême doit saisir tant l'histoire que les espoirs inscrits dans son texte¹⁶⁰. Parmi ces espoirs se trouvait celui de

159. La professeure D. GREICHNER, *loc. cit.*, note 13, 59, s'exprimait en ces termes : « However, if one turns aside from the blinding headlights of the *Quebec Secession Reference*, federalism issues do not occupy a privileged position within the constellation of cases heard by the Court [Cour suprême]. This is not merely because of a decline in the number of federalism cases, a trend that by itself would not be worrisome. The Court has denied leave in a number of appeals that raised unresolved federalism questions and redereed one-paragraph decisions in some cases, leading several commentators to surmise that the judges "appear to have become bored by the prospect" of dealing with division of powers doctrine ».

160. J. WHYTE, « Les dimensions constitutionnelles des mesures d'expansion économique », dans R. SIMEON (dir.), *Le partage des pouvoirs et la politique d'État*, Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1985, p. 31, à la page 34. Il s'exprime comme suit : « Ce n'est que lorsque les décisions

créer un nouveau pays, certes. Cependant, sa création devait également permettre et valoriser non seulement la survie, mais l'épanouissement des différences fondamentales qui existaient et qui existent toujours entre les collectivités fédérées, dont la plus profonde est l'existence au Québec d'un groupe national différent désireux d'assurer la survie de son identité culturelle distincte¹⁶¹. Ensuite, l'élaboration d'une théorie fédérative permettrait d'encadrer la marge de discrétion judiciaire inhérente au processus d'interprétation constitutionnelle et ainsi d'insuffler à la jurisprudence fédérative un peu plus de prévisibilité. Toute activité interprétative comporte en effet une certaine création de la part de l'interprète. Or, ce potentiel créatif prend des proportions considérables en matière constitutionnelle, notamment en raison de la généralité des termes employés dans les textes constitutionnels. La mise au point d'un cadre théorique cohérent est donc d'autant plus primordiale en ce domaine du droit qui comporte toujours, en plus, une forte dimension politique¹⁶².

Voici esquissées, à grands traits, quelques pistes de réflexion qui pourraient être explorées dans l'élaboration d'une théorie fédérative canadienne. Une telle théorie pourrait avoir pour cœur le concept d'« équilibre » : l'équilibre entre l'unité et la diversité, c'est-à-dire entre les compétences législatives fédérales et provinciales, donc la protection de l'autonomie de chacun des paliers de gouvernement dans l'exercice de ses

font appel aux concepts à la base de la répartition des pouvoirs et de la création de limites à la compétence législative que la jurisprudence correspond aux valeurs politiques que l'on a voulu traduire dans l'organisation publique, tout en fournissant un guide compréhensible aux décideurs. » Pour une étude très intéressante des valeurs qui ont présidé à la création de la fédération canadienne, voir : S. LASELVA, *op. cit.*, note 46. Voir aussi, notamment quant à la valeur du fédéralisme en général : D. WEINSTOCK, *Vers une théorie normative du fédéralisme*, publié par le Forum des fédérations, [En ligne], [www.forumfed.org.]; W.J. NORMAN, « Towards a Philosophy of Federalism », dans J. BAKER (dir.), *Group Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1994, p. 79.

161. E. BROUILLET, *op. cit.*, note 6, p. 176 et suiv.

162. Selon le professeur V. LOUNGNARATH, *loc. cit.*, note 6, 1006-1007, l'indétermination et l'insuffisance des textes constitutionnels « créent un espace à l'intérieur duquel la décision judiciaire n'est plus objectivée par le raisonnement juridique ou la lettre de la disposition constitutionnelle. Lorsque le juge évolue dans cet espace, il est inévitable que certaines de ces valeurs politiques pénètrent et infléchissent le droit. » Voir également, au même effet : A. LAJOIE, P. MULAZZI et M. GAMACHE, « Les idées politiques au Québec et le droit constitutionnel canadien », dans I. BERNIER et A. LAJOIE (dir.), *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*, Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1986, p. 1-110. Dans cet article, les auteurs soulignent que la jurisprudence constitutionnelle subit l'influence des idées politiques en cours.

compétences législatives. Les règles relatives au partage des compétences législatives constituent en effet l'expression première des valeurs qui sous-tendent le fédéralisme. Ces dernières sont donc nécessairement en cause en matière de disputes fédératives : la valeur de l'unité sera pour l'essentiel préservée si le palier de gouvernement fédéral peut exercer ses compétences législatives sans interférences significatives des gouvernements provinciaux, et vice versa en ce qui a trait à la valeur de la diversité. Le principe fédératif devrait, par conséquent, guider la Cour suprême dans l'interprétation et la mise en œuvre des règles relatives au partage des compétences législatives qui en constituent l'expression première. Entre diverses interprétations possibles du texte constitutionnel, celle qui est la plus conforme au fédéralisme et à ses corollaires essentiels devrait être privilégiée.

Tout équilibre étant par définition instable, sa recherche sera perpétuelle. Le fédéralisme doit être compris comme un processus, c'est-à-dire comme un modèle en évolution et en continuelle adaptation, plutôt que comme un système fixe et statique régi par des règles immuables¹⁶³. Le principe fédératif devrait donc également inspirer la Cour suprême dans sa tâche d'adaptation de la Constitution à l'évolution de la société canadienne, de façon à faire bénéficier les deux ordres de gouvernement de l'expansion des sphères d'activité étatique et ainsi à préserver un équilibre entre leurs pouvoirs respectifs.

Il ne s'agit pas ici de nier ni d'empêcher totalement les multiples chevauchements inhérents à l'adoption d'un régime fédératif, particulièrement en cette époque de multiplication et de complexification des interventions étatiques. Promouvoir un retour aux « compartiments étanches » serait faire fausse route. En revanche, le fédéralisme ne peut survivre à terme s'il y a décroisement total des compétences législatives des deux ordres de gouvernement : la survie même du principe fédératif commande la préservation d'un certain noyau intouchable pour chacun des titres de compétence. Or la dynamique de la centralisation des pouvoirs qui caractérise généralement l'évolution des régimes fédératifs¹⁶⁴ commande l'élaboration d'une théorie fédérative qui tienne compte de la position de faiblesse qu'occupent les entités fédérées par rapport au pouvoir central.

163. C.J. FRIEDRICH, *Tendances du fédéralisme en théorie et en pratique*, Londres, Frederick A. Prueger Publishers, 1971, p. 185.

164. Plusieurs auteurs ont déjà démontré cette tendance d'évolution vers la centralisation des pouvoirs que connaissent généralement les fédérations et le rôle qu'y jouent les cours suprêmes. Dans un article, le professeur André Bzdera a démontré que la fonction première des cours suprêmes en régime fédératif était de favoriser et de légitimer l'expansion graduelle des domaines de compétence fédéraux, donc d'assurer une centralisation

La protection de l'autonomie des provinces dans l'exercice de leurs compétences législatives nécessite, dans un premier temps, une application plus systématique par la Cour suprême du principe de l'interprétation corrélative dans la mise en œuvre des règles relatives au partage des compétences législatives¹⁶⁵. Le maintien d'une certaine exclusivité des compétences en dépend. C'est en effet au stade de la définition de l'étendue des divers titres de compétence que doivent d'abord et avant tout intervenir des considérations relatives à l'équilibre des pouvoirs législatifs. Une interprétation extensive d'un titre de compétence implique dans la plupart des cas une réduction corrélative d'un autre. Paradoxalement, la Cour suprême s'est référée expressément à cette notion d'équilibre dans des décisions dans lesquelles elle a procédé à un élargissement de la portée de titres de compétence fédéraux¹⁶⁶.

Ce n'est que dans un second temps que se pose la question de la classification de la règle de droit, en fonction de son caractère véritable, dans l'un ou l'autre des divers titres de compétence en fonction de leur portée respective¹⁶⁷. À ce stade du raisonnement, le maintien d'un équilibre fédératif commande l'application d'une approche cohérente : la tolérance dont

graduelle des pouvoirs : A. BZDERA, « Comparative Analysis of Federal High Courts : A Political Theory of Judicial Review », (1993) 26 *Can J. Pol. Sc.* 3. Voir également : E. ORBAN, *La dynamique de la centralisation dans l'État fédéral : un processus irréversible ?*, Montréal, Québec-Amérique, 1984. Le professeur Michael BOTHE, *op. cit.*, note 67, p. 419, s'exprimait en ces termes : « La centralisation en général, et jusqu'à un certain point, est l'enfant de la croissance du gouvernement en général. »

165. Les motifs dissidents du juge Dickson dans les affaires *Hauser* et *Wetmore* relatives aux articles 91 (27) et 92 (14) nous semblent favoriser un tel équilibre fédératif : *supra*, note 109. Les raisonnements du juge dans ces affaires s'apparentent d'ailleurs à ceux qui sont généralement développés par le Comité judiciaire du Conseil privé en matière de disputes fédératives, notamment en ce qui a trait à l'interprétation corrélative de l'article 91 (2) et du paragraphe introductif de l'article 91, d'une part, et les paragraphes 13 et 16 de l'article 92, d'autre part. Voir notamment : *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons*, précité, note 9, et *A.-G. for Ontario v. A.-G. for Canada*, précité, note 9 (affaire dite des prohibitions locales) (en faveur des titres provinciaux) ; *John Deere Plow Company Limited v. Wharton*, [1915] A.C. 330 (en faveur d'un titre fédéral).

166. *R. c. Hydro-Québec*, précité, note 78 ; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, précité, note 83 (compétence fédérale en matière criminelle, art. 91 (27)) ; *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, précité, note 79 (pouvoir déclaratoire du Parlement fédéral, art. 92 (10) c).

167. Le professeur Jean Leclair partage cet avis. Après une analyse de l'approche privilégiée par la Cour suprême dans sa jurisprudence relative à la compétence fédérale en matière maritime, le professeur concluait ce qui suit : « Nous affirmions plus tôt que chaque compétence constitutionnelle requiert une approche [matérielle ou analytique] qui lui est propre. Il faut donc s'attarder à bien identifier, grâce à une lecture attentive du texte

fait preuve la Cour à l'égard des empiétements fédéraux sur des matières provinciales devraient du moins s'exprimer avec la même conviction en ce qui a trait aux empiétements provinciaux. Il s'agit là, selon nous, d'une protection tout à fait minimale des compétences législatives des provinces, compte tenu de l'existence de la règle de la prépondérance des lois fédérales en cas de conflit. La suggestion du professeur Bruce Ryder d'une approche asymétrique en matière de disputes fédératives est également intéressante et assurerait une protection supplémentaire aux pouvoirs législatifs provinciaux : il s'agirait d'appliquer la conception moderne du partage des compétences à l'exercice des compétences provinciales et la conception classique à l'exercice des compétences fédérales. En d'autres termes, la Cour suprême pourrait tolérer les empiétements provinciaux sur des matières fédérales lorsque ceux-ci sont liés rationnellement et fonctionnellement au schème législatif provincial, et ne tolérer les empiétements fédéraux sur des matières provinciales que lorsqu'ils sont nécessaires à l'exercice effectif des compétences fédérales¹⁶⁸. Cela reviendrait en somme à appliquer un raisonnement tout à fait inverse à celui qui a été jusqu'à présent privilégié par la Cour suprême.

L'« étoile » que constitue le fédéralisme ne scintille de toute évidence pas toujours avec beaucoup d'éclat dans la jurisprudence de la Cour suprême. L'image qui nous vient en tête pour caractériser l'usage du principe fédératif par la plus haute cour canadienne serait plutôt celle d'une étoile filante : brillante de tous ses feux l'espace d'un instant, mais qui disparaît aussitôt laissant derrière elle un ciel obscur.

constitutionnel, la nature des critères qui serviront par la suite à cerner l'étendue de la compétence exclusive octroyée à un palier gouvernemental. Toutes ces raisons nous ont amené à conclure qu'une qualification constitutionnelle doit toujours précéder l'interprétation législative » ; J. LECLAIR, « L'impact de la nature d'une compétence législative sur l'étendue du pouvoir conféré dans le cadre de la Loi constitutionnelle de 1867 », (1994) 28 *R.J.T.* 661, 703.

168. B. RYDER, *loc. cit.*, note 72, 358 et suiv.