

La pensée constitutionnelle du juge Pierre-Basile Mignault

Guy-Gérard Tremblay

Volume 34, numéro 1, 1993

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043203ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043203ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Tremblay, G.-G. (1993). La pensée constitutionnelle du juge Pierre-Basile Mignault. *Les Cahiers de droit*, 34(1), 257–288. <https://doi.org/10.7202/043203ar>

Résumé de l'article

Comme juge de la Cour suprême du Canada de 1918 à 1929, Pierre-Basile Mignault a participé à 50 décisions constitutionnelles. C'est de cette jurisprudence que l'auteur dégage la pensée constitutionnelle de ce célèbre civiliste.

La première partie de l'article expose la « manière » du juge Mignault. Cela permet d'éviter de tirer des conclusions trop ambitieuses à partir du corpus examiné. En effet, la jurisprudence constitutionnelle de Mignault se caractérise par la retenue judiciaire et par une grande fidélité au Conseil privé. Par contre, ses décisions ne se situent pas exclusivement sur un plan technique. Elles permettent souvent de déceler les valeurs qui l'animent ainsi que son souci de réalisme et d'équité.

Sur le fond, trois caractéristiques de la pensée constitutionnelle de Mignault sont exposées dans la seconde partie. D'abord, Mignault se distingue par le respect qu'il accorde aux pouvoirs politiques et, en particulier, aux choix du législateur. Ensuite, il ressort de la jurisprudence de la Cour suprême de l'époque que Mignault était particulièrement généreux à l'égard du pouvoir central. Toutefois, sa conception du partage des compétences n'en était pas nécessairement déséquilibrée : il rejetait clairement toute définition statique et toute répartition étanche des pouvoirs, au profit d'une approche où la concurrence dynamique des deux ordres de gouvernement devait maintenir l'équilibre entre eux.

En conclusion, l'auteur suggère qu'il ne suffit pas de se référer aux modèles anglo-américains de comportement judiciaire pour évaluer la contribution de Mignault. En effet, celui-ci a vraisemblablement été influencé, même en matière constitutionnelle, par la tradition judiciaire française, où le juge n'occupe pas la place centrale qui lui est dévolue dans les systèmes de common law.

La pensée constitutionnelle du juge Pierre-Basile Mignault

Guy-Gérard TREMBLAY*

Comme juge de la Cour suprême du Canada de 1918 à 1929, Pierre-Basile Mignault a participé à 50 décisions constitutionnelles. C'est de cette jurisprudence que l'auteur dégage la pensée constitutionnelle de ce célèbre civiliste.

La première partie de l'article expose la « manière » du juge Mignault. Cela permet d'éviter de tirer des conclusions trop ambitieuses à partir du corpus examiné. En effet, la jurisprudence constitutionnelle de Mignault se caractérise par la retenue judiciaire et par une grande fidélité au Conseil privé. Par contre, ses décisions ne se situent pas exclusivement sur un plan technique. Elles permettent souvent de déceler les valeurs qui l'animent ainsi que son souci de réalisme et d'équité.

Sur le fond, trois caractéristiques de la pensée constitutionnelle de Mignault sont exposées dans la seconde partie. D'abord, Mignault se distingue par le respect qu'il accorde aux pouvoirs politiques et, en particulier, aux choix du législateur. Ensuite, il ressort de la jurisprudence de la Cour suprême de l'époque que Mignault était particulièrement généreux à l'égard du pouvoir central. Toutefois, sa conception du partage des compétences n'en était pas nécessairement déséquilibrée : il rejetait clairement toute définition statique et toute répartition étanche des pouvoirs, au profit d'une approche où la concurrence dynamique des deux ordres de gouvernement devait maintenir l'équilibre entre eux.

En conclusion, l'auteur suggère qu'il ne suffit pas de se référer aux modèles anglo-américains de comportement judiciaire pour évaluer la contribution de Mignault. En effet, celui-ci a vraisemblablement été influencé, même en matière constitutionnelle, par la tradition judiciaire

* Professeur, Faculté de droit, Université Laval.

française, où le juge n'occupe pas la place centrale qui lui est dévolue dans les systèmes de common law.

Pierre-Basile Mignault was on the bench of the Supreme Court of Canada, from 1918 to 1929, for 50 constitutional cases. The resulting jurisprudence is used in this article to illustrate the constitutional thinking of that famed civil law jurist.

The first part is devoted to judge Mignault's « manner ». It indicates that the conclusions reached from his jurisprudence should not be overgrown. This is because Mignault's constitutional jurisprudence is characterized by judicial restraint and by a special loyalty toward the Privy Council. His decisions, however, go beyond legal technicalities. They often reveal the values he cherished and his striving for realism and equity.

The second part deals with the substance of Mignault's constitutional thinking and underlines three of its characteristics. First, Mignault is conspicuous for his deference towards the political branches of the State and, in particular, towards legislative policies. Second, Mignault proved to be one of the judges of the Supreme Court who most strongly favoured the federal government. However, his conception of the distribution of powers remained generally balanced: this is because he clearly rejected static definitions in the matter and watertight compartments and because he believed balance could be gained through a dynamic competition between the federal government and the provinces.

In conclusion, it is suggested that one should go beyond anglo-american models of judicial behaviour to appreciate Mignault's work at the Supreme Court. Even in constitutional matters, Mignault was likely prompted by the French judicial tradition, wherein judges do not stand on the same pinnacle as in common law systems.

	<i>Pages</i>
1. La manière de Mignault	261
1.1 La retenue judiciaire	262
<i>Une affaire embarrassante : qui est le juge en chef de l'Alberta ?</i>	264
1.2 La fidélité au Conseil privé	266
<i>Un cas de conscience : se soumettre ou se rebeller ?</i>	269
1.3 Le dépassement de la technique	270
<i>Les derniers motifs de Mignault en matière constitutionnelle : l'approche téléologique</i>	273

	<i>Pages</i>
2. Le point de vue de Mignault	274
2.1 Le respect du rôle du législateur	275
<i>Une marge de manœuvre exceptionnelle pour les mesures de guerre</i> ...	277
2.2 L'affranchissement du pouvoir central	278
<i>Comment justifier les pouvoirs de la Commission de commerce?</i>	280
2.3 L'équilibre dynamique des compétences	282
<i>Il ne faut pas craindre pour le fédéralisme</i>	285
Conclusion	287

Pierre-Basile Mignault est un des juristes québécois les plus célèbres, que l'on range spontanément parmi les civilistes. Il a consacré 20 ans à publier au tournant du siècle son traité en neuf tomes, *Le droit civil canadien*¹. Il a enseigné le droit civil à l'université McGill. Et il s'est clairement manifesté comme défenseur de l'« intégrité » ou de la « pureté » du système civiliste du Québec, comme partisan d'une « cloison étanche et infranchissable » le protégeant de la common law².

Mignault, pourtant, s'est aussi adonné au droit public. Il a plaidé en matière constitutionnelle. Il a fait paraître en 1889 un *Manuel de droit parlementaire* portant le titre alternatif de *Cours élémentaire de droit constitutionnel*³. Et il écrivait en 1895, dans son premier tome du *Droit civil canadien*, avoir fait « une consciencieuse étude de la jurisprudence du conseil privé sur l'interprétation de notre constitution politique⁴ ».

Il m'a paru intéressant de rechercher comment ce civiliste chevronné concevait la constitution canadienne dans sa dimension fédérative. En effet, depuis 1867, une partie du droit privé relevait de la compétence fédérale, ce qui pouvait favoriser le métissage du droit applicable au Québec. Plus généralement, l'interprétation donnée au partage des compétences conditionnait directement les paramètres de l'évolution du droit canadien et québécois.

1. P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, Montréal, Théoret et Wilson & Lafleur, 1895 à 1916.

2. Voir J.-G. CASTEL, « Le juge Mignault défenseur de l'intégrité du droit civil québécois », (1975) 53 *R. du B. can.* 544; J.G. SNELL et F. VAUGHAN, *The Supreme Court of Canada. History of the Institution*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, pp. 130-132; P.-B. MIGNAULT, « L'avenir de notre droit civil », (1923) 1 *R. du D.* 56; et P.-B. MIGNAULT, « Les rapports entre le droit civil et la « common law » au Canada, spécialement dans la province de Québec », (1932) 11 *R. du D.* 201.

3. P.-B. MIGNAULT, *Manuel de droit parlementaire*, Montréal, A. Périard, 1889.

4. P.-B. MIGNAULT, *op. cit.*, note 1, t. 1, 1895, p. 551, note (a). Ce volume, d'ailleurs, contient plusieurs développements de droit public.

La pensée constitutionnelle de Mignault pourrait être étudiée à partir de l'ensemble de sa production doctrinale et judiciaire, et à l'aide de son travail de praticien. Une telle démarche, évidemment, déborderait la dimension proprement fédérative ; et elle engloberait une période considérable pendant laquelle la constitution canadienne a beaucoup évolué (comme peut-être Mignault lui-même)⁵. Aux fins du présent article, j'ai choisi d'ajuster le focus sur le « juge » Mignault. De cette manière, comme les affaires constitutionnelles à son époque portaient primordialement sur des problèmes liés au fédéralisme canadien, l'objet de la « pensée » de Mignault se trouve mieux circonscrit ; aussi, la période pendant laquelle s'est manifestée cette pensée s'en trouve plus resserrée, peut-être plus révélatrice.

Mignault a siégé près de 11 ans à la Cour suprême. Nommé juge à cette cour le 25 octobre 1918, il prit sa retraite le 30 septembre 1929 à l'âge de 75 ans, comme la loi le prescrivait depuis peu⁶.

Les rapports judiciaires de la Cour suprême sur cette période produisent près de 700 décisions⁷. La Cour comprenait alors six juges seulement, puis sept juges à compter de 1927⁸. Comme elle siégeait par banc d'au moins cinq juges, chacun était appelé à participer à une forte proportion des affaires soumises à la Cour. À cet égard, le juge Mignault s'est particulièrement distingué : on le retrouve sur le banc dans 91 p. 100 des cas. Il n'a enregistré sa dissidence que 33 fois, soit dans un peu plus de 5 p. 100 des causes où il a siégé.

La carrière du juge Mignault à la Cour suprême du Canada se divise en deux périodes à peu près égales où la Cour travaille de façon radicalement différente. Durant la première période, celle du juge en chef Davies, la plupart des juges qui entendent une cause rédigent leur propre opinion, qui est assez succincte. En 1924, le juge en chef Davies décède et il est remplacé par le juge en chef Anglin. Dès lors, la Cour s'exprime souvent par l'intermédiaire d'un de ses juges, à l'opinion duquel les autres juges souscrivent. La rédaction d'une opinion par la majorité des juges d'un banc, qui était la règle, devient l'exception. En revanche, les motifs ont tendance à s'allonger. C'est ainsi que le juge Mignault a produit ses propres

5. La carrière de Mignault fut exceptionnellement longue. Il reçut son diplôme de droit en 1878 et fut actif jusqu'à sa mort en 1945. L'ampleur et la variété de son œuvre ressortent de la bibliographie publiée par A. MARIN, *L'honorable Pierre-Basile Mignault*, Montréal, Fides, 1946.

6. *Loi modifiant la Loi sur la Cour suprême*, 17 Geo V., 1927, c. 38, art. 2.

7. Ce chiffre n'inclut pas les décisions anonymes rapportées sommairement ni les décisions rendues par un juge en chambre. Notons aussi que d'autres décisions ont pu être rapportées dans des collections privées : J.G. SNELL et F. VAUGHAN, *op. cit.*, note 2, p. 143.

8. *Loi modifiant la Loi sur la Cour suprême*, précitée, note 6, art. 1.

motifs dans 87,5 p. 100 des causes où il a siégé du temps du juge en chef Davies ; il ne l'a fait, du temps du juge en chef Anglin, que dans 22,8 p. 100 des cas.

Un tiers des causes décidées par la Cour suprême durant la période qui nous occupe étaient de droit public⁹. Le juge Mignault y a participé avec autant de constance qu'aux affaires de droit privé. Un groupe de 51 décisions portent sur le fédéralisme, et c'est à elles que je vais m'attacher. Cela comprend surtout des causes classiques de partage des compétences entre le fédéral et les provinces. Mais quelques affaires concernent d'autres types de problèmes liés au fédéralisme canadien : le partage du domaine public, l'interprétation de dispositions constitutionnelles particulières et l'application de la *Loi des mesures de guerre*. Évidemment, je tiendrai compte aussi d'autres décisions qui peuvent accessoirement être pertinentes à la problématique de base.

Le juge Mignault a siégé pour 50 des 51 causes en question. Dans 28 cas, il a rédigé son opinion personnelle ; dans les 22 autres affaires, il a adhéré aux motifs rédigés par d'autres. Il fut trois fois dissident, rédigeant alors une opinion personnelle.

Cette production soutenue permet de faire ressortir la pensée de Mignault quant au fédéralisme canadien. Je vais d'abord exposer les aspects plus formels de son comportement judiciaire, c'est-à-dire sa « manière » de juger dans les causes constitutionnelles. Le point de vue de Mignault quant au fond du droit constitutionnel canadien fera l'objet de la seconde partie.

1. La manière de Mignault

Il importe de faire ressortir dès le départ les caractéristiques du comportement judiciaire de Mignault. Cela peut aider à mieux saisir la portée des positions de fond qu'il a adoptées en matière constitutionnelle. Et surtout, cela fait ressortir les limites des conclusions que l'on peut dégager de sa jurisprudence.

Ainsi, Mignault fait preuve d'une grande retenue judiciaire dans ses décisions constitutionnelles. De plus, il accepte et applique loyalement la jurisprudence pertinente du Conseil privé. En raison de ces deux facteurs, la pensée de Mignault se révèle souvent simple, claire et concise. Par ailleurs, s'il maîtrise à l'évidence l'arsenal des techniques juridiques, il n'en reste pas moins soucieux de les transcender dans la poursuite de l'équité et de ses convictions profondes.

9. Elles peuvent se répartir comme suit : 20 concernent le droit fiscal ; 54, le droit administratif ; 72, le droit municipal et scolaire ; 35, le droit pénal ; et 51, le fédéralisme.

1.1 La retenue judiciaire

La retenue judiciaire dans un contexte constitutionnel peut se manifester sous diverses facettes¹⁰. D'abord, cette attitude vise le fait pour un tribunal d'omettre de se prononcer sur une question constitutionnelle lorsque le litige peut être réglé sur une autre base. Habituellement, les motifs de la décision soulignent alors qu'il n'est pas nécessaire de décider de la validité ou de l'invalidité de la loi en cause. Quand plusieurs fondements différents sont invoqués à l'appui de l'inconstitutionnalité d'une loi, un comportement judiciaire semblable peut aussi être adopté : si la loi est jugée invalide pour une raison en particulier, le tribunal peut trouver inutile de se prononcer sur les autres points soulevés. Soit personnellement¹¹, soit par l'intermédiaire d'un collègue auquel il se rallie¹², Mignault emprunte fréquemment pareils raccourcis.

Une autre manifestation de retenue judiciaire se présente lorsque le juge se prononce sur une question constitutionnelle, mais qu'il ne le fait que dans la mesure nécessaire pour disposer du litige ou du renvoi. Mignault choisit volontiers cette voie, en précisant que son opinion ne vaut que pour le genre de faits en cause¹³ ou en évitant de vider tous les aspects d'une question¹⁴.

-
10. Pour des manifestations de retenue de la part du juge Mignault à propos de questions non constitutionnelles, voir R. c. *Eastern Terminal Elevator Co.*, [1925] R.C.S. 434 (ci-après cité : « *Eastern Terminal* »), 449 et 452 ; *North West Lumber Co. c. Municipal District of Lockerbie no. 580*, [1926] R.C.S. 155 (ci-après cité : « *North West Lumber* »), 161 et 162.
 11. *In re Price Bros. and Company and the Board of Commerce of Canada*, (1920) 60 R.C.S. 265 (ci-après cité : « *In re Price Bros* »), 294 ; *In re Employment of Aliens*, (1922) 63 R.C.S. 293, 341 ; *The Attorney General for British Columbia and the Minister of Lands c. Brooks-Bidlake and Whittall Ltd.*, (1922) 63 R.C.S. 466 (ci-après cité : « *Brooks-Bidlake* »), 481 ; *The Security Export Co. c. Hetherington*, [1923] R.C.S. 539 (ci-après cité : « *Hetherington* »), 569 ; *Kent c. The King*, [1924] R.C.S. 388 (ci-après cité : « *Kent* »).
 12. *McLeod c. City of Windsor*, [1923] R.C.S. 696, 713 ; *The Attorney General of British Columbia c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1927] R.C.S. 185 (ci-après cité : « *C.P.R.* »), 187.
 13. *The Attorney General for British Columbia c. The King*, (1922) 63 R.C.S. 622 (ci-après cité : « *Attorney General for British Columbia* »), 643 ; *Rattenbury c. Land Settlement Board*, [1929] R.C.S. 52 (ci-après cité : « *Rattenbury* »), 72 et 73 (j. Newcombe, avec qui Mignault est d'accord). Voir aussi *Reference re Waters and Water-powers*, [1929] R.C.S. 200, où la Cour rend une opinion générale unanime, à laquelle le juge Mignault adhère, sans répondre à plusieurs des questions soumise, vu l'absence de contexte factuel.
 14. *In re Stone*, [1924] R.C.S. 682, 692 ; *Luscar Collieries Ltd. c. N.S. McDonald*, [1925] R.C.S. 460 (ci-après cité : « *Luscar Collieries* »), 479 et 484-485. Voir aussi l'opinion du juge Newcombe, avec qui le juge Mignault est d'accord, dans *Reference re Section 17 of the Alberta Act*, [1927] R.C.S. 364, 371, et dans *Quebec Railway, Light & Power Co. c. Montcalm Land Co.*, [1927] R.C.S. 545 (ci-après cité : « *Montcalm Land* »), 558.

Par exemple, dans l'*Affaire du Johnny Walker*¹⁵, le gouvernement de la Colombie-Britannique voulait éviter de payer les droits de douane fédéraux sur les boissons alcooliques qu'il importait en vue de les revendre. Il invoquait l'article 125 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, prescrivant que « Nulle terre ou propriété appartenant au Canada ou à une province en particulier ne sera sujette à la taxation. » La plupart des juges ont abordé les deux aspects du problème en cause, à savoir, d'une part, s'il s'agissait bien de « taxation » (par opposition à de la réglementation du commerce) et, d'autre part, si les droits portaient sur la « propriété » de la province. Mignault, quant à lui, s'est contenté de juger sur le second point : l'article 125 ne conférait pas d'exemption en l'espèce parce que les droits de douane n'étaient pas imposés sur la « propriété », mais bien sur l'importation de biens, comme condition à leur importation à des fins commerciales¹⁶.

De même, dans l'*Affaire des femmes au Sénat*, le juge Mignault restreint ses motifs à ce qu'il appelle la vraie question posée, à savoir si des femmes peuvent être nommées à la Chambre haute aux termes de la loi de 1867. C'est manifestement par retenue judiciaire que Mignault dans cette affaire expose en une page son point de vue, tout en se disant d'accord « en général » avec les motifs majoritaires rendus par le juge en chef Anglin¹⁷ : celui-ci était vraisemblablement allé trop loin au goût de Mignault en donnant son opinion sur la question de savoir si les femmes étaient aussi visées dans d'autres parties de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et en prenant à son compte diverses motivations émises dans la jurisprudence pour les exclure des charges publiques¹⁸.

Le juge Mignault semble donc moins porté que ses collègues de la Cour à déroger à la pratique générale de retenue¹⁹. Cependant, en ce

15. *Attorney General of British Columbia c. Attorney General for Canada*, (1922) 64 R.C.S. 377 (ci-après cité : « *Affaire du Johnny Walker* »).

16. *Id.*, 394. Ainsi, Mignault n'a pas à prendre parti dans une alternative troublante : une majorité de juges admettent que les droits de douane sont à la fois des taxes et de la réglementation du commerce, mais en concluent soit qu'ils ne sont pas de la « taxation » au sens de l'article 125 (les juges Duff et Anglin), soit qu'ils en sont (le juge Brodeur).

17. *Reference re Meaning of Word « Persons » in S. 24 of the B.N.A. Act*, [1928] R.C.S. 276 (ci-après cité : « *Affaire des femmes au Sénat* »), 303.

18. Mignault fonde essentiellement son opinion sur le fait que la Cour est liée par des décisions britanniques à cet égard et qu'il revient au législateur d'effectuer des changements constitutionnels d'importance. Le juge Duff, pour sa part, se dissocie expressément de la position majoritaire quant à l'inadmissibilité de principe des femmes aux charges prévues par la Constitution canadienne.

19. Voir l'opinion du juge Brodeur dans *In re Price Bros.*, précité, note 11 ; du juge en chef Davies dans *In re Employment of Aliens*, précité, note 11 ; du juge Idington dans *Brooks-Bidlake* et dans *Kent*, précités, note 11 ; et du juge Duff dans *Lukey c. Ruthenian Farmer's Elevator Co. Ltd.*, [1924] R.C.S. 56 (ci-après cité : « *Lukey* »).

domaine comme en bien d'autres, le comportement de Mignault n'a rien de l'automatisme. Il lui est arrivé d'élaborer un *obiter* flagrant à propos d'une question délicate, forçant ses collègues majoritaires à rédiger des opinions concordantes séparées²⁰. Dans une autre affaire, la question se posait de savoir si la législation ontarienne équivalait à une « prohibition » que permettait d'édicter la loi fédérale sur la tempérance. (On plaidait que ce n'était pas le cas, vu que la législation ontarienne comportait trop d'exceptions pour constituer vraiment une « prohibition ».) Les quatre membres de la Cour qui ont jugé cette affaire ont tous trouvé que le demandeur n'avait pas l'intérêt requis pour poursuivre en l'espèce. Pour cette raison, le juge Idington a refusé de se prononcer au fond. De son côté, le juge Duff, avec qui le juge *ad hoc* Maclean s'est dit d'accord, a abordé le fond du problème parce qu'il avait été pleinement débattu et parce que l'intérêt pour poursuivre restait malgré tout légitimement discutabile²¹. Le juge Mignault, pour sa part, étant plus catégorique quant à l'absence d'intérêt requis, mentionna qu'il n'était pas absolument nécessaire de se prononcer au fond. Toutefois, comme les parties avaient plaidé là une question d'un grand intérêt public, il a cru bon de leur donner le bénéfice de l'opinion qu'il s'en était faite²². Mignault ne s'est tout de même prononcé que dans la mesure nécessaire en l'espèce²³.

Une affaire embarrassante : qui est le juge en chef de l'Alberta ?

Jusqu'en 1921, la Cour suprême de l'Alberta n'était pas formellement divisée en sections distinctes pour la première instance et pour l'appel. Elle était constituée d'un bloc, mais pouvait siéger « en banc » pour entendre les appels : elle était sous la gouverne du juge en chef Horace Harvey, qui était du même coup juge en chef de l'Alberta. La législature de la province envisagea à l'époque d'officialiser l'existence de deux sections dans cette

20. *Attorney General for Canada c. Attorney General for Quebec (Silver's Case)*, [1929] R.C.S. 557 (ci-après cité : « *Silver's Case* ») ; voir *infra*, note 70.

21. *Smith c. The Attorney General of Ontario*, [1924] R.C.S. 331 (ci-après cité : « *Smith* »), 338.

22. *Id.*, 347. Voir aussi *Montcalm Land*, précité, note 14, une cause où la majorité, comprenant le juge Mignault, se prononce sur une question constitutionnelle en dépit du fait que les procureurs généraux n'aient pas été avisés, ce à quoi le juge Rinfret s'oppose ; ainsi que *Rattenbury*, précité, note 13, 58, où la majorité, comprenant Mignault, juge opportun, quoique non nécessaire, de décider de la capacité de l'organisme intimé d'ester en justice.

23. *Smith*, précité, note 21, 348 : Mignault juge que la législation ontarienne en cause constitue une « prohibition » et conclut qu'il n'est pas nécessaire de dire s'il en serait de même dans le cas où une législation provinciale comporterait des exceptions plus grandes.

cour et de prévoir pour chacune un juge en chef. La loi initiale prévoyait que le juge en chef alors en fonction deviendrait le juge en chef de la section d'appel et allait « continuer » d'être le juge en chef de l'Alberta. Cependant, le gouvernement fédéral trouvait que pareilles stipulations dérogeaient à son pouvoir de nommer les juges des cours supérieures²⁴. La loi provinciale fut alors adaptée de manière à laisser ouverte la question. Une fois créées les deux sections, le gouvernement fédéral nomma le juge Harvey juge en chef de la section de première instance et le juge David Lynch Scott juge en chef de la section d'appel : le premier perdait ainsi au profit du second son statut de juge en chef de l'Alberta !

L'affaire fut soumise à la Cour suprême, qui siégea au complet pour en disposer. Chacun des six juges rédigea ses propres motifs. Aux yeux de la majorité, dont Mignault faisait partie, la Législature albertaine n'avait pas eu l'intention d'abolir l'ancienne Cour et de tout refaire à neuf. En conséquence, seul le poste de juge en chef de la section de première instance était nouveau ; celui de juge en chef de l'Alberta était continué et son titulaire maintenu. Pour les deux juges dissidents, l'intention de la Législature était de créer une cour nouvelle ou une section nouvelle, la section d'appel. À leurs yeux, le gouvernement fédéral pouvait donc nommer un juge en chef pour la section d'appel, qui devenait le juge en chef de l'Alberta.

La discussion que font de ce problème les juges de la Cour suprême illustre bien la retenue caractéristique de Mignault. Celui-ci trouve la question « très importante » et il en dispose fort simplement : compte tenu de l'indépendance des juges des cours supérieures que l'article 99 de la Constitution garantit, Mignault dit qu'il faudrait un texte « très clair » pour faire perdre leur poste à des juges. De cette manière, Mignault n'a pas à se prononcer sur l'hypothèse où une législature chercherait à le faire²⁵, ni à juger de la validité de la réorganisation édictée en l'espèce²⁶. De même l'attitude de Mignault ne soulève pas les difficultés qui se posent à la lecture des opinions de ses collègues. Ainsi, la position dissidente met en cause l'indépendance des juges des cours supérieures, en impliquant que le

24. C'est le juge Brodeur qui évoque cette dimension du problème : *In re Chief Justice of Alberta*, (1922) 64 R.C.S. 135, 196. On sait qu'en vertu des articles 92 (14) et 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 3031 Vict., (R.-U.), c. 3, la province peut créer et organiser les tribunaux, mais le fédéral nomme les juges des cours supérieures. Le juge Anglin qualifie ce renvoi d'embarrassant (pp. 162-163).

25. *Id.*, 178 : « Assuming, but not deciding, that the legislature could destroy an existing judicial office, so as to deprive thereof the person duly appointed thereto, it would require a very clear enactment [...] »

26. *Id.*, 179. La validité de cette réorganisation n'était toutefois pas attaquée.

gouvernement fédéral peut congédier des juges à l'occasion d'une réorganisation judiciaire (ou qu'une province pourrait réorganiser ses tribunaux dans l'espoir de voir des juges congédiés). Par ailleurs, Mignault ne s'aventure pas sur le même terrain miné que ses collègues de la majorité : il ne dit pas, comme les juges Duff et Anglin, que les provinces ne peuvent placer de restrictions au pouvoir de nomination fédéral lorsqu'elles créent des tribunaux (en prescrivant par exemple que les juges de la nouvelle cour doivent être choisis parmi ceux de la cour remplacée)²⁷ ; et il ne dit pas, à l'inverse, comme le juge Brodeur, que les provinces possèdent une vaste compétence pour modifier les attributions des juges déjà nommés²⁸.

Somme toute, les difficultés constitutionnelles potentielles, aux yeux de Mignault, servent d'aiguillon à deux pôles. Elles n'ont pas à être réglées avant qu'elles ne se posent réellement, dans un contexte précis. Mais en même temps, il faut les envisager suffisamment pour éviter de les créer ou de les alimenter à même des motifs qui dépassent les besoins de l'espèce soumise.

1.2 La fidélité au Conseil privé

Pour l'interprétation du Code civil, on a dit que Mignault s'était fait le défenseur de la façon de voir du Conseil privé²⁹. Certes, l'opinion de Mignault pouvait souvent correspondre à celle du Conseil privé, mais ce n'est pas cet accord de fond qui semble expliquer sa fidélité au tribunal impérial : même là où Mignault aurait voulu juger autrement, il se rallie à la jurisprudence hiérarchiquement supérieure. Cette attitude s'inspire certainement des principes d'ordre et de certitude du droit qui sont à la base du *stare decisis*³⁰. En matière constitutionnelle, Mignault n'y a jamais dérogé.

27. *Id.*, 160 et 166.

28. *Id.*, 170. La décision de la Cour suprême fut infirmée par le Conseil privé, qui a cherché à éviter les écueils soulignés dans le texte : *In re Reference Concerning the Chief Justice of Alberta*, (1923) 3 W.W.R. 929 (C. privé).

29. D. HOWES, « Dialogical Jurisprudence », dans W. W. PUE et B. WRIGHT (dir.), *Canadian Perspectives on Law & Society. Issues in Legal History*, Ottawa, Carleton University Press, 1988, p. 71, à la page 77.

30. Pour Mignault, le *stare decisis* ne s'appliquait pas techniquement en droit civil, mais il trouvait « presque inouï qu'on se refuse à accepter loyalement les jugements du Conseil privé » : P.-B. MIGNAULT, « Le Code civil de la province de Québec et son interprétation », (1935-36) 1 *U.T.L.J.* 104, 136. Par contre, le *stare decisis* devait s'appliquer en droit public. Dans les décisions constitutionnelles qu'il a rendues, Mignault n'a pas parlé expressément de cette doctrine, mais il s'y est conformé parfaitement. En plus des causes citées dans le présent développement, voir *Caron c. The King*, (1922) 64 R.C.S. 255 ; *Smith c. Lévesque*, [1923] R.C.S. 578 (ci-après cité : « *Smith* »), 589 et 592 ; et l'*Affaire des femmes au Sénat*, précitée, note 17, 303.

Les critiques canadiennes à l'endroit du Conseil privé se sont manifestées dès le XIX^e siècle, mais, à l'époque de Mignault, elles pouvaient aussi s'inspirer d'un nationalisme naissant³¹. On en trouve des échos chez divers juges de la Cour suprême. Ainsi, le juge Idington aime faire référence à la conception « canadienne » des problèmes qu'il aborde³². Pour lui, même si la loi de 1867 fut formellement édictée par le Parlement britannique, elle est « essentially a product of the best thought of our Canadian statesmen³³ ». Ce point de vue tend à s'opposer à une conception à l'anglaise du Canada et à certaines décisions du Conseil privé³⁴. D'autres collègues de Mignault ont critiqué plus ou moins ouvertement la jurisprudence constitutionnelle provenant de Londres³⁵. Pareilles plaintes furent peu à peu assourdies par le leadership constitutionnel du juge Duff, qui siégeait au Conseil privé et dont la pensée se rapprochait de la doctrine provincialiste favorisée par Londres³⁶. Il reste que Mignault, pour sa part, ne s'est jamais élevé contre le tribunal impérial ; au contraire, il a appliqué systématiquement et consciencieusement ses décisions constitutionnelles.

Lorsque le Conseil privé s'était déjà prononcé sur une question, la démarche de Mignault en était fort simplifiée. Il pouvait se contenter de citer les décisions sur lesquelles il appuyait sa conclusion ou d'en exposer

-
31. Voir J.G. SNELL et F. VAUGHAN, *op. cit.*, note 2, pp. 144 et 181-183 ; et A.C. CAIRNS, « The Privy Council and Its Critics », *Revue canadienne de science politique*, vol. 4, 1971, p. 301.
 32. *Barthe c. Almeyn-Sharples*, (1920) 60 R.C.S. 1 (ci-après cité : « Barthe »), 15-17 ; *In re Stone*, précité, note 14, 695.
 33. *Luscar Collieries*, précité, note 14, 468.
 34. Voir *Barthe*, précité, note 32, 9 et suiv. ; *Gold Seal Ltd. c. Dominion Express Co.*, (1921) 62 R.C.S. 424 (ci-après cité : « *Gold Seal* »), 442-443.
 35. Dans *Honsberger c. Weyburn Townsite Co.*, (1919) 59 R.C.S. 281, 283, le juge en chef Davies écrit à propos d'une décision du Conseil privé ayant accueilli peu de temps auparavant un appel de la Cour suprême : « Whether His Lordship stated with accuracy the real meaning and effect of the decision of this court I do not stop to discuss. » Voir aussi *Barthe*, précité, note 32, 27 (j. Anglin) ; *In re the Chief Justice of Alberta*, précité, note 24, 163 (j. Anglin).
 36. Mais en 1926, le juge en chef Anglin, rival de Duff, demandait l'abolition des appels à Londres. Voir J.G. SNELL et F. VAUGHAN, *op. cit.*, note 2, pp. 139-141, 183-186 et 295 (note 94). Depuis le tournant du siècle, les juges en chef de la Cour suprême étaient nommés au Conseil privé, mais y siégeaient sporadiquement ; le juge Duff, puîné, y fut aussi nommé en 1919 (pp. 59, 68 et 122). On trouve sous la plume du juge Newcombe, avec qui Mignault est d'accord, la louange d'une décision « très instructive » du Conseil privé rendue par le juge Duff : *Reference re Validity of the Combines Investigation Act and of S. 498 of the Criminal Code*, [1929] R.C.S. 409 (ci-après cité : « *Reference re Combines Investigation Act* »), 423-424.

succinctement la portée³⁷. Souvent aussi, Mignault s'est rallié à un collègue de la Cour qui appliquait la jurisprudence du tribunal impérial³⁸. Même devant deux décisions difficilement conciliables du Conseil privé, Mignault a fait preuve de loyauté : il a appliqué la première, telle que le Conseil privé l'avait interprétée dans la seconde³⁹. Si l'opinion du tribunal impérial restait nébuleuse et prêtait à interprétation⁴⁰, Mignault cherchait authentiquement à en dégager l'essence : il en tirait un « test » formulé à partir des termes mêmes employés par le Conseil privé, test qu'il appliquait directement⁴¹. Dans ce processus, Mignault n'était pas porté à tenter de « distinguer » artificiellement l'affaire qu'il jugeait⁴² ni à échafauder ses propres théories à partir des décisions londoniennes⁴³. Même lorsque le tribunal impérial ne s'était jamais prononcé sur un point précis, Mignault pouvait en dégager la pensée sur des matières connexes afin de parvenir à sa réponse⁴⁴.

-
37. Voir *Gold Seal*, précité, note 34, 469 ; *Canadian Bank of Commerce c. Cudworth Rural Telephone Co.*, [1923] R.C.S. 618 (ci-après cité : « *Canadian Bank of Commerce* »), 638 (« The law having been thus authoritatively stated ») ; *Sincennes-McNaughton Lines Ltd. c. Bruneau*, [1924] R.C.S. 168 (ci-après cité : « *Bruneau* »), 181-182 ; *In the Matter of Validity of Manitoba Act*, [1924] R.C.S. 317, 327-328 ; *North West Lumber*, précité, note 10, 160 ; *Untermeyer Estate c. Attorney General for British Columbia*, [1929] R.C.S. 84 (ci-après cité : « *Untermeyer Estate* »), 88-89 ; et *Silver's Case*, précité, note 20, 563 et 567.
38. *Reference In re Section 189 of the Railway Act*, [1926] R.C.S. 163 ; *Larue c. Royal Bank of Canada*, [1926] R.C.S. 218 (ci-après cité : « *Larue* ») ; *Hirsch c. Protestant Board of School Commissioners of Montreal*, [1926] R.C.S. 246 (ci-après cité : « *Hirsch* ») ; *C.P.R.*, précité, note 12 ; *Tiny Separate School Trustees c. The King*, [1927] R.C.S. 637 (ci-après cité : « *Tiny* ») ; *Reference re Certain Sections of the Fisheries Act, 1914*, [1928] R.C.S. 457 ; *Rattenbury*, précité, note 13 ; *Reference re Waters and Water-powers*, précité, note 13 ; *Reference re Combines Investigation Act*, précité, note 36.
39. *In re Employment of Aliens*, précité, note 11 : Mignault ne spécule pas sur les difficultés de réconciliation que d'autres juges soulèvent et il ne mentionne même pas une décision de la Cour suprême *in pari materia*.
40. Dans *Great West Saddlery Co. c. The King*, (1919) 59 R.C.S. 19 (ci-après cité : « *Great West Saddlery* »), 23, le juge en chef Davies doit appliquer une décision du Conseil privé qu'il s'est obligé à lire et à relire plusieurs fois.
41. *Id.*, 38 et suiv. ; *Great West Saddlery Co. c. Davidson*, (1919) 59 R.C.S. 45 (ci-après cité : « *Davidson* »), 58 et suiv. ; et *Lukey*, précité, note 19, 79.
42. Dans *Barthe*, précité, note 32, les juges Duff et Mignault distinguent d'une manière classique la décision du Conseil privé à laquelle leurs collègues Idington et Anglin s'attaquent. Voir aussi *Fairbanks c. City of Halifax*, [1926] R.C.S. 349 (ci-après cité : « *Fairbanks* »).
43. Dans *Davidson*, précité, note 41, Mignault dit vouloir s'en tenir au cas concret qui est en cause et éviter de formuler des règles générales, d'autant plus que le Conseil privé a émis une règle claire applicable en l'espèce.
44. Voir *Attorney General for British Columbia*, précité, note 13.

Un cas de conscience : se soumettre ou se rebeller ?

Lorsque Mignault a accédé à la Cour suprême, la question de l'ampleur du pouvoir fédéral de régir le commerce restait fort controversée. Le Conseil privé avait généralement donné à ce pouvoir une portée restreinte, mais sa jurisprudence avait laissé des portes ouvertes⁴⁵. En 1920, la Cour suprême siégea au complet pour juger de la validité de la législation fédérale régissant les « choses nécessaires à la vie » et permettant à la Commission de commerce de rendre une ordonnance défendant aux marchands de vêtements de la ville d'Ottawa de prendre des profits déraisonnables⁴⁶. La Cour s'est divisée également, trois juges trouvant valide l'intervention fédérale et trois l'estimant invalide. L'opinion favorable à la validité fut rédigée par le juge Anglin et elle reçut l'aval du juge en chef Davies et du juge Mignault. Selon cette opinion, l'intervention fédérale pouvait se justifier par la compétence relative au commerce, mais aussi par la clause de « paix, ordre et bon gouvernement » et peut-être en partie par la compétence relative au droit criminel. L'exposition de ces fondements complémentaires témoignait d'une volonté réelle de reconnaître la validité de la mesure fédérale, compte tenu des doutes que l'on pouvait entretenir quant à la suffisance en l'espèce du pouvoir relatif au commerce. Il reste que l'opinion rédigée par le juge Anglin se réclamait expressément du Conseil privé et s'appuyait sur sa jurisprudence. Cependant, en appel, le Conseil privé déclara invalide la législation fédérale en cause⁴⁷.

En 1925, une affaire comparable fut soumise à la Cour suprême : *R. c. Eastern Terminal Elevator Co.*⁴⁸. La *Loi des grains du Canada* y était attaquée, et la problématique effective était semblable à celle qui s'était posée à propos de la Commission de commerce. Deux des trois juges qui s'étaient montrés favorables à la compétence commerciale fédérale en 1920 siégeaient pour cette nouvelle cause, les juges Anglin (devenu juge en chef entre-temps) et Mignault. La législation fédérale fut jugée invalide par quatre voix contre celle du juge en chef Anglin.

La dissidence du juge en chef dans cette affaire constitue une véritable rebuffade à l'endroit du Conseil privé. Anglin laisse voir qu'à son avis la loi fédérale est valide à titre de mesure de commerce, parce qu'elle vise à favoriser l'exportation principale du pays et que le fédéral peut accessoirement toucher des matières provinciales. Mais comme le titre de com-

45. La problématique de fond à cet égard est discutée dans le cadre du point 2.2, *infra*.

46. *In re Board of Commerce*, (1920) 60 R.C.S. 456.

47. *In re The Board of Commerce Act, 1919, and The Combines and Fair Prices Act, 1919*, [1922] 1 A.C. 191.

48. *Eastern Terminal*, précité, note 10.

pétence relatif au commerce a reçu « peu d'encouragement » de la part du Conseil privé⁴⁹, le juge en chef entreprend aussi de justifier la mesure fédérale à partir de deux théories louches que venait juste d'échafauder le tribunal impérial dans l'affaire *Snider*⁵⁰. Ainsi, Anglin critique l'interprétation voulant que l'intempérance ait constitué une situation de crise justifiant l'intervention fédérale en cause dans la célèbre affaire *Russell*⁵¹; mais il conclut que, s'il le faut, la législation actuelle sur le blé peut être validée sur la même base, le problème à résoudre étant plus critique que l'intempérance d'alors⁵². De même, le juge en chef relève l'opinion londonienne selon laquelle le pouvoir fédéral de commerce n'a pas de portée indépendante, mais qu'il peut servir à empiéter sur le domaine provincial s'il est associé à la clause de « paix, ordre et bon gouvernement ». « With the utmost respect, I fail to appreciate the reasoning on which this view is based », tranche-t-il⁵³. Toutefois, comme il doit se soumettre, il invoque cette théorie comme un des fondements de validité de la loi fédérale en cause !

Mignault qui, sur le fond, pense comme Anglin adopte une attitude totalement différente. Il se range à la majorité et déclare la loi fédérale *ultra vires*. « I am constrained to this conclusion », écrit-il non sans sérénité; il renvoie en bloc à cinq jugements du Conseil privé culminant avec l'affaire *Snider*, qui à ses yeux ont « settled the law⁵⁴ ».

Peu après, le Conseil privé refusait la permission d'appeler dans cette affaire.

1.3 Le dépassement de la technique

Les caractéristiques de la manière de Mignault que nous avons relevées précédemment restent assez formelles; elles laissent mal voir si des considérations supérieures l'inspirent. De plus, Mignault est sans contredit un excellent technicien du droit. Ses jugements manifestent un souci méticuleux d'axer son opinion sur les faits particuliers de l'espèce, de tenir compte des termes précis de la législation pertinente et de mettre en œuvre les règles avérées du droit positif. Là encore, la rigueur légale de Mignault camoufle à première vue ses motivations profondes.

49. *Id.*, 439.

50. *Toronto Electric Commissioners c. Snider*, [1925] A.C. 396.

51. *Russell c. The Queen*, (1882) 7 A.C. 829. Voir *Eastern Terminal*, précité, note 10, 438.

52. *Eastern Terminal*, précité, note 10, 443.

53. *Id.*, 441.

54. *Id.*, 456.

Mignault n'en reste pas moins un juriste clairvoyant. Plusieurs des décisions constitutionnelles auxquelles il a participé témoignent du fait qu'il ne se mettait pas à la remorque de la technique juridique.

D'abord, Mignault se contente rarement de disposer d'une question à partir d'une perspective restreinte. Il élargit le focus. Les arbres ne l'empêchent pas de voir la forêt.

Ainsi, en matière d'interprétation législative et constitutionnelle, Mignault prend le sens naturel des mots⁵⁵ et il se rallie au principe de l'interprétation large et libérale⁵⁶. Toutefois, il a particulièrement à cœur de tenir compte du contexte⁵⁷. De cette manière, Mignault parvient à des conclusions qui ne sont pas timorées et qui reflètent adéquatement les politiques législatives de son époque.

Mignault favorise donc une approche globale qui tient plus du réalisme⁵⁸ que du légalisme. Dans *R. c. Eastern Terminal Elevator Co.*, seul était attaqué un paragraphe particulier de la *Loi des grains du Canada* permettant à la Commission de s'approprier les surplus. Aux yeux de Mignault, si on concédait que le Parlement pouvait régir le commerce du grain, il aurait beaucoup de difficulté à comprendre que l'on puisse lui contester le pouvoir de disposer des surplus ; il conclut que c'est plutôt parce qu'il fait partie d'une loi *ultra vires* que le paragraphe en cause est lui-même *ultra vires*⁵⁹. La retenue judiciaire, que Mignault favorise par ailleurs, ne l'asservit manifestement pas.

55. *Attorney General for British Columbia*, précité, note 13, 642-643.

56. Voir *Canadian National Railway Co. c. Croteau*, [1925] R.C.S. 384 (ci-après cité : « *Canadian National Railway* ») ; *Attorney General of Canada c. Attorney General of Alberta*, [1927] R.C.S. 136 (ci-après cité : « *Attorney General of Canada* ») ; et *Tiny*, précité, note 38, 707. Dans l'*Affaire des femmes au Sénat*, précitée, note 17, Mignault rend des motifs concis qui ne permettent pas de savoir s'il appuie l'approche du juge en chef Anglin voulant que l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* conserve son sens de 1867 ; le juge Duff, pour sa part, adopte le principe de l'interprétation constitutionnelle évolutive, qui sera consacré en appel par le Conseil privé.

57. C'est-à-dire des autres dispositions de la même loi : *Smith*, précité, note 30, 590-591 ; *City of Hull c. The King*, [1923] R.C.S. 666 (ci-après cité : « *City of Hull* »), 676-677 ; *Kent*, précité, note 11, 399-400 ; *Affaire des femmes au Sénat*, précitée, note 17, 302-303. Ou d'autres textes *in pari materia* : *Canadian Bank of Commerce*, précité, note 37, 641 ; *Tiny*, précité, note 38, 708-712. Voir aussi *Hirsch*, précité, note 38, 263 et suiv.

58. Voir aussi *Lukey*, précité, note 19, 79 ; *Attorney General of Canada*, précité, note 56, 147-148 ; *Reference re Section 17 of the Alberta Act*, précité, note 14 ; *Reference re Precious Metals in Certain Lands of the Hudson's Bay Co.*, [1927] R.C.S. 458 ; et *Rattenbury*, précité, note 13, 63.

59. *Eastern Terminal*, précité, note 10, 456.

Ensuite, Mignault considérait certainement la technique juridique comme un simple outil au service de l'équité et de valeurs sociales supérieures.

D'une part, il cherche à mettre dans le droit autant de simplicité et d'authenticité que possible. Nourrir le contentieux en laissant prise aux subtilités et aux artifices n'est pas son fort. Chaque fois qu'il le peut, Mignault opte pour une règle ferme et facile d'application, plutôt que pour une tendance susceptible d'accommoder la tergiversation judiciaire ou capable de générer elle-même des problématiques nouvelles⁶⁰. De plus, il ne se laisse pas tromper par la forme qu'emprunte la législation dont il examine la validité⁶¹.

D'autre part, Mignault fait souvent montre d'un humanisme à la recherche de la solution d'équité. On a vu qu'il pouvait donner son point de vue aux parties en dépit de l'absence d'intérêt pour poursuivre⁶². Dans une autre affaire, il trouva que la loi rétroactive invoquée ne s'appliquait pas en l'espèce et il ajouta que s'il avait eu des doutes là-dessus, il aurait quand même choisi l'interprétation qui aurait évité l'injustice que la Couronne recherchait⁶³. S'il doit disposer d'une affaire pour une raison technique, il le « regrette » expressément⁶⁴. Dans *City of Hull c. The King*, la ville appelante avait participé avec la ville et le gouvernement d'Ottawa à un programme d'embellissement, mais elle refusait de verser sa contribution aux coûts en invoquant une disposition de sa charte voulant qu'elle ne soit pas liée, à moins qu'un certificat du trésorier n'atteste que des montants ont été appropriés à telle fin. Une majorité de la Cour, dont Mignault, rejeta l'action contre l'appelante. En particulier, Mignault ne s'y résolut qu'après

60. Cela ressort souvent des affaires de retenue et de fidélité judiciaires que j'ai exposées ci-dessus ; et voir *Smith c. Provincial Treasurer for Nova Scotia*, (1919) 58 R.C.S. 570 (ci-après cité : « *Smith* »), 598 (« This affords a simple solution to the problem submitted to this court ») — et comparer avec la position des autres juges ; *St John and Quebec Railway Co. c. Jones*, (1921) 62 R.C.S. 92, 95 ; *Luscar Collieries*, précité, note 14 ; ainsi que *Reference re Combines Investigation Act*, précité, note 36.

61. Voir *Caledonian Collieries Ltd. c. The King*, [1927] R.C.S. 257, 258 : « To label the tax as an income tax does not affect the substance of the matter » (j. Duff pour la Cour, dont Mignault) ; *Reference re Certain Sections of the Fisheries Act, 1914*, précité, note 38, 473-475 (j. Newcombe, avec qui Mignault est d'accord sur ce point).

62. *Supra*, note 22 et texte correspondant. Voir aussi *Hirsch*, précité, note 38, 250-251.

63. *Kent*, précité, note 11, 400.

64. Dans *Hetherington*, précité, note 11, Mignault conclut que le *certiorari* n'est pas permis en l'espèce, mais note que le point de droit substantif est posé dans d'autres causes pendantes : « This lessens the regret that I would otherwise feel to have to dispose of this case on the rather technical ground that the appellant misconceived its remedy. » Voir aussi *City of Hull*, précité, note 57, 675 ; et *In re Stone*, *infra*, note 89 et texte correspondant.

« the most anxious consideration », ne pouvant trouver à la disposition aucun sens juridiquement acceptable qui lui aurait permis de mettre en œuvre la solution d'équité⁶⁵.

La conscience qu'avait Mignault des limites du droit et de l'existence de valeurs sociales plus profondes a bien transparu dans l'affaire *Tiny*, à propos du financement des écoles catholiques en Ontario. Il a trouvé qu'il y avait là une dette d'honneur, quelque chose dépassant l'obligation légale qui résulte de la Constitution⁶⁶.

*Les derniers motifs de Mignault en matière constitutionnelle :
l'approche téléologique*

La dernière affaire constitutionnelle dont Mignault a disposé portait sur une question de faillite. Elle est généralement connue sous l'appellation *In re Silver Brothers*⁶⁷. Le gouvernement canadien et le gouvernement québécois avaient chacun une créance dont il fallait préciser le rang. Une loi québécoise taxant les corporations disposait que toute somme due à la province était une dette privilégiée prenant rang immédiatement après les frais de justice. Sur le plan fédéral, une loi sur le revenu de guerre prévoyait que la taxe d'accise y imposée constituait un premier privilège sur les biens du débiteur et devait être payée avant toute autre réclamation.

La problématique soulevée dans cette affaire connaissait des ramifications formelles particulièrement nombreuses : interprétation de dispositions diverses, y compris la loi sur la faillite et le Code civil ; possibilité d'appliquer ou de distinguer la jurisprudence du Conseil privé ; validité constitutionnelle des dispositions en cause et prépondérance fédérale en cas de conflit ; possibilité d'appliquer l'article 125 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* exemptant de taxe les gouvernements fédéral et provinciaux⁶⁸ ; et incidence de l'article 16 de la loi d'interprétation fédérale en vertu duquel la Couronne n'est pas liée par une loi qui ne la vise pas expressément, y compris la question additionnelle de savoir si cet article protège aussi la Couronne aux droits d'une province⁶⁹.

65. *City of Hull*, précité, note 57, 676-677. Sur le sens de l'équité de Mignault, voir aussi A. MARIN, *op. cit.*, note 5, p. 30.

66. *Tiny*, précité, note 38, 712 : « It is even more than a legal obligation, it is, if I may say so, an obligation binding in honour. » Voir *infra*, note 79 et texte correspondant.

67. *In re Silver Brothers*, [1932] A.C. 514 ; au niveau de la Cour suprême, *Silver's Case*, précité, note 20.

68. C'est la solution retenue par le juge Duff, dissident, qui se dit aussi d'accord avec le juge Rinfret : la législation fédérale ne vise pas la province, qui détient un *jus in re* protégé par l'article 125.

69. C'est sur ce point que le Conseil privé a accueilli l'appel (*supra*, note 67), jugeant que la législation fédérale n'avait pas expressément visé la province. Voir la critique de F.R. SCOTT, « Case and Comment », (1932) 10 *R. du B. can.* 658.

Mignault ne s'est pas laissé prendre à ces pièges techniques. Rédigeant l'une des opinions majoritaires faisant prévaloir la réclamation fédérale, il aborda de front la plupart de ces points⁷⁰. Cependant, jamais il ne s'est enfermé dans une approche formaliste. Au contraire, il a fait voir clairement sa motivation essentielle, qui portait sur la substance ; il fallait donner effet à l'objectif que visait le fédéral lorsqu'il a inclus dans sa loi sur le revenu de guerre la clause de priorité et rejeter les prétentions contrariant cet objectif⁷¹. Cette approche s'opposait à celles des juges dissidents, qui retenaient une intention « présumée » du législateur⁷². De même, Mignault répondit de manière réaliste à l'argument voulant qu'il n'y avait pas de conflit de lois réel en l'espèce et que le conflit ne résultait que de la circonstance accidentelle que les biens étaient insuffisants pour payer les deux créances : c'est justement, souligna-t-il, en vue d'une telle circonstance que le Parlement a créé la priorité ! — et cette priorité serait niée si la province devait jouir du droit de partager le premier rang⁷³. Quand on constate l'omniprésence aujourd'hui de l'approche téléologique en matière constitutionnelle, on se rend compte que Mignault était à sa façon un juriste d'avant-garde.

2. Le point de vue de Mignault

Les caractéristiques dominantes de la manière de Mignault obligent à faire montre d'une certaine réserve dans l'exposition de sa « pensée constitutionnelle ». Mignault n'est pas un juge de subjectivité. Il ne relate pas ses états d'âme. Il ne laisse pas ses opinions personnelles sur des sujets particuliers conditionner les solutions juridiques des problèmes qui lui sont soumis.

Toutefois, la jurisprudence de Mignault fait voir des tendances systématiques qui permettent de poser les bases d'une pensée constitutionnelle articulée. Ainsi Mignault, comme intervenant privilégié dans l'une des trois fonctions de l'État, manifeste un grand respect envers les deux autres fonctions (qui, elles, sont politiques) et, en particulier, envers le rôle du législateur. On peut aussi trouver chez lui des orientations plus directement

70. Le juge en chef Anglin (auquel se rallient les juges Lamont et Smith) et le juge Newcombe sont allés dans le même sens que Mignault, mais ils ont produit de manière concise leurs propres motifs vraisemblablement pour éviter d'avaliser la conception restrictive de l'article 16 de la *Loi d'interprétation* fédérale que Mignault avait développée en *obiter* (*Silver's Case*, précité, note 20, 565-566).

71. *Silver's Case*, précité, note 20, 566. Ce point de vue est repris dans les autres motifs de la majorité.

72. *Id.*, 571 (j. Rinfret, avec qui le juge Duff est d'accord).

73. *Id.*, 567.

liées au partage des compétences : la volonté d'affranchir le pouvoir central et celle de maintenir un équilibre dynamique des compétences.

2.1 Le respect du rôle du législateur

S'il fallait se fier aux conclusions déposées par Mignault dans les divers jugements qu'il a rendus, on devrait dire qu'il est tantôt un homme de gauche, réformiste, avec une conscience sociale développée, et tantôt un homme de droite, réactionnaire et défenseur de l'ordre établi⁷⁴. De même, il faudrait dire qu'il fait primer tantôt la substance sur la forme, tantôt l'inverse⁷⁵. La vérité, cependant, c'est que Mignault tient à distinguer le politique et le judiciaire.

D'abord, Mignault fait confiance aux pouvoirs politiques et il leur laisse le soin d'orienter l'État. À l'époque de Mignault, le principal contentieux constitutionnel portait sur la taxation et plusieurs causes ont particulièrement soulevé la question de l'étendue de la compétence provinciale d'imposer des droits successoraux. Dans cette problématique, une préoccupation manifestée par divers juges de la Cour suprême consistait à éviter les possibilités de double taxation⁷⁶. Or, Mignault s'est explicitement dissocié d'une telle approche. Pour lui, il n'appartient pas aux tribunaux de chercher à prévenir la double taxation par interprétation des compétences législatives ; c'est aux législateurs d'établir des politiques fiscales qui garderont le pays attrayant pour les investisseurs étrangers⁷⁷. Une attitude comparable transparait des affaires relatives à l'éducation. Dans *Hirsch*, Mignault fut d'accord avec la Cour pour dire qu'il ne lui appartenait pas d'évaluer les politiques d'aménagement du système scolaire en vue d'accommoder les élèves autres que catholiques et protestants⁷⁸. Et dans *Tiny*, à l'objection voulant que la province pourra éluder ses obligations en faisant des subventions spéciales (que n'auront pas le droit de partager les écoles séparées), Mignault répondit que ce n'était pas une raison pour lui nier son pouvoir et qu'il ne fallait pas présumer qu'elle en abuserait⁷⁹.

74. Par exemple, Mignault s'est prononcé en faveur de la réglementation fédérale des prix des denrées de base, mais il a reconnu la validité de mesures de guerre longtemps après que la guerre eut été terminée : *infra*, notes 90-91 et 108-113 et texte correspondant.

75. Comparer, par exemple, *Silver's Case* et *In re Price Bros.* : *infra*, notes 67-73 et 90-91 et texte correspondant.

76. Voir *Smith*, précité, note 60, 575-576 (j. en chef Davies) ; *Barthe*, précité, note 32, 27-28 (j. Anglin) ; et *Smith*, précité, note 30, 582 (j. Idington).

77. *Barthe*, précité, note 76, 36-37.

78. *Hirsch*, précité, note 38, 271.

79. *Tiny*, précité, note 38, 712.

Les choix politiques se retrouvent notamment dans les lois. Et on sait que Mignault est particulièrement soucieux de dégager l'intention réelle du législateur. À propos d'une disposition provinciale affirmant qu'une taxe est directe, il a même écrit que, si elle ne rend pas la taxe directe, elle n'est pas sans importance pour déterminer l'intention de la Législature⁸⁰.

Évidemment, pour Mignault, lorsque le législateur a fait son choix, il faut le respecter et il n'appartient pas à la Cour de s'y substituer⁸¹. Cela ressort de son attitude dans l'affaire où la ville de Hull refusait d'honorer un de ses engagements⁸², ainsi que dans deux causes fiscales où Mignault parlait au nom de la Cour : dans *North West Lumber*, il admit qu'il y avait peut-être eu une évaluation excessive, mais jugea que la compagnie aurait dû en appeler aux tribunaux que le législateur avait prévus pour ce cas⁸³ ; dans *Untermyer Estate*, il évita de substituer son opinion à celle du commissaire chargé par la loi de déterminer la juste valeur des actions en cause⁸⁴. Dans l'affaire *Luscar Collieries*, minoritaire sur ce point, Mignault jugea valide l'exercice fait en termes généraux du pouvoir déclaratoire du Parlement du Canada ; il souligna de diverses façons qu'il appartient au Parlement lui-même de juger de l'opportunité de recourir à ce pouvoir⁸⁵. Et il se rallia aux opinions voyant dans les discrétions ministérielles conférées par le Parlement des pouvoirs politiques que les tribunaux doivent respecter⁸⁶.

On conçoit que Mignault n'est pas du genre à s'élever contre les politiques adoptées par le législateur. Par exemple, ce n'est pas lui qui critiquerait la Colombie-Britannique pour s'être lancée dans le commerce des alcools⁸⁷. De même, en 1921, une loi fédérale rétroactive vint corriger l'illégalité dont on se prévalait dans un litige en cours ; contrairement à certains de ses collègues, Mignault appliqua cette loi sans la critiquer — mais il octroya les frais à la partie qui en avait été lésée⁸⁸. Dans une autre

80. *In the Matter of Validity of Manitoba Act*, précité, note 37, 324. Les provinces ne peuvent adopter de taxes indirectes aux termes de la Constitution.

81. Voir *Canadian National Railway*, précité, note 56, 386. Les « tribunaux doivent s'incliner devant la loi », écrivit-il en 1935 : P.-B. MIGNAULT, *loc. cit.*, note 30, 134.

82. *City of Hull*, précité, note 57. Voir *supra*, note 65 et texte correspondant.

83. *North West Lumber*, précité, note 10.

84. *Untermyer Estate*, précité, note 37.

85. *Luscar Collieries*, précité, note 14, 479 et suiv., et voir *infra*, notes 133-134 et texte correspondant.

86. *Reference In re Section 189 of the Railway Act*, précité, note 38, 177 ; et *Reference re Certain Sections of the Fisheries Act, 1914*, précité, note 38, 465-466.

87. Voir l'opinion du juge Idington dans l'*Affaire du Johnny Walker*, précitée, note 15.

88. *Gold Seal*, précité, note 34, 470-471 ; la loi en cause est critiquée par le juge Anglin (464 et 468) et déclarée *ultra vires* par le juge Idington, dissident. Voir aussi *Kent*, précité, note 11, où le juge Idington critique une autre loi rétroactive.

affaire, une loi de la Saskatchewan en matière successorale avait pour effet de donner plus de droits aux enfants illégitimes qu'aux enfants légitimes ; parlant au nom d'une majorité, Mignault « regretta » que ces derniers ne puissent rien toucher, mais il déclara la loi valide et il l'appliqua⁸⁹.

Une marge de manœuvre exceptionnelle pour les mesures de guerre

Une ordonnance de 1920 de la Commission fédérale de commerce obligeait la compagnie Price Brothers à fournir certains acheteurs de papier journal et sa validité dépendait d'un arrêté en conseil adopté la même année en vertu de la *Loi des mesures de guerre*. Le juge Mignault, dissident, est le seul à avoir reconnu la validité de l'arrêté en conseil à titre de mesure de guerre.

La décision de la majorité n'est pas fondée sur l'idée que la guerre était finie lorsque l'arrêté en conseil fut adopté. Seul le juge Brodeur s'exprime clairement dans ce sens. Il reste que Mignault fait ressortir les termes de la *Loi des mesures de guerre* voulant que la proclamation gouvernementale soit une « preuve concluante » de l'état de guerre et que l'état de guerre soit présumé continuer tant qu'une autre proclamation n'est pas faite. Il considère cette présomption comme étant *juris et de jure*. Elle empêche la Cour de décider que la guerre est terminée et que l'application de la *Loi des mesures de guerre* n'est plus valable :

That this legal presumption may be contrary to existing facts is a matter for the consideration of Parliament that enacted it, but not for a court of law which is bound by it. The anomaly of such a situation calls for action by Parliament or by the Governor in Council to bring it to an end, but no such action appears to me to be open to this court⁹⁰.

Sur ce point, le juge Anglin prend une position semblable, de manière laconique.

Toutefois, la *ratio* de la partie de la décision de la Cour portant sur la *Loi des mesures de guerre* tient plutôt à ceci : l'arrêté en conseil fédéral adopte une mesure de nature économique et non une mesure de guerre, il adopte une mesure non autorisée par la loi en question. Pour parvenir à cette conclusion, les juges se sont basés notamment sur le sens commun, sur la connaissance générale⁹¹. C'est sur ce point que Mignault est véritablement dissident : il dit qu'à moins d'imputer de la mauvaise foi au gouvernement il ne prendra pas l'initiative de décider à sa place de ce qui est nécessaire ou opportun pour faire face à la guerre. Mignault souligne

89. *In re Stone*, précité, note 14, 692.

90. *In re Price Bros.*, précité, note 11, 299.

91. *Id.*, 272-273 et 279 (j. Duff et Anglin).

que le Parlement a conféré au gouvernement une discrétion à cet égard et qu'en l'espèce une loi de 1919 en avait approuvé l'exercice relativement au papier journal.

2.2 L'affranchissement du pouvoir central

Au moment où Mignault assumait ses fonctions à la Cour suprême, les tendances lourdes de la jurisprudence constitutionnelle du Conseil privé s'étaient déjà manifestées. Et lord Haldane, au Conseil privé depuis 1911, allait y imprimer sa marque jusqu'en 1928. C'est pendant cette époque des plus « provincialistes » de la jurisprudence constitutionnelle canadienne que Mignault s'est montré très favorable au pouvoir central.

Cette tendance est apparue rapidement, d'abord à propos des immunités des compagnies fédérales. Dans l'affaire *Great West Saddlery*, une loi manitobaine exigeait que les compagnies fédérales s'enregistrent et obtiennent un permis — et elle fut jugée valide. Mignault enregistra sa dissidence parce qu'il trouvait que ces exigences étaient imposées à une compagnie « as a condition of exercising its powers and of suing in the courts⁹² ». À ses yeux, cela dérogeait aux pouvoirs fédéraux :

To decide otherwise and to sustain the validity of such a statute would in effect restrict the power of the Dominion Parliament to the creation of the company and the enumeration of its powers, but the company would find itself paralyzed and its powers would be inoperative so long as it had not complied with the requirements exacted by the province⁹³.

De manière comparable, Mignault jugea invalide une loi provinciale visant les Chinois et les Japonais⁹⁴.

En fait, dans la plupart des cas où la Cour s'est divisée à propos d'une problématique fédérale-provinciale, Mignault s'est rangé du côté du fédéral (ou à l'encontre de la position provinciale)⁹⁵. Lorsqu'il a adopté une

92. *Davidson*, précité, note 41, 60.

93. *Id.*, 61. Voir aussi *Montcalm Land*, précité, note 14, 559. Dans *Great West Saddlery*, précité, note 40, la loi de la Saskatchewan avait été conçue pour satisfaire au test qu'évoque Mignault et elle fut jugée valide à l'unanimité.

94. *In re Employment of Aliens*, précité, note 11, où la Cour se divise également sur la question impliquant la compétence fédérale exclusive relativement aux étrangers et à la naturalisation ; et voir *supra*, note 39 et texte correspondant.

95. *Davidson*, précité, note 41 ; *In re Board of Commerce*, précité, note 46 ; *In re Employment of Aliens*, précité, note 11 ; *Affaire du Johnny Walker*, précitée, note 15 ; *Lukey*, précité, note 19 ; *Town of Kamsack c. Canadian Northern Town Properties Co.*, [1924] R.C.S. 80 ; *Luscar Collieries*, précité, note 14 ; *Fairbanks*, précité, note 42 ; *C.P.R.*, précité, note 12 ; et *Silver's Case*, précité, note 20. Voir aussi *Tiny*, précité, note 38. La seule exception claire serait *Attorney General for British Columbia*, précité, note 13.

attitude particulièrement provincialiste, c'était pour se rallier au Conseil privé⁹⁶.

L'attitude de Mignault n'était pas différente si étaient en cause des compétences de pur droit privé. Dans l'affaire *Larue*, la Banque royale détenait une hypothèque judiciaire aux termes du Code civil, mais la loi fédérale de la faillite énonçait qu'une déclaration de faillite primait sur tous « jugements opérant comme hypothèques ». Pour éviter d'être ramenée au rang de simple créancier ordinaire dans la faillite, la Banque devait réussir à faire interpréter cette dernière disposition comme ne visant pas les hypothèques judiciaires du Code civil ou comme ne les visant qu'aux fins de les assujettir à la *procédure* de faillite, ou encore elle devait la faire déclarer *ultra vires* des pouvoirs fédéraux parce que relative à la propriété et aux droits civils. Chacune de ces options fut retenue, pour l'essentiel, dans la décision de la Cour du Banc de la Reine⁹⁷ et dans la dissidence du juge Rinfret au niveau de la Cour suprême⁹⁸. Mignault, pour sa part, adhéra au jugement majoritaire à l'effet contraire. Pour la majorité, le Parlement avait voulu régir la priorité de distribution des biens et couvrir les hypothèques du Code civil. En ce qui concerne la compétence législative pour ce faire, il n'y a pas lieu de lui donner une définition étroite qui exclurait le pouvoir de changer les priorités qui résultent des lois provinciales. Au contraire, les pouvoirs ancillaires dont dispose le fédéral et la doctrine du double aspect lui permettent d'intervenir de la sorte ; et s'il y a chevauchement, la loi fédérale prévaut en cas de conflit.

Cette conception généreuse d'une compétence fédérale de droit privé fut confirmée en appel par le Conseil privé⁹⁹. Cela causa « un certain émoi dans les milieux juridiques québécois » : Léo Pelland s'éleva contre l'utilisation de la compétence fédérale en matière de faillite pour annuler l'hypothèque judiciaire et « rayer ainsi un chapitre important de notre Code civil¹⁰⁰ » ; Alexandre Gérin-Lajoie trouva « inexplicable » l'attitude de Mignault dans cette affaire, qui consacrait « l'ingérence insupportable du législateur fédéral dans le domaine de notre droit provincial¹⁰¹ ». En fait, Mignault luttait pour l'intégrité du droit civil, mais il restait à cet égard plus

96. Voir *supra*, notes 48 à 54 et texte correspondant.

97. *Larue c. Banque royale du Canada*, (1926) 40 B.R. 561.

98. Affaire *Larue*, précitée, note 38, 229 et suiv.

99. *Royal Bank of Canada c. Larue*, [1928] A.C. 187.

100. A. BOHÉMIER, *La faillite en droit constitutionnel canadien*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1972, pp. 319-320 ; L. PELLAND, « Problèmes de droit constitutionnel », (1936) 15 *R. du D.* 65, 75. L'importance de l'hypothèque judiciaire en droit civil est aussi soulignée dans la dissidence du juge Rinfret (*Larue*, précité, note 38).

101. A. GÉRIN-LAJOIE, « Démolisseurs ! Pour ne pas dire pire... », (1928) 6 *R. du D.* 449, 451 et 461.

un « pragmatique » qu'un « protectionniste »¹⁰². Pour lui, le principal danger qui menaçait le droit civil provenait des tribunaux eux-mêmes¹⁰³. Les interventions fédérales en droit privé constituaient certes un autre danger, parce qu'elles « s'inspirent surtout du droit anglais », visant en principe à s'appliquer partout au Canada¹⁰⁴. Mais pour les matières où le Parlement est directement compétent, Mignault trouvait qu'elles ont un effet somme toute limité et que « nous n'y pouvons rien » ; en ce qui a trait aux interventions fédérales indirectes ou accessoires, il revenait selon lui à « nos représentants au Parlement » d'exercer une vigilance¹⁰⁵.

Si Mignault était un champion du purisme du droit civil¹⁰⁶, c'était dans une mesure fort raisonnable. Sa conception du partage des compétences était telle que le droit privé québécois allait être complété par des interventions fédérales soumises à peu d'entraves. Il n'acceptait donc pas de contrer entièrement chacun des facteurs qui étaient perçus à l'époque comme des menaces au droit civil, dont l'uniformisation du droit au Canada et le « droit statutaire¹⁰⁷ ». De plus, comme je le ferai ressortir dans le point 2.3, Mignault favorisait plus la concurrence dynamique des pouvoirs fédéraux et provinciaux que leur catégorisation étanche. Son ouverture à l'interpénétration des deux systèmes de droit privé au Québec, par l'intermédiaire de sa conception du partage des compétences, était donc grande. On pourra voir qu'elle se manifeste particulièrement bien en matière de commerce.

Comment justifier les pouvoirs de la Commission de commerce ?

On sait que la Cour suprême s'est divisée à trois contre trois en 1920 à propos de la validité de la législation fédérale régissant les « choses nécessaires à la vie » ; en l'espèce, était particulièrement testé le pouvoir conféré

102. S. NORMAND et J. GOSSELIN, « La fiducie du *Code civil* : un sujet d'affrontement dans la communauté juridique québécoise », (1990) 31 C. de D. 681.

103. P.-B. MIGNAULT, « L'avenir de notre droit civil », *loc. cit.*, note 2, 60 et suiv., et « Les rapports entre le droit civil et la « common law », spécialement dans la province de Québec », *loc. cit.*, note 2, 207 et suiv.

104. Voir P.-B. MIGNAULT, « Les rapports entre le droit civil et la « common law », spécialement dans la province de Québec », *loc. cit.*, note 2, 206-207, et Larue, précité, note 38, 223.

105. P.-B. MIGNAULT, « L'avenir de notre droit civil », *loc. cit.*, note 2, 59, et « Les rapports entre le droit civil et la « common law », spécialement dans la province de Québec », *loc. cit.*, note 2, 207.

106. *Supra*, note 2 et texte correspondant.

107. Voir S. NORMAND, « Un thème dominant de la pensée juridique traditionnelle au Québec : la sauvegarde de l'intégrité du droit civil », (1987) 32 R. de D. McGill 559, 578 et suiv.

à la Commission de commerce de rendre une ordonnance défendant aux marchands de vêtements de la ville d'Ottawa de prendre des profits déraisonnables. Comment pareille ingérence dans ce qui paraît être du commerce purement local pouvait-elle se justifier aux yeux de Mignault ?

Les trois juges de la Cour suprême qui ont conclu à l'invalidité de la législation fédérale en cause ont bien fait ressortir les difficultés qu'elle soulevait. Pour eux, la réglementation des prix dans les magasins relève de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils. Le juge Idington trouva « extravagante » la prétention fondée sur la compétence fédérale relative au commerce, vu le nombre de fois où elle fut rejetée par la jurisprudence¹⁰⁸. Les juges Duff et Brodeur soulignèrent l'idée que ce pouvoir ne permet pas de régir des commerces particuliers ; pour cette raison, le juge Duff refusa d'activer en l'espèce le volet de cette compétence que le Conseil privé avait évoqué dans *Citizens Insurance Co. c. Parsons*¹⁰⁹, savoir la réglementation générale du commerce touchant tout le Dominion¹¹⁰. Quant au pouvoir du Parlement de légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, aux yeux de ces juges, il ne pouvait légitimer la mesure en cause parce que, selon la jurisprudence, il ne permettait pas de toucher incidemment aux domaines provinciaux, sauf en cas d'urgence ; le juge Duff précisa qu'autrement la compétence fédérale n'aurait pas de limites¹¹¹.

C'est le juge Anglin qui rédigea les motifs à l'effet contraire, motifs auxquels souscrivirent le juge en chef Davies et le juge Mignault. Il mentionna que la législation fédérale pouvait être justifiable en partie à titre de mesure criminelle, mais l'essentiel de ses motifs visait à la déclarer valide comme mesure de commerce ainsi que d'intérêt national. Le juge Anglin admettait qu'il y avait empiétement sur la compétence provinciale relative à la propriété et aux droits civils. C'est pourquoi il préférait fonder la validité de la mesure fédérale sur un pouvoir énuméré, en l'occurrence sur le pouvoir relatif au commerce. Pour lui, le test consistait à savoir si cette mesure portait, dans son essence, sur une question d'intérêt général ou sur une question de nature locale ou privée. Or la réglementation du prix des choses nécessaires à la vie « may under certain circumstances well be matter of national concern and importance — may well affect the body

108. *In re Board of Commerce*, précité, note 46, 488. Cette prise de position classique semblait avoir une inspiration idéologique puisque le juge Idington souleva le spectre que le Parlement puisse adopter « any sumptuary law or socialistic conception of organized society » (p. 489).

109. *Citizens Insurance Co. c. Parsons*, (1881) 7 A.C. 96, 113.

110. *In re Board of Commerce*, précité, note 46, 498-504.

111. *Id.*, 507-513.

politic of the entire Dominion » et les profits excessifs peuvent menacer « the moral and social well-being of Canada »¹¹². De plus, certaines de ces denrées peuvent être produites dans une province et vendues dans une autre, de telle sorte que les mécanismes d'enquête et de contrôle sur les prix devraient opérer dans plus d'une province ; or il serait impraticable pour une province d'intervenir seule en pareille matière et il serait difficile de le faire par législations provinciales complémentaires. Le juge Anglin trouva que le pouvoir général de légiférer pouvait aussi soutenir pareille mesure, dont l'aspect et le but n'étaient pas de nature locale. Il préféra tout de même conclure qu'il s'agissait d'une loi de commerce valide aux termes de l'arrêt *Parsons* : l'application de cette loi allait à certains stades influencer sur le commerce interprovincial et international ; et elle visait « the general regulation of trade in necessities of life throughout the Dominion¹¹³ ».

Que Mignault ait adhéré à pareils motifs, à une époque où la pratique consistait à rédiger son opinion propre, est fort significatif. Ces motifs véhiculent la quintessence de la pensée constitutionnelle pancanadienne qui faisait contrepoids aux tendances provincialistes du Conseil privé. Ils veulent valoriser les principaux pouvoirs fédéraux, ils veulent permettre d'agir en soulignant l'efficacité de l'intervention fédérale et l'inefficacité correspondante d'éventuelles interventions provinciales comparables et ils ne cherchent pas à définir *a priori* des limites précises aux compétences du Parlement afin de garantir l'autonomie provinciale.

2.3 L'équilibre dynamique des compétences

S'il fallait s'en tenir à une compilation statistique des conclusions auxquelles il est parvenu dans les affaires de partage des compétences, on devrait retenir de Mignault son fort penchant en faveur du pouvoir central et déduire que sa conception du régime aurait laissé les provinces à l'étroit. Toutefois, d'autres perspectives indiquent que Mignault avait une vision équilibrée du fédéralisme canadien.

Pour Mignault, ce serait par un processus politique dynamique que les compétences fédérales et provinciales doivent s'équilibrer, plus que par une définition statique de leurs limites. On sait en effet que Mignault faisait en principe confiance au législateur. Au surplus, n'étant pas un juriste artificiel, Mignault rejetait manifestement — même avant la lettre — l'approche formaliste des « compartiments étanches ». Cette expression fut

112. *Id.*, 466, 467.

113. *Id.*, 471. Le juge atténue la plausibilité de cette caractérisation en expliquant à la page suivante que le Parlement se devait de déléguer des pouvoirs à la Commission étant donné qu'il ne pouvait efficacement régler par législation générale un problème qui varie en fonction des conditions locales.

consacrée dans un jugement du Conseil privé de 1937 décrétant que la mise en œuvre des traités ne relevait pas seulement d'Ottawa et qu'elle devait respecter le partage ordinaire des compétences¹¹⁴. L'idée des « compartiments étanches » était apparue dans ce jugement comme un pur hors-d'œuvre¹¹⁵. Pourtant, la règle relative à la mise en œuvre des traités et la notion d'étanchéité sont restées associées dans les critiques acerbes que la décision a provoquées¹¹⁶. Or, 12 ans plus tôt, la Cour suprême avait émis un avis unanime allant dans le même sens que la décision de 1937¹¹⁷. Mignault adhéra aux motifs de la Cour formulés par le juge Duff, où rien n'accrédite une conception étanche du partage des pouvoirs¹¹⁸.

En fait, Mignault acceptait avec facilité les chevauchements de législation, la concurrence des pouvoirs et la théorie du double aspect¹¹⁹. Il se rangeait sans réserve à l'idée que les compétences énumérées ne constituent pas d'« exact logical disjunctions¹²⁰ ». Il tendait même à reconnaître que, par son pouvoir sur la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, le fédéral puisse toucher incidemment à des matières provinciales, alors que la jurisprudence établie à l'époque le proscrivait¹²¹. Et pour lui, une loi fédérale pouvait viser la Couronne provinciale¹²², quoiqu'il eût tendance à rejeter la réciproque¹²³. Il reste que sa tolérance à l'égard de l'exercice des pouvoirs savait aussi profiter aux provinces.

114. *Avis sur les conventions du travail*, [1937] A.C. 326.

115. Voir *id.*, 354.

116. Voir J.-C. BONENFANT, « L'étanchéité de l'A.A.N.B. est-elle menacée ? », (1977) 18 *C. de D.* 383.

117. *In the Matter of Legislative Jurisdiction over Hours of Labour*, [1925] R.C.S. 505. Il restait toutefois possible de soutenir que la Cour n'avait pas vraiment vidé la question : C.W. JENKS, « The Constitutional Capacity of Canada to Give Effect to International Labour Conventions », (1934, 1935) 16, 17 *J. Comparative Legislation and Int. L.* 201, 12.

118. Au contraire, la Cour conçut comme concurrente la compétence de régir les heures de travail dans les entreprises de transport et de communication fédérales. Le pouvoir est aujourd'hui exclusivement fédéral.

119. Dans *In re Board of Commerce*, précité, note 46, 466-471, et dans *Larue*, précité, note 38, 225 et suiv., ces concepts sont au cœur de l'opinion à laquelle il adhère. Voir aussi *Reference In re Section 189 of the Railway Act*, précité, note 38.

120. *Reference re Certain Sections of the Fisheries Act, 1914*, précité, note 38, 471 (j. Newcombe, avec qui Mignault se dit pleinement d'accord). Il s'agit là d'une réminiscence de *John Deere Plow Co. c. Wharton*, [1915] A.C. 330, 338 : « cannot be construed as having been intended to embody the exact disjunctions of a perfect logical scheme » (lord Haldane).

121. *In re Board of Commerce*, précité, note 46 : comparer 468-471 (j. Anglin, avec qui Mignault est d'accord) avec 490 (j. Idington), 506-513 (j. Duff) et 521 (j. Brodeur).

122. *Silver's Case*, précité, note 20.

123. *Martinello and Co. c. McCormick and Muggah*, (1919) 59 R.C.S. 394, 400 (j. Anglin, avec qui Mignault est d'accord).

Ainsi, Mignault rédigea des motifs qui rallièrent une majorité de juges dans l'affaire *In re Stone*, où était en cause une loi de la Saskatchewan étendant aux illégitimes le droit de succéder. Cette loi avait pour effet de limiter la déshérence et donc le droit de la Couronne de recueillir les biens. Invoquant l'approche classique du Conseil privé quant à l'ampleur des pouvoirs provinciaux, Mignault confirma la validité de la loi. Pour lui, cela valait même si c'était le fédéral qui avait le droit aux biens en déshérence dans cette province (ce sur quoi il trouvait inutile de se prononcer)¹²⁴. Sa décision équivalait à dire que « a Province can by legislation within its competence deprive the Dominion of a prerogative or right which it might otherwise enjoy¹²⁵ ».

La célèbre affaire *Bédard c. Dawson* est aussi significative. Une loi québécoise prescrivant la fermeture des maisons de désordre fut jugée valide comme étant relative à la propriété et aux droits civils plutôt que relative au droit criminel, qui relève du pouvoir central. Chacun des juges de la Cour suprême qui ont entendu cet appel a rédigé ses motifs propres, axés sur le chevauchement de pouvoirs, sur l'aspect ou sur la désirable coopération fédérale-provinciale. Mignault aussi alla dans ce sens. Il trouvait que la mesure « rentre pleinement dans le droit civil » et il se disait tout à fait d'accord avec la Cour du Banc du Roi¹²⁶. Or celle-ci avait parlé des conséquences civiles d'un acte criminel et elle avait fait ressortir la fréquence de l'entrecroisement des pouvoirs et la nécessité des chevauchements¹²⁷.

Dans le domaine fiscal, les législations superposées sont acceptées par la Constitution. Déclarer valide une loi provinciale dans ce secteur n'enlève rien à la marge de manœuvre du fédéral. Ainsi, il est arrivé à Mignault d'interpréter largement la compétence fiscale des provinces¹²⁸. C'est lui qui a accepté le plus clairement le pouvoir provincial de taxer les transmissions dans la province de biens situés hors de la province¹²⁹.

Dans la mesure où deux lois couvrent un même terrain et entrent en conflit, la loi fédérale prévaut et rend inopérante la loi provinciale. Le critère du conflit de lois, selon qu'il est plus ou moins exigeant, conditionne donc la marge de manœuvre des provinces. Or Mignault s'est montré généreux à cet égard dans l'affaire *Bruneau*. Une disposition de la loi fédérale sur la marine marchande limitait la responsabilité du propriétaire

124. *In re Stone*, précité, note 14.

125. S. DENISON, « Annotation », [1925] 4 D.L.R. 901, 903.

126. *Bédard c. Dawson*, [1923] R.C.S. 681, 687.

127. *Bédard c. Dawson*, (1921) 33 C.B.R. 246.

128. Voir *Smith*, précité, note 30.

129. Voir *Barthe*, précité, note 32.

d'un navire, tandis que la législation québécoise sur les accidents du travail pouvait entraîner un dépassement de cette limite. Les juges de la Cour suprême ont souligné que ces lois couvraient des terrains différents (délictuel et contractuel) et certains ont noté qu'il n'y avait pas de dépassement en l'espèce. Mignault fit un pas de plus : même si la loi fédérale s'appliquait au cas de plusieurs réclamations qui résultaient d'un même accident, il n'y avait pas à ses yeux de « conflit nécessaire » avec la législation provinciale¹³⁰.

Enfin, Mignault semble moins porté que ses collègues à émettre des *dicta* restrictifs envers des pouvoirs provinciaux. Pour une bonne part, cette attitude peut résulter de sa tendance à la retenue judiciaire, que nous avons déjà relevée. Mais elle peut aussi être inspirée et encouragée par l'idée qu'il convient de laisser autant d'espace que possible à l'initiative politique. Toujours est-il que l'on trouve plusieurs causes où des juges de la Cour suprême circonscrivent par anticipation des pouvoirs provinciaux alors que Mignault garde à cet égard une parfaite réserve¹³¹.

Il ne faut pas craindre pour le fédéralisme

Dans l'affaire *Luscar Collieries*, la Commission fédérale des chemins de fer avait permis à un mineur d'utiliser un embranchement qu'une compagnie concurrente avait construit. La question fut posée de savoir si le fédéral avait compétence relativement à cet embranchement. Par cinq voix contre celle du juge Idington, la Cour suprême répondit que oui.

Le juge Duff, parlant pour trois des juges majoritaires, reconnut la compétence fédérale sur la base du fait que l'embranchement faisait partie intégrante d'un réseau interprovincial. Les mêmes juges, cependant, rejetèrent la prétention selon laquelle l'embranchement avait valablement fait l'objet du pouvoir déclaratoire ; ils étaient sur ce point du même avis que le juge dissident, tandis que les juges Mignault et Newcombe trouvaient valide l'exercice du pouvoir déclaratoire en l'espèce. Autrement dit, Mignault et Newcombe étaient en fait minoritaires, même s'ils partageaient la conclusion de la majorité.

130. *Bruneau*, précité, note 37, 183.

131. Voir *Smith*, précité, note 60 (j. en chef Davies et j. Anglin) ; *Great West Saddlery*, précité, note 40 (j. en chef Davies) ; *Gold Seal*, précité, note 34 (j. Idington et Anglin) ; *In re The Chief Justice of Alberta*, précité, note 24 (j. Duff et Anglin) ; *Bédard c. Dawson*, précité, note 126 (j. Idington et Duff) ; *Bruneau*, précité, note 37 (j. en chef Davies) ; *Kent*, précité, note 11 (j. Idington) ; et *Canadian National Railway Co.*, précité, note 56 (j. Idington). Par contre, voir aussi *Barthe*, précité, note 32 (j. en chef Davies et j. Anglin, mais aussi, dans une moindre mesure, Mignault).

Le pouvoir déclaratoire dans la Constitution canadienne est fort particulier, voire inquiétant, parce qu'il permet au fédéral de s'appropriier unilatéralement de nouvelles compétences. Aux termes de l'article 92 (10) c) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* relèvent du pouvoir central les « travaux qui, bien qu'entièrement situés dans la province, seront avant ou après leur exécution déclarés par le parlement du Canada être pour l'avantage général du Canada, ou pour l'avantage de deux ou d'un plus grand nombre des provinces ». Dans *Luscar Collieries* était en cause l'article 6 c) de la *Loi des chemins de fer* qui exerçait le pouvoir déclaratoire à l'endroit de tout chemin de fer possédé ou exploité par une compagnie qui relève de la compétence fédérale. Par ses termes, la déclaration était non seulement générale, elle prétendait avoir effet même prospectivement : sitôt qu'une compagnie interprovinciale acquérait ou exploitait un embranchement, celui-ci devenait de compétence fédérale.

Aux yeux d'une majorité, pareille déclaration générale était *ultra vires* : le pouvoir déclaratoire ne visait pas à permettre d'éliminer la compétence provinciale relativement à des catégories d'ouvrages et il devait porter sur des travaux déterminés (existants ou projetés)¹³².

Mignault vit les choses autrement. Selon lui, la Constitution a conféré là un pouvoir de grande portée : « Parliament is the sole judge of the advisability of making this declaration as a matter of policy which it alone can decide¹³³. » Si le Parlement, dit-il, peut exercer son pouvoir à l'égard d'un ouvrage particulier, il peut aussi viser une catégorie d'ouvrages déterminés. Et comme la Constitution dit expressément que la déclaration peut porter sur des ouvrages « avant ou après leur exécution », le Parlement doit pouvoir décrire en conséquence un ouvrage non existant. Il serait peu pratique — et contraire au texte constitutionnel — d'exiger qu'il intervienne à la pièce¹³⁴.

Qu'en est-il des arguments faisant valoir qu'il faut mettre des limites au pouvoir déclaratoire afin d'empêcher que la compétence des provinces à l'égard des ouvrages locaux puisse être éliminée ? « With these objections or these fears we need have no concern », écrivit Mignault¹³⁵. À ses yeux, il n'était pas nécessaire de tracer une limite en l'espèce, parce que la mesure fédérale était clairement permise par la Constitution.

132. *Luscar Collieries*, précité, note 14, 466-472 et 476-477. En appel, le Conseil privé ne s'est pas prononcé sur la question : [1927] A.C. 925.

133. *Luscar Collieries*, précité, note 14, 480 ; aussi, 487-488 (j. Newcombe).

134. *Id.*, 483-484 ; aussi, 488-490 (j. Newcombe).

135. *Id.*, 484.

Conclusion

En matière constitutionnelle, Pierre-Basile Mignault n'a pas joué la carte du provincialisme à la Cour suprême du Canada. Il n'a pas non plus cherché à protéger le droit civil québécois des interventions fédérales en matière de droit privé. Au contraire, Mignault s'est inscrit à la Cour suprême dans la mouvance de la doctrine pancanadienne qui voyait dans l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* l'institution d'un gouvernement central fort.

Mignault a certainement contribué à perpétuer les fondements d'une doctrine constitutionnelle que le Conseil privé minait. Son influence et sa crédibilité à la Cour suprême étaient acquises¹³⁶. Plus anglophone que francophone¹³⁷, Mignault rédigeait presque toujours en anglais ses motifs en matière constitutionnelle et il recueillait plus souvent que son collègue du Québec l'adhésion d'autres juges.

La tendance centralisatrice de Mignault était toutefois contrebalancée par de puissants facteurs. D'abord, sa fidélité au Conseil privé était sans failles. Les forces décentralisatrices présentes dans la jurisprudence du tribunal impérial trouvaient donc place aussi dans celle de Mignault¹³⁸. Par ailleurs, la réticence de Mignault à se substituer aux choix politiques valait autant pour les mesures provinciales que pour les mesures fédérales. Dans sa conception de l'ordre des choses constitutionnelles, la marge de manœuvre des provinces restait donc significative. Enfin, la souplesse du partage des compétences, tel qu'il était compris par Mignault, permettait que subsiste une bonne part d'autonomie provinciale dans un contexte où le pouvoir central avait les coudées franches.

Mignault est entré à la Cour suprême à la fin de la Première Guerre mondiale et il en est sorti juste avant la grande dépression. À cette époque-là, le Canada venait à toutes fins utiles d'acquérir le statut d'État souverain. La philosophie véhiculée par la Cour suprême en cette période relativement calme est parfois caractérisée par référence aux modèles anglo-américains de comportement judiciaire¹³⁹, qui sont établis à partir de la seule famille de common law. L'évaluation que l'on peut faire de la contribution d'un juge en particulier dépend évidemment du standard que

136. Voir J.G. SNELL et F. VAUGHAN, *op. cit.*, note 2, ch. 5.

137. « Pierre-Basile Mignault », (1945) 5 *R. du B.* 503, 504-505 ; J.-M. NADEAU, « Pierre-Basile Mignault », (1947) 7 *R. du B.* 61, 62.

138. Le Conseil privé a d'ailleurs entériné un peu plus souvent les conclusions de Mignault que celles de la Cour suprême elle-même dans les 28 affaires (parmi les 51 retenues au départ) qui furent portées en appel à Londres.

139. Voir par exemple B.J. HIBBITS, « A Change of Mind : The Supreme Court and the Board of Railway Commissioners, 1903-1929 », (1991) 41 *U. Toronto L.J.* 60.

l'on pose *a priori* — ou que l'on entretient implicitement — quant au rôle du pouvoir judiciaire dans la création, la transformation ou l'évolution du droit.

Mignault, pour sa part, fut classé dans des catégories incompatibles par deux chercheurs qui se sont récemment penchés sur son œuvre. Pour l'un, Mignault était un éclectique réformiste qui faisait prévaloir l'esprit sur la lettre¹⁴⁰. Pour l'autre, il était renfermé dans son système et dans son « formalisme¹⁴¹ ».

Vraisemblablement, Mignault croyait à la conception française ou continentale du rôle du juge, où il y avait moins de place pour la création de règles de droit que dans la conception de la common law. Pour lui, le juge devait régler des litiges à partir de normes préétablies, plutôt que de créer des normes à l'occasion des litiges qui lui étaient soumis¹⁴². Cette attitude pouvait dans une bonne mesure se transposer en matière constitutionnelle, où des règles préétablies se trouvaient dans la Constitution même, ainsi que dans la jurisprudence du Conseil privé. Concomitamment, le juge de tradition de droit écrit avait pour mission d'adapter la norme générale aux particularités de l'espèce qui lui était soumise. C'était la recherche de l'équité, à laquelle Mignault est resté attentif malgré sa rigueur apparente.

Dans cette perspective, l'œuvre constitutionnelle de Mignault véhicule une perception tout à fait légitime du rôle respectif des pouvoirs étatiques dans une société démocratique : ce sont d'abord les représentants du peuple qui ont pour mission de prendre les décisions politiques et il n'appartient pas aux juges de se substituer à leurs choix ; les premiers ont des comptes à rendre qui justifient la confiance que l'on peut placer dans la dynamique du système.

Somme toute, Mignault a manifesté une grande cohérence dans la ligne de conduite qu'il a adoptée comme juge en matière constitutionnelle. Il a fait une œuvre qui n'est pas spectaculaire, mais qui s'avère solide et légitime.

140. B.J. HIBBITS, « A Bridle for Leviathan: The Supreme Court and the Board of Commerce », (1989) 21 *Ottawa L. Rev.* 65, 102 et suiv.

141. D. HOWES, *loc. cit.*, note 29, et « From Polyjurality to Monojurality: The Transformation of Quebec Law, 1875-1929 », (1987) 32 *R. de D. McGill* 523.

142. P.-B. MIGNAULT, *op. cit.*, note 1, t. 1, pp. 105-106, avait clairement appuyé l'interdiction faite aux juges « de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire ».