

LA COUR SUPRÊME ET LE PARTAGE DES POUVOIRS : RÉTROSPECTIVE ET INVENTAIRES

Roger Chaput

Volume 12, numéro 1, 1981

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1059436ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1059436ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Chaput, R. (1981). LA COUR SUPRÊME ET LE PARTAGE DES POUVOIRS :
RÉTROSPECTIVE ET INVENTAIRES. *Revue générale de droit*, 12(1), 35–82.
<https://doi.org/10.7202/1059436ar>

LA COUR SUPRÊME ET LE PARTAGE DES POUVOIRS: RÉTROSPECTIVE ET INVENTAIRES

par Roger CHAPUT*

La constitution de 1867 avait accordé au parlement fédéral le pouvoir de créer lui-même «une cour générale d'appel pour le Canada¹». La création unilatérale, c'est-à-dire par le seul pouvoir central, d'un tribunal chargé d'arbitrer les conflits constitutionnels entre ce même pouvoir central et les provinces allait à l'encontre d'un des principes premiers du fédéralisme. L'autorité centrale se trouvait alors en quelque sorte juge dans sa propre cause dans la mesure où non seulement la Cour suprême était sa propre création mais où elle en fixait aussi la composition et la juridiction, en nommait elle-même les membres rémunérés par elle et ne pouvant être destitués que par elle. Il s'agit là d'un cas unique dans l'histoire du fédéralisme, semble-t-il, si l'on considère ces différents aspects dans leur ensemble. L'établissement de la Cour suprême suscita une telle opposition qu'il fallut plusieurs années avant que le gouvernement fédéral parvienne à mettre sur pied cet organisme. Le premier projet de loi présenté par Macdonald en 1869 ne franchit pas l'étape de la deuxième lecture. Un deuxième projet présenté l'année suivante dut finalement être retiré à la dernière minute. Trois ans plus tard, le Discours du Trône annonçait la création d'une Cour suprême mais le gouvernement conservateur de Macdonald fut renversé avant de pouvoir y donner suite². Il reviendra au premier gouvernement libéral (1873-1878) de vaincre finalement l'opposition et de doter le pays de sa cour générale d'appel huit ans après la naissance de la Confédération (1875)³.

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

¹ Article 101 de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique*, 1867:

101. Nonobstant toute disposition du présent acte, le Parlement du Canada pourra, à l'occasion, pourvoir à la constitution, au maintien et à l'organisation d'une cour générale d'appel pour le Canada, ainsi qu'à l'établissement d'autres tribunaux pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada.

² F. MACKINNON, "The Establishment of the Supreme Court of Canada", (1946) *Canadian Historical Review*, 258.

³ S.C. 1875 ch. 11.

Dans le contexte d'aujourd'hui, il est surprenant de constater que les considérations d'ordre constitutionnel énoncées ci-haut semblent avoir occupé très peu de place dans le raisonnement de ceux qui s'opposèrent à l'établissement de la Cour suprême. Ces derniers ne semblent pas avoir été particulièrement frappés par la conception originale de Macdonald voulant que le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois (*judicial review*) opéré par la Cour suprême ne s'exerce qu'à l'égard des provinces tant au niveau proprement judiciaire qu'à celui des avis consultatifs. Leur attitude s'explique sans doute en bonne partie par le fait que l'on pouvait d'une part en appeler directement des cours d'appel provinciales au tribunal de Londres et que d'autre part le gouvernement fédéral pouvait de toutes façons annuler les lois provinciales soit de sa propre initiative par le désaveu soit à la suite du droit de réserve exercé par les lieutenant-gouverneurs. Par contre il semble qu'une fois admise la constitutionnalité d'une loi provinciale, on n'envisageait pas au début que la Cour suprême serait appelée à l'interpréter, les cours d'appel provinciales devant alors juger en dernier ressort tout conflit portant sur des lois provinciales (sauf appel à Londres). Le gouvernement fédéral finit cependant par se raviser et le projet de loi finalement présenté prévoyait que la Cour suprême se prononcerait sur la constitutionnalité des lois tant fédérales que provinciales mais aussi qu'elle constituerait le tribunal de dernier ressort au pays dans l'interprétation des lois passées aux deux niveaux de gouvernement⁴.

Ainsi, malgré le dédoublement du pouvoir législatif, il n'y aurait pas comme aux États-Unis un dédoublement du pouvoir judiciaire et ceci plaçait l'un des deux niveaux de gouvernement dans un état d'infériorité par rapport à l'autre d'autant plus flagrant que l'instance judiciaire suprême en l'occurrence était en tout et pour tout un organisme du gouvernement central. C'est cette perspective qui suscita le plus d'opposition durant le débat parlementaire de 1875, surtout du côté anglophone mais aussi parmi les Québécois. Ceux-ci cependant étaient préoccupés davantage par la perspective d'un contrôle fédéral sur un secteur bien particulier des compétences provinciales: propriété et droits civils (art. 92:13). Ils craignaient surtout d'assister à l'érosion du droit et de la procédure civile québécois tout frais codifiés⁵. Il est intéressant de constater que les moyens qu'ils utilisèrent alors pour protéger les deux codes rejoignaient les données objectives du problème de la création unilatérale de la Cour suprême qui ont refait surface aujourd'hui. Ainsi, au sujet de la composition de la cour, deux

⁴ Peter H. RUSSELL, *The Supreme Court of Canada as a Bilingual and Bicultural Institution*. (Documents of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism) Information Canada, Ottawa 1969, 4-16.

⁵ Le Code civil entre en vigueur le 1 août 1866 et le Code de procédure civile l'avant-veille même de la Confédération, le 29 juin 1867.

francophones iront jusqu'à suggérer qu'elle soit composée d'un juge en chef fédéral et des juges en chefs de deux tribunaux supérieurs de chacune des sept provinces ou de leurs deux premiers magistrats. Quant à sa juridiction, un francophone et un anglophone suggéreront que soit soustraite à l'entente de la Cour suprême toute affaire relevant de la juridiction législative des provinces «de manière à faire de la Cour suprême projetée une cour générale d'appel pour le Canada (fédéral) seulement.» D'autres adversaires de la Cour telle qu'envisagée proposèrent que celle-ci ne puisse connaître toute cause touchant «à la propriété, aux droits civils et à la procédure civile» quelle que soit la province d'origine. Dans un cas on proposera simplement que les causes de cette nature soient soustraites à la juridiction fédérale si elles ont leur source au Québec. Toutes ces propositions sont monnaie courante de nos jours mais on se trouvait alors à mille lieues de la Révolution tranquille et de celle du pétrole de telle sorte que chacune d'entre elles fut repoussée par une majorité écrasante (113-28, 118-40, 106-20), l'une d'elle (concernant la composition de la Cour) n'étant pas jugée digne d'être mise au vote⁶. Les Québécois obtinrent néanmoins dès ce moment une chose qui leur a été conservée depuis: le tiers des membres de la Cour suprême⁷.

I

Quelle devait être la conduite du tribunal fédéral de dernière instance créé unilatéralement par le pouvoir central? On a souvent tendance à considérer que les décisions de la Cour suprême ont favorisé davantage le pouvoir central que les provinces. Ceci semble vrai du point de vue quantitatif. Une recherche faite par l'Institut de recherche en Droit public de l'Université de Montréal indique que durant les quatre-vingt-dix premières années de son existence, soit de 1875 à 1965, 40,4% des 109 lois provinciales portées devant elles furent invalidées contre 23,6% des 72 lois fédérales également contestées. De même 63% des avis consultatifs fournis par la Cour furent favorables au pouvoir central contre 37% aux provinces⁸. Il est difficile d'apprécier la conduite du tribunal fédéral sur la base de ce seul critère car l'importance ou la «qualité» des décisions rendues vaut davantage en définitive que le seul nombre.

Les indications les plus valables quant à l'attitude de la Cour suprême au sujet du partage des pouvoirs se rapportent aux décisions qu'elle a prises

⁶ Jacques BROSSARD, *La Cour suprême et la Constitution*, Les Presses universitaires de Montréal 1968, 124-129.

⁷ À l'exception d'un intervalle entre 1927 et 1949. De six membres à l'origine, la composition de la cour fut portée à sept en 1927 puis à partir de 1949 à neuf membres.

⁸ BROSSARD, *op. cit.*, note 6, 194.

durant la période allant de 1875 à 1896, c'est-à-dire au moment où elle opérait elle-même le «rodage» de la constitution avant que le Conseil Privé n'arrive à ses propres conclusions dans un domaine nouveau et complexe et n'impose éventuellement sa propre conception en vertu de la règle anglaise du précédent (*stare decisis*) que la Cour suprême devait alors observer. Or il ne semble guère faire de doute que durant ce moment privilégié, la Cour se soit conformée aux directives de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* qui favorisait très largement le niveau fédéral aux dépens des provinces. Le caractère hautement centralisé de la fédération canadienne est très évident. Il apparaît dans le texte de la constitution de 1867 (arts. 91 et 92) qui accorde à l'autorité centrale tous les pouvoirs sauf ceux qui sont expressément accordés aux provinces, on est tenté de dire, à titre d'exceptions. Il y a également le fait que malgré l'octroi du pouvoir résiduaire au pouvoir central, ce dernier se voit spécifiquement accordé juridiction sur une longue liste de matières à titre de simples illustrations de ce qui lui était permis de faire sans préjudice, c'est du moins une interprétation possible, à l'extension quasi infinie de sa liberté d'action pour peu que les circonstances s'y prêtent. Bien entendu, la liste des matières fédérales a priorité sur la liste provinciale et en cas de conflit de juridiction au sujet des deux matières communes (agriculture et immigration), l'État central est prépondérant. Au surplus, il est loisible en tout temps au parlement fédéral de déclarer quelque «ouvrage» situé à l'intérieur d'une province comme étant «à l'avantage général du Canada», ce dont il est le seul juge; ceci accorde automatiquement juridiction sur l'ouvrage désigné lequel peut aussi bien être en termes d'autrefois les chemins de fer et en termes d'aujourd'hui, les installations de la Baie James ou les puits de pétrole de l'Ouest. Enfin, malgré tous ces avantages, la constitution accorde au pouvoir central non seulement, nous l'avons vu, le privilège de désavouer les lois passées par les provinces mais aussi celui de nommer les lieutenant-gouverneurs dans chacune d'elles. Si on ajoute à cela la faculté de constituer unilatéralement l'instance judiciaire suprême, de nommer tous les juges des tribunaux supérieurs provinciaux et d'intervenir dans le Saint des Saints de la souveraineté provinciale, l'éducation, doit-on s'étonner qu'un auteur classique en matière de fédéralisme, K.C. Wheare, ait considéré la constitution canadienne de 1867 comme n'étant qu'un régime quasi fédéral⁹. Ce centralisme osé semble répondre aux vues de la majorité des principaux acteurs de la scène politique de l'époque qui ont participé aux délibérations. Certains n'ont accepté la formule fédérale qu'avec regret et considèrent visiblement les provinces comme des entités nettement subordonnées au pouvoir central, des grands conseils municipaux («local municipal parliaments», «municipal councils

⁹ K.C. WHEARE, *Federal Government*, Toronto, Oxford, University Press, 1963, 20.

on a large scale») destinées aux petites choses de caractère «local» par opposition aux choses de caractère «général» réservées à l'autorité centrale.

Bref, le système de 1867 était centraliste non seulement dans sa lettre mais aussi dans son esprit du moins celui de la plupart de ses principaux architectes. Il était normal que les membres du premier tribunal suprême qui devaient partager pour l'essentiel les sentiments des constituants et qui venaient d'assister d'une manière active à la grande négociation se montrent fidèles serviteurs de la cause. Même en supposant qu'il n'en fut pas ainsi, le texte de 1867 et l'air du temps commandaient à toute personne susceptible d'accéder au rôle d'interprète de la constitution de favoriser la centralisation des pouvoirs. C'est ce que fera la Cour suprême en se portant garante de la constitution. Rien n'illustre mieux cette orientation au sujet de laquelle les avis semblent concorder¹⁰ que son attitude dans les deux principales querelles que le texte constitutionnel devait susciter jusqu'à nos jours. En premier lieu, l'éternel duel entre réglementation commerciale (art. 91.2) d'une part et «propriété et droits civils» (art. 92:13) de l'autre est tranché en faveur du pouvoir central. Dans son premier jugement en matière constitutionnelle dès 1878, *Severn v. The Queen*, la Cour se prononce pour l'indivisibilité du pouvoir de commerce qui se lit simplement «réglementation des échanges et du commerce» contrairement au libellé de la constitution américaine qui attribue au Congrès le commerce international ainsi que celui entre les États américains mais laisse la réglementation locale à ces derniers en vertu de la clause résiduaire dont ils bénéficient. Au contraire, dit la Cour suprême canadienne notre constitution ne fait pas de distinction entre le commerce local et extra-provincial et ne permet pas d'opérer des distinctions dans le pouvoir d'Ottawa de réglementer le commerce. Les termes utilisés sont très clairs: «*That the regulation of Trade & Commerce in the provinces, domestic and internal as well as foreign and external, is by the B.N.A. Act exclusively conferred upon the Parliament of the Dominion, calls for no demonstration, for the language of the Act is explicit*»¹¹ Cette volonté de donner une large extension au pouvoir fédéral de commerce se vérifiera lorsque la Cour suprême devra se prononcer sur la validité de l'une des lois les plus célèbres dans l'histoire constitutionnelle canadienne. La Cour n'hésitera pas à sanctionner la loi fédérale sur la

¹⁰ Voir en particulier Bora LASKIN, «The Supreme Court of Canada: a Final Court of and for Canadians», 1951, *Canadian Bar Review*, 1057-1069 et BROSSARD, *op. cit.*, note 6. Parmi les auteurs qui se prononcent dans le même sens d'une façon incidente mentionnons Gérard BEAUDOIN, Jean BEETZ, F.M. GREENWOOD, Mark MACGUIGAN, P.H. RUSSELL, André TREMBLAY.

¹¹ 2 R.C.S. 70, p. 120-121, 104. La Cour composée de ses six membres se divisa aux deux tiers. L'un des deux juges dissidents se prononça pour l'indivisibilité du pouvoir fédéral de commerce augmentant d'autant le degré d'entente de la cour sur ce point capital.

Tempérance de 1878 en se basant sur le pouvoir fédéral de commerce, ce que le Conseil Privé tout en approuvant la loi s'abstiendra délibérément de faire¹². La Cour suprême rappelle que le titre formel de la loi sur la Tempérance est *Loi concernant le commerce des boissons enivrantes* et poursuit en affirmant que le pouvoir fédéral qui permet de restreindre ou prohiber l'importation ou le commerce de quelque denrée que ce soit susceptible d'échanges internes ou externes emporte nécessairement le droit de prohiber la vente de ces denrées. La prohibition est une forme de réglementation, proclame la Cour¹³.

Cet arrêt est remarquable pour la lumière qu'il jette sur la manière dont la Cour suprême concevait l'équilibre des pouvoirs entre les deux niveaux de gouvernement et en particulier sur la signification qu'il fallait donner selon elle à ce qu'il est convenu d'appeler le pouvoir «général» de légiférer du parlement fédéral, autre sujet de contestation toujours d'actualité. La plupart des indications fournies là-dessus dans cette cause sont encore éloignées des considérations ultérieures qui déboucheront par degré sur la théorie classique de la dimension nationale mais l'esprit qui s'en dégage laisse deviner les développements subséquents et le prononcé suivant d'un des juges conduit directement à l'arrêt Russell:

That the intemperate use of spirituous liquors is the fruitful cause of the greater part of the crime which is committed throughout the Dominion — that it is an evil of a national, rather than of a local or provincial character, will not, I apprehend, be denied. The adoption of any measures calculated to remove or diminish this evil is, therefore, a subject of national rather than of provincial import, and the devising and enacting such measures into law, as calculated to promote the peace, order, and good government of Canada, is a matter in which the Dominion at large and all its inhabitants are concerned.

To endeavour to remove from the Dominion the national curse of intemperance, and observing that the means adopted to attain this end consist in the imposition of restraints upon the mode of carrying on a particular trade, namely: the trade in intoxicating liquors, it cannot admit of a doubt, that power to pass such an Act, or any Act, assuming to impose any restraint upon the traffic in intoxicating liquors, or to impose any rules or regulations, not merely for municipal or police purposes, to govern the persons engaged in that trade, and assuming to prohibit the sale of liquors, except under and subject to the conditions imposed by the Act, is not only not given *exclusively*, but is not *at all* given to the Provincial Legislatures.

The Act, then, being ultra vires of the Provincial Legislatures, as dealing with a subject not exclusively assigned to the Provincial Legislatures, cadit

¹² *Russell v. The Queen*, 7 A.C. 829, p. 842.

¹³ *City of Fredericton v. The Queen*, 3 R.C.S. 505, p. 537, 559.

questio, for that point being so determined, it follows, by the express provision of the *B.N.A. Act*, that it is within the jurisdiction of the Dominion Parliament¹⁴.

Il ne faut pas conclure de ce qui précède que les décisions de la Cour suprême au cours du dernier siècle furent toutes favorables au pouvoir central. Plusieurs décisions importantes favorisèrent les provinces durant cette période mais celles-ci furent davantage favorisées à partir du tournant du siècle lorsque la Cour suprême se vit contrainte d'adopter l'orientation donnée au fédéralisme canadien par le Conseil privé. Néanmoins malgré l'orientation décentralisée du Conseil privé qu'elle devait suivre, la Cour suprême selon l'estimation du professeur Brossard rendra de 1900 à 1950 nombre de décisions en faveur du pouvoir central dont l'importance, tant quantitative que qualitative, sera aussi grande que celle des décisions favorisant les provinces¹⁵.

Il est notoire que le Conseil privé ne s'est pas conformé à l'orientation que la Cour suprême voulait visiblement donner à l'évolution constitutionnelle canadienne. Quelles qu'aient été ses motifs et ses intentions, les décisions du Comité judiciaire eurent pour effet de décentraliser largement la fédération au bénéfice des provinces. Leur résultat principal fut de diminuer radicalement l'étendue des pouvoirs du gouvernement central en matière de commerce en éliminant virtuellement la possibilité pour ce dernier d'intervenir dans toutes activités susceptibles d'être considérées comme se déroulant à l'intérieur des limites d'une province et pouvant répondre à l'étiquette de commerce «intra-provincial». Cette dernière notion opérant une distinction dans le pouvoir général de commerce apparemment accordé à l'autorité centrale («réglementation des échanges et du commerce») se basait sur l'article 92(13) mais aussi 92(16): affaire d'une nature locale ou régionale (province). L'autre résultat important fut de restreindre sensiblement la portée de la clause introductive de l'art. 91 accordant à l'autorité centrale le pouvoir de légiférer pour la «paix, l'ordre et le bon gouvernement» du pays relativement à toutes matières non spécifiquement attribuées aux provinces. Ce pouvoir fut à toutes fins pratiques réduit aux cas d'urgence immédiate ou aux cas finalement exceptionnels où une matière vraiment nouvelle pouvait difficilement être considérée comme entrant dans l'une ou l'autre des catégories de sujets attribués aux provinces. La conséquence logique de cette approche fut la résistance du Conseil privé en 1937 à ce qui équivalait dans son ensemble à

¹⁴ *Id.*, 571, 572, 573. Notes du Juge Gwynne qui se détacha de ses collègues majoritaires en s'abstenant d'utiliser comme critère le pouvoir fédéral de commerce. Il y eut dans cette cause un seul dissident sur cinq juges.

¹⁵ BROSSARD, *op. cit.*, note 6, 200. Cet avis semble partagé par le professeur RUSSELL, *op. cit.*, note 4, 45.

une révolution constitutionnelle dont l'effet cumulatif sur le plan juridique eut été à peu de choses près un retour instantané après quarante ans et plus au centralisme d'origine. Peut-être, sait-on jamais?, les nobles Lords qui étaient passés par le Statut de Westminster et *British Coal Corporation* (trois des cinq juges sont les mêmes en 1935 et 1937) étaient-ils très conscients de la nouvelle indépendance du Canada et avaient-ils décidé après mûre réflexion de ne pas imiter leurs collègues Watson et Haldane et de laisser la seconde révolution judiciaire canadienne aux Canadiens! Des changements d'un tel ordre pouvaient-ils être opérés en régime britannique par des juges seuls, l'espace d'un matin? Les choses se seraient peut-être passées différemment si la deuxième révolution proposée avait été comme la première étalée dans le temps. Quoi qu'il en soit, les décisions du Conseil privé qui portaient sur un programme fédéral de réformes sociales¹⁶ provoquèrent ici une levée de boucliers comme on en voit rarement dans ce pays, en particulier dans les milieux universitaires surtout juridiques¹⁷. Il y avait curieusement dans cette réaction inspirée en bonne partie par l'exemple américain un sursaut de nationalisme anglo-canadien qui inspira un fort mouvement en faveur de l'abolition des appels au Conseil privé. Celui-ci appelé éventuellement à se prononcer sur la validité d'une telle proposition fut probablement heureux de pouvoir se répondre dans l'affirmative¹⁸ et de se débarrasser ainsi d'une tâche qui devenait vraisemblablement de plus en plus encombrante.

¹⁶ Cinq des décisions confirmèrent en fait celles de la Cour suprême alors que dans la sixième (Affaire des Conventions internationales du Travail) la Cour suprême s'était divisée également. Le texte de ces arrêts se trouve dans OLMSTED, *Decisions of the Judicial Committee of the Privy Council*, Vol 3, 180-265. Deux arrêts favorisèrent Ottawa et dans un troisième la loi fédérale fut approuvée en partie. Les trois arrêts défavorables portaient sur les Conventions internationales du Travail, l'Assurance-chômage et la mise en marché des produits agricoles.

¹⁷ Les plus significatives des critiques adressées sur le coup au Conseil Privé se trouvent dans le numéro de juin de la *Canadian Bar Review*, 1937, 393-507. Voir en particulier les contributions de W.P.M. KENNEDY, (p. 393), Vincent MACDONALD, (401) et F.R. SCOTT, (485). Ces critiques furent suivies du Rapport O'Connor (Rapport du Conseiller parlementaire au Président du Sénat), Ottawa, Imprimeur du Roi 1939, réimpression 1961. Un point de vue opposé apparaît dans G.P. BROWNE, *The Judicial Committee and the British North America Act*, University of Toronto Press, 1967. La critique à la fois la plus succincte, la plus enlevée et la plus sereine du Conseil Privé toujours du point de vue juridique est celle de Mark MACGUIGAN, «The Privy Council and the Supreme Court: a jurisprudential analysis», 1966 *Alberta Law Review*, 419. Une étude intéressante de la démarche du Conseil privé du point de vue socio-politique bénéficiant du recul historique est celle du professeur A.C. CAIRNS, «The Judicial Committee and its Critics», 1971, *Canadian Journal of Political Science*, 381.

¹⁸ *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*, (1947) A.C. 127. Les deux autres arrêts du Conseil Privé en la matière sont *Nadan v. Rex*, (1903) A.C. 73 et *British Coal Corporation v. Rex*, (1935) A.C. 500. Sur cette question voir M.J. HERMAN, «The Founding of the Supreme Court of Canada and the Abolition of the Appeal to the Privy Council», 1976, *Ottawa Law Review* 7.

Avec l'abolition des appels au Conseil privé en 1949, la Cour suprême devenait le tribunal constitutionnel de dernier ressort. Il lui était dès lors loisible d'orienter l'évolution constitutionnelle selon ses désirs, à la rigueur de prendre le contre-pied de la tendance profonde du Conseil privé dont le résultat net avait été de transformer une constitution quasi fédérale en régime véritablement fédéral (Wheare). C'est ce qu'escomptaient plusieurs de ceux qui avaient obtenu en quelque sorte la «tête» du comité judiciaire par leurs critiques. Devant la possibilité que la règle du précédent (*stare decisis*) mette obstacle à leurs désirs, certains d'entre eux souhaitèrent que la Cour suprême s'affranchisse des décisions antérieures du Conseil privé et qu'à l'exemple de ce dernier, elle ne se sente pas liée par ses propres décisions en matières constitutionnelles. Dès 1951, le juge en chef actuel de la Cour suprême (alors professeur) exprimait l'avis que la première cour canadienne ne pourrait atteindre sa véritable maturité que si elle récusait explicitement ou tacitement la règle du respect des précédents¹⁹. La Cour s'est d'abord montrée réservée sur ce point mais en 1957 l'un de ses membres (le juge Rand) fit allusion au fait que l'interprétation de l'Acte de 1867 par le Conseil privé avait évolué au cours des années et qu'il revenait maintenant à la Cour suprême de continuer ce travail de révision qui était partie intégrante du processus constitutionnel²⁰. Depuis ce temps, la Cour a modifié quelques-unes de ses décisions et en 1978 elle a formellement mis de côté un jugement du Conseil privé de 1933²¹.

II

Dans quelle mesure la Cour suprême a-t-elle dévié de la route tracée par le Conseil privé qu'elle avait dû suivre avant 1949? C'est la question que se sont constamment posée ceux qui ont observé la conduite de la cour depuis lors. L'un des critiques les plus célèbres du Comité judiciaire en 1937, Vincent C. Macdonald, a été l'un des premiers à y répondre. Dans son analyse nuancée des décisions de la Cour suprême durant les années '50, le savant professeur devenu juge se félicite de la maturité d'esprit qu'elle a démontrée en opérant les distinctions contenues dans le renvoi de 1957 sur la mise en marché des produits agricoles en Ontario (*Farm Products Marketing Reference*, 1957, voir note 20) délimitant la liberté des provinces au chapitre du commerce intra-provincial ainsi que de la décision de la Cour dans *Murphy v. C.P.R.*, (1958), favorable à l'autorité fédérale lesquelles, accompagnées de la décision en faveur de la délégation administrative

¹⁹ Bora LASKIN, "The Supreme Court of Canada: A final Court of and for Canadians", 1951, *Canadian Bar Review* 1038, p. 1069.

²⁰ *Reference Re Farm Products Marketing Act*, (1957) R.C.S. 198, p. 212.

²¹ Il s'agit de l'arrêt *Crystal Dairy*, (1933) A.C. 168 renversé explicitement en 1978: *Renvoi sur la mise en marché* (1978) 2 R.C.S. 1198.

(*Potato Marketing Board reference*, (1952)) représentent un progrès marqué selon lui par rapport à l'approche négative du Conseil privé en matière de législation commerciale. Dans le domaine du Travail, l'auteur constate que la solution apportée dans le renvoi au sujet des relations de Travail des débardeurs de Toronto (*Reference re the Industrial Relations and Disputes Investigation Act of Canada*, 1955) représente une diminution importante de la juridiction des provinces en la matière ainsi qu'un «véritable pas de géant» dans la direction opposée à celle qu'avait suivi le Conseil privé dans l'arrêt *Snider* de 1925 qui semblait vouloir accorder le domaine du Travail exclusivement aux provinces. Enfin Macdonald se félicite de l'arrêt *Johannesson v. Municipality of West St-Paul*, (1952) qui lui donne espoir «that Parliament may have overrinding power to legislate in relation to the national aspects of matter otherwise within provincial classes of subjects, and which though not affected with the urgency of emergency have nevertheless become matters of national concern²²».

Depuis la Révolution tranquille et davantage l'accession du Parti québécois au pouvoir ainsi que la prise de conscience accentuée des Provinces de l'Ouest, le problème du partage des pouvoirs déjà politisé au départ est devenu tout autant politique que juridique. C'est probablement ce qui explique qu'un juriste réfléchissant dans son propre contexte en soit venu à la conclusion qu'il serait préférable de transformer le contrôle judiciaire (*judicial review*) en contrôle essentiellement politique²³. Il était dès lors normal que des politologues s'intéressent tout autant que leurs confrères juristes au problème qui nous occupe. Nul n'a mieux répondu à l'époque à la question posée au début du paragraphe précédent que le professeur Russel²⁴, pour la raison que les principaux griefs invoqués contre le Conseil Privé lui servent de point de départ après quoi il observe les agissements de la Cour suprême dans chaque cas. Le plus sérieux grief fait à

²² Vincent C. MACDONALD, «Legislative Power and the Supreme Court in the Fifties» in *The Courts and the Canadian Constitution* (W.R. LEDERMAN, ed.) McLelland and Stewart, Toronto, 1964, 152. *Murphy v. C.P.R.*, (1958) R.C.S. 628; *Potato Marketing Board Reference* (1952) R.C.S. 392; *Reference Re Industrial Relations and Disputes Investigation Act of Canada*, (1955) R.C.S. 529; *Johannesson v. Municipality of West St-Paul*, (1952) 1 R.C.S. 292. La présente étude ne vise nullement à répertorier toutes les opinions exprimées sur les activités de la Cour suprême depuis 1949 à l'occasion par exemple de commentaires d'arrêts (*Osgoode Hall Law Journal*, *Ottawa Law Review*, *Supreme Court Law Review*). Elle s'arrête essentiellement à celles exprimées sous forme d'inventaire portant spécifiquement sur le partage des pouvoirs et couvrant plusieurs années.

²³ P.C. WEILER, *In the Last Resort*, Toronto, 1974.

²⁴ Peter H. RUSSELL, «The Supreme Court's Interpretation of the Constitution since 1949», in *Politics Canada* (Paul Fox, ed.) 1962, Mc-Graw-Hill Co., Toronto, 64. Le caractère largement politique de ces questions explique en bonne partie que la Commission royale d'enquête sur le Bilinguisme et le Biculturalisme ait confié au professeur Donald SMILEY la tâche d'analyser l'évolution constitutionnelle depuis 1945 (*Constitutional*

la cour de Londres, dit-il, est celui d'avoir limité le pouvoir du parlement fédéral de légiférer pour la «paix, l'ordre et le bon gouvernement» aux cas d'urgence. La Cour suprême s'est départie de cette ligne de conduite, constate-t-il, dans l'arrêt *Johannesson* où elle a ressuscité le critère de dimension nationale quoiqu'elle ait utilisé d'autres motifs. Ceci représente à ses yeux un progrès certain pour la cause des centralistes encore que dans les circonstances la cause était d'avance gagnée pour l'autorité centrale.

Le deuxième grief majeur fait au Conseil privé était sa réduction radicale du pouvoir fédéral de commerce. Là-dessus, dit Russel, la Cour suprême tout en se gardant d'apporter une révolution s'est néanmoins différenciée nettement de son homologue londonien en atténuant sensiblement la portée de la distinction opérée par le Comité judiciaire entre commerce intraprovincial et interprovincial. Des considérations énoncées dans le *renvoi concernant la mise en marché des produits agricoles de l'Ontario* de 1957, Russel déduit que la Cour suprême se montrera à l'avenir plus réceptive aux besoins d'adaptation suggérée par l'évolution de l'économie nationale. L'auteur cite ensuite l'arrêt *Murphy* qui favorise lui aussi une interprétation élargie du pouvoir fédéral en matière de commerce dont les effets bénéfiques pour Ottawa se sont fait particulièrement sentir dans l'arrêt manitobain *Regina v. Klassen*, (1959, 20 D.L.R. (2nd) 456) que la Cour suprême a refusé de reconsidérer.

Le troisième reproche majeur fait au Conseil privé est celui d'avoir éliminé virtuellement le gouvernement fédéral du domaine du Travail (arrêt *Snider*). Sur ce point, Russel cite lui aussi l'arrêt de 1955 dans l'affaire des débardeurs dans laquelle la Cour suprême se distingue nettement du Conseil privé en opérant au bénéfice d'Ottawa une brèche importante dans le mur quasi exclusif de la juridiction provinciale en matière de Travail.

L'exposé de Russell reproduit pour l'essentiel celui de Macdonald. Les deux portent sur la même période et conduisent aux mêmes conclusions quant à la question que nous nous sommes posée, encore que l'un ni l'autre ne soumet de bilan sur les faits qu'il constate, sauf une remarque incidente de Russell voulant que la Cour suprême ait généralement favorisé le pouvoir central en ce qui concerne ses pouvoirs énumérés. Le juriste Macdonald se

Adaptation and Canadian Federalism since 1945, Queen's Printer, Ottawa, 1970) et à Peter RUSSELL celle d'écrire ce qui demeure très largement une histoire de la Cour suprême, *op. cit.*, note 4. À l'inverse, les exposés de deux professeurs de droit, Jean BEETZ et Jacques-Yvan MORIN, sur la genèse de la Révolution Tranquille et par le fait même de ses suites n'ont jamais à ma connaissance été dépassés: «Les Attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la constitution de 1867» in *L'Avenir du Fédéralisme canadien*, Crépeau et MacPherson, Eds, Toronto-Montréal, 1965; «Le Fédéralisme canadien après Cent Ans», 1967 *Revue juridique Thémis*, 13. Voir aussi de ce dernier «Vers un Équilibre constitutionnel au Canada» in *L'Avenir du Fédéralisme canadien*», 141.

réjouit à l'occasion de ce qu'il voit alors que le politologue se montre circonspect.

Il en va différemment dans le cas de l'inventaire du professeur Jacques Brossard qui porte cette fois sur une quinzaine d'années soit de 1950 à 1966-67. Cette étude avait été commanditée par le Comité parlementaire de la Constitution à Québec institué au moment de la Révolution tranquille et dont l'un des objectifs était le suivant: «Examiner les aspects juridiques, économiques et sociaux des relations qui existent actuellement entre Québec et le gouvernement central; juger de leurs effets sur la préservation et l'exercice des droits dont le Québec doit jouir.»

La réponse du professeur Brossard prendra la forme de son ouvrage bien connu sur la Cour suprême fédérale dont une vingtaine de pages sont consacrées à l'interprétation du texte de 1867 par le Comité judiciaire puis par le tribunal canadien²⁵. Pour ce qui est de la Cour suprême, le savant auteur qui se doit de faire un bilan le résume en guise d'introduction: «Plusieurs arrêts de la Cour suprême rendus depuis 1949 paraissent de fait s'éloigner de plus en plus de la jurisprudence du Conseil Privé dans le sens d'une plus grande centralisation des pouvoirs [...]. Dans l'ensemble les décisions rendues par la Cour [...] ont fortement favorisé le pouvoir central» (p. 204). Ses constatations en ce qui concerne les années '50 rejoignent celles de Macdonald et de Russell mais elles sont accentuées par les décisions des années 60 à 67 qui confirment et amplifient à certains égards les tendances centralistes des années antérieures. Ainsi en ce qui concerne le pouvoir fédéral de réglementation en vertu de la clause «paix, ordre et bon gouvernement», il ne s'agit plus d'une seule (*Johannesson*) mais de trois sanctions par la Cour suprême d'un pouvoir contestable, les deuxième et troisième (*Munro* et *droits miniers sous-marins*²⁶) ayant au surplus une signification plus importante que la première. L'arrêt *Munro* constitue une application «particulièrement voyante» de la théorie des dimensions nationales qui correspond à une «conception erronée du fédéralisme» (pp. 204-5). L'arrêt sur les *droits miniers sous-marins* est «l'une des décisions les plus centralisatrices et les plus discutables» de la Cour suprême (206).

Au chapitre du commerce, l'auteur contraste l'attitude du Conseil privé au sujet de l'article 91(2) avec la nouvelle liberté d'action déjà accordée au pouvoir central dans l'arrêt *Murphy* et celle qui pourra lui être accordée à l'avenir par suite du virage doctrinal opéré dans le renvoi de 1957 sur les produits agricoles de l'Ontario (p. 212). Le domaine du travail (208),

²⁵ *Op. cit.*, note 6, 174-186, 204-216.

²⁶ 1966 R.C.S. 663; 1967 R.C.S. 792.

fournit un autre contraste entre l'attitude du Conseil privé favorable aux provinces et celle de la Cour suprême favorisant le pouvoir central. Ici encore le geste unique de la Cour suprême en faveur du pouvoir central au cours des années '50 (arrêt des débardeurs) est amplifié par une décision qui augmente sa portée: *la Commission du Salaire Minimum c. Bell Telephone*²⁷.

Brossard reconnaît volontiers que la Cour suprême a rendu nombre de décisions en faveur des provinces plus particulièrement en ce qui concerne la mise en marché des produits agricoles (arrêts *Crawford* (1960); *Carnation* (1968)); la circulation routière (*O'Grady* (1961); *Stephens* (1961); *Smith* (1960); *Mann* (1966)), l'observance du dimanche (*Lord's Day Alliance* (1959); *Lieberman* (1963)), la taxation (*C.P.R. v. A.G. of Saskatchewan* (1952); *Cairns* (1960)) et l'administration de la justice (*Renvoi concernant la Cour des Magistrats* 1966). Il rend hommage à «l'incontestable valeur et le souci d'impartialité de la plupart des juges» (p. 245) mais considère que depuis l'abolition des appels du Conseil privé, la Cour «paraît s'éloigner de plus en plus de la jurisprudence provincialiste établie par le Comité judiciaire» (244). La Cour «ne semble pas avoir été dans l'ensemble systématiquement partiale» (116) mais la voie dans laquelle elle s'est engagée «s'éloigne, parfois considérablement, du fédéralisme authentique vers lequel tendait le Comité judiciaire et paraît s'avérer de plus en plus périlleuse pour les provinces et le Québec dont les intérêts sont spécifiques» (216). Ceci est particulièrement vrai des années 1965-67, les dernières que l'auteur examine.

Il convient de noter que l'inquiétude exprimée par le professeur Brossard est largement partagée par André Tremblay dans son ouvrage sur les compétences législatives au Canada²⁸. L'auteur ne vise pas à faire un inventaire mais l'objet précis de son étude, l'article 92(13), l'amène à juger la conduite des tribunaux en particulier la Cour suprême durant la même période approximativement que celle examinée par Brossard. Il part de ce qu'il appelle le postulat déclaré ou non du Conseil privé, l'autonomie provinciale, et se demande dans quelle mesure la Cour suprême aura pu faire «revivre les pouvoirs généraux du Parlement canadien et plus spécialement ses compétences en matière d'échanges et de commerce». Sur ce dernier point, il cite l'arrêt *Murphy* et l'affaire *Klassen* au Manitoba et constate que les conceptions du vicomte Haldane y ont perdu une partie de leur autorité (p. 197), que le second arrêt «interprète beaucoup moins restrictivement

²⁷ 1966 R.C.S. 767.

²⁸ André TREMBLAY, *Les compétences législatives au Canada*, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1967.

l'article 91(2) que ne le firent les arrêts du Comité judiciaire, que «la cloison placée entre le commerce local et le commerce extérieur n'est plus aussi étanche qu'autrefois» (199), que «les principes posés «apparaissent peu respectueux de l'autonomie des provinces et font beaucoup penser à ceux adoptés par la Cour suprême aux États-Unis» (198). On peut déceler «un certain courant jurisprudentiel qui va dans le sens d'un rayonnement plus intense et d'une approche plus positive de l'article 91(2)» (196). Ce nouveau rayonnement touche le domaine de la mise en marché où l'auteur constate un «redressement sensible des compétences fédérales» (180), une «tendance à partager commerce local et commerce non local à l'avantage du Dominion» (168) et une «évolution considérable» de la pensée jurisprudentielle dans le renvoi de 1957 concernant la mise en marché en Ontario (194).

Ailleurs, Tremblay note l'affaire des débardeurs de 1958 au sujet des relations de travail et remarque une «tendance assez caractérisée» dans ce domaine à élargir le cadre des compétences fédérales (249). Enfin, au chapitre du pouvoir général de légiférer en vertu de la clause introductive de l'article 91, l'auteur ne semble pas préoccupé outre mesure par l'arrêt *Johannesson* (1952) quant au fond. Il s'inquiète cependant de voir s'ouvrir la porte à «une utilisation plus fréquente des pouvoirs généraux du Dominion en temps normal» (113) et son inquiétude redouble lorsqu'il contemple l'arrêt *Munro* qu'il considère «lourd de danger pour l'autonomie des provinces» (294-295). Il ne considère pas toutefois que ces arrêts même ajoutés aux décisions qu'il a relevées au sujet de la réglementation du commerce brisent l'équilibre général des pouvoirs légué par le Conseil privé mais, comme le professeur Brossard, y voit davantage une menace pour l'avenir (318-19).

Il est intéressant de rapprocher les analyses des professeurs Brossard et Tremblay de celle du professeur Leonard Leigh faite vers le même temps car elles portent toutes trois sur ce que l'on pourrait appeler la première moitié de la période allant de 1950 à nos jours. Le professeur Leigh²⁹ s'attache principalement à découvrir dans quelle mesure Ottawa a pu réussir depuis 1949 à faire ce que le Conseil privé avait largement réussi à lui interdire, soit légiférer dans des domaines qui relèvent normalement des provinces. Le pouvoir général de légiférer pour la «paix, l'ordre et le bon gouvernement» est le premier moyen dont disposait le parlement fédéral pour réussir. Leigh s'arrête d'abord à l'arrêt *Johannesson* et semble y voir une victoire fédérale dans la mesure surtout où l'aéronautique a été attribuée exclusivement au pouvoir central alors qu'on pouvait discerner dans cette cause un élément provincial indéniable, celui du zonage. L'intrusion du pouvoir central dans

²⁹ Leonard H. LEIGH, "The Supreme Court and the Canadian Constitution", *Ottawa Law Review*, vol. 2, n° 2, 320.

une matière de juridiction provinciale en vertu de la théorie de la dimension nationale semble lui paraître encore plus flagrante dans l'arrêt *Munro*. La décision de la Cour suprême dans le *renvoi concernant les droits miniers sous-marins* est également remarquable selon lui en ce qu'elle donne raison à la prétention fédérale sur toute la ligne. Aux yeux du professeur Leigh cependant, il s'agissait clairement dans ces trois causes de matières extra-provinciales dans lesquelles la Cour pouvait difficilement se prononcer autrement qu'elle ne l'a fait. Comme il s'agissait là des seuls cas où le pouvoir général avait été sanctionné, on pouvait affirmer que la Cour avait fait preuve de modération sur ce point.

La clause générale de commerce était un autre moyen d'action qui s'offrait au pouvoir central. Comme tous ses prédécesseurs, Leigh juge que la Cour suprême a accordé plus de latitude au parlement central dans ce domaine que ne l'avait fait le Conseil privé. Il relève en ce sens le *renvoi concernant la mise en marché des produits agricoles en Ontario* de 1957, l'arrêt *Murphy* auquel il accorde une importance mitigée et surtout l'arrêt *Klassen* du Manitoba. Le professeur constate la conduite de la Cour lorsqu'il s'agit du pouvoir général et du commerce avec son attitude en matière de droit criminel où elle s'est montrée généreuse à l'égard des provinces en leur accordant une importante liberté d'action par l'autorisation de pouvoirs concurrents dans des domaines comme la circulation routière et celui des valeurs mobilières. D'une manière générale, la Cour ici encore a fait preuve selon lui de modération dans un secteur susceptible de développements favorables au pouvoir central. On rencontre la même disposition de la part de la Cour dans son interprétation restreinte de la notion de prépondérance qui a eu pour effet de favoriser les provinces. Le professeur Leigh conclut que nonobstant certaines tendances vers la centralisation des pouvoirs en particulier durant les années '50, la Cour suprême a fait preuve dans l'ensemble de prudence et de modération. Malgré certains gains du pouvoir central, la Cour n'a pas réellement coupé les ponts avec le passé et il est impossible de lui reprocher d'avoir modifié l'équilibre fondamental des pouvoirs entre l'autorité centrale et les provinces.

III

Sept ans plus tard le professeur Dale Gibson prend le relais de MacDonald et Russell en dressant un inventaire des décisions de la Cour suprême des années 60 (1960-1969)³⁰. Contrairement à ces prédécesseurs, il ne boude pas les bilans et, comme pour compléter leur travail, décide en guise d'introduction d'en établir un pour les années '50.

³⁰ (1975) *Canadian Bar Review*, 621.

Gibson se réjouit du travail accompli par la Cour suprême durant cette première décennie. Il admire son approche «activiste» de même que l'énergie et l'imagination dont elle a fait preuve pour adapter le droit au milieu canadien «même si cela exigeait qu'elle se départît des sentiers tracés antérieurement par le Comité judiciaire du Conseil privé» (traduction libre). Cela voulait dire une extension des pouvoirs du parlement central en particulier en matière de commerce (citation de l'arrêt Murphy) et en ce qui concerne la clause «paix, ordre et bon gouvernement» (Johannesson) tandis que la juridiction étendue du pouvoir central au sujet des transports extra-provinciaux était confirmée: arrêts des débardeurs et *Winner* (1954); *Comstock* (1954); *Canada c. C.P.R. & C.N.R.*, (1955). À quoi s'ajoute bien entendu les décisions remarquables de cette période au chapitre des droits de l'homme (*Roncarelli*, *Saumur*, *Switzman* etc.). De quoi donner la nostalgie pour cet âge d'or lorsqu'on regarde les années soixante: *Nostalgia for the 1950's is currently fashionable. The reverence with which so many students of the Supreme Court regard that decade is no mere fad*. D'où le titre de l'article: «And One Step Backward: The Supreme Court and Constitutional Law in the Sixties».

L'analyse de Gibson des années '60 diffère de celles examinées jusqu'ici. Elle est influencée par les données statistiques dont l'auteur s'inspire. «Paix, ordre et bon gouvernement», pouvoir de commerce et droit du travail sont remplacés par le nombre de prétentions fédérales ou provinciales approuvées ou désapprouvées par la Cour, par des comparaisons de pourcentages avec les années précédentes et par des illustrations jurisprudentielles de ces tendances. Il en découle que durant les années '60 la Cour a fait preuve d'un esprit de modération (*judicial restraint*) encore plus prononcé que durant la décennie précédente dans la mesure où elle s'est montrée plus positive à l'égard des provinces. Cette attitude ne pouvait en fait se vérifier qu'à l'égard de ces dernières puisque la Cour suprême n'avait jamais opposé un refus à une prétention juridictionnelle fédérale durant les années '50 alors que plus de la moitié du temps elle s'était prononcée contre celle de provinces. Par contre durant les années '60 le pourcentage de rejet dans le cas des provinces est réduit de 53% à 30% cependant qu'Ottawa se voit opposé un refus pour la première fois depuis 1949³¹.

À titre d'illustrations, Gibson cite un certain nombre de causes favorables au pouvoir central (*Droits miniers sous-marins*, *Munro*, *British*

³¹ "The Court was equally reluctant in both periods to reject jurisdiction asserted by federal authorities, rejecting a federal claim to jurisdiction only once in the entire twenty years (*Agence Maritime Inc. c. Conseil Canadien des Relations ouvrières*, (1969) and never holding a federal statute to be *ultra vires*. But in the case of provincial governments, a change of attitude was evident. Asserted provincial jurisdiction was rejected in 53% of the cases during the 1950's but in the sixties the rejection dropped to 30%". *Loc. cit.*, note 30, 625.

Columbia v. Smith, (1967); *Board of Transport Commissioners* (1968); *Orderly Payment of Debts* (1960); *Batary* (1965); *Texada Mines* (1960) et *Commission du Salaire Minimum c. Bell Telephone*) ainsi que plusieurs arrêts favorables aux provinces (dont *Carnation* (1968); *O'Grady* (1960); *Barfried* (1963); *Crawford* (1960); *Coughlin* (1968) etc.) sans commentaire aucun quant à la qualité de ces décisions permettant d'apprécier dans quelle mesure la Cour suprême a poursuivi durant les années '60 la route dans laquelle elle s'était engagée dans les années '50 en réaction contre le Conseil privé. Le «pas en arrière» des années '60 dont parle Gibson dans son titre semble signifier que la Cour suprême a moins favorisé le pouvoir central durant cette période quant au partage des pouvoirs. La seule indication fournie à ce sujet est la tendance de la Cour suprême à laisser une certaine marge aux provinces en créant une nouvelle aire de juridiction concurrente atténuant d'autant le caractère exclusif des pouvoirs fédéraux. Quant au reste, Gibson donne plus ou moins à entendre que malgré certains arrêts clef comme *Munro*, *les droits miniers sous-marins* et la *Commission du Salaire Minimum*, l'équilibre des forces entre le pouvoir central et les provinces demeure en 1969 ce qu'il était en 1959. Le professeur s'en accommode bien. D'après lui la Cour a répondu au changement de situation d'une décennie à l'autre. À l'immobilisme des années d'avant-guerre a succédé l'activisme de l'après-guerre y compris celui de la Cour suprême. À la fin des années '50 les choses étaient allées assez loin, c'était au tour des provinces d'avoir du pain sur la planche et il était souhaitable qu'elles bénéficient de la part de la Cour d'une certaine latitude pouvant toujours être résorbée, si besoin en est, grâce à la prépondérance fédérale³². Bref, en toute dernière analyse, les critères de décision sont autant politiques que juridiques et les professeurs Russell et Smiley pour ne mentionner que ceux dont nous avons parlé deviennent alors aussi bons juges que les professeurs Laskin et Beetz.

C'est probablement ce que pense le professeur Paul C. Weiler qui a dressé avec le concours du Conseil canadien des Arts un inventaire des décisions de la Cour suprême faisant l'objet de son article intitulé «The Supreme Court and the Law of Canadian federalism³³». Théoriquement parlant, cet inventaire ne fut pas établi dans le but de déterminer dans quelle mesure la Cour suprême s'est départie de la ligne de conduite suivie par le

³² Les réflexions de Gibson sur ce point ne prennent toute leur signification qu'à la lecture des premiers chapitres de l'ouvrage de Smiley mentionné à la note 23, tant politique et juridique sont intimement mêlés en ces matières. Gibson refuse cependant d'adopter la même optique lorsqu'il s'agit des libertés fondamentales au sujet desquelles il prend la Cour suprême à partie pour ses décisions des années '60 en la matière lesquelles représentent alors véritablement un «pas en arrière».

³³ (1973) *University of Toronto Law Journal*, 307.

Conseil privé mais cela revient au même. L'auteur commence son article en disant que l'une des principales raisons pour lesquelles les appels au Comité judiciaire ont été abolis était l'insatisfaction causée par ses décisions concernant le partage des pouvoirs lesquelles ne tenaient pas suffisamment compte de l'évolution politique et sociale au Canada. L'affranchissement de la Cour suprême qui se trouvait dans le pays même et était composée de juges autochtones donnait l'espoir que les choses changeraient. Qu'en était-il? En répondant à cette question telle que postulée, l'auteur était amené à établir un parallèle entre le tribunal anglais et la cour canadienne de 1949 à 1971.

L'étude du professeur Weiler est axée principalement sur l'évolution socio-économique et la majeure partie de son enquête porte sur les agissements de la Cour suprême au chapitre de la réglementation économique entendue au sens le plus large. Les opinions qu'il exprime du point de vue qui nous concerne peuvent être résumées ainsi:

Paix, ordre et bon gouvernement. Contrairement au Conseil privé qui semblait ressusciter la théorie de l'urgence dans l'arrêt sur la *Margarine* (1951), la Cour suprême a laissé de côté cette théorie dans les arrêts *Johannesson* et *Munro* et ainsi ouvert la voie à l'expansion de la liberté d'action du parlement central en vertu de la clause «paix, ordre et bon gouvernement». Ceci devrait permettre en particulier à Ottawa de franchir les obstacles qui l'ont empêché jusqu'ici de s'occuper des nouveaux problèmes que suscite l'évolution sociale. L'arrêt *Munro* aura démontré que la Cour n'est plus obsédée par la crainte que les mots «paix, ordre et bon gouvernement» interprétés largement et non plus artificiellement limités aux cas d'urgence, n'en viennent à restreindre indûment les pouvoirs des provinces.

Échanges et commerce. Les arrêts *Murphy*, *Jorgenson* et *Caloil* (1971)³⁴ ainsi que le refus de la Cour suprême de reprendre l'affaire *Klassen* au Manitoba ont eu pour effet de réduire l'étanchéité entre les pouvoirs de commerce intra-provincial et extra-provincial érigée par le Conseil privé. Il ne fait aucun doute non plus que les décisions de la cour dans le *renvoi concernant la mise en marché des oeufs au Manitoba* et l'arrêt *Commission du Salaire minimum c. Bell Telephone*³⁵ ont augmenté sensiblement la liberté d'action du gouvernement fédéral.

Droit criminel et réglementation économique. Contrairement aux difficultés rencontrées par Ottawa avant 1949 dans ses efforts de

³⁴ *Jorgenson v. Attorney-General of Canada*, (1971) R.C.S. 725; *Caloil v. Attorney General of Canada*, (1971) R.C.S. 543.

³⁵ *Attorney-General of Manitoba v. Manitoba Egg and Poultry Association*, (1971) R.C.S. 689 et note 27.

règlementation économique en vertu de l'art. 91(27), la Cour suprême semble devoir se montrer infiniment plus favorable que le Conseil privé dans ce domaine si on en juge par les arrêts *Goodyear Tire* et *Campbell*³⁶.

Le résumé de Weiler au sujet de la réglementation économique depuis 1949 est intitulé significativement: *The growth of Dominion power*. Il attire l'attention sur l'esprit novateur dont la Cour suprême a fait preuve en favorisant l'expansion des pouvoirs fédéraux en matière économique. Il termine en affirmant que dans presque tous les cas la Cour suprême eut dû se prononcer contre le pouvoir central si elle avait utilisé les critères restrictifs élaborés par le Conseil privé.

Weiler conclut ainsi: 1- Ceux qui espéraient que l'abolition des appels au Conseil privé changerait les choses ne devraient pas être déçus: sans qu'il en paraisse à cause des méthodes discrètes de la Cour une modification substantielle de la doctrine constitutionnelle est intervenue depuis 1949. 2- L'innovation la plus significative réside dans la réaffirmation du pouvoir fédéral dans le domaine économique grâce en particulier à une interprétation élargie de la clause introductive et de l'art. 91(2). 3- La Cour suprême a fait preuve de réserve et modération (*judicial restraint*) d'une manière beaucoup plus marquée que le Conseil privé mais cette réserve s'est manifestée bien davantage en faveur du pouvoir central qu'en faveur des provinces. Dans un seul cas sur 18 (de 1949 à 1971) a-t-elle refusé de reconnaître la juridiction fédérale. Dans le cas des provinces elle s'est prononcée 15 fois contre elles dans 37 causes. Presque toutes les décisions en faveur du parlement central sont unanimes alors qu'un grand nombre de dissidences se retrouvent dans les causes favorables aux provinces. 4- Durant les années '60, la Cour a néanmoins favorisé d'une manière appréciable la liberté d'action des provinces en élargissant nettement grâce à une approche fonctionnelle et une interprétation restrictive de la prépondérance fédérale la notion de pouvoir concurrents (arrêts *Barfried* (1963); *O'Grady* (1960); *Fawcett* (1964); *Mann* (1966)).

Il est difficile en se limitant au point de vue qui nous retient de rendre justice à la pensée dense de Paul Weiler dont le déroulement prend la forme d'un commentaire qualitatif des œuvres de la Cour plutôt que celle d'un inventaire quantitatif. D'une manière générale, l'auteur se réjouit par souci d'efficacité de la manière dont la Cour suprême a favorisé le pouvoir central mais qui préconise également par souci d'efficacité l'extension de la zone des pouvoirs concurrents (ce qui l'amène à mesurer son approbation de l'arrêt *Johannesson*) et se montre très critique d'arrêts favorables à Ottawa

³⁶ *Goodyear Tire and Rubber Co. v. The Queen*, (1956) R.C.S. 303; *Regina v. Campbell*, (1966) 58 D.L.R. (2d) 673.

comme celui de la mise en marché au Manitoba et celui de la *Commission du Salaire minimum* au Québec.

IV

Il sera encore plus malaisé de rendre justice en quelques paragraphes à l'étude la plus détaillée des décisions de la Cour suprême publiée jusqu'ici qui s'étend sur quatre cents pages. Il s'agit de celle préparée par maître Gilbert L'Écuyer pour le compte du gouvernement québécois³⁷.

Les affaires économiques occupent près de la première moitié de son rapport. Le point de départ est la distinction nette opérée par le Conseil privé entre commerce international et interprovincial d'une part relevant du pouvoir central et d'autre part commerce intra-provincial relevant des provinces, le premier étant basé sur l'article 91(2) et le second sur Propriété et Droits civils. Le rapport considère que les décisions de la Cour suprême semblent avoir conservé cette distinction. Aucune décision du moins ne paraît en avoir contesté directement le principe. Cependant l'application de ce se réjouit par souci d'efficacité de la manière dont la Cour suprême a favorisé le pouvoir ce principe par la Cour n'a pas été uniforme et paraît avoir subi depuis 1949 des atténuations importantes dans certains secteurs. Alors qu'en ce qui concerne par exemple le commerce des valeurs mobilières la Cour semble avoir suivi sans détour le chemin tracé par le Conseil privé³⁸, on ne peut en dire autant des décisions prises depuis 1949 dans un domaine important de l'activité économique celui de la mise en marché des produits agricoles où la Cour semble vouloir se départir de l'orientation donnée par l'arrêt Shannon de (1937) qu'elle avait suivi avec réserves dans l'affaire des produits agricoles de l'Ontario (1957) et dix ans plus tard dans l'arrêt *Carnation*³⁹ mais dont elle s'éloigne sensiblement dans le renvoi concernant la mise en marché des œufs au Manitoba 1971 ainsi que dans l'arrêt *Burns Rood* de 1974⁴⁰.

«Cependant que le Comité judiciaire procédait dans l'interprétation des articles 91(2) et 92(13) en postulant le principe de l'autonomie provinciale [...] et avait tendance à privilégier l'application de l'article 92(13)», le lieu de la transaction lui paraissant le caractère déterminant, «la Cour suprême a eu recours à d'autres critères [...] et donne à l'article 91(2) une signification

³⁷ Gilbert L'ÉCUYER, *La Cour suprême du Canada et le partage des compétences 1949-1978*, Éditeur officiel du Québec, 1978.

³⁸ Arrêts *Smith* (1960); *Gregory* (1961); *Duplain* (1961); *First National Bank of Nevada* (1973).

³⁹ *Carnation Company c. Quebec Agricultural Marketing Board*, (1968) R.C.S. 238.

⁴⁰ *Burns Food Limited v. Attorney General of Manitoba*, (1975) 1 R.C.S. 494.

qui conduit à subordonner les programmes provinciaux (de mise en marché) aux programmes fédéraux» (p. 169). La nouvelle interprétation de la Cour en cette matière, que l'arrêt de 1978 sur la mise en œuvre d'un programme conjoint en Ontario ne fait qu'atténuer, «ne paraît pas en tout point conforme» à celle du Conseil privé (p. 178).

Après l'article 91(2), l'article 92(10) a été selon L'Écuyer l'instrument qui a le plus souvent permis au parlement central de réglementer les affaires locales. Cette façon d'agir était déjà présente avant 1949 mais les décisions de la Cour suprême auront largement consolidé la position dominante d'Ottawa dans ce domaine puisque douze des quinze jugements rendus en l'occurrence ont favorisé le pouvoir central. Les arrêts *Capital Cities* et *Dionne*⁴¹ de 1978 sont de parfaits exemples. Mais la Cour ira plus loin en simplifiant la signification des sous-paragrophes de l'article 92(10) depuis 1949 par suite des arrêts *Board of Transport Commissioners* (1968); *Jorgenson* (1971) ainsi que *Chamney* (1975)⁴² (pp. 182-188). Une autre conclusion que tire le rapport quant à l'impact des jugements de la Cour suprême en matières économiques est que «les décisions rendues dans l'affaire *Texada Mines*, en 1960, et dans l'affaire *Canadian Industrial Gas*, en 1978⁴³, si elles ne désavouent pas les décisions antérieures n'en témoignent pas moins d'un rétrécissement des compétences en matière d'imposition au profit par exemple de la clause «*trade and commerce*» (p. 189). Ajoutons la conclusion tirée d'une manière incidente dans cette première moitié du rapport voulant que l'ensemble des décisions rendues en matière de transport par la Cour suprême ont eu pour effet, tout comme en matière de mise en marché, de subordonner le plus souvent la réalisation des programmes provinciaux à celle des programmes fédéraux (174).

La deuxième moitié du rapport L'Écuyer est consacrée aux Affaires sociales, aux Affaires éducatives et culturelles et aux Affaires institutionnelles. Les deux principaux points traités sous la première de ces rubriques sont les relations de travail et le droit criminel. Pour ce qui est des relations de travail, le rapport s'attarde surtout à l'affaire de la *Commission du Salaire minimum*. Le point de départ ici comme en matière de commerce est l'absence de juridiction exclusive en faveur de l'un ou l'autre niveau de gouvernement. L'affaire *Snyder* de 1925 jugée par le Conseil privé et confirmé en 1937 accordait principalement juridiction aux provinces en matière de travail en vertu de l'article 92(13) mais l'avis consultatif donné

⁴¹ *Capital Cities Communications Inc. v. C.R.T.C.*, (1978) 2 R.C.S. 141; *Régie des Services publics c. Dionne*, (1978) 2 R.C.S. 191.

⁴² *The Queen v. Board of Transport Commissioners*, (1968) R.C.S. 118.

⁴³ *Texada Mines Ltd v. Attorney-General of British Columbia*, (1960) R.C.S. 713; *Canadian Industrial Gas and Oil v. Government of Saskatchewan*, (1978) 2 R.C.S. 545.

par la Cour suprême elle-même, aussi en 1925, au sujet des conventions internationales du travail, tout en s'accordant avec le Conseil privé pour l'essentiel ajoutait que les relations de travail dans des entreprises de juridiction fédérale pouvaient être également réglementées par l'autorité fédérale. L'Écuyer remarque en passant que l'arrêt des débardeurs de Toronto semble s'être prononcé pour l'exclusivité de la juridiction fédérale en matières maritimes et reproche à la Cour de s'être prononcée de nouveau pour une juridiction exclusive dans l'affaire *Commission du Salaire minimum — Bell Telephone* alors qu'on avait affaire cette fois à une loi provinciale en l'absence d'une législation fédérale conflictuelle. La Cour a donc indûment favorisé ici le pouvoir central et singulièrement compliqué l'application du droit du travail. «On peut s'interroger, conclut le rapport, sur le nombre de réglementations provinciales qui seront rendues ainsi inapplicables aux entreprises de juridiction fédérale (239)».

Au sujet du droit criminel, le rapport constate d'abord les nombreuses occasions où la Cour suprême a reconnu la possibilité de co-existence de dispositions législatives fédérales et provinciales au sujet de la conduite des véhicules-automobiles en particulier les arrêts *O'Grady* (1960); *Stephens* (1960); *Mann* (1966) et *Ross* (1973). Il s'agit là toutefois à toutes fins pratiques d'une tolérance car il semble bien que «ces dispositions législatives provinciales pourraient être rendues inopérantes par une modification au Code criminel comme en témoigne le renvoi relatif à l'article 92(14) de la *Loi des Véhicules automobiles de 1957*» (p. 160). Le rapport regrette l'extension du droit criminel aux mesures préventives que la Cour suprême a favorisé dans les affaires *Brush* (1953); *Goodyear Tire* (1956) et *Attorney-General of British Columbia v. Smith*, (1967) même si la notion était présente avant 1949 (*Canada Temperance* (1946)). S'il faut reconnaître au parlement la faculté d'adopter des mesures préventives au même titre que des mesures correctives en vertu d'un article 91(27) susceptible de permettre au Parlement d'en élargir l'application à volonté, il y a danger que cet article se transforme en pouvoir général (241-242, 245). Dans ses conclusions, L'Écuyer répète cette considération mais il ajoute qu'en l'absence de disposition conflictuelle fédérale, la Cour «n'a pas recouru à (cet article), d'une façon générale, pour limiter la faculté d'intervention des provinces.» C'est ainsi qu'elle a laissé ouvert un champ d'action aux provinces en établissant que les sanctions civiles d'un acte criminel ne doivent pas être considérées comme une peine (384).

Ces réflexions en matière criminelle sont complétées par celles que fait maître L'Écuyer lorsqu'il se penche sur les «Affaires institutionnelles», plus spécialement les institutions judiciaires et l'administration de la justice. Là il considère vingt jugements portant sur dix-neuf lois provinciales et une loi

fédérale. La Cour se montrera favorable à cette dernière et déclarera huit lois provinciales *ultra vires* en tout ou en partie, la plupart de ces arrêts portant sur l'article 96. L'Écuyer ira jusqu'à dire que ces décisions «ont conduit à un état de confusion indescriptible qui n'a certes pas facilité le développement des tribunaux administratifs dans les provinces» (366). Néanmoins, le bilan qu'il trace s'avère au moins aussi favorable aux provinces qu'au pouvoir central⁴⁴. Dans ses conclusions finales, il affirmera que l'interprétation de l'article 96 par la Cour suprême «semble en voie d'être plus favorable à la compétence provinciale que ne l'étaient les décisions du Comité judiciaire du Conseil privé» (384).

En revanche, lorsqu'il considère la conduite de la Cour au sujet de l'aménagement du territoire qu'il place sous la même rubrique générale, L'Écuyer constate des limitations «considérables» imposées à la liberté d'action des Provinces en particulier par les arrêts *Johannesson* (1951); *Munro* (1966) et le *renvoi concernant les droits miniers sous-marins* (1967) au sujet desquels il se montre très critique encore que la première de ces décisions était contenue selon lui dans l'héritage laissée par le Conseil privé (367). Malgré la qualité de ces arrêts le bilan n'est cependant pas entièrement négatif ainsi qu'en fait foi l'arrêt *Morgan & Jacobson* (1975)⁴⁵.

Restent les Affaires éducatives et culturelles (droits linguistiques, Indiens et Inuits, communications). Seuls les Indiens figurent au palmarès du partage des pouvoirs: article 91(24). Les contours de la compétence fédérale n'avaient pas encore été tracés en 1949; il sera néanmoins possible d'établir des comparaisons en procédant par analogie grâce aux jugements rendus par le Conseil privé en interprétant l'article 91(25) touchant les aubains (*Union Colliery* (1899); *Cunningham* (1903)). L'Écuyer retient quatre jugements. Un premier permet l'application d'une loi provinciale en tant que telle à l'encontre d'un Indien (arrêt *Cardinal* (1973)) nonobstant le caractère exclusif accordé par la constitution aux matières énumérées à l'article 91. Un deuxième arrêt permet la même chose mais «par voie référentielle» seulement en vertu de la loi fédérale sur les Indiens (*Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, (1975)). Dans un troisième arrêt, la Cour suprême se prononce contre l'application d'une loi provinciale à cause d'un traité conclu avec les Indiens (arrêt *Frank* (1977)). Le quatrième jugement confirme l'application de la loi fédérale sur les Indiens dans un cas indien de succession (arrêt *Canard* (1975)). Les Provinces ont donc finalement leur entrée au domaine indien censément réserve fédérale

⁴⁴ Les arrêts suivants favorisent entre autres les provinces: *Farrell* (1961); *Tremblay* 1967; *Dupont-Inglis* (1958); *Cour des Magistrats* (1965); *Tomko* (1975); *DiOrio* (1976); *McNamarra* (1977).

⁴⁵ *Morgan et al. v. Attorney-General of Prince Edward Island*, (1976) 2 R.C.S. 349.

mais à une double condition: que leurs lois aient une portée générale, c'est-à-dire ne visent pas les Indiens en particulier et qu'elles n'entrent pas en conflit avec les lois fédérales. En d'autres termes les pouvoirs des provinces ici comme dans tous les cas de «tolérance» fédérale sont, juridiquement parlant, illusoires dans la mesure où Ottawa peut du jour au lendemain rayer d'un trait de plume la juridiction présentement exercée par les provinces à l'égard des Indiens en exploitant à plein et en toute légitimité (comme l'escomptaient sans doute les Pères de la Confédération) la faculté de légiférer que lui alloue le paragraphe 91(24). Ceci dit, L'Écuyer conclut en reprenant son analogie du début que «les décisions de la Cour suprême rendues depuis 1949, en se fondant sur l'article 91(24) du *B.N.A. Act*, ne paraissent pas avoir donné à cet article une signification plus large que celle que le Comité judiciaire avait attribué à l'article 91(25) du *B.N.A. Act*» (278-280).

Il y a peu à dire des droits linguistiques non spécifiquement réglementés avant 1949 et qui n'ont fait l'objet depuis que d'une décision judiciaire laquelle a établi que l'autorité législative en la matière «est morcelée entre le parlement fédéral et les législatures provinciales». Cette décision⁴⁶ est en harmonie avec les principes généraux d'attribution de compétence. «Ni les droits linguistiques ni les affaires culturelles n'étant énumérés dans les articles 91 et 92, la Cour suprême n'avait d'autre choix que de rattacher ces matières à des catégories énumérées ou de les attribuer à la compétence résiduelle du Parlement. La solution retenue paraît conforme au sens du *B.N.A. Act* ainsi qu'aux décisions judiciaires antérieures à 1949» (p. 279). Ces constatations s'appliquent aussi selon L'Écuyer aux jugements de la Cour au sujet des communications dont il retient *Capital Cities* et *Dionne* de 1978 favorables au pouvoir central de même que *Kellog* et *McNeil*⁴⁷ également de 1978 et favorisant les provinces, avec le commentaire suivant: les décisions judiciaires, dans le domaine de la culture sont fondées sur des compétences qui n'ont rien à voir avec la culture; traitant de cablo-distribution, les juges de la Cour suprême ne peuvent se référer à aucune catégorie de sujets à contenu culturel; ils sont amenés à se replier sur le caractère local ou extra-provincial du service ou de l'entreprise concernée; la culture en elle-même devient un élément quasi-accessoire relié à une entreprise dans un rapport de subordination qui en fait l'enjeu de l'éternel duel entre réglementation extra-provinciale et intra-provinciale, et la rend par le fait même susceptible d'être mise en échec par le jeu de la prépondérance fédérale. L'efficacité des politiques culturelles provinciales et notamment québécoise ne peut en conséquence qu'être limitée (277-8).

⁴⁶ *Jones v. Attorney-General of New-Brunswick*, (1975) 2 R.C.S. 182.

⁴⁷ *Procureur général du Québec c. Kellog's Co.*, (1978) 2 R.C.S. 211; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, (1978) 2 R.C.S. 662.

Comme ses prédécesseurs en particulier ceux qui avaient d'autre chose que les années '50 à se mettre sous la dent, maître L'Écuyer constate que la Cour suprême est loin d'avoir favorisée uniformément le parlement fédéral. Il enregistre à chaque occasion les mouvements du tribunal favorables aux provinces ainsi que nous l'avons noté au sujet de l'organisation de la justice (article 96), et des affaires indiennes. D'autres exemples signalés dans le rapport sont les régimes matrimoniaux, la réglementation sur la fermeture des établissements commerciaux le dimanche (nonobstant l'arrêt *Birks*), la conduite des véhicules automobile, le commerce des valeurs mobilières et d'une manière générale les matières entrant dans la zone des pouvoirs concurrents, sur lesquels nous n'avons pu nous attarder faute d'espace mais aussi eu égard aux conclusions que le rapport tire de ces développements auxquels il finit par attacher une importance relative. La raison de ce désintéressement que nous avons signalé à propos des affaires indiennes est la valeur toute relative qu'il faut accorder selon Me L'Écuyer à une notion qui permet en tout temps à l'un des deux niveaux de gouvernement d'annuler les avantages dont l'autre bénéficiait momentanément ainsi que l'ont démontré l'affaire de la *Commission du salaire minimum* et ses suites dans un domaine considéré jusque-là comme un château-fort des provinces.

Nous avons été ainsi amenés à mettre l'accent sur les éléments du rapport qui justifient davantage ses conclusions lesquelles pour les fins qui nous occupent peuvent être énoncées comme ceci:

1. Au total, l'interprétation de la Cour suprême a été, depuis 1949, généralement plus favorable au gouvernement fédéral que ne l'étaient les décisions du Comité judiciaire du Conseil privé. Ce résultat provient avant tout de l'interprétation plus large du pouvoir de commerce inscrit à l'article 91(2) auquel la Cour «a tendance à attribuer la signification d'une compétence générale sur les matières économiques au bénéfice du Parlement fédéral» (381). C'est principalement en rapport avec la réglementation de la mise en marché de produits d'un type particulier — en l'occurrence les produits agricoles — que l'on peut relever l'ensemble de jugements le plus favorable au gouvernement fédéral (380-381).

2. La tendance centralisatrice de la Cour se manifeste également dans une certaine velléité de «réhabiliter» la clause *Peace, Order and Good Government* dont le Conseil privé avait finalement donné une interprétation restreinte. Cette clause a été utilisée largement à deux reprises depuis 1949 et l'on put penser un moment que sa résurgence était chose accomplie lorsqu'intervint la décision sur la loi anti-inflation⁴⁸ se prononçant contre la théorie de la dimension nationale mais à une faible majorité qui nous laisse dans l'incertitude.

⁴⁸ Renvoi concernant la Loi anti-inflation (1976) 2 R.C.S. 373.

3. La nouvelle orientation de la Cour semble résulter de son approche «fonctionnelle» dans l'interprétation des articles 91 et 92 ainsi que d'une analyse plus littérale du texte de 1867. «En partant d'une approche aussi différente, la Cour suprême est amenée à prendre ses distances par rapport aux décisions du Comité judiciaire du Conseil privé» et par le fait même à agir d'une façon plus conforme à la fois aux intentions des Pères de la Confédération et à l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Le tribunal de dernière instance réformé ou non aura tendance à favoriser le pouvoir central tant et aussi longtemps qu'il se trouvera devant le texte constitutionnel actuel (390-393).

Ce bilan doit être normalement rapproché de celui du professeur P.W. Hogg qui porte à peu près sur la même période, d'autant plus qu'il peut être interprété comme apportant une note discordante. Il faut dire que le professeur ne vise pas à répondre simplement à la question de savoir si la Cour suprême a moins favorisé les provinces que ne l'avait fait le Conseil privé. Le point qu'il cherche à déterminer est le suivant: la Cour a-t-elle oui ou non fait preuve d'objectivité en tranchant les conflits entre Ottawa et les provinces au sujet du partage des pouvoirs⁴⁹? Ceci l'amène à examiner les décisions de la cour et inévitablement à les comparer à celles du Conseil privé que l'auteur résume en deux points à savoir une interprétation très large des pouvoirs des provinces en vertu de l'article 92(13) et une diminution correspondante des pouvoirs de l'autorité centrale en vertu de la clause «paix, ordre et bon gouvernement» ainsi que de l'article 91(2) touchant le commerce. C'est devant cette toile de fond que le professeur entreprend d'observer la Cour de janvier 1950 au 31 mai 1979 afin de pouvoir répondre à la question qu'il s'est posée. Il nous livre ses observations de la manière suivante:

Paix ordre et bon gouvernement. Nul doute que la signification de cette clause a été élargie au bénéfice du pouvoir central depuis 1949 à la suite de son utilisation dans quatre arrêts qui ont pour effet d'assurer la juridiction fédérale sur la navigation aérienne (*Johannesson*) le contrôle des stupéfiants (*Hauser* (1979))⁵⁰ les ressources minières sous-marines au large de la côte du Pacifique (*renvoi de 1967*) et l'aménagement de la capitale nationale (*Munro*). Cette expansion des pouvoirs fédéraux en vertu de la clause introductive était inévitable étant donné l'interprétation excessivement étroite qu'en avait donné le Conseil privé. Ne peut-on dire que la Cour suprême a utilisé cette clause avec modération? Sa décision au sujet de loi

⁴⁹ P.W. HOGG, «Is the Supreme Court of Canada Biased in Constitutional Cases?» 1979 *Canadian Bar Review* 721.

⁵⁰ *The Queen v. Hauser*, (1979) 1 R.C.S. 984.

anti-inflation nous a d'ailleurs rappelé l'interprétation restrictive du Conseil privé.

Échanges et commerce. Nul doute que la Cour suprême a donné une interprétation plus large de l'article 91(2) au détriment des provinces en particulier au sujet de la mise en marché du blé (arrêt *Murphy*) et des autres produits agricoles (Renvoi concernant *la mise en marché des œufs au Manitoba* et arrêt *Burns Food*), la mise en marché du pétrole (*Caloil*) ainsi que le contrôle des prix et l'exploitation des ressources naturelles en Saskatchewan (*Canadian Industrial Gas and Oil* (1978) et *Central Canada Potash* (1979)⁵¹). À ces décisions on peut cependant opposer en ce qui concerne la mise en marché l'arrêt *Carnation* ainsi que le renvoi de 1978 concernant *l'entente fédérale-provinciale sur les produits agricoles d'Ontario*, de même que les arrêts *Canadian Indemnity* (1976) et *Macdonald-Vapor* (1976)⁵². En définitive, s'il est vrai de dire que la Cour suprême a permis l'expansion du pouvoir central dans le domaine économique, il faut également admettre qu'en ce faisant elle a démontré ici encore un esprit de réserve si l'on songe qu'elle a persisté dans la décision du Conseil privé d'accorder aux provinces un sujet aussi important que l'assurance et surtout si on regarde ce qui se passe aux États-Unis.

Cablodistribution. En assurant la juridiction exclusive d'Ottawa dans cette matière, la Cour suprême s'est contentée en somme de suivre l'orientation donnée par le Conseil privé dans l'arrêt sur la Radio.

Taxation. L'arrêt *Canadian Industrial Gas and Oil* fut un coup sévère pour les provinces et le raisonnement de la Cour sur ce problème complexe n'est pas convaincant. La Cour s'est en revanche montrée favorable aux provinces dans la solution d'un problème de taxation relié à la mise en marché des produits agricoles en Ontario. Il s'agit du renvoi de 1978 concernant l'accord fédéral-provincial sur ce dernier sujet. Cette victoire provinciale n'a été obtenue que moyennant le renversement formel par la Cour d'un arrêt du Conseil privé de 1933 (*Crystal Dairy*) mais aussi le renversement partiel d'une de ses propres décisions de 1957 concernant également les produits agricoles de l'Ontario.

Administration de la Justice. C'est au tour du pouvoir central cette fois de recevoir un coup dur à deux reprises (*Quebec North Shore* (1977) et

⁵¹ *Central Canada Potash Co. v. Government of Saskatchewan*, (1979) 1 R.C.S. 42.

⁵² *Renvoi sur la mise en marché des produits agricoles*, (1978) 2 R.C.S. 1198; *Canadian Indemnity Co. v. Attorney-General of B.C.*, (1977) 2 R.C.S. 504; *MacDonald v. Vapor Canada*, (1977) 2 R.C.S. 134.

McNamara Construction)⁵³ au sujet de la juridiction de la Cour fédérale qui en sort substantiellement diminuée. Les provinces seront une troisième fois favorisées avec l'arrêt *Di Iorio* (1978)⁵⁴ qui leur permet d'enquêter sur le crime organisé malgré que le droit criminel soit censément du domaine fédéral. Par contre elles seront perdantes dans l'arrêt *Keable* (1979)⁵⁵ qui ne permet pas à une province d'enquêter sur les affaires intérieures de la Gendarmerie royale et aussi dans l'affaire *Hauser* accordant juridiction au parlement central dans un secteur de l'administration de la justice. Les provinces sont de nouveau largement gagnantes au chapitre de l'organisation judiciaire où malgré les nombreuses batailles qu'elles doivent affronter elles réussissent à maintenir essentiellement leur position au sujet de l'article 96. Elles obtiendront sur ce point les faveurs de la Cour à sept reprises de 1958 à 1978 (affaires *Tomko*, *Cour des Magistrats*, *Dupont-Inglis*, *Brooks*, *Tremblay*, *Jones*, *Missisauga*) contre trois revers (*Olympia Recreation Club*, *Séminaire de Chicoutimi* et *Farrah*).

La prépondérance fédérale. Cette règle qui n'apparaît pas dans le texte de 1867 avait été élaborée par le Conseil Privé qui toutefois n'a pas eu souvent l'occasion de l'appliquer en cas de conflit entre les lois fédérales et provinciales, celles-là devant l'emporter. Il y avait là un instrument tout trouvé pour un tribunal fédéral de dernière instance inspiré par une vision centralisatrice. Or la Cour suprême ne l'a utilisé que très modérément. On trouve plusieurs exemples de 1957 à 1978 où la Cour a refusé de s'en servir pour le plus grand avantage des provinces (arrêts *O'Grady*, *Stevens*, *Mann*, *Ross*, *Bell*, *Robinson*, *Construction Montcalm*, *Smith* de 1960 et renvoi concernant la *Loi des Véhicules de Saskatchewan*). Les provinces ne se sont vues désavantagées sous ce rapport qu'à deux reprises (arrêts *Wentworth* et *Smith* de 1967).

Hogg rappelle aussi la décennie «activiste» des années '50 au chapitre des Droits de l'Homme, dont il retient les arrêts *Saumur* (1953) et *Switzman* (1957), et leur oppose les deux arrêts des années '70 *McNeil* et *Dupond* (1978) lesquels, quoi qu'on puisse en penser par ailleurs, favorisent la liberté d'action des provinces.

De la vision qui s'offre à lui après son tour d'horizon, l'auteur tire la conclusion suivante:

My conclusion is that the Supreme Court of Canada has generally adhered to the doctrine laid down by the Privy Council precedents; and that where the court has departed from those precedents, or has been without close precedents, the choices between competing lines of reasoning have favoured the provincial

⁵³ *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique*, (1977) 2 R.C.S. 1054; *McNamarra Construction c. La Reine*, (1977) 2 R.C.S. 654.

⁵⁴ *Di Iorio et Fontaine c. Gardien de la Prison de Montréal*, (1978) 1 R.C.S. 152.

⁵⁵ *P.G. du Québec & Keable c. P.G. du Canada*, (1979) 1 R.C.S. 218.

interest at least as often as they have favoured the federal interest. There is no basis for the claim that the court has been biased in favour of the federal interest in constitutional litigation.

Tous les auteurs d'inventaire étudiés ci-haut et ci-après prennent pour acquis la dernière proposition de cette conclusion⁵⁶. Les deux premières propositions qui nous intéressent en ordre principal nous laissent un peu sur notre faim. La doctrine mentionnée dans la première est-elle celle de Watson-Haldane, de Montague E. Smith-Simon ou de Watson-Simon? Surtout le mot «often» utilisé dans la deuxième proposition suggère une approche quantitative. Est-il inconcevable que la Cour se prononce aussi souvent en faveur de l'autorité centrale que des provinces tout en favorisant néanmoins par la qualité de certaines décisions l'expansion de la juridiction d'un niveau de gouvernement aux dépens de l'autre?

V

Ceci nous amène à l'étude du professeur Gérald Beaudoin qui fait plus ou moins pendant à celles de Maceonald et Gibson sur les décennies précédentes puisqu'elle porte sur la majeure partie des années '70 soit de 1973 au début 1980⁵⁷. L'auteur constate que durant la période examinée une cinquantaine d'arrêts ont été rendus et que du point de vue quantitatif la Cour s'est prononcée «à tout le moins» aussi souvent en faveur des provinces qu'en faveur du parlement fédéral. Il considère cependant que l'on ne peut accorder la même importance à toutes les décisions rendues par la Cour.

Les arrêts-clef selon lui en faveur d'Ottawa durant cette période sont les arrêts *Jackson* et *Zacks* en matière de pension alimentaire et de garde des enfants, *Burns Food* au sujet de la mise en marché des produits agricoles, *Chamney* touchant le pouvoir déclaratoire, *Dryden Chemicals* concernant la pollution des eaux de dimension interprovinciale, *Canadian Industrial Gas and Oil* interprétant le pouvoir provincial de taxation, *Tomell*, portant sur une question d'intérêt, *Farrah* ayant trait à l'article 96, *Dionne et Capital Cities* relatifs à la cablôdistribution, *Zelenski* dans une affaire de restitution, enfin *Hauser et Keable* précisant, l'un les pouvoirs fédéraux, l'autre les pouvoirs provinciaux quant à l'administration de la justice⁵⁸.

⁵⁶ Dans son article, le professeur HOGG fait état du fait que le doyen Lysyk et M^e L'Écuyer n'accusent pas la cour de partialité (p. 721, note 5; p. 722, note 6).

⁵⁷ Gérald A. BEAUDOIN, «Les arrêts de la Cour suprême sur le partage des compétences depuis 1973», 1980 *Revue générale de Droit*, 328.

⁵⁸ *Jackson v. Jackson*, (1973) R.C.S. 205; *Zacks v. Zacks*, (1973) R.C.S. 891; *Chamney v. The Queen*, (1975) 2 R.C.S. 151; *Inter-provincial Cooperatives and Dryden Chemicals v. The Queen*, (1976) 1 R.C.S. 477; *Tomell Investments v. East Marstock Lands Ltd.*, (1978) 1 R.C.S. 974; *Procureur général du Québec c. Farrah*, (1978) 2 R.C.S. 638; *R. v. Zelenski*, (1978) 2 R.C.S. 940.

Il semble, selon l'ancien doyen, que l'arrêt *Caloil* a marqué un tournant dans l'interprétation du pouvoir fédéral de réglementation commerciale et que l'arrêt *Burns Food* ne fait que confirmer la tendance de la Cour suprême à favoriser davantage le parlement central dans ce domaine que ne l'avait fait le Conseil privé «sans que les grandes distinctions de base établies par ce dernier organisme en la matière en soient répudiées pour autant.»

Du côté des provinces, des gains importants «qu'on aurait tort de minimiser» ont été réalisés dans les arrêts portant sur l'administration de la justice soit *Faber* et *Di Iorio*; sur les conséquences civiles des crimes avec l'arrêt *Rose*; sur les relations de Travail dans *Montcalm Construction*, *Canadian Pioneer* et *Four B. Manufacturing*; l'aménagement du territoire avec l'arrêt *Morgan-Jacobson*; l'interprétation de l'article 96 dans *Tomko* et *Wississauga*, le recours civil avec *Vapor Canada*, la protection du consommateur avec l'arrêt *Kellog*; la réglementation des films grâce à l'arrêt *McNeil*; l'ordre public avec l'affaire *Dupond*; l'assurance automobile dans la cause *Canadian Indemnity*; les préférences frauduleuses avec l'arrêt *Robinson*; les paiements faits en fraude des créanciers avec l'affaire *Gingras*; enfin l'interprétation de l'article 101 avec les décisions *McNamara* et *Quebec North Shore* sans parler du renvoi de 1978 concernant l'accord fédéral-provincial sur la mise en marché des produits agricoles en Ontario⁵⁹.

En ce qui concerne la clause «paix ordre et bon gouvernement», il faut considérer que la doctrine de la dimension nationale a été «sérieusement restreinte» par suite de la décision rendue au sujet de la loi anti-inflation en 1976. Ceci constitue aussi un gain important pour les provinces.

Autre «victoire majeure» pour elles: le verdict rendu dans le *Renvoi portant sur la compétence du Parlement fédéral de modifier ou de remplacer le Sénat*⁶⁰.

En considérant l'ensemble des décisions de 1973 à 1980, le professeur Beaudoin ne peut faire autrement que de souligner l'interprétation généreuse de l'article 96 en faveur des provinces accompagnée de l'interprétation

⁵⁹ *Faber c. La Reine*, (1976) 2 R.C.S. 9; *Montcalm Construction Inc. v. Minimum Wage Commission*, (1979) 93 D.L.R. (3rd) 641; *Tomko v. Labour Relations Board*, (1977) 1 R.C.S. 112; *Corporation of the City of Mississauga v. Regional Municipality of Peel et al.*, (1979) 26 N.R. 200; *Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, (1978) 2 R.C.S. 770; *Four B. Manufacturing Ltd v. United Garment Workers of America*, (1980) 102 D.L.R. (3rd) 385; *Canadian Pioneer Management Ltd v. Labour Relations Board*, 31 N.R. 361; *Robinson v. Countrywide Factors Ltd*, (1978) 1 R.C.S. 753; *Gingras v. General Motors*, (1976) 1 R.C.S. 426.

⁶⁰ Dans l'affaire des questions soumises par le Gouverneur en conseil sur la compétence législative du Parlement du Canada relativement à la Chambre haute, (1980) 1 R.C.S. 54.

restrictive de l'article 101 également à l'avantage des provinces. Il attire aussi l'attention sur le fait que dans le domaine important et controversé du Travail, la Cour s'est montré particulièrement explicite en posant le principe que la compétence exclusive des provinces est la règle et la compétence fédérale exclusive l'exception. L'auteur ne tire pas de conclusions définitives et après avoir dit que sur le plan quantitatif la Cour suprême a favorisé également le pouvoir central et les provinces, de 1973 à 1980, donne à entendre que sur le plan qualitatif qu'il considère le plus important on retrouve durant cette période des arrêts-clef des deux côtés.

Les années '70 sont envisagées sous un angle différent par le doyen Lysyk dans un inventaire éclair inséré au cours de deux conférences sur la question constitutionnelle⁶¹. Le doyen aborde le problème de l'interprétation de la constitution d'une manière générale comme un des éléments du «grand débat» en cours. Il mentionne le malaise ressenti au Québec, au moment où la Cour suprême devient tribunal de dernière instance, devant la perspective que celle-ci se montre moins soucieuse que le Conseil privé de préserver l'équilibre des forces entre les deux niveaux de gouvernement. Selon lui, ces craintes s'avèrent justifiées par la suite et finirent par être partagées dans d'autres régions du pays. Il ajoute que la tendance de la Cour suprême à favoriser l'expansion des pouvoirs de l'autorité centrale et à restreindre ceux des provinces semble avoir été plus prononcée dans un certain nombre de décisions qui se situent entre les années 1971 et 1978. Ces décisions portent sur trois secteurs dont le premier et le plus important est la réglementation du commerce où l'article 91(2) a reçu une large interprétation au détriment des provinces dans les arrêts *Burns Food*, le renvoi concernant la mise en marché des œufs au Manitoba, *Caloil*, *Canadian Industrial Gas and Oil*, et *Central Canada Potash*. Ces deux dernières décisions de même que le renvoi concernant les droits miniers sous-marins de 1967 ont eu des effets négatifs dans un second secteur également d'importance capitale pour les provinces, celui des richesses naturelles censément domaine exclusivement provincial. Le troisième secteur, celui des communications dans lequel non seulement le Québec mais aussi d'autres provinces ont un grand intérêt, a été l'objet de deux décisions défavorables aux provinces, *Capital Cities* et *Dionne*.

Le doyen Lysyk cite également comme sujets d'insatisfaction durant ces années la décision concernant la loi anti-inflation qui a accordé une discrétion indue au Parlement fédéral quant au jugement qui doit être porté sur l'existence ou non d'une situation d'urgence pouvant permettre une

⁶¹ K.M. LYSYK, «Reshaping Canadian Federalism», 1979 *University of British Columbia Law Review* 1, 16-21.

réduction radicale des pouvoirs provinciaux, ainsi que les propos exprimés par la Cour dans l'arrêt *Vapor* au sujet du renversement souhaitable de l'arrêt du Conseil privé de 1937 concernant les Conventions internationales du Travail. Les arrêts qu'il cite, dit-il en conclusion, n'épuisent pas le sujet; ils ne sont que des illustrations des attitudes de la Cour qui sont la source d'inquiétudes de la part des provinces. Ce dernier trait explique l'unilatéralisme de son analyse que le doyen Lysyk serait le premier à admettre mais ce témoignage ajouté à d'autres illustre bien les diverses manières dont les activités de la Cour suprême peuvent être considérées.

La dernière revue générale des décisions de la Cour suprême au moment où ces lignes sont écrites est celle du professeur Gilles Rémillard dans son ouvrage *Le fédéralisme canadien* publié en 1980⁶². Elle prend la forme d'un relevé chronologique des principales décisions de la Cour de 1949 aux premiers mois de l'année 1980. L'auteur cite une cinquantaine d'arrêts dont les trois quarts appartiennent aux années '70. Des années cinquante, il retient huit décisions dont six favorables au pouvoir central. La première est le renvoi concernant les baux en temps de guerre (1950) qu'il qualifie de «décision des plus centralisatrices» car elle laissait à l'autorité politique «le soin de définir elle-même l'état d'urgence et de le prolonger selon son bon vouloir» (p. 172). Les autres sont l'arrêt *Winner* (1951) et celui des débardeurs (1955) d'une part ainsi que les arrêts *Birks* (1955); *Saumur* (1953) et *Switzman* (1957) d'autre part. Comme Brossard et Tremblay, Rémillard considère que ces dernières décisions «si elles étaient heureuses sur le plan des libertés fondamentales, étaient quand même des intrusions importantes dans la compétence des provinces en matière de propriété et droits civils» (173). Les deux décisions favorables aux provinces qu'il retient pour cette période sont le renvoi de 1958 concernant la *Loi des véhicules automobiles* (Saskatchewan) et l'affaire *Lord's Day Alliance* (1959). Rémillard fait état d'une «période particulièrement centralisatrice» qu'il semble relier à la fin des années '50 et à la majeure partie des années '60. En ce qui concerne ces dernières, son verdict semble motivé par la qualité des décisions rendues en faveur du pouvoir central à l'occasion de l'affaire *Munro*, de celle des *droits miniers sous-marins* et des arrêts *British Columbia v. Smith*, (1966), *Commission du Salaire Minimum — Bell Telephone* auxquels il ajoute *The Queen v. Daniels*, (1966). Il reconnaît toutefois l'importance des arrêts *O'Grady* et *Carnation* favorables aux provinces.

En revanche, les années '70 semblent présenter un tableau plus équilibré si l'on en juge par les décisions retenues pour cette période au

⁶² Gilles RÉMILLARD, *Le fédéralisme canadien*, Montréal, Éditions Québec-Amérique, 1980, p. 172-186.

nombre de quarante dont dix-neuf avantagent les provinces. Parmi celles-ci, l'auteur attache une importance particulière aux arrêts *Ross* (1974); *Morgan and Jacobson* (1976); *Canadian Indemnity* (1977); *Di Iorio* (1978) et *Claire Dupond* (1978) même si ce dernier arrêt «crée une situation difficile sur le plan des libertés fondamentales» (180). Rémillard s'attarde également aux affaires *Kellog* (1978); *Construction Montcalm* (1979), le renvoi concernant l'accord fédéral-provincial sur la mise en marché en Ontario (1978) ainsi que l'affaire *Dominion Stores v. The Queen*, (1979). Quant aux décisions favorables au pouvoir central, l'auteur considère de première importance l'affaire du *Séminaire de Chicoutimi* (1973), l'arrêt *Dryden Chemicals* concernant la pollution des eaux (1976), le renvoi *anti-inflation* (1976) (dont la reprise de la théorie de l'urgence lui paraît contre-balancée par l'entière discrétion laissée au gouvernement canadien au sujet de l'existence d'une telle situation et de sa prolongation), les affaires *Farrah* (1978); *Keable* (1979) et *Hauser* (1979) qui limitent substantiellement la liberté d'action accordée d'autre part aux provinces au chapitre de l'administration de la justice (*Faber et Tomko* (1978)), enfin les arrêts *Trans-Canada Pipelines* (1979) et *Central Canada Potash* (1979) touchant le problème capital de l'exploitation des richesses naturelles. Rémillard se déclare particulièrement déçu de l'attitude de la Cour en matière de communications (*Capital Cities* et *Dionne*) où l'occasion se présentait «d'établir un certain équilibre entre les deux ordres de gouvernement» dans ce domaine (179).

En conclusion, le professeur Rémillard s'abstient de dresser un véritable bilan mais donne néanmoins à entendre que depuis 1949 «jusqu'à ces dernières années», la Cour suprême a favorisé la centralisation des pouvoirs parce qu'elle s'en est tenue davantage à la lettre et à l'esprit de la constitution que ne l'avait fait le Conseil privé.

VI

La réponse à la question de savoir si la Cour suprême s'est montrée plus favorable au pouvoir central que le Conseil privé ne dépend-elle pas du jugement que l'on porte sur ce dernier? Tous sont fédéralistes mais certains le sont plus que d'autres s'ils sont plus favorables à la décentralisation qui est en définitive le propre du fédéralisme par opposition à l'État unitaire. Ceux que l'on appelle autonomistes considèrent que l'on peut difficilement reprocher au Conseil privé d'avoir «fédéralisé» un système qui ne l'était qu'en partie et qu'en ce faisant le Comité judiciaire a consciemment ou non adapté le fédéralisme canadien aux nouvelles conditions créées par l'ouverture d'un continent sensiblement plus compartimenté géographiquement et culturellement que ne l'était le voisin du sud. La logique du

fédéralisme interdit la possibilité pour un des deux niveaux de gouvernement, en l'occurrence le pouvoir central, de modifier unilatéralement l'équilibre des pouvoirs fixé par la constitution parce que, selon lui, telle matière provinciale d'intérêt régional ou local est devenue à ce point d'intérêt général qu'elle passe automatiquement en quelque sorte de la liste provinciale à la liste fédérale des pouvoirs. Une telle faculté de changer unilatéralement l'équilibre constitutionnel d'une manière définitive est contraire aux principes premiers du fédéralisme et ne se retrouve pas dans les systèmes comparables. C'est peut-être ce qui explique qu'au moment même où il formulait en 1896 ce qu'il a été convenu d'appeler plus tard la doctrine de la dimension nationale, le Conseil privé entreprenait d'en réduire la portée. Cette entreprise de réduction d'abord restreinte dans l'arrêt sur la *prohibition locale* (1896) devient par la suite radicale en limitant l'application de la doctrine aux cas d'urgence avec Lord Haldane (*Board of Commerce* 1922; *Fort Frances* 1923; *Snider* 1925). Ceux qui favorisent un fédéralisme décentralisé sont naturellement enclins à considérer que la position finale du Conseil privé à ce sujet telle qu'arrêtée dans l'affaire de la *Margarine* (1951) constitue un des principaux éléments de l'héritage qu'il a laissé. Ils en voudront à la Cour suprême d'avoir ressuscité la doctrine de la dimension nationale que le Conseil privé n'avait finalement appliquée que du revers de la main, à deux reprises (*Aéronautique* (1931) et *Radio* 1932), lesquelles furent spécifiquement rejetées dans l'*affaire des Conventions internationales du Travail*^{62a}, et une troisième fois d'une manière largement théorique (*Canada Temperance* (1946)⁶³ au sujet de laquelle le juge Beetz a exprimé des doutes quant à la velléité du vicomte Simon de formuler à cette occasion une doctrine constitutionnelle importante⁶⁴.

La décision de la Cour de reprendre cette théorie sera considérée d'autant plus significative que la Cour avait sanctionné formellement la théorie de l'urgence en 1950 dans le *renvoi concernant la validité de la réglementation des loyers en temps de guerre*⁶⁵. Il semble peu probable que le rejet formel de la théorie de la dimension nationale dans l'affaire de la *Loi anti-inflation* (1976) ait réussi à lui seul à équilibrer le passif de la Cour au chapitre le plus délicat de la chose constitutionnelle canadienne, d'autant plus qu'il n'a été obtenu qu'à une voix de majorité et que les quelques lignes semées par Lord Watson en 1896 sont devenues une vingtaine de pages

^{62a} *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, (1937) A.C., p. 351.

⁶³ On peut prétendre que le principal critère décisionnel dans cet arrêt fut la règle *stare decisis*. B. LASKIN: «Peace, Order and Good Government», 1947 *Can. Bar Review*, p. 1083; Dale Gibson: «Measuring National Dimensions», 1976 *Manitoba Law Journal*, p. 24-5.

⁶⁴ *Renvoi concernant la Loi anti-inflation*, 1976, 2 R.C.S. p. 457.

⁶⁵ 1950 R.C.S. 124.

(pp. 394-417) dans l'arrêt de 1976, étant entendu qu'en droit anglais au demeurant des semences de ce genre sont jugées utiles et de bonne guerre.

Les autonomistes peuvent aussi en vouloir à la Cour suprême d'avoir limité radicalement la liberté d'action des provinces en ce qui concerne la mise en marché des produits agricoles en renversant l'orientation donnée par le Conseil privé dans ses arrêts-clefs de 1937 et 1938 déclarant inconstitutionnelle la loi fédérale en la matière d'une part et approuvant d'autre part la loi de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Shannon*. Ce renversement préparé d'abord par un repli théorique dans le renvoi de 1957 visant l'Ontario, se concrétise dans l'arrêt sur le marché des oeufs au Manitoba de 1971 et dans celui du marché des porcs (*Burns Food*) de 1975. Ici encore la décision de 1978 (accord fédéral-provincial sur la mise en marché en Ontario) pourra difficilement compenser les pertes subies par les provinces aux mains du tribunal canadien. Le doyen Lysyk accorde une importance toute relative à cette décision et le professeur Rémillard considère que dorénavant le domaine de la mise en marché relève effectivement de la compétence fédérale⁶⁶. Les provinces verront également la Cour suprême réduire substantiellement leur juridiction en ce qui concerne l'exploitation des richesses naturelles en général. La première atteinte, celle qui élimine les provinces du domaine nucléaire, ne sera l'oeuvre de la Cour qu'indirectement c'est-à-dire que sa résurrection de la thèse de la dimension nationale permettra à un tribunal ontarien de disposer de la question en se servant de cette théorie (*Pronto Uranium Mines* (1956)). Pour le reste les autonomistes peuvent souligner combien la route est longue qui va de *Eastern Terminal* (1925) et *Home Oil* (1940) favorables aux provinces à *Canadian Industrial Gas and Oil* et *Central Canada Potash* (1978-79) en passant par *Jorgenson* (1971) et *Chamney* (1975). Pourtant les richesses naturelles relèvent censément de la juridiction exclusive des provinces. Le professeur Rémillard qui a inventorié ce domaine en vient à la conclusion que même si la constitution «accorde aux provinces la compétence exclusive de légiférer sur leurs richesses naturelles, la pratique a fait en sorte que cette compétence est maintenant partagée avec le Parlement canadien sur ses aspects les plus importants⁶⁷». Produits agricoles, mise en marché, richesses naturelles, autant d'éléments du même tableau qu'est l'interprétation du pouvoir fédéral de commerce de l'article 91(2). Sur ce point d'importance capitale, les adversaires de la centralisation peuvent pointer du doigt le chemin parcouru entre l'arrêt sur la *Margarine* du Conseil privé (1951) et celui de la Cour suprême dans *Caloil* (1971) en passant par *Murphy* (1958) et le refus de reprendre l'affaire *Klassen* (1959 Manitoba). Enfin ils

⁶⁶ LYSYK, *loc. cit.*, p. 16; RÉMILLARD, *op. cit.*, p. 308.

⁶⁷ RÉMILLARD, *op. cit.*, chapitre III, p. 225-247.

regretteront que la Cour suprême ait utilisé la fissure causée par Sir Lyman Duff dans le renvoi de 1925 sur la législation concernant les heures de travail⁶⁸ pour opérer graduellement une brèche importante dans la juridiction des provinces en matière de Travail d'abord avec sa décision négative au sujet de l'application d'une loi provinciale à un employé temporaire des Postes à qui on ne versait pas de salaire minimum prescrit par la loi dans la province (en l'absence de la législation fédérale)⁶⁹, décision élargie substantiellement par la suite dans les affaires des *débardeurs* (1955) et *Bell Telephone — Commission du Salaire Minimum* (1966).

Les nombreuses décisions de la Cour suprême en faveur des provinces dans d'autres secteurs ne seront pas jugées comme faisant le poids de celles qui ont favorisé Ottawa. Mise à part celles qui touchent l'article 96, les avantages qui en découlent dans de nombreux cas ne sont assurés que moyennant la persistance de la politique de décroïsonnement de la Cour suprême et l'abstention du pouvoir central dans des domaines qu'il lui est loisible de rafler d'un simple geste. Depuis 1949, la grande majorité des décisions capitales dans les deux secteurs les plus importants soit la clause introductive et le commerce ont favorisé le parlement fédéral. C'est le point essentiel que retiendront les partisans de l'autonomie provinciale qui n'éprouveront aucune hésitation à répondre affirmativement à la question de savoir si la Cour suprême a favorisé davantage le pouvoir central que ne l'avait fait le Conseil privé, cette réponse étant accompagnée d'inquiétude à des degrés divers voire de reproches le plus souvent implicites.

Autre sera la réaction des nostalgiques du «grand dessein» de 1867 ou celle des fervents de l'efficacité qu'elle qu'en soit la motivation, idéaliste ou positiviste. Si par respect pour la volonté des Pères de la Confédération ou par simple conservatisme voire un certain atavisme, on considère que le texte constitutionnel original devait être observé dans sa lettre et son esprit, on ne peut que se féliciter de l'interprétation qu'en a donné la Cour suprême à ses débuts et regretter quelquefois amèrement qu'une cour en somme étrangère ait pris sur elle d'opérer sans mandat ce qui équivalait proprement à une révolution constitutionnelle encore que cette révolution était vraisemblablement conforme à l'opinion publique dans la grande majorité des provinces si l'on en juge par la première conférence interprovinciale et d'autres indices. Dans cette optique, la valeur des décisions ou des dictas favorisant le pouvoir central ou susceptibles d'être interprétées comme tel sera exhaussée. Ceci est particulièrement apparent en ce qui concerne la

⁶⁸ *In the Matter of Legislative Jurisdiction over Hours of Labour*, (1925) R.C.S. pp. 510-11.

⁶⁹ *Reference re the Minimum Wage Act of the Province of Saskatchewan*, (1948) R.C.S. 248.

clause introductive et les mots «paix ordre et bon gouvernement». Ainsi ceux qui favorisaient le pouvoir central ont fait grand cas de l'arrêt *Russell* (1882) qui semblait sanctionner la thèse voulant que les matières énumérées de l'article 91 ne soient que des illustrations des pouvoirs dès lors illimités du parlement fédéral alors qu'une lecture stricte du jugement ne justifie pas nécessairement une telle conclusion. Ils ont également mis en épingle la déclaration plus pertinente de Lord Watson dans le célèbre passage de son jugement au sujet de la *Prohibition locale* (1896), encore que deux des trois exemples qu'il donne pour illustrer son dire («possession of arms under such circumstances as to raise a suspicion that they were to be used for seditious purposes or against a foreign state») se rapportent à des situations d'urgence. Ce sont ces deux exemples que retiendra le vicomte Haldane dans ses arrêts *Board of Commerce* (1921); *Fort Francis* (1923) et *Snider* (1925) et aussi Lord Atkin qui en 1937 ira jusqu'à dire que la déclaration Watson n'énonçait aucun principe de droit constitutionnel (1937 A.C. 353). La déclaration de Lord Watson et à l'occasion l'arrêt Russel seront néanmoins retenus comme justification théorique de la doctrine de la dimension nationale et les milieux intéressés considéreront l'arrêt *Canada Temperance* (1946) comme une application de cette doctrine. Malgré les réserves mentionnées ci-haut au sujet de la signification de ce dernier arrêt⁷⁰, ceux qui avaient intérêt à le faire pouvaient affirmer après coup en capitalisant sur les arrêts *Russel*, *Prohibition locale* et *Canada Temperance* que la reconnaissance de la doctrine de la dimension nationale faisait partie de l'héritage laissé par le Conseil privé et que la force combinée de ces décisions, ne serait-ce que sur le plan doctrinal, ne pouvait être contre-balançée par le simple accident de dernière heure que représentait l'arrêt sur la *Margarine*. Les jugements de 1946 et 1952 sur les *Canadiens Japonais* et l'affaire *Hallet* devenaient simples illustrations sans exclusive de l'exercice d'un pouvoir plus large de légiférer pour la paix l'ordre et le bon gouvernement du pays comme l'avait suggéré le vicomte Simon dans *Canada Temperance*. Ainsi se trouvaient conciliée l'approche de ce dernier avec celle de Lord Watson, les deux infiniment plus conformes à la lettre et à l'esprit de la constitution de 1867 que celle du vicomte Haldane. Tout au moins, on pouvait considérer que le Conseil privé avait laissé les choses en suspens et que la porte restait ouverte pour la Cour suprême. Ainsi les décisions *Johannesson*, *Munro* et le renvoi sur les *droits miniers sous-marins* apparaissent tout à fait légitimes. Elles ne sont que l'extension naturelle de la démarche mise en branle par le Comité judiciaire que la Cour suprême se devait de mener à son aboutissement par l'élimination de la

⁷⁰ Voir notes 63 et 64.

doctrine de l'urgence décrite désormais comme une aberration⁷¹. La distance entre *Canada Temperance* et *Johannesson* paraît alors très courte. Loin de provoquer l'étonnement et la critique, l'orientation prise par la Cour dans ce dernier cas et plus tard dans *Munro* et le *renvoi des droits miniers sous-marins* semble logique et suscite le contentement.

Dans un autre domaine et sous un angle différent, les réactions de part et d'autre sont également appelées à diverger. Les uns diront du pouvoir fédéral de commerce tel qu'interprété par le Conseil privé ce que certains critiques des Pères de la Confédération ont affirmé au sujet du partage des pouvoirs de 1867 à savoir que celui-ci était tellement axé sur l'autorité centrale qu'une certaine décentralisation était au départ inévitable à moins de s'acheminer à plus ou moins long terme vers un État unitaire, ce qui reviendrait à dire que la seule question à se poser quant au Conseil Privé est de savoir s'il a trop décentralisé. De même plusieurs affirmeront que le pouvoir de commerce avait été à ce point orienté vers les provinces avant 1949 grâce à l'art. 92(13) qu'il était plus ou moins inévitable que la pendule reprenne la direction de l'article 91(2) dans les années suivantes. Ici encore il s'agit d'une question de degré, les uns considérant que la Cour n'est pas allée assez loin, tandis que d'autres trouveront qu'elle est allée trop loin dans le sens de la centralisation en particulier en ce qui concerne la mise en marché des produits agricoles et les ressources naturelles. Des réactions semblables pourront se présenter dans un contexte assez analogue, celui des relations de travail. Les adeptes de la centralisation des pouvoirs en particulier les «jacobins» verront cette matière comme étant à ce point liée à l'économie et au commerce qu'ils favoriseront le plus possible son intégration au domaine fédéral⁷² et ceci les incitera à se réjouir de la voie suivie par la Cour suprême dans l'affaire des *débardeurs* et celle de la *Commission du Salaire minimum* alors que chez d'autres ces décisions seront l'objet de vives critiques comme nous l'avons vu.

En dernière analyse l'attitude des uns et des autres envers le Comité judiciaire et la Cour suprême est largement sinon principalement influencée par la manière dont chacun conçoit l'équilibre idéal des pouvoirs dans un pays comme le nôtre, c'est-à-dire en définitive par des considérations politiques^{72a}. On peut néanmoins tirer des inventaires de la Cour suprême

⁷¹ W.R. LEDERMAN, «Unity and Diversity in Canadian Federalism», 1975 *Can. Bar Review*, 609. C'est à cet endroit de son article que l'auteur tente de concilier l'optique de Lord Watson avec celle du vicomte Simon. Pour ce qui est de la théorie de l'urgence, le célèbre poème de Frank R. Scott sur le sujet écrit en 1950 est redevenu d'actualité depuis l'arrêt *Anti-inflation* ((1950) *Can. Bar. Rev.*, 780).

⁷² Voir Frank R. SCOTT, *Essays on the Constitution*, University of Toronto Press, 1977, pp. 336-352.

^{72a} Ces considérations se présentent instinctivement pour la grande majorité des québécois. Elles seront plus souvent chez l'anglophone le fruit d'une pensée réfléchie ainsi

analysés ici les conclusions suivantes: la Cour a favorisé davantage le pouvoir central que ne l'avait fait le Conseil privé dans l'ensemble, principalement à cause de son interprétation élargie de la clause introductive de l'article 91 et de son paragraphe 2 touchant les échanges et le commerce. Dans ce dernier cas, l'interprétation plus large de la clause de commerce a eu pour effet d'augmenter sensiblement la liberté d'action d'Ottawa par rapport à ce qu'elle était avant 1949 dans un domaine d'importance capitale. Il en est résulté en particulier une réduction substantielle de la faculté d'agir des provinces en ce qui concerne la mise en marché des produits agricoles ainsi que l'exploitation des ressources naturelles. Malgré ce qui vient d'être dit, le fédéralisme canadien demeure après trente années d'interprétation de la Cour suprême largement décentralisé et probablement à cent lieues de l'idée que s'en faisaient les Pères de la Confédération. En dépit du mouvement de centralisation opéré depuis '49, l'interprétation de la Cour suprême est demeurée sensiblement plus près de l'orientation profonde imprimée par le Conseil privé par l'ensemble de ses décisions que de celle qui se dégageait des premières décisions de la Cour suprême elle-même comme de celles du Conseil privé à ses débuts, lesquelles dans les deux cas étaient plus conformes à la lettre et à l'esprit du texte de 1867. La centralisation des pouvoirs effectuée par la Cour depuis le milieu du siècle serait alors une question de degré ainsi qu'en font foi d'une part un grand nombre de décisions en faveur des provinces dont l'importance à la fois quantitative et qualitative (*Renvoi anti-inflation*: doctrine de l'urgence, *Renvoi sur le Sénat*, interprétation de l'article 96) ira en augmentant à partir des années '70, et d'autre part le maintien malgré tout de la problématique de base du Conseil privé dans l'interprétation de la clause fédérale de commerce⁷³ et aussi de l'article 92(13) quant aux relations de travail sans parler d'une interprétation libérale à l'égard des provinces de la règle de la prépondérance fédérale.

qu'en fait foi la méditation raisonnée du professeur LEDERMAN dans l'article que nous avons cité (note 71) qui met l'accent sur les réalités d'ordre politico-culturel aux côtés de celles d'ordre purement socio-économique. Des considérations de même nature sont sous-jacentes à l'étude de W. Kenneth McCARTER ("The Decision-Making Process in Constitutional Decisions of the Supreme Court of Canada", (1979) 11 *U.T.F.L.R.*, 209; à rapprocher de Rodney W.J. SEYFFERT, "A Study of the Supreme Court of Canada as an Institution of Constitutional Law Reform", (1970) *U.T.F.L.R.*, 17).

⁷³ Dans son ouvrage *Le partage des pouvoirs*, (Éditions de l'Université d'Ottawa, 1980), le professeur GÉRALD BEAUDOIN porte le jugement global suivant sur l'attitude de la Cour suprême depuis 1949 au sujet de la réglementation commerciale: «La Cour suprême a suivi dans l'ensemble la jurisprudence du Conseil privé; elle n'a répudié jusqu'ici que très peu d'arrêts du Conseil privé (comme le *Crystal Dairy*). Sur le plan de la clause de commerce, elle semble s'être montrée un peu plus généreuse que le Conseil privé, depuis une ou deux décennies, et ceci en faveur du Parlement central. L'emprise des provinces sur le commerce local est demeurée intacte cependant» (p. 149).

Ce bilan se rapproche sensiblement de celui que les professeurs Leigh et Tremblay ont dressé à mi-chemin environ des trente dernières années. Il y aurait donc un lien de continuité à travers toute la période malgré les changements de personnel même si l'on observe des nuances d'une décennie à l'autre. Certains opineront que la Cour a tout le long fait preuve d'un «activisme» de bon aloi. L'opinion publique d'après guerre s'attendait à ces initiatives plus ou moins constitutionnelles que le gouvernement central s'est empressé de prendre durant les années '50 pendant qu'il en avait les moyens grâce à son quasi monopole des impôts, décennie qui correspond selon nos auteurs au centralisme le plus prononcé exhibé par la Cour suprême. Le retour du pendule amorcé durant les années '60 et accentué durant la dernière décennie répondrait aux nouvelles conditions socio-politiques et à la réaction des provinces largement appuyées dans plusieurs cas par leur opinion publique. On peut toutefois se demander dans quelle mesure les décisions de la Cour depuis 1949 sont véritablement le résultat d'un activisme conscient et délibéré tel que conçu et pratiqué chez nos voisins du sud.

On peut difficilement nier que la Cour suprême a dans l'ensemble fait preuve d'une part d'une grande souplesse et d'autre part de modération eu égard aux moyens dont elle disposait de par la constitution pour renverser l'ordre des choses établi par le conseil privé et à la pression centralisatrice longtemps exercée par tout un mouvement de pensée englobant la presque totalité de l'intelligentsia anglophone appuyée par la fraction influente de la nouvelle bureaucratie ainsi que certains hommes politiques haut placés, surtout si l'on se rappelle le statut constitutionnel de la Cour et le mode de nomination de ses membres! Une cour établie et composée selon toutes les données préconisées dans les projets de réforme actuels aurait-elle agi tellement différemment? Nous visons ici l'orientation d'ensemble car il est douteux qu'une cour composée ne serait-ce que selon les données de la Charte de Victoria se serait prononcée à l'unanimité en faveur du pouvoir central dans le cas des *droits miniers sous-marins*, de la *Commission du Salaire minimum* ou même de l'arrêt *Munro*.

VII

Certes les anglo-patriotes de '37 et leurs descendants auront dû rester quelque peu sur leur faim. Il faut leur rappeler ce que Pierre Trudeau affirmait en 1964 au moment où le séparatisme représentait probablement 5% ou 6% de l'opinion publique du Québec, à savoir que si le Conseil privé n'avait pas eu un «penchant en faveur des provinces» c'est-à-dire accordé de larges libertés aux Québécois, «le séparatisme ne serait peut-être pas

aujourd'hui une menace: il serait peut-être un fait accompli⁷⁴». Si cette assertion avait la moindre parcelle de vérité à l'époque, il faudrait être reconnaissant à ce seul titre à la Cour suprême d'avoir contenu son mouvement de centralisation dans des limites raisonnables en particulier depuis la deuxième moitié des années '70. Des esprits malins pourraient prétendre que la Cour suprême a pris Pierre Trudeau à la lettre, tant il semble que les décisions favorables aux provinces se sont multipliées à mesure que les événements politiques se sont précipités⁷⁵. Ce qui ne veut pas dire que la Cour suprême jouit en proportion de la faveur de l'opinion publique québécoise. Il faudrait pour ce faire que la Cour se voit épargner dans la mesure du possible le pénible devoir de «conscire» les provinces les unes après les autres. Dans l'examen du problème «constitutionnel» par rapport à la Cour suprême il ne faut pas perdre de vue que ce sont les conscriptions militaires d'abord mais aussi scolaires (Nouveau Brunswick, Manitoba, Ontario, «Nord-Ouest», Keewatin), qui ont causé une certaine «excroissance» de la personnalité québécoise et que quelques-unes de ces mesures ont été imposées par le pouvoir judiciaire. Paradoxalement, le dossier du Conseil privé à ce chapitre est extrêmement lourd (*Maier* (1874); *Barrett* (1892); *Mackell* (1917) en comparaison de celui de la Cour suprême qui est longtemps demeuré vierge (*Barrett*). Malheureusement, celle-ci dut intervenir de façon répétée dans une série de décisions (*Saumur* (1953); *Chaput* (1955); *Switzman* (1957); *Lamb* (1959); *Roncarelli* (1959)) concernant les témoins de Jéhova et les communistes qui furent sans doute très mal vues par une large partie de l'opinion du Québec à l'époque, d'autant que le tribunal fédéral composé aux deux tiers de non-québécois imposait souvent sa volonté à une cour québécoise largement composée de francophones et que les francophones siégeant à la Cour suprême avaient

⁷⁴ Pierre Elliott TRUDEAU, *Le Fédéralisme et la Société canadienne-française*, Montréal H.M.H. (1967) 209. La version originale dans son contexte se lit ainsi: The Canadian nation had to move with the times. Many of the necessary adjustments were guided by rational deliberation: such was the case, for instance, with most of our constitutional amendments, and with the general direction imparted to Canadian law by the Privy Council decisions. It has long been a custom in English Canada to denounce the Privy Council for its provincial bias; but it should perhaps be considered that if the law lords had not leaned in that direction, Quebec separatism might not be a threat to-day: it might be an accomplished fact. *The Future of Canadian Federalism*, (voir note 24), 30.

⁷⁵ Des vingt-huit arrêts favorables aux provinces retenus par le professeur Hogg, seize appartiennent à la dernière décennie et treize datent des années 1977 et 1978. Des vingt décisions favorisant les provinces retenues par le professeur Beaudoin de 1973 au début de l'année 1980, quinze datent des années 1977 à 1980, quatre de 1976 et une de 1975. Des vingt-deux arrêts favorables retenus par le professeur Rémillard de 1950 à mars 1980, quinze datent des années 1977 à 1980. Il s'agit là d'un relevé sommaire.

tendance à se ranger du côté de la province⁷⁶. Il faut mentionner aussi l'arrêt *Birks* par lequel la province se vit dicter ses volontés au sujet des jours fériés parce qu'en première analyse non seulement Guillaume IV (1833), George III (1762), Édouard VI (1551), Édouard IV (1464) tous protestants mais même des rois anglais catholiques comme Henry VI (1448) et Édouard III (1354) avaient mis sur le même pied dimanches et jours fériés et considéré que l'observance du dimanche relevait du droit criminel. Il est vrai que nous sommes encore à deux ans du premier mouvement indépendantiste d'après-guerre. Et encore, ce haut plat de cuisine anglaise fut-il servi à l'unanimité par un chef français⁷⁷. On ne peut en dire autant des arrêts *Capital Cities* et *Dionne* intervenus après que 42% de Québécois eurent porté René Lévesque au pouvoir⁷⁸. Enfin, il faut dire que la décision *Blaikie* si inévitable qu'elle pouvait être sur le plan juridique allait à l'encontre du sentiment d'une grande majorité de francophones québécois qui ont approuvé dans le temps et selon des sondages répétés continuent d'approuver l'essentiel de la loi 101. Il est peu probable, si étonnant que cela puisse être pour un observateur étranger, que les arrêts *Jones* et *Forest* aient réussi dans les circonstances à redorer le blason de la Cour suprême au Québec.

Doit-on dire aujourd'hui que les Québécois ne sont plus les seuls à avoir vu leurs volontés contrecarrées par le tribunal fédéral de dernière instance? Il est clair que certaines décisions rendues en ces dernières années par la Cour suprême au sujet des ressources naturelles à commencer par celle des droits miniers sous-marins ont été vivement critiquées et auront

⁷⁶ Un exposé nuancé de cette situation se trouve dans Edward McWHINNEY, *Judicial Review*, 1969 University of Toronto Press, 4th ed., pp. 243-245, 260-262. Voir aussi *Comparative Federalism*, 1965 University of Toronto Press, pp. 13-14, 56-59, 74-77.

⁷⁷ En l'absence de dissidences l'«honneur» fut sauvé par la critique de Jean BEETZ, alors professeur: 1958 *Revue du Barreau*, à 368. Huit ans plus tard, la Cour suprême atténua la portée de sa décision de 1955 en examinant le problème sous l'angle de la réglementation commerciale: *Lieberman v. La Reine*, (1963) R.C.S. 643. Cinq ans après, le rapport Molgat-MacGuigan constatera l'inopportunité de régimenter le pays en ces matières en tentant de leur attribuer une dimension nationale, et recommandera que le Parlement fédéral soit autorisé à déléguer, «ne serait-ce qu'à une province», sa compétence législative sur tous les aspects provinciaux du droit pénal y compris l'observance du dimanche (*Rapport du Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des Communes* (1972) 100).

⁷⁸ Dans l'arrêt sur la cablodistribution, «les trois juges dissidents avaient à notre avis raison d'octroyer ce secteur aux provinces; notre tribunal a raté une occasion de faire évoluer la constitution dans la bonne direction [...]. Le dilemme canadien est le suivant: notre constitution répond-elle à nos besoins actuels? Notre réponse est sans équivoque: en partie seulement! Autrement comment expliquer qu'un gouvernement sécessionniste ait pris le pouvoir au Québec et que 40% des québécois au référendum du 20 mai 1980 ait voté pour la souveraineté association? (Gérald A. BEAUDOIN, *op. cit.*, note 73, 382).

probablement contribué à nourrir la personnalité collective que la géographie et l'histoire ont édifiée à l'ouest du pays. Il serait surprenant que la Cour suprême jouisse actuellement dans les provinces de l'Ouest d'une faveur plus grande que celle dont elle bénéficie au Québec.

Dans le but d'éviter à la Cour de se trouver dans une situation intenable sans qu'elle y soit pour rien, le professeur McWhinney est allé jusqu'à suggérer qu'elle puisse se dispenser à l'occasion de se prononcer sur des questions qui revêtent un caractère indûment politique comme ce fut le cas dans l'affaire des droits miniers sous-marins en 1967, ou qu'alors elle prenne l'initiative de retarder suffisamment sa décision de façon à laisser le temps faire son oeuvre dans certains cas imitant en cela quelque peu la Cour fédérale allemande⁷⁹. Au lendemain de la décision concernant les droits miniers sous-marins, il a semblé à plusieurs qu'une répétition de cette opération dans le cas du Québec était inconcevable et que, le cas échéant, elle grèverait le pays d'un autre problème. La meilleure façon de convaincre la province (ou le peuple ou la région) intéressée d'accepter la volonté du pouvoir judiciaire dans une situation aussi délicate, semblait alors la création d'un tribunal où les deux «parties» seraient également représentées. Cette approche née dans un cas particulier avait été précédée d'une proposition semblable, plus de dix ans auparavant. Au lendemain de l'arrêt *Birks*, la Commission Royale d'enquête du Québec sur les problèmes constitutionnels avait recommandé qu'une Cour suprême réformée soit composée de cinq juges «fédéraux» dont l'un servirait de président et de quatre juges représentant les provinces maritimes, le Québec, l'Ontario et les provinces de l'ouest⁸⁰. Cette proposition faite en 1956 et restée lettre morte devait resurgir quant à son esprit dans le rapport Pépin-Robarts qui recommande que la Cour suprême soit composée de onze juges dont cinq viendraient du Québec, compte tenu pour les autres de la répartition régionale. Selon le Livre beige du Parti Libéral provincial publié à la veille du référendum québécois, les quatre juges provinciaux de la proposition de 1956 ne représentaient plus les quatre régions du Canada mais le Québec seulement dans le cas de conflits d'ordre constitutionnel⁸¹.

Cette proposition montre bien le chemin parcouru depuis la création unilatérale de la Cour suprême par le parlement central il y a plus d'un siècle. Plus personne aujourd'hui ne s'oppose à l'idée d'un tribunal de dernier ressort créé par la Constitution, même si la Cour créée unilatérale-

⁷⁹ Voir McWHINNEY, *Judicial Review* (note 76) pp. 254-255, 258-259. Voir aussi *Quebec and the Constitution, 1960-1978*, University of Toronto Press, 1979, 41-43, 53-4.

⁸⁰ Rapport de la Commission, 1956, vol. III, tome 1, 301.

⁸¹ *La Commission de l'Unité canadienne: Se retrouver*, Ottawa, 1979, 106-9; *Une Nouvelle Fédération canadienne*, le Parti Libéral du Québec, Montréal, 1980, p. 61-62.

ment en 1875 s'en est bien tirée. De même, peu de personnes s'objectent à ce que le droit civil québécois soit institutionnellement protégé. Enfin, il semble y avoir large accord pour que les provinces participent sur un pied d'égalité à la nomination des juges, soit directement, soit par le truchement de la Chambre Haute rénovée. Ainsi, la Cour suprême sera libérée des hypothèques qui ont rendu sa naissance si difficile et qui l'ont grevée depuis, au point de la rendre plus ou moins crédible aux yeux d'une certaine opinion publique et d'empêcher qu'elle soit jugée à ses justes mérites.

Mais plus encore que le chemin parcouru depuis la création de la Cour suprême, il faut considérer celui parcouru depuis 1867. C'est pour l'avoir compris depuis 1949 que la Cour a reçu un certificat de quasi bonne conduite, même de ceux, nous l'avons vu, qu'elle a le plus inquiétés parmi ses observateurs professionnels. Le document de 1867 répondait à un certain concours de circonstances y compris le spectacle de la guerre civile américaine et la perspective d'un continent à construire et organiser. Cette dernière tâche a été accomplie et les provinces de simples «dépendances» qu'elles étaient visiblement aux yeux de la majorité des fondateurs, sont devenues non seulement partenaires juridiques à part entière, grâce en bonne partie au Conseil privé mais aussi partenaires politiques d'envergure. Certains d'entre eux bénéficient d'atouts acquis, soit par l'histoire (reconnaissance du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes), soit par l'évolution économique combinée avec d'autres facteurs. Dans ces conditions, un retour nostalgique vers l'ordre primitif semble contre-indiqué. Le doyen Lysyk commence l'article auquel nous nous sommes référés en disant que si le Québec n'est pas une province comme les autres *neither is Canada a federation like the others*⁸². La Constitution à refaire devra refléter la réalité canadienne d'aujourd'hui, de telle sorte que le partage théorique des pouvoirs entre les deux partenaires de la fédération, le pouvoir central et les provinces, corresponde fondamentalement à l'équilibre des forces réelles en présence. Ainsi, la tâche première de la Cour suprême qui est de maintenir cet équilibre sera d'autant facilitée, alors que jusqu'ici elle a été passablement compliquée au point de forcer la Cour à sanctionner (en 1938), l'institution du désaveu et du droit de réserve. Cette anomalie dans notre système constitutionnel est tombée en désuétude et toutes les propositions de réforme constitutionnelle en prévoient la disparition. D'autres particularités du système de 1867 telles que la nomination du chef de l'exécutif des provinces par Ottawa, le pouvoir illimité de dépenser, le

⁸² *Loc. cit.*, note 61, 1. Voir aussi Gérald A. BEAUDOIN, *Essais sur la Constitution*, (1979) Éditions de l'Université d'Ottawa, pp. 3-87, 377-395. Aussi *id.*, *Le Partage des pouvoirs* (note 73), pp. 15-23, 381-385. Comparer avec l'intéressante contribution du professeur LEDERMAN dans l'article cité à la note 71.

pouvoir déclaratoire et le pouvoir général de légiférer en vertu de la théorie de la dimension nationale ne répondent plus ou peu au contexte politique actuel. Leur élimination ou leur atténuation (pouvoir de dépenser, pouvoir déclaratoire) déjà proposée dans l'un ou l'autre des programmes de réforme réduirait singulièrement la complexité du travail de la Cour suprême. Ceci semble particulièrement vrai du pouvoir de légiférer pour la «paix, l'ordre et le bon gouvernement» du pays. Jamais tant d'efforts de pensée n'auront été consacrés par autant de juristes et politicologues à l'entendement d'une clause constitutionnelle qui a servi si peu et dont les mots-clef avaient guère leur place au départ dans une Constitution fédérale. Tant le plan Pépin-Robarts que le programme constitutionnel du Barreau canadien et le Livre beige du parti libéral québécois ont suggéré l'élimination de la thèse de la dimension nationale de la future Constitution et il faut espérer pour la paix et le bien-être des membres de la Cour suprême que ce vœu sera exaucé. L'autre conclusion que l'on peut tirer de l'examen des principales décisions du Conseil privé et, dans une mesure beaucoup moindre, celles de la Cour suprême est le caractère hautement désirable de la proposition souvent exprimée par les juges eux-mêmes, à savoir qu'ils doivent se contenter dans chaque affaire amenée devant eux de se prononcer sur le point en litige et rien d'autre. Il y a de quoi rêver quand l'on songe aux discussions et mots inutiles qui auraient été épargnés si les juges dans les seules affaires *Russell*, *Prohibition locale*, *Snider* et *Canada Temperance* s'étaient limités aux paroles nécessaires pour disposer de leur cause.

L'on rêve davantage quand on songe aux complications que l'on aurait épargnées si le tribunal dans l'arrêt *Russell* avait décidé que la consommation de boissons alcooliques dans une ou plusieurs provinces ne peut tout simplement pas, ontologiquement parlant, revêtir suffisamment d'importance pour acquérir une dimension nationale. Les responsables de cette erreur de jugement⁸³ ont cependant une double excuse: la première est l'électricité spéciale qui habite les peuples nordiques en matière de boissons alcooliques surtout en milieu puritain. La seconde beaucoup plus importante est que le problème de déterminer si une question «d'intérêt local» en est venue à acquérir suffisamment d'importance pour devenir d'intérêt général ou national est en définitive un problème essentiellement politique⁸⁴.

⁸³ GIBSON, *loc. cit.*, note 63, p. 34.

⁸⁴ La doctrine de l'urgence a eu le mérite de régler d'abord ce problème en temps de guerre, en laissant le gouvernement décider seul l'aspect politique (*Fort Frances, Canadiens Japonais*) puis en demandant au gouvernement de fournir non seulement une déclaration mais une certaine justification d'ordre économique lorsqu'il s'est agi d'appliquer la doctrine en temps de paix (*Renvoi anti-inflation*). La résurrection de la doctrine de l'urgence en tant que telle a suscité diverses réactions entre autres: Albert S. ABEL, «The Anti-Inflation Judgment:

Ce qu'il faut espérer c'est que, quelle que soit la solution adoptée, la clause introductive du nouveau partage des pouvoirs ne provoquera pas à l'usage une odyssée constitutionnelle semblable à celle que ce pays a vécue depuis 1867 et qui est probablement unique dans l'histoire moderne des constitutions. Ceci aurait en même temps l'avantage d'assurer le minimum de stabilité souhaitable dans un pays non homogène ou l'une des cultures en présence essentiellement logée dans une province est largement minoritaire et le sera de plus en plus. C'est cet élément de stabilité qui préoccupait le plus un fédéraliste authentique longtemps doyen des constitutionnalites québécois, Jean-Charles Bonenfant⁸⁵. Historiquement cet élément sécuritaire semble principalement relié au souci d'assurer la survivance de la collectivité. Il est vrai comme l'a suggéré Frank Scott que survivance et autonomie ou liberté ne sont pas nécessairement reliées ainsi que l'histoire l'a démontré. À ceci on peut répondre que si la première était peut-être le principal souci du québécois de 1867 une nouvelle dimension s'est ajoutée depuis. L'honorable juge Louis-Philippe Pigeon y a fait allusion dans son écrit devenu classique: *The Meaning of Provincial Autonomy* où il dit *a group forming what is socially termed a «nation» normally aspires to independence*⁸⁶. Cette assertion écrite en 1951 est répétée en 1958 après quoi le juge Pigeon ajoute *There may be some extremists dreaming of outright independence but, on the whole, the population of Quebec does not deny the practical necessity of its association with the other provinces*⁸⁷. De même que le mot «association» utilisé alors par le juge a acquis une signification additionnelle les mots *on the whole* en sont venus en mai 1980 à ne plus représenter qu'une majorité infime des francophones du Québec. Il n'entre pas dans le cadre de cette étude de discuter du nombre et du contenu des différents « tiroirs » devant figurer dans les futurs articles «91» et «92». Mais il semble que dans les circonstances on doive s'attacher à faire en sorte que l'autonomie ou la quantité de *self-government* accordée aux provinces et

Right answer to the wrong question?» (1976) *University of Toronto Law Journal* 409; François CHEVRETTE et Herbert MARX, «Anti-Inflation Act — Constitutional Validity — Peace Order and Good Government Buried», (1976) *Canadian Bar Review*, 732; Patrick N. MACDONALD, «Peace, Order and Good Government: The Laskin Court in the Anti-Inflation Reference», (1977) *McGill Law Journal*, 431; Pierre PATENAUDE, «The Anti-Inflation Case: The Shutters are closed but the back door is wide open», (1977) *Osgoode Hall Law Journal*, 397; Peter H. RUSSELL, «The Anti-Inflation Case: The Anatomy of a constitutional decision», (1977) *Canadian Public Administration*, 632.

⁸⁵ Jean-Charles BONENFANT, «L'étanchéité de l'A.A.N.B. est-elle menacée?» 1977 *Cahiers de Droit* (Laval), 383; «La Cour suprême et le Partage des Compétences», 1976 *Alberta Law Review*, 21. Voir aussi André TREMBLAY, «L'incertitude du droit constitutionnel canadien relatif au partage des compétences législatives», 1969 *R. du B.* 197.

⁸⁶ (1951) *Can. Bar. Rev.* 1126.

⁸⁷ *Canadian Jurisprudence*, 1958 Toronto Carswell, (E. McWhinney, Ed.), 24.

aux Québécois en particulier soit accompagnée d'une certaine garantie que cette autonomie pourra être exercée en toute quiétude dans la mesure où la tranquillité d'esprit est permise dans une fédération. En d'autres termes, dans un monde où une certaine tendance vers la centralisation est plus ou moins inévitable en pays économiquement développés, les Québécois voudront avoir de meilleures assurances qu'ils n'en ont eu dans le passé que le pouvoir central avec ou sans le concours de la Cour suprême n'a pas dans son trousseau quelque passe-partout lui permettant d'ouvrir plus ou moins à volonté l'un ou l'autre des tiroirs de la juridiction provinciale, que ce passe-partout s'appelle pouvoir général, pouvoir international ou toute autre chose.

Disons enfin pour rassurer nos amis uniformistes, fonctionnalistes ou autres que lorsque la télévision nord-américaine aura, au train où vont les choses, donné inconsciemment le coup de grâce aux différentes cultures «marginales» de ce continent (comme elle l'a déjà fait pour la Louisiane et la plupart des minorités franco-canadiennes) qu'il s'agisse des Indiens, des Inuits, des Acadiens, des *Canadians* (à moins d'une révolution culturelle) et des Québécois (ils finiront bien par l'apprendre tous un jour cette langue anglo-américaine!), alors surgira du Grand Nord constitutionnel une magnifique doctrine au nom retentissant avidement embrassée par tous qui transformera l'État canadien en système quasi unitaire... à moins que le tour ne soit joué par le simple pouvoir de commerce toujours à portée de la main. En attendant vive les différences⁸⁸!

⁸⁸ La présente étude était sous presse au moment où intervint le jugement de la Cour suprême du 28 septembre 1981 sur le projet de rapatriement de l'A.A.N.B. La plupart des observateurs semblent s'être attendus à un choix du tribunal entre la conception macdonaldienne du fédéralisme (que la Cour de 1875 eut sans doute sanctionnée purement et simplement) et celle qui exclut la possibilité pour un niveau de gouvernement dans un état fédéral de modifier unilatéralement le partage des pouvoirs. Ceux pour qui cette dernière règle est la condition première d'une fédération espéraient qu'un nombre suffisant de juges considéreraient la «quasi-fédération» de 1867 suffisamment fédéralisée après un siècle pour ne pas permettre une dérogation à cette règle. Hélas pour eux, deux juges seulement accordèrent à cette règle un caractère prépondérant. Les autres refusèrent de voir les choses ainsi mais dans le même esprit pourrait-on dire que leurs collègues Martland et Ritchie et de concert avec eux, les juges Dickson, Beetz, Chouinard et Lamer accordèrent à la même règle, grâce il est vrai au secours d'une convention constitutionnelle, une importance politico-juridique égale à la situation de droit strict. Il n'est pas exclu que certains des juges aient été influencés consciemment ou non par la notion que les magistrats d'un régime parlementaire, contrairement à ceux d'autres fédérations où tout est permis ou presque, pouvaient difficilement se prononcer «unilatéralement» dans une question si hautement politique, d'où la solution de compromis. En tout état de cause, le jugement de la Cour témoigne éloquemment du chemin constitutionnel parcouru depuis 1867 et peut être considéré conforme à la conduite d'ensemble du tribunal depuis 1949 relativement au partage des pouvoirs. Du fait qu'elle s'est prononcée en faveur de la règle de la non-unanimité des provinces au sujet de la modification de la Constitution (ceci était-il véritablement requis pour répondre aux questions qui lui étaient posées, à moins qu'ici encore il se soit agit d'un

compromis?), la Cour suprême tout en permettant le dénouement de la question du rapatriement aura indirectement provoqué la crise politique qui s'en est suivie. Elle se sera également trouvée par suite de la requête consécutive du gouvernement québécois dans la situation délicate d'avoir à se prononcer, même en refusant d'y donner suite, sur l'état des relations entre le Québec et le reste du pays.