Le fédéralisme gagne-t-il sa cause devant la Cour suprême d'aujourd'hui?

François Chevrette

La Cour suprême du Canada a subi, si l'on me permet cette expression, son dernier examen médical systématique de la part des analystes et des commentateurs en 1975, à l'occasion du centenaire de sa création[1]. C'était il y a dix ans. Mon intention ici est de livrer quelques réflexions générales sur le travail qu'elle a effectué depuis lors en matière constitutionnelle, au seul chapitre du partage des compétences entre les deux ordres, fédéral et provincial, de gouvernement.

Je souhaite que ces réflexions ne soient pas partiales. Je suis assuré par ailleurs qu'elles seront partielles, et ce pour au moins trois raisons.

D'abord, et faut-il le redire, le contentieux constitutionnel, même s'il est un facteur structurant de première importance du fédéralisme canadien, ne donne qu'une image bien incomplète du fonctionnement général de celui-ci. Le litige constitutionnel est la maladie — maladie normale si l'on peut dire — du régime fédéral. De même que la pathologie n'est pas l'ensemble de la médecine, les conflits juridictionnels, d'ailleurs souvent mus par de puissants acteurs économiques, ne sont pas tout dans le fédéralisme, en particulier aux yeux du simple citoyen. Sur le ton de la plaisanterie un auteur a déjà dit qu'il faudrait analyser les grandes querelles juridiques internationales à propos des zones de pêche en se plaçant du point de vue des poissons et qu'il faudrait faire un exercice du même genre au sujet du contentieux fédéral![2]

Un second motif donne aux réflexions qui suivent un caractère partiel. C'est qu'elles se limitent strictement à la jurisprudence de la

1. Voir notamment (1975) 53 *R. du B. Can.* numéro 3; (1976) 14 *Alta L. Rev.* numéro 1; (1975) 13 *Osgoode Hall L.J.*, numéro 2.
2. PAUL A. FREUND, "*Review and Federalism*", dans E. Cahn, éd., *Supreme Court and Supreme Law*, Simon and Schuster, 1971, p. 86.

Cour telle qu'on la lit dans les rapports judiciaires, sans prendre en compte le travail d'ensemble de celle-ci, son organisation interne, l'idéologie de ses juges, leurs stratégies secrètes. On juge l'arbre à ses fruits, certes. Mais c'est là une maxime de moraliste et non de botaniste, et une analyse scientifique soigneuse de ce que fait la Cour en matière constitutionnelle devrait aller au-delà de la seule lecture des arrêts de droit constitutionnel qu'elle rend.

Arrêts dont la sélection dépend d'ailleurs toujours d'un certain arbitraire du commentateur; et c'est le troisième motif qui donne à mes propos un caractère partiel. On a déjà écrit que les juges étaient comme des horloges défectueuses, qu'il faut secouer pour qu'elles se mettent en mouvement. La boutade ne réfère aucunement au conservatisme judiciaire, mais bien au fait qu'un juge ne se saisit pas lui-même d'une affaire, qu'il ne choisit pas les litiges qui se présentent à lui[3]. L'analyste jouit à cet égard d'une liberté plus grande, et d'autant plus grande pour le sujet qui nous concerne ici qu'on peut discuter longuement sur le point de savoir si certains litiges sont ou ne sont pas relatifs au fédéralisme et au partage des compétences. Deux exemples le feront bien voir.

Lorsque la Cour, sous l'autorité de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*[4], invalide une loi provinciale au motif que celle-ci ne peut donner un certain pouvoir à un organisme autre qu'une cour supérieure, cela n'ajoute rien à la compétence du Parlement fédéral. Dès lors certains y voient une question plus institutionnelle que fédérale-provinciale et concluent que l'arrêt a trait à l'indépendance judiciaire[5]. Pareille conclusion n'a pourtant rien d'indiscutable, car un tel arrêt a pour conséquence d'affermir la juridiction de cours dont les juges tiennent leur nomination du gouvernement fédéral, au détriment des tribunaux ou autres organismes provinciaux, si bien qu'il y a là une certaine dynamique fédérale-provinciale. Semblablement, lorsque la Cour interdit, sous l'autorité de l'article 101, qu'une loi fédérale octroie à la Cour fédérale une certaine juridiction[6], cela certes n'ajoute en rien aux compétences des provinces, mais le système judiciaire provincial voit sa juridiction renforcée.

3. Sous réserve bien entendu de l'importante discrétion de la Cour suprême d'accorder ou de refuser la permission d'appeler.
4. 30-31 Vict., c. 3 (R.-U.), loi plus simplement désignée par la suite comme la Constitution. Toute référence à un numéro d'article sans autre précision est une référence à un article de la Constitution.
5. J.C. MACPHERSON, "*Developments in Constitutional Law: The 1978-79 Term*", (1980) 1 *Supreme Court L.R.* 77, 103 et 104.
6. On fait référence ici à cet important courant jurisprudentiel, inauguré dans l'arrêt *Quebec North Shore Paper Company* c. *Canadien Pacifique Limitée*, [1977] 2 R.C.S. 1054, et selon lequel il faut comme condition préalable à l'exercice par la Cour fédérale de sa compétence l'existence d'une législation fédérale applicable.

Bref il y a dans tout cela matière à de très fines classifications. Mais c'est un exercice auquel je ne me livrerai pas et je prendrai avec le tout certaines libertés, y compris celle d'écarter de mon propos toute la jurisprudence en matière linguistique, qui me paraît à ce point complexe et importante pour se mériter un examen bien particulier.

Tenter d'apprécier la jurisprudence constitutionnelle de la Cour sur une période d'environ dix ans est un exercice difficile mais qui est fructueux, au moins pour son auteur! Car il faut, pour s'y adonner, retrouver le sens des ensembles, alors même que l'analyse juridique usuelle met beaucoup d'insistance sur le détail. Et cette tentative d'appréciation, je la ferai porter successivement sur la matière constitutionnelle, sur la technique constitutionnelle et sur la politique constitutionnelle de la Cour.

LA MATIÈRE CONSTITUTIONNELLE

On l'a vu, ce n'est pas la Cour qui invente les litiges qu'elle résout. Aussi la matière constitutionnelle tient-elle en quelque sorte de l'accident, et il y aurait moins lieu d'en traiter si certaines personnes n'étaient d'avis que l'intégration, en 1982, de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la Constitution[7] allait entraîner pour conséquence une substitution du contentieux découlant de la Charte à celui, traditionnel, découlant du partage des compétences. Or c'est là une prédiction fort discutable, car quand on examine la nature des litiges découlant du partage des compétences, on se rend compte que ceux pouvant être solutionnés par la Charte sont en réalité assez peu nombreux.

Commençons par examiner les cas les plus favorables, c'est-à-dire les cas auxquels la Charte semblerait pouvoir être appliquée avec le plus de vraisemblance. On risque peu en suggérant que ce sont ceux où la Cour, face à une loi dont on conteste la validité, est appelée à déterminer la portée respective de la compétence fédérale sur le droit criminel et la procédure criminelle et des compétences provinciales sur la propriété et les droits civils, l'administration de la justice et l'ordre public local[8]. En effet, dans des litiges de cette nature, la loi contestée — et cela est vrai surtout s'il s'agit d'une loi provinciale — l'est assez souvent parce qu'elle violerait une liberté fondamentale ou parce que la procédure qu'elle établit serait de caractère oppressif[9]. Comme la Charte prévoit des garanties en ces matières, n'est-il pas naturel de

7. *Loi de 1982 sur le Canada*, annexe B, 1982 (R.-U.), c. 11, art. 1 à 34.
8. Art. 91(27) et 92(13) (14) et (16) de la Constitution.
9. Par exemple: *Dupond* c. *Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770, où était contesté un règlement municipal interdisant les manifestations; *Di Iorio et Fontaine* c. *Le gardien de la prison commune de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152, où pour tenter de se soustraire à l'obligation de témoigner lors d'une enquête provinciale sur le crime organisé, les appelants ont contesté la constitutionnalité de celle-ci.

l'invoquer, elle et elle seule, au lieu de s'enliser dans de complexes méandres juridictionnels et de n'utiliser la Charte que comme argument subsidiaire?

Mais cette logique est trompeuse. Le plaideur n'a pas l'habitude de négliger, pour des motifs vaguement idéologiques, un argument qui le sert bien[10], et le juge n'a pas l'habitude non plus de décider d'un litige en se référant à du droit nouveau alors même qu'une jurisprudence très développée peut lui venir en aide. Dans l'affaire *Westendorp* c. *La Reine*[11], on contestait un règlement municipal interdisant la sollicitation sur la rue à des fins de prostitution, et tant la Charte que le partage des compétences furent invoqués. La Cour décida qu'il était *ultra vires* parce qu'il relevait de la compétence fédérale sur le droit criminel, et le juge en chef Laskin, rendant jugement pour la Cour, laissa même entendre, dans un passage non dépourvu d'ambiguïté, que la Charte ne pouvait être appliquée que si l'on acceptait le règlement comme *intra vires* au regard du partage[12]. Cette hiérarchisation des arguments surprend et n'est pas coutumière dans notre droit. L'arrêt n'en démontre pas moins une préférence pour l'argument de partage quand il solutionne le litige.

Sans doute convient-il de distinguer à cet égard les cas où le partage fournit une bonne base de contestation, des cas où une invalidation en vertu de celui-ci est improbable. Certes dans cette dernière hypothèse la Charte sera de plus en plus invoquée; mais ce sera, si l'on peut dire, plus par défaut du partage que parce qu'on lui préfère abstraitement l'autre instrument de contestation.

C'est ainsi qu'au titre de l'ordre public local (bruit, attroupement, nuisance publique, censure de films) ainsi qu'en matière d'enquête, policière ou autre, la législation provinciale et la réglementation municipale furent, en dépit de leur caractère parfois draconien, assez régulièrement déclarées valides en vertu du partage[13]. Bien naturellement

10. Cela peut parfois se produire. Voir J.D. GAGNON, "*Le jugement de la Cour suprême concernant le règlement antimanifestation de la ville de Montréal — Les arguments oubliés*", (1978) 13 *R.J.T.* 203.
11. [1983] 1 R.C.S. 43.
12. *Id.*, p. 46. Notons que dans *R.* c. *Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, on examine d'abord la compatibilité de la loi fédérale sur le dimanche avec la Charte — on conclut qu'elle viole la liberté de conscience et de religion garantie par celle-ci — et dans une deuxième étape on décide que cette loi est valide au regard du partage des compétences et qu'elle se fonde sur la compétence fédérale sur le droit criminel. On aurait peut-être dû adopter la démarche inverse, mais c'est probablement parce que le deuxième point faisait peu problème au vu de la jurisprudence antérieure qu'on en a disposé brièvement à la fin du jugement.
13. Voir *supra*, note 9; aussi *Nova Scotia Board of Censors* c. *McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662, au sujet de la censure de film.

la Charte y sera dorénavant souvent invoquée, invocations dont il n'est pas de mon propos de prédire les résultats.

Semblablement le partage a eu traditionnellement un impact limité sur la législation criminelle fédérale, substantive et procédurale. Il permet en effet de déceler si la norme est vraiment relative au droit criminel ou si au contraire elle a pour objectif véritable, mais déguisé, une réglementation, du commerce par exemple[14]. Ce type de contrôle a peu à voir avec les libertés fondamentales et n'est pas fait pour censurer les lois oppressives. En ce domaine, la Charte servira beaucoup et le processus est d'ailleurs déjà engagé[15]. Mais lorsque des précédents solides au chapitre du partage existent à l'appui de la contestation d'une loi, on voit mal pourquoi le plaideur ou le juge les écarterait, d'autant moins que, même dans le champ du droit criminel et de l'ordre public local dont il est ici question, une jurisprudence, dont on peut discuter du bien-fondé, a conclu, sur la base du partage, à l'invalidité de mesures provinciales dont on ne voit pas spontanément à quelle disposition de la Charte elles contreviendraient. En d'autres termes, le partage demeure parfois un instrument de contestation plus large que ne pourrait l'être la Charte[16].

Il semble donc que la Charte va suppléer ou s'ajouter au partage plutôt que de se substituer à lui, sauf dans les cas où l'argument fondé sur la Charte serait à ce point approprié que celui fondé sur le partage semblerait un artifice[17]. En matière de droit criminel, d'administration de la justice et d'ordre public local, ce rôle de suppléance peut devenir fort important, pour la simple raison que l'argument de partage a entraîné ces dernières années assez peu d'invalidations et que le champ se prête bien à l'invocation de la Charte. Comme on le disait plus haut, c'est un cas favorable. D'autres le sont moins.

Dans les domaines du commerce, du transport, des communications et du droit du travail, une immense portion du contentieux

14. Pour un examen de l'ensemble de la question, voir F. CHEVRETTE, et H. MARX, *Droit constitutionnel*, Les Presses de l'Université de Montréal, 1982, p. 732 à 745.
15. Voir par exemple *Hunter* c. *Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145, en matière de perquisition; *R.* c. *Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, *Trask* c. *La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 655 et *Rahn* c. *La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 659, au sujet du droit à l'avocat.
16. Dans des domaines comme l'obscénité, la prostitution, le jeu et le pari, l'usage de drogues, les provinces voient leurs pouvoirs limités par la compétence fédérale sur le droit criminel. En ces matières la Charte à elle seule ne limiterait pas leurs pouvoirs à ce point.
17. L'arrêt *Switzman* c. *Elbling*, [1957] R.C.S. 285, paraît un bon exemple de cela. On y a utilisé le partage, plus précisément la compétence fédérale sur le droit criminel, pour invalider une loi provinciale interdisant la propagande communiste. Mais il s'agissait si clairement d'un problème de liberté d'expression que si la Charte avait existé à l'époque, c'est certainement sur son article 2 qu'on se serait appuyé pour mener la contestation.

constitutionnel du partage des compétences a trait à la qualification, intra ou extra-provinciale, des activités, et à la détermination du degré d'applicabilité des lois d'un ordre de gouvernement aux entreprises relevant de l'autre. Très complexe et très considérable, ce contentieux est essentiellement d'ordre juridictionnel, et c'est moins le contenu des normes qu'on doit apprécier que leur champ d'application, encore que le premier facteur soit de nature à influer sur le second[18]. Or les litiges de ce genre sont appelés à s'accroître plutôt qu'à diminuer, d'abord parce qu'ils reposent beaucoup sur l'analyse des faits et se prêtent mal aux formulations de principe et aux précédents clairs, ensuite parce que la législation qu'ils mettent en cause est complexe et changeante. Et on ne voit pas clairement comment la Charte pourrait les solutionner. L'article 15 de celle-ci a beau prévoir que "[l]a loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous", les nombreux problèmes constitutionnels d'applicabilité des lois vont demeurer, car c'est le fédéralisme même qui empêche que soit donnée à cet idéal sa pleine et littérale réalisation.

Certes il pourra bien arriver que l'argument d'ordre substantif selon lequel, par exemple, une norme contrevient à la liberté d'expression ou à la liberté et à la sécurité de la personne, prenne la place de l'argument d'ordre juridictionnel, et qu'acceptant le premier, la Cour ne statue pas sur le second. Ainsi au lieu de s'interroger sur l'applicabilité d'un règlement municipal sur l'affichage de la publicité électorale fédérale[19], on pourra tout simplement l'invalider comme contraire à la liberté d'expression. Mais bien plus nombreux sont les cas où la difficulté d'ordre juridictionnel ne se double pas d'une difficulté substantive sérieuse; et ces litiges, c'est le partage des compétences qui va continuer de les solutionner.

On vient de parler de litiges de nature juridictionnelle, entendant par là ceux ayant trait au champ d'application de la législation. Or ce ne sont pas les seuls, il s'en faut, pour lesquels le partage va conserver sa pertinence. Qu'on pense en particulier au contentieux fiscal. La multiplication des types d'imposition et la gourmandise des gouvernements ne sont pas de nature à faire disparaître les litiges où l'on

18. Évidemment plus une norme provinciale est sévère et contraignante pour l'entreprise, plus son applicabilité aux entreprises fédérales devient problématique. Ainsi par exemple, et d'importantes affaires seront décidées prochainement par la Cour à ce sujet, les lois provinciales sur les accidents de travail, jadis de simples lois d'indemnisation, comportent aujourd'hui un volet préventif et imposent des contrôles sévères aux employeurs. La question est donc de savoir si la jurisprudence traditionnelle, qui reconnaissait leur applicabilité aux entreprises fédérales, tient toujours.
19. *McKay* c. *La Reine*, [1965] R.C.S. 798.

devra s'interroger sur le caractère direct ou indirect d'un impôt provincial ou sur son éventuelle portée extra-territoriale[20]. La compétence fédérale sur le commerce, en particulier dans son volet de réglementation générale des échanges, comporte encore aujourd'hui de larges zones d'incertitude[21], de même que la compétence fédérale sur le mariage et le divorce, dans ses rapports avec la compétence des provinces sur la propriété et les droits civils[22]. Beaucoup d'incertitudes subsistent aussi quant au territoire, de même qu'en matière de ressources naturelles, où l'on aurait tort de croire que la modification constitutionnelle de 1982[23] a fait disparaître toute difficulté au titre de la fiscalité et de la commercialisation. Et c'est, me semble-t-il, un pur rêve que de croire qu'il y ait dans la Charte des instruments pour régler les litiges que toutes ces incertitudes vont inévitablement engendrer.

Les remarques qui précèdent ne comportent aucune désapprobation de l'inclusion d'une charte des droits dans la Constitution; et j'ai déjà tenté ailleurs de montrer les inconvénients et la part d'artifice qu'il y avait à résoudre, comme on l'a fait dans le passé, un problème de libertés publiques par le biais du partage des compétences[24]. Mélanger les genres en sens inverse et tenter de régler le contentieux fédéral par la Charte ne me semble ni souhaitable ni même possible.

On voit donc que quantitativement le contentieux virtuel du partage des compétences demeure important. Certes l'évolution future de la jurisprudence dépend de son passé, de la largeur ou de l'étroitesse, de la précision ou de l'ambiguité des précédents sur lesquels elle se construit. On passe ainsi de la matière constitutionnelle à la façon d'en traiter: En quoi la technique constitutionnelle de la Cour suprême affiche-t-elle depuis une dizaine d'années des changements?

20. En vertu de l'article 92(2) de la Constitution, les pouvoirs fiscaux des provinces se limitent à "la taxation directe dans les limites de la province". Un important contentieux existe au sujet de ces limitations.
21. Dans l'arrêt *Citizens' Insurance Company* c. *Parsons*, (1881-1882) 7 App. Cas. 96, le Comité judiciaire a établi que la compétence fédérale sur les échanges et le commerce (art. 91(2)) visait le commerce interprovincial et international et possiblement "la réglementation générale des échanges s'appliquant à tout le Dominion". Cette dernière expression est demeurée à ce jour mal définie mais elle refait surface en jurisprudence depuis quelques années. On peut se demander en particulier si la réglementation des pratiques restrictives du commerce et même celle des valeurs mobilières ne seraient pas rattachables à cette notion, du fait qu'elles visent, non pas des commerces en particulier, mais la structure même des activités commerciales et financières au pays.
22. Art. 91(26) et 92(13) de la Constitution.
23. *Supra*, note 7, art. 50 et 51. Cette modification à la *Loi constitutionnelle de 1867* vise à élargir les pouvoirs des provinces quant à l'exportation interprovinciale des ressources et quant à la possibilité de les soumettre à des taxes indirectes.
24. F. CHEVRETTE et H. MARX, "*Uniformité et efficacité des garanties en matière de libertés publiques*", (1979) 20 *C. de D.* 95.

LA TECHNIQUE CONSTITUTIONNELLE

Peut-être est-il utile de rappeler d'abord les reproches le plus souvent formulés à l'endroit de la Cour tout au long des années 60 et au début des années 70, et ce pour mieux mesurer ce qu'on pourra percevoir aujourd'hui comme des progrès ou au contraire comme des piétinements. Or il est probable qu'on ne résume pas trop incorrectement ces critiques en les regroupant dans les trois catégories suivantes.

En premier lieu, on a souvent reproché à la Cour le caractère abstrait et simplificateur de ses analyses, un certain nominalisme, un formalisme terminologique. Une loi provinciale était jugée valide parce qu'elle ne faisait qu'*affecter,* de façon *incidente,* le commerce d'exportation, une autre était invalidée parce qu'elle était *relative* à celui-ci, qu'elle visait à le réglementer, une troisième était rendue inapplicable à une entreprise fédérale parce qu'elle portait sur une *partie essentielle* de cette dernière[25], la solution adoptée paraissant souvent dépendre du mot-clef retenu plutôt que de l'analyse soigneuse des faits et des textes. Le résultat atteint pouvait être justifié et satisfaisant, la démarche demeurait peu convaincante. À cet égard, la Cour suprême demeurait d'ailleurs l'héritière fidèle du Comité judiciaire du Conseil privé, et c'est probablement la méthode de travail des deux cours qu'avait à l'esprit un constitutionnaliste américain quand, après avoir fait référence au Canada, il évoquait "the classic admonition of law teachers that their students think things, not words"[26].

Un second reproche adressé à la Cour était d'opter, ici encore dans la tradition établie par le Comité judiciaire, pour un partage des pouvoirs très étanche et tout axé sur la notion de champ exclusif. Et comme les compétences provinciales, sur le droit civil et sur le droit du travail en particulier, participent davantage que les compétences fédérales du droit commun et se prêtent de ce fait et naturellement à une application extensive, c'est elles surtout qu'un tel courant jurisprudentiel avait pour effet de refouler, les domaines fédéraux devenant ainsi des enclaves fermées et à l'intérieur desquelles le Parlement fédéral pouvait légiférer avec une étonnante liberté. Ainsi des lois provinciales de portée générale sur le privilège ouvrier ou le salaire minimum étaient déclarées inapplicables à un gazoduc fédéral ou à une entreprise

25. *Carnation Co. Ltée* c. *Office des marchés agricoles du Québec*, [1968] R.C.S 238; *Le procureur général du Manitoba* c. *Manitoba Egg and Poultry Association*, [1971] R.C.S. 689; *Commission du salaire minimum* c. *Bell Canada*, [1966] R.C.S. 767. Ce reproche fut formulé d'une façon très forte, mais pas toujours juste, dans: P.C. Weiler, "*The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism*", (1973) 23 *U. of Tor. L.J.* 307 et dans le chapitre 6 de l'ouvrage du même auteur *In the Last Resort*, Carswell/Methuen, Toronto, 1974.
26. P.A. FREUND, *op. cit.*, note 2, p. 87.

fédérale de télécommunications[27], une réglementation municipale sur l'affichage ne pouvait viser la publicité électorale fédérale[28]; mais c'était les lois fédérales du travail qui devaient régir l'ensemble du personnel d'une entreprise d'arrimage, l'autorité fédérale était compétente sur toutes les incidences civiles d'une expropriation en vue de la construction d'un chemin de fer, elle pouvait enfin régir la circulation d'un produit d'importation à l'intérieur du Canada, même à l'échelle intraprovinciale[29]. On pouvait avoir l'impression d'être en présence d'un fédéralisme rigide pour les provinces et souple pour le pouvoir central.

Le troisième reproche adressé à la Cour était de faire un usage facile et surtout mal défini du pouvoir général du Parlement fédéral, c'est-à-dire de cette fameuse compétence pour légiférer pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada[30]. Elle en fit usage en particulier au sujet de l'aéronautique et de la localisation des aéroports, de la capitale nationale et de l'exploitation des ressources sous-marines de la mer territoriale et du plateau continental au large des côtes de la Colombie britannique[31]. C'est moins le nombre d'arrêts où le pouvoir fut invoqué que l'imprécision et l'absence d'analyse entourant son utilisation qui caractérisaient cette jurisprudence.

Gardant à l'esprit ces griefs, comment perçoit-on la situation d'aujourd'hui? Elle nous révèle des progrès et des piétinements, les premiers probablement plus nombreux que les seconds.

La Cour a manifesté ces dix dernières années, probablement plus que jamais auparavant, un triple souci d'éclaircir et d'approfondir les concepts, d'introduire plus de réalisme dans ses analyses, enfin de simplifier le style de ses jugements. Donnons de cela quelques exemples.

Au titre des éclaircissements conceptuels, c'est le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*[32] qui nous vient d'abord à l'esprit. Car même s'il faut convenir que la portée de l'arrêt ne nous est révélée que par

27. *Campbell-Bennett Ltd.* c. *Comstock Midwestern Ltd.*, [1954] R.C.S. 207; *Commission du salaire minimum* c. *Bell Canada*, [1966] R.C.S. 767.
28. *McKay* c. *La Reine*, [1965] R.C.S. 798.
29. *Renvoi au sujet de la validité de la Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail (arrêt Stevedoring)*, [1955] R.C.S. 529; *Le procureur général du Canada* c. *C.P.R.*, [1958] R.C.S. 285; *Caloil Inc.* c. *Le procureur général du Canada*, [1971] R.C.S. 543.
30. Paragraphe introductif de l'article 91 de la Constitution.
31. *Johannesson* c. *La municipalité rurale de West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292; *Munro* c. *La Commission de la capitale nationale*, [1966] R.C.S. 663; *Renvoi relatif aux droits sur les ressources sous-marines au large des côtes de la Colombie britannique*, [1967] R.C.S. 792.
32. [1976] 2 R.C.S. 373.

une difficile identification de *ratio* et d'*obiter*, il est indiscutable que jamais auparavant le mystérieux pouvoir général du Parlement fédéral n'avait fait l'objet d'une analyse aussi soignée et approfondie. On pourrait en dire presque autant du *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*[33], où se lit un souci certain à la fois d'éclaircir et d'assouplir le droit en rapport avec cet article 96 de la Constitution qui a engendré tant de confusion et de décisions malheureuses. Les problèmes difficiles découlant de la coexistence de la compétence provinciale en matière de droit civil et de la compétence fédérale en matière de faillite et d'insolvabilité[34], ainsi que de la compétence provinciale en matière de valeurs mobilières et de la compétence fédérale en matière de droit corporatif fédéral[35] ont aussi donné lieu à deux arrêts de très grande qualité. Certes ces domaines avaient déjà été explorés par la jurisprudence, la compétence fédérale sur la faillite ayant pour sa part entraîné dans le passé l'invalidation de nombreuses lois provinciales. Mais ce que ces arrêts apportent de nouveau, c'est un soin évident, non seulement de conclure et de solutionner un litige, mais d'approfondir et de clarifier certains concepts fondamentaux. C'est aussi ce que la Cour a fait à propos de la compétence fédérale sur les banques[36], dont la jurisprudence jusqu'à ce jour ne nous avait à peu près rien dit si ce n'est qu'elle pouvait entraîner l'invalidation des mesures créditistes provinciales.

Un plus grand réalisme dans l'analyse est un autre trait qui me paraît avoir marqué le travail de la Cour ces dernières années. Quand il s'est agi de savoir si certaines normes provinciales de travail étaient applicables à une usine localisée sur une réserve indienne[37] ou à une entreprise construisant des pistes d'atterrissage dans un aéroport fédéral[38], ou de savoir si certaines normes provinciales protègeant le consommateur liaient des commerçants diffusant des messages publicitaires à la télévision, de juridiction fédérale[39], on s'est efforcé, après avoir identifié les principes applicables, d'analyser la situation de façon concrète et fonctionnelle plutôt que de plaquer sur elle une série de précédents d'une pertinence douteuse. Et ce souci de réalisme s'est aussi manifesté par l'assouplissement des règles, qui étaient fort byzantines, de recevabilité des preuves dites extrinsèques. La Cour n'a pas

33. [1981] 1 R.C.S. 714.
34. *Robinson* c. *Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 753.
35. *Multiple Access Ltd.* c. *McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161.
36. *Canadian Pioneer Management Ltd.* c. *Conseil des relations ouvrières de la Saskatchewan*, [1980] 1 R.C.S. 433.
37. *Four B Manufacturing Ltd.* c. *Les travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031.
38. *Construction Montcalm Inc.* c. *Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754.
39. *Le procureur général du Québec* c. *Kellogg's Co.*, [1978] 2 R.C.S. 211.

craint de référer à des données importantes de l'histoire constitutionnelle canadienne quand lui fut posée la question de savoir si le Parlement fédéral pouvait réformer le Sénat[40] ou quand elle eut à mesurer l'étendue de la compétence provinciale sur l'administration de la justice aux fins de statuer sur la validité d'enquêtes provinciales sur la criminalité[41]. Elle n'a pas craint non plus de prendre en considération certains documents gouvernementaux officiels en vue d'établir les objectifs véritables d'une législation[42]. Et c'est encore un signe de réalisme que d'avoir enfin clairement établi que certaines contributions exigées par les provinces des producteurs agricoles dans le but, non pas de financer l'État, mais de réglementer les marchés n'étaient pas des taxes et que les critères de l'imposition directe ne leur étaient pas applicables[43].

Enfin la Cour me paraît avoir eu le souci, combien louable, de simplifier le style de ses jugements. Pas plus qu'aucun autre, le style judiciaire n'est facile à apprécier, l'appréciation qu'on porte sur lui étant d'ailleurs très subjective. Mais qu'on lise en parallèle le *Reference re Waters and Water-Powers*[44] de 1929 et cet autre arrêt sur les ressources naturelles qu'est *Canadian Industrial Gas and Oil Ltd.*[45] de 1978; qu'on lise en parallèle, en matière de droit du travail, le fameux arrêt *Stevedoring*[46] de 1955 et l'arrêt *Construction Montcalm Inc.*[47] de 1979; qu'on lise aussi en parallèle, en matière de droit criminel et d'ordre public local, l'arrêt *Johnson*[48] de 1954 et l'arrêt *Arcade Amusements Inc.*[49] de 1985. La jurisprudence récente est indiscutablement mieux construite, on n'y trouve plus ces interminables redites et ces introuvables *ratio* découlant du fait que plusieurs juges rédigeaient des notes. Et l'on sent aussi que la Cour, bien à raison selon moi, s'embarrasse de moins en moins de toutes ces constructions fragiles et compliquées du Comité judiciaire — sur la portée de la clause finale de l'article 91, sur l'effet d'empiétement réservé aux compétences énumérées — qui rendaient le droit constitutionnel incompréhensible et n'ajoutaient rien au fond du discours.

40. *Renvoi sur la compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54.
41. *Di Iorio et Fontaine* c. *Le gardien de la prison commune de Montréal*, *supra*, note 9.
42. *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297.
43. *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198.
44. [1929] R.C.S. 200.
45. [1978] 2 R.C.S. 545.
46. *Supra*, note 29.
47. *Supra*, note 38.
48. *Johnson* c. *Le procureur général de l'Alberta*, [1954] R.C.S. 127.
49. *Ville de Montréal* c. *Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368.

Ce sont là des progrès importants. Ils coexistent cependant avec un certain nombre de faiblesses ou de piétinements.

D'abord la Cour paraît manquer d'une certaine philosophie du prononcé constitutionnel. Une telle philosophie aide à déterminer quand il y a lieu de statuer sur un point de droit constitutionnel et avec quel degré de généralité ou de spécificité. C'est à la fois une question d'opportunité et de substance. Or la philosophie de la Cour entendue dans ce sens, s'il en est une, n'est pas facile à découvrir. Voyons de cela quelques exemples.

Dans l'arrêt *Simpsons-Sears Limitée* c. *Le secrétaire provincial du Nouveau-Brunswick*[50], les juges de la majorité en vinrent à la conclusion que les opérations de la compagnie appelante n'étaient pas assujetties à une certaine mesure fiscale provinciale, vu l'interprétation donnée à celle-ci. Pourquoi donc avoir ajouté que si elles y étaient assujetties, la mesure serait invalide parce qu'instituant une taxe indirecte? L'*obiter*, en plus d'être inutile, était totalement mal fondé. En effet, la législature ayant clarifié sa loi, la Cour l'a quatre ans plus tard jugée valide parce que la taxe était une taxe directe[51]. Toujours en matière fiscale, pourquoi la Cour, dans l'arrêt *La Reine* (*Manitoba*) c. *Air Canada*[52], a-t-elle, et ce dans un jugement unanime, élaboré une complexe et fragile théorie de l'extra-territorialité de l'impôt, le tout en rapport avec une loi manitobaine taxant les vols au-dessus du territoire de la province, alors même que le litige eût pu être résolu par interprétation statutaire? Cela surprend, d'autant que quelques années auparavant, dans l'affaire *Interprovincial Cooperatives Ltd.* c. *La Reine*[53], la Cour, très clairement saisie cette fois d'une importante question d'extra-territorialité liée à la lutte contre la pollution des cours d'eau, a rendu un arrêt qui, loin d'éclaircir le droit, l'a carrément obscurci puisqu'on y trouve trois opinions radicalement différentes au sujet du problème posé. Ce dernier arrêt me paraît l'exemple par excellence d'une chose à ne pas faire pour une cour de dernière instance un tant soit peu soucieuse de préciser le droit et d'aider à ce qu'il soit porté remède à de graves problèmes contemporains. Dans l'arrêt *Bisaillon* c. *Keable*[54], pourquoi la Cour, au lieu de se contenter de statuer sur une importante question de droit public, a-t-elle débordé dans le partage des compétences et affirmé que le secret de l'informateur de police relevait de la compétence fédérale exclusive sur la procédure

50. [1978] 2 R.C.S. 869.
51. *Le ministre des Finances du Nouveau-Brunswick* c. *Simpsons-Sears Limitée*, [1982] 1 R.C.S. 144.
52. [1980] 2 R.C.S. 303.
53. [1976] 1 R.C.S. 477.
54. [1983] 2 R.C.S. 60.

criminelle, rendant par conséquent impossible aux provinces de le lever, même dans le cadre d'une enquête sur l'appareil policier? Outre qu'un tel prononcé n'est pas de nature à clarifier la nature et l'étendue de la compétence fédérale précitée, il n'est pas non plus de nature à faciliter la tâche des provinces en rapport avec des corps de police dont elles ont par ailleurs la responsabilité.

Ce sont là des exemples de prononcés à mon sens trop larges. Mais les exemples inverses de prononcés trop étroits, qui confinent parfois à la tergiversation, ne sont pas inexistants, il s'en faut. La question de l'existence ou de l'inexistence d'une compétence fédérale pour intenter et conduire les poursuites en matière criminelle en est une qui a mis bien du temps à être tranchée, et à tort ou à raison certains ont vu dans l'arrêt *R.* c. *Hauser*[55] une mesure dilatoire évitant d'en décider. En effet la Cour a dans cet arrêt, et contre toute attente, rattaché la loi fédérale sur les stupéfiants non pas à la compétence fédérale sur le droit criminel mais au pouvoir résiduaire fédéral, évitant ainsi de statuer sur la question qui était au centre du débat. L'arrêt a embrouillé la notion de pouvoir résiduaire, en plus de gêner par la suite la Cour quand celle-ci a jugé valide une loi provinciale sur le traitement obligatoire des héroïnomanes[56].

Mais l'existence d'une compétence fédérale pour intenter et conduire les poursuites criminelles fut subséquemment reconnue dans l'arrêt *Procureur général du Canada* c. *Les transports nationaux du Canada*[57], en rapport avec des poursuites sous la loi fédérale sur les coalitions. Estimant que la responsabilité des poursuites criminelles ne différait aucunement de celle des poursuites dans d'autres domaines de droit fédéral, une majorité de la Cour n'a pas jugé nécessaire de préciser sur quel chef de compétence la loi fédérale en question était constitutionnellement fondée, alors que trois juges l'ont rattachée à la compétence fédérale sur le commerce. La Cour a ainsi perdu une belle occasion d'élucider, ne serait-ce qu'en *obiter*, une question importante, car on peut prétendre que si la politique antimonopolistique fédérale se fonde, non seulement sur la base, traditionnellement reconnue, de la compétence sur le droit criminel, mais aussi sur la compétence commerciale fédérale, elle pourra gagner en souplesse et en efficacité. Un prononcé sur ce point aurait été beaucoup plus utile que ceux qu'on a évoqués plus haut.

55. [1979] 1 R.C.S. 984.
56. Voir, *Schneider* c. *La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, où le juge en chef Laskin écrit, à la page 115, que s'il avait siégé dans l'affaire *Hauser*, il n'aurait pas invoqué le pouvoir général du Parlement au soutien de la validité de la *Loi sur les stupéfiants*.
57. [1983] 2 R.C.S. 206; au même effet, *R.* c. *Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284, à propos de la Loi fédérale sur les aliments et drogues.

Toujours au chapitre des faiblesses, on peut parler aussi d'un certain manque apparent de solidarité entre les membres de la Cour, entendant par là que sans aller jusqu'à renverser ses propres décisions, du moins les plus récentes, celle-ci a connu ces dernières années des majorités changeantes, qui parfois n'ont pas fait grand cas de prononcés ou de courants jurisprudentiels antérieurs.

À titre d'exemple, il est frappant que le *Renvoi relatif à la loi anti-inflation*[58], qui, comme on l'a vu, comporte l'analyse à ce jour la plus approfondie du pouvoir général du Parlement fédéral, ne fut pas cité ou fut interprété bien étrangement dans certaines affaires subséquentes où ce pouvoir fut invoqué. Dans l'arrêt *Les brasseries Labatt du Canada Limitée* c. *Le procureur général du Canada*[59] et dans le *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*[60], il est question du pouvoir général mais il n'est point fait mention du *Renvoi*. Dans le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*[61], les juges dissidents y voient curieusement un arrêt qui n'a pas limité vraiment les recours au pouvoir général du Parlement! Cela me paraît nier l'évidence[62]. Convenons que ce désintérêt pour ce qu'il n'est pas exagéré d'appeler un grand arrêt de principe n'a pas vraiment porté à conséquence dans les arrêts précités. Mais y faire référence aurait été une manifestation de cohérence et de continuité.

Cette espèce de solidarité défaillante s'est aussi manifestée ces dernières années dans l'interprétation de la compétence provinciale sur l'administration de la justice et de la compétence fédérale sur la procédure criminelle. Dans l'arrêt *Di Iorio* de 1978[63], la première avait reçu une interprétation large et qui faisait beaucoup appel à des données historiques. Mais le vent devait tourner singulièrement quelques années plus tard lorsque la Cour décida que la responsabilité d'intenter et de conduire les poursuites criminelles était matière de procédure, donc exclusivement fédérale, et que les provinces n'avaient rien à y voir, sauf à un titre de suppléance en quelque sorte[64]. À vrai dire ces deux courants ne sont pas faciles à réconcilier et le second paraît faire fi en quelque sorte du premier[65]. Si des revirements de ce genre devaient

58. [1976] 2 R.C.S. 373.
59. [1980] 1 R.C.S. 914.
60. [1984] 1 R.C.S. 86.
61. [1982] 1 R.C.S. 1004.
62. Voir sur ce point l'analyse de J.D. WHYTE, "Developments in Constitutional Law: The 1981-82 Term", (1983) 5 *Supreme Court L.R.* 77, 133.
63. *Supra*, note 9.
64. *Supra*, note 57.
65. Un auteur a parlé à propos de cette nouvelle jurisprudence de "*La nouvelle compétence fédérale en matière de poursuite criminelle*". Y. DE MONTIGNY, (1986) 16 *R.G.D.* 461. On aurait pu aller plus loin encore et parler de la nouvelle compétence fédérale sur l'administration de la justice criminelle!

se multiplier, on serait en droit de parler d'une cour défaillante au plan de la cohérence et de la solidarité.

On peut regretter enfin que la Cour manque parfois de précision et de soin dans ses prononcés et qu'elle aille même jusqu'à faire fléchir le droit pour pouvoir rendre la décision qu'on sent bien qu'elle veut rendre. Ainsi dans l'arrêt *Municipalité régionale de Peel* c. *Mackenzie*[66], où se trouvait contestée une disposition de la *Loi sur les jeunes délinquants* obligeant la municipalité où un délinquant réside à contribuer à son entretien, la Cour invalida cette disposition fédérale. Mais une lecture attentive de l'arrêt ne parvient pas à nous révéler si l'invalidation vient du fait que la disposition n'est ni relative ni nécessairement accessoire (ancillaire) à la compétence fédérale sur le droit criminel, ou si cette invalidation procède plutôt d'une forme d'immunité des provinces et des municipalités face aux lois fédérales les obligeant à faire certaines dépenses[67]. On conviendra qu'il y a là une question de principe de très grande importance et l'on est surpris d'une *ratio* si obscure pour décider d'une question de droit aussi majeure. L'arrêt ajoute que la partie intéressée n'a pas prouvé "qu'il est essentiel au fonctionnement de l'ensemble des mesures prévues dans la *Loi sur les jeunes délinquants* que les frais d'entretien des jeunes délinquants soient assumés par les municipalités"[68]. Comment pareille exigence de preuve se concilie-t-elle avec le principe de la présomption de constitutionnalité des lois et quel type de preuve d'*essentialité* la Cour aurait-elle souhaité? Bien sûr un jugement n'est pas un article de revue savante et ce n'est pas aux juges qu'il appartient d'écrire des traités. Il demeure que dans le cadre d'un arrêt qui posait des questions aussi importantes que celles du pouvoir accessoire fédéral et de l'immunité de puissance publique, on se serait attendu à ce que la Cour leur porte une plus grande attention. Il y a telle chose en droit constitutionnel canadien qu'une théorie générale du partage des compétences. Quand la Cour a à traiter d'une ou de plusieurs composantes majeures de cette théorie, il serait souhaitable qu'elle en ait conscience et qu'elle théorise quelque peu ses prononcés, comme elle l'a fait pour la question des conflits de lois et de la prépondérance fédérale à propos de laquelle elle a clairement et utilement défini sa position. Si le temps lui manque, elle pourrait en consacrer moins aux questions de fait et s'en réserver davantage pour les questions de droit[69].

66. [1982] 2 R.C.S. 9.
67. Voir la sévère critique de cet arrêt par J.D. WHYTE, *supra*, note 62, p. 96 à 100.
68. *Supra*, note 66, p. 19.
69. Dans *Northern Telecom Canada Limitée* c. *Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733, la Cour a rendu un très long jugement où sont examinées avec beaucoup de détails les activités d'installateurs d'équipement de télécommunication, cela aux fins de déterminer s'il s'agissait d'activités

"Hard cases make bad law", dit-on souvent. L'aphorisme fut une fois de plus confirmé dans l'arrêt *Canadian Industrial Gas and Oil Ltd.* c. *Le Gouvernement de la Saskatchewan*[70]. La Cour, par un prodige du raisonnement judiciaire, a réussi à invalider un ensemble complexe de taxes provinciales sur le pétrole au double motif qu'il s'agissait de taxation indirecte et de réglementation du commerce d'exportation. Or il ne s'agissait pas de cela du tout, les taxes en question n'ayant aucun effet sur le prix du produit. Ce dont il s'agissait cependant, c'était d'un programme fiscal indésiré, et peut-être indésirable, pour les compagnies productrices, pour le gouvernement fédéral, et possiblement pour l'ensemble de l'économie canadienne. Ce qui montre bien qu'au-delà de la technique constitutionnelle il y a aussi la politique constitutionnelle, ce dont il sera maintenant question.

LA POLITIQUE CONSTITUTIONNELLE

La Cour suprême du Canada est demeurée fidèle au modèle judiciaire britannique, cela à plusieurs égards et notamment dans le fait qu'à la différence de la Cour suprême des États-Unis elle est discrète quant aux considérations fonctionnelles ou de *policy* et quant aux valeurs fondamentales qui sous-tendent ses jugements. Cela dit, il paraît incontestable que depuis une dizaine d'années la Cour a manifesté un souci certain pour ce qu'on pourrait appeler l'équilibre fédéral au pays. Et la meilleure façon de le démontrer n'est pas selon moi de comparer le nombre de lois fédérales invalidées par la Cour au nombre de lois provinciales ayant subi le même sort, exercice auquel je ne me livrerai pas puisque je ne crois guère à ce genre de comptabilité. Il me paraît plus significatif en effet de tenter d'apprécier sur un mode qualitatif le souci qu'a eu la Cour d'équilibrer les pouvoirs et de voir au maintien du fédéralisme. Or deux ensembles de décisions paraissent devoir être analysés à cet égard, le premier ayant trait au statut même des deux ordres de gouvernement ou des deux niveaux de la puissance publique canadienne, le second concernant le système judiciaire.

de compétence fédérale et si le Conseil canadien des relations de travail avait juridiction pour décider de la reconnaissance syndicale des personnes travaillant dans ce secteur. Infirmant la décision du Conseil, elle a conclu qu'il s'agissait d'activités de compétence fédérale sur lesquelles ce dernier avait juridiction. La dissidence du juge Beetz dans cet arrêt donne beaucoup à réfléchir. Il rappelle que le Conseil canadien, qui avait décliné juridiction en l'instance, était bon juge des faits (p. 775), et que la compétence des provinces en matière des relations de travail étant la règle et la compétence fédérale, l'exception, il fallait trancher en faveur de la première en cas d'incertitude (p. 779). Si juridictionnelles qu'elles soient, les questions de fait sont des questions de fait, et on soupçonne que la Cour pourrait employer son temps plus utilement qu'à qualifier un travail, hautement technique et complexe, comme celui dont il s'agissait dans cette affaire.

70. *Supra*, note 45.

Plusieurs arrêts ont été rendus ces dernières années qui ont eu un fort impact intergouvernemental et où se trouve analysé le statut même de puissance publique des deux niveaux de gouvernement. Or il en ressort une volonté de donner à l'un et à l'autre un statut identique et d'éviter l'inégalité et la subordination. On en veut d'abord pour exemple le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*[71], dans lequel la Cour, à la majorité, décida que le gaz naturel appartenant à la province de l'Alberta et commercialisé par celle-ci était exempt d'impôt fédéral, le tout en application de l'article 125 de la Constitution. C'était reconnaître que face à une mesure fédérale proprement fiscale, à la différence d'une mesure de réglementation du commerce, une province a un statut de puissance publique et bénéficie d'une immunité au même titre que le gouvernement fédéral. Comme en fait foi l'opinion dissidente dans cette affaire, bien des motifs auraient pu être retenus pour qu'il en aille autrement. À une forte majorité la Cour a préféré que l'État soit l'État, autant à Edmonton qu'à Ottawa. Le gouvernement fédéral dut en ressentir quelque déception, mais la Cour avait rappelé que le fédéralisme existait au Canada et qu'il comportait ses avantages et ses contraintes.

Dans le *Renvoi sur la compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*[72], la Cour décida que le Parlement fédéral ne pouvait par une simple loi abolir le Sénat ou modifier en profondeur sa composition et ses pouvoirs. Bien sûr le statut du Sénat est aujourd'hui précisé dans la formule d'amendement constitutionnel adoptée en 1982[73]. Mais à l'époque où l'arrêt fut rendu, plusieurs arguments sérieux pouvaient être avancés qui tendaient à montrer que les pouvoirs du Parlement fédéral sur les diverses institutions fédérales étaient suffisamment vastes pour lui permettre d'abolir ou de réformer le Sénat. La Cour ne les a pas retenus, préférant voir dans celui-ci une institution fédérale-provinciale que le Parlement ne pouvait modifier unilatéralement, et ce en vertu des principes mêmes du fédéralisme. Il peut sembler paradoxal d'empêcher, au nom des droits historiques des provinces, le Parlement de modifier le Sénat même pour accroître les pouvoirs des provinces sur celui-ci. Mais c'est le caractère unilatéral de l'initiative fédérale que la Cour a voulu censurer.

Un organisme provincial, agissant sous l'autorité d'une loi provinciale par ailleurs valide, peut-il commettre une infraction au sens d'une loi fédérale relevant de la compétence fédérale sur le droit criminel? C'était là une des questions posées dans l'affaire *Proc. gén. du Canada*

71. *Supra*, note 61.
72. *Supra*, note 40.
73. Articles 38 à 49 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, *supra*, note 7.

et Jabour c. *The Law Society of British Columbia*[74]. En l'instance la Cour s'est efforcée de démontrer que les mesures prises par le Barreau de la Colombie britannique contre l'un de ses membres, en application de la *Legal Professions Act* de la province, ne violaient pas les interdits posés par la loi fédérale sur les coalitions. Mais on sent bien que ce qui sous-tend cette démonstration, c'est le refus qu'un acte provincial de puissance publique puisse être une infraction au sens du droit fédéral. Conclusion singulièrement plus souple, intelligente et conforme à la philosophie du fédéralisme que celle qui eût consisté à dire qu'il y avait conflit de lois et application de la prépondérance de la loi fédérale! Une telle solution aurait équivalu à la criminalisation de la politique de la province quant aux professions juridiques et à la discipline de leurs membres.

Une analyse approfondie du fameux *Renvoi relatif à la modification de la Constitution du Canada*[75] déborderait de beaucoup le cadre de ce bref exposé. Beaucoup a été dit et beaucoup reste à dire sur ce célèbre arrêt. Il est vrai qu'en jugeant légale la démarche unilatérale du Parlement fédéral pour rapatrier la Constitution la Cour a adopté une vision bien abstraite et bien formelle de l'évolution constitutionnelle canadienne[76]. Par ailleurs il est aussi vrai qu'en la jugeant inconstitutionnelle au sens de contraire aux conventions de la Constitution, en l'absence d'"un degré appréciable de consentement provincial", la majorité de la Cour a livré au pays une véritable leçon sur les garanties du fédéralisme.

Et c'est encore un certain souci de ne pas soustraire le gouvernement fédéral aux exigences constitutionnelles auxquelles sont soumises les provinces qui a prévalu dans l'arrêt *McEvoy* c. *Le procureur général du Nouveau-Brunswick*[77]. Pour la première fois en effet la Cour y précisait que l'interdiction faite aux provinces en vertu de l'article 96 de déléguer certains pouvoirs judiciaires à des organismes autres que des cours supérieures s'appliquait aussi au Parlement et au gouvernement fédéral. Certains arguments, de texte en particulier, auraient pu justifier une conclusion contraire. Mais si l'objectif de cette interdiction est de garantir que les litiges les plus importants soient tranchés par des magistrats indépendants et inamovibles, on ne voit pas pourquoi le pouvoir fédéral ne serait pas lui aussi lié par elle.

L'arrêt *McEvoy* et certains autres dont il vient d'être question présentent des faiblesses certaines. Mais le rapide survol qui précède ne se voulait attentif à aucune difficulté d'ordre technique ni à aucune

74. [1982] 2 R.C.S. 307.
75. [1981] 1 R.C.S. 753.
76. Voir en particulier l'intéressant point de vue de E. COLVIN, "Constitutional Jurisprudence in the Supreme Court of Canada", (1982) 4 *Supreme Court L.R.* 3.
77. [1983] 1 R.C.S. 704.

question de détail. Il s'agissait plutôt d'illustrer le souci que la Cour, le plus souvent sans le dire expressément, paraît avoir de l'équilibre fédéral et du statut de puissance publique des deux ordres de gouvernement.

Évoquons pour terminer un autre ensemble de décisions, ayant trait cette fois au système judiciaire, où la Cour, parfois sous le couvert de prononcés hautement techniques, paraît avoir été guidée par des considérations fonctionnelles ou de *policy* liées à sa philosophie de notre régime fédéral.

Parce qu'en vertu de la Constitution l'organisation des tribunaux est primordialement une responsabilité provinciale et parce que le système judiciaire canadien est centré en particulier sur les cours supérieures des provinces, la Cour a voulu ces dernières années mettre un frein à l'extension de la juridiction de la Cour fédérale. Elle l'a fait en subordonnant cette juridiction à l'existence d'une législation fédérale applicable[78]. Vu les incertitudes qu'il a engendrées, il n'est pas du tout certain que le procédé ait été bien choisi[79], et on peut même se demander si la Cour n'aurait pas mieux fait de reprendre les termes mêmes de l'article 101 et de n'autoriser l'octroi d'une juridiction à la Cour fédérale que lorsque cela paraît nécessaire "pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada". Quoi qu'il en soit, il semble bien que l'objectif poursuivi ait été de limiter la juridiction de la Cour fédérale à des matières statutaires fédérales souvent techniques et complexes et d'éviter qu'elle prenne la place des tribunaux de droit commun. On peut discuter du bien-fondé de cet objectif mais c'en est un, lié à des considérations fonctionnelles et à une certaine conception du système judiciaire de ce pays.

Un deuxième mouvement de la Cour fut de reconnaître la spécificité et l'importance du recours à fondement constitutionnel. Elle a d'abord vu à ce que ce recours ne puisse, par l'effet d'une simple loi, être bloqué ou rendu inefficace. Dans cet esprit, une loi ne peut validement interdire par exemple le recouvrement de taxes inconstitutionnelles[80]. Mais la Cour a aussi décidé, et cela se relie à sa conception du système judiciaire canadien, que le Parlement fédéral ne pouvait donner à la Cour fédérale une juridiction exclusive pour statuer sur la constitutionnalité ou le degré d'applicabilité constitutionnelle d'une loi fédérale[81]. L'article 101 permet au Parlement de créer des cours fédérales "pour assurer la meilleure exécution" des

78. *Supra*, note 6.
79. F. CHEVRETTE, H. MARX, *loc. cit.*, note 14 p. 866 à 869.
80. *Amax Potash Ltd.* c. *Le gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576.
81. *Jabour* c. *The Law Society of British Columbia*, *supra*, note 74; *Conseil canadien des relations de travail* c. *L'Anglais*, [1983] 1 R.C.S. 147.

lois fédérales et non pour décider de leur validité. Dans l'esprit de la Cour cette dernière tâche appartient en principe et au premier chef aux cours supérieures des provinces. Une cour de création fédérale ne peut prendre la place du système judiciaire de droit commun, et elle le peut d'autant moins lorsqu'il s'agit de statuer sur la validité des lois du parlement qui l'a mise sur pied. On voit dans tout cela une certaine philosophie à la fois du système judiciaire canadien et du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois.

* * *

On ignore généralement que pendant de nombreuses années après sa création en 1875 la Cour suprême du Canada fut une institution faible et sans grand prestige[82]. Comme arbitre du fédéralisme canadien elle fut dans le passé beaucoup critiquée et ce n'était pas sans raison. Son rôle à cet égard demeure encore immense, tant au point de vue de la matière et de la technique constitutionnelles que de la politique constitutionnelle. Mais un examen sommaire du travail qu'elle a produit ces dix dernières années au chapitre du partage des compétences ne permet assurément pas de conclure que le fédéralisme canadien ait été partie perdante devant elle.

82. Voir sur ce point le récent et intéressant ouvrage de J.G. SNELL, et F. VAUGHAN, *The Supreme Court of Canada, History of the Institution*, University of Toronto Press, 1985.