

Droit public

L'envahissant droit constitutionnel

François Chevette

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

Il s'écrit trop peu d'ouvrages de réflexion juridique au Canada.

Certes les précis et les traités se multiplient, de même que les articles de revue. Tout cela est bel et bon et conduit même l'étudiant en droit d'il y a trente ans, qui n'avait sous la main que ses codes et ses notes de cours, à envier l'étudiant en droit d'aujourd'hui, éminemment mieux pourvu. Mais nous manque singulièrement ce qui est beaucoup plus courant aux États-Unis et en Europe, à savoir le petit livre de réflexion et de critique qui, sans intention didactique, vient secouer un secteur du droit, une institution ou un courant jurisprudentiel, dégageant quelque peu la connaissance juridique de ses technicalités et revenant à l'essentiel, au profit du lecteur juriste mais éventuellement aussi du lecteur qui ne l'est pas.

Pendant longtemps le droit constitutionnel fut considéré par certains comme à peine un droit, une subdivision de la science politique, peu pratique et peu connue du praticien. Or cette impression s'est beaucoup dissipée depuis quelques années. D'un côté les décisions judiciaires rendues au chapitre du fédéralisme ou du par-

tage des compétences ont gagné en nombre et en importance. D'autre part l'inclusion d'une Charte des droits et libertés dans la Constitution a fait en sorte que la norme constitutionnelle irradie dans tous les secteurs du droit traditionnellement autonomes, en droit pénal en particulier. Et c'est au point que, on l'entend beaucoup dire, le plus haut tribunal du pays ne s'intéresserait maintenant qu'aux litiges constitutionnels.

Pareil phénomène s'analyse mal dans les traités, mieux dans les revues, beaucoup mieux encore dans ces petits livres dont on vient de déplorer la rareté chez nous et qui sont un stimulant à la fois pour le spécialiste et pour celui que la chose publique préoccupe. À ce titre le court ouvrage de Patrick Monahan, professeur à la Osgoode Hall Law School de l'Université York, Toronto, intitulé *Politics and the Constitution — The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada*¹ vient au bon moment. Et il en faudrait d'autres de ce genre, canadiens et proprement québécois².

L'ouvrage comporte trois parties, la première, introductive, consacrée au

1. Toronto, Carswell, 1987, 253 p.

2. L'ouvrage de Paul Weiler, *In the Last Resort — A Critical Study of the Supreme Court of Canada*, Toronto, Carswell/Methuen, 1974, était du même genre.

contrôle judiciaire de constitutionnalité et au travail de la Cour suprême à ce chapitre, la seconde à la Charte et la troisième au fédéralisme.

En partie introductive, l'auteur, traitant de la politique du contrôle judiciaire de constitutionnalité (c. 1), commence par regretter que la Cour suprême se drape encore dans un simple rôle d'interprète des lois et de la Constitution, au lieu de se reconnaître une vraie fonction de décideur politique, qui soupèse avantages et inconvénients, fonction politique que, prétend-il, elle exerce déjà mais sans le dire et sans recourir à la méthodologie appropriée. Il passe ensuite au travail de la Cour (c. 2), et grâce à d'intéressants tableaux, rappelle que la proportion des arrêts de droit public dans la jurisprudence de la Cour est constamment grandissante (environ 50% de 1961 à 1974, plus de 75% de 1983 à 1985) et que le nombre d'arrêts de droit constitutionnel rendus au cours des mêmes périodes n'a cessé de croître (2 en 1961, 21 en 1985). Mais on est plus surpris d'apprendre qu'au cours de la période 1961-1985, c'est au milieu des années 70 que la Cour a rendu le plus grand nombre de décisions (174 en 1975), ce nombre diminuant ensuite vers son plus bas niveau en 1984 (62 arrêts, alors que de 1961 à 1982 il n'y en eut jamais moins de 100 chaque année). L'auteur identifie donc trois sous-périodes. De 1961 à 1973, on assiste à une production importante, à peu près également répartie entre le droit privé et le droit public et où le droit constitutionnel a une part assez peu importante. Entre 1974 et 1980, le droit privé, dont la part se maintient, est dépassé par le droit public, le nombre d'arrêts de droit constitutionnel allant en augmentant. Enfin de 1980 à 1985 la pro-

duction chute dans l'un et l'autre droits — même si la part du droit constitutionnel augmente encore — et ce déclin général fait dire à l'auteur qu'il est inexact de penser que la diminution marquée des arrêts de droit privé (une cinquantaine par année dans les années 60, plus de 90 en 1975, une dizaine en 1985) s'explique par une simple augmentation des arrêts de droit public.

La deuxième partie de l'ouvrage, consacrée à la Charte, s'ouvre sur une analyse du contrôle judiciaire de constitutionnalité par rapport à celle-ci (c. 3). Même si ce ne sont pas les juges qui se sont appropriés cette tâche, mais bien les hommes politiques qui, en pleine connaissance de cause, la leur ont confiée, cela ne dispensera pas le pouvoir judiciaire de faire un choix entre l'interprétation positiviste et celle davantage axée sur les valeurs, et de tenter de trouver un équilibre entre le respect de la loi et de la volonté des élus et la primauté de la Constitution. La Charte, de rappeler l'auteur, ne fait pas que donner des droits. Elle en enlève aussi. Les garanties qu'elle consacre pourront par exemple rendre plus difficile la sanction du professionnel négligent ou malhonnête ou servir de points d'appui à la riche compagnie qui combat certaines politiques gouvernementales. Toutefois, et à partir d'un échantillonnage nécessairement fort limité (1982-86, cours ontariennes et fédérales), l'auteur nous révèle, en quelques tableaux, que les dispositions de la Charte invoquées avec le plus de succès furent celles à caractère pénal (art. 8 et 10), par conséquent plus proches du débat judiciaire classique que les garanties pouvant avoir une connotation politique ou socio-économique (celles par exemple des articles 2, 7, 15). C'est comme si, à

l'égard de ces dernières, les tribunaux manifestaient une moindre familiarité.

Dans le développement qu'il consacre au droit et à la politique (c. 4), l'auteur, prenant comme exemples l'arrêt sur les missiles³ et l'arrêt *Oakes*⁴, note une fois de plus l'ambivalence de la Cour face à la Charte. Alors qu'elle rejette en rapport avec celle-ci cette attitude d'extrême réserve qu'elle avait adoptée à l'égard de la *Déclaration canadienne des droits*, elle ne se reconnaît tout de même pas un rôle politique dans l'interprétation de la Charte. Au lieu d'aborder les problèmes de front et de s'attaquer directement aux conflits de valeurs, la Cour, et l'auteur le regrette, se construit d'illusoires plates-formes d'objectivité. Dans une jurisprudence qu'il qualifie d'*instrumentaliste*, elle décide qu'on n'a pas établi de lien de causalité entre l'expérimentation des missiles de croisière en territoire canadien et l'atteinte au droit à la vie et à la sécurité des personnes (art. 7) pouvant découler d'un risque accru de conflit nucléaire. Évitant toujours d'aborder les questions de fond, elle s'en tient, cette fois au chapitre de la lutte contre les stupéfiants, à la simple analyse de l'adéquation du moyen à la fin, dans un souci de ne pas remettre en question les objectifs et les politiques. « This characterization evokes

the imagery of a court deciding a garden-variety dispute between private parties » (p. 66).

Passant ensuite à la théorie constitutionnelle américaine du *Bill of Rights* (c. 5), il rejette, parce que trop imprécise et trop individualiste, l'approche *dworkinnienne* axée sur la notion de droits intouchables, soustraits au processus politique et que le contrôle judiciaire de constitutionnalité aurait pour mission de préserver. Le mode de sélection de ces droits lui paraît éminemment subjectif, et le fait de les soustraire totalement à l'arbitrage du politique — de ne pas les faire entrer en ligne de compte dans les prises de décision sur le bien-être général — est pour lui une conséquence de cet individualisme américain, excessif et en grande partie étranger à la culture philosophico-politique canadienne. En revanche il admet, dans le processus d'interprétation constitutionnelle, un assez large recours à l'intention des constituants, non point pour décider de telle question particulière mais pour dégager la philosophie générale d'une disposition constitutionnelle. Dans cette perspective, l'intention des constituants serait sans pertinence pour déterminer l'impact de la Charte sur une question comme l'avortement. Mais quand il s'est agi de savoir si son article 7 avait

3. *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, où l'on a décidé que ne pourrait jamais être établi un lien de causalité suffisant entre la décision du cabinet fédéral d'autoriser l'expérimentation des missiles de croisière en territoire canadien et un accroissement de la menace d'une guerre nucléaire mettant en péril la vie et la sécurité des personnes, dans la mesure où elles sont garanties par l'article 7 de la Charte.

4. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, où une disposition statutaire établissant que tout possesseur de stupéfiants était présumé vouloir en faire le commerce fut jugée contraire à l'article 11(d) de la Charte, qui garantit la présomption d'innocence, et où l'on décida aussi qu'elle ne pouvait être rachetée par l'article 1 du fait qu'il n'était pas raisonnable de déduire de toute possession une intention de trafiquer.

seulement une portée procédurale ou aussi un volet substantif, la Cour aurait dû opter pour la première interprétation, conforme à la volonté des constituants, et non pas pour la deuxième⁵.

Plus positivement cette fois, l'auteur propose ensuite (c. 6) une orientation philosophique générale du contrôle judiciaire de constitutionnalité sous la Charte canadienne. Deux grands axes devraient guider cette orientation, soit la démocratie et le sens des valeurs communautaires.

« It is intellectually fashionable, particularly in the United States, to dismiss the political process as unprincipled and arbitrary. Critics of the political process typically rely on a very limited number of historical examples to support their case. Pointing to instances in which majorities have denied the rights of minorities, these critics suggest that the only answer is to hand politics over to the judiciary. Yet the critics' analysis of the historical record is truncated and misleading. What is ignored is the fact that the cause of social and economic justice, in Canada at least, has almost always been advanced through the political, rather than the judicial, process. [...] On this view, the goal is not to construct a set of boundaries around public institutions. The goal is to make public institutions more accountable and responsive. What we need is more politics rather than less » (p. 119).

Dans cette perspective, c'est l'intégrité du processus décisionnel que le

pouvoir judiciaire doit garantir, bien davantage que la conformité de la décision politique à d'impossibles standards de fond, puisqu'en son essence la démocratie veut qu'il n'y ait jamais de solution définitive ni de structure sociale naturelle ou inévitable. À l'opposé de ce qui se passa un jour aux États-Unis, où la Constitution fut interprétée comme mettant hors d'atteinte le droit de propriété, le contrat et le marché, ce sont les libertés (art. 2), l'égalité (art. 15) et les droits démocratiques (art. 3, 4 et 5) qui doivent au Canada prendre la première place, vu qu'ils sont garants du processus démocratique même.

La tradition politique canadienne diffère de celle des États-Unis, à droite par un moindre égalitarisme et un élitisme plus marqué (*the tory touch*), à gauche par une part de socialisme, véhiculée par plusieurs politiques sociales et économiques et par des tiers partis. L'un et l'autre phénomènes, nous dit l'auteur, témoignent de moins d'individualisme ici et de plus d'ouverture de l'État aux valeurs communautaires. Cela, qui transparait dans plusieurs dispositions de la Charte (par exemple, art. 25, 27, 29 sur les droits des autochtones, le multiculturalisme et les écoles confessionnelles), devrait aussi orienter le contrôle judiciaire de constitutionnalité et l'éloigner d'une vision atomiste de la société. Certes l'individualisme demeure un courant fort de l'idéologie politique canadienne. Et c'est bien pourquoi la Charte, comme il se doit, protège l'individu confronté à l'État dans le cadre de procédures judiciaires (art. 8 à 14).

5. *Re Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486.

Le progrès social, l'auteur nous le rappelle à quelques reprises, vint du pouvoir politique, et non du pouvoir judiciaire. C'est pourquoi on le sent en accord avec les dispositions limitatives (art. 1, qu'il aurait tendance à interpréter de façon moins rigide que la Cour suprême) et dérogatoire (art. 33) de la Charte. En effet la première permet de limiter le droit individuel au profit du bien-être général. La seconde ouvre au pouvoir politique la possibilité de passer outre à certaines garanties constitutionnelles, lui donnant ainsi le dernier mot sur certaines interprétations judiciaires.

La Cour suprême et le fédéralisme : c'est le thème de la troisième et dernière partie du livre, où l'auteur s'applique à évaluer le travail de la Cour en matière de contrôle de constitutionnalité, non plus par rapport à la Charte, mais par rapport au partage des compétences entre les deux niveaux de gouvernement, trait essentiel du fédéralisme.

Dans les développements généraux qu'il consacre à cette question (c. 7 et 10), l'auteur rappelle d'abord qu'à un fédéralisme classique, où chaque niveau de gouvernement avait ses pouvoirs et ses responsabilités propres, a succédé depuis la dernière guerre mondiale un fédéralisme au sein duquel les pouvoirs et les responsabilités sont très largement conjoints. Mais la façon de les exercer a beaucoup varié au cours des trois dernières décennies. Dans les années 60, le fédéralisme dit coopératif domina, avec pour caractéristique un souci d'Ottawa et des provinces, en particulier par l'intermédiaire de leur haute fonction publique, d'harmoniser leurs politiques

et d'éviter les litiges constitutionnels. La coordination s'opéra davantage au niveau des hommes politiques au cours des années 70, donnant naissance à ce qu'on appelle souvent un fédéralisme exécutif, marqué par de plus grandes tensions et par une augmentation des litiges, en nombre et en importance. Quant aux années 80, elles sont caractérisées par la volonté de chaque gouvernement, fédéral surtout, provincial à un moindre degré, après d'infructueuses tentatives de coordination, de faire cavalier seul et de mettre unilatéralement en œuvre des politiques dans des domaines d'intérêt conjoint. Les litiges ont augmenté encore (la Cour rendit 36 arrêts basés sur le partage des compétences dans les années 60, 54 dans les années 70 et 57 de 1980-1984) et l'interventionnisme de la Cour s'est accentué, ce qui est surtout perceptible dans le nombre de lois fédérales qu'elle a invalidées (2 dans les années 50, aucune dans les années 60, 4 dans les années 70, 12 de 1980 à 1984).

Ce tableau étant brossé, l'auteur est pourtant d'avis que l'impact concret des jugements d'inconstitutionnalité découlant du partage des compétences sur l'élaboration des politiques est en général minime, négligeable, et cela parce que « *in virtually any case it is possible to achieve indirectly what you cannot do directly* » (p. 161). La réglementation directe d'un secteur est-elle interdite, on obtient le même résultat par le biais du pouvoir de dépenser ou de la politique fiscale ou monétaire, toutes techniques à peu près exemptes de contraintes constitutionnelles. La délégation interparlementaire est-elle jugée inconstitutionnelle, on a recours à la délégation oblique — d'un parlement vers

un organe administratif de l'autre niveau de gouvernement — et le tour est joué⁶.

Et pour illustrer davantage ses propos, l'auteur a recours à deux exemples : la révision constitutionnelle (c. 8) et le contrôle de l'économie (c. 9).

Au chapitre de la révision constitutionnelle, l'auteur centre son analyse sur les arrêts sur la réforme du Sénat⁷ et sur le rapatriement⁸. Il les critique sévèrement, tant au point de vue de leur cohérence interne que de leur impact politique. L'un et l'autre ont bloqué le changement, en ayant recours à des justifications juridiques faibles et contradictoires. Ainsi pourquoi la Cour a-t-elle nié au Parlement fédéral le pouvoir d'abolir ou de réformer le Sénat en invoquant le fédéralisme et l'importance de cette institution pour les provinces, alors même que plusieurs questions de fédéralisme — autres que le partage des pouvoirs — sont relatives à un seul niveau de gouvernement plutôt que fédérales-provinciales (*intrastate federalism* par opposition à *interstate federalism*)? Distinction que fait pourtant l'arrêt sur le rapatriement, en ne prenant en considération, pour décider du mode d'amendement approprié à la réforme de 1982, que les précédents ayant trait au partage des compétences, et non

pas tous ceux présentant un intérêt pour les provinces. De ce dernier arrêt, qui considère le Canada à la fois comme un pays indépendant et non indépendant (d'où la légalité de l'intervention britannique) et le fédéralisme à la fois comme un régime souple et adaptable et comme un modèle intouchable et standardisé, l'auteur écrit : « In blunt terms, the opinion is an incoherent and internally contradictory jumble of assertions rather than a reasoned argument » (p. 195).

Au sujet de fédéralisme et d'économie, le propos de l'auteur est essentiellement de montrer que la Cour n'adopte pas une approche fonctionnelle des questions qu'elle tranche, mais une stérile approche conceptuelle, qui compartimente les questions selon un ordre sans rapport avec la réalité. Dans un arrêt on distingue production et mise en marché, la première étant considérée de compétence provinciale exclusive⁹; dans un autre on n'hésite pas à invalider un plan provincial de réglementation de la production de potasse, au motif qu'il s'agit d'un produit d'exportation¹⁰. Puis on revient à la première approche en invalidant une norme fédérale sur la composition de certains aliments parce qu'il s'agit d'une question de production¹¹, sans aucunement s'interroger sur le niveau de

6. L'arrêt *A.G. for Nova Scotia c. A.G. for Canada*, [1951] R.C.S. 31, interdit la délégation interparlementaire, alors que l'arrêt *The Prince Edward Island Potato Marketing Board c. Willis*, [1952] 2 R.C.S. 392, autorisa la délégation oblique.

7. *Renvoi sur la compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54.

8. *Renvoi relatif à la modification de la Constitution du Canada*, [1981] 1 R.C.S. 753.

9. *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198.

10. *Central Canada Potash Co. Ltd. c. Le gouvernement de la Saskatchewan*, [1979] 1 R.C.S. 42.

11. *Les Brasseries Labatt du Canada Limitée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914.

gouvernement qui serait fonctionnellement le plus habile à l'adopter. Abstractions et incohérences que tout cela, semble conclure l'auteur.

Et l'ouvrage s'achève par une évocation de la Cour des années 90. La Charte, c'est déjà commencé, l'emportera sur l'hermétique partage des pouvoirs. Elle intéresse en effet directement le citoyen, au point, observe l'auteur, qu'une mesure législative qui est jugée conforme à la Charte en devient appréciée comme la plus souhaitable qui soit¹². Mais le danger du gouvernement des juges demeure. C'est au processus démocratique et aux valeurs communautaires qu'ils devraient accorder leur première attention.

*
* *

Le livre est stimulant, nuancé, progressiste, sainement provocateur. Il suscite néanmoins des désaccords, qu'on classera par commodité en deux catégories.

La première a trait à la distinction entre le phénomène politique et le phénomène juridique, entre la décision politique et la décision judiciaire. On parle tant de la nécessité d'une jurisprudence politique, aux États-Unis et au Canada anglais par ricochet, qu'il vaut la peine de s'attarder à la question.

La langue française peut envier la langue anglaise d'avoir deux mots, *politics* et *policy*, pour désigner ce qu'elle ne nomme que par un seul : le *politique*. Mais qu'on entende politique au sens fort (*politics*) ou au sens adouci d'approche fonctionnelle (*policy*), on ne fera croire à personne que le juge dispose de la liberté, de l'éventail de choix ouvert au législateur, si vague puisse être la norme constitutionnelle l'autorisant à invalider un texte de loi. Que les juges légifèrent, soit. Mais ils ne le font absolument pas de la même façon que les parlements.

De cela, Patrick Monahan ne disconvient assurément pas. Mais on s'étonne que, pourtant si désireux de ce que la Cour assume un rôle politique, il se scandalise quand celle-ci décide que le Sénat a trop d'importance pour les provinces pour qu'on autorise son abolition ou sa réforme par une mesure fédérale unilatérale. Il chicane alors sur l'argument de texte¹³. Mais quand à l'inverse la Cour formalise davantage ses motifs, évitant par exemple d'avoir à dire si l'expérimentation des missiles de croisière en territoire canadien est une bonne ou une mauvaise chose pour ce pays, il voit en cela une jurisprudence *instrumentaliste*, qui ferme les yeux sur les vraies questions. Il faut après tout se faire une raison. Ou bien on accepte le rôle politique de la Cour, ou bien on accepte son rôle technique. L'outil

12. Il observe qu'une fois qu'il fut jugé constitutionnel, le financement des écoles confessionnelles ontariennes fut apprécié comme politiquement souhaitable. Étrange confusion entre la légalité et l'opportunité, qui montre néanmoins l'impact politique de la Constitution ! (p. 246).

13. Dans cet arrêt, précité, note 7, la Cour, faisant notamment usage d'un argument de texte, avait conclu que le Parlement fédéral ne pouvait abolir une de ses parties constitutives, à savoir le Sénat, alors que plusieurs législatures provinciales, sur la base de textes qui ne sont au fond pas différents, ont valablement aboli leur Conseil législatif.

peut-il à ce point varier en fonction du problème à résoudre et de la décision à rendre ?

Mais ne trahissons pas l'exacte pensée de l'auteur, encore qu'il ne l'expose peut-être pas assez clairement. Ce qu'il souhaite, c'est une décision judiciaire où les vrais enjeux sont exposés, comparés, soupesés les uns par rapport aux autres. Même si c'est le mot *politics* qu'il emploie le plus souvent, on le devine tenant d'une jurisprudence fonctionnelle.

Fort bien. Mais on aurait aimé qu'il la définisse de façon plus précise, à l'aide d'exemples illustrant la fécondité de l'approche fonctionnelle et sans se limiter à citer des arrêts et à regretter qu'ils n'en aient pas fait usage.

Revenons à l'arrêt sur le rapatriement¹⁴, dont l'auteur, comme on l'a vu, a dit qu'il était « an incoherent and internally contradictory jumble of assertions rather than a reasoned argument ». Mais qui dans le monde entier pourra jamais dire si le gouvernement Trudeau eut tort ou raison de vouloir rapatrier unilatéralement la Constitution ? Car la question est essentiellement politique, et une véritable question politique en est une qu'il n'est pas possible de solutionner rationnellement ; c'est une question insoluble selon les stricts canons de la raison. Dès lors, non seulement n'est-il pas souhaitable que pour résoudre une question de ce genre la Cour emprunte la voie politique (au sens de *politics* ou de *policy*), mais il est même impossible qu'elle le fasse, et plus encore qu'elle dise qu'elle le fait.

Il paraît au fond assez paradoxal que l'auteur préconise d'un côté un

contrôle judiciaire axé sur les façons de faire, les processus, plutôt que les contenus, alors que de l'autre il reproche à la Cour de s'en tenir à l'adéquation du moyen à la fin, plutôt que de remettre en question la fin elle-même. Car dans les deux cas l'objectif est strictement le même, soit de décider en fonction d'un principe ou d'une forme, plutôt que d'un explicite jugement de valeur. Il y a là quelque chose d'inhérent au droit et au pouvoir judiciaire, qui n'a pas la légitimité nécessaire pour imposer ses jugements de valeur.

Et il ne faudrait pas penser que forme est nécessairement synonyme de formalisme. Reprenons l'arrêt *Oakes*, que l'auteur critique sévèrement. On s'y demande si une présomption statutaire selon laquelle tout possesseur de stupéfiants est présumé avoir eu l'intention d'en faire le commerce peut, si elle enfreint le droit d'être présumé innocent, être rachetée par l'article 1 de la Charte, et, pour ce faire, si elle est raisonnable et si elle est un moyen rationnellement adapté au but qu'elle poursuit. La Cour décide que non, parce qu'elle conclut qu'il est déraisonnable de déduire dans tous les cas d'une simple possession une intention de commercer. Qu'y a-t-il en cela de problématique et pourquoi la Cour aurait-elle dû, pour résoudre le problème, mener une immense enquête sur l'usage des stupéfiants au Canada et sur les divers moyens de lutter contre lui ?

Certes, et l'auteur ne manque pas de le souligner, il est des cas où l'analyse moyen-fin n'est qu'un trompe-l'œil. Prenons l'exemple d'une loi octroyant une pension aux veuves ayant

14. Précité, note 8.

charge d'enfants. Un tribunal la juge contraire au principe d'égalité, et pour justifier cette conclusion allègue que le fait de ne pensionner que les veuves et pas les veufs, est un moyen mal adapté à l'objectif recherché, soit de soutenir les familles, qu'elles soient dirigées par des femmes ou par des hommes. Mais cet objectif est inventé par le pouvoir judiciaire. Celui du législateur était de ne pensionner que les femmes pour les garder au foyer. Le moyen était donc bien adapté à l'objectif poursuivi, et le fait que le juge prétende le contraire n'est qu'un paravent, derrière lequel il se cache pour ne pas avoir à dire qu'il censure l'objectif politique poursuivi¹⁵. Mais l'affaire *Oakes* n'est pas un cas de ce genre. L'auteur de ce livre choisit souvent mal ses exemples. Plus encore, le fait que cinq chapitres de l'ouvrage — il le mentionne en préface — soient tirés d'articles antérieurement publiés enlève de l'unité au tout et engendre peut-être même quelques contradictions, et ce en dépit du fait que de fréquents rapports soient faits entre les divers chapitres.

Cela dit, il est clair que la Cour, en particulier au chapitre du partage des compétences, aurait intérêt à analyser davantage les questions en termes fonctionnels et à se demander quel est l'ordre de gouvernement le mieux apte à adopter une mesure législative donnée. Encore que, si fécond soit-il, un tel mode d'analyse trouve vite ses limites, pour au moins deux raisons. D'abord il risque, au sein d'une société comme la nôtre, de permettre au pouvoir central de tout faire, à cause des avantages de l'uniformité. Telle est

exactement la situation aux États-Unis, où le fédéralisme n'oppose en pratique à peu près plus de limite au pouvoir du Congrès. Ce peut être acceptable chez nos voisins, ce le serait beaucoup moins pour un pays comme le Canada. La seconde raison, plus technique, tient au fait qu'en matière de partage des compétences, la Constitution canadienne est fort différente de la Constitution américaine. Comparativement à cette dernière, où presque tout débat s'articule autour de la clause de commerce, la nôtre comporte des compétences plus nombreuses, plus fractionnées et souvent plus abstraites. La Cour n'est pas maîtresse de cela et elle n'est pas libre d'en faire abstraction. Confrontée à une loi fédérale clairement civile, l'imaginerait-on concluant qu'elle est valide, malgré l'article 92(13), parce qu'une soigneuse analyse des coûts et bénéfices indiquerait que l'autorité centrale est la mieux placée pour décider du bien commun en ce domaine? Certaines compétences, sur le commerce par exemple, se prêtent mieux que d'autres à l'analyse fonctionnelle. C'est un des motifs du succès de cette dernière aux États-Unis. Des contraintes aussi prosaïques que des différences de textes, pour ne pas parler des autres, rendent ici son usage plus difficile.

Disons qu'il y a comme abus de langage à toujours parler de la fonction politique de la Cour. Car le fait qu'elle opère des choix de valeurs ne doit pas faire oublier que c'est à l'intérieur de balises assez étroites. En tout cas il est peu réaliste de lui demander à cet égard de passer aux aveux!

15. L'exemple, cité par l'auteur (pp. 70-71), est tiré d'un arrêt de la Cour suprême des États-Unis.

Un second désaccord avec la pensée de l'auteur concerne l'impact, qu'il estime, on l'a vu, minime, des décisions de la Cour en matière de partage des compétences sur l'élaboration des politiques gouvernementales. À ce chapitre, on peut toujours faire indirectement, écrit-il, ce qu'on ne peut faire directement. La thèse est brillante. On se demande simplement si son exactitude est égale à la surprise qu'elle provoque.

Pour sûr les arrêts qu'il analyse dans son développement sur la révision constitutionnelle — l'arrêt sur la réforme du Sénat¹⁶ et celui sur le rapatriement¹⁷ — illustrent fort mal son propos, dans la mesure où ils ont eu un effet très net sur le cheminement et sur le contenu de la réforme de la Constitution et où lui-même leur reproche justement d'avoir bloqué le changement. Il est vrai qu'on n'a pas tous les ans des affaires de pareille importance. Sont-ce là des exceptions qui confirment la règle ? Mais l'exemple donné par lui de la délégation de pouvoirs n'est lui-même pas très bien choisi¹⁸. Car la délégation interparlementaire et la délégation oblique ne s'équivalent absolument pas, au simple motif que ce qu'une province va accepter de déléguer à un organisme administratif fédéral, ou Ottawa à un organisme provincial, est en pratique sans commune mesure, en ampleur et en importance, avec le jeu de passe-passe qui aurait pu éventuellement

s'instaurer entre le Parlement et une législature si la Cour suprême l'avait autorisé. C'est moins conceptuellement que fonctionnellement que les deux mécanismes diffèrent. Et ils diffèrent à ce point que la délégation interparlementaire, interdite comme on le sait, avait été envisagée entre Ottawa et la Nouvelle-Écosse pour que chacun puisse éventuellement légiférer sur les questions de relations ouvrières relevant de l'autre. Or a-t-on jamais vu, depuis que la Cour a autorisé la délégation oblique, une question d'une telle ampleur et d'une telle importance en faire l'objet ? Il n'est donc pas exact de dire qu'en autorisant celle-ci et en prohibant celle-là la Cour a tout simplement permis qu'on fasse indirectement ce qu'on ne pouvait faire directement.

Rappelons aussi ces deux arrêts, rendus par la Cour à la fin des années 70 au sujet des ressources naturelles, et qui ont suscité un tel mécontentement dans l'Ouest du pays qu'une modification constitutionnelle s'ensuivit en 1982¹⁹. Jusqu'ici l'impact des décisions de la Cour sur les politiques gouvernementales est donc loin d'être minime, on en conviendra !

Certes le fait d'invalider certaines normes fédérales de qualité de produits alimentaires peut n'avoir que peu de conséquences, vu que les producteurs, pour des motifs économiques, pourront s'y soumettre quand même. Et c'est sur deux cas de ce

16. Précité, note 7.

17. Précité, note 8.

18. *Supra*, appel de note 6.

19. Comme on le sait, la *Loi constitutionnelle de 1982* a élargi les pouvoirs des provinces sur les ressources naturelles, suite notamment aux arrêts *Central Canada Potash Co. Ltd. c. Le gouvernement de la Saskatchewan*, précité, note 10 et *Canadian Industrial Gas and Oil Ltd. c. Le gouvernement de la Saskatchewan*, [1978] 2 R.C.S. 545.

genre que l'auteur axe surtout sa démonstration²⁰. Fondement un peu étroit pour une si large conclusion. Qu'on pense à la politique antimonopolistique d'Ottawa, longtemps inefficace parce que, entre autres motifs, les tribunaux lui avaient donné pour support la compétence fédérale sur le droit criminel et qu'un cadre pénal rend bien difficile d'intervenir dans ce domaine économique complexe. Qu'on pense aux nombreuses tentatives fédérales infructueuses de contrôler le commerce de l'assurance. Qu'on pense aux difficultés rencontrées par les deux ordres de gouvernement quand il s'est agi de réglementer la mise en marché des produits de la ferme. Comment peut-on soutenir, face à ces exemples, que le contrôle judiciaire de constitutionnalité a eu très peu d'impact sur l'implantation des politiques des gouvernements ?

Mais gardons-nous une fois de plus de trahir la pensée de l'auteur, faite de beaucoup de nuances et dont il peut être difficile de rendre compte. Ce qu'il suggère, et sa réflexion devient ici beaucoup plus intéressante, c'est que le fédéralisme, même s'il a souvent interdit à un gouvernement de faire à un moment telle chose de telle façon, n'a jamais vraiment empêché la réalisation d'un objectif de fond. « [T]o the extent that federalism doctrine has had an impact on Canadian public policy, the impact has been in terms of allocative efficiency rather than wealth redistribution » (p. 242). En d'autres termes, et grâce au mouvement même qui est inhérent à la vie politique, la contrainte constitutionnelle opère moins comme une barrière infranchissable que comme un obstacle,

qu'on contourne quand l'enjeu en vaut la peine, par la négociation ou en substituant un type d'intervention à un autre. Et l'exercice est à son plus haut niveau de difficulté quand l'enjeu, au lieu d'être technique et national, est politique et régional (cas du pétrole). L'analyse est ici incontestablement très fine, en tout cas bien supérieure à celle qui voit dans le fédéralisme un ensemble de compartiments étanches, favorisant l'immobilisme et la grande entreprise !

Il est clair qu'avec l'avènement de la Charte le contrôle judiciaire de constitutionnalité au Canada aura de plus en plus besoin de justifications philosophiques. À ce titre, le développement que l'auteur consacre à la démocratie et aux valeurs communautaires comme principes ou guides de ce contrôle vient à point nommé. C'est contre un éventuel activisme judiciaire d'orientation conservatrice que l'auteur semble être surtout en garde, d'où son souci de faire prédominer la volonté politique et de rendre le pouvoir judiciaire gardien des processus plutôt que juge des contenus. Cette distinction, d'inspiration américaine, nous exempterait d'interventions judiciaires faisant obstacle à diverses mesures économiques et sociales. Fort bien. Mais le risque à cet égard est-il vraiment si grand ? Le véritable problème n'est-il pas plutôt de savoir jusqu'à quel point et de quelle façon la Cour devrait contrôler le champ, immense et complexe, des processus, dont l'égalité et les libertés font après tout partie ? Peut-être un peu naïvement d'ailleurs, l'auteur tente de réduire les différences entre l'intérêt individuel et celui de l'État,

20. *Les Brasseries Labatt du Canada Limitée c. Procureur général du Canada*, précité, note 11 ; *Les Supermarchés Dominion Limitée c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 844.

en posant que le domaine privé existe parce que le domaine public le veut bien (pp. 248 à 253). Mais les conflits entre l'individu et la collectivité, ou encore entre le groupe et les sous-groupes, vont demeurer. Comment la Cour va-t-elle les résoudre ? Faire en sorte que ne se répète pas au Canada l'épisode judiciaire américain du *New Deal* est loin de résoudre l'ensemble de la question.

Quant au contrôle judiciaire découlant du fédéralisme, gardons-nous d'en minimiser l'importance. Il y a une vingtaine d'années, l'auteur nous le rappelle, certains analystes avaient prévu son déclin, vu le fait que les grands champs d'intervention gouvernementale devenaient de plus en plus de responsabilité conjointe. Il n'allait plus servir à rien, selon eux, d'engager des litiges ; les conflits allaient se résoudre dans l'arène politique. Ils ont eu tort. La crise du pétrole et la crise constitutionnelle, pour ne prendre que ces deux exemples, furent l'objet d'importants débats judiciaires.

En cette matière comme en toute autre, il est bien difficile de pronostiquer.

On peut faire toutes les hypothèses possibles sur ce que seront les grands problèmes des 25 prochaines années et sur le mode de solution le mieux approprié aux conflits judiciaires qu'ils vont engendrer. D'aucuns disent que le contentieux fondé sur la Charte va réduire à son minimum celui fondé sur le partage des compétences. Cela semble une vue de l'esprit²¹, comme si la vie politique n'était qu'un ensemble de vases communicants, à contenu fixe. N'est-il pas plus probable que cette *judiciarisation* accrue des conflits, provoquée par la Charte, va tout simplement se répercuter aussi sur le contentieux fédéral ?

Envahissant droit constitutionnel, entendons-nous assez souvent dire ces présentes années. La remarque n'a rien d'inexact et il se peut que le phénomène soit non seulement de nature à durer mais à s'amplifier. D'où l'importance d'y beaucoup réfléchir et de proposer en la matière des orientations fondamentales sans lesquelles un tel développement peut aller dans tous les sens et par conséquent nulle part. C'est ce qu'a tenté, avec succès, l'ouvrage de Patrick Monahan.

21. Voir sur ce point notre étude « Le fédéralisme gagne-t-il sa cause devant la Cour suprême d'aujourd'hui ? », dans GÉRALD-A. BEAUDOIN (dir.), *La Cour suprême du Canada, Actes de la Conférence d'octobre 1985*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1986, p. 35, aux pages 37 à 42.