
BOOK REVIEWS

CHRONIQUE BIBLIOGRAPHIQUE

Peter W. Hogg. *Constitutional Law of Canada*, 2e ed. Toronto: Carswell, 1985. Pp. 1xxv, 988 [95 \$]. Commenté par François Chevette.*

En 1977 le professeur Peter W. Hogg, de la Faculté de droit d'Osgoode Hall, publiait l'ouvrage *Constitutional Law of Canada*.¹ Ce dernier reçut un excellent accueil de la part de la communauté juridique canadienne. Étudiants, professeurs, avocats et juges, y compris ceux des plus hauts tribunaux, le connaissent, l'utilisent et y font fréquemment référence. On est incontestablement en présence d'un ouvrage classique de droit constitutionnel canadien.

Le succès tint à plusieurs facteurs. D'abord il s'agissait d'un précis ou traité élémentaire, plus accessible que le *casebook*, d'autant qu'il était écrit dans une langue simple et claire, suivant un mode de présentation accessible et cohérent. L'ouvrage avait aussi le mérite de couvrir à peu près l'ensemble du droit constitutionnel canadien, à un niveau d'approfondissement d'un bel équilibre puisque, sans jamais donner dans la superficialité, les développements ne rejoignaient quand même pas ceux du traité approfondi et formaient plutôt un livre d'un format commode, d'environ 500 pages. Enfin l'ouvrage, d'excellente qualité, était celui d'un très bon juriste et d'un très bon professeur. « Quite simply, it is first class », écrivait à son sujet le professeur W.R. Lederman.²

La deuxième édition de *Constitutional Law of Canada*, publiée en 1985, est conçue selon le même plan que l'édition antérieure. Une première partie est consacrée aux concepts fondamentaux, une seconde au partage des compétences, et une troisième aux libertés publiques. Mais chaque partie a fait l'objet d'importants ajouts et de certains remaniements, la plus substantiellement touchée étant la troisième puisque l'auteur y a inséré en particulier une analyse de la *Charte canadienne des droits et libertés*.³

*Doyen, Faculté de droit, Université de Montréal.

¹P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1977.

²W.R. Lederman, *Compte rendu* (1978) 56 R. du B. can. 541 à la p. 545.

³Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après *Charte*].

Faut-il redire combien nous n'avons pas à regretter cette époque où nos ouvrages de droit constitutionnel se limitaient à l'étude du partage des compétences entre Ottawa et les provinces! À ce titre, le professeur Hogg a eu raison de conserver et d'enrichir la première partie de son livre sur les principes fondamentaux. Il y a ajouté trois chapitres nouveaux, sur la réception du droit anglais (c. 2), sur l'amendement constitutionnel (c. 4) et sur la Cour suprême (c. 8). Les développements constitutionnels de 1982 l'ont évidemment obligé à compléter le chapitre sur les sources (c. 1), où l'on retrouve un développement sur la *Loi constitutionnelle de 1982*⁴ et une analyse plus approfondie des conventions de la constitution. Le chapitre sur la Couronne (c. 10) s'enrichit d'un développement sur les agents et les privilèges de la Couronne, et, celui sur l'extra-territorialité (c. 13), d'un développement sur le droit international privé. Et comme si l'auteur avait été sensible à une remarque formulée naguère sur le manque de vision historique de son premier livre,⁵ il traite dans celui-ci, on l'a dit, de la réception du droit anglais et replace ses développements sur le gouvernement responsable (c. 9) et sur la formule d'amendement dans une perspective historique.

Dans la seconde partie de l'ouvrage, portant sur le partage des compétences, on remarque l'ajout de trois nouveaux chapitres, sur le contrôle judiciaire de constitutionnalité (c. 15), sur le principe de la prépondérance fédérale (c. 16) et sur les ressources naturelles (c. 26). À la vérité, les deux premiers se retrouvaient dans l'édition précédente, mais dans sa première partie, et il paraît logique de les avoir ainsi déplacés en début de deuxième partie puisqu'ils traitent de questions relatives au partage des compétences. Le chapitre sur le contrôle judiciaire est augmenté d'un développement sur les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité, l'analyse de la clause « paix, ordre et bon gouvernement » (c. 17) est reprise et améliorée, l'examen de la compétence fédérale sur le droit criminel (c. 18) fait maintenant une meilleure place aux questions de procédure, de preuve, de peine et d'organisation pénitencière et policière; et en traitant non plus seulement de la compétence fédérale sur les Indiens et terres indiennes mais plus largement des peuples autochtones (c. 24), l'auteur englobe dans son analyse, au-delà du seul partage des compétences, les droits des autochtones ainsi que les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982* relatives à ceux-ci.

Comme on l'a noté plus haut, c'est la troisième partie de l'ouvrage, ayant pour thème les libertés publiques, qui se trouve la plus renouvelée. Dans l'édition antérieure, elle comportait deux chapitres, l'un général et

⁴Constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

⁵D. Gibson, *Compte rendu* (1978) 56 R. du B. Can. 533 à la p. 539.

l'autre sur la *Déclaration canadienne des droits*.⁶ Elle en comporte aujourd'hui dix, sur la notion générale de liberté publique (c. 28), sur la *Déclaration canadienne des droits* (c. 29), sur l'économie générale de la *Charte* (c. 30), sur la liberté d'expression (c. 31), sur les droits démocratiques (c. 32), sur la liberté de circulation et d'établissement (c. 33), sur les droits linguistiques (c. 36), enfin sur les droits scolaires (c. 37). On voit donc que, même si c'est surtout la *Charte* qui fait l'objet de cette troisième partie, des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* — en particulier les articles 93 et 133, peu analysés dans la première édition — y sont aussi traitées, de même que les garanties de la *Déclaration canadienne des droits*.

À mon sens ce livre — et cela s'applique aussi à sa première édition — tient sa force de la capacité de son auteur d'aborder des questions vastes et complexes, d'en dégager l'essentiel et de synthétiser le tout en quelques concepts à la fois simples et profonds, qui font comprendre et qui font réfléchir. Le lecteur peut ne pas toujours partager les opinions et les solutions avancées, mais celles-ci sont toujours sensées, réalistes et exemptes de dogmatisme et d'extravagance. À simple titre d'exemples, l'auteur juge absurde que la théorie des pouvoirs accessoires (*ancillary powers*), si elle existe, ne bénéficie qu'au Parlement fédéral et non aux assemblées législatives provinciales;⁸ en rapport avec l'article 1 de la *Charte*, il rejette, parce que confuse et inutile, la distinction entre la *négation* d'un droit et la *restriction* à un droit, cette dernière seule, aux dires des tenants de cette distinction, pouvant être validée par l'article en question;⁹ selon lui une dérogation à la *Charte* adoptée sous l'autorité de son article 33 n'a pas à être justifiée comme raisonnable en vertu de l'article 1;¹⁰ l'interprétation qu'il retient du mystérieux article 28 de la *Charte* sur l'égalité des sexes est au fond la plus simple et la plus vraisemblable.¹¹ Sur tous ces points où d'autres auteurs avaient parfois soumis des analyses complexes et tortueuses, les siennes sont empreintes de simplicité et de rigueur.

Je classe parmi les meilleurs chapitres ceux sur la délégation, sur le contrôle de constitutionnalité, sur la clause « paix, ordre et bon gouvernement », sur les compagnies (c. 22) et sur l'économie générale de la *Charte*. Certains autres, celui sur les ressources par exemple (c. 26), sont trop descriptifs, et si peu de chapitres de la troisième partie me semblent se classer parmi les meilleurs, cela tient sans doute moins à l'auteur qu'à l'état d'imprécision d'un droit nouveau, dont l'analyse se fait par un délicat dosage

⁶*Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44, reproduite dans S.R.C. 1970, app. III. 7(R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3.

⁸P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1985 à la p. 336.

⁹*Ibid.* aux pp. 682-84.

¹⁰*Ibid.* à la p. 691.

¹¹*Ibid.* aux pp. 801-02.

des balbutiements de la jurisprudence et des opinions du commentateur. Mais dans la troisième partie comme dans les deux autres, les qualités de ce dernier transparaissent, et on se contentera de souligner à cet égard l'utilisation intelligente et nuancée qu'il sait faire de la jurisprudence étrangère, américaine en particulier.¹²

Il m'est par contre apparu quelques faiblesses dans l'ouvrage.

Dans ses analyses de l'article 52 de la *Charte*¹³ l'auteur ne paraît pas avoir perçu l'utilité de la distinction entre l'invalidité et l'inopérabilité d'une loi.¹⁴

Dans le développement sur le caractère exhaustif du partage des compétences,¹⁵ on suggère que toute loi, quelle qu'elle soit, relève en général soit de l'un ou de l'autre niveau de gouvernement. Il faudrait s'arrêter davantage aux exceptions à cette prétendue règle générale. Et il faudrait s'interroger aussi sur le point de savoir si toute loi provinciale ayant une portée extra-territoriale est de compétence fédérale.¹⁶

Dans l'analyse du fameux *Renvoi relatif à la résolution pour modifier la Constitution*, il est dit d'abord que la Cour aurait dû refuser de statuer sur la compatibilité de la démarche fédérale avec les conventions de la constitution¹⁷ et que son jugement sur ce point était vague et insatisfaisant.¹⁸ Personne ne niera à l'auteur le droit de le penser, de le dire et de l'écrire. Mais il ne paraît pas approprié d'ouvrir, en si peu de mots, de telles boîtes de Pandore dans le cadre d'un ouvrage où l'on n'a pas le loisir d'examiner la question plus à fond.

C'est un souci louable d'avoir, dans un livre de ce genre, un chapitre sur une compétence aussi importante que la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils (c. 20). L'ennui est qu'à la limite on peut tout y mettre, ou presque! L'auteur a jugé bon d'y traiter de la mise en marché,¹⁹ qu'il serait préférable d'intégrer au chapitre sur le commerce (c. 19). Pareille division, jointe à l'ajout d'un chapitre nouveau sur les ressources, rend le livre de consultation difficile sur les problèmes de commercialisation des

¹²*Ibid.* à la p. 796.

¹³*Ibid.* aux pp. 6-8 et 693.

¹⁴Voir l'étude de P.-A. Côté, « La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés » (1984) 18 R.J.T. 107.

¹⁵Hogg, *supra*, note 8 aux pp. 339-40.

¹⁶C'est ce que le juge Pigeon paraît suggérer dans *Interprovincial Cooperatives Ltd c. R.* (1975), [1976] 1 R.C.S. 477, [1975] 5 W.W.R. 382.

¹⁷Hogg, *supra*, note 8 aux pp. 16-17.

¹⁸*Ibid.* à la p. 54.

¹⁹*Ibid.* aux pp. 467-73.

ressources, et le traitement donné à la modification constitutionnelle adoptée en la matière en 1982²⁰ ne me paraît pas à la hauteur de la majorité des analyses de ce livre. On aurait aimé que le bel exercice doctrinal auquel l'auteur se livre dans ses meilleurs chapitres se retrouve à propos des compétences sur le commerce et les ressources. Ce n'est pas le cas, et on a l'impression d'être, par rapport à la précédente édition, en présence de quelques ajouts descriptifs.

Même s'il ne s'agit que d'une question terminologique, je note qu'il me semble curieux de désigner du nom d'« immunité inter-juridictionnelle » des problèmes d'application des lois provinciales aux entreprises fédérales,²¹ alors que l'expression conviendrait si bien pour coiffer le problème de l'application des lois provinciales à la Couronne fédérale et des lois fédérales à la Couronne provinciale.²² D'ailleurs, au chapitre de la taxation (c. 27), l'expression « taxation inter-juridictionnelle » ne désigne-t-elle pas l'impôt qu'un ordre de gouvernement tente de prélever de l'autre et de ses officiers?²³

La concision est une qualité dont on peut parfois abuser. C'est ce qui se produit lorsqu'on consacre une dizaine de lignes à l'article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, article qu'à bon droit l'auteur a choisi d'analyser au chapitre de la liberté de circulation et d'établissement.²⁴ C'est ce qui se produit aussi lorsqu'en quelques lignes l'auteur suggère que la qualification d'une loi au regard du partage des compétences s'opère en fonction du but de celle-ci, alors que la qualification d'une loi au regard de la *Charte* s'opère en fonction de son effet.²⁵ Idée majeure, dont il aurait fallu pousser l'analyse un peu plus loin!

Voilà selon moi quelques carences et faiblesses de l'ouvrage, qui certes n'empêchent pas de le qualifier d'excellent. L'ouvrage contient un bon index des arrêts, un bon index thématique ainsi que la reproduction des principaux textes constitutionnels canadiens et de certains textes étrangers et internationaux. Et la qualité des notes infrapaginales mérite une mention particulière.

Il serait bien injuste de prétendre que ce livre se limite au seul contenu constitutionnel, à ce qu'on pourrait appeler de façon d'ailleurs inadéquate le droit constitutionnel de l'avocat! Le régime parlementaire (c. 9) et les ententes financières fédérales-provinciales (c. 6) y sont examinées, de même que les questions de statut particulier, de sécession (c. 5) et de philosophie du contrôle judiciaire (c. 5 et 30). Il serait probablement excessif

²⁰*Ibid.* aux pp. 473, 597 et 611-12.

²¹*Ibid.* aux pp. 329-32.

²²*Ibid.* aux pp. 236-40.

²³*Ibid.* aux pp. 619-20.

²⁴*Ibid.* à la p. 736.

²⁵*Ibid.* aux pp. 660-61.

d'en demander plus pour l'instant. Mais comme le succès du livre nous assure que d'autres éditions viendront on peut souhaiter que celles-ci comportent des développements sur le droit parlementaire ainsi que sur l'évolution du fédéralisme canadien, les crises qu'il a subies, les projets de réforme dont il a été l'objet. À cet égard et en l'état actuel des choses, la remarque déjà formulée²⁶ à l'effet que l'ouvrage manque de vision historique n'est pas encore dépourvue de fondement.

²⁶Gibson, *supra*, note 5.