

EL PAPER DEL TRIBUNAL SUPREM EN L'EVOLUCIÓ DE LA FEDERACIÓ CANADENCA: QUIN EQUILIBRI DE PODERS?

Eugénie Brouillet*

Sumari

1. Introducció
2. Observacions introductòries sobre el Tribunal Suprem de Canadà com a àrbitre últim dels conflictes federals
3. Els conceptes i principis subjacents a la jurisprudència federativa del Tribunal Suprem de Canadà
 - 3.1 El principi federatiu i l'equilibri de poders
 - 3.2 El principi d'exclusivitat i el federalisme cooperatiu
 - 3.3 L'hegemonia de l'enfocament evolutiu
4. La repatriació del poder constituent i la secessió del Quebec
 - 4.1 La repatriació del poder constituent
 - 4.2 La qüestió de la secessió del Quebec
5. Conclusió

* Eugénie Brouillet, professora *agrégée* de dret constitucional a la Facultat de dret de la Universitat Laval, pavillon Charles-De Koninck, bur 5137B, Québec, Eugenie.Brouillet@fd.ulaval.ca Article rebut el 01.06.2011. Avaluació cega: 28.06.2011. Data d'acceptació de la versió final: 04.07.2011.

1. Introducció

Des de la dècada de 1990, assistim, arreu del món, a una revifalla de l'interès pel federalisme com a principi d'organització de l'Estat. El fenomen de la integració en el pla internacional provoca un esclat de les identitats culturals nacionals i una intensificació de la seva afirmació. Ara bé, el principi federal crea una estructura política i jurídica que pot servir per proporcionar les eines necessàries per a l'expressió de les identitats nacionals arrelades dins d'una mateixa comunitat estatal i alhora li permet traduir al pla polític la seva aspiració cultural col·lectiva. Estan sorgint noves federacions (Bèlgica, Sud-àfrica). Es conceben nous sistemes de govern de tipus federal (Espanya, Itàlia i Regne Unit). La idea federativa serveix de font d'inspiració per a la creació de conjunts supranacionals que adopten alguns elements institucionals (Unió Europea). Aquesta observació, encoratjadora pel futur del principi federal, va acompanyada d'una altra més inquietant: actualment, les forces del federalisme es veuen amenaçades per forces unitàries.¹ Diversos factors socioeconòmics acostumen a afavorir indègudament les forces que tendeixen a la unió, és a dir, a la centralització de poders en els Estats federals. Aquesta tendència té un impacte significatiu sobre el futur del federalisme en general, i sobre la supervivència i el desenvolupament de les nacions subestatal en particular.

Cal remarcar, en el si de les federacions contemporànies, una certa tendència a la centralització de poders resultant de l'aplicació de les normes legals sobre la divisió de poders entre els nivells de govern.² Aquesta tendència és característica de les societats democràtiques. Segons Tocqueville: "La intel·ligència dels pobles democràtics rep amb alegria les idees simples i generals. Els sistemes complicats la rebutgen i a ella li agrada imaginar una gran nació en la qual tots els ciutadans segueixen un únic model i són dirigits per un sol poder"³. Hi ha, doncs, una "tendència natural de tota societat organitzada a reforçar el seu centre"⁴. Aquesta tendència a la centralització progressiva del poder i a l'uniformització normativa planteja qüestions fonamentals en context

¹ GAGNON, Alain-G., "The Political Uses of Federalism", a ROCHER, François, SMITH, Miriam (eds.), *New Trends in Canadian Federalism*, Peterborough, Broadview Press, 1995, p. 23.

² ORBAN, Edmond, *La dynamique de la centralisation dans l'État fédéral: un processus irréversible?*, Montréal, Québec/Amérique, 1984; BZDERA, André, "Comparative Analysis of Federal High Courts: A Political Theory of Judicial Review", (1993) 1 *Canadian Journal of Political Science* 26.

³ TOCQUEVILLE, Alexis, *De la démocratie en Amérique*, Volum II, París, Gallimard, 1961, p. 397.

⁴ DELCAMP, Alain, «Principe de subsidiarité et décentralisation», (1993) 23 *Revue française de droit constitutionnel* 609, p. 616.

federal. En els plans teòrics i normatius, el principi federal implica un equilibri entre les forces que tendeixen a la diversitat i les que creixen cap a la unitat, per tant, un equilibri en l'exercici dels poders legislatius devoluts als nivells de govern federal i federat. Aquests poders són, de fet, la primera manifestació, en el pla jurídic, dels desitjos d'unitat i de diversitat.

Canadà no és una excepció a aquesta tendència cap a la concentració de poders. El 1949, l'abolició de les apel·lacions al Comitè Judicial del Consell Privat de Londres consagrava al Tribunal Suprem de Canadà com a últim tribunal d'apel·lació en tota matèria.⁵ A partir d'aquest moment, la interpretació federativa del Comitè Judicial preocupada en preservar un equilibri entre els poders respectius dels dos nivells de govern, protegint l'autonomia dels parlaments federal i provincials en l'exercici de les seves competències, va anar donant pas a una interpretació centralitzadora dels poders⁶, creant així un desequilibri federatiu. Els raonaments del Tribunal Suprem pel que fa al repartiment de competències legislatives cada vegada estan més motivades per consideracions relatives a l'eficiència en detriment de la diversitat.⁷

El propòsit d'aquest article és exposar el paper fonamental que exerceix el Tribunal Suprem de Canadà en l'evolució del règim federal canadenc. Més particularment, analitzarem l'efecte de la seva jurisprudència constitucional sobre l'equilibri dels poders en el si de la federació. Després de fer esment, en una breu primera part, d'algunes consideracions generals relatives al Tribunal Suprem de Canadà com a àrbitre últim dels conflictes federals (I), parlarem dels efectes de les seves intervencions en el control de constitucionalitat de les lleis federals i provincials basat en les normes sobre el repartiment de competències (II). Veurem que, gràcies a un afebliment del valor normatiu del principi del federalisme (1), a l'adopció d'un concepte anomenat cooperatiu del repartiment de competències (2) i a l'hegemonia de l'enfocament interpretatiu evolutiu (3), el Tribunal Suprem ha infós una via d'evolució centralitzadora a la federació

⁵ *Esmena a la Llei del Tribunal Suprem*, S.C. 1949, c. 37.

⁶ BROUILLET, Eugénie, *La négation de la nation. L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Québec, Les Éditions du Septentrion, collection Cahiers des Amériques, 2005, p. 255-322.

⁷ En aquesta lògica funcionalista subjacent a l'aplicació del repartiment de competències legislatives al Canadà, vegeu: LECLAIR, Jean, « The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism : Efficiency at the Expense of Diversity », (2003) 28 *Queen's Law Journal* 411; BROUILLET, Eugénie, *supra* nota 6, p. 319-322; LOUNGNARATH, Vilaysoun, « Le rôle du pouvoir judiciaire dans la structuration politico-juridique de la fédération canadienne », (1997) 57 *R. du B.* 1103; OTIS, Ghislain, « La justice constitutionnelle au Canada à l'approche de l'an 2000 : uniformisation ou construction plurielle du droit? », (1995-96) 27 *Ottawa Law Review* 261; BRUN, Henri, « L'évolution récente de quelques principes généraux

canadenca. A la tercera part, ens centrarem en els efectes de la seva jurisprudència en els casos relatius als aspectes fonamentals de la vida de la federació (III). Analitzarem les sentències dictades pel Tribunal en el marc de les consultes d'opinió en dos períodes crítics de la història constitucional canadenca, la repatriació del poder constituent al Canadà (1) i la possible secessió del Quebec (2).

2. Observacions introductòries sobre el Tribunal Suprem de Canadà com a àrbitre últim dels conflictes federals

Els Estats federals disposen generalment d'una instància jurisdiccional que garanteix la resolució dels conflictes federals i, en particular, que s'assegura que les normes relatives al repartiment de competències es respecten de manera adequada.⁸ De segur que això es deu al principi d'autonomia de cada nivell de govern en la seva jurisdicció, la qual cosa implica que cap d'ells pot no modificar ni canviar les regles del joc al seu favor. Quan parlem de "conflictes federals", ens referim als conflictes pel repartiment de les competències legislatives, així com aquells que es refereixen als aspectes fonamentals de l'estructura federativa de l'Estat, per exemple, els procediments de modificacions constitucionals, l'estatut jurídic de les entitats federal i federades, el territori d'aquestes últimes, o la seva possible secessió.

En l'exercici de la seva funció d'arbitratge, el Tribunal Constitucional⁹ està cridat a interpretar i a aplicar el pacte federatiu originari.¹⁰ A més, ha d'adaptar aquestes normes en funció de l'evolució de les condicions socials. En aquest cas, el Tribunal ha d'intentar mantenir un equilibri entre les competències respectives de cada nivell de govern (equilibri federal/federat), i en el context multinacional, entre majories i minories nacionals. En una federació en la qual hi ha un col·lectiu nacional minoritari, el respecte

régissant le partage des compétences entre le fédéral et les provinces », a *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*, Québec, Service de la formation du Barreau du Québec, 1992.

⁸ AUBERT, Jean-François, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel, Éditions Ides et Calendes, 1967, p. 242.

⁹ Aquí utilitzarem la locució "Tribunals Constitucionals" per designar a la vegada els tribunals especialitzats en matèria constitucional i els últims tribunals d'apel·lació en aquesta matèria (Tribunals Supremes).

¹⁰ La noció de pacte és el "principi constitutiu" de tot règim federatiu: GREBER, Anton, *Die vorpositiven Grundlagen des Bundesstaates*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2000, p. 69, citat a BEAUD, Olivier, «Du nouveau sur l'État fédéral», (2002) 42 *Droits* 229, p. 235. El professor François Rocher recorda "[...] que al principi, el terme llatí *foedus* significava unió, pacte, acord voluntari o *covenant*. [...] A la base de l'associació [federativa] es troba per tant el principi del consentiment mutu, de cooperació, de col·laboració amb la finalitat de crear un marc comú preservant la integritat de les parts constituents": ROCHER, François, «La dynamique Québec-Canada ou le refus de l'idéal fédéral», a GAGNON, Alain-G. (dir.), *Le*

de la naturalesa federativa de l'estructura constitucional és de vital importància, ja que li permet traduir, en els plans polític i jurídic, la seva aspiració cultural col·lectiva. Per tant, quan coexisteixen nacionalismes majoritaris i minoritari(s) dins d'una mateixa federació, es planteja la qüestió de l'equilibri federal/federat amb una particular agudesia.

La *Llei constitucional de 1867*¹¹, amb la qual es va crear la federació canadenca, ha hagut d'evolucionar al llarg dels segles. En la història de Canadà, s'han realitzat molt poques modificacions formals als textos constitucionals. Aquest fet es deu, d'una banda, a la rigidesa dels principals procediments de modificació en ells mateixos¹² i, d'altra banda, al desenvolupament de visions concurrents del futur de la federació canadenca entre els quebequesos i els altres canadencs. En general, els canadencs de fora del Quebec estan més a favor d'una evolució centralitzadora de la federació canadenca i de la simetria en termes dels poders legislatius provincials, mentre que el quebequesos, en general estan més a favor d'una major descentralització de poders i a la instauració d'un federalisme asimètric (és a dir, exercir poders legislatius que, per les altres províncies, podrien ser exercits pel Parlament federal)¹³. Aquest profund desacord en el camí de l'evolució que hauria d'adoptar la federació canadenca explica especialment el fracàs dels dos últims intents de modificacions constitucionals¹⁴ i l'absència de noves propostes, en aquest sentit, en el si dels partits polítics federals actuals.

Així, la gran dificultat experimentada pel constituent canadenc per modificar de manera formal la Constitució ha fet de la jurisprudència constitucional el mètode d'evolució privilegiat del règim. Per tant, incumbeix essencialment als tribunals, i en última instància al Tribunal Suprem, la complexa tasca d'adaptar gradualment els textos constitucionals a les noves condicions socials. Aquesta evolució, menys fàcilment perceptible i menys espectacular que una modificació constitucional formal, és tanmateix crucial. No existeix, per així dir-ho, *statu quo* en matèria constitucional. Per

fédéralisme canadien contemporain: fondements, traditions, institutions, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 93, a la p. 102.

¹¹ *Llei constitucional de 1867*, LRC 1985, ap. II, no. 5.

¹² La gran majoria de modificacions constitucionals requereixen ja sigui el consentiment unànim de les assemblees legislatives federals i provincials, o el del Parlament federal i de les assemblees legislatives de set províncies la població de les quals representa el cinquanta per cent (50%) de la població canadenca: *Llei constitucional de 1982*, LRC 1985, ap. II, no. 44, part V, art. 38, 41 i 42.

¹³ QUÉBEC, *Positions du Québec dans les domaines constitutionnel et intergouvernemental de 1936 à mars 2001*, Ministeri del Consell executiu, Secretaria d'afers intergovernamentals canadencs, en línia: http://www.saic.gouv.qc.ca/institutionnelles_constitutionnelles/positions_1936-2001.htm. [d'ara endavant citat *Positions du Québec*].

tant, el manteniment de l'equilibri federatiu i la protecció de l'autonomia de les províncies depenen especialment de la interpretació constitucional del Tribunal Suprem.

El Tribunal Suprem de Canadà va ser creat el 1875¹⁵ pel Parlament Federal, de conformitat amb l'article 101 de la *Llei Constitucional de 1867*¹⁶ que li conferia expressament aquest poder. Tanmateix, fins el 1949, les seves sentències es podien apel·lar davant el Comitè Judicial del Consell Privat de Londres. No va ser fins aquest moment, que va marcar l'abolició definitiva de les apel·lacions¹⁷, que el Tribunal Suprem es va convertir en l'àrbitre últim dels conflictes federatius.

En l'exercici del seu paper com a àrbitre dels conflictes de jurisdicció entre els governs federal i provincials, el Tribunal Suprem de Canadà presenta alguns problemes pel que fa a la seva aparença de neutralitat. Els nou jutges del Tribunal són nomenats unilateralment pel govern federal, sense cap participació formal de les províncies.¹⁸ Aquesta situació té l'efecte de crear una aparença de parcialitat, ja que en alguns litigis el govern federal pot, d'alguna manera, ser percebut com a jutge en la seva pròpia causa. Aquesta manca de legitimitat institucional del Tribunal és especialment greu donat el seu paper fonamental en l'evolució del règim federatiu canadenc. A més, aquest procés unilateral de nominació no és, sens dubte, aliè als efectes centralitzadors de la seva jurisprudència federativa.

Una anàlisi de les sentències del Tribunal Suprem revela, en efecte, que l'evolució jurisprudencial de la Constitució canadenca es porta a terme de manera centralitzada.¹⁹ Dirigit per una lògica funcionalista²⁰, el Tribunal resol el litigis relatius al repartiment de

¹⁴ *Acord de Lac Meech*, 1987; *Acord de Charlottetown*, 1992.

¹⁵ *Llei sobre el Tribunal Suprem de Canadà*, L.R.C. 1985, c. S-26.

¹⁶ *Llei constitucional de 1867*, *supra* nota 11.

¹⁷ *Esmena a la Llei del Tribunal Suprem*, *supra* nota 5.

¹⁸ *Llei constitucional de 1867*, *supra* nota 11, article 101; *Llei del Tribunal suprem de Canadà*, *supra* nota 15, article 4(2).

¹⁹ Vegeu especialment: BROUILLET, Eugénie, *supra* nota 6, p. 253-323; FRÉMONT, Jacques, « La face cachée de l'évolution contemporaine du fédéralisme canadien », a BEAUDOIN, G.-A. i MAGNET, J.E. i altres, *Le fédéralisme de demain : réformes essentielles*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, p. 45; OTIS, Ghislain, « La justice constitutionnelle au Canada à l'approche de l'an 2000 : uniformisation ou construction plurielle du droit? », (1995-96) 27 *Ottawa Law Review* 261; BRUN, Henri, CHEVRIER, Marc, LABEAU, Pierre-Christian, *Évolution de la jurisprudence fédérative de la Cour suprême du Canada 1978-1990*, Secretaria d'afers intergovernamentals canadencs, Minister del Consell executiu, Québec, 1991; LYSYK, K.M., « Reshaping Canadian Federalism » (1979) *U.B.L.R.* 1; WEILER, Paul C., « The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism », (1973) 23 *University of Toronto Law Journal* 307.

²⁰ Vegeu *supra* nota 7.

competències legislatives segons un criteri d'eficiència o d'efectivitat, criteri que, segons ell, milita en favor d'una centralització de poders en mans del Parlament central.

La jurisprudència federativa del Tribunal Suprem ha anat progressivament ampliant les possibilitats pel Parlament federal d'intervenir en les àrees de competència provincial. Algunes doctrines de l'aplicació del repartiment de competències participen en aquest creixement de l'esfera federal (aquí ens referim especialment al poder d'usurpar del Parlament federal i a la norma de preponderància de les normes federals sobre les normes provincials en cas d'incompatibilitat entre elles²¹) i una interpretació ampliada de l'abast de diverses competències federals. En particular, la teoria de les dimensions nacionals permet al federal veure's atribuïda definitivament i de manera exclusiva la competència relativa a una matèria que pertany formalment a la competència legislativa exclusiva de les províncies²²; l'ampliació de l'àmbit d'aplicació de les competències legislatives federals en matèria d'intercanvi i de comerç²³, de dret penal²⁴ i de la prestació d'atur²⁵ redueix correlativament la competència de les províncies de legislar relativament a la propietat i els drets civils a la província i als assumptes locals²⁶.

No tractarem més les moltes manifestacions materials d'aquesta tendència d'evolució centralitzadora de la federació canadenca duta a terme pel màxim tribunal del país. Més aviat analitzarem les posicions teòriques i les normes que les sustenten i les innerven.

3. Els conceptes i principis subjacents a la jurisprudència federativa del Tribunal Suprem de Canadà

En aquesta segona part, destacarem el concepte recent del Tribunal Suprem en relació amb el principi del federalisme i la qüestió de l'equilibri de poders entre els nivells de govern federal i provincial (1). Després, tractarem el principi d'exclusivitat i del lloc que ocupa en les concepcions clàssiques i modernes del repartiment de competències (2).

²¹ Vegeu especialment *Kirkbi c. Gestion Ritvik Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 302 (relatiu al poder d'envair) i *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188 (relatiu a la doctrina de la preponderància federal). Per una exposició més detallada d'aquestes doctrines constitucionals, vegeu: BROUILLET, Eugénie, « The Federal Principle and the 2005 Balance of Powers in Canada », (2006) 34 *Supreme Court Law Review* (2d) 307.

²² *R. c. Crown Zellerbach Canada*, [1988] 1 R.C.S. 401.

²³ *General Motors of Canada c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Kirkbi c. Gestion Ritvik Inc.*, *supra* nota 21.

²⁴ *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213.

²⁵ *Remissió relativa a la Llei de prestació d'atur (Can.)*, art. 22 i 23, [2005] 2 R.C.S. 669 [d'ara endavant: "Remissió sobre les baixes per maternitat i paternitat"].

Finalment, direm quatre paraules sobre els efectes de l'enfocament interpretatiu evolutiu sobre l'equilibri de poders al Canadà (3).

3.1 El principi federatiu i l'equilibri de poders

L'any 1998, en la *Remissió relativa a la secessió del Quebec*, el Tribunal Suprem del Canadà va afirmar que el federalisme és un principi "inherent a l'estructura de les nostres disposicions constitucionals, l'estrella que va guiar els tribunals des del naixement de l'Estat canadenc"²⁷. Aquesta afirmació i la importància que el Tribunal va donar a aquest principi constitucional en aquesta remissió²⁸ ens han portat a preguntar-nos quin havia estat el paper del federalisme en la jurisprudència del Tribunal Suprem del Canadà des de que es va convertir en l'últim Tribunal d'apel·lació l'any 1949. Una anàlisi exhaustiva de les sentències en les quals el Tribunal hi havia recorregut explícitament ens ha permès observar que l'entusiasme manifestat pel federalisme el 1998 no es reflectia necessàriament en la seva jurisprudència federativa, és a dir, en la que fa referència al repartiment de competències legislatives entre els dos nivells de govern. Aquesta investigació va conduir a la publicació d'un article el 2004²⁹. Les conclusions que en vam treure van ser que el federalisme només havia guiat al Tribunal Suprem de manera relativament excepcional i, sobretot, d'una manera que deixava entreveure una absència de teoria federativa. En la trentena de sentències catalogades en el marc de la nostra investigació, el federalisme només havia estat utilitzat per omplir els *silencis* del text constitucional i no com a títol de guia en la interpretació de les seves disposicions, particularment les que feien referència al repartiment de competències, mentre que precisament es tractava del cor del principi federatiu. En aquest últim cas, no havia elaborat una teoria federativa que li permetés resoldre els litigis per tenir una visió general del règim canadenc i de la seva evolució.

²⁶ *Llei constitucional de 1867*, *supra* nota 11, paràgrafs 92(13) i 92(16).

²⁷ *Remissió relativa a la secessió de Quebec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 56 [d'ara endavant: "*Remissió sobre la secessió*"].

²⁸ La *Llei del Tribunal Suprem de Canadà*, *supra* nota 15, art. 53, preveu la possibilitat que el govern federal sol·liciti l'opinió consultiva del Tribunal Suprem en el marc d'un procediment de remissió. Alguns governs provincials també poden invocar un procediment com aquest al més alt Tribunal de la província. Aquest és el cas de Quebec: *Llei sobre les remissions al Tribunal d'Apel·lació*, L.R.Q., c. R-23, art. 1. La Llei quebequesa, com d'altres lles provincials, preveu la possibilitat d'apel·lar una opinió consultiva al Tribunal Suprem (art. 5.1).

²⁹ BROUILLET, Eugénie, « La dilution du principe fédératif et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada », [2004] 45 *Les Cahiers de Droit* 7.

Des de la publicació del nostre article, el Tribunal Suprem va tenir l'oportunitat de tornar al principi federatiu en una sèrie de sentències que posaven en qüestió les normes sobre el repartiment de competències legislatives. El 2005, en la *Remissió relativa a la Llei sobre la prestació d'atur*³⁰, el Tribunal Suprem va haver de revisar la validesa constitucional de les disposicions federals sobre les baixes per maternitat i paternitat. Es tractava de determinar si aquestes envaïen la jurisdicció de les províncies en relació a la propietat i als drets civils o als assumptes de caràcter merament local o privat³¹, o si legislar sobre la prestació d'atur³² era competència federal.

En relació amb aquest litigi, el Tribunal es refereix específicament al principi del federalisme i diu el següent:

“És delicat fixar límits a l'evolució de la competència constitucional si ens basem en l'estructura del Canadà. Aquesta noció recorre a la concepció que un tribunal es pot formar del federalisme. *Les referències del federalisme poden variar d'un jutge a un altre i es basen més en conceptes polítics que no pas jurídics. Mantenir l'equilibri entre els poders federal i provincials depèn, primer de tot, dels governs*”³³.

Així, pel Tribunal Suprem, el federalisme és un concepte essencialment polític i no jurídic. Aquesta afirmació planteja un problema perquè, malgrat la pluralitat de formes de materialització del principi federatiu arreu del món, segueix essent pertinent per identificar algunes de les característiques *jurídiques* essencials de l'Estat federatiu, que el permeten diferenciar de l'Estat unitari descentralitzat.

En el pla jurídic, el principi federatiu implica essencialment una divisió de la funció legislativa entre dos nivells de govern autònoms, o no subordinats l'un de l'altre, en un cert nombre de matèries reservades al seu poder legislatiu exclusiu; aquesta autonomia ha de ser garantida en una Constitució escrita supra-legislativa, la interpretació de la qual i l'aplicació s'encomanen a un àrbitre judicial que té garanties de neutralitat³⁴. En afirmar que el federalisme està pràcticament desproveït de

³⁰ *Remissió sobre les baixes per maternitat i paternitat, supra nota 25.*

³¹ *Llei constitucional de 1867, supra nota 11, par. 92(13) i 92(16).*

³² *Ibid.*, par. 91(2A).

³³ *Remissió sobre les baixes per maternitat i paternitat, supra nota 25, par. 10 [les nostres cursives].*

³⁴ Hem demostrat, en un article anterior, que el Tribunal Suprem fa front a un cert dèficit de legitimitat com a àrbitre últim dels conflictes federals al Canadà: BROUILLET, Eugénie, TANGUAY, Yves, « La légitimité

contingut normatiu, el Tribunal Suprem posa en dubte la seva pertinència i fins i tot deixa als jutges, a mercè de les conjuntures i de la seva bona voluntat, decidir el que passa amb aquest principi.

En aquest extracte, el Tribunal Suprem també diu que no juga cap paper determinant per mantenir un equilibri entre els poders legislatius dels dos nivells de govern, aquesta responsabilitat depèn “en primer lloc dels governs”. El problema que es planteja amb aquesta concepció del Tribunal és que aquest juga un paper important en relació amb l'absència o l'existència d'un equilibri federatiu com aquest.

El 1867, el règim federatiu es va preferir a la unió legislativa precisament per tal d'inserir a la Constitució garanties *jurídiques* per l'autonomia legislativa de les províncies canadenques. Per una nació minoritària com és la del Quebec al Canadà, la rigidesa de les prescripcions constitucionals, a títol de baluards a les ingerències del govern federal, és de vital importància. De fet, pel Quebec, la mera força política bruta no és de cap manera garantia de la preservació de la seva autonomia. Una nació minoritària necessita la força de la llei per seguir existint com a nació. I ben mirat, això és precisament el que el Quebec intenta assegurar-se fent de l'adopció del principi federal la condició *sine qua non* de la seva adhesió al projecte de la nova Constitució el 1867³⁵. Aquest passatge de la *Remissió sobre les baixes per maternitat i paternitat* semblava així confirmar l'absència de la teoria del federalisme en la jurisprudència del més alt tribunal del país.

Dos anys més tard, el Tribunal d'alguna manera va canviar d'opinió i va fer una teoria del principi del federalisme. A la *Banque canadienne de l'Ouest*³⁶, el Tribunal va anunciar el que considera que són els principals aspectes normatius i els objectius principals atribuïts al principi del federalisme, reprenent essencialment el que havia dit gairebé una desena d'anys abans en la *Remissió sobre la secessió*.

fédérative de de l'arbitrage constitutionnel en régime fédératif multinational. Le cas de la Cour suprême du Canada », en *2009 Special Series on the Federal Dimensions of Reforming the Supreme Court of Canada*, Institut de relations intergouvernementales, Queen's University, Kingston (en llengües francesa i anglesa) [en línia: <http://www.queensu.ca/iigr/working/SCC/SCCpapers.html>]. També apareixen en SEYMOUR, Michel (dir), *Le fédéralisme multinational en perspective : un modèle viable?*, Actes de colloque international, Montréal, 25-27setembre 2009 (Peter Lang).

³⁵ BROUILLET, Eugénie, *supra* nota 6, p. 140-145.

³⁶ *Banque canadienne de l'Ouest (Banc canadenc de l'Oest) c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3 [d'ara endavant : « BCO »].

La novetat és que aquesta vegada en fa menció en un cas relatiu al repartiment de competències legislatives, cosa que encara no havia fet mai d'una manera tan significativa. Pel Tribunal, aquests aspectes normatius i aquests objectius són els següents: el federalisme com a reconeixement jurídic de la diversitat dels components fundadors de l'Estat canadenc; el repartiment de competències com un dels elements fonamentals que tenen com a objectiu respectar aquesta diversitat; el federalisme com un mitjà per fomentar la participació democràtica i la cooperació entre els nivells de govern en la recerca del bé comú; la supremacia constitucional de les normes del repartiment de competències legislatives com a garantia de l'abast d'aquests objectius; la necessitat de tenir en compte el principi del federalisme en la interpretació, l'aplicació i l'adaptació de les competències legislatives a les noves condicions socials³⁷.

Pel que fa al seu paper i al dels tribunals en general en matèria federativa, reconeix que com a "àrbitre últim" del repartiment de competències, li pertoca la tasca de desenvolupar doctrines d'aplicació d'aquestes regles que permeten "establir un equilibri adequat en el reconeixement i maneig de les superposicions inevitables" entre els nivells de govern i que pretenen conciliar la diversitat legítima de les experimentacions regionals amb la necessitat de la unitat nacional³⁸.

No obstant això, reitera la idea expressada en la *Remissió sobre les baixes per maternitat i paternitat* segons la qual "concretament, el manteniment de l'equilibri de les competències depèn dels governs"³⁹, i afegeix que l'aplicació del repartiment de competències ha de fomentar la pràctica d'un *federalisme cooperatiu en favor de les superposicions de competències*. El seu paper en el manteniment d'aquest equilibri consisteix, segons ell, en l'elaboració i l'aplicació de doctrines per posar en pràctica el repartiment de competències "que afavoreixin les interaccions legítimes dels poders federals i provincials"⁴⁰.

³⁷ *Ibid.*, par. 22 i 23.

³⁸ *Ibid.*, par. 24.

³⁹ *Ibid.*, par. 24.

⁴⁰ *Ibid.*, par. 24.

En suma, si ara el Tribunal Suprem sembla animat pel desig de jugar un paper pel que fa al manteniment d'un equilibri entre els poders d'ambdós nivells de govern, la seva elecció a favor d'un concepte cooperatiu del repartiment de competències té l'efecte, a la pràctica, de relegar-la a un segon pla en benefici dels actors polítics d'aquest capítol. D'altra banda, és interessant assenyalar que, en diverses sentències, el Tribunal Suprem ha donat un pes important en processos relatius al repartiment de competències legislatives, de manera que els dos nivells de govern s'han de posar d'acord en com exercir els seus poders.⁴¹

3.2 El principi d'exclusivitat i el federalisme cooperatiu

El principi d'exclusivitat significa que, per matèria principal, només hi ha un nivell de govern competent per legislar. Les competències exclusives d'un nivell de govern no poden ser envaïdes per l'altre. Aquest principi és el que essencialment ha presidit el repartiment de competències legislatives al Canadà. El text constitucional és clar en aquest sentit⁴². Les competències que coincideixen són molt escasses⁴³.

El principi d'exclusivitat està fonamentalment lligat al de l'autonomia dels nivells de govern en l'exercici de les seves competències legislatives. No obstant això, és òbviament impossible, especialment en aquesta era de proliferació i complexitat de les intervencions estatals, evitar del tot les “zones de contacte”⁴⁴ entre els dos nivells de govern. En canvi, el federalisme no pot sobreviure a terminis si es fa una obertura total de les competències legislatives. Aquí compartim l'opinió dels professors Francis Delpérée i Marc Verdussen en el sentit de “[...] més un Estat [federatiu] renuncia a l'exclusivitat de les competències, més s'allunya de l'ideal d'igualtat propi als Estats federals”. Afegeixen que “[...] des del moment en què [les]

⁴¹ *SEFPO c. Ontario (fiscal general)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 19-20 [d'ara endavant: « SEFPO »]; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre de les Petites i mitjanes empreses, de Turisme i de Cultura)*, [2002] 2 R.C.S. 146, par. 72; *Rothmans Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, par. 26 [d'ara endavant: « Rothmans »]; *Colombie-Britannique (Fiscal general) c. Lafarge Canada Inc.*, [2007] 2 R.C.S. 86, par. 88 [d'ara endavant: « Lafarge »];

⁴² Els paràgrafs introductoris dels articles 91, 92 i 93 de la *Llei constitucional de 1867*, *supra* nota 11, indiquen que la competència legislativa atribuïda als parlaments federals i provincials relativa a les matèries que s'hi enumeren és “exclusiva” (el terme “exclusivament” també s'utilitza).

⁴³ Només s'apliquen a l'agricultura i a la immigració (art. 95), les pensions de vellesa i prestacions complementàries (art. 94A), el comerç interprovincial dels recursos naturals (art. 92A(3)).

⁴⁴ BEETZ, Jean, « Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867 », a CRÉPEAU, P.-A. i MACPHERSON, C. B. (dir.), *L'avenir du fédéralisme canadien*, Toronto, University of Toronto Press, 1966, p. 123.

derogacions [al principi d'exclusivitat] són massa nombrosos i massa consegüents, fins al punt de passar al davant del principi, es discuteix el caràcter federal de l'Estat"⁴⁵.

Tenint en compte el principi d'exclusivitat, es poden identificar en la jurisprudència i la doctrina canadenques, dues concepcions diferents del repartiment de competències legislatives: la concepció clàssica i la concepció moderna. La primera consisteix en la idea que les facultats conferides pels articles 91 i 92 constitueixen "compartiments estancs"⁴⁶ i per tant s'ha d'intentar, tant com sigui possible, evitar o limitar la superposició de competències entre els dos nivells de govern. La noció d'exclusivitat de competències legislatives juga un paper de primer pla. L'expressió "federalisme dual" a vegades s'utilitza per designar el paradigma clàssic.

Al contrari, en la concepció moderna del repartiment, el principi d'exclusivitat s'aplica d'una manera molt menor, cosa que afavoreix l'existència de grans àrees de competències concurrents⁴⁷. Les superposicions de competències entre els dos nivells de govern no només s'hi consideren normals, sinó que hi són benvingudes. Les expressions "federalisme flexible" o "federalisme cooperatiu" s'utilitzen sovint per a referir-se a aquesta concepció.

Com a norma general, la concepció clàssica tendeix a fomentar el respecte de l'autonomia d'ambdós nivells de govern en l'exercici de les seves competències legislatives. En especial, protegeix l'autonomia provincial limitant les superposicions de les lleis que condueixen a l'aplicació de la doctrina de la preponderància federal en cas de conflicte.⁴⁸

⁴⁵ DELPÉRÉE, Francis i VERDUSSEN, Marc, « L'égalité, mesure du fédéralisme », a GAUDREAU-DESBIENS, Jean-François i GÉLINAS, Fabien (dir.), *Le fédéralisme dans tous ses états. Gouvernance, identité et méthodologie*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 200 i 203.

⁴⁶ Aquesta expressió és del Comitè Judicial del Consell privat en la sentència *A.-G. for Canada v. A.-G. for Ontario*, [1937] A.C. 326, p. 354, en la qual Lord Atkin s'expressava amb aquestes paraules: « while the ship of state now sails on larger ventures and into foreign waters she still retains the watertight compartments which are an essential part of her original structure ».

⁴⁷ El jutge Dickson ha estat un defensor constant d'aquest concepte de repartiment de competències: K. Swinton, « Dickson and Federalism: In Search of the Right Balance », (1991) 20 *Man. L. J.* 483; B. Schwartz, « Dickson on Federalism: The First Principles of his Jurisprudence », (1991) 20 *Man. L. J.* 473.

⁴⁸ Per un estudi en profunditat dels pros i els contres dels paradigmes clàssics i moderns del repartiment de competències legislatives i de les seves aplicacions, vegeu RYDER, Bruce, « The Demise and Rise of the Classical Paradigm in Canadian Federalism: Promoting Autonomy for the Provinces and First Nations », (1991) 36 *McGill L. J.* 308.

Ara és ben sabut que el Tribunal Suprem del Canadà inscriu la seva jurisprudència federativa en una concepció moderna de repartiment de competències favorable a les superposicions de poders entre els dos nivells de govern. En molts casos, afirma que el principi d'exclusivitat no és imperiós i no representa “la corrent principal en matèria constitucional”⁴⁹. Al contrari, el Tribunal considera que, històricament, “el dret constitucional canadenc ha permès una bona interacció i fins i tot superposicions pel que fa als poders federals i provincials”⁵⁰, i que “la Constitució no crea “enclavaments” al voltant dels actors federals i provincials”⁵¹. Les expressions “federalisme flexible” o “federalisme cooperatiu”⁵² s'utilitzen amb freqüència en la seva jurisprudència, posant l'accent en la idea que la separació entre nivells de govern no és absoluta.

El 2007, en la sentència *Banque canadienne de l'Ouest*, el Tribunal va reiterar la seva fe en una concepció moderna del repartiment de competències.⁵³ Va fer el mateix el 2010 en tres sentències.⁵⁴ Pel Tribunal suprem,

“[els] caps de les competències ja no són hermètiques. Avui dia, la complexitat de l'activitat legislativa impedeix sovint un nivell de govern de complir amb la seva funció constitucional sense usurpar la

⁴⁹ *SEFPO*, *supra* nota 41, p. 17.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 17-18. Aquestes paraules les podem trobar en un Tribunal unànim en la resolució *General Motors of Canada c. City National Leasing*, *supra* nota 23.

⁵¹ *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1999] 3 R.C.S. 134, par. 18.

⁵² Vegeu, en particular: *Québec (Fiscal del Tribunal Suprem) c. Lacombe*, [2010] 2 R.C.S. 453, par. 119; *Chatterjee c. Ontario (Fiscal del Tribunal Suprem)*, [2009] 1 R.C.S. 624, par. 32; *Boucher c. Stelco Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 279, par. 20; *Fédération des producteurs de volailles c. Pelland*, [2005] 1 R.C.S. 292, par. 15 et 55; *Husky Oil Operations Ltd. c. Canada (ministre de la Renda nacional)*, [1995] 3 R.C.S. 453; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Remissió relativa a la Llei d'antiinflació*, [1976] 2 R.C.S. 373.

⁵³ El Tribunal hi resumeix la doctrina de la vàlida constitucional i recorda que s'ha de començar amb una anàlisi de la “veritable naturalesa” de la llei impugnada, un exercici que té com a objectiu determinar la matèria en què se centra essencialment. També reafirma la idea segons la qual els efectes secundaris o accessoris d'un assumpte que és la competència d'un altre nivell de govern no contaminen la seva vàlida constitucional. Es tracta de la teoria dels poders accessoris. Finalment, recorda que alguns assumptes poden incloure tant un aspecte provincial com un federal, en aquest cas s'ha d'aplicar la teoria del doble aspecte per permetre als dos nivells de govern legislar de manera vàlida sobre l'aspecte de la matèria que és de la seva competència. El Tribunal vincula totes aquestes teories sobre la qüestió de la vàlida constitucional a la concepció moderna del repartiment de competències ja que permeten i, fins i tot afavoreixen la superposició entre els dos nivells de govern: *BCO*, *supra* nota 36, par. 25-32.

⁵⁴ *Québec (Fiscal del Tribunal Suprem) c. Lacombe*, *supra* nota 52 ; *Québec (Fiscal del Tribunal Suprem) c. Canadian Owners and Pilots Association*, [2010] 2 R.C.S. 536; *Referència relativa a la Llei sobre la procreació assistida*, 2010 CSC 61.

competència de l'altre nivell. L'adhesió del nostre Tribunal a una concepció del federalisme alhora flexible i centrada en la cooperació permet concloure que és necessari fomentar aquest tipus d'activitat legislativa pragmàtica⁵⁵.

L'adopció d'una concepció moderna del repartiment de competències produeix una multiplicació de les superposicions de normes provincials i federals vàlides que poden conduir a l'aplicació de la doctrina de la preponderància federal en cas d'incompatibilitat. Ara bé, la jurisprudència és, a fi i efecte, una norma provincial que deixarà de funcionar (serà privada dels seus efectes), si obstaculitza la realització de l'objectiu de la norma federal, en altres paraules, si fa fracassar la intenció el Parlament federal.⁵⁶ Aquest criteri condiona per tant l'aplicació de la preponderància federal, és a dir la inoperància d'una llei provincial, *per simple voluntat expressa* del legislador federal d'excloure la intervenció legislativa provincial, d'altra banda, vàlida. Aquest criteri laxista d'incompatibilitat quadra més en una concepció clàssica del repartiment de competències, protectora de la zona de jurisdicció exclusivament federal, que amb una concepció moderna a favor de les superposicions que, tanmateix, el Tribunal diu adoptar.

En suma, l'entusiasme manifestat pel més alt tribunal canadenc en matèria de federalisme cooperatiu ens fa pensar sobre el futur del principi d'exclusivitat dels poders al Canadà. Si el temps de l'estanquitat completa de les competències en veritat ja ha passat, la flexibilitat no és sempre una virtut, sobretot quan aquesta flexibilitat està totalment desbordada i abandonada per complet als capricis de la vida política.⁵⁷ Per a una nació minoritària com el Quebec, l'equilibri entre la flexibilitat que proporciona el federalisme cooperatiu i la rigidesa de les prescripcions constitucionals a títol de baluards a les ingerències del nivell de govern federal en matèria provincial és de vital importància.

3.3 L'hegemonia de l'enfocament evolutiu

Qualsevol activitat interpretativa implica un cert grau de creativitat. Els jutges sempre es beneficien d'un cert marge de discrecionalitat en la determinació del significat de la llei. Aquesta discrecionalitat pren, però, proporcions considerables en matèria constitucional.

⁵⁵ Remissió relativa a la Llei sobre la procreació assistida, 2010 CSC 61, par. 139.

⁵⁶ Rothmans, *supra* nota 41.

D'entrada, la generalitat dels termes utilitzats en els textos constitucionals obre la porta a una pluralitat de significats plausibles. Després, els textos constitucionals rarament proporcionen normes precises per resoldre casos particulars, la qual cosa porta als jutges a reemplaçar el silenci o la brevetat de la carta de la Constitució. Això és el que el professor Loungnarath anomena la indeterminació i la insuficiència dels textos constitucionals, característiques que “[...] creen un espai a l’interior del qual la decisió judicial ja no està objectivada pel raonament jurídic o per la carta de la disposició constitucional. Quan el jutge es mou en aquest espai, és inevitable que alguns dels seus valors polítics penetrin i modifiquin el dret”.⁵⁸ La naturalesa política de la jurisprudència constitucional no pot ser posada en dubte.⁵⁹ El grau d’imprecisió del text constitucional i la seva antiguitat influenciaran, en gran mesura, en el marge de discrecionalitat del qual els jutges es beneficiaran en la determinació del significat de les seves disposicions.

Es poden distingir, bàsicament, dos grans mètodes d’interpretació en matèria constitucional: els enfocaments originalista i evolutiu⁶⁰. Segons el primer, el Tribunal ha de donar gran importància a la intenció del constituent en la determinació del significat d’una disposició del text constitucional, en altres paraules, ha d’intentar establir el seu significat original i tenir-ho en compte en la procés d’adaptació del text en funció de l’evolució de la societat. Segons el segon enfocament, si hi ha una discrepància entre, d’una banda, el text constitucional i d’altra banda, les condicions socials a les que s’hauria d’aplicar, el jutge està autoritzat a posar-se al lloc del constituent i així decidir les prescripcions constitucionals més adequades a la vista de les seves conseqüències polítiques. És clar que aquest segon paradigma interpretatiu dona al Tribunal Constitucional un marge d’apreciació molt més gran que el que ofereix l’enfocament originalista. A més, si només es tracta del fet que donar massa importància al sentit que tenien els termes de la Constitució quan va ser aprovada o en el context que prevalia en

⁵⁷ FOUCHER, Pierre, « Flexibilité du fédéralisme », a BEAUDOIN, Gérald-A., MAGNET, Joseph i altres, *Le fédéralisme de demain : réformes essentielles*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, p. 74.

⁵⁸ LOUNGNARATH, Vilaysoun, *supra* nota 7, p. 1006 i 1007; Vegeu també: BRUN, Henri, TREMBLAY, Guy, BROUILLET, Eugénie, *Droit constitutionnel*, 5^a edició, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p.183; LALOIE, Andrée, MULAZZI, Pierrette, GAMACHE, Michelle, « Les idées politiques au Québec et le droit constitutionnel canadien », a BERNIER, Yvan, LAJOIE, Andrée (dir.), *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*, Comissió reial sobre la unió econòmica i les perspectives de desenvolupament de Canadà, Ministeri de Proveïments i Serveis Canadà, Ottawa, 1986, p. 1 a 110, en el qual les autores demostren que la jurisprudència constitucional està influenciada per les idees polítiques en curs.

⁵⁹ MACKAY, Wayne, « The Supreme Court and Federalism : Does/Should Anyone Care Anymore? », (2001) 80 *Can. Bar Rev.* 241.

⁶⁰ *Ibid.*, par. 24.

aquell moment, pugui evitar l'adaptació necessària del text a les condicions socials, no concedir cap pes o només un pes per a la intenció del constituent en la interpretació de les normes que reparteixen competències legislatives pot ser percebut com que es vulgui distorsionar el pacte federatiu original i així posar en perill la legitimitat del Tribunal.

El principi d'interpretació evolutiva és, des de fa unes dècades, el que promou el Tribunal Suprem del Canadà en matèria constitucional en general, fins i tot en matèria de repartiment de competències.⁶¹ A tall d'exemple, en la *Remissió relativa a la Llei sobre la prestació d'atur (Can.)*, art. 22 i 23⁶², el Tribunal va haver d'examinar la validesa constitucional de les disposicions legislatives federals sobre les baixes per maternitat i paternitat. Es tractava de determinar si aquestes disposicions⁶³ envaïen la competència de les províncies relativa als drets de la propietat i als drets civils o els assumptes de caràcter merament local o privat⁶⁴, o si era competència federal legislar en matèria de prestació d'atur⁶⁵. Així doncs, el Tribunal es privilegià del principi d'interpretació evolutiva per definir l'abast de la competència federal en matèria de prestació d'atur, i va concloure que avui es pot estendre a mesures socials, en aquest cas de les baixes per maternitat i paternitat. El Tribunal d'Apel·lació del Quebec, que estava més aviat a favor d'un enfocament originalista, va arribar a la conclusió que la prova presentada demostrava que la modificació constitucional de 1940 per la qual es va transferir al Parlament federal la competència de les províncies sobre la prestació d'atur, no buscava ampliar la seva competència sobre mesures de benestar i de seguretat social, que pertanyia a les províncies. Si aquest fos el cas, les províncies s'haurien negat a consentir una modificació constitucional.⁶⁶ D'acord amb el Tribunal

⁶¹ En la sentència *Referència sobre la Llei d'antiinflació*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 412, el tribunal suprem afirma que cal considerar "[...] una constitució cridada a respondre a les necessitats del Canadà en els anys que venen com un instrument flexible susceptible a adaptar-se a un món en evolució". Alguns anys més tard, en *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, p. 365 i 366, va anunciar explícitament que la interpretació de la Carta canadenca ha de ser evolutiva i dinàmica, referint-se a la metàfora de l'arbre viu del Comitè judicial anunciada a *Edward v. A.-G. for Canada*, [1930] A.C. 124, p. 136 : « The British North America Act planted in Canada a living tree capable of growth and expansion within its natural limits ». Vegeu també, *Québec (Comissió dels drets de la persona i dels drets de la joventut) c. Maksteel Québec Inc.*, [2003] 3 R.C.S. 228, par. 11. El mateix any, en la decisió *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155, reitera el seu lligam a la interpretació evolutiva de la Constitució, aquesta vegada en el seu conjunt. Vegeu, al mateix efecte, *R. c. Beaugard*, [1986] 2 R.C.S. 56, p. 81.

⁶² *Supra* nota 25.

⁶³ *Llei sobre la prestació d'atur*, L.C. 1996, cap. 23, articles 22 i 23.

⁶⁴ *Llei constitucional de 1867*, *supra* nota 11, paràgrafs 92(13) i 92(16).

⁶⁵ *Ibid.*, paràgraf 91(2A).

⁶⁶ *Québec (Fiscal del Tribunal Suprem) c. Canada (Fiscal del Tribunal Suprem)*, (2004) R.J.Q. 399 (C.A.Q.), par. 73

d'Apel·lació, el principi d'interpretació evolutiva no pot ser aplicat fent cas omís de la intenció del constituent el 1940.⁶⁷

Els principis d'interpretació tenen una funció retòrica innegable en l'art de l'adjudicació. Són guies, eines utilitzades pels jutges per justificar i legitimar les seves decisions. L'elecció d'un o altre principi dependrà de la discrecionalitat del jutge, que hi recorre amb l'objectiu de persuadir el seu públic quan la seva decisió no és només raonable, sinó també justificable en la llei.⁶⁸ El problema que es planteja és el del públic. Si la interpretació àmplia i evolutiva domina la consideració de les expectatives i dels valors de la societat, evidentment es tracta de les expectatives i dels valors dominants o majoritaris. Ara bé, el debilitament del principi federal i del principi d'exclusivitat de les competències que li és, d'alguna manera consubstancial, en general respon a les expectatives i els valors imperants en la societat canadenca, almenys entre les seves elits, a favor de la centralització de poders. Aquest desig centralitzador està estretament relacionat amb el fort sentiment de pertinença que mantenen els canadencs anglesos, de manera general, enfront del govern central.⁶⁹ Per ells, és aquest nivell de govern que hauria de gaudir del nombre més elevat possible de poders per assolir els objectius nacionals. Així, com assenyala el professor François Rocher, "La legitimitat del sistema polític canadenc ja no depèn de la major o menor conformitat amb els principis federals sinó en l'adequació entre les polítiques públiques i les necessitats expressades per la ciutadania. En altres paraules, la legitimitat federal ja no és essencial a l'estabilitat del sistema polític canadenc, almenys des de la perspectiva de l'enfocament dominant al Canadà".⁷⁰ D'altra banda, en un règim federatiu en el qual hi ha una col·lectivitat nacional minoritària, el respecte de la naturalesa federativa de l'estructura constitucional és de vital importància.

Aquesta jerarquització dels principis d'interpretació, és a dir aquesta preferència atorgada pel Tribunal al principi d'interpretació evolutiva enfront l'enfocament

⁶⁷ *Ibid*, par. 92.

⁶⁸ PERELMAN, Chaïm, « La motivation des décisions de justice, essai de synthèse », a PERELMAN, Chaïm, FORIERS, Paul, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 412; CÔTÉ, Pierre-André, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 25 i 26.

⁶⁹ Sobre aquest sentiment d'identitat anglo-canadenc, el professor Philip Resnick s'expressava així: « In a more general sense, [...] the English Canadian sense of nation has itself been very much a by-product of the creation of the central government in 1867, the year of Canada's Confederation. The sense of identity and citizenship for most English-speaking Canadians has been caught up with that level of government. Though regionalist sentiment has not been lacking, especially in the Atlantic provinces or in western Canada, the vast majority of English-speaking Canadians define themselves as Canadians first. » RESNICK, Philip, « The Crisis of Multi-National Federations : Post-Charlottetown Reflections », (1994) 2 *Rev. Const. Stud.* 189, p. 191.

originalista, té l'efecte d'ampliar el marge de discreció del qual ja es beneficia, en gran mesura, el Tribunal Suprem i augmenta la importància del seu paper en els conflictes federatius.

Com hem dit, el paper fonamental que juga la justícia constitucional en termes d'equilibri de poders no és fàcilment perceptible per a les persones no iniciades en aquesta matèria tan tècnica del dret constitucional. A vegades, també es demana als més alts tribunals que es pronunciïn sobre qüestions més extraordinàries, preguntes que els comprometen a un delicat exercici d'equilibri entre les consideracions relatives a la legalitat (o constitucionalitat) i altres relacionats amb la legitimitat.

4. La repatriació del poder constituent i la secessió del Quebec

En la història constitucional moderna, es va demanar al Tribunal Suprem de Canadà que es pronunciés sobre qüestions relacionades amb aspectes fonamentals de la vida federativa del país. Tal va ser el cas el 1981 i 1982 en les remissions sobre la repatriació del poder constituent, i el 1998, en la remissió sobre la secessió del Quebec.

4.1 La repatriació del poder constituent

L'adquisició per part de Canadà de la plena sobirania enfront de Gran Bretanya és el resultat d'una llarga evolució. El sistema jurídic canadenc es va anar progressivament separant del sistema jurídic britànic, sense que mai arribés a haver-hi una ruptura. Abans de la reforma constitucional de 1982, tot i que ja no es podia dubtar que Canadà era un país plenament sobirà, tant a nivell intern com internacional, el poder constituent (el poder de modificar la Constitució) formalment encara estava en mans del Parlament de Londres. Tanmateix, ja feia molt de temps que s'havia establert que aquest últim només legislava en matèria constitucional per Canadà i seguint les seves instruccions.⁷¹

⁷⁰ ROCHER, François, *supra* nota 10, p. 136.

⁷¹ Des dels anys 1860 s'havia desenvolupat una política imperial que volia que hagués existit un cert consentiment de les colònies britàniques als canvis constitucionals proposats per la metròpolis. L'article 4 de l'*Estatut de Westminster de 1931*, L.R.C. 1985, ap. II, no. 27, va arribar més tard per confirmar aquest acord.

El projecte de repatriar al Canadà el poder constituent va ser objecte de molts debats entre el govern federal i les províncies entre els anys 1930 i 1980. Aquests debats van ser del tot infructuosos, ja que mai no es va arribar a un acord sobre un procediment de modificació que s'havia d'inserir al text constitucional per al futur. A partir de 1965, tots els successius governs del Quebec havien adoptat la postura segons la qual el reglament d'aquest assumpte s'havia de prendre després d'una nova distribució de poder per a proporcionar al Quebec les habilitats necessàries per la seva extensió dins de la federació canadenca.

Durant la campanya del referèndum de 1980 sobre la qüestió de la sobirania del Quebec, el primer ministre federal, Pierre-Elliott Trudeau, va fer una promesa als quebequesos: el rebuig de la sobirania conduiria a una reforma en profunditat del federalisme canadenc. Els ciutadans van entendre que aquesta reforma aniria en la línia de les reivindicacions tradicionals del Quebec en matèria constitucional. Però fou molt diferent.

Aprofitant el debilitament de les relacions de força del Quebec dins la federació canadenca com a resultat del rebuig de l'opció de la sobirania en el referèndum de 1980, Trudeau va relançar el projecte de repatriació del poder constituent. Aquest projecte anava acompanyat de canvis que buscaven la inclusió a la Constitució de fórmules d'esmena i una d'una carta dels drets i llibertats de la persona. Aquestes modificacions afectaven de manera significativa els poders de les províncies.

Aquest projecte va trobar l'oposició de vuit de les deu províncies, inclosa la del Quebec. El govern federal havia anunciat que seguiria endavant amb el seu projecte amb la presentació d'una petició unilateral al Parlament britànic, i tres províncies (Quebec, Manitoba i Terranova) van demanar al seu Tribunal d'Apel·lació que es pronunciés sobre la constitucionalitat d'aquest acte, tant en termes d'estricta dret com en els de les convencions constitucionals. El Tribunal Suprem va ser cridat a decidir aquest assumpte en última instància. En la història constitucional del Canadà, era la primera vegada que es demanava a un tribunal d'última instància que es pronunciés de forma tan directa i massiva sobre les mateixes bases de l'estructura constitucional de l'Estat de Canadà i, més específicament, sobre la seva naturalesa federativa.

El Tribunal Suprem va decidir per majoria, en la *Remissió: resolució per modificar la Constitució*⁷², que en dret estricte, el govern federal podia demanar a Londres un repatriament que afectava els poders de les províncies, tot i l'oposició de la majoria d'elles. Essencialment, va arribar a aquesta conclusió invocant el següent argument: no hi ha cap restricció legal sobre el poder del Parlament federal i de les cambres legislatives en general per adoptar acords i així demanar a Londres repatriar i modificar la Constitució canadenca. Les províncies pretenien que, en virtut del principi federatiu, es requerís legalment el seu consentiment per al projecte de repatriació i de modificació de la Constitució.

Així, el 1981, en un cas de gran importància per al futur del federalisme canadenc, el Tribunal va adoptar un enfocament positivista de la interpretació constitucional. Davant el silenci del text sobre la qüestió del poder constituent, el Tribunal Suprem va aplicar les normes relatives al poder de les cambres legislatives per expressar-se lliurement a través d'una resolució. Com escriuen els professors Sujit Choudhry i Robert Howse, al cor de l'enfocament positivista de la interpretació constitucional, hi ha una clara distinció entre legitimitat i legalitat. Quan aquests dos conceptes no coincideixen, aquest enfocament nega als tribunals la facultat de reconciliar-los.⁷³

La resposta del Tribunal Suprem en l'aspecte convencional de la qüestió és molt diferent. Encara que el Parlament federal pugui funcionar legalment sense el consentiment de les províncies, s'estaria violant, d'aquesta manera, un conveni constitucional.

Un conveni constitucional és una norma adoptada per entesa entre governants o polítics, que no és sancionada pels tribunals, sinó aplicada i respectada per les parts com a conseqüència d'una necessitat política.⁷⁴ Després d'haver enunciat les tres condicions d'existència d'un conveni constitucional (l'existència d'un o d'anteriors; els actors s'han d'haver sentit obligats per una norma, i aquesta ha de tenir una raó de ser), el Tribunal va concloure que existeix en la legislació canadenca un conveni

⁷² [1981] 1 R.C.S. 753.

⁷³ CHOUDHRY, Sujit, HOWSE, Robert, "Constitutional Theory and the Quebec Secession Reference", (2000) 13 *Can. J. of Jprudence* 143, als ap. 153 i 154.

⁷⁴ BRUN, Henri, TREMBLAY, Guy, BROUILLET, Eugénie, *supra* nota 58, p. 43 i següents.

constitucional que obliga el Parlament federal a obtenir un “grau substancial de consentiment provincial”⁷⁵ abans de demanar al Parlament britànic que realitzi una modificació constitucional que afecti als poders de les províncies.

Mentre que la majoria dels jutges del Tribunal es va negar a utilitzar el principi del federalisme amb el propòsit de revisar la legalitat del projecte federal, aquest el va invocar concretament com un principi que justificava l'existència d'un conveni constitucional que requeria un alt grau de consentiment de la província.⁷⁶ El Tribunal declara que “[E]l principi federal és incompatible amb un estat de coses on l'acció unilateral de les autoritats federals pot resultar en la modificació dels poders legislatius provincials [...]” i que admetre el contrari seria permetre'ls obtenir, per simple resolució, el que no podrien complir legítimament amb una llei.⁷⁷ Així, el Tribunal Suprem sembla acceptar algunes de les implicacions necessàries al principi federatiu, com l'autonomia de les províncies en la seva jurisdicció i la supremacia de les normes sobre el repartiment de competències legislatives. D'altra banda, si bé reconeixen aquests corol·laris essencials, en limita els efectes a la dimensió convencional del dret constitucional. Pel Tribunal Suprem, l'acte unilateral del Parlament federal és constitucional en el sentit legal, en virtut de la Constitució del Canadà, però inconstitucional en el sentit convencional a causa del federalisme. El Tribunal Suprem va acceptar pal·liar el silenci del text constitucional pel que fa a les normes que han de regir la seva modificació amb l'ajuda del principi federatiu, però limitant les obligacions constitucionals que se suscitin en l'àmbit dels convenis constitucionals.

Després d'aquesta decisió del Tribunal Suprem, el govern federal va reprendre les negociacions amb les províncies i, gràcies a alguns canvis aportats en el projecte anterior, va aconseguir obtenir el consentiment de les nou províncies majoritàriament anglòfones, amb l'exclusió de Quebec. El govern federal i les províncies signants de

⁷⁵ Remissió: resolució per modificar la Constitució, *supra* nota 72, p. 905.

⁷⁶ Cal assenyalar, sobre aquesta qüestió, la dissidència del jutge en cap Laskin i dels jutges Estey i McIntyre. Aquests, després d'haver decidit limitar-se a examinar l'existència d'un conveni constitucional que requereix el consentiment unànime de les províncies, afirmaven que reconèixer un conveni així seria ignorar “la naturalesa particular del federalisme canadenc”. Per ells, aquesta naturalesa particular, com a resultat de diversos elements institucionals centralitzadors de la Constitució de 1867, “priva de la seva força l'argument del federalisme [...]”. Creiem que aquests jutges confonen la qüestió de la distinció entre un Estat unitari i una federació i la del caràcter més o menys centralitzat d'una federació. Un Estat és federal o no ho és! I si arribem a la conclusió que estem davant d'una federació, ja sigui centralitzada o descentralitzada, és necessari obtenir alguns corol·laris jurídics essencials.

⁷⁷ *Ibid.*, als pp. 905, 906 i 908.

l'acord van reprendre el procés que havia de conduir a la repatriació de la Constitució i a la seva modificació.

Mentrestant, el govern del Quebec va portar davant el Tribunal d'Apel·lació una consulta d'opinió sobre si existia un conveni constitucional que exigís el consentiment del Quebec per a les reformes constitucionals que afectessin les seves competències o el seu estatut en el si de la federació canadenca. El Tribunal d'Apel·lació va respondre negativament a la pregunta, una decisió confirmada pel Tribunal Suprem en la *Referència: oposició a una resolució per modificar la Constitució*⁷⁸, vuit mesos després de l'entrada en vigor de la modificació constitucional. Segons el Tribunal Suprem, encara que l'anàlisi dels precedents indicava que tots els projectes federals de modificació anteriors que afectaven els drets de les províncies havien fracassat per, en dos casos, l'oposició de les províncies entre les quals hi havia el Quebec i, en altres dos, de l'única oposició del Quebec, el Tribunal va opinar que el govern del Quebec no havia demostrat que els actors polítics s'havien sentit obligats per la necessitat del consentiment de la província.

Aquesta decisió del més alt Tribunal de Canadà va posar fi a la demanda, expressada contínuament pels governs quebequesos, que Quebec tenia dret de veto sobre els canvis que afectaven la seva autoritat o la seva posició dins de la federació canadenca. També va rebutjar l'idea que la federació canadenca estava basada en un acord entre dos pobles fundadors iguals. Així, encara que la *Constitució de 1982*⁷⁹ s'aplica legalment al Quebec com a totes les altres províncies, s'enfronta a una greu manca de legitimitat política: Quebec, una de les províncies fundadores de la federació i el bressol de la cultura francòfona a Amèrica, mai ho ha consentit, cosa que òbviament planteja un seriós problema polític i planteja una amenaça a la unitat nacional.

Les fórmules d'esmena que s'apliquen actualment i que es van inserir el 1982 a la Constitució del Canadà, avui dia requereixen el consentiment de totes les províncies, per tant també el del Quebec, per a realitzar qualsevol canvi en la manera de modificar la Constitució, cosa que no es va tenir a bé reconèixer en la reforma constitucional de 1982.

⁷⁸ [1982] 2 R.C.S. 793.

⁷⁹ *Supra* nota 12.

4.2 La qüestió de la secessió del Quebec

d'un nouvel ordre juridique souverain par filiation juridique, c'est-à-dire avec le consentement de l'ordre juridique antérieur, ou en rupture avec cet ordre. Dans le premier cas,

De manera constant, sobretot a partir dels anys 1960, tots els governs del Quebec, fos quin fos el partit polític governant, van denunciar les tendències centralitzadores de la federació canadenca i van exigir respecte i fins i tot l'ampliació de les competències legislatives exclusives del Quebec per fer front a les realitats del món contemporani.⁸⁰ Davant la constant negativa de les altres províncies canadenques i del govern federal de permetre que el Quebec fes una excepció a la tendència centralitzadora de la federació, resposta que hauria pogut prendre la forma constitucional del federalisme asimètric, va néixer un moviment per la sobirania i cada vegada es va fer més important.⁸¹

El 1976, el Partit Quebequès, el principal objectiu del qual des de la seva creació el 1968, és aconseguir la sobirania del Quebec, va ser elegit com a resultat d'un procés democràtic. El 1980 es va celebrar un referèndum sobre la negociació de la sobirania del Quebec acompanyada d'una associació econòmica amb el Canadà. Tot i que la població del Quebec es va pronunciar en una proporció de 60% contra la proposta del govern, va portar el Partit Quebequès al poder en les eleccions provincials de 1981. El 1982, vam veure com es va portar a terme una important reforma constitucional sense el consentiment del Quebec.

El Partit Quebequès va perdre les eleccions de 1985 i 1989, i va tornar al poder el 1994. A partir de l'any següent, el 1995, es va celebrar un segon referèndum sobre la sobirania del Quebec. El resultat: el 49,4% dels quebequesos estaven a favor i el 50,6% en contra. En resposta a aquest resultat tan ajustat, el govern federal, enlloc d'obrir el diàleg amb el Quebec, va decidir implementar una estratègia per impedir la celebració

⁸⁰ QUÉBEC, *Positions du Québec*, supra nota 13.

⁸¹ Mentre que el resultat de la votació del referèndum a favor de la sobirania del Quebec va ascendir a 40% el 1980, va arribar al 49,4% el 1995. Avui en dia segueix sent, d'acord amb diverses enquestes d'opinió, al voltant del 40%.

d'un tercer referèndum. La pedra angular d'aquest pla era el litigi de la qüestió de la secessió del Quebec de Canadà. El 1998, el govern federal va demanar al Tribunal Suprem del Canadà que respongués a la següent pregunta, sobretot en el context d'un procediment de remissió⁸²: pot el Quebec, segons la *Constitució de Canadà*, procedir de manera unilateral a la secessió del Quebec de Canadà?

Abans de la sentència del Tribunal Suprem del Canadà en la *Remissió relativa a la secessió de Quebec*⁸³, el dret constitucional canadenc estava totalment en silenci pel que fa a la possibilitat que una província canadenca fes secessió de la federació. Només alguns autors acadèmics havia tractat aquesta qüestió. Des de 1998, l'estat del dret constitucional canadenc sobre la possibilitat que tenia una província d'aconseguir la plena sobirania resulta de l'opinió del més alt Tribunal de Canadà.

D'entrada, el Tribunal va declarar que es limitaria a aclarir el marc jurídic dins del qual es podria prendre una decisió democràtica. Quan se li va preguntar per la possibilitat que Quebec procedís de manera unilateral a la secessió, el Tribunal va respondre en dues parts: (1) la secessió del Quebec és possible dins del marc del dret constitucional del Canadà: un vot clar de la majoria de quebequesos, en resposta a una pregunta clara sobre la sobirania, crearia una obligació constitucional de negociar, pel Quebec i Canadà, una esmena constitucional sobre la secessió, i les modalitats d'aquesta secessió. (2) En cas de fracàs de les negociacions, la secessió seria possible al marge de la Constitució del Canadà per una decisió unilateral basada en el reconeixement de la comunitat internacional. En altres paraules, Quebec pot accedir a la seva independència al marge de la Constitució del Canadà a través d'una declaració unilateral d'independència sota l'ègida de la comunitat internacional, amb la condició que primer hagi intentat negociar de bona fe amb Canadà la secessió. Per tant, no es tracta d'un dret específic, ni en dret constitucional canadenc ni en dret internacional, sinó d'una possibilitat basada en el principi d'efectivitat.

En essència, el Fiscal del Tribunal Suprem de Canadà va sostenir que la Cort s'havia de limitar, en virtut del principi de primacia del dret, a l'aplicació de la Part V de la *Constitució de 1982* que estableix expressament les normes per al procés de

⁸² La sentència resultant d'un procés de remissió, formalment només és una opinió consultiva del Tribunal. A la pràctica, però, té el mateix valor que una sentència dictada en el marc d'un litigi particular.

modificació constitucional. Atès que aquestes normes no preveuen la possibilitat que una província se separi de Canadà, aquesta secessió seria inconstitucional⁸⁴.

El Tribunal Suprem, enlloc de limitar-se estrictament a les disposicions constitucionals, va preferir articular una visió normativa de la més àmplia ordre constitucional canadenca apel·lant alguns principis bàsics. Com van assenyalar els professors Sujit Choudhry i Robert Howse, per regla general, la legalitat és suficient per garantir la legitimitat en els règims democràtics liberals. No obstant això, en algunes circumstàncies excepcionals, aquest vincle no és present; així que cal abordar directament la qüestió de la legitimitat⁸⁵. El Tribunal Suprem va optar per definir el principi de primacia del dret en relació amb el principi democràtic. Va dir el següent:

“Per ser legítimes, les institucions democràtiques han de descansar, en última instància, sobre una base legal [...] Però també és cert, que un sistema de govern no pot sobreviure només per respecte al dret. Un sistema polític també ha de tenir una legitimitat, la qual cosa requereix, en la nostra cultura política, una interacció de la primacia del dret i del principi democràtic. *El sistema ha de poder reflectir les aspiracions de la població.* Encara hi ha més. La legitimitat de les nostres lleis també es basa en una apel·lació als *valors morals, molts dels quals estan consagrats en la nostra estructura constitucional.* Seria un greu error equiparar la legitimitat amb la única “voluntat sobirana” o amb la única norma de la majoria, amb l'exclusió d'altres valors constitucionals”⁸⁶.

El Tribunal va identificar quatre principis subjacents a les disposicions constitucionals que considera pertinents per respondre a la pregunta plantejada: el federalisme, la democràcia, el constitucionalisme i la primacia del dret i la protecció de les minories. La Cort Suprema va intentar reconciliar legalitat i legitimitat en el context de la qüestió de la secessió del Quebec de Canadà recorrent als principis del federalisme i la democràcia. El deure constitucional de negociar, que incumbia tant el Quebec com el Canadà, va

⁸³ [1998] 2 R.C.S. 217.

⁸⁴ Per una crítica interessant de la posició defensada pel fiscal general del Canadà en la *Sentència relativa a la secessió*, vegeu amb més detall LECLAIR, Jean, « Impoverishment of the Law by the Law : A Critique of the Attorney General's Vision of the Rule of Law and the Federal Principle », (1998) 10 *Forum constitutionnel* 1.

⁸⁵ CHOUDHRY, Sujit, HOWSE, Robert, *supra* nota 73, p. 165. El Tribunal Suprem també diu que “en la nostra tradició constitucional legalitat i legitimitat estan vinculades”: *Sentència relativa a la secessió*, *supra* nota 83, p. 240.

⁸⁶ *Ibid*, p. 256 (les nostres cursives).

sorgir de la unió d'aquests dos principis. D'una banda, segons el Tribunal, el Quebec no podia invocar el principi democràtic per tal de fer secessió unilateral del Canadà. D'altra banda, el govern federal no es podia basar en els principis del federalisme i del constitucionalisme per ignorar una voluntat de secessió democràticament expressada: "el principi democràtic [...] requeriria donar un pes considerable a l'expressió clara de la població del Quebec de la seva voluntat de separar-se de Canadà tot i que un referèndum, per si mateix i sense més, no tindria cap efecte jurídic directe i no podria per ell mateix provocar una secessió unilateral"⁸⁷.

Cridat per tractar un tema de tanta importància en la vida de la federació, el màxim tribunal canadenc va aconseguir, en aquest cas, combinar legalitat i legitimitat. La legitimitat de l'ordre constitucional, i també la seva pròpia legitimitat. Perquè, recordin, "la legitimitat d'una institució depèn tant del que fa com del que és"⁸⁸.

Conclusió

La importància fonamental dels textos constitucionals en la jerarquia normativa exigeix que només puguin ser modificats seguint una fórmula més exigent que la que es requereix per a la modificació de les lleis ordinàries. En el context federatiu, aquesta intangibilitat relativa de la Constitució, pacte fundacional de la convivència, assegura que la seva evolució, en molts Estats, depèn en gran mesura del treball d'interpretació del Tribunal Constitucional. La importància d'aquest Tribunal pren considerables proporcions al Canadà, ja que el poder constituent està pràcticament paralitzat. Per tant, és en mans del Tribunal Suprem que resideix, en essència, el poder últim de la darrera paraula en matèria d'interpretació constitucional, si no *de iure*, almenys *de facto*. Ara bé, en molts sentits, el Tribunal Suprem del Canadà és una excepció en els sistemes federatius: la seva existència i les seves característiques essencials no estan formalment establertes en la Constitució i tots els seus membres, així com tots els jutges dels Tribunals Superiors provincials, són nomenats unilateralment pel govern federal.

Si la tendència de l'evolució centralitzadora que es desprèn generalment de la jurisprudència constitucional pot ser conseqüència d'una propensió natural de les

⁸⁷ *Ibid.*, par. 87.

⁸⁸ VERDUSSEN, Marc, *supra* nota 60, p. 65.

societats democràtiques per enfortir el seu centre, es planteja un problema en el context federatiu multinacional. A Canadà, la coexistència dels nacionalismes de Canadà i Quebec, imposa la perseveració d'un equilibri entre els poders dels nivells dels governs federal i provincial. El principi federal i el seu corol·lari essencial, el de l'autonomia dels nivells de govern en l'exercici de les seves competències legislatives, constitueixen pel Quebec molt més que una simple tècnica de governabilitat, la garantia del seu desenvolupament com a col·lectivitat nacional dins de la federació canadenca.