

LE RÔLE DE LA COUR SUPRÊME DANS L'ÉVOLUTION DE LA FÉDÉRATION CANADIENNE: QUEL ÉQUILIBRE DES POUVOIRS?

Eugénie Brouillet*

Sommaire

1. Introduction
2. Propos liminaires sur la Cour suprême du Canada en tant qu'arbitre ultime des différends fédératifs
3. Les conceptions et principes sous-jacents à la jurisprudence fédérative de la Cour suprême du Canada
 - 3.1 Le principe fédératif et l'équilibre des pouvoirs
 - 3.2 Le principe d'exclusivité et le fédéralisme coopératif
 - 3.3 L'hégémonie de l'approche évolutive
4. Le rapatriement du pouvoir constituant et la sécession du Québec
 - 4.1 Le rapatriement du pouvoir constituant
 - 4.2 La question de la sécession du Québec
5. Conclusion

* Eugénie Brouillet, professeure agrégée de droit constitutionnel à la Faculté de droit de l'Université Laval, pavillon Charles-De Koninck, bur 5137B, Québec, Eugenie.Brouillet@fd.ulaval.ca
Artículo recibido el 01.06.2011. Evaluación ciega: 28.06.2011. Fecha de aceptación de la versión final: 04.07.2011.

1. Introduction

Depuis les années 1990, l'on assiste à travers le monde à un regain d'intérêt pour le fédéralisme en tant que principe d'organisation étatique. Le phénomène d'intégration au plan international provoque un sursaut des identités culturelles nationales et une intensification de leur affirmation. Or, le principe fédératif engendre une structure politique et juridique qui peut servir à procurer les instruments nécessaires à l'expression des identités nationales enracinées au sein d'une même collectivité étatique en leur permettant de traduire au plan politique leur aspiration culturelle collective. De nouvelles fédérations voient le jour (Belgique, Afrique du Sud). De nouveaux systèmes de gouvernement de type fédératif sont imaginés (Espagne, Italie et Royaume-Uni). L'idée fédérative sert de source d'inspiration à la création d'ensembles supranationaux qui en empruntent certains éléments institutionnels (Union européenne). Ce constat, encourageant pour l'avenir du principe fédératif, s'accompagne par ailleurs d'un autre plus inquiétant: les forces du fédéralisme sont aujourd'hui menacées par des forces unitaristes.¹ Divers facteurs d'ordre socioéconomique tendent à favoriser indûment les forces qui tendent à l'union, donc à la centralisation des pouvoirs au sein des États fédératifs. Cette tendance a des impacts importants sur l'avenir du fédéralisme en général, et sur la survie et l'épanouissement des nations infraétatiques en particulier.

On peut en effet noter, au sein des fédérations contemporaines, une certaine tendance à la centralisation des pouvoirs découlant de la mise en œuvre judiciaire des règles relatives au partage des pouvoirs entre les ordres de gouvernement.² Cette tendance serait caractéristique des sociétés démocratiques. Selon Tocqueville: « L'intelligence des peuples démocratiques reçoit avec délices les idées simples et générales. Les systèmes compliqués la repoussent et elle se plaît à imaginer une grande nation dont tous les citoyens ressemblent à un seul modèle et sont dirigés par un seul pouvoir ».³ Il existerait ainsi une

1. Gagnon, Alain-G., "The Political Uses of Federalism", dans Rocher, François, Smith, Miriam (éds.), *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*, Tome II, Paris, Gallimard, 1961, p. 397.

«tendance naturelle de toute société organisée à renforcer son centre».⁴ Cette propension à la centralisation progressive du pouvoir et à l'uniformisation normative soulève des questionnements cruciaux en contexte fédératif. Aux plans théorique et normatif, le principe fédératif implique un équilibre entre les forces qui tendent à la diversité et celles qui poussent à l'unité, par conséquent, un équilibre dans l'exercice des pouvoirs législatifs dévolus aux ordres de gouvernement fédéral et fédéré. Ces pouvoirs sont en effet la manifestation première, au plan juridique, des désirs d'unité et de diversité.

Le Canada ne fait pas exception à cette tendance à la concentration des pouvoirs. En 1949, l'abolition des appels au Comité judiciaire du Conseil privé de Londres sacrait la Cour suprême du Canada dernier tribunal d'appel en toute matière.⁵ À partir de ce moment, l'interprétation fédérative du Comité judiciaire soucieuse de préserver un équilibre entre les pouvoirs respectifs des deux ordres de gouvernement, en protégeant l'autonomie des parlements fédéral et provinciaux dans l'exercice de leurs compétences, a progressivement fait place à une interprétation centralisatrice des pouvoirs,⁶ engendrant ainsi un déséquilibre fédératif. Les raisonnements de la Cour suprême en matière de partage des compétences législatives sont en effet de plus en plus animés par des considérations relatives à l'efficacité au détriment de la diversité.⁷

L'objet du présent article est de mettre en exergue le rôle fondamental joué par la Cour suprême du Canada dans l'évolution du régime fédératif

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

5. *Loi modifiant la Loi sur la Cour suprême*, 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. Sur cette logique fonctionnaliste sous-jacente à la mise en œuvre du partage des compétences législatives au Canada, voir: 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* note 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 régissant le partage des compétences entre le fédéral et les provinces», dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*, Québec, Service de la formation du Barreau du Québec, 1992».

canadien. Plus particulièrement, nous analyserons l'effet de sa jurisprudence constitutionnelle sur l'équilibre des pouvoirs en sein de la fédération. Après avoir fait état, dans une brève première partie, de quelques considérations générales relatives à la Cour suprême du Canada en tant qu'arbitre ultime des différends fédératifs (I), nous traiterons des effets de ses interventions lors du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales et provinciales fondé sur les règles relatives au partage des compétences (II). Nous verrons qu'à la faveur d'une dilution de la valeur normative du principe du fédéralisme (1), de l'adoption d'une conception dite coopérative du partage des compétences (2) et de l'hégémonie de l'approche interprétative évolutive (3), la Cour suprême a insufflé d'une voie d'évolution centralisatrice à la fédération canadienne. Dans la troisième partie, nous nous attarderons aux effets de sa jurisprudence dans des affaires mettant en cause des aspects fondamentaux de la vie de la fédération (III). Nous analyserons les décisions rendues par la Cour dans le cadre d'avis consultatifs à deux périodes critiques de l'histoire constitutionnelle canadienne, le rapatriement du pouvoir constituant au Canada (1) et la possible sécession du Québec (2).

2. Propos liminaires sur la Cour suprême du Canada en tant qu'arbitre ultime des différends fédératifs

Les États fédéraux disposent généralement d'une instance juridictionnelle qui prend en charge la résolution du différend fédératif et, en particulier, qui s'assure que les règles relatives au partage des compétences soient dûment observées.⁸ Il en est ainsi en raison bien sûr du principe d'autonomie de chacun des ordres de gouvernement dans leur sphère de compétence qui implique qu'aucun d'eux ne puisse modifier à son avantage les règles du jeu. Par « différends fédératifs », nous entendons ici les conflits portant sur le partage des compétences législatives, de même que ceux mettant en cause des aspects fondamentaux de la structure fédérative de l'État, par exemple, les procédures de modification constitutionnelle, le statut juridique des entités fédérale et fédérées, le territoire de ces dernières, ou encore leur possible sécession.

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

Dans l'exercice de sa fonction arbitrale, la Cour constitutionnelle⁹ est appelée à interpréter et à appliquer le pacte fédératif originaire.¹⁰ Elle doit de plus adapter ces règles en fonction de l'évolution des conditions sociétales. Dans ce cas, la Cour doit chercher à maintenir un équilibre entre les pouvoirs respectifs de chacun des ordres de gouvernement (équilibre fédéral/fédéré), de même, en contexte multinational, entre majorité et minorités nationales. Dans une fédération au sein de laquelle se trouve une collectivité nationale minoritaire, le respect de la nature fédérative de la structure constitutionnelle est vital, puisqu'elle lui permet de traduire, aux plans politique et juridique, son aspiration culturelle collective. Dès lors, lorsque coexistent au sein d'une même fédération des nationalismes majoritaire et minoritaire(s), la question de l'équilibre fédéral/fédéré se pose avec une acuité particulière.

La *Loi constitutionnelle de 1867*,¹¹ par laquelle était créée la fédération canadienne, a évidemment dû évoluer au fil des siècles. Dans l'histoire canadienne, très peu de modifications formelles ont été apportées aux textes constitutionnels. Cet état de fait est attribuable, d'une part, à la rigidité des principales procédures de modification elles-mêmes¹² et, d'autre part, au développement de visions concurrentes de l'avenir de la fédération canadienne chez les Québécois et les autres Canadiens. Généralement, les Canadiens hors Québec sont plutôt en faveur d'une évolution centralisatrice de la fédération canadienne et de la symétrie au plan des pouvoirs législatifs provinciaux, alors que les Québé-

9. Nous utiliserons ici la locution « cours constitutionnelles » afin de désigner à la fois les tribunaux spécialisés en matière constitutionnelle et à la fois les derniers tribunaux d'appel en cette matière (cours suprêmes).

10. La notion de pacte est le « principe constitutif » de tout régime fédératif: Greber, Anton, *Die vorpositiven Grundlagen des Bundesstaates*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2000, p. 69, cité dans Beaud, Olivier, « Du nouveau sur l'État fédéral », (2002) 42 *Droits* 229, p. 235. Le professeur François Rocher rappelle d'ailleurs « [...] qu'à l'origine, le terme latin *foedus* signifiait union, pacte, accord volontaire ou *covenant*. [...] À la base de l'association [fédérative] se trouve donc le principe de consentement mutuel, de coopération, de partenariat dans le but de créer un cadre commun tout en préservant l'intégrité des parties constituantes »: Rocher, François, « La dynamique Québec-Canada ou le refus de l'idéal fédéral », dans Gagnon, Alain-G. (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain: fondements, traditions, institutions*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 93, à la p. 102.

11. *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. 1985, app. II, no. 5.

12. La grande majorité des modifications constitutionnelles requiert soit le consentement unanime des assemblées législatives fédérales et provinciales, soit celui du Parlement fédéral et des assemblées législatives de sept provinces dont la population représente cinquante pourcent (50%) de la population canadienne: *Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C. 1985, app. II, no. 44, partie V, art. 38, 41 et 42.

cois sont en général favorables à une plus grande décentralisation des pouvoirs et à l'instauration d'un fédéralisme asymétrique (c'est-à-dire exercer des pouvoirs législatifs qui, pour les autres provinces, pourraient être exercés par le Parlement fédéral).¹³ Ce profond désaccord sur la voie d'évolution que devrait emprunter la fédération canadienne explique notamment l'échec des deux dernières tentatives de modifications constitutionnelles¹⁴ et l'absence de nouvelles propositions en ce sens au sein des partis politiques fédéraux actuels.

Ainsi, la grande difficulté éprouvée par le constituant canadien à modifier de façon formelle la Constitution a fait de la jurisprudence constitutionnelle le mode d'évolution privilégié du régime. Il incombe donc pour l'essentiel aux tribunaux, et ultimement à la Cour suprême, la tâche complexe d'adapter progressivement les textes constitutionnels aux nouvelles conditions sociétales. Cette évolution, moins facilement perceptible et moins spectaculaire qu'une modification constitutionnelle formelle, est néanmoins déterminante. Il n'existe pas, pour ainsi dire, de *statu quo* en matière constitutionnelle. Le maintien de l'équilibre fédératif et la protection de l'autonomie des provinces sont, par conséquent, particulièrement dépendants de l'interprétation constitutionnelle de la Cour suprême.

La Cour suprême du Canada a été créée en 1875¹⁵ par le Parlement fédéral, conformément à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁶ qui lui conférerait expressément ce pouvoir. Jusqu'en 1949 toutefois, il était possible d'en appeler de ses décisions au Comité judiciaire du Conseil privé de Londres. Ce n'est qu'à partir de ce moment, qui marqua l'abolition définitive de ces appels,¹⁷ que la Cour suprême devint l'arbitre ultime des différends fédératifs.

Dans l'exercice de son rôle d'arbitre des conflits de juridiction entre les gouvernements fédéral et provinciaux, la Cour suprême du Canada présente

13. Québec, *Positions du Québec dans les domaines constitutionnel et intergouvernemental de 1936 à mars 2001*, Ministère du Conseil exécutif, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, en ligne: http://www.saic.gouv.qc.ca/institutionnelles_constitutionnelles/positions_1936-2001.htm. [ci-après cité *Positions du Québec*].

14. *Accord du Lac Meech*, 1987; *Accord de Charlottetown*, 1992.

15. *Loi sur la Cour suprême du Canada*, L.R.C. 1985, c. S-26.

16. *Loi constitutionnelle de 1867*, supra note 11.

17. *Loi modifiant la Loi sur la Cour suprême*, supra note 5.

certains problèmes en ce qui a trait à son apparence de neutralité. Les neuf juges siégeant à la Cour sont nommés unilatéralement par le gouvernement fédéral, sans aucune participation formelle des provinces.¹⁸ Cette situation a pour effet de créer une apparence de partialité, puisque dans certains litiges, le gouvernement fédéral peut en quelque sorte être perçu comme étant juge dans sa propre cause. Ce déficit de légitimité institutionnelle de la Cour est particulièrement criant compte tenu de son rôle fondamental dans l'évolution du régime fédératif canadien. En outre, ce processus unilatéral de nomination n'est certainement pas étranger aux effets centralisateurs de sa jurisprudence fédérative.

Une analyse des décisions de la Cour suprême révèle en effet que l'évolution jurisprudentielle de la Constitution canadienne s'opère dans un sens centralisateur.¹⁹ Animée par une logique fonctionnaliste,²⁰ la Cour tranche les litiges relatifs au partage des compétences législatives selon un critère d'efficacité ou d'efficacité, critère qui, selon elle, milite en faveur d'une centralisation des pouvoirs entre les mains du Parlement central.

La jurisprudence fédérative de la Cour suprême a progressivement élargi les possibilités pour le Parlement fédéral d'intervenir dans des domaines de compétence provinciale. Participent à cet accroissement de la sphère fédérale, certaines doctrines de mise en œuvre du partage des compétences (nous référons ici particulièrement au pouvoir d'empiéter du Parlement fédéral et à la règle de la prépondérance des normes fédérales sur les normes provinciales en cas d'incompatibilité entre elles²¹) et une interprétation élargie de la portée de

18. *Loi constitutionnelle de 1867*, supra note 11, article 101; *Loi sur la Cour suprême du Canada*, supra note 15, article 4(2).

19. Voir notamment: Brouillet, Eugénie, supra note 6, p. 253-323; Frémont, Jacques, « La face cachée de l'évolution contemporaine du fédéralisme canadien », dans Beaudoin, G.-A. et Magnet, J.E. et autres, *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*, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, ministère du Conseil exécutif, 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. Voir supra note 7.

21. Voir notamment *Kirkbi c. Gestion Ritvik Inc.*, [2005] 3 R.C.S. 302 (relativement au pouvoir d'empiéter) et *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188 (relativement à la doctrine de la prépondérance fédérale). Pour un exposé plus détaillé de ces doctrines

plusieurs titres de compétence fédéraux. En particulier, la théorie des dimensions nationales permet au fédéral de se voir attribuer définitivement et en exclusivité la compétence relativement à une matière relevant formellement de la compétence législative exclusive des provinces;²² l'extension du domaine d'application des compétences législatives fédérales en matière d'échange et de commerce,²³ de droit criminel²⁴ et d'assurance-chômage²⁵ réduit corrélativement la compétence des provinces de légiférer relativement à la propriété et aux droits civils dans la province et aux affaires locales.²⁶

Nous ne traiterons pas davantage ici des multiples manifestations matérielles de cette tendance d'évolution centralisatrice de la fédération canadienne opérée par la plus haute cour du pays. Nous analyserons plutôt les positions théoriques et normatives qui les sous-tendent et les innervent.

3. Les conceptions et principes sous-jacents à la jurisprudence fédérative de la Cour suprême du Canada

Dans cette seconde partie, nous mettrons en lumière la conception récente de la Cour suprême eu égard au principe du fédéralisme et à la question de l'équilibre des pouvoirs entre les ordres de gouvernement fédéral et provincial (1). Nous traiterons ensuite du principe d'exclusivité et de la place qu'il occupe dans les conceptions classique et moderne du partage des compétences législatives (2). Enfin, nous dirons quelques mots sur les effets de l'approche interprétative évolutive sur l'équilibre des pouvoirs au Canada (3).

constitutionnelles, voir: 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* note 21.

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

25. *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, [2005] 2 R.C.S. 669 [ci-après: «*Renvoi sur les congés parentaux*»].

26. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 11, paragraphes 92(13) et 92(16).

3.1. Le principe fédératif et l'équilibre des pouvoirs

En 1998, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême du Canada affirmait que le fédéralisme est un principe « inhérent à la structure de nos arrangements constitutionnels, l'étoile qui a guidé les tribunaux depuis la naissance de l'État canadien ». ²⁷ Cette affirmation et l'importance que la Cour a accordée à ce principe constitutionnel dans ce renvoi ²⁸ nous ont amenée à nous demander quel avait été le rôle joué par le fédéralisme dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada depuis qu'elle est devenue le dernier tribunal d'appel en 1949. Une analyse exhaustive des décisions dans lesquelles la Cour y avait eu expressément recours nous a permis de constater que l'engouement manifesté pour le fédéralisme en 1998 ne trouvait pas nécessairement écho dans sa jurisprudence fédérative, c'est-à-dire dans celle relative au partage des compétences législatives entre les deux ordres de gouvernement. Cette recherche a donné lieu à la publication d'un article en 2004. ²⁹ Nous y concluons alors que le fédéralisme n'avait expressément guidé la Cour suprême que de façon relativement exceptionnelle et, surtout, d'une manière qui laissait transparaître une absence de théorie fédérative. Dans la trentaine de décisions répertoriées dans le cadre de notre recherche, le fédéralisme n'avait pour l'essentiel été invoqué qu'afin de combler les *silences* du texte constitutionnel et non à titre de guide dans l'interprétation de ses dispositions, particulièrement celles qui concernent le partage des compétences, alors qu'il s'agit là précisément du cœur du principe fédératif. Dans ce dernier cas, elle n'avait pas élaboré de théorie fédérative susceptible de lui permettre de trancher les litiges en ayant une vision d'ensemble du régime canadien et de son évolution.

Depuis la publication de notre article, la Cour suprême a eu l'occasion de revenir au principe fédératif dans un certain nombre de décisions met-

27. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 56 [ci-après: « *Renvoi sur la sécession* »].

28. La *Loi sur la Cour suprême du Canada*, *supra* note 15, art. 53, prévoit la possibilité pour le gouvernement fédéral de solliciter des avis consultatifs de la Cour suprême dans le cadre d'une procédure de renvoi. Certains gouvernements provinciaux peuvent également se prévaloir d'une telle procédure auprès du plus haut tribunal de la province. Tel est le cas au Québec: *Loi sur les renvois à la Cour d'appel*, L.R.Q., c. R-23, art. 1. La Loi québécoise, comme d'autres lois provinciales d'ailleurs, prévoit la possibilité d'en appeler d'un tel avis consultatif auprès de la Cour suprême (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.

tant en cause les règles relatives au partage des compétences législatives. En 2005, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi*,³⁰ la Cour suprême avait à examiner la validité constitutionnelle de dispositions fédérales relatives aux congés parentaux. Il s'agissait de déterminer si ces dernières empiétaient sur la compétence des provinces relative à la propriété et aux droits civils ou aux matières d'une nature purement locale ou privée³¹ ou si elles relevaient plutôt de la compétence fédérale de légiférer relativement à l'assurance-chômage.³²

À l'occasion de ce litige, la Cour réfère nommément au principe du fédéralisme et affirme ce qui suit:

« Il est délicat de fixer les limites à l'évolution de la compétence constitutionnelle en se fondant sur la structure du Canada. Cette notion fait appel à la conception qu'un tribunal peut se faire du fédéralisme. *Les repères du fédéralisme peuvent varier d'un juge à l'autre et reposent sur des notions politiques plutôt que juridiques. Le maintien de l'équilibre entre les pouvoirs fédéral et provinciaux relève avant tout des gouvernements* ». ³³

Ainsi, pour la Cour suprême, le fédéralisme est un concept essentiellement politique et non juridique. Cette affirmation pose problème puisque, malgré la pluralité des formes de matérialisation du principe fédératif à travers le monde, il demeure pertinent d'identifier certaines caractéristiques *juridiques* essentielles de l'État fédératif, qui permettent de le distinguer de l'État unitaire décentralisé.

Au plan juridique, le principe fédératif implique pour l'essentiel un partage de la fonction législative entre deux ordres de gouvernement autonomes ou non subordonnés entre eux dans un certain nombre de matières réservées à leur pouvoir législatif exclusif; cette autonomie doit être garantie dans une Constitution écrite supralégislative, dont l'interprétation et la mise en œuvre sont confiées à un arbitre judiciaire qui présente certaines

30. *Renvoi sur les congés parentaux*, supra note 25.

31. *Loi constitutionnelle de 1867*, supra note 11, par. 92(13) et 92(16).

32. *Ibid.*, par. 91(2A).

33. *Renvoi sur les congés parentaux*, supra note 25, par. 10 [nos italiques].

garanties de neutralité.³⁴ En affirmant que le fédéralisme est pour ainsi dire dénué de contenu normatif, la Cour suprême remet en cause sa pertinence même et laisse le soin aux juges, au gré des conjonctures et de leur bon vouloir, de décider de ce qu'il en est de ce principe.

Dans cet extrait, la Cour suprême dit également ne pas avoir de rôle déterminant à jouer dans le maintien d'un équilibre entre les pouvoirs législatifs des deux ordres de gouvernement, cette responsabilité relevant « avant tout des gouvernements ». Le problème qui se pose avec cette conception de la Cour est que cette dernière joue en pratique un rôle majeur relativement à l'absence ou à l'existence d'un tel équilibre fédératif.

En 1867, le régime fédératif a été préféré à l'union législative précisément afin d'insérer dans la Constitution des garanties *juridiques* pour l'autonomie législative des provinces canadiennes. Pour une nation minoritaire comme l'est le Québec au sein du Canada, la rigidité des prescriptions constitutionnelles, à titre de remparts aux ingérences du fédéral, est d'une importance vitale. En effet, pour le Québec, la simple force politique brute n'est d'aucune façon garante de la préservation de son autonomie. Une nation minoritaire a besoin de la force du droit pour continuer d'exister en tant que collectivité nationale. Or, c'est précisément ce dont le Québec cherchait à s'assurer en faisant de l'adoption du principe fédératif la condition *sine qua non* de son adhésion au projet de nouvelle Constitution en 1867.³⁵ Ce passage du *Renvoi sur les congés parentaux* semblait ainsi confirmer l'absence de théorie du fédéralisme dans la jurisprudence du plus haut tribunal du pays.

Deux ans plus tard, la Cour fait en quelque sorte volte-face et opère une théorisation du principe du fédéralisme. Dans *Banque canadienne de*

34. Nous avons démontré, dans un article antérieur, que la Cour suprême fait face à un certain déficit de légitimité en tant qu'arbitre ultime des différends fédératifs au Canada: Brouillet, Eugénie, Tanguay, Yves, « La légitimité fédérative de de l'arbitrage constitutionnel en régime fédératif multinational. Le cas de la Cour suprême du Canada », dans 2009 *Special Series on the Federal Dimensions of Reforming the Supreme Court of Canada*, Institut des relations intergouvernementales, Queen's University, Kingston (en langues française et anglaise) [en ligne: <http://www.queensu.ca/iigr/working/SCC/SCCpapers.html>]. Paraitra également dans Seymour, Michel (dir), *Le fédéralisme multinational en perspective: un modèle viable?*, Actes de colloque international, Montréal, 25-27septembre 2009 (Peter Lang).

35. Brouillet, Eugénie, *supra* note 6, p.140-145.

l'Ouest,³⁶ la Cour énonce ce qu'elle considère être les principaux aspects normatifs et les objectifs attachés au principe du fédéralisme, en reprenant essentiellement ce qu'elle en avait dit près d'une dizaine d'années plus tôt dans le *Renvoi sur la sécession*.

La nouveauté tient ici à ce qu'elle en fasse cette fois mention dans une cause relative au partage des compétences législatives, ce qu'elle n'avait pas encore fait de façon aussi significative. Pour la Cour, ces aspects normatifs et ces objectifs sont les suivants: le fédéralisme comme reconnaissance juridique de la diversité des composantes fondatrices de l'État canadien; le partage des compétences comme l'un des éléments fondamentaux visant à respecter cette diversité; le fédéralisme comme moyen de favoriser la participation démocratique et la coopération des ordres de gouvernement dans la recherche du bien commun; la suprématie constitutionnelle des règles du partage des compétences législatives comme garante de l'atteinte de ces objectifs; la nécessité de tenir compte du principe du fédéralisme dans l'interprétation, la mise en œuvre et l'adaptation des compétences législatives aux nouvelles conditions sociétal.³⁷

En ce qui a trait à son rôle et à celui des tribunaux en général en matière fédérative, elle reconnaît qu'en tant qu'«ultime arbitre» du partage des compétences, lui revient la tâche de développer des doctrines de mise en œuvre de ces règles qui permettent «d'établir un équilibre approprié dans la reconnaissance et l'aménagement des chevauchements inévitables» entre les ordres de gouvernement et qui visent à concilier la diversité légitime des expérimentations régionales avec le besoin d'unité nationale.³⁸

Elle réitère toutefois l'idée énoncée dans le *Renvoi sur les congés parentaux* selon laquelle «concrètement, le maintien de l'équilibre des compétences relève avant tout des gouvernements»,³⁹ et ajoute que la mise en œuvre du partage des compétences doit par conséquent favoriser la pratique d'un *fédéralisme coopératif favorable aux chevauchements de pouvoirs*. Son rôle dans le maintien

36. *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3 [ci-après: «BCO»].

37. *Ibid.*, par. 22 et 23.

38. *Ibid.*, par. 24.

39. *Ibid.* [nos italiques].

de cet équilibre consiste selon elle en l'élaboration et l'application de doctrines de mise en œuvre du partage des compétences « qui favorisent les interactions légitimes des pouvoirs fédéraux et provinciaux ». ⁴⁰

En somme, si la Cour suprême semble aujourd'hui animée par le désir de jouer un certain rôle en ce qui a trait au maintien d'un équilibre entre les pouvoirs des deux ordres de gouvernement, son choix en faveur d'une conception coopérative du partage des compétences a pour effet, en pratique, de la reléguer au second plan au bénéfice des acteurs politiques à ce chapitre. Il est d'ailleurs intéressant de noter à cet égard que, dans plusieurs décisions, la Cour suprême a accordé un poids significatif, dans des causes relatives au partage des compétences législatives, au fait que les deux ordres de gouvernement s'entendent sur la façon d'exercer leurs pouvoirs. ⁴¹

3.2. Le principe d'exclusivité et le fédéralisme coopératif

Le principe d'exclusivité signifie que, pour matière donnée, il n'existe qu'un seul ordre de gouvernement compétent pour légiférer. Les compétences exclusives d'un ordre de gouvernement ne peuvent donc être envahies par l'autre. C'est ce principe qui a pour l'essentiel présidé au partage des compétences législatives au Canada. Le texte constitutionnel est sans équivoque à cet égard. ⁴² Les compétences concurrentes y sont fort peu nombreuses. ⁴³

Le principe d'exclusivité est fondamentalement lié à celui d'autonomie des ordres de gouvernement dans l'exercice de leurs compétences législatives. Cela

40. *Ibid.*, par. 36.

41. *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p.19-20 [ci-après: « SEFPO »]; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, par.72; *Rothmans Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188, par. 26 [ci-après: « Rothmans »]; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, [2007] 2 R.C.S. 86, par. 88 [ci-après: « Lafarge »];

42. Les paragraphes introductifs des articles 91, 92 et 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 11, indiquent tous que la compétence législative attribuée aux parlements fédéral et provinciaux relativement aux matières qui y sont énumérées est « exclusive » (le terme « exclusivement » y est également utilisé).

43. Elles ne visent que l'agriculture et l'immigration (art. 95), les pensions de vieillesse et prestations additionnelles (art. 94A), le commerce interprovincial des ressources naturelles (art. 92A(3)).

dit, il est évidemment impossible, particulièrement en cette époque de multiplication et de complexification des interventions étatiques, de complètement éviter les « zones de contact »⁴⁴ entre les deux ordres de gouvernement. En revanche, le fédéralisme ne peut survivre à terme si l'on procède à un décloisonnement total des compétences législatives. Nous partageons ici l'opinion des professeurs Francis Delpérée et Marc Verdussen à l'effet « [...] que plus un État [fédératif] renonce à l'exclusivité des compétences, plus il s'éloigne de l'idéal d'égalité propre aux États fédéraux ». Ils ajoutent qu'« [...] à partir du moment où [les] dérogations [au principe d'exclusivité] sont trop nombreuses et trop conséquentes, au point de prendre le pas sur le principe, c'est le caractère fédéral de l'État qui est mis en cause »⁴⁵.

Eu égard au principe d'exclusivité, l'on peut identifier dans la jurisprudence et la doctrine canadiennes, deux conceptions différentes du partage des compétences législatives: la conception classique et la conception moderne. La première consiste en l'idée que les pouvoirs conférés par les articles 91 et 92 constituent des « compartiments étanches »⁴⁶ et qu'il faut donc le plus possible éviter ou limiter les chevauchements de compétences entre les deux ordres de gouvernement. La notion d'exclusivité des compétences législatives joue ici un rôle de premier plan. L'expression « fédéralisme dualiste » est parfois employée pour désigner le paradigme classique.

Inversement, dans la conception moderne du partage, le principe d'exclusivité est appliqué d'une façon beaucoup plus faible, ce qui favorise ainsi l'existence de larges domaines de compétences concurrentes.⁴⁷ Les cheu-

44. Beetz, Jean, « Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867 », dans Crépeau, P.-A. et Macpherson, C. B. (dir.), *L'avenir du fédéralisme canadien*, Toronto, University of Toronto Press, 1966, p. 123.

45. Delpérée, Francis et Verdussen, Marc, « L'égalité, mesure du fédéralisme », dans Gaudreault-Desbiens, Jean-François et Gélinas, Fabien (dir.), *Le fédéralisme dans tous ses états. Gouvernance, identité et méthodologie*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 200 et 203.

46. Cette expression est du Comité judiciaire du Conseil privé dans l'arrêt A.-G. for Canada v. A.-G. for Ontario, [1937] A.C. 326, p. 354, où Lord Atkin s'exprimait en ces termes: « 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. Le juge Dickson s'est fait le constant promoteur de cette conception du partage des compétences: 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.

chements de compétence entre les deux ordres de gouvernement y sont donc non seulement considérés normaux, mais bienvenus. Les expressions « fédéralisme souple » ou « fédéralisme coopératif » sont souvent employées pour faire référence à cette conception.

En règle générale, la conception classique tend à favoriser le respect de l'autonomie des deux ordres de gouvernement dans l'exercice de leurs compétences législatives. Plus particulièrement, elle protège l'autonomie provinciale en limitant les chevauchements de lois conduisant à l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale en cas de conflit.⁴⁸

Il est maintenant bien établi que la Cour suprême du Canada inscrit sa jurisprudence fédérative dans une conception moderne du partage des compétences favorable aux chevauchements de pouvoirs entre les deux ordres de gouvernement. Dans de nombreuses décisions, elle affirme que le principe d'exclusivité n'est pas impérieux et ne représente pas « le courant dominant en matière constitutionnelle ».⁴⁹ Au contraire, la Cour est d'avis qu'historiquement, « le droit constitutionnel canadien a permis passablement d'interaction et même de chevauchement en ce qui concerne les pouvoirs fédéraux et provinciaux »,⁵⁰ et que « la Constitution ne crée pas d'« enclaves » autour des acteurs fédéraux et provinciaux ».⁵¹ Les expressions « fédéralisme souple » ou « fédéralisme coopératif »⁵² sont fréquemment employées dans sa jurisprudence, en mettant l'accent sur l'idée que la séparation entre les ordres de gouvernement n'est pas absolue.

48. Pour une étude en profondeur des tenants et aboutissants des paradigmes classique et moderne du partage des compétences législatives et de leurs applications jurisprudentielles, voir 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.

49. *EFPO*, *supra* note 41, p. 17.

50. *ibid.*, p.17-18. Ces propos sont repris cette fois par une Cour unanime dans la décision *General Motors of Canada c. City National Leasing*, *supra* note 23.

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

52. Voir notamment: *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, [2010] 2 R.C.S. 453, par. 119; *Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, [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 du Revenu national)*, [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; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373.

En 2007, dans la décision *Banque canadienne de l'Ouest*, la Cour a réitéré sa foi en une conception moderne du partage des compétences.⁵³ Elle fit de même en 2010 dans trois décisions.⁵⁴ Pour la Cour suprême,

« [les] chefs de compétences ne sont plus hermétiques. De nos jours, la complexité de l'activité législative empêche souvent un ordre de gouvernement de s'acquitter de son rôle constitutionnel sans empiéter sur la compétence de l'autre ordre. L'adhésion de notre Cour à une conception du fédéralisme à la fois souple et axée sur la coopération permet de conclure qu'il y a lieu d'encourager ce genre d'activité législative pragmatique ».⁵⁵

L'adoption d'une conception moderne du partage des compétences entraîne une multiplication des chevauchements de normes provinciales et fédérales valides pouvant mener à l'application de la doctrine de la prépondérance fédérale en cas d'incompatibilité. Or, la jurisprudence est à l'effet qu'une norme provinciale deviendra inopérante (sera privée de ses effets), si elle entrave la réalisation de l'objet de la norme fédérale, en d'autres termes, si elle déjoue l'intention du Parlement fédéral.⁵⁶ Ce critère conditionne donc l'application de la prépondérance fédérale, donc l'inopérabilité d'une loi provinciale, à *une simple volonté expresse* du législateur fédéral d'exclure l'intervention législative provinciale, par ailleurs valide. Ce critère laxiste d'incompatibilité cadre davantage dans une conception classique du partage des compétences, protectrice de l'aire d'exclusivité des seules com-

53. La Cour y résume de la doctrine de la validité constitutionnelle et rappelle que celle-ci doit débiter par une analyse du « caractère véritable » de la règle de droit contestée, exercice qui vise à déterminer la matière sur laquelle elle porte essentiellement. Elle réaffirme également l'idée selon laquelle des effets secondaires ou accessoires sur une matière relevant de la compétence de l'autre ordre de gouvernement n'entachent pas sa validité constitutionnelle. Il s'agit de la théorie des pouvoirs accessoires. Enfin, elle rappelle que certaines matières peuvent comporter à la fois un aspect provincial et un autre fédéral, auquel cas la théorie du double aspect doit être appliquée afin de permettre aux deux ordres de gouvernement de légiférer valablement sur l'aspect de la matière relevant de leur compétence. La Cour rattache toutes ces théories relatives à la question de la validité constitutionnelle à la conception moderne du partage des compétences puisqu'elles permettent et favorisent même des chevauchements entre les deux ordres de gouvernement: *BCO*, *supra* note 36, par. 25-32.

54. *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, *supra* note 52; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, [2010] 2 R.C.S. 536; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61.

55. *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, par. 139.

56. *Rothmans*, *supra* note 41.

pétences fédérales, qu'avec une conception moderne favorable aux chevauchements que la Cour dit pourtant adopter.

En somme, l'enthousiasme manifesté par la plus haute cour canadienne à l'égard du fédéralisme coopératif nous laisse songeuse sur l'avenir du principe de l'exclusivité des pouvoirs au Canada. Si le temps de l'étanchéité complète des compétences est certes révolu, la flexibilité n'est pas toujours une vertu, surtout quand cette flexibilité est complètement débridée et entièrement laissée aux aléas de la vie politique.⁵⁷ Pour une nation minoritaire comme le Québec, l'équilibre entre la flexibilité que procure le fédéralisme coopératif et la rigidité des prescriptions constitutionnelles à titre de remparts aux ingérences de l'ordre de gouvernement fédéral en matière provinciale est d'une importance vitale.

3.3. L'hégémonie de l'approche évolutive

Toute activité interprétative implique une certaine part de création. Les juges bénéficient donc toujours d'une certaine marge de discrétion dans la détermination du sens des règles de droit. Cette discrétion prend toutefois des proportions considérables en matière constitutionnelle. D'abord, la généralité des termes utilisés dans les textes constitutionnels ouvre la porte à une pluralité de significations plausibles. Ensuite, les textes constitutionnels fournissent rarement des règles précises afin de résoudre des cas particuliers, ce qui amène les juges à suppléer au silence ou au laconisme de la lettre de la Constitution. C'est ce que le professeur Loungnarath nomme l'indétermination et l'insuffisance des textes constitutionnels, caractéristiques qui « [...] créent un espace à l'intérieur duquel la décision judiciaire n'est plus objectivée par le raisonnement juridique ou la lettre de la disposition constitutionnelle. Lorsque le juge évolue dans cet espace, il est inévitable que certaines de ses valeurs politiques pénètrent et infléchissent le droit ».⁵⁸ La nature politique de la jurisprudence

57. Foucher, Pierre, « Flexibilité du fédéralisme », dans Beaudoin, Gérard-A., Magnét, Joseph et autres, *Le fédéralisme de demain: réformes essentielles*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, p. 74.

58. Loungnarath, Vilaysoun, *supra* note 7, p. 1006 et 1007; Voir également: Brun, Henri, Tremblay, Guy, Brouillet, Eugénie, *Droit constitutionnel*, 5^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 183; Laloie, Andrée, Mulazzi, Pierrette, Gamache, Michelle, « Les idées politiques au Québec et le droit constitutionnel canadien », dans Bernier, Yvan, Lajoie, Andrée (dir.), *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*, Commission royale sur l'union écono-

constitutionnelle ne peut en effet faire de doute.⁵⁹ Le degré d'imprécision du texte constitutionnel et son ancienneté influenceront grandement sur la marge de discrétion dont les juges bénéficieront dans la détermination du sens de ses dispositions.

L'on peut distinguer, pour l'essentiel, deux grands modes d'interprétation en matière constitutionnelle: les approches originaliste et évolutive.⁶⁰ Selon la première, la Cour doit accorder une grande importance à l'intention du constituant dans la détermination du sens d'une disposition du texte constitutionnel, en d'autres termes, elle doit chercher à établir sa signification originale et en tenir compte dans le processus d'adaptation du texte en fonction de l'évolution de la société. Selon la deuxième, s'il existe une inadéquation entre, d'une part, le texte constitutionnel et, d'autre part, les conditions sociétales auxquelles il devrait s'appliquer, le juge est autorisé à se substituer au constituant et ainsi décider des prescriptions constitutionnelles les plus souhaitables en regard de leurs conséquences politiques. Il est clair que ce second paradigme interprétatif donne à la Cour constitutionnelle une marge d'appréciation beaucoup plus grande que celle que lui offre l'approche originaliste. En outre, s'il va de soi que de donner trop d'importance au sens qu'avaient les termes de la Constitution lors de son adoption ou au contexte qui prévalait à cette époque puissent empêcher l'adaptation nécessaire du texte aux conditions sociétales, il reste que de n'accorder aucun poids ou qu'un poids ténu à l'intention du constituant dans l'interprétation des règles répartitrices des compétences législatives peut être perçu comme ayant pour effet de dénaturer le pacte fédératif originaire et ainsi mettre en cause la légitimité de la Cour.

Le principe d'interprétation évolutive est, depuis quelques décennies, celui que favorise la Cour suprême du Canada en matière constitutionnelle en

mique et les perspectives de développement du Canada, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, Ottawa, 1986, p. 1 à 110, dans lequel les auteurs démontrent que la jurisprudence constitutionnelle est influencée par les idées politiques en cours.

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

60. Verdussen, Marc, *Les douze juges. La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Éditions Labor, 2006, p. 44; Brun, Henri, Tremblay, Guy, Brouillet, Eugénie, *supra* note 58, p. 199-204; Carignan, Pierre, « De l'exégèse et de la création dans l'interprétation judiciaire des lois constitutionnelles », (1986) 20 *R.J.T.* 27, p. 32.

général, y compris en matière de partage des compétences.⁶¹ En guise d'exemple, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23,⁶² la Cour était appelée à examiner la validité constitutionnelle de dispositions législatives fédérales relatives aux congés parentaux. Il s'agissait de déterminer si ces dispositions⁶³ empiétaient sur la compétence des provinces relative à la propriété et aux droits civils ou aux matières d'une nature purement locale ou privée⁶⁴ ou si elles relevaient de la compétence fédérale de légiférer relativement à l'assurance-chômage.⁶⁵ La Cour privilégia alors le principe d'interprétation évolutive afin de définir la portée de la compétence fédérale en matière d'assurance-chômage et conclut qu'elle peut aujourd'hui s'étendre à des mesures sociales, en l'occurrence des congés parentaux. La Cour d'appel du Québec, qui avait plutôt privilégié une approche originaliste, en était plutôt venue à la conclusion que la preuve présentée démontrait que la modification constitutionnelle de 1940 par laquelle était transférée au Parlement fédéral la compétence des provinces sur l'assurance-chômage, ne visait pas à élargir sa compétence à des mesures de bien-être et de sécurité sociale, relevant des provinces. Si tel avait été le cas, ces dernières auraient refusé d'acquiescer à la modification constitutionnelle.⁶⁶ Selon la Cour d'appel, le principe d'interprétation évolutive ne peut être appliqué en faisant fi de l'intention du constituant en 1940.⁶⁷

61. Dans l'arrêt *Renvoi sur la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 412, la Cour suprême affirme qu'il faut considérer « [...] une constitution appelée à répondre aux besoins du Canada dans les années à venir comme un instrument flexible susceptible de s'adapter à un monde en évolution ». Quelques années plus tard, dans *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, p. 365 et 366, elle énonce explicitement que l'interprétation de la Charte canadienne doit être évolutive et dynamique, référant à la métaphore de l'arbre vivant du Comité judiciaire énoncée dans *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 ». Voir également, *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Maksteel Québec Inc.*, [2003] 3 R.C.S. 228, par. 11. La même année, dans la décision *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155, elle réitère son attachement à l'interprétation évolutive de la Constitution, cette fois dans son ensemble. Voir, au même effet, *R. c. Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56, p. 81.

62. *Supra* note 25.

63. *Loi sur l'assurance emploi*, L.C. 1996, ch. 23, articles 22 et 23.

64. *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 11, paragraphes 92(13) et 92(16).

65. *Ibid.*, paragraphe 91(2A).

66. *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, (2004) R.J.Q. 399 (C.A.Q.), par. 73

67. *Ibid.*, par. 92.

Les principes d'interprétation jouent une fonction rhétorique indéniable dans l'art de l'adjudication. Ils constituent des guides, des outils dont se servent les juges afin de justifier et de légitimer leurs décisions. Le choix de tel ou tel autre principe relève de l'entière discrétion du juge qui y aura recours dans l'objectif de persuader son auditoire que sa décision est non seulement raisonnable, mais également justifiable en droit.⁶⁸ Le problème qui se pose alors est celui de l'auditoire. Si l'interprétation large et évolutive commande la prise en considération des attentes et des valeurs de la société, il s'agit bien sûr des attentes et des valeurs dominantes ou majoritaires. Or, l'affaiblissement du principe fédératif et du principe d'exclusivité des compétences qui lui est, en quelque sorte, consubstantiel, répond généralement aux attentes et aux valeurs dominantes dans la société canadienne, du moins chez ses élites, en faveur de la centralisation des pouvoirs. Ce désir centralisateur est intimement lié au fort sentiment d'appartenance qu'entretiennent les Canadiens anglais, de façon générale, vis-à-vis du gouvernement central.⁶⁹ Pour eux, c'est cet ordre de gouvernement qui devrait jouir du plus grand nombre possible de pouvoirs afin de réaliser les buts nationaux. Ainsi, comme le souligne le professeur François Rocher, « La légitimation du régime politique canadien ne repose plus sur la plus ou moins grande conformité aux principes fédéraux mais sur l'adéquation entre les politiques publiques et les besoins exprimés par l'ensemble des citoyens. En d'autres mots, la légitimité fédérale n'est plus essentielle à la stabilité du système politique canadien, du moins du point de vue de l'approche dominante au Canada ». ⁷⁰ Or, dans un régime fédératif au sein duquel se trouve une collectivité nationale minoritaire, le respect de la nature fédérative de la structure constitutionnelle est vital.

68. Perelman, Chaïm, « La motivation des décisions de justice, essai de synthèse », dans 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 et 26.

69. Sur ce sentiment identitaire canadien-anglais, le professeur Philip Resnick s'exprimait en ces termes: « 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.

70. Rocher, François, *supra* note 10, p. 136.

Cette hiérarchisation des principes d'interprétation, c'est-à-dire cette primauté accordée par la Cour au principe d'interprétation évolutive vis-à-vis l'approche originaliste, a pour effet d'élargir davantage la marge de discrétion dont bénéficient déjà dans une large mesure la Cour suprême et accroît l'importance de son rôle en matière de différends fédératifs.

Nous l'avons dit, le rôle déterminant que joue la justice constitutionnelle en matière d'équilibre des pouvoirs n'est pas facilement perceptible pour des personnes non initiées à ce domaine assez technique du droit constitutionnel. Les plus hautes cours sont aussi parfois appelées à se prononcer sur des questions plus extraordinaires, des questions qui les engagent dans un délicat exercice de pondération entre des considérations relatives à la légalité (ou constitutionnalité) et d'autres liées à la légitimité.

4. Le rapatriement du pouvoir constituant et la sécession du Québec

Dans l'histoire constitutionnelle moderne, la Cour suprême du Canada fut appelée à se prononcer sur des questions touchant à des aspects fondamentaux de la vie fédérative du pays. Tel fut le cas en 1981 et 1982 dans les renvois sur le rapatriement du pouvoir constituant et, en 1998, dans le renvoi sur la sécession du Québec.

4.1. Le rapatriement du pouvoir constituant

L'acquisition par le Canada de la pleine souveraineté vis-à-vis la Grande-Bretagne est le fruit d'une longue évolution. L'ordre juridique canadien s'est progressivement détaché de l'ordre juridique britannique, sans jamais opérer de rupture. Avant la réforme constitutionnelle de 1982, bien que l'on ne pût plus douter que le Canada était un pays pleinement souverain tant au plan interne qu'au plan international, le pouvoir constituant (pouvoir de modifier la Constitution) était toujours formellement entre les mains du Parlement de Londres. Cependant, il était depuis fort longtemps acquis que ce dernier ne légifèrait en matière constitutionnelle pour le Canada que suivant les instructions de celui-ci.⁷¹

71. Dès les années 1860 s'était en effet développée une politique impériale voulant qu'il existât un certain consentement des colonies britanniques aux changements constitutionnels envisagés par la métropole. L'article 4 du *Statut de Westminster de 1931*, L.R.C. 1985, app. II, no. 27, est venu plus tard confirmer cette convention.

Le projet de rapatrier au Canada le pouvoir constituant a fait l'objet de nombreuses discussions entre le gouvernement fédéral et les provinces entre les années 1930 et 1980, discussions qui se sont toutes soldées par un échec, faute d'en venir à un accord sur une procédure de modification devant être insérée dans le texte constitutionnel pour l'avenir. À partir de 1965, tous les gouvernements québécois successifs avaient adopté la position selon laquelle le règlement de cette question ne devait se faire qu'après une nouvelle répartition des pouvoirs visant à procurer au Québec les compétences nécessaires à son épanouissement au sein de la fédération canadienne.

Au cours de la campagne référendaire de 1980 portant sur la question de la souveraineté du Québec, le premier ministre fédéral, Pierre-Elliott Trudeau, faisait une promesse aux Québécois: le rejet de la souveraineté mènerait à une réforme en profondeur du fédéralisme canadien. Ceux-ci comprennent alors que cette réforme irait dans le sens des revendications traditionnelles du Québec en matière constitutionnelle. Il en fut tout autrement.

Profitant de l'affaiblissement du rapport de force du Québec au sein de la fédération canadienne découlant du rejet de l'option souverainiste lors du référendum de 1980, Trudeau relance le projet de rapatriement du pouvoir constituant. Ce projet est accompagné de modifications visant l'insertion dans la Constitution de formules d'amendement et d'une charte des droits et libertés de la personne. Ces modifications affectaient de façon importante les pouvoirs des provinces.

Ce projet rencontre l'opposition de huit provinces sur dix, dont celle du Québec. Le gouvernement fédéral ayant annoncé qu'il irait de l'avant avec son projet en présentant une requête unilatérale au Parlement britannique, trois provinces (le Québec, le Manitoba et Terre-Neuve) demandent à leur Cour d'appel de se prononcer sur la constitutionnalité d'un tel acte, tant sur le plan du droit strict que sur celui des conventions constitutionnelles. C'est la Cour suprême qui fut appelée à trancher cette question en dernier ressort. Dans l'histoire constitutionnelle canadienne, c'était la première fois qu'un tribunal de dernière instance était appelé à se prononcer de façon aussi directe et massive sur les fondements mêmes de la structure constitutionnelle de l'État canadien et, plus précisément, sur sa nature fédérative.

Elle jugea à la majorité, dans le *Renvoi: résolution pour modifier la Constitution*,⁷² qu'en droit strict, le fédéral pouvait demander à Londres un rapatriement qui affecte les pouvoirs des provinces, malgré l'opposition d'une majorité d'entre elles. Pour l'essentiel, elle en vient à cette conclusion en invoquant l'argument suivant: il n'existe légalement aucune restriction au pouvoir du Parlement fédéral et des chambres législatives en général d'adopter des résolutions et d'ainsi demander à Londres de rapatrier et de modifier la Constitution canadienne. Les provinces prétendaient quant à elles que leur consentement au projet de rapatriement et de modification de la Constitution était légalement requis en vertu du principe fédératif.

Ainsi, en 1981, dans une affaire d'une importance capitale pour l'avenir du fédéralisme canadien, la Cour adopte une approche positiviste de l'interprétation constitutionnelle. Étant donné le silence du texte sur la question du pouvoir constituant, la Cour suprême s'est contentée d'appliquer les règles relatives au pouvoir des chambres législatives de s'exprimer en toute liberté par le biais d'une résolution. Comme l'écrivent les professeurs Sujit Choudhry et Robert Howse, au cœur de l'approche positiviste de l'interprétation constitutionnelle, se trouve une nette distinction entre légitimité et légalité. Lorsque ces deux notions ne coïncident pas, cette approche nie aux tribunaux le pouvoir de les réconcilier.⁷³

La réponse de la Cour suprême relativement à l'aspect conventionnel de la question est tout autre. Quoique le Parlement fédéral puisse légalement agir sans le consentement des provinces, il violerait, ce faisant, une convention constitutionnelle.

Une convention constitutionnelle est une règle élaborée par entente entre gouvernants ou politiciens, qui n'est pas sanctionnée par les tribunaux, mais appliquée et respectée par les parties en raison d'une nécessité politique.⁷⁴ Après avoir énoncé les trois conditions d'existence d'une convention constitutionnelle (l'existence d'un ou de précédents; les acteurs doivent s'être sentis liés par une règle; et cette dernière doit avoir une raison d'être), la Cour conclut

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, aux pp. 153 et 154.

74. Brun, Henri, Tremblay, Guy, Brouillet, Eugénie, *supra* note 58, p. 43 et suivantes.

qu'il existe en droit canadien une convention constitutionnelle obligeant le Parlement fédéral à obtenir « un degré appréciable de consentement provincial »⁷⁵ avant de demander au Parlement britannique d'opérer une modification constitutionnelle affectant les pouvoirs des provinces.

Alors que la majorité des juges de la Cour a refusé de recourir au principe du fédéralisme aux fins de l'examen de la légalité du projet fédéral, elle l'a nommément invoqué à titre de principe justifiant l'existence d'une convention constitutionnelle requérant un degré appréciable de consentement provincial.⁷⁶ La Cour affirme que « [L]e principe fédéral est irréconciliable avec un état des affaires où l'action unilatérale des autorités fédérales peut entraîner la modification des pouvoirs législatifs provinciaux[...] » et qu'admettre le contraire reviendrait à leur permettre d'obtenir par simple résolution ce qu'elles ne pourraient valablement accomplir par une loi.⁷⁷ Ainsi, la Cour suprême semble admettre certaines implications nécessaires au principe fédératif, dont l'autonomie des provinces dans leurs champs de juridiction et la suprématie des règles relatives au partage des compétences législatives. Par ailleurs, tout en admettant ces corollaires essentiels, elle en confine les effets à la dimension conventionnelle du droit constitutionnel. Pour la Cour suprême, l'acte unilatéral du Parlement fédéral est constitutionnel au sens légal, en vertu de la Constitution du Canada, mais inconstitutionnel au sens conventionnel, en raison du fédéralisme. La Cour suprême a donc accepté de palier le silence du texte constitutionnel quant aux règles devant présider à sa modification à l'aide du principe fédératif, en limitant toutefois les obligations constitutionnelles en découlant au domaine des conventions constitutionnelles.

75. *Renvoi: résolution pour modifier la Constitution*, supra note 72, p. 905.

76. **Notons sur cette question la dissidence du juge en chef Laskin et des juges Estey et McIntyre.** Ceux-ci, après avoir décidé de se limiter à l'examen de l'existence d'une convention constitutionnelle requérant le consentement unanime des provinces, affirme que reconnaître une telle convention serait méconnaître « la nature particulière du fédéralisme canadien ». Pour eux, cette nature particulière, qui découle de divers éléments institutionnels centralisateurs de la Constitution de 1867, « prive de sa force l'argument du fédéralisme [...] ». Nous sommes d'avis que ces juges confondent ici la question de la distinction entre un État unitaire et une fédération et celle du caractère plus ou moins centralisé d'une fédération. Un État est fédératif ou il ne l'est pas! Et si l'on conclut qu'on est en présence d'une fédération, qu'elle soit plutôt centralisée ou décentralisée, il faut nécessairement en faire découler certains corollaires juridiques essentiels.

77. *Ibid.*, aux pp. 905, 906 et 908.

Suite à cette décision de la Cour suprême, le gouvernement fédéral reprend les négociations avec les provinces, et, à la faveur de quelques changements apportés au projet antérieur, réussit à obtenir le consentement des neuf provinces majoritairement anglophones, à l'exclusion du Québec. Le gouvernement fédéral et les provinces signataires de l'entente entreprennent le processus devant mener au rapatriement de la Constitution et à sa modification.

Entre-temps, le gouvernement du Québec saisit la Cour d'appel d'une demande d'avis consultatif portant sur l'existence d'une convention constitutionnelle requérant le consentement du Québec pour les modifications à la Constitution affectant ses pouvoirs ou son statut au sein de la fédération canadienne. La Cour d'appel répondit de façon négative à la question, décision confirmée par la Cour suprême dans le *Renvoi: opposition à une résolution pour modifier la Constitution*,⁷⁸ huit mois après l'entrée en vigueur de la modification constitutionnelle. Selon la Cour suprême, bien que l'analyse des précédents indique que tous les projets fédéraux de modification antérieurs touchant aux droits des provinces avaient échoué en raison, dans deux cas, de l'opposition de provinces parmi lesquelles on comptait le Québec et, dans deux autres, de la seule opposition du Québec, la Cour fut d'avis que le gouvernement du Québec n'avait pas réussi à faire la preuve que les acteurs politiques s'étaient sentis liés par la nécessité du consentement de la province.

Cette décision de la plus haute cour canadienne mit un terme définitif à la prétention, continuellement exprimée par les gouvernements québécois, que le Québec détenait un droit de veto sur les modifications affectant ses pouvoirs ou son statut au sein de la fédération canadienne. Elle mit également au rancart l'idée que la fédération canadienne était fondée sur une entente entre deux peuples fondateurs égaux. Ainsi, bien que la *Loi constitutionnelle de 1982*⁷⁹ s'applique juridiquement au Québec comme à toutes les autres provinces, elle fait face à un grave déficit de légitimité politique: le Québec, l'une des provinces fondatrices de la fédération et le berceau de la culture francophone en Amérique, n'y a jamais consenti, ce qui pose évidemment un problème politique grave et fait planer une menace sur l'unité du pays.

78. [1982] 2 R.C.S. 793.

79. *Supra* note 12.

Les formules d'amendement présentement applicables et insérées en 1982 dans la Constitution canadienne requièrent aujourd'hui le consentement de toutes les provinces, donc celui du Québec, pour toute modification à la façon de modifier la Constitution, ce que l'on n'a pas jugé bon de lui reconnaître lors de la réforme constitutionnelle de 1982.

4.2. La question de la sécession du Québec

De façon constante, particulièrement à partir des années 1960, tous les gouvernements québécois, quel que soit le parti politique au pouvoir, ont dénoncé la tendance d'évolution centralisatrice de la fédération canadienne et ont réclamé le respect et même l'élargissement des compétences législatives exclusives du Québec afin de faire face aux réalités du monde contemporain.⁸⁰ Face au refus constant des autres provinces canadiennes ainsi que du gouvernement fédéral de permettre que le Québec fasse exception à la tendance centralisatrice de la fédération, réponse qui aurait pu prendre la forme constitutionnelle d'un fédéralisme asymétrique, un mouvement souverainiste est né et a pris de plus en plus d'ampleur.⁸¹

En 1976, le Parti québécois, dont l'objectif premier depuis sa naissance en 1968 est de réaliser la souveraineté du Québec à la suite d'un processus démocratique, est porté au pouvoir. Il tient en 1980 un référendum sur la négociation de la souveraineté du Québec accompagnée d'une association économique avec le Canada. Bien que la population québécoise se soit prononcée dans une proportion de 60% contre la proposition du gouvernement, elle reconduit le Parti québécois au pouvoir aux élections provinciales de 1981. En 1982, nous l'avons vu, une importante réforme constitutionnelle a lieu sans le consentement du Québec.

Le Parti Québécois défait aux élections de 1985 et 1989, revient au pouvoir en 1994. Dès l'année suivante, en 1995, il tient un deuxième référendum sur la souveraineté du Québec. Le résultat: 49,4% des Québécois se prononcent pour,

80. Québec, *Positions du Québec*, *supra* note 13.

81. Alors que le résultat du vote référendaire en faveur de la souveraineté du Québec se chiffrait à 40% en 1980, il atteint 49,4% en 1995. Il demeure aujourd'hui, suivant les différents sondages d'opinion, autour de 40%.

et 50,6% contre. En réaction à ce résultat on ne peut plus serré, le gouvernement fédéral, plutôt que d'ouvrir le dialogue avec le Québec, décide de mettre en œuvre une stratégie visant à empêcher la tenue d'un troisième référendum. La pierre angulaire de ce plan est la judiciarisation de la question de la sécession du Québec. En 1998, le gouvernement fédéral demande à la Cour suprême de répondre notamment à la question suivante dans le cadre d'une procédure de renvoi:⁸² le Québec peut-il, en vertu de la *Constitution du Canada*, procéder unilatéralement à la sécession du Québec du Canada?

Avant la décision de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*,⁸³ le droit constitutionnel canadien était complètement silencieux en ce qui a trait à la possibilité pour une province de faire sécession de la fédération. Seuls certains auteurs de doctrine s'étaient penchés sur cette question. Depuis 1998, l'état du droit constitutionnel relatif à la possibilité d'une province de réaliser sa pleine souveraineté découle de cet avis de la plus haute Cour canadienne.

D'emblée, la Cour affirme qu'elle se limitera à clarifier le cadre juridique à l'intérieur duquel pourra être prise une décision démocratique. À la question posée, portant sur la possibilité pour le Québec de procéder unilatéralement à la sécession, la Cour répond en deux temps: (1) la sécession du Québec est possible dans le cadre du droit constitutionnel canadien: un vote clair d'une majorité de Québécois, en réponse à une question claire relative à la souveraineté, fera naître une obligation constitutionnelle de négocier, pour le Québec et le Canada, un amendement constitutionnel relatif à la sécession, ainsi que les modalités d'une telle sécession. (2) En cas d'échec dans les négociations, la sécession est possible en marge de la Constitution canadienne par une décision unilatérale s'appuyant sur la reconnaissance de la communauté internationale. En d'autres termes, le Québec peut accéder à son indépendance en marge de la Constitution canadienne par une déclaration unilatérale d'indépendance sous l'égide de la communauté internationale, à la condition d'avoir préalablement tenté de négocier de bonne foi avec le Canada la sécession. Il ne s'agit donc pas d'un droit spécifique, ni en droit

82. La décision découlant d'une procédure de renvoi n'est formellement qu'un avis consultatif de la Cour. En pratique toutefois, elle a la même valeur qu'une décision rendue dans cadre d'un litige particulier.

83. [1998] 2 R.C.S. 217.

constitutionnel canadien, ni en droit international, mais bien d'une possibilité fondée sur le principe d'effectivité.

Pour l'essentiel, le Procureur général du Canada plaidait que la Cour devait, en vertu du principe de la primauté du droit, se limiter à appliquer la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui établit de façon expresse les règles relatives au processus de modification constitutionnelle. Étant donné que ces règles ne prévoient pas la possibilité pour une province de faire sécession du Canada, celle-ci serait donc inconstitutionnelle.⁸⁴

La Cour suprême, plutôt que de s'en tenir strictement aux textes constitutionnels, a préféré articuler une vision normative plus large de l'ordre constitutionnel canadien en ayant recours à certains principes sous-jacents. Comme le font remarquer les professeurs Sujit Choudhry et Robert Howse, en règle générale, la légalité est suffisante pour assurer la légitimité dans les régimes démocratiques libéraux. Cependant, dans certaines circonstances exceptionnelles, ce lien fait défaut; il faut donc se pencher directement sur la question de la légitimité.⁸⁵ La Cour suprême a donc choisi de définir le principe de la primauté du droit en relation avec le principe démocratique. Elle s'exprime en ces termes:

« Pour être légitimes, les institutions démocratiques doivent reposer en définitive sur des fondations juridiques [...] Il est également vrai cependant qu'un système de gouvernement ne peut survivre par le seul respect du droit. Un système politique doit aussi avoir une légitimité, ce qui exige, dans notre culture politique, une interaction de la primauté du droit et du principe démocratique. *Le système doit pouvoir refléter les aspirations de la population.* Il y a plus encore. La légitimité de nos lois repose aussi sur un appel aux *valeurs morales dont beaucoup sont enchâssées dans notre structure constitutionnelle.* Ce serait une grave erreur d'assimiler la légitimité à la seule « volonté souveraine » ou à la seule règle de la majorité, à l'exclusion d'autres valeurs constitutionnelles ».⁸⁶

84. Pour une critique intéressante de la position défendue par le procureur général du Canada dans le *Renvoi sur la sécession*, voir 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* note 73, p. 165. La Cour suprême affirme d'ailleurs que « dans notre tradition constitutionnelle légalité et légitimité sont liés »: *Renvoi sur la sécession*, *supra* note 83, p. 240.

86. *Ibid*, p. 256 (nos italiques).

La Cour identifie quatre principes sous-jacents aux textes constitutionnels qui sont, selon elle, pertinents pour répondre à la question posée: le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit et la protection des minorités. C'est en ayant recours plus particulièrement aux principes du fédéralisme et de la démocratie que la Cour suprême a tenté de réconcilier légalité et légitimité dans le contexte de la question de la sécession du Québec du Canada. L'obligation constitutionnelle de négocier, qui incombe tant au Québec qu'au Canada, découle de la jonction de ces deux principes. D'une part, selon la Cour, le Québec ne pourrait invoquer le principe démocratique afin de faire sécession unilatéralement du Canada. D'autre part, le gouvernement fédéral ne pourrait se fonder sur les principes du fédéralisme et du constitutionnalisme pour ignorer une volonté de sécession démocratiquement exprimée: « le principe démocratique [...] exigerait d'accorder un poids considérable à l'expression claire par la population du Québec de sa volonté de faire sécession du Canada même si un référendum, de lui-même et sans plus, n'aurait aucun effet juridique direct et ne pourrait à lui seul réaliser une sécession unilatérale ». ⁸⁷

Appelée à se pencher sur une question d'une telle importance dans la vie de la fédération, la plus haute cour canadienne a selon nous réussi, dans ce cas, à conjuguer légalité et légitimité. La légitimité de l'ordre constitutionnel bien sûr, mais également sa propre légitimité. Car, rappelons-le, « la légitimité d'une institution tient autant à ce qu'elle fait qu'à ce qu'elle est ». ⁸⁸

5. Conclusion

L'importance fondamentale des textes constitutionnels dans la hiérarchie normative requiert que ceux-ci ne puissent être amendés que suivant une formule plus exigeante que celle requise pour la modification de lois ordinaires. En contexte fédératif, cette relative intangibilité de la Constitution, pacte fondateur du vivre ensemble, fait en sorte que son évolution est, dans bien des États, largement tributaire de l'œuvre interprétative de la Cour constitutionnelle. L'importance de cette dernière prend toutefois des proportions considérables au Canada, puisque le pouvoir constituant y est pour

87. *Ibid.*, par. 87.

88. Verdussen, Marc, *supra* note 60, p. 65.

ainsi dire paralysé. C'est par conséquent entre les mains de la Cour suprême que réside, pour l'essentiel, le pouvoir ultime du dernier mot en matière d'interprétation constitutionnelle, sinon *de jure*, du moins *de facto*. Or, à bien des égards, la Cour suprême du Canada fait figure d'exception au sein des régimes fédératifs: son existence et ses caractéristiques essentielles ne sont pas formellement enchâssées dans la Constitution et tous ses membres, de même que tous les juges des cours supérieures provinciales, sont désignés unilatéralement par le gouvernement fédéral.

Si la tendance d'évolution centralisatrice qui se dégage généralement de la jurisprudence constitutionnelle s'inscrit peut-être dans le sillage d'une propension naturelle des sociétés démocratiques à renforcer leur centre, elle pose problème en contexte fédératif multinational. Au Canada, la coexistence des nationalismes canadien et québécois commande la préservation d'un équilibre entre les pouvoirs des ordres de gouvernement fédéral et provincial. Le principe fédératif et son corollaire essentiel, celui de l'autonomie des ordres de gouvernement dans l'exercice de leurs compétences législatives, constituent pour le Québec beaucoup plus qu'une simple technique de gouvernance, mais bien la garantie de son épanouissement en tant que collectivité nationale au sein de la fédération canadienne.

RÉSUMÉ

Revista catalana de dret públic, 43, ISSN 1885-5709, 2011

Source de la classification: Classification Decimale Universelle (CDU)

Source des descripteurs: mots-clés facilités per les auteurs

342:353(71)

Eugénie Brouillet, professeure agrégée de droit constitutionnel à la Faculté de droit de l'Université Laval.

fr Le rôle de la Cour suprême dans l'évolution de la fédération canadienne: quel équilibre des pouvoirs?

p. 187-221

On peut noter, au sein des fédérations contemporaines, une certaine tendance à la concentration des pouvoirs découlant de la mise en œuvre judiciaire des règles relatives au partage des pouvoirs entre les ordres de gouvernement. Le Canada ne fait pas exception à cet égard. En tant qu'arbitre ultime des différends fédératifs, la Cour suprême a insufflé d'une voie d'évolution centralisatrice à la fédération canadienne. En ce qui a trait aux différends portant sur le partage des compétences législatives, cette tendance prend appui sur une dilution de la valeur normative du principe du fédéralisme, l'adoption d'une conception dite coopérative du partage des compétences et l'hégémonie de l'approche interprétative évolutive. Également appelée à jouer un rôle

fondamental à certains moments charnières de l'histoire constitutionnelle du pays, la Cour a dû tenter de concilier les questions de légitimité et de légalité. Si l'adoption d'une approche positiviste de l'interprétation constitutionnelle lui rendit cette tâche difficile dans les renvois sur le rapatriement du pouvoir constituant au début des années 1980, une vision plus large de l'ordre normatif canadien lui permit, dans une large mesure, d'y parvenir dans le renvoi de 1998 sur la sécession du Québec. Pour une collectivité nationale minoritaire, comme l'est le Québec au sein de la fédération canadienne, le maintien d'un équilibre des pouvoirs est vital, puisqu'il lui permet de préserver sa sphère autonome essentielle à son épanouissement collectif.

Mots-clés: Canada, Québec, État Fédéral, fédération, provinces, équilibre des pouvoirs, Cour Suprême.

RESUM

Revista catalana de dret públic, 43, ISSN 1885-5709, 2011

Font de la classificació: Classificació Decimal Universal (CDU)

Font dels descriptors: paraules clau facilitades pels autors

342:353(71)

Eugénie Brouillet, *professeure agrégée* de dret constitucional a la Facultat de dret de la Universitat Laval.

fr Le rôle de la Cour suprême dans l'évolution de la fédération canadienne : quel équilibre des pouvoirs?

ca El paper del Tribunal Suprem en l'evolució de la Federació canadenca: quin equilibri de poders?

p. 187-220

Cal remarcar, en el si de les federacions contemporànies, una certa tendència a la concentració dels poders resultant de l'aplicació judicial de les normes relatives a la divisió de poders entre els nivells de govern. Canadà no és una excepció en aquest sentit. Com a àrbitre últim dels conflictes federatius, el Tribunal Suprem ha infós un camí d'evolució cap a la centralització de la federació canadenca. Pel que fa als conflictes sobre el repartiment de competències legislatives, aquesta tendència es basa en una dilució del valor normatiu del principi del federalisme, l'adopció d'un concepte anomenat cooperatiu del repartiment de competències i l'hegemonia de l'enfocament interpretatiu evolutiu. Igualment cridat a jugar un paper fonamental en certs moments clau de la his-

tòria constitucional del país, el Tribunal va haver d'intentar conciliar les qüestions de legitimitat i de legalitat. Si l'adopció d'un enfocament positivista de la interpretació constitucional li va donar aquesta difícil tasca en les referències sobre la repatriació del poder constituent a principis dels anys 1980, una visió més àmplia de l'ordre normatiu canadenc li va permetre, en gran mesura, de tornar-hi en la referència de 1998 sobre la secessió del Quebec. Per una col·lectivitat nacional minoritària com és la del Quebec dins de la federació canadenca, el manteniment d'un equilibri de poders és de vital importància, ja que li permet conservar la seva esfera autònoma fonamental per a la seva expansió col·lectiva.

Paraules clau: Canadà, Quebec, Estat federal, Federació, províncies, equilibri de poders, Tribunal Suprem.

RESUMEN

Revista catalana de dret públic, 43, ISSN 1885-5709, 2011

Fuente de la clasificación: Clasificación Decimal Universal (CDU)

Fuente de los descriptores: palabras clave facilitadas por los autores

342:353(71)

Eugénie Brouillet, *professeure agrégée* de derecho constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Laval.

fr Le rôle de la Cour suprême dans l'évolution de la fédération canadienne: quel équilibre des pouvoirs?

es El papel del Tribunal Supremo en la evolución de la Federación canadiense: ¿qué equilibrio de poderes?

p. 187-220

Hay que remarcar, en el seno de las federaciones contemporáneas, una cierta tendencia a la concentración de los poderes resultante de la aplicación judicial de las normas relativas a la división de poderes entre los niveles de gobierno. Canadá no es una excepción en este sentido. Como árbitro último de los conflictos federativos, el Tribunal Supremo ha infundido un camino de evolución hacia la centralización de la federación canadiense. Con respecto a los conflictos sobre el reparto de competencias legislativas, esta tendencia se basa en una dilución del valor normativo del principio del federalismo, la adopción de un concepto llamado cooperativo del reparto de competencias y la hegemonía del enfoque interpretativo evolutivo. Igualmente llamado a jugar un

papel fundamental en ciertos momentos clave de la historia constitucional del país, el Tribunal tuvo que intentar conciliar las cuestiones de legitimidad y de legalidad. Si la adopción de un enfoque positivista de la interpretación constitucional le dió esta difícil tarea en las referencias sobre la repatriación del poder constituyente, al principio de los años 1980, una visión más amplia del orden normativo canadiense le permitió, en gran medida, volver a la referencia de 1998 sobre la secesión del Quebec. Para una colectividad nacional minoritaria como es la del Quebec dentro de la federación canadiense, el mantenimiento de un equilibrio de poderes es de vital importancia, ya que le permite conservar su esfera autonómica fundamental para su expansión colectiva.

Palabras clave: Canadá, Quebec, Estado federal, Federación, provincias, equilibrio de poderes, Tribunal Supremo

ABSTRACT

Revista catalana de dret públic, 43, ISSN 1885-5709, 2011

Classification source: Universal Decimal Classification (UDC)

Key words source: Key words are given by authors

342:353(71)

Eugénie Brouillet, Associate Professor, Laval University Law School

fr Le rôle de la Cour suprême dans l'évolution de la fédération canadienne: quel équilibre des pouvoirs?

en The Role of the Supreme Court in the Evolution of the Canadian Federation: Seeking a Balance of Powers

p. 187-220

A trend can be observed, within modern-day federations, towards a concentration of powers following the application, by the courts, of the rules governing power-sharing between the levels of government. Canada is no exception to this trend. The Supreme Court, as the ultimate arbiter of federative disputes, has given new impetus to the centralizing process apparent in the Canadian federation. In disputes involving the division of legislative powers, the new approach is apparent in the dilution of the normative value of the principle of federalism, the adoption of a so-called “cooperative” approach to power-sharing, and the hegemony of the evolutive approach to interpretation. The Supreme Court, called upon to play a funda-

mental role at certain key moments in the country’s constitutional history, has attempted to reconcile the questions of legitimacy and legality. While the adoption of a positivist approach to constitutional interpretation made this a difficult task when it examined the references on the repatriation of constituent powers in the early 1980s, a broader vision of Canada’s normative order made it possible to achieve its goal, to a large extent, in the 1998 reference on Québec secession. For a minority national group such as Québec within the Canadian federation, maintaining a balance of powers is vital, since this is what allows it to preserve the sphere of autonomy essential to its collective development

Key words: Canada, Québec, federal state, federation, provinces, balance of powers, Supreme Court