LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE AU CANADA À L'APPROCHE DE L'AN 2000 : UNIFORMISATION OU CONSTRUCTION PLURIELLE DU DROIT ?

*Ghislain Otis**

Dans cet article, l'auteur tente de répondre à la question de savoir si l'action de la justice constitutionnelle canadienne tend vers une construction unitaire et homogène de l'ordre juridique interne ou, au contraire, vers une construction décentralisée et plurielle du droit. Il analyse, pour ce faire, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada dans les deux domaines privilégiés de la justice constitutionnelle, savoir, le contentieux du partage fédératif des compétences et celui relatif à la Charte canadienne des droits et libertés.

L'auteur fait ressortir les poussées intégrationnistes qui, sous l'impulsion des juges, travaillent le fédéralisme canadien et tendent dès lors vers le renforcement du pouvoir central au détriment de la diversité juridique ; il met aussi en relief l'ambivalence de la Cour suprême du Canada devant le potentiel uniformisateur de la Charte canadienne des droits et libertés.

In this article, the author attempts to answer the question as to whether Canadian constitutional justice tends towards a unitary and homogeneous construction of the internal legal order or, on the contrary, towards a decentralized and plural construction of the law. To this end, he analyses the caselaw of the Supreme Court of Canada in the two favoured areas of constitutional justice: litigation matters concerning the federative distribution of powers and that concerning the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

The author puts the emphasis on the integrationist pressures which, through the impetus given by the justices, shape Canadian federalism and consequently tend towards the reinforcement of the central power to the detriment of the legal diversity. He also highlights the fact that the Supreme Court of Canada is ambivalent with regards the standardizing potential of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

* Avocat, professeur agrégé, Université Laval, Québec.

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION	263
II.	LE PARTAGE FÉDÉRATIF DES COMPÉTENCES : LES FORCES INTÉGRATIONNISTES DANS LA « MACRO-CONSTRUCTION » DU DROIT	265
	A. <i>La « macro-construction » du droit par la justice constitutionnelle</i>	265
	B. <i>L'évolution intégrationniste des principes généraux de mise en œuvre du fédéralisme</i>	267
	C. <i>Le renforcement du pouvoir centrale eu égard aux titres particuliers de compétence</i>	269
III.	INTÉGRATION ET DIVERSITÉ JURIDIQUES DANS LE CONTENTIEUX DE LA <i>CHARTRE CANADIENNE</i>	273
	A. <i>Le potentiel intégrateur de la Charte</i>	273
	B. <i>La nécessaire prise en compte de la diversité fédérale</i>	276
IV.	CONCLUSION	279

« le mythe de l'intégration est en voie de relayer
celui de la nation »¹

I. INTRODUCTION

La justice constitutionnelle, par le travail d'interprétation du juge et par l'effet des diverses sanctions correctives que celui-ci applique², participe à la construction du droit³. À la faveur de cette impulsion créatrice, la loi fondamentale imprègne l'ordre juridique, l'irrigue et en oriente jusqu'aux fondements.

Le système de contrôle diffus de constitutionnalité pratiqué au Canada⁴ s'avère singulièrement propice à une pénétration profonde de l'œuvre constructive de la justice constitutionnelle en ce qu'il tend à multiplier et à diversifier les voies d'intervention du juge. On admet de plus diverses formes de contrôle de constitutionnalité ainsi que de multiples mécanismes de déclenchement de ce contrôle⁵.

Notre dessein n'est toutefois ici pas de rendre compte du phénomène de la construction du droit par la justice constitutionnelle, qui est maintenant bien décrit par la doctrine⁶. Nous nous proposons plutôt de considérer l'expérience canadienne au cours de la dernière décennie afin d'en évaluer les tendances au plan de la diversité juridique. Il s'agira de voir si l'action de la justice constitutionnelle canadienne tend vers une construction unitaire et homogène de l'ordre juridique ou, au contraire, vers une construction décentralisée et plurielle du droit.

¹ J. Chevalier, « L'État-Nation » (1980) 5 *Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger* 1271 à la p. 1299.

² En ce qui concerne la question des sanctions à l'inconstitutionnalité des lois au Canada, et de leur rôle normatif, on consultera J. Frémont, « La sanction des lois inconstitutionnelles et la fonction législative des tribunaux à la lumière de l'affaire Schachter » dans *Droits de la personne : l'émergence de droits nouveaux, Actes des journées Strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures* (1992), Cowansville, Yvon Blais, 1992, 545 ; K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada*, Aurora (Ontario), Canada Law Book, 1994 aux par. 14.60-14.1860.

³ Il semble que l'expression « construction de la loi » ou « construction du droit » ait été empruntée au vocabulaire juridique américain : voir H. Roussillon, « Contrôle de constitutionnalité et droits fondamentaux » dans *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Montréal, AUFELF-UREF, 1994, 371 à la p. 378.

⁴ C'est-à-dire dévolu à tout juge au sein de l'appareil juridictionnel ordinaire et dont l'ultime instance loge à la Cour suprême du Canada. Voir notamment : O. Duhamel et Y. Mény, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, Presses universitaires de France, 1992 à la p. 229.

Les « modèles » de justice constitutionnelle ont été largement étudiés et comparés, voir par ex. les auteurs suivants : L. Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, Paris, Presses universitaires de France, 1986 aux pp. 5-33 ; D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, 1992 aux pp. 13-23 ; X. Philip, « Le contrôle de constitutionnalité des droits fondamentaux dans les pays européens » dans *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, *ibid.*, 405.

⁵ Ainsi, au Canada la justice constitutionnelle se déploie principalement *a posteriori* mais aussi parfois *a priori* ; le juge se prononce principalement en regard d'une application effective ou prochaine de la loi à une situation concrète, mais statue aussi, à l'occasion, *in abstracto*. Pour ce qui est des procédés de déclenchement de la justice constitutionnelle, notre droit judiciaire public comporte une panoplie de voies de recours permettant à tout justiciable justifiant d'un intérêt suffisant de saisir le juge : voir généralement K. Roach, *supra* note 2.

⁶ D. Rousseau est un auteur parmi d'autres qui ont expliqué le processus de « constitutionnalisation du droit » par la justice constitutionnelle. Voir D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Montchrestien, 1992, pp. 340-55.

Par le pluralisme institutionnel et la décentralisation en principe parfaite qui le distinguent⁷, le fédéralisme peut, dans les démocraties modernes, offrir l'avantage de mettre en jeu des relations de contre-pouvoirs. Le système fédéral issu d'une véritable volonté de vie commune, peut aussi, lorsque le droit et la pratique constitutionnels consacrent un authentique respect des particularismes identitaires, permettre la cohabitation dans un même État de collectivités diverses, conciliant alors les valeurs antagonistes que sont l'interdépendance et l'autonomie des communautés humaines.

Le gouffre peut cependant être béant entre d'une part les vertus abstraites du fédéralisme théorique ou de propagande et, d'autre part, les ratés bien réels, et parfois catastrophiques, de cette forme de gouvernement⁸. L'organisation fédérale se caractérise en fait par une précarité notoire lorsque les communautés nationales minoritaires ne jouissent pas du respect et de l'autonomie auxquels elles aspirent.

Dès lors, dans un État comme le Canada dont les textes et la pratique constitutionnels opèrent vraiment un partage fédératif de la puissance publique, le rôle politique de la justice constitutionnelle n'est rien de moins que vital⁹. Son grand défi sera d'opérer un arbitrage constant des forces nationales, politiques et culturelles contraires. D'une part, l'existence d'un lien associatif fédéral commande une mesure réelle d'intégration juridique ; d'autre part, la préservation de l'autonomie des entités fédérées, essentielle au pluralisme qui est à la base même de l'idée fédérale, exige une ample sphère de construction diversifiée du droit.

Cette tension, cette ambiguïté fondamentale, n'est toutefois pas le propre du contentieux du partage des compétences. Elle travaille aussi le contentieux des droits fondamentaux engendré par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁰. Ainsi, la justice constitutionnelle doit-elle, en matière de droits fondamentaux, tendre vers une intégration juridique optimale par une construction uniforme du droit partout dans la fédération ? Faut-il, dans un régime fédéral englobant diverses communautés culturelles, prendre acte de la pluralité des identités et des

⁷ Voir H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1990 aux pp. 384-88.

⁸ M. Gjidara, « La solution fédérale : bilan critique » (1991) 57 *Pouvoirs* 93, explique à la p. 96 : « En théorie le fédéralisme répond à la conviction d'une communauté d'intérêts chez ceux qu'il rassemble. Qu'en est-il si cette communauté d'intérêts affichée est irréaliste, ou si elle s'avère être une imposture, facteur de paupérisation et d'asservissement ? L'idée fédérale est liée à celle de progrès dans la liberté. Mais ici ou là elle s'est muée en mécanisme de régression et de répression. »

⁹ Les membres de la Cour suprême du Canada déclarent ouvertement jouer un rôle complémentaire par rapport aux « forces politiques élémentaires » dans le contexte du partage des compétences. Le juge La Forest écrit dans l'affaire *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 328 à la p. 373, 107 D.L.R. (4^e) 457 [ci-après *Ontario Hydro* avec renvois aux R.C.S.], que les tribunaux ont un « rôle important, voire essentiel, à jouer dans l'établissement d'un équilibre du fédéralisme lorsqu'ils sont appelés à définir la nature et l'incidence de ces pouvoirs importants, mais plus subtils, qui ne peuvent être ni définis ni gérés par les forces politiques élémentaires qui sous-tendent le fédéralisme canadien. » (Le soulignement est le nôtre.) Voir aussi, dans la même affaire, les propos du juge Iacobucci aux pp. 403-04.

¹⁰ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après la *Charte canadienne* ou la *Charte*].

systèmes de valeurs, ou tenter de faire des droits fondamentaux le lieu de composition d'une « identité constitutionnelle » commune ?¹¹

Nous tenterons dans les quelques pages qui suivent de voir, de manière sommaire, comment la justice constitutionnelle a réagi depuis le milieu des années 80 aux pulsions opposées qui traversent la charpente fédérale canadienne. Nous examinerons le processus actuel de construction du droit interne dans les deux champs privilégiés de la jurisprudence constitutionnelle, à savoir le contentieux de la répartition des compétences et celui des droits fondamentaux.

Cette étude nous permettra de débusquer les poussées intégrationnistes qui travaillent le fédéralisme canadien à l'approche du troisième millénaire ; elle nous amènera aussi à mettre en lumière l'ambivalence de la Cour suprême du Canada devant le potentiel intégrateur de la *Charte canadienne*. Nous montrerons en fait qu'une phase de renforcement du pouvoir central s'est amorcée au fil des dix dernières années, une évolution qui est de nature à favoriser l'uniformité plutôt que la diversité dans le droit. Nous ferons donc ressortir une tendance qui risque d'inquiéter ceux pour qui une décentralisation vigoureuse est garante d'un développement respectueux des communautés et, en particulier, des aspirations autonomistes de la société québécoise.

II. LE PARTAGE FÉDÉRATIF DES COMPÉTENCES : LES FORCES INTÉGRATIONNISTES DANS LA « MACRO-CONSTRUCTION » DU DROIT

A. La « macro-construction » du droit par la justice constitutionnelle

La justice constitutionnelle ne se traduit pas, dans le contentieux du partage des compétences, par une construction précise et circonstanciée du droit. Lorsqu'il interprète et sanctionne les règles de répartition des compétences, le juge ne s'intéresse pas en principe à la substance précise de la loi comme c'est le cas dans un litige relatif à la *Charte canadienne* ; il se fait plutôt « aiguilleur de la loi » puisqu'il en détermine le foyer d'élaboration¹². Mais à travers ce rôle en apparence plus retiré, il structure d'une manière fondamentale le processus de construction du corpus juridique interne. Il fait œuvre de « macro-construction » du droit car son action se fait sentir non pas dans le détail mais à l'échelle systémique.

Ainsi, à l'intérieur du champ considérable de son travail d'interprétation, la juridiction constitutionnelle selon qu'elle privilégie ou non une vision centralisatrice, pose les jalons d'une construction diversifiée ou uniforme du droit interne. Elle enclenche une dynamique favorable à l'inscription des particularismes dans le droit, ou encore elle crée les conditions propices à l'intégration, voire l'uniformisation du droit. Plus encore, dans un contexte de bijuridisme comme celui que l'on retrouve au Canada, le juge constitutionnel se trouve même à fixer la culture juridique au sein de

¹¹ On trouvera l'exposé d'une intéressante théorie de l'« identité constitutionnelle » par les droits fondamentaux dans D. Rousseau, « Constitution et défi identitaire » dans *Le défi identitaire*, Séminaire de Montpellier, 20-21 janvier 1995, Cahiers d'études constitutionnelles et politiques de Montpellier I, 1995, 1. Voir aussi M. Rosenfeld, dir., « Modern Constitutionalism as Interplay Between Identity and Diversity » *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*, Duke University Press, 1994, 3 ; G.P. Fletcher, « Constitutional Identity », *ibid.* à la p. 223.

¹² Le doyen Vedel a déjà dépeint le rôle du juge constitutionnel, même dans le contentieux des droits fondamentaux, comme celui d'un « aiguilleur » du pouvoir politique : « M. Vedel répond à M. Barreau » *Le Monde [de Paris]* (19 août 1993) 7.

laquelles s'élaborera le droit. Ainsi, en imputant aux composantes fédérées la responsabilité législative à l'égard d'une matière particulière de droit privé, le tribunal engage le processus de création du droit sur la voie de la tradition civiliste au Québec, alors qu'il la situe sur fond de common law dans les autres provinces.

Par ailleurs, tout comme dans le domaine des droits fondamentaux, la justice constitutionnelle relative au partage des compétences est vivante ; elle est apte à faire écho aux mouvements qui ponctuent l'évolution des sociétés. Dans les plus anciennes démocraties fédérales, la « macro-construction » du droit interne se fait aujourd'hui, à l'heure de la mondialisation graduelle de l'économie, dans un univers de grands ensembles en situation de concurrence. Parallèlement, on constate une interdépendance croissante de la politique interne et des relations internationales qui relèvent des États centraux. Ces derniers assument de plus un rôle de stabilisation économique et de redistribution des ressources¹³, bien que l'importance de ce rôle puisse être fonction de la situation économique et de l'état des finances publiques.

Dans une telle conjoncture, la justice constitutionnelle se fait plutôt centralisatrice, à tout le moins dans les fédérations anglo-saxonnes¹⁴. Et le Canada n'échappe pas vraiment aujourd'hui, contrairement à ce que perçoivent parfois les comparatistes, à cette tendance à l'intégration juridique sous l'impulsion de la jurisprudence constitutionnelle.

Après une longue alternance cyclique de courants tantôt centralisateurs tantôt provincialistes, et de périodes marquées d'un plus grand équilibre des pouvoirs¹⁵, on a assisté au cours de la dernière décennie à une concentration de jugements dont l'effet cumulatif tend vers un affaiblissement de l'autonomie des provinces. Ce faisceau de prononcés jurisprudentiels touche autant les grands principes de mise en œuvre du partage des compétences¹⁶ que l'application des titres particuliers de compétence.

Bien que l'on s'attachera, dans les prochaines sections, à rendre compte succinctement d'un renforcement du pouvoir central, il importe de faire tout de suite les nuances nécessaires. On ne saurait, pour l'instant, parler d'un dépérissement irrémédiable du fédéralisme canadien sous l'action de la justice constitutionnelle. De fait, les provinces ont au cours des dernières années préservé des acquis importants devant la Cour

¹³ E. Orban, *La dynamique de la centralisation dans l'État fédéral : un processus irréversible ?*, Montréal, Québec/Amérique, 1984 aux pp. 461 et s.

¹⁴ On trouvera un compte rendu relativement récent des tendances centralisatrices en Australie dans L. Zines, *Constitutional Change in the Commonwealth*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991 aux pp. 86-98. La prépondérance du pouvoir central est une caractéristique bien connue du fédéralisme américain : voir notamment T.J. Lowi, « Europeanization of America? From United States to United State » dans T.J. Lowi et A. Stone, dir., *Nationalizing Government: Public Policies in America*, Beverly Hills, Sage, 1978, 15 ; H. Kempf et M.-F. Toinet, « La fin du fédéralisme aux États-Unis ? » [1980] *Revue française de sciences politiques* 735.

¹⁵ Voir notamment G. L'Écuyer, *La Cour suprême du Canada et le partage des compétences 1949-1978*, Québec, Éditeur officiel pour le Ministère des affaires intergouvernementales, 1978 ; G. Tremblay, « La Cour suprême du Canada, dernier arbitre des conflits d'ordre politique » dans Y. Bernier et A. Lajoie, dir., *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1986, 193.

¹⁶ H. Brun, « L'évolution récente de quelques principes généraux régissant le partage de compétences entre le fédéral et les provinces », *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*, Québec, 11-13 juin 1992, Service de la formation Barreau du Québec, 1992, 23.

suprême¹⁷ même si le pouvoir central, loin de faire du surplace, semble bénéficier d'avancées notables. On parlera donc ici d'une tendance défavorable aux provinces et à la diversité juridique plutôt que d'un passage assuré du fédéralisme juridique à un simple fédéralisme sociologique.

B. *L'évolution intégrationniste des principes généraux de mise en œuvre du fédéralisme*

Parmi les développements importants à ce chapitre, il convient de retenir d'abord la reconnaissance explicite par la Cour suprême du Canada du pouvoir fédéral de subvention finalisée et conditionnelle (le « pouvoir de dépenser ») dans les domaines de juridiction provinciale exclusive¹⁸. Cette « constitutionnalisation » du pouvoir fédéral de dépenser pérennise une pratique peu propice à un fédéralisme équilibré¹⁹. S'appuyant sur une représentation consensuelle des actions subventionnelles d'Ottawa²⁰, elle conforte un instrument qui tend pourtant à amenuiser la marge de manœuvre réelle des provinces.

Il est en effet certain que les autorités provinciales ne jouissent pas en pratique d'une véritable liberté « contractuelle » étant donné les lourdes pénalités pouvant accompagner un refus de participer à une initiative fédérale²¹. Une forme de centralisation politique

¹⁷ Voir par ex. *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59, 44 D.L.R. (4^e) 663 ; *Devine c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 790, 55 D.L.R. (4^e) 641 [ci-après *Devine* avec renvois aux R.C.S.] ; concernant la question de la validité de la loi provinciale, voir *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 58 D.L.R. (4^e) 577 [ci-après *Irwin Toy* avec renvois aux R.C.S.] ; *Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)*, [1993] 4 R.C.S. 371, 109 D.L.R. (4^e) 46 ; et *Renvoi relatif à la taxe de vente du Québec*, [1994] 2 R.C.S. 715, 115 D.L.R. (4^e) 449.

¹⁸ *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada*, [1991] 2 R.C.S. 525, 83 D.L.R. (4^e) 297 [ci-après avec renvois aux R.C.S.] ; *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. c. Brown*, [1989] 1 R.C.S. 1532, 59 D.L.R. (4^e) 694.

¹⁹ C'est à juste titre qu'un auteur écrivait au sujet de la jurisprudence de la Cour suprême : « Comme elle confirme la portée vaste d'un instrument auquel tient le Fédéral, elle rend la réforme constitutionnelle très difficile », voir A. Tremblay, *Droit constitutionnel : principes*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 1993 à la p. 257.

²⁰ Il appert que la constitutionnalité des pratiques subventionnelles fédérales repose sur le point de vue voulant qu'une dépense conditionnelle, fondée sur un accord avec une province, ne peut être assimilée à un acte législatif ou normatif formel. Ainsi, dans le *Renvoi relatif au régime d'assistance publique du Canada*, *supra* note 18, la Cour suprême estime qu'une dépense fédérale dans un domaine de compétence provinciale ne revient pas à réglementer ce domaine. Le juge Sopinka écrit à la p. 567, au nom de la Cour : « L'accord conclu en vertu du Régime établissait un système flexible de partage des coûts qui laissait à la Colombie-Britannique le soin de décider quels programmes elle mettrait sur pied et financerait. Le simple refus de verser des fonds fédéraux jusque-là accordés pour financer une matière relevant de la compétence provinciale ne revient pas à réglementer cette matière ».

²¹ Les provinces ne jouissent pas de leviers financiers suffisants pour s'acquitter efficacement des lourdes responsabilités associées aux secteurs de la santé, de l'éducation et de la sécurité sociale. Or, l'autonomie financière est une condition nécessaire de l'autonomie politique. Lorsque le fédéral décide de déployer ses moyens financiers supérieurs pour favoriser une politique nationale dans un secteur qui relève pourtant de la juridiction provinciale, il va de soi que les provinces seront peu enclines à se priver des fonds fédéraux même si les conditions posées par le fédéral pour l'utilisation de ces fonds les amènent à renoncer à leurs priorités et à se soumettre à des contraintes politiques et budgétaires dont elles souhaiteraient par ailleurs faire l'économie. Le pouvoir de négociation des provinces face au fédéral est d'autant plus limité que le refus des deniers offerts conditionnellement par Ottawa pénalisera fortement la population de la province sans augmenter sa marge de manœuvre fiscale pour le financement de ses propres politiques dans le domaine visé par le programme fédéral.

et d'uniformisation du droit se trouve ainsi légitimée et pourra se poursuivre sans que le partage des compétences ne puisse être invoqué pour encadrer juridiquement les normes fédérales.

Les principes généraux ont aussi récemment évolué de manière favorable au pouvoir central grâce à un renforcement de la prépondérance des lois fédérales sur les lois provinciales. La Cour suprême a en effet opéré un élargissement de la notion de conflit de lois en appliquant la théorie du conflit dite du « champ occupé »²². Cette théorie veut qu'il y ait prépondérance du Parlement central chaque fois qu'il est possible d'interpréter la loi fédérale comme excluant implicitement l'application de toute autre loi. Le conflit n'a plus dans tous les cas à être irréductible au plan opérationnel²³, il pourra exister par la volonté explicite ou présumée du législateur fédéral d'écarter toute cohabitation législative. Au lieu de se demander si le citoyen peut pratiquement se conformer aux deux lois, ou si le juge peut concrètement les sanctionner toutes deux, on se demandera simplement si l'objet de la loi fédérale est tel qu'il exclut implicitement la loi de la province²⁴.

Un autre développement préjudiciable aux provinces est survenu avec l'affaire *Hunt c. T&N plc*²⁵ où, au nom d'un principe constitutionnel inédit de « courtoisie fédérale », la haute juridiction a restreint la faculté d'une législature d'affecter, même incidemment, des litiges dans une autre province. La démarche classique consistait plutôt à juger que des effets extraterritoriaux purement incidents pouvaient se produire en présence d'une loi dont le caractère véritable se rapportait à une matière relevant par ailleurs de la province²⁶. Sans égard au caractère véritable de la loi, la Cour décide dans *Hunt* qu'une loi provinciale affectant un litige dans une autre province sera constitutionnellement inapplicable chaque fois que l'exigera la « courtoisie ». Ce nouvel impératif constitutionnel, selon l'avis de la Cour, viendra notamment neutraliser une loi provinciale dont l'effet est d'empêcher l'application d'une ordonnance judiciaire émanant d'une autre province.

D'une indétermination inquiétante, le nouveau principe constitutionnel de courtoisie, ou encore « d'ordre et d'équité », procède des convictions du haut tribunal eu égard aux vertus intégratives, aux plans économique et politique, d'une certaine unification de la justice provinciale. Pour la Cour suprême, la courtoisie constitue le corollaire indispensable de la volonté des pères fondateurs « d'établir un seul et même pays »²⁷, de « l'interdépendance juridique »²⁸ inhérente au fédéralisme et du « caractère unificateur

Voir aussi P. Blache, « Le pouvoir de dépenser au cœur de la crise constitutionnelle canadienne » (1993) 24 R.G.D. 29 aux pp. 40-44.

²² *Irwin Toy*, *supra* note 17 ; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, 65 D.L.R. (4^e) 361. En ce qui concerne cette question, on lira avec intérêt F. Joyal, « Le principe de la primauté de la législation fédérale en droit constitutionnel canadien » (1993) 27 R.J.T. 109 aux pp. 143 et 154-58.

²³ La formulation, devenue classique, du conflit opérationnel prend ses origines de l'affaire *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, 138 D.L.R. (3^e) 1.

²⁴ Le test du conflit opérationnel continuera cependant de s'appliquer lorsqu'il n'y a pas de volonté implicite ou explicite du fédéral d'occuper le champ. Voir *R. c. Felawka*, [1993] 4 R.C.S. 161, 159 N.R. 50.

²⁵ [1993] 4 R.C.S. 289, 109 D.L.R. (4^e) 16 [ci-après *Hunt* avec renvois aux R.C.S.].

²⁶ Voir notamment *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Commission hydro-électrique du Québec*, [1982] 2 R.C.S. 79, 137 D.L.R. (3^e) 577.

²⁷ *Hunt*, *supra* note 25 à la p. 322.

²⁸ *Ibid.* à la p. 321.

de nos arrangements constitutionnels. »²⁹ La nécessité de limiter la compétence provinciale s'imposerait plus particulièrement en raison de l'importance de la mobilité interprovinciale des citoyens, du caractère unitaire du système judiciaire et, surtout, du besoin de ne pas compromettre « l'unité et l'efficacité du marché canadien »³⁰.

À l'évidence, il s'agit d'une théorie fondée sur une vision politique du Canada exaltant le potentiel intégrateur du fédéralisme. Une telle attitude judiciaire ouvertement destinée à promouvoir une justice unitaire et à maximiser l'intégration économique des provinces favorisera irrésistiblement une conception uniformisante du droit au détriment de la diversité et de l'autonomie qui peuvent, pourtant, aussi comporter des avantages politiques et économiques³¹.

On ne s'étonnera nullement, alors, de constater que la Cour dans *Hunt* ait en plus accordé à Ottawa une nouvelle compétence prépondérante en matière de reconnaissance et d'exécution dans une province de jugements rendus par les tribunaux d'une autre province³². On ne se surprendra pas non plus que dans cette même affaire la Cour ait aussi en quelque sorte dilué l'autonomie des provinces par l'assujettissement de leur pouvoir législatif aux organes de contrôle de constitutionnalité des autres ressorts fédérés, donc à des pouvoirs judiciaires extérieurs à la hiérarchie juridictionnelle de la province³³.

Relevons enfin qu'une autre menace pour les pouvoirs des provinces se profile dans la confirmation d'une conception potentiellement large du pouvoir d'empiètement accessoire d'un ordre de gouvernement dans les domaines relevant de l'autre. Dans *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*³⁴, la haute juridiction a indiqué que dans un grand nombre de cas l'empiètement n'aura pas à être nécessaire mais simplement fonctionnel ou rationnel pour être constitutionnellement acceptable. Le refus d'appliquer en toute situation un test de nécessité pourra faciliter les intrusions du pouvoir fédéral puisque même si la faculté d'empiètement accessoire peut en principe profiter également aux provinces, elle a été à ce jour essentiellement exercée par le fédéral dans le champ du droit privé³⁵.

C. Le renforcement du pouvoir central eu égard aux titres particuliers de compétence

Quant aux titres particuliers de compétence, le mouvement jurisprudentiel d'effritement du pouvoir provincial se manifeste notamment dans le domaine des affaires maritimes, où le fédéral se voit reconnaître désormais une compétence exclusive

²⁹ *Ibid.* à la p. 324.

³⁰ *Ibid.* à la p. 330. Voir aussi aux pp. 322-23.

³¹ Voir R. Wisner, « Uniformity, Diversity and Provincial Extraterritoriality: *Hunt v. T&N plc* » (1995) 40 R.D. McGill 759 à la p. 772.

³² Dans l'arrêt *Hunt*, *supra* note 25 à la p. 326, la Cour suprême explique en trois phrases que ce droit d'immixion d'Ottawa dans la justice provinciale, procède vaguement « des droits des citoyens » et aussi, selon toute apparence, de la théorie des dimensions nationales.

³³ Voir *ibid.* aux pp. 313-14. La Cour s'estime tenue d'appliquer en la matière les principes « d'ordre et d'équité » au sein de la fédération que garantit, selon elle, le caractère « unitaire » du système judiciaire mis en place par la constitution.

³⁴ [1989] 1 R.C.S. 641, 58 D.L.R. (4^e) 255 [ci-après *General Motors* avec renvois aux R.C.S.].

³⁵ Voir notamment *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940, 86 D.L.R. (3^e) 179 ; *Robinson c. Countrywide Factors Ltd.* (1977), [1978] 1 R.C.S. 753, (1977) 72 D.L.R. (3^e) 500 ; *Tomell Investments c. East Marstock Lands* (1977), [1978] 1 R.C.S. 974, (1977) 77 D.L.R. (3^e) 145 ; *Canada (P.G.) c. Transports nationaux du Canada Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206, 3 D.L.R. (4^e) 16 ; et *General Motors*, *ibid.*

eu égard à toute question afférente au « droit maritime canadien », c'est-à-dire une matière que les juges considéreront « entièrement liée aux affaires maritimes »³⁶. On a imputé à cette jurisprudence « ...l'écart pur et simple de la tradition civiliste en matière maritime au Québec »³⁷ de même qu' « une extension démesurée du pouvoir exclusif du Parlement fédéral »³⁸. [Les italiques sont de l'original.]

Il fait peu de doute que la Cour suprême impose un recul au droit provincial. Par exemple, la responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle d'entreprises locales se livrant à des activités terrestres relèvera maintenant du fédéral dès qu'une certaine connexité maritime pourra être constatée³⁹. On peut même penser que le nouveau critère de la connexité maritime permettra de remettre en cause la compétence provinciale dans des secteurs étroitement reliés aux opérations maritimes, comme par exemple, les conditions de travail des marins au sein d'entreprises intraprovinciales.

On note aussi un raffermissement de la compétence fédérale sur les questions dites de « dimensions nationales » dans l'affaire *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*⁴⁰. La Cour suprême y a en premier lieu clairement décidé qu'une matière en principe imputable aux provinces peut, avec un changement de circonstances qu'il reviendra aux juges d'apprécier, acquérir une dimension nationale la rendant détachable du pouvoir provincial pour la faire passer irréversiblement dans le giron exclusif du Parlement central⁴¹. C'était reconnaître une vocation ouvertement centralisatrice à la théorie des dimensions nationales puisqu'il n'a jamais été question que cette mobilité constitutionnelle des sujets législatifs puisse bénéficier aux provinces.

Dans cette affaire, la Cour a également reformulé les critères de détermination des dimensions nationales d'une façon qui donne au juge une marge d'appréciation subjective dont l'ampleur permet de craindre pour l'autonomie des provinces. La plus haute juridiction déclare que pour qu'une matière soit d'intérêt national elle doit avoir une unicité et une indivisibilité au plan national qui la distingue des matières purement provinciales⁴². Une pareille indivisibilité se concrétisera notamment, et peut-être principalement⁴³, lorsque l'efficacité d'une intervention

³⁶ *Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 R.C.S. 779 à la p. 795, 80 D.L.R. (4^e) 58. Voir aussi *I.T.O. c. Mijda Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752, 28 D.L.R. (4^e) 641 ; et *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273, 77 D.L.R. (4^e) 25. Pour une critique de l'impact centralisateur et uniformisateur de cette jurisprudence, voir A. Braën, *Le droit maritime au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1992 aux pp. 114-66.

³⁷ Braën, *ibid.* à la p. 147.

³⁸ J. Leclair, « L'impact de la nature d'une compétence législative sur l'étendue du pouvoir conféré dans le cadre de la Loi constitutionnelle de 1867 » (1994) 28 R.J.T. 661 à la p. 710.

³⁹ J. Leclair, *ibid.*, note aux pp. 706-07 : « ...une fois qualifiée de maritime, une affaire perd subitement le statut de question d'une nature locale mettant en cause la propriété et les droits civils. »

⁴⁰ [1988] 1 R.C.S. 401, 49 D.L.R. (4^e) 161 [ci-après *Crown Zellerbach* avec renvois aux R.C.S.]. Voir aussi *Ontario Hydro*, *supra* note 9. Le potentiel centralisateur de cette jurisprudence se trouve illustré par la décision de la Cour d'appel du Québec dans *Canada (P.G.) c. RJR-Macdonald Inc.*, [1993] R.J.Q. 375, 102 D.L.R. (4^e) 289. En appel de cette décision, la Cour suprême du Canada s'est contentée de fonder le pouvoir fédéral sur le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, voir *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (P.G.)*, [1995] A.C.J. n° 68 (QL), 127 D.L.R. (4^e) 1. Pour une critique de l'arrêt de la Cour d'appel, voir J. Leclair, « *Canada (Procureur Général) c. RJR-Macdonald Inc.* » (1993) 72 R. du B. can. 524.

⁴¹ *Crown Zellerbach*, *ibid.* à la p. 432.

⁴² *Ibid.* aux pp. 431-32.

⁴³ Nous pouvons nous demander, à l'instar du professeur Tremblay, si le critère de l'inefficacité provinciale ne sera pas le plus souvent l'élément déterminant. Voir Tremblay, *supra* note 19 à la p. 243.

étatique à l'égard d'une matière ne pourra être assurée que par une autorité législative unique à l'échelle pancanadienne. C'est dire que ce test porte en fait sur le degré d'inefficacité provinciale présumée dans le traitement d'un problème donné.

Alors que des auteurs ont affirmé à cet égard que « ...le critère de l'efficacité n'a pas de vertu juridique capable de contenir le pouvoir central »⁴⁴, un autre a, dans la même veine, dénoncé la politisation accrue de la justice constitutionnelle résultant de cette approche⁴⁵. Il semble certes difficile de voir sur quelle base le juge pourra identifier les situations où l'uniformité législative sera préférable, au plan de l'efficacité, à une diversité des approches provinciales. Il ne faudrait certes pas qu'une centralisation irréversible ne soit le fruit que de simples spéculations, voire même de préjugés des juges, concernant les prétendues dysfonctions opérationnelles, politiques ou économiques de la décentralisation. L'application sommaire et expéditive que la Cour suprême a faite récemment des principes dégagés dans *Crown Zellerbach* au profit du fédéral n'est pas de nature à calmer les appréhensions des provinces à ce sujet⁴⁶.

Le même principe « d'inefficacité provinciale » a joué un rôle clé dans la consécration récente d'une compétence fédérale de régulation du commerce intraprovincial. Évoqué par le Conseil privé au 19^e siècle⁴⁷, le volet intraprovincial de la compétence fédérale aux termes du par. 91(2) relativement aux échanges et au commerce ne s'est concrétisé d'une manière explicite et articulée que dans l'affaire *General Motors*⁴⁸. La Cour suprême y a en effet statué que le fédéral peut, à certaines conditions, légiférer relativement au commerce intraprovincial, ce qui jusque là avait été l'apanage des provinces. La Cour relève, à titre indicatif, le genre de caractéristiques que doit posséder une législation fédérale en matière de commerce intraprovincial. Pourra notamment être reconnue valide une loi fédérale qui satisfait aux critères suivants : a) elle porte sur le commerce dans son ensemble plutôt que sur un secteur ou un produit en particulier ; b) elle institue un organisme de contrôle ; c) la réglementation mise en place est d'une nature telle que la Constitution n'habiliterait pas les provinces, séparément ou conjointement, à l'adopter et d) l'omission de l'appliquer à une ou plusieurs provinces compromettrait son application dans d'autres parties du pays⁴⁹.

La Cour suprême aménage donc une exception de taille au pouvoir traditionnel des provinces en matière de commerce intraprovincial. Il est désormais loisible au fédéral d'invoquer en particulier l'inefficacité des provinces pour instituer un cadre général de réglementation commerciale qui viendra directement supplanter le droit provincial jusque là applicable.

Tout comme pour la théorie des dimensions nationales, les juges devront ici mettre en œuvre des critères d'attributifs de compétence qui se prêtent difficilement à une appréciation judiciaire. On ne peut par conséquent exclure que le fédéral jouisse d'une marge de manœuvre considérable pour déterminer le type de structure régulatrice susceptible de justifier un déplacement de la compétence provinciale⁵⁰.

⁴⁴ H. Brun et G. Tremblay, *supra* note 7 à la p. 452.

⁴⁵ A. Tremblay, *supra* note 19 à la p. 254.

⁴⁶ Voir *Ontario Hydro*, *supra* note 9 aux pp. 379-80 ; *Hunt*, *supra* note 25 à la p. 326.

⁴⁷ *Citizens Insurance Co. c. Parsons*, (1881) 7 A.C. 96, 8 C.R.A.C. 406.

⁴⁸ *Supra* note 34.

⁴⁹ *Ibid.* aux pp. 661-62.

⁵⁰ Voir H. Brun et G. Tremblay, *supra* note 7 aux pp. 451-55. Cette jurisprudence a été à juste titre déplorée par la doctrine favorable à l'autonomie provinciale.

Signalons aussi, parmi les signes récents d'une évolution favorable au fédéral, deux aspects particuliers de la décision de la Cour suprême dans *Ontario Hydro*⁵¹. On y fait d'abord une interprétation plutôt large du pouvoir déclaratoire du fédéral. Alors que selon les termes mêmes de l'al. 92(10)(c) ce pouvoir exorbitant du fédéral vise les « ouvrages », la Cour y greffe sans nuance l'ensemble des entreprises qui exploitent ou gèrent les ouvrages et donc tout le domaine des conditions et des relations de travail au sein de ces entreprises⁵². Détail sans doute significatif, au moins trois juges rejettent une approche plus limitative de la prérogative déclaratoire en récusant explicitement l'idée d'un équilibre fédéral qui se trouve rabaissée au rang des « ...notions abstraites de théoriciens »⁵³.

L'autre aspect de l'affaire *Ontario Hydro* peu compatible avec les intérêts des provinces réside dans l'interprétation minimaliste que la Cour fait de l'alinéa 92A(1)(c) inséré dans la Constitution en 1982 afin de garantir aux législatures la compétence exclusive eu égard à l'emplacement, la conservation et la gestion des installations de production d'énergie électrique. Selon la Cour, l'avènement de cette disposition tout à fait particulière n'a aucun effet dérogatoire sur les pouvoirs préexistants du fédéral, même les plus généraux, et ne vise en quelque sorte qu'à « rassurer » les provinces quant à la diminution possible, compte tenu des tendances jurisprudentielles, des compétences que leur reconnaît déjà l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁵⁴. Les provinces n'auront donc, suite à l'ajout de l'alinéa 92A(1)(c), réalisé d'autre gain qu'une protection contre le zèle centralisateur des juges.

Ce survol des tendances observables au cours de la dernière décennie n'est certes pas exhaustif ; on aurait pu, en outre, s'interroger sur les conséquences pour l'équilibre des pouvoirs de la portée que la Cour suprême a donnée à la compétence fédérale en matière de droit criminel dans l'affaire *RJR-MacDonald c. Canada*⁵⁵. L'exclusion virtuelle des provinces du domaine de la téléphonie serait aussi à noter⁵⁶.

Même si on ne peut parler de véritable dépérissement du fédéralisme canadien, les mutations constitutionnelles récentes induites par la jurisprudence du plus haut tribunal participent à une logique d'intégration de l'ordre juridique interne qui, si elle n'était freinée, pourrait prendre le pas sur le principe de l'équilibre fédéral. C'est comme si, petit à petit, la conscience politique de la Cour suprême se laissait gagner à l'idée paradoxale que « [l]e fédéralisme est considéré comme réussi, lorsqu'il se mue en une dynamique unitaire »⁵⁷.

Certains aspects de l'évolution actuelle de la justice constitutionnelle au Canada semblent être inspirés de principes de fonctionnement forgés dans l'arène politique de manière graduelle et fluctuante. En effet, la Cour suprême se fonde de plus en plus sur ce qu'elle estime être les vertus opérationnelles de l'uniformisation pancanadienne des normes, les avantages d'une politique d'intégration économique et sur ce qu'elle perçoit

⁵¹ *Supra* note 9.

⁵² Pour la majorité, « ...un ouvrage est une entreprise, mais une entreprise qui doit inclure un ouvrage. » *Ibid.* à la p. 368, M. le juge La Forest.

⁵³ *Ibid.* à la p. 370.

⁵⁴ *Ibid.* aux pp. 375-378, M. le juge La Forest et aux pp. 406-410, M. le juge Iacobucci.

⁵⁵ *Supra* note 40.

⁵⁶ *Alberta Government Telephones c. Canada (C.R.T.C.)*, [1989] 2 R.C.S. 225, 61 D.L.R. (4^e) 193 ; *Téléphone Guèvremont Inc. c. Québec (Régie des Télécommunications)*, [1994] 1 R.C.S. 878, 112 D.L.R. (4^e) 127.

⁵⁷ Gjidara, *supra* note 8 à la p. 97.

comme l'incapacité pratique des provinces d'agir efficacement en certaines matières compte tenu des réalités économiques, technologiques et géographiques⁵⁸.

Or, des considérations de ce genre ne sont pas nouvelles puisqu'elles ont guidé en partie la pratique politique du fédéralisme dit « coopératif ». Au Canada comme dans les autres fédérations occidentales, un réseau complexe de relations intergouvernementales s'est formé pour l'élaboration et la mise en application de politiques publiques communes au-delà du dualisme étatique formel⁵⁹. Il en a résulté une avancée considérable de l'homogénéité dans la construction des normes à l'échelle de la fédération.

Il faudrait cependant déplorer toute démarche consistant à en enserrer dans le droit constitutionnel formel, de manière à consolider le pouvoir central, ce qui est le fruit de la pratique « diplomatique », ou paraconstitutionnelle, du fédéralisme. Si l'autonomie juridiquement reconnue aux composantes fédérées peut être aménagée pour la réalisation de tâches communes définies selon les règles des rapports politiques, les partenaires doivent pouvoir recouvrer leur liberté d'action. En l'absence d'une modification constitutionnelle librement consentie par les différents pouvoirs constituants, le texte constitutionnel devrait demeurer disponible comme « ressource juridique » en cas de défaillance du système de coopération.

III. INTÉGRATION ET DIVERSITÉ JURIDIQUES DANS LE CONTENTIEUX DE LA CHARTE CANADIENNE

A. *Le potentiel intégrateur de la Charte*

Nous avons déjà mentionné que les tensions entre la diversité et l'intégration juridiques sont tout aussi observables dans le contentieux des droits fondamentaux en présence d'une charte constitutionnelle des droits à laquelle sont assujettis les deux ordres étatiques composant la fédération⁶⁰. Certes, un instrument supralégislatif de protection des droits ne modifie pas directement la répartition des compétences au profit du pouvoir central⁶¹, mais il n'est pas nécessairement sans incidence centralisatrice.

Une charte peut valablement être considérée comme directement centralisatrice lorsqu'elle contient des droits qui sont à ce point porteurs de ferment intégrationniste

⁵⁸ On a comparé ce genre d'analyse au principe de subsidiarité formulé expressément dans le Traité de Maastricht : P.W. Hogg, « Subsidiarity and the Division of Powers in Canada » (1993) 3 N.J.C.L. 341 ; et R. Howse, « Subsidiarity in All but Name : Evolving Concepts of Federalism in Canadian Constitutional Law », dans Association canadienne de droit comparé et Association québécoise de droit comparé, *Contemporary Law/Droit contemporain : Rapports canadiens au congrès international de droit comparé*, Athènes, 1994, Cowansville, Yvon Blais, 1995, 701. Il faut cependant souligner que si la subsidiarité semble en Europe viser à prévenir une trop forte centralisation des pouvoirs, le principe purement jurisprudentiel de l'« incapacité provinciale » a invariablement eu pour effet de renforcer le pouvoir central au Canada.

⁵⁹ M. Croisat, *Le fédéralisme dans les démocraties contemporaines*, Paris, Montchrestien, 1992 aux pp. 89-130 ; Ontario, Institut des relations intergouvernementales, *Propositions de normes nationales dans les systèmes fédéraux*, Kingston (Ontario), septembre 1991 aux pp. 57-63.

⁶⁰ La Cour suprême, si elle en venait à reconnaître l'existence d'un droit ancestral à l'autonomie gouvernementale en faveur des peuples autochtones, devra résoudre l'épineuse question de l'assujettissement de ce troisième ordre étatique aux garanties de la Charte. Pour un exposé de la thèse positive, voir *Partenaires au sein de la Confédération : les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*, Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones, Ottawa, Centre d'édition du gouvernement du Canada, 1993 aux pp. 39-41.

⁶¹ L'article 31 de la *Loi constitutionnelle de 1982* est explicite sur ce point. Cette disposition énonce : « La présente Charte n'élargit pas les compétences législatives de quelque organisme ou autorité que ce soit. »

qu'ils sont à même de servir, dans le contentieux du partage des compétences, de justification formelle à une diminution de la compétence des provinces accompagnée d'un renforcement de l'ordre central. Au Canada, les droits énoncés à l'article 6 de la *Charte canadienne* concernant les libertés de circulation et d'établissement partout au pays semblent tomber précisément dans cette catégorie. En effet, dans l'affaire *Hunt*⁶² la Cour suprême a vu dans les garanties de mobilité offertes par l'article 6 un élément significatif⁶³, bien que non exclusif⁶⁴, de limitation des pouvoirs provinciaux. Elle semble au surplus avoir trouvé dans ces garanties, en se référant aux « droits des citoyens », un argument pour donner au fédéral un pouvoir prépondérant quant à la reconnaissance et l'exécution mutuelles des jugements des juridictions provinciales.⁶⁵

En marge de ces retombées immédiates de la *Charte* sur le partage des compétences, l'insertion de toute action gouvernementale, quel que soit l'ordre étatique dont elle émane, dans une matrice unique de droits et libertés produira un effet intégrateur sur l'ordre juridique interne de la fédération⁶⁶. De fait, les promoteurs de l'enchâssement d'une charte constitutionnelle des droits entretenaient sans doute des visées unificatrices au plan politique et intégrationnistes au plan juridique⁶⁷. Par conséquent, l'avènement de la *Charte* peut à bon droit être présenté comme « une tentative d'unification autour de valeurs communes »⁶⁸. Notons qu'en raison des aspects unitaires du statut et du mode de composition de la Cour suprême du Canada, on pourrait même parler d'une centralisation institutionnelle de la construction du droit par le contentieux des droits fondamentaux⁶⁹.

Ainsi, à l'unification de l'ordre juridique résultant de la justice constitutionnelle, un phénomène bien connu dans les États unitaires⁷⁰ se superpose en contexte fédéral une tendance à l'uniformisation du droit⁷¹. On peut aussi légitimement se demander si la

⁶² *Supra* note 25.

⁶³ *Ibid.* aux pp. 322 et 324.

⁶⁴ La Cour s'est également autorisée des divers titres de compétence dévolus au pouvoir central aux termes de la *Loi constitutionnelle de 1867* et qui tendent, selon elle, à favoriser l'intégration économique de la fédération : voir *ibid.* aux pp. 322-23.

⁶⁵ *Ibid.* à la p. 326.

⁶⁶ Concernant l'effet intégrateur d'une déclaration des droits en contexte fédéral, voir M. Cappelletti et D. Golay, « Le pouvoir judiciaire dans un État fédéral ou une union transnationale : son rôle d'interaction » dans M. Cappelletti, *Le pouvoir des juges*, Paris, Economica, 1990, 281 aux pp. 320-23 ; *Propositions de normes nationales dans les systèmes fédéraux*, *supra* note 59 aux pp. 29-32.

⁶⁷ A.C. Cairns, « Reflections on the Political Purposes of the Charter : the First Decade », dans G.-A. Beaudoin, dir., *La Charte : dix ans après*, Cowansville, Yvon Blais, 1992, 161 aux pp. 166-70 ; P.H. Russel, « The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms », dans R.S. Blaire et J.T. McLeod, dir., *The Canadian Political Tradition: Basic Readings*, Toronto, Methuen, 1987, 42 à la p. 58. Voir aussi G. Laforest, « La Charte canadienne des droits et libertés au Québec : nationaliste, injuste et illégitime », dans F. Rocher, dir., *Bilan québécois du fédéralisme canadien*, Montréal, VLB, 1992, 124 aux pp. 131-35.

⁶⁸ P. Blache, « La Charte canadienne : obstacle postmoderne à l'émergence d'une Québec moderne et rassembleur ? » (1994) 28 R.J.T. 333 à la p. 335.

⁶⁹ La Cour suprême du Canada relève exclusivement du parlement central aux termes de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Voir H. Brun, « La Charte canadienne des droits et libertés comme instrument de développement social », dans C. Beckton et A.W. McKay, dir., *Les tribunaux et la Charte*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1986 aux pp. 9-12 ; P.H. Russel, *supra* note 67.

⁷⁰ Voir D. Rousseau, *supra* note 6 aux pp. 340-55, qui explique le cas de la France.

⁷¹ En ce qui concerne l'effet uniformisateur de la *Charte canadienne*, voir en autres J. Wœhring, « Le principe d'égalité, le système fédéral canadien et le caractère distinct du Québec », dans P.

Charte ne contribuera pas, sur la longue durée, à consolider une culture politico-judiciaire favorable aux normes nationales, laquelle sera susceptible de déborder du champ spécifique des droits fondamentaux pour imprégner la justice constitutionnelle en général, et le contentieux du partage des compétences en particulier⁷².

Il convient au surplus de souligner que l'assujettissement formellement identique de tous les gouvernements aux prescriptions de la *Charte* ne devrait pas occulter l'effet potentiellement singulier de cette dernière sur le Québec, le seul État dont la réduction du pouvoir culturel par les nouveaux droits fondamentaux⁷³ touche une composante vitale et fragilisée de l'identité collective, à savoir la langue⁷⁴.

Malgré cela, on admettra sans grande difficulté que la construction plurale du droit à la faveur du dualisme étatique fédéral ne devrait pas normalement se faire au détriment du principe même de la protection des droits fondamentaux. En effet, il apparaît peu contestable que doit s'édifier, notamment par la justice constitutionnelle, un patrimoine commun minimal de droits et libertés dans l'ensemble d'une fédération. Ce patrimoine se présente comme une manifestation essentielle de la sécurité juridique rattachée à la citoyenneté de l'État fédéral.

Dans le cas d'un État englobant plusieurs communautés culturelles, cette sécurité juridique à l'échelle nationale apparaît particulièrement précieuse aux groupes minoritaires dont le fédéralisme peut exacerber la marginalisation et l'isolement en les enclavant à l'intérieur d'une entité étatique dont ils ne contrôlent pas les institutions représentatives. Pour les minorités enclavées, on songe aux minorités francophones à l'extérieur du Québec, aux autochtones et aux anglophones du Québec⁷⁵, un instrument constitutionnel de protection des droits fondamentaux peut représenter une atténuation salutaire du découpage juridique et territorial de la souveraineté inhérent à l'appareil fédéral.

Patenaude, *Québec-Communauté française de Belgique : Autonomie et spécificité dans le cadre d'un système fédéral*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991, 119 ; et R.R. Knopff et F.L. Morton, « Le développement national et la Charte », dans A. Cairns et C. Williams, dir., *Le constitutionnalisme, la citoyenneté et la société au Canada*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1986 aux pp. 149-98.

⁷² On a également évoqué l'hypothèse d'un effet de la *Charte* indirectement favorable au pouvoir central : voir Blache, *supra* note 68 aux pp. 344-45 ; et généralement Laforest, *supra* note 67. Selon ce point de vue, cet effet pourrait découler du fait que la *Charte*, en valorisant les revendications de droits individuels contre l'État, fractionne l'identification majoritaire et distend les liens entre l'État et le citoyen. Il en résulterait potentiellement un affaiblissement de la dynamique fédérative dont le pouvoir central serait le premier bénéficiaire en raison d'un besoin moindre d'identification du citoyen avec l'État local.

⁷³ C'est notamment le cas des droits reconnus par l'article 23 aux minorités de langue officielle en matière d'instruction publique.

⁷⁴ À cette question s'ajoute celle de l'impact apparemment singulier que pourrait avoir la *Charte* sur le droit civil québécois, en tant que droit légiféré, par rapport au droit privé de common law. Voir G. Otis, « The Charter, Private Action and the Supreme Court » (1987) 19 R.D. Ottawa 71 à la p. 87 ; et C. Brunelle, *L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux institutions gouvernementales*, Scarborough, Carswell, 1993 aux pp. 45-51. Voir D. Pinard, « Les dix ans de la Charte canadienne des droits et libertés et le droit civil québécois : quelques réflexions » (1992) 24 R.D. Ottawa 193, au sujet de l'impact de la *Charte* sur le droit civil qui s'avère toutefois fort limité à ce jour.

⁷⁵ Mentionnons que le Comité des Droits de l'Homme de l'O.N.U. a cependant statué que les anglophones du Québec ne constituent pas une « minorité » aux termes de l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, voir l'affaire *McIntyre*, CCPR/C/47/D/359/1989 et 385/1989/rev.1, (le 5 mai 1993).

Mais l'allégeance commune aux droits fondamentaux sur l'ensemble du territoire de la fédération devrait être réalisable sans interdire toute inflexion locale dans sa concrétisation.

B. *La nécessaire prise en considération de la diversité fédérale*

La modernité libérale et la consécration constitutionnelle des droits fondamentaux qui la caractérise ne sont incompatibles avec l'inscription juridique de la différence. L'étude comparative de la justice constitutionnelle en Europe⁷⁶, de même que la pratique jurisprudentielle de la Cour des droits de l'Homme de Strasbourg⁷⁷, nous montrent bien que les hautes juridictions peuvent faire preuve d'une souplesse certaine pour rendre compte de spécificités culturelles, ou de particularismes locaux, sans renier un projet commun de garantie effective des droits fondamentaux.

De même, il devrait être possible d'aménager, dans un État fédéral, un espace constitutionnel à l'intérieur duquel les entités fédérées seront à même d'organiser la liberté en harmonie avec leur contexte social propre. En tenant compte de leur « identité constitutionnelle »⁷⁸, on pourrait permettre à ces entités de concilier d'une manière originale l'exercice des droits contradictoires compte tenu des traditions culturelles ou historiques de la société infrafédérale en cause. On pourrait également les autoriser à faire valoir une conception différenciée de l'intérêt général, susceptible de justifier la limitation d'un droit ou d'une liberté.

Les tentatives jurisprudentielles d'arbitrer entre l'intégration juridique par les droits fondamentaux et la diversité sont à ce jour demeurées relativement marginales au Canada. De telles tentatives ne sont cependant pas inexistantes ; la plus remarquable et la plus féconde à ce jour est sans conteste le refus univoque de la Cour suprême d'inférer des valeurs égalitaires de la *Charte* une exigence d'uniformité dans le droit des collectivités fédérées. Ainsi, la Cour estime que l'égalité devant la loi et le principe de non-discrimination inscrits à l'article 15 de la *Charte*, n'emportent pas nécessairement l'obligation pour les provinces d'avoir un droit identique sur une matière donnée relevant de leur compétence⁷⁹. Il appert que l'asymétrie dans l'ordre juridique provincial représente pour la Cour une réalité inéluctable voire même souhaitable en contexte fédéral. Au surplus, la Cour statue que la *Charte* ne fait pas non plus obstacle à une application différenciée de la législation fédérale selon les provinces.⁸⁰

On pouvait par ailleurs s'attendre à ce qu'il y ait prise en compte de l'hétérogénéité des communautés dans l'appréciation des restrictions raisonnables qu'il convient d'apporter à l'exercice des droits et libertés aux termes de l'article premier de la *Charte*⁸¹.

⁷⁶ Rousseau, *supra* note 4 aux pp. 126-33.

⁷⁷ F. Sudre, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 2^e éd., 1992 aux pp. 38-43.

⁷⁸ Rosenfeld, *supra* note 11.

⁷⁹ *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254, 57 C.C.C. (3^e) 115 ; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, 105 D.L.R. (4^e) 577.

⁸⁰ *Ibid.* Voir aussi l'opinion du juge La Forest dans *Lyons c. La Reine*, [1987] 2 R.C.S. 309, 44 D.L.R. (4^e) 193 [ci-après *Lyons* avec renvois aux R.C.S.]. Le juge réfute l'idée que l'application différente d'une loi fédérale d'une province à l'autre puisse en soi être source d'arbitraire. Il écrit qu'il estime au contraire que des différences d'application sont normales et peuvent même être souhaitables : voir la p. 349.

⁸¹ Voir K.E. Swinton, *The Supreme Court and Canadian Federalism: The Laskin-Dickson Years*, Agincourt (Ontario), Carswell, 1990, aux pp. 341-42.

De fait, dans *Ford c. P.G. Québec*⁸², la célèbre affaire traitant de la liberté d'expression linguistique dans l'affichage commercial au Québec, la Cour suprême s'est dite prête en principe à jauger la constitutionnalité de dispositions de la législation linguistique québécoise en tenant compte de la vulnérabilité culturelle des francophones en Amérique⁸³.

Étant d'avis que la sauvegarde de la langue française représente un objectif gouvernemental important, la Cour a néanmoins conclu que l'on avait pas démontré le caractère proportionné de certaines restrictions quant à l'usage de l'anglais dans la publicité commerciale⁸⁴. Bien qu'elle fût disposée à admettre l'évidence quant à la spécificité québécoise et la fragilité de la culture française d'ici, la Cour dans l'arrêt *Ford*, n'a en définitive accordé guère de poids au véritable projet de société inhérent aux dispositions législatives en cause. Au lieu d'y voir un instrument de promotion du français comme langue publique commune, la Cour impute à la *Charte de la langue française*⁸⁵ une simple préoccupation de refléter « le visage linguistique » du Québec qui, quant à lui, semble bilingue aux yeux de la Cour⁸⁶. Il allait dès lors de soi, du point de vue des magistrats, que l'unilinguisme français prescrit pour certains types de commerces ne pouvait être tenu pour « nécessaire »⁸⁷ à l'accomplissement de l'objectif gouvernemental.

Il était également tout naturel que dans l'affaire *Devine*⁸⁸ la haute juridiction conclue que la préservation du « visage linguistique du Québec » justifiait la limitation de la liberté d'expression par une mesure législative rendant obligatoire l'usage de la langue française dans la publicité commerciale sans interdire une autre langue⁸⁹.

Par ailleurs, la Cour suprême ne se refuse pas à laisser, dans l'application de la disposition limitative, une certaine latitude aux élus⁹⁰. Bien qu'elle rappelle la théorie de la « marge d'appréciation » développée par la Cour de Strasbourg dans le système de la Convention européenne, cette attitude semble se traduire par un degré moindre de retenue⁹¹. La Cour n'a pas spécifiquement fondé cette forme d'autolimitation sur le besoin d'éviter une construction uniformisante du droit dans un régime fédéral mais plutôt, selon toute apparence, principalement sur sa conception de la séparation des pouvoirs dans une démocratie libérale⁹². Même s'il est loisible aux provinces de mettre à profit autant que possible cette marge de manœuvre pour faire valoir leur différence⁹³,

⁸² [1988] 2 R.C.S. 712, 54 D.L.R. (4^e) 577 [ci-après *Ford* avec renvois aux R.C.S.].

⁸³ *Ibid.* aux pp. 777-79.

⁸⁴ *Ibid.* aux pp. 779-80.

⁸⁵ L.R.Q. c. C-11.

⁸⁶ *Ford*, *supra* note 82 à la p. 780.

⁸⁷ *Ibid.* à la p. 779.

⁸⁸ *Supra* note 17.

⁸⁹ *Ibid.* à la p. 814.

⁹⁰ Voir J. Wærhling, « L'article 1 de la Charte canadienne et la problématique des restrictions aux droits et libertés : l'état de la jurisprudence de la Cour suprême », dans *Droits de la personne : l'émergence de droits nouveaux. Actes des journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures (1992)*, *supra* note 2 aux pp. 22-32.

⁹¹ Voir G.G. Tremblay et S. Marsolais, « Reconnaître aux pouvoirs politiques une marge d'appréciation aux fins de l'article premier de la Charte canadienne », (1992) 52 R. du B. 841 aux pp. 845-47.

⁹² Voir en particulier les affaires *Irwin Toy*, *supra* note 17 aux pp. 993-94 ; *McKinney c. University of Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229 aux pp. 285-89, 76 D.L.R. (4^e) 545 ; et *Rodriguez c. Colombie-Britannique*, [1993] 3 R.C.S. 519 aux pp. 614-15, 107 D.L.R. (4^e) 342.

⁹³ En effet, la retenue judiciaire peut favoriser la diversité sans égard à son fondement théorique. La professeure Swinton écrit à ce sujet, *supra* note 81 à la p. 349 : « ...deference is inevitably

on peut souhaiter que le principe fédératif soit aussi invoqué par la Cour à l'avenir comme fondement d'une plus grande retenue judiciaire en matière de limitation des droits.

Enfin, il faut préciser que nous avons jusqu'à maintenant traité du problème de la construction du droit au regard de la *Charte* dans la perspective d'une application intégrale de celle-ci. Mais le système canadien comporte une disposition originale, l'article 33 de la *Charte*⁹⁴, qui consacre ce que l'on appelle le pouvoir dérogatoire ou encore, plus couramment, « la clause nonobstant »⁹⁵. Ce pouvoir controversé habilite le Parlement fédéral, ou une législature provinciale, à suspendre l'application d'un nombre important de droits fondamentaux pour une période de cinq ans, par l'adoption d'une simple loi ordinaire expressément dérogatoire⁹⁶.

On comprendra aisément qu'un pareil mécanisme, même s'il ne devait, du point de vue des instances constituantes, n'être enclenché que dans les circonstances les plus exceptionnelles, apparaît à plusieurs analystes comme la négation même de la justice constitutionnelle⁹⁷. Mais un nombre de partisans de la diversité fédérale et de l'autonomie des provinces n'ont pas manqué de souligner que le pouvoir de dérogation constitue un outil permettant aux collectivités fédérées de contenir la force homogénéisante de la justice constitutionnelle relative aux droits fondamentaux⁹⁸.

Par ailleurs, la Cour suprême a refusé d'imposer une quelconque condition de fond à l'exercice de la faculté de dérogation prévue à l'article 33⁹⁹. Cette attitude abstentionniste pourra favoriser le maintien de la diversité juridique en facilitant la suspension unilatérale par une province de normes constitutionnelles pancanadiennes.

Il est évident cependant, que l'invocation du principe fédératif pour neutraliser la protection constitutionnelle des droits fondamentaux soulèvera de complexes problèmes de légitimité. En effet, rares seront les circonstances propres au contexte fédéral pouvant justifier la mise à l'écart pure et simple de droits dont la garantie est de plus en plus considérée comme consubstantielle à l'État de droit. Mais une grave méconnaissance par le juge de la diversité fédérale, ou de la spécificité québécoise,

intertwined with the value of diversity that characterizes federal systems of government. The more frequently the Court upholds legislation, for whatever reason, the more room there is left for variety in public policy at the regional and local level. »

⁹⁴ Nous aurions cependant tort de tenir le droit canadien pour radicalement original à cet égard, puisque certaines constitutions européennes accordent au pouvoir législatif une prérogative dérogatoire en présence d'un jugement d'inconstitutionnalité. Ainsi, ces constitutions habilite le Parlement à « passer outre une décision d'inconstitutionnalité en confirmant la loi censurée par un vote à la majorité des deux tiers » : voir D. Rousseau, *supra* note 4 à la p. 109.

⁹⁵ Le paragraphe 33(1) de la *Charte*, *supra* note 10, se lit comme suit : « Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée à l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte. »

⁹⁶ Voir l'étude générale présentée dans P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd., Scarborough, Carswell, 1992 aux pp. 892-901.

⁹⁷ Voir notamment L.E. Weinrib, « Learning to Live with the Override » (1990) 35 R.D. McGill 541 ; J.D. Whyte, « On not Standing for Notwithstanding » (1990) 28 Alta. L. Rev. 347 ; et T. Macklem, « Engaging the Override » (1991) 1 N.J.C.L. 274.

⁹⁸ Brun et Tremblay, *supra* note 7 à la p. 801 ; J. Gosselin, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville, Yvon Blais, 1991 aux pp. 246-49 ; et Pinard, *supra* note 74 à la p. 217.

⁹⁹ Sous réserve du principe de non-rétroactivité, voir *Ford*, *supra* note 82.

pourrait autoriser à notre avis le législateur à user de son pouvoir dérogatoire pour modifier le cours de la justice constitutionnelle en matière de droits et libertés.

IV. CONCLUSION

Le contrôle de constitutionnalité des lois et la construction du droit qui en découle comportent une dimension singulière dans un État composé de type fédéral. Le défi pour le juge ne se limite pas à concilier la censure de la loi avec les exigences de la séparation des pouvoirs dans une démocratie représentative ; il doit au surplus assurer la vitalité du principe fondateur de la démocratie fédérale, soit le dualisme étatique. Une attitude trop centralisatrice mettra en péril l'équilibre des autonomies politiques et l'indispensable construction plurale du droit.

Dans le contentieux de la répartition des compétences, la Cour suprême du Canada nous semble actuellement se soucier trop peu de sa mission de gardienne d'un fédéralisme canadien dont l'une des caractéristiques fut longtemps d'assurer un équilibre fluctuant mais réel des autonomies. Que ce soit à l'égard des principes généraux de mise en œuvre du partage des compétences ou encore des titres particuliers de compétence, la justice constitutionnelle canadienne tend de plus en plus à accréditer l'observation d'un spécialiste du fédéralisme pour qui « ... en système fédéral, les organes de contrôle de la constitutionnalité ont une fonction centripète, plutôt compréhensive pour les débordements du pouvoir central. »¹⁰⁰

La problématique fédérale imprimera également des accents particuliers à la justice constitutionnelle dans l'application d'une charte des droits et libertés opposable à tous les ordres de gouvernement. Il incombera ici au juge de composer avec l'impact homogénéisant d'une telle charte sur l'ordre juridique. Dans la constitution d'un patrimoine commun de droits et libertés, la diversité fédérale devra être prise en compte, autant pour la définition des droits qu'à l'égard des limitations pouvant raisonnablement y être apportées.

Si la jurisprudence de la Cour suprême offre, dans l'affaire *Hunt*¹⁰¹, un exemple de l'incidence centralisatrice de certains droits individuels, la Cour ne s'est toutefois pas, à ce jour, montrée hostile en principe à une application pondérée des droits en fonction des particularismes provinciaux. La manifestation la plus claire de sensibilité à l'égard de la diversité des communautés se trouve dans le refus d'interpréter les droits à l'égalité comme exigeant l'uniformité de la législation provinciale. Il s'agit toutefois d'un des rares cas clairs et convaincants d'interprétation des droits de la *Charte* en fonction de l'exigence fédérale.

Le travail du juge chargé de sanctionner la loi suprême reste, à l'instar de tous les processus politiques, tributaire des représentations idéologiques que véhiculent les élites économiques, sociales et politiques du pays. Or, au Canada l'idéologie dominante à l'échelle de la fédération tend aujourd'hui à faire échec aux forces identitaires provinciales pour exalter la vision d'une communauté de droits, véritable substrat d'une identité pancanadienne qui reste largement à édifier.

¹⁰⁰ Gjidara, *supra* note 8 à la p. 98.

¹⁰¹ *Hunt c. T. & N. plc*, *supra* note 24. Voir le commentaire de R. Wisner, *supra* note 31.