

LA COUR SUPREME ET LE PARTAGE DES COMPETENCES

JEAN-CHARLES BONENFANT*

In the B.N.A. Act and the Senate Canada has had two limping federative institutions for over a century. This has given a more important role to the judiciary in interpreting the constitution than in other countries, Switzerland excepted.

From its inception until the abolition of appeals to the Privy Council, the S.C.C. has often been unjustly kept in the shadows; its decisions often contained more of substance than those of the Privy Council. It appears that since 1949 the S.C.C. has rejected a literal interpretation of the outdated B.N.A. Act and has been prepared to create the law necessary for the political, economic and social functioning of the country. Unless a change occurs in our institutions, we may drift into a kind of neo-federalism that amounts to government by judges. This is a result to be feared, no matter how honest the judges or generous their decisions may be.

Since the S.C.C. can create law in respect of the division of powers, it is understandable that Quebec, a province different from the others, has not always accepted the decisions of the S.C.C. enthusiastically.

As long as the S.C.C. was a subordinate court its constitutional decisions were not feared in Quebec: rather, there was a longstanding fear that the purity of Quebec civil law would be endangered. Since the 1974 amendments to the Supreme Court Act civil appeals will be considerably fewer and Quebec's problem in respect of the S.C.C. will above all relate to the division of powers. Although it would be difficult to specify any anti-Quebec attitudes on the S.C.C. bench, the court is still perceived by most French-speaking Quebecers as a primarily English-speaking institution — as a distant and strange as the Privy Council, and above all a pro-federal tribunal. Several calls for the establishment of a constitutional court have been made.

Although a number of decisions of the S.C.C. over the last twenty-five years have proven to be blessing to Quebec, two recent decisions have been perceived as unjustified federal intrusions into the life of Quebec.

As a result, on a political level Quebec has tried to avoid confrontation in front of the S.C.C. on constitutional arguments. Constitutional matters are no longer given primary importance in the Ministry of Intergovernmental Affairs, Quebec not wishing to be bound by the S.C.C. on matters it perceives as primarily political, such as off-shore rights, air-waves and agricultural products marketing. Fear of leaving political responsibility to judicial decision making was one of the reasons that Quebec refused to accept the Victoria Charter.

At present, saddled with an outdated constitutional text, the judges of the S.C.C. necessarily stand in the shoes of the Fathers of Confederation. The time has come to find a mechanism which would permit the complete modification of constitution, revising the division of powers and permitting legislative delegation, in which the decisions of the S.C.C. would be subject to political confirmation or rejection.

Pour bien fonctionner à l'intérieur d'un état, le fédéralisme exige que se côtoient deux souverainetés, avec le jeu alternatif des principes de participation et d'autonomie, mais cela ne peut se réaliser que grâce à des institutions plus importantes que les hommes, si charismatiques soient-ils. Ces institutions sont d'abord une constitution écrite, rédigée et adoptée dans des circonstances qui habituellement lui donnent du panache, dont la partie principale est l'énoncé d'un partage logique et aussi clair que possible des compétences et qui peut être mise à jour par un mécanisme assez souple d'amendement. C'est ensuite une Chambre haute représentant adéquatement les parties composantes réelles et qui n'est pas une doublure de la Chambre basse. C'est enfin un tribunal suprême, qui interprète le partage des compétences pour l'appliquer à des situations concrètes se renouvelant sans cesse et qui parfois doit tirer d'une constitution obscure ou silencieuse des interprétations auxquelles ses auteurs n'avaient même pas pu penser.

Le Canada, qu'il soit anglais ou français, n'a jamais eu le culte des institutions et, depuis plus d'un siècle, il a survécu avec au moins deux institutions

* Professor of Law, Université Laval, Faculté De Droit.

fédératives boiteuses. Les British North America Acts 1867-1965, représentent notre constitution formelle. Témoignant en 1935, devant le Comité spécial d'enquête sur l'Acte de l'Amérique britannique du Nord, le Dr D. O. Skelton disait qu' "une des raisons pour lesquelles notre constitution n'est pas aussi bien connue de la jeunesse du Canada que l'est la constitution américaine de tous les jeunes écoliers des Etats-Unis, c'est peut-être que c'est un document peu intéressant, un acte judiciaire ordinaire" (l'anglais dit mieux, "it is a dry legal, routine instrument").¹ Par ailleurs, nous n'avons pas encore un mécanisme permettant de modifier entièrement ce texte au Canada. Quant au Sénat, il a manqué sa vocation fédérative dès le premier quart de siècle de son existence et il ne l'a jamais retrouvée.²

Ces faiblesses ont sans doute rendu plus importante une institution qui dans tous les pays fédératifs, sauf en Suisse, a joué un rôle essentiel, c'est à dire un tribunal supérieur qui interprète le partage des compétences. On connaît l'importance dans l'histoire du fédéralisme canadien du Comité judiciaire du Conseil privé. Le sénateur Eugene Forsey écrivait naguère qu'on pouvait appeler Lord Haldane "the step-father of Confederation":³ je crois que celle-ci a eu plusieurs autres beaux-pères dont quelques-uns siègent peut-être aujourd'hui à la Cour suprême. Par ailleurs, je me rappelle étant étudiant avoir entendu le professeur Frank Scott prononçant une conférence sur l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, déclarer en laissant tomber nonchalamment sur la table la brochure qui le contenait: "L'Acte de l'Amérique du Nord britannique, c'est ça, plus la collection des *Appeal Cases*". En 1949, et dans les quelques années qui suivirent, nous avons dit adieu au Conseil privé, sinon à sa jurisprudence, et la Cour suprême est devenue vraiment suprême. C'est en fonction d'elle que nous devons maintenant nous demander s'il vaut mieux que notre pays ait un gouvernement par les juges ou un gouvernement des représentants du peuple, un tribunal qui ressemble à son homologue du pays voisin ou qui travaille à l'intérieur de la suprématie traditionnelle des parlements de type britannique. Le problème est posé évidemment à propos du partage des compétences mais il est analogue et peut-être même plus intéressant en rapport avec les droits de l'homme.

Dans une première partie, je tenterai de parler de la Cour suprême et du partage des compétences d'une façon désincarnée comme la question peut se présenter à tout Canadien, mais dans une seconde partie je le ferai en me rappelant que je viens d'une province du Canada dont au moins une partie de la population a eu parfois et a encore à l'égard de la Cour suprême une attitude spéciale qu'on pourrait qualifier de craintive, parfois même d'agressive sans être pour cela, je l'avoue, toujours juste. Enfin, j'essaierai dans une troisième partie d'imaginer ce qui peut être fait pour donner à la Cour suprême, dans le partage des compétences, le rôle restreint mais tout de même important que je lui souhaite dans l'intérêt de tout le Canada, y compris le Québec.

De sa naissance, en 1875, jusqu'à l'abolition des appels au comité judiciaire du Conseil privé, la Cour suprême a été presque toujours tenue dans l'ombre — souvent injustement, car ses décisions, avec leurs motifs et leurs dissidences of-

¹ Comité Spécial D'Enquete Sur L'Acte De L'Amérique Britannique du Nord, *Procès-verbaux, témoignages et rapports*, Ottawa, 1935, à 29.

² Cf. J.-C. Bonenfant, *La vocation manquée du Sénat canadien*, (1972) 37 *Cahier des Dix* 51. "Comme l'écrivait en 1949, un étudiant en doctorat du nom de John Turner, mieux connu aujourd'hui pour d'autres raisons, 'it is doubtful whether today any provincial government would look towards the Senate as its spokesman or champion'". *Canadian issues. Essays in honour of Henry F. Angus*, par R.M. Clark à 60.

³ *Canadian Journal of Economics and Political Science*, 1936, à 596.

fraient souvent plus de substance, plus de qualités formelles que les arrêts monolithiques des Conseillers de Sa Majesté. Aussi en 1949, se sentit-elle comme un adolescent qui a enfin atteint sa majorité. Elle fut fière de son indépendance d'autant plus que le parlement canadien avait refusé, comme certains le proposaient, de la lier par un texte de loi au *stare decisis* des décisions du Conseil privé.⁴ Aussi un illustre professeur de droit, qui se nommait Bora Laskin, et qui ne se doutait peut-être pas du rôle important qu'il jouerait dans la réalisation du vœu qu'il formulait, pouvait-il écrire que, "The Supreme Court is now free to adopt its own canons of judicial behaviour" et il l'invitait "to develop a personality of its own" et à faire preuve pour cela d' "empiricism not dogmatism, imagination rather than literalness".⁵

La Cour suprême s'est rapidement engagée dans la voie suggérée par le professeur Laskin et sans qu'on puisse l'accuser d'erreurs juridiques formelles, elle a poussé plus loin que le Comité judiciaire certaines interprétations comme celle du paragraphe introductif de l'article 91 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, celle du paragraphe sur le commerce et celle des pouvoirs implicites, pour ne signaler que quelques domaines. Il semble que la Cour suprême se refuse à une interprétation littérale d'un vieux texte, édicté à un moment où le bon état intervenait le moins possible, qu'elle veuille, si c'est nécessaire, créer du droit pour que les mécanismes politiques, économiques et sociaux du pays fonctionnent. On a sans doute exagéré lorsqu'on a opposé naguère "Le droit naturel" du juge Rand au "positivisme" du juge Black de la Cour suprême des Etats-Unis⁶ mais il semble bien que, s'il n'y a pas de changement dans nos institutions, influencés par le mimétisme que nous pratiquons facilement à l'égard des Etats-Unis, nous nous engageons de plus en plus dans une sorte de *néo-fédéralisme* engendré par notre tribunal suprême et qui serait une sorte de gouvernement par les juges.

Le problème est classique et il est posé et discuté dans tous les manuels de science politique. Il était en puissance dans l'arrêt que rendit, en 1803, le juge John Marshall dans l'affaire *Marbury v. Madison* en décidant que la validité des lois était soumise à la constitution il s'est développé en poussant à l'extrême la signification du double emploi de l'expression "due process of law" dans la constitution américaine pour en arriver dans certains cas à placer au-dessus de tous les législateurs les règles de droit naturel qui varient avec les hommes et surtout leurs croyances. Nous n'en sommes pas rendus là au Canada et je me permets de signaler en passant que s'il y a eu dans notre histoire un juge qui a invoqué les droits qui "find their existence in the very nature of man", il n'était pas de la Cour suprême, mais appartenait à la Cour d'appel de Québec et que malheureusement la Cour suprême n'a pas eu la chance de se prononcer sur la question.⁷

Personnellement, je crains le gouvernement des juges, si honnêtes soient-ils, et même si on a pu se réjouir des décisions gégreuses qu'a rendues ces dernières années la Cour suprême des Etats-Unis, on ne peut s'empêcher de se rappeler certains jugements farfelus et parfois rétrogrades de la fin du dix-neuvième

⁴ M.R. McGuigan, *Precedent and Policy in the Supreme Court*, (1967) 45 R. du B. Can. 627.

⁵ B. Laskin, *The Supreme Court of Canada. A final court of and for Canadians*, (1951) 29 R. du B. Can. 1038.

⁶ Cf. M. Schneiderman, *The positivism of Hugo Black v. The Natural Law of Ivan Rand: A Study in contrasting judicial Philosophies*, (1968) 33 Sask. L. Rev. 267.

⁷ Le juge Casey dans *Chabot v. Les Commissaires d'écoles de la Morandière*, [1957] B.R. 707.

siècle,⁸ et que pendant plus d'un an elle fit échec aux réformes nécessaires du Président Roosevelt pour des motifs beaucoup plus personnels que juridiques. Comme l'écrivait, en 1935, le grand politicologue anglais, Harold S. Laskin, qui a si souvent comparé les institutions politiques américaines et britanniques, "No great nation, with problems to solve commensurate with its greatness, will submit the control of its policy to a majority of nine men who cannot be called to account for their actions. Where fundamental disharmony of this kind persists, the time has come for constitutional revision."⁹ D'ailleurs à peu près à cette époque, c'est un juge même de la Cour suprême, le juge Stone qui dans l'arrêt *United States v. Butler*, où il était dissident, rappelait à ses collègues que "Courts are not the only agency of government that must be assumed to have capacity to govern."¹⁰

Sans aller aussi loin que Montesquieu qui, dans *De l'Esprit des lois*, après avoir énoncé sa fameuse division des trois sortes de pouvoirs, la puissance législative, la puissance exécutive et celle des juges, écrivait que de ces trois puissances "celle des juges était à peu près nulle,"¹¹ je crois qu'un juge n'est pas appelé à créer le droit, mais à l'interpréter et que parfois si théoriquement il semble être un interprète, on fait de lui un créateur lorsqu'on le force à résoudre des problèmes du vingtième siècle à l'aide d'expressions qui n'ont plus de portée juridique précise et qui demeurent gelées dans leur sens désuet du milieu du dix-neuvième siècle, comme "trade and commerce", "property and civil rights", "peace order and good government" et "direct taxation".¹²

Dans le *Contrat social*,¹³ Jean-Jacques Rousseau soutenait que la parcelle de souveraineté que chacun de nous possède ne se délègue pas et qu'il faut en pratique accepter la représentation. Or il semble que cette représentation se réalise mieux par les hommes politiques, si critiqués soient-ils, que par neuf juristes imminents. C'est dire que si le partage des compétences au Canada peut poser momentanément des problèmes d'interprétation juridique, en définitive, sur une longue période, il doit aboutir à des solutions politiques que la Cour suprême peut aider à imaginer mais que les législateurs intéressés ont la responsabilité d'accepter, de modifier ou de rejeter.

En face d'une Cour suprême qui peut créer du droit, plus particulièrement dans le partage des compétences, et qui parfois devant le silence des textes a le devoir de le faire, on comprend que le Québec qui, malgré ce que disait naguère un premier ministre de bonne foi, n'est pas tout à fait une province comme les autres, n'ait pas toujours accepté avec enthousiasme les décisions du plus haut tribunal canadien. Même s'il est toujours un peu délicat de citer les écrits anciens d'un juge actuel de la Cour suprême, pour employer le titre d'un article que

⁸ La Cour fut alors appelée à trancher les questions les plus variées, du droit pour un pasteur de réunir ses ouailles sur les terrains communaux de Boston (*Davis v. Massachusetts*, 167 U.S. 43) au droit pour un meutrier, condamné dans l'Idaho, d'exiger que ce soit le shérif plutôt que le gardien de la prison qui le pendre (*Davis v. Burke*, 179 U.S. 399) en passant par la réglementation des maisons closes à la Nouvelle Orléans (*L'Hôte v. New Orleans*, 177 U.S. 587).

⁹ (1934-35) 44 *Yale Law Journal* 1126.

¹⁰ *United States v. Butler*, (1935) 56 Sup. Court Reports 312, à 329.

¹¹ *De L'Esprit des Lois*, Livre XI, chapitre 6.

¹² "The explanation is that federalism questions are not amenable to stable legal principles. Our judges are working with a century old document whose basic objectives are largely irrelevant to modern legislative problems. The Courts are left to fill such empty verbal categories as 'peace, order and good government', 'property and civil rights', etc.". Paul Weiler, *In the last Resort. A critical study of the Supreme Court of Canada*, à 173-174.

¹³ J.-J. Rousseau, *Contrat social*, chapitre 4.

publiait en 1951, Me Louis-Philippe Pigeon, "The meaning of Provincial Autonomy" a eu dans le Québec une résonance spéciale. Comme l'écrivait l'auteur, dans cet article, "The French-speaking population of the province of Quebec is obviously the group of Canadian citizens specially interested in it. For them autonomy is linked up with the preservation of their way of life..."¹⁴

Dès sa création en 1875, la Cour suprême provoqua des craintes chez un certain nombre de députés canadiens-français qui tentèrent inutilement d'en restreindre les pouvoirs ou de la rendre plus fédérative par les amendements qu'ils proposèrent.¹⁵ Tant qu'elle fut un tribunal subalterne, on ne redouta guère son action dans le domaine constitutionnel. Ce qu'on craignit pendant longtemps était plutôt qu'elle mit en danger la pureté du droit civil québécois ainsi qu'en témoigne le projet de loi que présenta en 1903 le député Louis-Philippe Demers, un juriste réputé qui devait plus tard devenir doyen de la faculté de droit de Montréal et juge de la Cour supérieure, projet dans lequel il soulignait l'influence des juges de la Cour suprême sur le droit civil québécois.¹⁶

Le problème ne se pose plus de la même façon et on a peut-être d'ailleurs eagéré l'adulteration du droit québécois par l'intervention de la Cour suprême ou du moins ses dangers. D'ailleurs l'amendement apporté à la Loi de la Cour suprême en décembre 1974 va diminuer considérablement les appels en matière civile¹⁷ et le problème du Québec face à la Cour suprême va surtout continuer à se poser en matière de partage des compétences.

Dans ce domaine, il faut bien admettre que, depuis un quart de siècle, la Cour suprême n'a pas joui dans le Québec d'une forte cote d'amour même si plusieurs de ses adversaires auriennent bien été en peine de l'accuser d'erreurs formelles et de préciser en quoi les attitudes de la Cour étaient anti-provinciales et plus spécifiquement anti-québécoises. Mais ce qui compte pour les institutions, leur réputation et leur efficacité, ce n'est pas ce qu'elles sont en réalité et comment elles fonctionnent mais ce qu'on croit qu'elles sont et comment elles fonctionnent. Pour la plupart des Canadiens français du Québec, la Cour suprême est encore ce que concluait le professeur Peter H. Russell à la fin de son étude pour la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme publiée sous le titre *The Supreme Court of Canada as a Bilingual and Bicultural Institution*, c'est à dire "in both its personnel and its procedures . . . primarily an English speaking institution".¹⁸

Certes la situation a quelque peu changé ces dernières années depuis l'application de la Loi concernant le statut des langues officielles du Canada¹⁹ et la Cour suprême n'a pas eu la distinction redoutée d'être l'objet de l'humour noir du commissaire aux langues officielles, mais comme la plupart des décisions importantes sont rendues en anglais et que la traduction est lente, les professeurs

¹⁴ L.-P. Pigeon, *The Meaning of Provincial Autonomy*, (1951) 29 R. du B. Can. 15.

¹⁵ Cf. J. Brossard, *La Cour suprême et la constitution*, à 124-130.

¹⁶ M. Demers publia le discours qu'il avait prononcé à la Chambre des Communes, le 4 mai 1903, dans *La Revue légale*, nouvelle série, tome 9, à 233-244. Il concluait par ces mots: "Si nous donnions à notre Cour le véritable caractère fédéral, quel respect ne commanderait-elle pas? Les tribunaux constituant des arbitrages forcés, il faut qu'ils soient comme la femme de César, au-dessus de tout soupçon. Notre Cour suprême est actuellement comme le sphinx, monstre qui n'est ni animal ni homme et que le passant évite comme un danger."

¹⁷ Loi modifiant la Loi sur la Cour suprême et modifiant en conséquence la Loi sur la Cour fédérale, S.C. 1975, c. 18, art. 41.

¹⁸ P.H. Russell, *The Supreme Court of Canada as a Bilingual and Bicultural Institution*, dans *Documents of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism*, L. Imprimeur de la Reine, à 212.

¹⁹ S.R.C. 1970, c. 0-2.

et surtout les étudiants du Québec doivent pendant quelques mois, s'intéresser aux nouveautés constitutionnelles dans une langue qui pour la plupart leur est étrangère, ce n'est peut-être pas mauvais au point de vue intellectuel, mais ce qui soulève parfois des passions.

Bref, pour plusieurs Québécois, la Cour suprême reste un tribunal presque aussi lointain et étranger que l'était le Comité judiciaire du Conseil privé. C'est surtout pour eux un tribunal pro-fédéral. On souligne même que ses juges sont nommés et payés par le gouvernement d'Ottawa en oubliant qu'il en est de même des juges de la Cour d'appel et de la Cour supérieure et on croit que réfugiés dans leur enclos d'Ottawa même si récemment il a été agrandi par un amendement, que leur impose la loi, ils demeurent étrangers au Québec, dans lequel cependant ils peuvent fort bien demurer.²⁰

On pourrait ne pas attacher d'importance à l'opinion populaire, mais il est tout de même des témoignages sérieux, parfois même quasi-officiels, qu'on ne peut mettre de côté. Sans remonter trop loin dans le passé, soulignons d'abord celui du *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels*, le rapport Tremblay, en 1965. Les commissaires rappelèrent d'abord qu'au cours de leur enquête un bon nombre d'organismes avaient manifesté leur inquiétude à propos de la Cour suprême et ils soulignèrent ensuite que cette Cour dépendait du seul gouvernement central au triple point de vue de son existence, de sa juridiction et de son personnel.²¹ Les commissaires formulaient ensuite avec prudence certaines suggestions. La première était que dans une constitution future, rédigée avec le concours des deux ordres du gouvernement, on garantisse l'existence de la Cour, on définisse sa juridiction et on établisse le mode de nomination des juges de la Cour suprême, en des "articles qu'il faudrait mettre à l'abri des interventions législatives ordinaires de nos parlements tant fédéral que provinciaux."²² Inspirés en partie par un article que venait de publier un juriste canadien-français réputé, Me Antonio Perrault,²³ les commissaires suggéraient une formule pour créer une "Cour des affaires constitutionnelles" qui "serait formée de neuf membres, dont cinq proviendraient de la Cour suprême actuelle et les quatre autres seraient choisis par les quatre grandes régions dont se compose le Canada, à savoir les Maritimes, le Québec, l'Ontario et l'Ouest canadien, chacun nommant tout comme les Etats nomment le leur à la Cour internationale de justice."²⁴

Dans les années qui suivirent plusieurs continuèrent dans le Québec à poser le problème de la Cour suprême. Je ne veux citer que deux juristes non seulement à cause de leur réputation mais surtout à cause des postes qu'ils occupent maintenant.

A la fin d'un article qu'il publiait, en 1967, dans la *Revue du Barreau canadien* et qui s'intitulait *Le Québec et l'arbitrage constitutionnel: de Charybde et Scylla*, Me Jacques-Yvan Morin, qui n'était alors qu'un excellent juriste que la politique n'avait pas encore attiré, concluait que l'"arbitrage constitutionnel canadien tel qu'il est constitué à l'heure actuelle, traîne toutes sortes de résidus de l'époque victorienne et du colonialisme britannique", "qu'il place le Québec dans la dépendance du pouvoir central" et que "tout système juridictionnel qui

²⁰ Bill S-2, 1ère session, 30ème législative, art. 1 (Can.).

²¹ *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels*, vol. III, tome 1, Province de Québec, 1956, à 20.

²² *Id.* à 298.

²³ A. Perrault, *La Cour Suprême du Canada*, dans *Relations*, janvier 1953, à 20.

²⁴ *Supra*, n. 21, Vol. III, tome 1, à 301.

prétendrait perpétuer un tel état de choses constituerait une source constante de tension voire de division entre le Québec et la Fédération canadienne".²⁵

Par ailleurs, même s'il est encore délicat de citer un juge de la Cour suprême avant qu'il ait connu cette dignité, je vous rappelle que trois ans auparavant, à Charlottetown, en 1964, le professeur Jean Beetz, dans une communication sur *Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la constitution de 1867*,²⁶ montrait dans un texte rédigé sans passion mais avec finesse que "la constitution de 1867 est susceptible de se prêter à une expansion presque indéfinie de la compétence fédérale soit à cause des renversements jurisprudentiels toujours concevables, soit par suite de l'exploration par la jurisprudence de domaines qu'elle a laissés jusqu'ici intouchés, soit par la pratique ou l'usage plus abondant par le pouvoir fédéral de compétences qui lui sont déjà reconnues."

Tout cela aboutit en 1967, à un document et à un livre. Dans les *Documents de travail* que la délégation du Québec présenta au Comité permanent des fonctionnaires de la conférence constitutionnelle, le 17 juillet 1968, on proposait "que la Constitution prévoie l'établissement d'une Cour constitutionnelle dont elle fixerait la composition et la juridiction et dont au moins les deux tiers des juges devraient être nommés par les gouvernements d'état."²⁷

Quant au livre, c'est celui du professeur Jacques Brossard publié en 1968 et intitulé *La Cour suprême et la Constitution*.²⁸ L'étude fut d'abord rédigée pour le Comité parlementaire de la Constitution formé en juin 1963 par l'Assemblée législative du Québec. Elle contient une analyse très fouillée et dense de l'activité de la Cour suprême avec une amusante utilisation du langage musical qui se termine par la constatation d'un "crescendo centralisateur qui fut mené *forte vivace* entre 1965 et 1967 . . ."²⁹ Dans ses conclusions, l'auteur recommande des solutions variées en tenant compte des quatre hypothèses constitutionnelles; sous le régime actuel, sans modifications constitutionnelles; sous le régime actuel, avec modifications constitutionnelles; au cas de statut particulier et finalement au cas d'association confédérale. Enfin, il suffit de lire la discussion qui en juin 1974, marqua l'étude des crédits du ministère des Affaires intergouvernementales du Québec, pour s'apercevoir que tant du côté du gouvernement libéral que de l'opposition indépendantiste on souhaite une transformation de la Cour suprême.³⁰

Mais tout cela peut paraître bien académique, presque un vain amusement de juriste ou de politicologue ou même de la démagogie de politiciens en quête d'excuses. Demandons-nous plutôt dans des cas concrets, si le Québec a eu raison de se plaindre, ces dernières années des décisions de la Cour suprême et

²⁵ (1967) 45 R. du B. Can. 626.

²⁶ Publiée dans *L'avenir du fédéralisme canadien*, par P.-A. Crepeau et C.B. MacPherson (éds.), à 113-138.

²⁷ Conférence Constitutionnelle, Comité Permanent des Fonctionnaires, *Documents de travail, Propositions pour la révision constitutionnelle*, à 26.

²⁸ J. Brossard, *La Cour suprême et la constitution. Le Forum constitutionnel au Canada*. L'ouvrage ne semble pas avoir connu la publicité qu'il méritait. Commentant dans *Les Cahiers de Droit* (vol. 15, no. 1, à 171) les articles du professeur Paul C. Weiler, le professeur Henri Brun de l'Université de Laval écrivait un peu malicieusement: "Il reste à ajouter, sans étonnement cette fois, que les textes du professeur Weiler ignorent complètement l'imposant volume publié par le professeur Brossard, en 1968. Comme font généralement les gens de cet étrange pays, il pourra toujours dire qu'il ne sait pas lire l'autre langue".

²⁹ *Id.* à 204.

³⁰ Cf. Commission Permanente de la Présidence du Conseil, de la Constitution et des Affaires Intergouvernementales, *Journal des Débats*, 6 juin 1974, à B-3078-3080.

s'il doit les redouter pour l'avenir? Il faut se rappeler que le problème a été naguère plus politisé par suite des hommes en place et du climat qui pouvait exister dans le Québec au moment où certaines décisions ont été rendues.

Sans vouloir faire une revue complète des arrêts qui dans le dernier quart de siècle ont soulevé des protestations dans certains milieux du Québec, je vous rappelle qu'il en est tout de même un certain nombre dont on se réjouit aujourd'hui qu'ils aient été rendus et que parfois ils aient renversé la décision de la Cour d'appel du Québec. Ce sont les arrêts concernant les Témoins de Jéhovah en particulier, en 1953, *Saumur v. City of Québec and A.G. of Québec*,³¹ c'est l'arrêt sur la *Loi du cadenas*, *Switzman v. Elbing and A.G. for Québec*, en 1957,³² *Roncarelli v. Duplessis*³³ qui infirmait un jugement unanime de la Cour d'appel. Pour certains, l'arrêt dans *Alliance des professeurs v. La Commission des Relations ouvrières du Québec*, en 1953,³⁴ et celle dans *Birks v. Cité de Montréal*³⁵ en 1955, semblèrent des intrusions fédérales dans la vie du Québec. Dans le premier cas, un porte-parole du gouvernement aurait déclaré "que la victoire de l'Alliance en Cour suprême serait "le pire coup" encore reçu par la Commission."³⁶ Ce n'était pourtant qu'un rappel éloquent de la vieille règle *audi alteram partem*. Dans le second cas, le meilleur argument que trouva un journaliste pour défendre la mesure que la Cour avait déclarée invalide fut que "le règlement municipal était venu suppléer au manque de convictions religieuses des gens" et qu'"une fois de plus, on avait tenté de blanchir par des lois des consciences déjà souillées."³⁷

Mais il est deux autres arrêts de la Cour suprême, rendus à quelques mois de distance, qui firent plus que soulever des passions politiques ou des craintes injustifiées rendirent perplexes un certain nombre de juristes québécois. C'est en 1966, celui de *Munro c. La Commission de la capitale nationale*³⁸ et celui de la *Commission du salaire minimum c. Bell Canada*.³⁹ Dans *Le Devoir* du 15 juillet 1966, le professeur André Tremblay publia une opinion du lecteur avec le titre "Le jugement de la Cour suprême dans l'affaire Munro est lourd de danger pour l'avenir de l'avenir de l'autonomie du Québec". Il terminait son analyse en concluant que "ce jugement devait affermir les intentions du Québec d'obtenir un tribunal constitutionnel" et il écrivait: "A plus d'un point de vue, la décision de la Cour suprême est inopportune. Il faut bien admettre que pour les provinces la théorie des dimensions nationales peut être une boîte de Pandore."

Quant à la décision dans *Commission du salaire minimum v. Bell Canada* qui favorisa la thèse fédérale, elle fut vertement critiquée dans le Québec, comme ailleurs au Canada par des juristes,⁴⁰ et elle rend toujours possible, en matière de travail surtout, par suite de la déclaration à l'usage général du Canada une juridiction que n'avaient certes pas prévu les Pères de la Confédération et qui ne correspond guère au véritable fédéralisme.

³¹ [1953] 2 R.C.S. 229.

³² [1957] R.C.S. 285.

³³ [1959] R.C.S. 121.

³⁴ [1953] R.C.S. 149.

³⁵ [1955] R.C.S. 799.

³⁶ Cf. *Le Devoir*, 11 juin 1953, à 3.

³⁷ Gérard Fillion dans *Le Devoir* du 22 octobre 1955, à 3.

³⁸ [1966] R.C.S. 663.

³⁹ [1966] R.C.S. 767.

⁴⁰ Cf. D. Gibson, *Interjurisdictional Immunity in Canadian Federalism*, (1969) 47 R. du B. Can. 53-56; P. Weiler, *supra*, n. 12, à 180-181.

Le résultat de ces critiques et de ces craintes du Québec semble avoir engendré depuis une décennie une politique volontaire ou inconsciente d'éviter des confrontations devant la Cour suprême et même le recours aux arguments constitutionnels pour espérer trouver un règlement aux difficultés fédérales-provinciales beaucoup plus facilement par des tractations politiques que par des décisions judiciaires. Autrefois lorsque le Québec croyait que son avenir reposait dans la conservation des droits qui lui étaient assurés par le texte de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, interprété souvent d'une façon favorable aux provinces par le Conseil privé, il était de tous les conflits et les arrêts *Attorney General of Quebec v. Attorney General of Canada* remplissent nos recueils de jurisprudence. Maintenant Québec semble avoir un peu moins confiance en cette interprétation et il veut d'ailleurs souvent obtenir plus de droits que les textes et la jurisprudence lui en accordent jusqu'ici. Evidemment, il est encore généralement représenté dans toutes les grandes affaires qui se plaident à la Cour suprême mais il n'en prend plus l'initiative et c'est un secret de polichinelle qu'au ministère des Affaires intergouvernementales les dossiers constitutionnels ne sont pas sur le dessus des paniers.

Cette politique de *self-restraint* semble avoir commencé en 1967 avec l'affaire des droits sous-marins. Le ministre des Affaires intergouvernementales, M. Gérard-D. Lévesque, se rappelait d'ailleurs lors de la discussion des crédits de son ministère en juin 1974. "Quant au Québec," disait-il, "nous n'avons pas accepté de référence à la Cour suprême, parce que nous avons dit et nous continuons de dire qu'il s'agit d'une question politique, d'une décision qui doit être politique. La position du Québec était de refuser une référence à la Cour suprême".⁴¹

Dans le conflit qui depuis quelques années oppose le Québec et Ottawa en matière de communication par les ondes, le ministre M. Jean-Paul L'Allier a pu, en mars 1973, parler des "responsabilités que nous reconnaissons actuellement envers la constitution, l'état de la jurisprudence et la législation québécois"⁴² mais par ailleurs, n'étant pas très sûr que la constitution et la jurisprudence, en ce domaine, soient aussi favorables aux provinces, il a souvent insisté depuis pour souhaiter un règlement politique plutôt qu'une décision de la Cour suprême qu'il redoute peut-être. C'est la même chose dans le domaine de la mise en marché, en particulier des produits agricoles, du boeuf par exemple. "On est tenté de croire," a-t-on écrit, "que M. Normand Toupin [ministre de l'Agriculture], a reçu du premier ministre la consigne de ne pas soulever de débats constitutionnels."⁴³

Le printemps dernier, des problèmes de partage de compétences se sont posés entre Ottawa et Québec dans trois autres domaines liés au travail, celui de la construction d'ouvrages fédéraux, en particulier à Mirabel, celui des meuneries et celui du transport routier extraprovincial. Le Québec craint avec raison que l'interprétation judiciaire crée deux systèmes parallèles de relations industrielles; son conseiller juridique croit que les tribunaux par leurs décisions éviteraient peut-être ce danger mais il ne peut en être sûr et il doit en définitive attendre la décision de la Cour suprême.⁴⁴

⁴¹ Commissions Parlementaires, *Journal des Débats*, 5 juin 1974, à B-3010.

⁴² *Le Devoir*, 1er mars 1973.

⁴³ "Les obstacles constitutionnels à l'élaboration d'une politique québécois de l'Agriculture", par Gil Remillard dans *Le Devoir* du 15 avril 1975. L'auteur, professeur de droit constitutionnel à l'Université Laval, écrit d'ailleurs: "Rarement, un gouvernement québécois a-t-il accordé si peu d'importance au problème constitutionnel. Non seulement le gouvernement actuel n'y accorde-t-il pas d'importance mais il semble même l'ignorer complètement".

⁴⁴ Cf. *Le Devoir*, 21 avril 1975.

D'ailleurs, le premier ministre du Québec lui-même semble redouter l'interprétation judiciaire ainsi qu'en témoigne une petite phrase dans la déclaration qu'il fit le 23 juin 1971 pour refuser d'accepter la Charte de Victoria. "Cette décision," disait-il, "relève de la nécessité qu'il y a de convenir dans toute la mesure possible de textes constitutionnels clairs et précis, évitant ainsi de transporter au pouvoir judiciaire une responsabilité qui appartient avant tout au pouvoir politique."

Je ne crois tout de mêmes pas qu'il faille régler le problème de l'interprétation constitutionnelle au Canada par le vide, et même si le gouvernement du Québec s'en désintéresse, il restera toujours des plaideurs pour susciter cette interprétation et d'autres provinces pour faire des références.

Que ce soit pour le Québec ou pour tout le Canada, que ce soit dans le domaine des libertés civiles ou dans celui du partage des compétences, je souhaite que la Cour suprême interprète le droit plutôt qu'elle le crée, mais je comprends qu'à l'heure actuelle, face à un texte conçu il y a plus d'un siècle, dans des situations politiques sociales et économiques tout à fait différentes de celles dans lesquelles nous vivons, les juges requis de se prononcer, soient tentés ou se sentent même obligés d'être les successeurs des Pères de la Confédération et de rédiger au jour le jour une nouvelle constitution.

La faute en est d'abord à ce que j'appellerais notre paresse institutionnelle. A l'exemple de la Grande-Bretagne, nous avons cru que bien des problèmes pouvaient se régler sans textes ou sans changer les textes grâce aux conventions et à l'interprétation judiciaire, "from time to time" en oubliant que nous n'avions peut-être pas tous le tempérament traditionnel des Britanniques et que surtout nous ne vivions pas dans un pays unitaire mais fédératif.

Une des grandes faiblesse de la constitution canadienne est que nous n'ayons jamais pu nous entendre sur un véritable mécanisme d'amendement et qu'en cent ans nous n'ayons effectué que deux transferts de compétences, en 1940 celui de l'assurance chômage,⁴⁵ et en 1951 et 1964 celui de 94A, dont il ne faudrait tout de même pas exagérer l'importance réelle.⁴⁶ Or il semble bien qu'un bon mécanisme d'amendement diminuerait ou compléterait l'interprétation judiciaire, ainsi qu'en témoigne l'exemple de la Suisse.

Le temps est venu de trouver un mécanisme permettant de modifier entièrement la constitution au Canada, de reviser la répartition des compétences sans oublier de permettre des délégations législatives qu'empêche aujourd'hui une jurisprudence valable et que proposait naguère le Rapport de la commission royale des relations entre le Dominion et les provinces.⁴⁷ Ce serait un mécanisme qui s'inspirerait de la Charte de Victoria pour ce qui est des consentements régionaux et de la formule Fulton-Favreau pour ce qui est de la délégation possible des pouvoirs. De cette façon, lorsque la Cour suprême se serait prononcée, il appartiendrait aux législateurs intéressés de s'entendre politiquement pour confirmer ou repousser la décision judiciaire et faire disparaître rapidement des textes législatifs des incertitudes coûteuses qui ne peuvent réjouir que les avocats ou les passionnés d'obscurités constitutionnelles. On pourrait peut-être répondre à un Québécois que c'est sa province qui a fait échec à la formule Fulton-Favreau et à la Charte de Victoria, mais je ne désespère pas d'une solution. En

⁴⁵ British North America Act, 1940, 3-4 Geo. VI, c. 36 (U.K.).

⁴⁶ British North America Act, 1964, c. 73 (U.K.); British North America Act, 1951, 14-15 Geo. VI, c. 32 (U.K.).

⁴⁷ Volume II, *Recommandations*, "Bref, un pouvoir général de délégation pour le Dominion et les provinces à la fois, assurerait un degré de flexibilité qui fait grandement défaut dans notre système fédéral". (à 75.).

effet, le 2 octobre 1974, à la Chambre des Communes, au début de la session parlementaire, le chef de l'opposition, M. Robert Stanfield et le premier ministre, M. Pierre E. Trudeau, s'entendirent pour constater l'anomalie qu'il y a pour le Canada, pays souverain, d'être incapable de modifier lui-même certaines parties de sa constitution. Le premier ministre ajouta qu'il espérait qu'avec le concours de l'opposition et des provinces il serait possible dans quatre ans d'adopter une procédure canadienne de modification. Il est peut-être possible de trouver les mots magiques qui ébranleraient le Québec. D'ailleurs M. Robert Bourassa a déclaré le printemps dernier que "le Québec ne s'opposera pas au rapatriement de la constitution du Canada dans la mesure où il obtiendra des pouvoirs additionnels en matière d'immigration et de communication ou encore des garanties constitutionnelles qui lui permettent d'assurer la protection de son identité culturelle."⁴⁸

Si on veut éviter le gouvernement des juges, il faut lorsqu'ils ont dit ce qu'est le droit, que le législateur intervienne rapidement s'il veut que ne subsiste pas une règle de droit formelle valide mais ne correspondant pas aux orientations politiques voulues. En décembre dernier, le Québec me semble avoir donné un bel exemple de célérité législative à la suite du jugement dans *Hôpital Notre-Dame v. Armand Patry* où la Cour suprême par la voix du juge Pigeon avait décidé que la prescription dans le cas de blessures corporelles était d'un an et non de trente ans comme on l'avait cru jusqu'alors. La décision fut rendue le 12 juin 1974 et le 24 décembre de la même année était sanctionné le projet de loi no 92, Loi modifiant certaines prescriptions, qui fixait la prescription à trois ans. On aimerait bien que le parlement fédéral nous dise avec autant de célérité quelle est la portée véritable de la Déclaration canadienne des droits qui est dans nos statuts depuis quinze ans et qui a provoqué ce qu'un de mes collègues irrespectueux de la faculté de droit de Laval, le professeur Henri Brun, a appelé à la suite de la décision dans *Lavell* "les bonds de la Cour suprême."⁴⁹

Il est toujours tentant surtout pour un professeur de légiférer en vase clos, sans être aux prises avec les difficultés politiques, mais je vois très bien nos parlements corrigeant de concert certaines décisions constitutionnelles qui peut-être sont formellement inattaquables mais qui en réalité sont tout à fait loufoques. Je songe en particulier aux décisions qu'a engendrées l'alinéa C du paragraphe 10 de l'article 92 du *British North America Act* de 1867 dans lesquelles la simple volonté du parlement fédéral a fait que des objets aussi locaux que le transport en commun à Québec, à Montréal et à Ottawa a pu être un jour déclaré à l'usage général du Canada avec toutes les compétences implicites que cela comportait.⁵⁰

Le juge Mignault a pu dire en 1925 que "Parliament is the sole judge of the advisability of making this declaration as a matter of policy which it alone can decide"⁵¹ mais j'aimerais bien qu'on fasse en sorte que les effets de la suprématie

⁴⁸ *Le Devoir*, 21 avril 1975.

⁴⁹ H. Brun, *La décision dans Lavell ou les bonds de la Cour suprême*, (1973) 14 *C. de D.* 541-553.

⁵⁰ L'Acte concernant le Chemin de Fer de Québec, Montmorency et Charlevoix, S.C. 1895, c. 59, art. 1; l'Acte concernant la Compagnie du Chemin de Fer du Parc et de l'île de Montréal, S.C. 1894, c. 84, art. 2; et l'Acte à l'effet de ratifier une convention entre la Compagnie du Chemin de Fer à passagers de la cité d'Ottawa et la Compagnie du Tramway électrique d'Ottawa, et une convention entre les dites compagnies et la corporation de la cité d'Ottawa et de fusionner les dites compagnies sous le nom "Compagnie du Chemin de Fer électrique d'Ottawa", S.C. 1894, c. 86, art. 7.

⁵¹ *Luscar Collieries v. MacDonald*, [1925] 3 D.L.R. 243.

parlementaire ne s'arrêtent pas, comme disait De Lolme, à l'impossibilité de changer un homme en femme mais correspondent à la réalité. On a d'ailleurs dans ce domaine suggéré qu'on définisse le mot ouvrage, qu'on limite la compétence expresse fédérale et qu'on détermine les critères de l'avantage général du Canada".⁵²

Il serait peut-être utile de définir législativement la notion d'urgence que les provinces ont raison de redouter puisqu'elle suspend l'exercice de toutes leurs compétences et qu'on continue à appliquer presque sans discussion en se contentant de référer à *Fort Frances Pulp and Power Co. c. Manitoba Free Press*.⁵³

Un bon système d'amendements et une intervention rapide des législateurs intéressés n'empêcheraient peut-être pas de songer à toutes les réformes possibles de la Cour suprême dont celle de la Charte de Victoria à propos de la nomination des juges était à la fois compliquée et modeste. Vous connaissez toutes les questions auxquelles on peut répondre en s'inspirant des expériences des autres pays de type fédératif. Faut-il avoir comme en Allemagne de l'Ouest ou en Autriche une Cour spécifiquement constitutionnelle? Faut-il y inclure aux cotés des juristes des politicologues? Par qui et comment les juges doivent-ils être nommés? Quelle doit être leur durée de fonction?

Mais c'est là un autre sujet auquel je n'attache pas pour le moment et à l'intérieur du sujet que j'avais à traiter beaucoup d'importance. D'ailleurs avec un peu de paradoxe, je pourrais peut-être ajouter que si on perfectionne la composition et le fonctionnement de la Cour suprême, on la rendra peut-être plus dangereuse en continuant à donner une permanence à l'interprétation formelle ou libre qu'elle fait de textes anciens. Un bon gouvernement par les juges demeure toujours un gouvernement par les juges avec tous les dangers que cela comporte dans la réalisation moderne du partage des compétences.

En réalité, ce que je redoute — et ça a été l'inspiration de ce modeste exposé — c'est que dans un système politique, social, économique et ethnique aussi compliqué que celui de notre pays on abandonne au jeu dialectique de quelques personnes savantes et honnêtes le règlement de problèmes essentiels. Les gens honnêtes qui ne s'entendent pas ne font que donner un sens différent aux mots et entre un jugement majoritaire et une dissidence il n'y a parfois qu'un syllogisme fautif; mais cette différence de logique, disons par exemple, entre le juge en chef et le juge Pigeon, peut déterminer l'avenir du pays.

Vous vous rappelez de l'amusant poème que Frank Scott composa il y a vingt-cinq ans sous le titre de *Some Privy Council* dans lequel "Emergency" s'opposait à "Property and civil rights."⁵⁴ Tous les constitutionnalistes ne sont malheureusement pas de bons poètes mais en terminant je me risque tout de même à imaginer ces quatre pauvres vers libres sans pieds ni césure:

⁵² Cf. à sujet le beau livre d'Andrée Lajoie, *Le pouvoir déclaratoire du Parlement*, à 120.

⁵³ [1921] 1 A.C. 191.

⁵⁴ "Emergency, emergency", I cried, "give us emergency,
This shall be the doctrine of our salvation
Are we not surrounded by emergencies?"
"The rent of a house, the cost of food, pensions and health, the unemployed
These are lasting emergencies for me."
Yet ever the answer was property and civil rights.
And my peace time troubles were counted as nothing.
(Début du poème publié dans *La Revue du Barreau canadien*, volume 28, à 1950, 780.).

Dans leur coquet édifice de la rue Wellington,
les juges de la Cour suprême
Peuvent briller par leur science et leur dialectique
mais quand même
Du gouvernement par de bons juges,
délivrez-nous Seigneur!
Pour cela donnez le goût d'agir et l'esprit
de compromis aux législateurs
Faites surtout qu'ils modernisent et utilisent
les institutions!
Ce sera peut-être un des moyens de garder
le Québec dans la Fédération!