



*La Cour suprême du Canada comme agent
de changement politique*



LIBR-00271

PROPERTY OF - PROPRIÉTÉ DU
PRIVY COUNCIL OFFICE
BUREAU DU CONSEIL PRIVÉ
LIBRARY
BIBLIOTHÈQUE

Volume 47 des études commandées dans le cadre du Programme de recherche de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada.

Les opinions exprimées dans ce volume n'engagent que les auteurs.



ANDRÉE LAJOIE et IVAN BERNIER
coordonnateurs de la recherche

La Cour suprême du Canada comme agent de change- ment politique





La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique

IVAN BERNIER ET ANDRÉE LAJOIE
coordonnateurs de la recherche

Commission royale sur l'union économique
et les perspectives de développement du Canada

Nous remercions les maisons Boréal Express et Hurtubise HMH, le ministre des Approvisionnements et Services Canada, les Presses de l'Université Laval et la *Revue du Barreau canadien* qui ont bien voulu nous permettre de reproduire des documents et des extraits d'ouvrages, publiés ou non.

©Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1986

Imprimé au Canada
ISBN 0-660-91540-5
ISSN 0827-1011
N° de cat. Z1-1983/1-41-47F

En vente au Canada par l'entremise de nos
agents libraires agréés
et autres librairies
ou par la poste auprès du :

Centre d'édition du gouvernement du Canada
Approvisionnement et Services Canada
Ottawa (Canada) K1A 0S9

au Canada : 16,95 \$
à l'étranger : 20,35 \$
Prix sujet à changement sans préavis

DONNÉES DE CATALOGAGE AVANT PUBLICATION (CANADA)

Vedette principale au titre:
La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique

(Les Études / Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada,
ISSN 0827-1011 ; 47)

Publ. aussi en anglais sous le titre: The Supreme Court of Canada as an instrument of political change.

Comprend des références bibliographiques.
ISBN 0-660-91540-5

I. Canada. Cour suprême — Discours, essais, conférences. 2. Droit politique — Discours, essais, conférences. 3. Canada — Politique et gouvernement — 1935– — Discours, essais, conférences. I. Bernier, Ivan II. Lajoie, Andrée, 1933– III. Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada. IV. Collection: Études (Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada) ; 47.

KE8244.Z85S8614 1984 347.71'0352 C86-090062-2

COORDONNATEUR DE L'ÉDITION : Ampersand Communications Services Inc.
CONCEPTION DE LA PAGE COUVERTURE : Will Rueter
MAQUETTE : Brant Cowie/Artplus Limited



AVANT-PROPOS *vii*
INTRODUCTION *ix*
PRÉFACE *xiii*
REMERCIEMENTS *xv*

1. **Les idées politiques au Québec et le droit constitutionnel
canadien** *1*
Andrée Lajoie, Pierrette Mulazzi et Michèle Gamache
Introduction *1*
Première période : le fédéralisme unilatéral (1945–1960) *7*
 Le partage des compétences *7*
 Les libertés publiques *18*
 Les institutions *21*
Deuxième période : le fédéralisme bipolaire (1960–1975) *24*
 Le partage des compétences *25*
 Les libertés publiques *46*
 Les institutions *52*
Troisième période : le fédéralisme normalisateur (1976–1985) *55*
 Le partage des compétences *57*
 Les libertés publiques et les droits de la personne *68*
 Les institutions *71*
Conclusion *75*
Notes *83*
Bibliographie *105*

2. **La Cour suprême et l'économie** 111
Patrick J. Monahan
Introduction 111
La politique de concurrence 116
 L'ambiguïté dans le marché : les problèmes de coercition 120
 Les premières tentatives judiciaires pour définir la concurrence illégale 124
 La naissance de la politique canadienne sur les coalitions 129
 La jurisprudence contemporaine 138
 La jurisprudence en perspective 147
La réglementation fédérale de l'économie : le pouvoir du commerce 154
 Le fédéralisme et le système judiciaire :
 le principe et la contre-principe 155
 L'évolution du commerce 161
 La doctrine contemporaine 164
 La jurisprudence en perspective 175
Conclusion 178
Notes 180
3. **La Cour suprême du Canada, dernier arbitre des conflits d'ordre politique** 193
Guy Tremblay
Introduction 193
La continuité dans la conception fondamentale du régime canadien 195
 Évaluation 200
L'équilibre entre les pouvoirs fédéraux et les pouvoirs provinciaux 202
 Évaluation 207
L'ouverture à la coopération fédérale-provinciale 209
 Évaluation 213
Conclusion 215
Notes 216

LES COLLABORATEURS 225



Lorsque la commission Rowell-Sirois a commencé ses travaux en 1937, on connaissait fort mal l'évolution de l'économie canadienne. Et le peu qu'on savait n'avait pas été passé au crible par les rares spécialistes des sciences sociales de l'époque.

Quand, pour notre part, nous nous sommes mis à la tâche près de cinquante ans plus tard, nous jouissions d'un avantage considérable sur nos prédécesseurs : nous disposions d'une foule de renseignements. Des universitaires, partout au Canada, et des spécialistes à l'emploi d'instituts de recherche privés ou d'organismes publics, comme le Conseil économique de l'Ontario et le Conseil économique du Canada, s'étaient déjà penchés sur le fonctionnement de l'économie canadienne. Malgré les nombreuses lacunes, notre problème n'était pas le manque d'information; il nous fallait plutôt relier, intégrer — synthétiser — les conclusions de la plupart des recherches déjà faites.

La Commission a reçu un mandat exceptionnellement vaste, qui couvre plusieurs des grandes questions d'orientation que les citoyens et les gouvernements du Canada devront vraisemblablement se poser au cours des prochaines décennies. Ce mandat fixait l'objet de la plupart des recherches de même que la portée de notre enquête; nous savions qu'il faudrait nous appliquer à faire le lien entre les différentes disciplines. Notre Programme de recherche se distingue donc à trois points de vue : outre des études originales, il propose aux lecteurs des synthèses de recherches effectuées dans des domaines spécialisés; il ne fait pas double emploi car il ne reprend pas de travaux qui, de l'avis des chercheurs canadiens, avaient déjà été très bien faits; enfin, il s'agit de l'examen le plus complet des systèmes économique, politique et juridique canadiens jamais entrepris par un organisme indépendant.

Trois éminents universitaires canadiens ont assuré conjointement la direction du Programme de recherche de la Commission. Ce sont Ivan Bernier (Droit et Constitution), Alan Cairns (Politique et institutions de l'État) et David C. Smith (Économie).

Ivan Bernier est doyen de la Faculté de droit de l'Université Laval. Alan Cairns, ancien directeur du département de sciences politiques de l'Université de la Colombie-Britannique, a été titulaire de la chaire William Lyon MacKenzie King d'études canadiennes, à l'Université Harvard. David Smith, ancien directeur du département d'économique de l'Université Queen's, à Kingston, est maintenant recteur de cette université. Lorsqu'il a assumé ses nouvelles fonctions à l'Université Queen's en septembre 1984, David Smith a été remplacé à la Commission par Kenneth Norrie, de l'Université de l'Alberta, et John Sargent, du ministère fédéral des Finances, qui ont assuré conjointement la direction du Programme de recherche sur l'économie pour la dernière phase des travaux.

Je suis convaincu que les études publiées ici et dans les autres volumes, grâce au travail des auteurs ainsi que des directeurs et des coordonnateurs de recherche, conserveront pendant longtemps une grande valeur pour les universitaires et les décideurs canadiens. J'espère en outre qu'elles rejoindront, dans les milieux universitaires, un public d'autant plus nombreux qu'elles sont publiées en français et en anglais.

Je profite de l'occasion pour remercier, en mon nom et en celui de mes collègues, les directeurs de recherche et tous ceux et celles qui ont collaboré avec eux. Je remercie également les membres des nombreux groupes consultatifs de recherche, dont les avis ont été pour nous si précieux.

DONALD S. MACDONALD



De façon très générale, la question qui a surtout retenu notre attention dans le cadre du Programme de recherche de la Commission est celle de savoir comment l'économie politique canadienne peut le mieux s'adapter au changement. Si cette question a servi de point de départ à notre enquête, c'est que nous sommes convaincus que l'avenir nous prendra toujours un peu par surprise. Nos institutions politiques, juridiques et économiques doivent donc être suffisamment souples pour s'adapter aux surprises, et assez stables pour nous permettre de réaliser les objectifs que nous nous serons fixés. Ce thème de l'adaptation nous a amenés à explorer les liens d'interdépendance entre les systèmes politique, juridique et économique du Canada et à situer nos travaux dans une optique interdisciplinaire.

L'ampleur de la tâche (plus de 280 études, publiées dans 72 volumes) de même que la pluralité des disciplines et les divergences idéologiques nous ont amenés à conclure que l'intégration complète n'était ni possible ni souhaitable. Néanmoins les collaborateurs ont étudié des problèmes courants sous des angles différents et en appliquant diverses méthodes. Nous prions donc les lecteurs de bien vouloir regarder au-delà de leur propre domaine d'intérêt et d'adopter, eux aussi, une perspective interdisciplinaire.

Les trois programmes de recherche, *Le droit et la Constitution* (sous la direction d'Ivan Bernier), *La politique et les institutions de l'État* (sous la direction d'Alan Cairns) et *L'économie* (sous la direction de David C. Smith et, pour la dernière phase des travaux, sous la direction conjointe de Kenneth Norrie et John Sargent), ont eux-mêmes été divisés en dix-neuf modules, confiés à des coordonnateurs de recherche.

Dans le cadre du Programme de recherche sur le droit et la Constitution, cinq modules ont été créés et confiés aux coordonnateurs de recherche suivants :

- Le droit, la société et l'économie — Ivan Bernier et Andrée Lajoie;
- Le milieu juridique international — John J. Quinn;
- L'union économique canadienne — Mark Krasnick;
- L'harmonisation du droit au Canada — Ronald C.C. Cuming;
- Les accords institutionnels et constitutionnels — Clare F. Beckton et A. Wayne MacKay.

Le droit étant, dans ses nombreuses manifestations, le moyen le plus fondamental dont l'État dispose pour mettre en oeuvre sa politique, nous avons dû nous demander quand et comment on pouvait y recourir pour régler les problèmes que le mandat de la Commission soulevait. Nous avons donc étudié le système juridique canadien du double point de vue de l'évolution du droit par suite des transformations sociales, économiques et politiques, et, inversement, de l'incidence du droit sur l'évolution sociale, économique et politique.

Les travaux du Programme de recherche sur la politique et les institutions de l'État ont été classés sous sept rubriques :

- Le Canada et l'économie politique internationale — Denis Stairs et Gilbert R. Winham;
- L'État et la société dans le monde moderne — Keith Banting;
- Le constitutionnalisme, la citoyenneté et la société — Alan Cairns et Cynthia Williams;
- La dynamique politique du fédéralisme canadien — Richard Simeon;
- Les institutions de représentation — Peter Aucoin;
- Les dimensions politiques de la politique économique — G. Bruce Doern;
- La politique industrielle — André Blais.

Les collaborateurs ont étudié un certain nombre d'événements qui ont amené les Canadiens à s'interroger sur leur capacité de se gouverner avec sagesse et efficacité. Dans plusieurs cas, ces événements ne sont pas survenus qu'au Canada; c'est pourquoi on trouve des études comparatives sur la façon dont les autres pays ont abordé les problèmes que nous connaissons. Tenant compte de la tradition parlementaire du Canada, de son système fédéral de gouvernement, de son économie mixte et du fait qu'il constitue une société bilingue et multiculturelle, les collaborateurs ont également exploré des moyens de réaménager les rapports de pouvoir et d'influence entre les institutions afin de rétablir les principes démocratiques fondamentaux de représentativité, de réceptivité et de responsabilité.

Le Programme de recherche sur l'économie, enfin, a été organisé suivant sept modules :

- La macro-économie — John Sargent;
- Le fédéralisme et l'union économique — Kenneth Norrie;
- La structure industrielle — Donald G. McFetridge;
- Le commerce international — John Whalley;
- La répartition du revenu et la sécurité économique au Canada — François Vaillancourt;
- Le marché du travail et les relations de travail — Craig Riddell;
- La pensée économique et les questions sociales — David Laidler.

La recherche relative à l'économie a porté sur l'affectation des ressources, humaines et autres, sur l'incidence des institutions et des politiques sur l'affectation de ces ressources, et sur la répartition des gains résultant de la mise en valeur de ces ressources. Elle a aussi eu pour objet la nature du développement économique, les éléments qui façonnent la structure régionale et industrielle du Canada, et la dépendance économique réciproque entre le Canada et les autres pays. Cette recherche visait à nous faire mieux comprendre ce qui détermine notre potentiel économique et comment les instruments de politique économique peuvent servir les objectifs que nous nous fixerons.

Trois modules de recherche — soit un de chaque programme — ont été fusionnés; ce sont les modules sur l'union économique canadienne, sur la dynamique politique du fédéralisme canadien, et sur le fédéralisme et l'union économique. Par conséquent, les volumes sur le fédéralisme et l'union économique, tout comme le volume sur le Nord, sont le fruit d'un travail interdisciplinaire.

Nous sommes particulièrement redevables aux coordonnateurs et coordonnatrices de recherche, qui ont non seulement organisé le travail, rassemblé et analysé les nombreuses études, et regroupé leurs principales constatations dans des aperçus, mais aussi contribué de manière substantielle au *Rapport* de la Commission. Nous les remercions de ce travail, souvent accompli dans des conditions difficiles.

Malheureusement, l'espace ne nous permet pas de remercier chacun des membres du personnel de la Commission. Nous aimerions toutefois exprimer notre reconnaissance au président de la Commission, Donald S. Macdonald, au directeur exécutif, Gerald Godsoe, et au directeur de l'élaboration des politiques, Alan Nymark, qui ont suivi de près le déroulement de nos travaux et joué un rôle central dans la prise en considération des recherches pour la préparation du *Rapport*. Nous voulons également remercier le conseiller administratif de la Commission, Harry Stewart, pour ses conseils et son aide, de même que le directeur des publications, Ed Matheson, chargé de la publication des volumes de recherche. Un merci tout spécial à Jamie Benedickson, coordonnateur des politiques et adjoint spécial du président, qui a assuré la liaison entre le personnel de recherche, d'une part, et le président et les commissaires, d'autre part. Nous sommes également redevables à l'auxiliaire administrative du Programme de recherche,

Donna Stebbing, et au personnel de secrétariat, Monique Carpentier, Barbara Cowtan, Tina De Luca, Françoise Guilbault et Marilyn Sheldon.

Enfin, un merci bien mérité à nos plus proches collaborateurs et collaboratrices, les attachés de direction Jacques J.M. Shore (Droit et Constitution), Cynthia Williams, et Karen Jackson qui lui a succédé (Politique et institutions de l'État), et I. Lilla Connidis (Économie). Leur contribution tant aux trois programmes de recherche qu'à l'ensemble des travaux de la Commission mérite d'être soulignée.

IVAN BERNIER
ALAN CAIRNS
DAVID C. SMITH



Le présent ouvrage a été préparé dans le cadre du module intitulé Le droit, la société et l'économie, qui relève du Programme de recherche sur le droit et la Constitution de la Commission royale. C'est dans ce module qu'a été menée la recherche qui allait servir à la fois d'introduction et de toile de fond à toutes les études portant sur le droit commandées par la Commission. Cette recherche consistait à étudier le système juridique canadien du double point de vue de l'évolution du droit par suite des transformations sociales et économiques, et inversement, de l'incidence du droit sur l'évolution sociale et économique. Elle visait aussi à définir comment s'inscrit le droit au sein de l'État, de la société et du système économique. À cette fin, nous avons étudié le rôle du droit dans la société canadienne, de même que sa portée en tant qu'instrument de mise en oeuvre de la politique de l'État. Nous avons également formulé des critiques sur certains sujets, notamment sur la prolifération des lois et règlements ainsi que des tribunaux administratifs comme instruments d'intervention de l'État; la complexité de notre système juridique et les difficultés qu'il engendre; et le manque de précision de la loi et son incapacité de répondre aux besoins de tous les Canadiens.

Nous espérons que l'examen de ces sujets et les conclusions de notre recherche permettront de mieux éclairer les membres de la Commission sur l'une des plus épineuses questions à l'heure actuelle : le rôle de l'État dans la société canadienne. Ajoutons que cette question en entraîne une autre, soit le rôle que doit jouer le droit.

Les auteurs des trois études contenues ici examinent le rôle de la Cour suprême en tant qu'agent de changement et cherchent à en évaluer la contribution. Il ne s'agit pas là toutefois d'une tâche simple car l'idéologie juridique a tendance à mettre la loi hors de la portée de la société

et au-delà des contraintes et des considérations politiques. Qui plus est, la Cour suprême elle-même se considère avant tout comme étant une institution neutre et apolitique.

Dans son étude, Guy Tremblay se montre dans une certaine mesure partisan de cette idée. Selon lui, la Cour est essentiellement une institution non interventionniste qui permet, d'une part, d'établir l'équilibre entre les forces centralisatrices et décentralisatrices en jeu et, d'autre part, de favoriser une plus grande coopération entre les gouvernements. Elle constitue en fait un agent de stabilité dans un système qui n'est pas étranger aux conflits. Monahan quant à lui offre une toute autre perspective sur le sujet. Il avance en effet que la Cour se penche sur un certain nombre de questions d'ordre économique et qu'elle a recours pour ce faire à tout un ensemble d'assomptions, de notions et d'arguments qui définissent par simple présomption certains faits comme étant illégaux. Ce faisant, elle limite ainsi le champ des possibilités qu'offre la doctrine. De l'avis de cet auteur, il ne fait aucun doute que la Cour a carrément renoncé à utiliser certaines catégories d'arguments, ce qui n'est pas sans signifier que les décisions qu'elle a prises ont été neutres ou apolitiques. Andrée Lajoie, Pierrette Mulazzi et Michèle Gamache portent leur attention sur une autre fonction assumée par cette institution, soit celle d'adapter la Constitution aux nouvelles réalités politiques, et plus précisément à celles qui ont eu cours ces dernières années au Québec. Ces auteurs en arrivent à la conclusion que loin d'être neutre, la Cour a bel et bien subi l'influence des événements politiques, sans toutefois se rallier entièrement à l'idéologie dominante du Québec.

Dans l'ensemble, les auteurs s'accordent pour dire que la contribution de la Cour suprême au chapitre de la réforme n'a pas été tellement importante. Il reste toutefois à savoir si l'entrée en vigueur de la Charte permettra de modifier cet état de choses.

IVAN BERNIER
ANDRÉE LAJOIE

REMERCIEMENTS



Nous aimerions exprimer notre reconnaissance aux membres du groupe consultatif de recherche dont les noms suivent pour les idées et les précieux conseils dont ils nous ont fait part dans le cadre des travaux de ce module particulier du programme de recherches.

Harry Arthurs	Patrick Monahan
Stanley Beck	Andrée Morel
Edward Belobaba	Fernand Morin
Robert Bureau	Mary Jane Mossman
Paul Emond	David Mullan
Patrice Garant	Julien Payne
Katherine Lippel	Guy Rocher
Roderick Macdonald	Liora Salter
Stanley Makuch	Daniel Soberman
Robert Martin	Guy Tremblay
John Meisel	Michael Trebilcock
Johann Mohr	Joseph Weiler

Nous aimerions également souligner le travail assidu de Nicolas Roy, chargé de recherche, et le remercier de son aide fort appréciée.

I.B. et A.L.



Les idées politiques au Québec et le droit constitutionnel canadien

ANDRÉE LAJOIE

PIERRETTE MULAZZI

MICHÈLE GAMACHE

Introduction

L'évolution du droit constitutionnel canadien depuis la Seconde Guerre mondiale résulte de facteurs sociaux fort variés.

Les uns, lointains, économiques et structurels, tiennent sans doute aux forces centrifuges qui procèdent de la concentration du capital, des exigences de son exploitation et de la nécessité d'adapter la taille des marchés à celle d'unités économiques dont les conditions de rentabilité ont changé. Après tout, la Confédération est née de ces forces-là : comment son évolution pourrait-elle leur échapper?

Le poids de ces variables lourdes n'exclut cependant pas la marge relativement autonome où s'insère le politique. D'autres facteurs ont, sur le produit constitutionnel, un effet tout aussi important. Ce sont ces considérations qui nous ont amenées à nous intéresser aux principaux courants politiques qui, au palier provincial, ont marqué la scène québécoise depuis la dernière guerre, curieuses de connaître leur rapport avec l'évolution d'une Constitution dont la forme, au départ, résultait en partie de la présence du Québec.

La sagesse, plus encore que le respect de la règle, nous impose d'insister ici sur le caractère problématique et hypothétique de notre démarche.

L'analyse des facteurs sociaux de l'émergence du droit pose déjà d'importants problèmes, sur le plan théorique, lors même qu'on se limite à la seule explication de l'adoption de lois ou de règlements. Les uns, en effet, croient pouvoir éclairer l'action du législateur en étudiant le reflet des rapports sociaux qui ont ce droit pour enjeu à travers le prisme des commissions parlementaires et des débats publics. D'autres,

au contraire, voient ces tribunes et ces luttes elles-mêmes comme les effets de déterminismes économiques et structurels antérieurs, véritables causes, lointaines mais inéluctables, de la production du droit aussi bien que des luttes qui l'accompagnent.

Or l'évolution du droit constitutionnel canadien, durant l'époque étudiée ici, n'a que rarement emprunté le chemin de la modification législative — la plus importante ayant certes été l'inclusion de la *Charte canadienne des droits et libertés* lors du rapatriement de la Constitution en 1982.

Il n'y a pas lieu de s'en étonner, puisque le droit constitutionnel n'est, pour certains, qu'un droit plus difficile à modifier, par voie législative que d'autres. Ce phénomène est peut-être plus accentué au Canada, étant donné l'opposition du Québec — efficace jusqu'en 1982 — au rapatriement d'une Constitution modifiable. Ce n'est pas là nier pour autant l'évolution de ce droit depuis la dernière guerre : c'est seulement faire voir l'importance qu'y acquièrent les voies de la jurisprudence et de la négociation constitutionnelle.

Cette particularité du droit constitutionnel canadien rend cependant plus ardue sa mise en rapport avec les facteurs susceptibles d'éclairer son évolution. Comment, en effet, établir un lien entre les pratiques et les idées politiques ayant cours au Québec durant une période donnée et les décisions prises par un tribunal? Par un tribunal évidemment inapte à choisir, sauf en refusant l'autorisation d'appel, les thèmes sur lesquels il se prononcera? Par un tribunal confiné en tout cas aux litiges dont il est saisi, c'est-à-dire à des litiges nécessairement marqués au coin des intérêts des parties individuelles, intérêts dont le rapport avec les enjeux politiques d'une société ne s'impose pas d'emblée à l'attention de l'observateur?

Nous avons fait un pari — car il s'agissait bien davantage d'un pari que d'une hypothèse documentée : c'est un luxe permis dans une discipline encore aussi peu structurée que celle qui se donne le droit comme objet de recherche et non plus seulement comme sujet d'énonciation. Ce pari consistait à poser que les litiges constitutionnels qui atteignent le forum de la Cour suprême, tout comme les idéologies qui sous-tendent les décisions auxquelles ces litiges donnent lieu, ne sont pas entièrement dissociables du contexte social où ils s'inscrivent.

On peut affirmer sans crainte d'errer que les conflits qui surviennent dans une société, y compris les conflits judiciaires entre particuliers, sont liés aux activités productives les plus importantes de cette société. Pour puiser un exemple en dehors du droit constitutionnel, jetons un coup d'oeil sur l'objet des poursuites en responsabilité civile devant les tribunaux du Québec depuis le XIX^e siècle. Jean-Louis Baudouin a montré que, centré au départ sur les chutes de piétons sur la glace du libelle diffamatoire, cet objet s'est ensuite déplacé vers les accidents du travail, pour se polariser (à partir de la création de la Commission des

accidents du travail, comme par hasard) sur les accidents d'automobile (jusqu'à la création de la Régie de l'assurance automobile, comme par un second hasard). Il serait actuellement en train de se fixer sur la pratique médicale et, plus généralement, professionnelle. Le rapport avec le contexte social est à chaque étape évident.

De plus, et c'est notre hypothèse, chacun de ces enjeux sociaux générateurs de contentieux judiciaire aurait, à l'époque où il était au coeur des préoccupations, donné lieu à des débats politiques entre les groupes touchés et reçu un traitement politique et, partant, une solution juridique fondée sur la dynamique des rapports de force politiques.

En particulier, les conflits qui, dans un contexte conjoncturel donné, seront judiciairisés et atteindront le plus haut forum constitutionnel ne seront vraisemblablement pas étrangers aux enjeux politiques fondamentaux de l'heure dans une société. Trop d'énergies — intellectuelles, juridiques, matérielles — sont nécessaires à un tel exercice pour qu'on les consacre à des causes triviales, sans rapport avec ces préoccupations, surtout lorsque l'exercice constitutionnel a pour objet la répartition des compétences, enjeu primordial dans un régime fédéral. Et la Cour suprême a trop peu de ressources pour ne pas choisir — dans la mesure où elle le peut par le truchement de l'autorisation d'appel — de n'entendre que les affaires où le droit constitutionnel n'est pas encore établi et reste un enjeu social, faute, précisément, de consensus politique sur ces questions-là, dans un pays fédéral où la forme fédérative recouvre, sans les contenir, des oppositions politiques et sociales fondamentales.

Les questions politiques n'ont pas nécessairement toutes une dimension constitutionnelle. Et celles qui en ont une n'atteignent pas toutes le forum judiciaire, et surtout la Cour suprême. À l'inverse, les affaires qu'entend la Cour suprême en matière de répartition des compétences n'ont pas nécessairement toutes une dimension politique autre que celle qui résulte de l'enjeu constitutionnel qu'elles représentent. Dans un pays fédéral, cela suffit pourtant à en faire des questions politiques.

Dès lors, ces affaires elles-mêmes, ou au moins les principes constitutionnels qui les sous-tendent, et dont la solution entraîne la confirmation ou l'infirmité par le plus haut tribunal du pays, se répercuteront forcément dans les débats qui occupent la scène politique, et notamment sous forme conflictuelle, entre les idées politiques dominantes des partis qui détiennent le pouvoir et celles des partis qui, dans l'opposition, parlementaire ou extraparlémentaire, cherchent à s'approprier ce pouvoir.

C'est ce rapport du politique au juridique que nous avons cherché à établir, rapport global comme le postule la macro-analyse dont il résulte mais quand même — et peut-être d'autant plus — significatif, entre les idées politiques qui ont cours au Québec et l'évolution du droit constitutionnel canadien de 1945 à 1985.

Il ne s'agit certes pas d'un rapport causal au sens strict : d'ailleurs — et sans entrer ici dans le procès toujours ouvert de la causalité en sciences sociales — existe-t-il dans ce domaine de véritables rapports de causalité? On ne peut pas non plus véritablement parler de corrélation. Il s'agit plutôt de convergences ou de divergences objectives entre, d'une part, les idéologies politiques et les revendications constitutionnelles des courants politiques dominants ou d'opposition de la période et, d'autre part, les décisions constitutionnelles de la Cour suprême et la pratique constitutionnelle des autorités fédérales.

Ces convergences ou divergences, bien qu'elles ne soient pas proprement causales, ne sont pas pour autant le fruit du hasard. Elles permettent de jauger le climat social dans lequel baignent les décideurs, judiciaires et politiques, et le trajet qu'il autorise entre les deux pôles d'un fédéralisme incertain.

Les fondements de notre démarche ainsi expliqués, il nous reste à préciser la portée de notre étude, la méthodologie adoptée ainsi que les limites de son objet.

Nous avons déjà souligné que l'évolution du droit constitutionnel s'entend aussi bien des modifications législatives apportées entre 1945 et 1982 à la *Loi constitutionnelle de 1867* que des variations introduites dans son interprétation par la Cour suprême, en sa qualité d'ultime interprète de la Constitution. Notre étude s'est pourtant concentrée sur ce dernier volet, étant donné les travaux parallèles de Daniel Soberman sur le premier. Nous avons seulement pris acte des modifications de 1982, à cause de leur importance, et les avons mises en rapport avec les idées politiques avancées au Québec à leur sujet. Nous n'avons pas écarté cependant les modifications qu'induit, en marge du droit formel mais s'y répercutant, la pratique constitutionnelle.

Nous avons analysé le corpus jurisprudentiel de la Cour suprême, de 1945 à 1982, en soumettant chaque arrêt à une grille comportant la composition du banc, la date des faits, la date de la décision de même que sa provenance, son objet, les motifs juridiques et les théories ou doctrines constitutionnelles sur lesquels elle s'appuie, la participation des procureurs généraux ainsi que le gain provincial ou fédéral qui en résulte.

Pour faciliter la compréhension, nous avons distingué, dans cette période qui s'étale sur plus de trente ans, trois phases d'évolution du droit et des enjeux constitutionnels.

Ces phases ne se recoupent pas toutes sur le plan de l'activité constitutionnelle (interventions, programmes, conférences) et sur le plan de la jurisprudence constitutionnelle, toujours en décalage pour juger les conflits qui résultent de ces activités et interpréter le droit qui les régit. En gros cependant, on peut proposer une première charnière en 1960 et une seconde vers 1975, à condition d'y inclure les décisions dont les

causes d'actions ont pris naissance pendant une période donnée, même si ces décisions ont été rendues par la suite.

La première période, qui va de 1945 à 1960, est celle du fédéralisme unilatéral. Sur le plan constitutionnel, la Seconde Guerre mondiale n'est pas vraiment finie : tous les mécanismes dont elle a justifié la mise en place (accords fiscaux, « location » des champs d'impôt) sont encore à l'oeuvre. Invoquant la nécessité d'une rationalisation du champ politique et d'une régulation de la « jungle fiscale », les autorités fédérales mènent le jeu, notamment dans les domaines fiscal et social. C'est la période de création des instruments du pouvoir de dépenser.

Sur le plan québécois, la Commission Tremblay va proposer, entre autres choses, une nouvelle version, moins unilatérale, de la rationalisation de la fiscalité.

Vers la fin de la période à l'étude, en 1957, au terme de nombreuses conférences fédérales-provinciales, apparaît d'abord la péréquation sans conditions politiques, bientôt suivie des programmes établis qui, au contraire, vont imposer aux provinces des contraintes rigoureuses dans leurs sphères de compétence les plus importantes.

Pendant ce temps, s'élabore une jurisprudence très centralisatrice.

La Cour suprême en était encore à ces prononcés centralisateurs que déjà, sur le plan de l'activité constitutionnelle, le tableau se modifiait. Désormais, les provinces prennent part au débat, sans que les autorités fédérales ne cèdent pour autant l'initiative. Au Québec, on met sur pied la Caisse de dépôt et le nouveau régime de rentes. Les enjeux se déplacent vers la santé, l'énergie, l'urbanisme, l'environnement, la protection des consommateurs. Ce fédéralisme, que nous qualifions de bipolaire, va de 1960 à 1975.

On évolue alors vers un autre type de négociations qui, à défaut d'une véritable décentralisation, vise le retrait avec compensation.

On observe le même décalage jurisprudentiel que dans la période précédente. Il faudra en effet attendre les années 1975 pour que des prononcés décentralisateurs émanent de la Cour suprême au terme de conflits qui avaient pris naissance surtout à partir de 1968.

En 1976 s'ouvre une troisième période, qui débouchera en 1982 sur le rapatriement d'une Constitution modifiée. Elle chevauche la précédente dans la mesure où les premières propositions de révision constitutionnelle sont provinciales et ont été formulées par l'Ontario vers 1968. Cependant, les autorités fédérales reprennent rapidement l'initiative. Les enjeux se situent autour des éléments de la répartition déjà discutés, auxquels viennent s'ajouter la Charte des droits et l'union économique.

Les réclamations des provinces se polarisent sur la répartition des pouvoirs — et notamment de ceux que l'on estime indéfiniment extensibles : le pouvoir de dépenser, le pouvoir déclaratoire, le pouvoir d'expropriation — ainsi que sur des théories interprétatives comme

l'urgence et les dimensions nationales. Dans l'Ouest, on revendique une plus grande compétence provinciale en matière de ressources naturelles; au Québec, on insiste sur l'immigration et la sécurité sociale. À Ottawa, ce sont les droits individuels et la réforme des institutions que l'on trouve en tête de liste avec, en arrière-plan, une version encore plus contraignante du pouvoir de dépenser.

C'est cette évolution du droit constitutionnel canadien depuis 1945 que nous avons examinée, à partir des idées politiques qui ont prévalu au Québec, dans le but de cerner dans quelle mesure ces idées ont participé à l'émergence de ce droit. C'est pourquoi nous nous sommes intéressées à la manière dont le débat constitutionnel s'est déroulé sur la scène québécoise, ainsi qu'aux traitements respectifs auxquels les diverses forces politiques en présence ont soumis cette question.

La question constitutionnelle est devenue au Canada un enjeu politique majeur autour duquel le débat s'est progressivement polarisé. La création de plusieurs commissions d'enquête (Sirois, Tremblay, Laurendeau-Dunton, Pepin-Robarts) et, au Québec, d'un Comité de la Constitution ainsi que la tenue d'États généraux et d'un référendum le prouvent, tout comme la multiplication des conférences fédérales-provinciales ou interprovinciales sur cette question. Ce sont là autant d'événements qui ont obligé les partis politiques québécois à définir leurs positions, tant dans leurs programmes qu'au cours des luttes électorales ou lors d'événements majeurs liés à la négociation constitutionnelle.

Ce sont donc les propositions constitutionnelles des divers partis que nous avons analysées de manière synchronique (en les comparant à celles de leurs adversaires), et de manière diachronique, afin de mettre en évidence les différentes formes qu'elles ont prises selon la conjoncture.

Sachant par ailleurs qu'on ne peut comprendre les prises de positions des partis sans cerner les forces sociales qui les ont appuyées et la faveur populaire qu'elles ont obtenue, nous avons, le cas échéant, cherché à déterminer les groupes qui ont constitué leur clientèle et dont la contribution a enrichi le débat constitutionnel. Nous n'avons cependant pas analysé les pratiques idéologiques de ces groupes, ce qui dépassait le cadre de notre recherche.

Nous avons analysé l'évolution du produit constitutionnel de chacune des trois périodes selon trois thèmes — la répartition des compétences, les libertés publiques et les institutions politiques et judiciaires. Nous ne l'avons toutefois examinée qu'en fonction des principales propositions constitutionnelles qui ont été faites au palier provincial, ce qui constitue une autre limite voulue et réfléchie de notre objet. En effet, notre recherche ne visait pas à cerner les enjeux politiques canadiens mais bien le rapport avec le droit constitutionnel canadien des idées politiques relatives aux enjeux québécois.

L'analyse des convergences ou des divergences entre le droit (centralisation ou décentralisation des pouvoirs, primauté des libertés individuelles ou des libertés collectives, modification ou maintien des institutions), et les principaux courants politiques (courant gouvernemental dominant et courant oppositionnel, parlementaire et(ou) extraparlementaire) nous a permis d'évaluer dans quelle mesure les propositions constitutionnelles avancées sur la scène politique québécoise ont été prises en considération — rapport positif — ou ignorées ou contrées — rapport négatif — dans l'évolution du droit constitutionnel canadien au triple point de vue de la législation, de la jurisprudence et de la pratique constitutionnelle.

Première période : le fédéralisme unilatéral (1945–1960)

L'étude des idées politiques de cette première période fait ressortir comme éléments constitutionnels de l'idéologie dominante — le duplessisme — la défense de l'autonomie provinciale (par le respect du partage défini par la *Loi constitutionnelle de 1867*), la remise en question des ententes fiscales liées à la Seconde Guerre mondiale, ainsi que celle de la représentativité des institutions fédérales. On pourra affirmer, au terme de cette analyse, que le rapport entre ces idées politiques et l'évolution que la jurisprudence de la Cour suprême a fait subir au droit constitutionnel canadien durant cette période est globalement négatif. La jurisprudence de la Cour suprême, en effet, n'entérine aucune des réclamations provenant de la collectivité qui soutenait majoritairement ces idées, qu'il s'agisse de l'attribution des compétences — qu'elle centralise — de la structure des institutions — qu'elle maintient — ou des libertés publiques — qu'elle affirme. Elle réserve un meilleur accueil aux idées que défendait l'opposition intellectuelle, politique ou syndicale québécoise en matière de libertés publiques.

Il en ira un peu différemment de la pratique constitutionnelle où, de concert avec l'opposition, Maurice Duplessis oppose un refus catégorique aux ententes proposées par les autorités fédérales, ce qui aura pour conséquence de repousser à la période suivante l'effet envahissant du pouvoir central.

Le partage des compétences

Ce qui frappe au premier abord quand on lit les décisions que la Cour suprême a rendues, pendant cette période, sur l'attribution des compétences, c'est leur caractère centralisateur, notamment en matière de droit du travail, de commerce, de taxation, de droit criminel et d'aménagement.

Dans la mesure où l'enjeu en matière d'attribution résidait, pour le Québec, dans le respect de la *Loi constitutionnelle de 1867*, on peut

conclure que cette jurisprudence est loin d'avoir tenu compte des positions exprimées.

Fait passé jusqu'ici inaperçu — et dont la mise en lumière constitue l'un des apports de notre recherche — cette jurisprudence s'est presque entièrement construite en l'absence du Québec : les absents, c'est connu, ont toujours tort.

En effet, des trente-trois décisions portant sur la répartition des compétences, deux seulement¹ sont survenues dans des litiges dont la cause d'action avait pris naissance au Québec².

Comment expliquer que le Québec ait été absent du forum constitutionnel à une période où se forgeait une jurisprudence aussi opposée à ses intérêts? Nous verrons que cette absence s'inscrit dans la logique des faits et des idées politiques du duplessisme caractérisé par une conception conservatrice du rôle de l'État et de la Constitution. Nous verrons également que cette position constitutionnelle sera finalement confortée par celle de son opposition, tant parlementaire qu'extraparlémentaire qui, surtout sensible aux questions économiques et sociales et à celle de la démocratie, accordera peu d'attention à la question nationale québécoise ou même en récusera le bien-fondé, sans jamais dépasser l'horizon de « l'autonomisme », version duplessiste du fédéralisme conservateur.

L'évolution du droit constitutionnel canadien peut aussi emprunter la voie politique parallèle, celle des ententes qui contourne souvent l'esprit et quelquefois la lettre de la Constitution. Elle ne s'en est point privée, et les idées politiques alors dominantes au Québec, qui coïncident, quant au respect de la répartition des pouvoirs telle qu'instituée en 1867, avec celles de l'opposition, y ont connu un plus grand succès que devant la Cour suprême.

Absence du Québec devant le forum judiciaire où la Constitution s'interprète de façon de plus en plus centralisatrice, présence du Québec dans le champ de la pratique constitutionnelle matérialisée par le refus de collaborer aux ententes fédérales-provinciales et interventions fiscales unilatérales : voilà les faits saillants de la problématique de la répartition des compétences constitutionnelles telle qu'elle s'inscrivait dans la dynamique Québec-Ottawa entre 1945 et 1960.

Une jurisprudence centralisée élaborée en l'absence du Québec

Malgré certaines concessions mineures à la compétence provinciale au chapitre de la propriété et des droits civils³ et de la taxation⁴, on peut dire que la tendance dominante de la Cour suprême à cette époque était centralisatrice. Cette tendance s'affirme aussi bien par la restriction des compétences provinciales au profit de celles de l'État fédéral — lorsque les dernières ont des incidences sur les premières — que par l'extension

des compétences proprement fédérales, au moyen de théories de plus en plus envahissantes à mesure que se déroule la période à l'étude.

Tout au long de ces années, la Cour suprême va en effet se démarquer de la jurisprudence antérieure du Conseil privé⁵ et réduire l'acquis constitutionnel majeur que les provinces avaient accumulé à la faveur de la consécration, par ce tribunal britannique, de leur souveraineté dans leur sphère de compétence, souveraineté rivalisant avec celle du gouvernement central dans la sienne⁶. Aux yeux du Comité judiciaire du Conseil privé, la *Loi constitutionnelle de 1867* commandait une interprétation généreuse⁷, et ce haut tribunal avait interprété largement le paragraphe 13 de l'article 92 de cette loi, notamment en y incluant le commerce intraprovincial⁸ et les relations de travail⁹.

Pour aborder ce dernier thème, référons-nous à la série de décisions qui commence par les arrêts *Stevedoring* et *Bell Téléphone* et découpe dans la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils une enclave fédérale qu'on ne saurait surestimer¹⁰. C'était le point de départ d'une théorie de la qualification de l'objet des compétences constitutionnelles, que nous désignons ci-après comme théorie des éléments intrinsèques. Elle se caractérise par l'inclusion, dans l'objet présumément visé par une compétence constitutionnelle — pourvu qu'elle soit fédérale, car nous ne connaissons pas d'exemple où elle ait été appliquée à celle des provinces — de tout élément relié de près — ou, de préférence, de loin — au titre de la rubrique¹¹.

Le caractère extraprovincial des entreprises¹², invoqué seul¹³ ou en complément de la théorie des éléments intrinsèques¹⁴, élargit encore la brèche ouverte dans les compétences que la Constitution attribue aux provinces, en matière de droit du travail sous la rubrique propriété et droits civils, telle qu'interprétée jusque-là par le Conseil privé britannique.

Un raisonnement analogue devait servir, dès cette époque, à réduire encore cette compétence provinciale, pourtant formulée en termes très larges, au nom d'une définition non moins étendue du commerce interprovincial¹⁵.

Mais c'est dans le domaine de l'aménagement — pourtant relié de si près à la propriété et aux droits civils que, s'il s'était agi d'une compétence fédérale, on aurait sûrement affirmé qu'il en était un élément intrinsèque — que les prononcés de la Cour suprême ont eu l'effet le plus marqué sur la compétence provinciale. Non pas que l'effet spécifique de ces décisions ait porté, dans chaque cas, sur un objet plus vaste ou plus important, mais surtout à cause des théories invoquées à leur appui.

En effet, après avoir validé la réglementation fédérale des loyers au nom de la théorie de l'urgence, dont l'effet n'est que temporaire¹⁶, la

Cour suprême, qui s'était trouvée impuissante à justifier de la même manière l'expropriation des terres nécessaires aux infrastructures céréalières¹⁷, invoqua la théorie des dimensions nationales pour valider des expropriations reliées à l'implantation d'un aéroport et à l'établissement de la capitale nationale¹⁸.

C'est là la contribution judiciaire à la création des compétences indéfiniment extensibles du Parlement fédéral : la Constitution écrite comprenait déjà le pouvoir déclaratoire et la pratique constitutionnelle développait parallèlement, dans le cadre des ententes fédérales-provinciales, une conception très particulière du pouvoir fédéral de dépenser. C'est pourquoi la réduction de la compétence provinciale, par la théorie des dimensions nationales, dans le domaine de l'aménagement paraît particulièrement importante : complétant la trilogie des compétences fédérales indéfiniment extensibles, la théorie des dimensions nationales, s'ajoutant au pouvoir de dépenser et au pouvoir déclaratoire va satisfaire en partie les besoins que les fonctionnalistes attribuent à l'État fédéral.

Toute réduction de la compétence provinciale s'opère au profit de celle de l'État fédéral et inversement¹⁹, de sorte qu'il est un peu artificiel de qualifier les décisions qui précèdent de réductrices de la compétence provinciale, et de voir celles qui suivent comme accroissant la compétence de l'État fédéral. Pourtant, c'est dans l'optique d'une extension de cette dernière qu'on analyse généralement les décisions relatives à la faillite²⁰ et au droit criminel, compte tenu sans doute du fait qu'elles se rangent sous des rubriques expresses de la compétence fédérale.

Sauf en matière d'infractions relatives à la conduite automobile et, plus exceptionnellement, au commerce des valeurs mobilières²¹, la Cour suprême a interprété très largement la compétence fédérale en matière criminelle. Elle y a inclus, notamment, la prévention du crime²², la confiscation des biens ayant servi à la perpétration d'un crime, l'interdiction des appareils servant aux jeux de hasard²³ et même la pénalisation de l'inobservance des fêtes religieuses²⁴.

La plupart des juristes connaissent, au moins dans ses grandes lignes, la tendance centralisatrice de la Cour suprême à cette époque. Toutefois, ce que la plupart semblent avoir ignoré jusqu'ici, faute de s'être posé une question dont il est possible de quantifier la réponse, c'est que cette jurisprudence, comme l'indique le tableau de la répartition des causes de la période à l'étude, selon leur provenance²⁵, s'est élaborée en l'absence du Québec.

Ces faits demandent à être expliqués et, dans la perspective de cette étude, examinés au regard de la pratique et des idées politiques qui avaient alors cours au Québec.

Un contexte de faits et d'idées politiques dominantes, autonomistes et non interventionnistes

Il faut admettre d'entrée de jeu qu'on ne va pas en Cour suprême comme on allait alors, au Québec, à la messe. Sauf à titre d'intervenant — et

même ceux-ci devaient, surtout à cette époque, établir un intérêt suffisant pour justifier leur intervention²⁶ — on ne s'y retrouve que comme partie d'un conflit, et dans le cadre du corpus pertinent à notre analyse, comme partie d'un conflit comportant une dimension constitutionnelle.

On postulera, de plus, que les conflits judiciaires d'une société ne peuvent prendre racine que dans les activités productives prédominantes qui s'y déroulent. C'est une condition nécessaire. C'est là où le bât blesse, en matière constitutionnelle comme ailleurs, que l'on conteste les contraintes. Ce postulat conduit à poser l'hypothèse que la répartition des compétences opérée par la *Loi constitutionnelle de 1867* en référence implicite au modèle économique au XIX^e siècle victorien en Angleterre, devait commencer, dans la deuxième moitié du XX^e siècle, à gêner le déroulement des activités industrielles et(ou) commerciales, pour peu que ces dernières eussent atteint une certaine envergure et dépassé, en conséquence, les frontières provinciales. Il devait en résulter un contentieux lié à l'organisation du travail telle qu'instaurée dans les grandes entreprises; à la gestion du crédit et des faillites, indissociable de la concentration du capital qui s'amplifie; à l'extension du commerce vers un marché dont la taille convienne au nouveau seuil de rentabilité des entreprises les plus productives; à l'aménagement des infrastructures publiques nécessaires au soutien de ces nouvelles activités économiques; au développement d'une nouvelle criminalité urbaine, et pourrait-on dire, presque « industrialisée ».

Ces tendances, qui s'accroissent dans l'économie canadienne de l'après-guerre, notamment dans les grands centres urbains, devaient aussi se retrouver au Québec. Cet énoncé doit toutefois être nuancé.

La Seconde Guerre mondiale a, en effet, relancé l'économie du Québec. Selon André Raynauld, le Québec possédait en 1961 « une économie développée qui a franchi le seuil d'une industrialisation rapide entre 1896 et 1913²⁷ ». Les problèmes économiques qui se posaient au Québec depuis une vingtaine d'années déjà n'avaient donc rien à voir, selon cet auteur, avec « le passage d'un stade de sous-développement à un stade d'industrialisation²⁸ ».

Ainsi, le Québec n'accusait pas de retard économique, son évolution ayant suivi d'assez près, celle du Canada et de l'Ontario en particulier.

C'est également ce qu'indiquent d'autres études plus récentes. Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, l'économie du Québec a connu un essor exceptionnel, le taux de croissance de son industrie manufacturière dépassant même celui de l'Ontario :

Malgré la hantise de la reconversion, l'industrialisation du Québec s'accélérait vivement au point de dépasser le taux de croissance de l'industrie manufacturière ontarienne. Des secteurs industriels comme l'électro-ménager, l'équipement de transport et la pétro-chimie se développent rapidement sans pour autant modifier substantiellement la structure industrielle toujours axée prioritairement sur la production de biens non durables. La rareté internationale stimule aussi le développement des industries extrac-

tives du fer, du cuivre et de l'amiante. Le développement du Nouveau-Québec qui mobilise, outre l'Iron Ore Co., plusieurs groupes industriels étrangers, représente pour le gouvernement la meilleure garantie de dynamisme économique²⁹.

Cette vitalité économique s'est traduite par un taux d'emploi élevé et une amélioration des niveaux de vie et de consommation : de 1941 à 1957, le taux de chômage ne dépasse pas 4 % et le salaire industriel ainsi que le revenu personnel doublent³⁰.

L'économie québécoise a participé au boom de l'après-guerre en accélérant l'exploitation de ses richesses naturelles, notamment sa production hydro-électrique et sa production minière³¹.

Ses secteurs secondaire et tertiaire³² connaissent aussi une expansion au détriment de l'agriculture qui, malgré l'augmentation de sa productivité et de ses revenus, perd son rôle primordial au regard de l'emploi³³.

Malgré cette expansion, cependant, le problème du Québec reste celui d'une « croissance dont les caractéristiques structurelles et démographiques sont différentes de celles de certaines autres provinces du pays³⁴ ». Les capitaux et les entrepreneurs proviennent des États-Unis ou des autres provinces canadiennes. L'économie québécoise est envahie par les capitaux américains pour l'exploitation des matières premières. En 1960, on estime que les Québécois francophones (80 % de la population) contrôlent moins de 20 % de leur économie et deux seuls secteurs industriels, les scieries et la chaussure³⁵. La structure de l'industrie québécoise a vieilli (textile, chaussures, meubles, vêtements), l'industrie lourde se concentrant en Ontario. Le revenu personnel des Québécois est inférieur de 25 % à celui des Ontariens et celui des Québécois francophones inférieur de 35 % à celui des anglophones.

Guy Rocher fera le diagnostic suivant :

C'est à l'occasion des deux guerres mondiales que le Québec s'est manifestement industrialisé. De rurale, artisanale et marchande, sa structure économique est devenue celle d'une société de production industrielle assez largement diversifiée. Par ailleurs, ce qui témoigne de cette nouvelle structure économique n'a guère connu récemment de modifications importantes, c'est qu'elle n'a pas bénéficié de l'apport des industries plus dynamiques et d'avant-garde qui ont progressé depuis la dernière guerre³⁶.

et conclura :

Cependant, ce qui a passablement modifié et ralenti cette dynamique de la société industrielle au Québec, c'est le fait que les transformations de structures ne se sont pas accompagnées d'une égale transformation de la culture[. . .] Cet écart s'explique évidemment par le fait que l'industrialisation a été imposée de l'extérieur. Le Québec n'y a pratiquement pas contribué lui-même sauf en fournissant les matières premières et la main-d'oeuvre. L'impulsion originale, celle qui apporte l'esprit d'entreprise, le capital et les connaissances techniques, lui était assez étrangère pour ne pas affecter son univers culturel³⁷.

Cependant, même s'il n'est pas possible de prétendre que le Québec avait atteint un niveau comparable à celui de l'Ontario, et malgré les différences structurelles que nous venons de mentionner, il avait atteint le niveau qui suscite ces activités économiques trop ambitieuses pour un cadre constitutionnel suranné, contraignant et générateur de sa propre contestation.

C'est dire que la plupart des problèmes qui ont suscité ailleurs le contentieux constitutionnel de la répartition des compétences sur lequel la Cour suprême s'est prononcée se posaient également au Québec. Or, ils n'y ont suscité que deux conflits constitutionnels, tous deux reliés aux relations de travail³⁸.

Il faut donc chercher à comprendre ce qui a bien pu ralentir la prise en considération du développement économique du Québec par le droit.

Cette entrave, nous la localiserons dans l'abstention gouvernementale et législative dont nous essaierons de prendre la mesure avant d'en cerner les facteurs explicatifs.

McRoberts et Posgate insistent sur le retard politique du Québec à cette époque et sur la portée restreinte des interventions de l'État québécois.

Dans le cas du Québec, il semble que, pendant longtemps, le processus de modernisation politique a accusé un retard par rapport au développement économique et social. Les spécialistes n'ont pas encore produit une histoire complète et systématique des institutions gouvernementales du Québec. Mais il semble que durant la première moitié de ce siècle, le processus généralisé d'industrialisation et d'urbanisation ne fut pas accompagné d'une expansion des activités gouvernementales ou du développement d'une bureaucratie importante. On constate que l'État du Québec accroît son appui financier aux entreprises privées, mais on ne le voit guère régler ou intervenir directement³⁹.

Ainsi, le Québec s'était abstenu de suivre les autres provinces même dans leurs rares expériences de propriété publique (en Ontario, l'hydro-électricité était publique depuis 1905, alors que, sous Duplessis, les trois quarts de la production électrique étaient encore du domaine privé).

Quant aux pouvoirs de réglementation, l'administration Duplessis ne les a pas sérieusement utilisés pour modifier le comportement des entreprises privées. Le fer de l'Ungava en est un bon exemple. On peut remarquer aussi la retenue législative dans le domaine social et du travail. Le laisser-faire est encore plus évident dans les domaines de l'éducation, de la santé et du bien-être.

En résumé, la modernisation politique du Québec durant cette première période accusait un « retard » sur son expansion socio-économique. Les activités et les structures gouvernementales n'étaient pas aussi développées qu'on aurait pu s'y attendre, compte tenu de ce qui se passait dans les autres provinces canadiennes⁴⁰.

Ce sont les idées politiques — surtout, mais pas uniquement, l'idéologie duplessiste — mises en avant au Québec durant cette période qui

expliqueraient l'absence du Québec devant le forum constitutionnel où, pourtant, son avenir politique se jouait.

L'idéologie duplessiste dominante, soutenue par les intellectuels nationalistes de l'époque, le clergé et les élites économiques, pose d'abord en principe la non-intervention de l'État dans la sphère économique, sauf pour limiter, par des mesures répressives, les contraintes, surtout d'origine syndicale, au développement du capital⁴¹. On a souligné⁴² que ce non-interventionnisme n'est pas né avec le duplessisme, mais prend sa source dans une crainte séculaire des Québécois à l'égard de l'État. Ce n'est qu'au début des années 1960 que les Québécois se sont débarrassés de cette méfiance, dont l'origine remonterait à la Conquête et au rapport que les colonisés entretiennent généralement avec le pouvoir. On a constaté aussi le rôle joué par l'Église dans l'entretien de cette méfiance.

Quoi qu'il en soit de ses origines, ce libéralisme primaire ignore encore les théories keynésiennes où l'État joue le rôle de soutien actif des producteurs économiques par la gestion des ressources humaines et la prise en charge des effets négatifs du système : l'État-providence ne fait pas partie de l'horizon duplessiste.

Le type de législation qui matérialise l'État-providence, celui-là même qui ne relève pas clairement du Parlement fédéral ou des législatures provinciales — et pour cause — dans la Constitution victorienne qui régit le Canada, n'intéresse donc pas le gouvernement du Québec.

On voit déjà comment cette conception du rôle de l'État peut expliquer en partie l'absence du Québec devant le forum constitutionnel de la répartition des compétences : en l'amenant à ne pas adopter de lois dont la constitutionnalité est douteuse et peut être contestée par n'importe quelle partie qui croit ses intérêts menacés. On tarit ainsi ce contentieux à sa source même.

Mais il y a plus. Cette conception réductionniste du rôle de l'État repose sur une fidélité à l'esprit et à la lettre de la Constitution telle qu'elle se lisait en 1867, fidélité qui, plus que toute autre idée politique, caractérise l'idéologie duplessiste⁴³. Quand on professe une conception minimaliste et libérale de l'État, pareille à celle qui a inspiré au milieu du XIX^e siècle les rédacteurs de la Constitution, on ne sent pas le besoin d'écarter cette Constitution ou même de l'interpréter pour l'adapter à des besoins non ressentis, à des réalités non perçues. On réclame au contraire le retour au texte original, le respect littéral de la *Loi constitutionnelle de 1867* et on ne s'oppose qu'aux dérogations imposées au texte par les modifications déjà votées et la pratique constitutionnelle.

C'est ce que Duplessis va faire. S'il réclame « l'autonomie provinciale », dans les champs de compétence que la Constitution reconnaît au Québec, c'est en grande partie pour ne pas l'utiliser⁴⁴ : ainsi il dira que

l'autonomie provinciale, c'est aussi « le droit d'avoir nos écoles et nos hôpitaux dirigés par des communautés religieuses⁴⁵ ».

Quel que soit l'usage ou le non-usage auquel il destine les pouvoirs dont il réclame le maintien au nom de l'autonomie provinciale, l'autonomie reste pour lui « le problème vital et fondamental, le *primo vivere*, le *to be or not to be*⁴⁶ ». Duplessis invoque fréquemment en matière constitutionnelle, l'argument national⁴⁷; cependant, la lutte pour l'autonomie n'est pas selon lui une lutte de clan ou de race, mais une lutte pour la démocratie contre la bureaucratie, pour la sécurité de la province contre la centralisation⁴⁸. Ses appels au sentiment national se doublent parfois de références aux valeurs religieuses⁴⁹. Son discours constitutionnel se fonde également sur des valeurs d'ordre et de sécurité, cette sécurité ne pouvant, selon lui, reposer sur la destruction de la Confédération, car c'est le respect du pacte confédératif qui la garantit. Ce qu'il recherche dans sa lutte pour l'autonomie, c'est le respect de la Constitution originale contre les tendances centralisatrices qu'Ottawa véhicule dans sa pratique constitutionnelle.

Les idées constitutionnelles et Duplessis sont donc conservatrices. Elles ne s'opposent aucunement au fédéralisme et à la *Loi constitutionnelle de 1867* : « [. . .] la Confédération, ce fut pour nous permettre de vivre, pour protéger la culture française et catholique⁵⁰ ».

Dans ces circonstances, on comprend la retenue des autorités québécoises en matière constitutionnelle. Cette attitude aurait été renforcée par la composition sociale de la députation de l'Union nationale, élite exclusivement politique, « partitocratie » d'origine modeste, pour qui le gouvernement n'était pas un outil à utiliser dans un but général et qui ne voyait donc pas la nécessité de transformer le rôle de l'État⁵¹. Durant cette période, le Québec n'a jamais eu recours au renvoi constitutionnel pour résoudre un éventuel conflit de compétence, il n'a sollicité aucun avis consultatif de sa Cour d'appel ou de la Cour suprême sur la constitutionnalité d'une loi, fédérale ou provinciale. Quand il est intervenu⁵² dans des conflits constitutionnels où il n'était pas partie, c'était, à deux exceptions près⁵³, à propos de matières reliées au droit civil, sujet qui, avec la langue, la religion et l'éducation, font partie, pour le duplessisme, de la « réserve » constitutionnelle absolue, sur laquelle il serait impensable que le Québec ne se fasse pas entendre⁵⁴.

Sur des questions autres que l'attribution des compétences, en matière de libertés publiques par exemple, comme nous le verrons plus loin, la Cour suprême a entériné les idées politiques de l'opposition québécoise. En matière de partage, même si elle l'avait voulu, elle n'aurait pu le faire, pour la bonne raison que l'opposition ne remettait pas non plus en question des compétences telle que l'établir le texte de 1867.

Si nous devons d'un trait caractériser cette période, nous dirions que

la question constitutionnelle, au Québec, reste circonscrite par le cadre étroit du fédéralisme existant et qu'elle ne se pose que sur les plans juridique et fiscal.

De manière générale, et quels que soient les groupes et partis, on ne remet en question ni le régime ni le lien fédéral, ni le contenu de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Le régime politique et le partage originel des compétences étant approuvés, à l'exception du pouvoir de désaveu dont on réclame l'abolition devant la commission Tremblay, les « problèmes constitutionnels » sont de l'ordre des pratiques gouvernementales fédérales relativement au respect des dispositions existantes, dans la lettre ou l'esprit, pour ce qui concerne le partage des compétences ou des revenus d'impôts entre les ordres du gouvernement.

Sur ce point, Duplessis, au pouvoir, et Trudeau, dans l'opposition, sont d'accord. Durant cette période, l'opposition au duplessisme ne se trouve pas au Parti libéral provincial, qui n'est pas encore désigné — et c'est significatif — sous le sigle de PLQ et qui, totalement inféodé à son homologue fédéral, ne peut jouer le rôle d'opposition en matière constitutionnelle. L'opposition est extraparlamentaire et regroupe, notamment : la Confédération des travailleurs catholiques du Canada, la Fédération des Unions industrielles du Québec, les fédérations des mineurs et des métallos, l'Alliance des professeurs, la Faculté des sciences sociales de l'Université Laval, le Parti social démocrate, la Ligue d'action civique, le Rassemblement, l'Institut canadien des Affaires publiques, Radio-Canada, *Le Devoir*, le journal *Vrai*.

Chacune de ces nombreuses forces sociales mène son propre combat contre le régime, surtout axé sur les questions économiques et sociales et sur les libertés. Les positions constitutionnelles des différents groupes sont largement favorables au statu quo constitutionnel, bien qu'ils aient rarement expliqué leur position. La revue *Cité Libre*⁵⁵ fera toutefois exception sur ce point. Abordant plus fréquemment les questions constitutionnelles en termes politiques et juridiques — notamment sous la plume de P.E. Trudeau — elle permet à l'analyste de se référer à un matériel plus abondant. Comme les idées qu'elle véhicule reflètent un assez large consensus, nous en traiterons à titre d'illustration.

À travers un antinationalisme virulent⁵⁶, fondé sur des justifications personnalistes (« l'individu contre le nous », la « revalorisation de l'homme derrière le Canadien français »), *Cité Libre* prône la préservation et l'expansion du fédéralisme. Valeur suprême dans la mesure où il rejoint l'universalisme et la raison, le fédéralisme peut cependant, dans son application, contenir des « raretés » qu'il s'agit alors de corriger⁵⁷. Tel est le sens de l'accord partiel de Trudeau avec la position de Maurice Duplessis, au sujet de l'octroi de subventions fédérales aux universités québécoises, et de son refus de reconnaître que le gouverne-

ment fédéral, au nom du pouvoir de dépenser, puisse empiéter sur les compétences provinciales.

Pour les forces de l'opposition regroupées sous la bannière de *Cité Libre* comme pour les duplessistes, ce n'est pas dans l'interprétation judiciaire du partage des compétences constitutionnelles que se lisent les problèmes du fédéralisme, mais dans la pratique constitutionnelle déviante du gouvernement fédéral en matière de taxation et d'affectation conditionnelle du produit des taxes à des fins provinciales.

Une pratique constitutionnelle centralisatrice contrée par la résistance passive du Québec

Cette complicité du pouvoir et de l'opposition pour le maintien du statu quo fédératif débouche sur un accord tacite : transporter la bataille dans les tranchées, en dehors du forum judiciaire, sur le deuxième front, politique celui-là.

Inspiré par les théories économiques de John Maynard Keynes, qui font florès dans les démocraties occidentales de l'après-guerre, le gouvernement fédéral veut mettre en place les éléments essentiels de la panoplie de l'État-providence. À la faveur de la crise, il a pu obtenir la modification constitutionnelle nécessaire à l'instauration du régime d'assurance-chômage et de pensions de vieillesse. Pour la santé, les services sociaux et, plus tard, la sécurité du revenu, la Constitution pose les mêmes problèmes, qui, à cause du contexte politique, ne peuvent être réglés par modification constitutionnelle.

L'État central va donc procéder en marge de la Constitution. Le pouvoir de dépenser, puisque c'est de cela qu'il s'agit, remplacera les accords en vertu desquels, durant la Seconde Guerre mondiale, les provinces avaient « loué » à l'État fédéral leur champ de taxation⁵⁸. Ce mécanisme, dont nous avons démontré ailleurs le caractère illégal et inconstitutionnel⁵⁹, consiste, pour l'État fédéral, à percevoir des taxes en sus des sommes requises pour les fins que la Constitution lui assigne, dans le dessein d'en attribuer le produit à des objets que la Constitution désigne comme provinciaux. À cause des conditions imposées pour la remise aux provinces de sommes qui n'auraient jamais dû se trouver ailleurs que dans leur patrimoine, le procédé est inconstitutionnel⁶⁰.

Duplessis, pour qui les empiétements ne peuvent jamais constituer des amendements et qui refuse de renouveler les ententes fiscales, trouve ce procédé inacceptable. Coïncé par le manque de revenus, il créera en 1954 l'impôt provincial sur le revenu⁶¹. Jusqu'à la fin, il maintiendra sa position, privant les contribuables de l'assurance-hospitalisation offerte en vertu d'une entente ouverte à la signature des provinces depuis 1957.

Ce que Duplessis condamne, c'est l'attitude centralisatrice d'Ottawa, qui s'est accaparé, à la faveur de la crise économique et de la guerre,

l'ensemble des revenus et certains objets de compétence provinciale. Cette ingérence, que Duplessis combat sur le plan de l'action politique et qu'il ne portera jamais devant le forum constitutionnel — sans doute par manque de confiance⁶² — Trudeau la condamne sur le plan de la pensée politique.

Après avoir montré que l'histoire du fédéralisme canadien en est une de collaboration et d'échanges intergouvernementaux constants⁶³, Trudeau souligne que « c'en est une aussi d'empiétement d'un gouvernement sur la juridiction de l'autre par des procédés quelquefois subtils, quelquefois cyniques⁶⁴ » et donne l'exemple des octrois fédéraux aux universités. Pour conclure, il s'oppose à ce que le pouvoir de dépenser soit « interprété comme le droit pour le gouvernement de décider si les gouvernements provinciaux exercent comme il convient tous et chacun des droits que leur confère la Constitution⁶⁵ », ce droit appartenant aux électeurs et aux contribuables.

Grâce, il faut bien le dire, à sa ténacité et à l'appui de l'opposition, Duplessis aura réussi, sur ce deuxième front, à faire un peu meilleure figure que sur le plan judiciaire. Il n'a rien cédé, les accords n'ont pas été signés, l'impôt provincial sur le revenu lui a permis de continuer à exercer les compétences politiques qui sont les nôtres et, vingt-cinq ans plus tard, le pouvoir de dépenser est encore contesté politiquement sans avoir jamais été avalisé par la Cour suprême.

On peut donc dire que, durant cette première période, en matière de partage des compétences, les idées politiques dominantes au Québec — qui coïncident très largement avec celles de l'opposition en matière constitutionnelle malgré leurs divergences majeures quant au rôle de l'État — n'ont pas été reçues dans la jurisprudence, qui fut l'instrument privilégié de l'évolution constitutionnelle canadienne. Elles n'ont pas non plus modifié la pratique constitutionnelle fédérale que s'élaborait pour contourner ce partage : tout au plus, l'action politique qui s'en inspirait a-t-elle eu pour effet d'en modifier l'effet sur l'exercice des compétences provinciales.

À cette dernière nuance près, le rapport établi en cette matière entre les idées politiques au Québec — dans ce cas on pourrait presque écrire : les idées politiques *du* Québec — et l'évolution constitutionnelle canadienne peut donc être qualifié de globalement négatif.

Les libertés publiques

Dans le domaine des libertés publiques, la situation se présente sous un jour tout à fait différent. D'abord, les décisions prises par la Cour suprême sont, à une exception près, intervenues dans des affaires provenant du Québec. Ensuite, la ressemblance constatée entre les idées politiques du duplessisme et celles de son opposition en matière de fédéralisme, qu'il s'agisse de l'autonomie duplessiste ou du fédéralisme

coopératif et fonctionnel de *Cité Libre*, par exemple, s'efface, en matière de libertés publiques, au profit de divergences aussi absolues qu'irréremédiables. Enfin, ce sont les positions défendues par les forces de l'opposition québécoise qu'entérine la Cour suprême dans ses décisions.

On peut donc établir un rapport positif entre l'évolution jurisprudentielle du droit constitutionnel canadien en matière de libertés publiques et les idées politiques prônées par l'opposition au duplessisme.

Une jurisprudence favorable aux libertés publiques liées à la religion et à l'idéologie

Entre 1945 et 1960, la Cour suprême a rendu sept décisions en matière de libertés publiques⁶⁶, dont les six premières dans des causes en provenance du Québec. Dans tous les cas, il s'agissait de violation de la liberté de croyance et d'expression, perçue à l'époque en termes religieux. Cinq de ces sept décisions concernaient des Témoins de Jéhovah et les deux autres des communistes, tous brimés à divers titres dans certaines pratiques religieuses ou idéologiques par les autorités civiles ou policières du Québec ou de la Nouvelle-Écosse.

Dans une série de décisions célèbres relatives à la liberté de religion et d'expression des Témoins de Jéhovah, la Cour suprême refusa de considérer la publication et la diffusion de matériel exposant cette doctrine religieuse comme un libelle séditieux⁶⁷, et jugea illégales une série d'arrestations liées à cette diffusion⁶⁸, de même que le retrait, au bailleur de fonds de ce groupe religieux, du permis de vente d'alcool dont il tirait ces fonds⁶⁹.

Deux autres décisions concernaient la répression, par les autorités provinciales du Québec ou de la Nouvelle-Écosse, de l'idéologie communiste. Dans ce contexte, la Cour suprême a déclaré *ultra vires* une loi québécoise — la célèbre loi dite « du cadenas » — interdisant et pénalisant l'utilisation d'un immeuble aux fins de propager les doctrines communistes et bolcheviques⁷⁰. En Nouvelle-Écosse c'est une autorité administrative, la Commission des relations de travail, qui avait refusé l'accréditation d'un syndicat dont le secrétaire-trésorier était communiste. La Cour cassa cette décision, jugée *ultra vires*⁷¹.

Un contexte de faits et d'idées politiques dominantes favorables à la répression des libertés

Si ce dernier litige est le seul qui n'ait pas pris naissance au Québec parmi ceux qui, en matière de libertés publiques, ont atteint le forum constitutionnel suprême, entre 1945 et 1960, ce n'est certes pas par hasard. Il convient donc de chercher, au-delà du contexte international de guerre froide, dans les caractéristiques de la société québécoise aussi bien que les idées politiques qui y dominaient à l'époque, un éclairage permettant de mettre en contexte ces productions constitutionnelles.

En effet, bien que les juges se soient parfois appuyés sur la répartition des compétences pour motiver certaines de ces décisions⁷², c'est, pour une large part, sur la théorie des droits implicites découlant du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la forme parlementaire du régime politique canadien qu'ils les ont fondées⁷³. C'est dire que les idées politiques y ont joué un rôle assez important.

Avant de voir quels sont les groupes qui professaient au Québec les idées politiques que la Cour suprême a faites siennes dans ce corpus, il nous reste à examiner les liens entre ces litiges et la réalité politique du Québec sous Duplessis.

Alors qu'il garde une certaine retenue législative dans les matières susceptibles d'alimenter le contentieux du partage des compétences, Duplessis fait preuve d'un bien plus grand interventionnisme en matière de répression des libertés civiles, politiques ou syndicales. Il laisse aux valeurs religieuses dominantes sinon dans la société québécoise de l'époque, qui commence à s'en dégager, du moins dans la conception surannée que continue de s'en faire le duplessisme, une place démesurée. Cette prépondérance outrée, que l'émergence d'idéologies plus franchement matérialistes n'a pas encore relativisée dans les idées politiques dominantes⁷⁴, se reflète dans des lois et des pratiques répressives, d'autant plus répressives d'ailleurs, que surgiront — à droite comme à gauche, des Témoins de Jéhovah aux communistes — des velléités de secouer le joug idéologique.

Que les victimes de cette oppression aient pu atteindre le forum constitutionnel suprême et y obtenir justice témoigne de la vigueur de l'opposition et des sources lointaines d'une Révolution tranquille dont la génération, en 1960, fut moins spontanée qu'on ne l'a longtemps cru.

S'agissant non plus de faits sociaux mais d'idées politiques, point n'est besoin d'être grand analyste pour saisir les affinités profondes du duplessisme avec l'intolérance religieuse et idéologique.

Maurice Duplessis est un nationaliste fervent, qui professe un type particulier de nationalisme fondé sur la race, la foi catholique, et la langue et la tradition culturelle françaises. Dans la définition de la nation, il donnera « la première place aux valeurs religieuses et spirituelles », la force de la province résidant, selon lui, dans la profondeur de ses sentiments religieux⁷⁵. Cette « forteresse de la civilisation chrétienne au Canada⁷⁶ », Duplessis se fera un devoir de la défendre contre deux ennemis majeurs : les Témoins de Jéhovah — la jurisprudence que nous venons de résumer laisse voir à quelles persécutions il les vouait — et les communistes⁷⁷. D'ailleurs, ses déclarations restent faibles à côté des actes mêmes : suppression du permis de vente d'alcool de Roncarelli, adoption de la « Loi du cadenas », où l'on sait le rôle actif que Duplessis a joué personnellement, et celui, plus passif, d'une majorité qui n'avait pas d'autre tolérance que celle de la passivité devant l'intolérance religieuse.

On relira avec intérêt ce que Trudeau disait de cette majorité à l'époque :

Il y a une façon étrange de regarder les libertés civiles qui est également typique du Canada français. Après l'arrêt par lequel la Cour suprême donna gain de cause aux Témoins de Jéhovah et soutint de cette manière la liberté religieuse, l'opinion publique du Québec ne tarda pas à remarquer que les juges s'étaient en quelque sorte divisés suivant leurs allégeances ethniques et religieuses. On réagit de la même façon après le jugement de la Cour suprême sur la Loi du cadenas. Par exemple, *Montréal-Matin* souligna la dissidence du juge Taschereau et parla de victoire communiste, une bonne nouvelle pour tous les révolutionnaires du Québec. M. Paul Sauriol, dans *Le Devoir* du 19 mars 1957, se demanda si « la Cour suprême aurait inversement le même souci s'il s'agissait de protéger les juridictions provinciales contre une intrusion fédérale », et souligna « l'une des différences profondes qui existent entre les Canadiens anglais et nous [...] Il s'agit de savoir si la défense de la liberté doit aller jusqu'à la défense et au respect d'un prétendu droit à propager l'erreur ». Dans un article paru dans *Le Devoir* du 10 avril 1957, relatif à la soumission de Radio-Canada au parti au pouvoir et à la question de la liberté d'opinion, M. Gérard Fillion écrivit que si les partis d'opposition croyaient trouver là une question pouvant avoir une valeur électorale, on avait « probablement fait fausse route pour ce qui concerne le Canada français. L'opinion publique n'a pas l'habitude chez nous de se pâmer pour ces sortes de débats. C'est probablement un tort, mais c'est comme ça »⁷⁸.

Outre que la conception duplessiste de la nation soit conservatrice et orientée vers la survivance plutôt que vers le progrès et qu'elle confonde le religieux et le national, il s'agit aussi d'une conception monolithique, dont l'intolérance religieuse, intellectuelle et politique a souvent été dénoncée par l'opposition syndicale et libérale aussi bien que cité-libriste, au nom des libertés et de la démocratie.

Les institutions

Si l'on peut affirmer qu'il n'existe pas de rapport positif entre la jurisprudence arrêtée par la Cour suprême et les idées politiques au Québec, durant cette première période de l'après-guerre, en matière d'institutions, ce n'est pas dans le sens où nous l'entendons au sujet du partage des compétences ou des libertés publiques. En fait, il n'y a pas de rapport positif parce qu'il n'y a pas de rapport du tout.

Les institutions sur lesquelles s'exprime la Cour suprême dans ses décisions sont judiciaires et parlementaires. Mais peu importe, au fond, pour notre propos, que le tribunal ait maintenu, en ce qui concerne les institutions judiciaires, la tendance centralisatrice qui caractérise cette époque, alors qu'il s'en éloignait quelque peu en matière de pouvoirs parlementaires, car ces questions ne soulevaient pas l'intérêt des Québécois. Ces questions n'ont été soulevées qu'une fois dans une affaire émanant du Québec, les dix autres décisions sur le sujet étant

survenues dans des causes d'action en provenance d'autres provinces. Absent du contentieux jurisprudentiel des enjeux relatifs à l'unicité du système judiciaire et à la structure des pouvoirs parlementaires, le Québec n'en avait pas fait non plus l'objet d'une préoccupation politique.

Non pas que les institutions n'aient pas été présentés dans le débat politique — au contraire — mais ce n'est pas sur ces institutions-là que portait ce dernier, ni sur des enjeux susceptibles d'aboutir devant un forum judiciaire. Centré sur les structures du Sénat et de la Cour suprême elle-même, le discours politique émanant du Québec à l'époque visait des modifications structurelles trop dérogoires pour être réalisées par de simples interprétations judiciaires. Pour les matérialiser, il aurait fallu modifier le texte même de la Constitution.

Vingt-cinq ans plus tard, et malgré le rapatriement de la Constitution, ces modifications n'ont pas encore été obtenues.

C'est dire que l'évolution constitutionnelle canadienne et les idées politiques exprimées au Québec en matière d'institutions se sont déployés, depuis cette époque et pour une large part, sur des lignes parallèles.

Une jurisprudence centrée sur l'unicité du système judiciaire et les pouvoirs parlementaires

La première moitié des décisions de ce corpus porte sur l'unicité du système judiciaire que la Constitution institutionnalise par l'entremise de la structure de la Cour supérieure. Protégée par l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, contre le morcellement de sa juridiction par la création de tribunaux provinciaux et, par l'article 101, contre une soustraction au profit des tribunaux fédéraux de l'examen de la constitutionnalité des lois et des actes de l'administration, la Cour supérieure est l'institution centrale du système judiciaire canadien.

Durant la période qui nous intéresse, la Cour suprême renforça la compétence de cette institution en statuant, au nom d'une conception fonctionnaliste de la juridiction de la Cour supérieure, que divers organismes ou fonctionnaires administratifs ne pouvaient exercer dans la légalité constitutionnelle des pouvoirs attribués, avant 1867, à la Cour supérieure, comme statuer sur l'assujettissement d'un bien immobilier à une taxe foncière⁷⁹ et décider de litiges relatifs à la validité de titres de propriété⁸⁰ ou aux privilèges ouvriers⁸¹. À ces trois décisions défavorables aux provinces en matière de création d'institutions judiciaires, il faut en ajouter une autre, qui conforte le pouvoir fédéral en refusant à la Cour supérieure, pour l'attribuer à la Cour de l'Échiquier, la compétence en matière d'indemnité d'expropriations fédérales⁸², pour constater que la tendance centralisatrice de la jurisprudence de la Cour suprême à cette période continue de s'affirmer en matière d'institutions judiciaires, à deux exceptions près⁸³.

On ne peut pas affirmer le maintien de cette tendance centralisatrice dans les cinq autres décisions de ce corpus, toutes relatives aux pouvoirs parlementaires, pour la bonne raison qu'elles visent plutôt l'étendue et la structure de ces pouvoirs que leur partage entre l'État fédéral et les provinces. Confirmant le caractère fédéral de la souveraineté parlementaire, la Cour suprême a invalidé les délégations législatives entre le Parlement et les assemblées législatives⁸⁴ mais elle a maintenu la constitutionnalité de certaines délégations administratives⁸⁵, se prononçant sur la législation par référence⁸⁶ et la législation conditionnelle⁸⁷, de même que sur la suprématie des lois qu'adopte le Parlement fédéral, dans les domaines de sa compétence, sur les lois préconfédératives en vigueur antérieurement sur les mêmes sujets dans une province⁸⁸.

Des revendications québécoises axées sur les institutions fédérales : Cour suprême et Sénat

Quoi qu'il en soit du caractère centralisateur ou non de ces décisions, le Québec de l'époque s'en désintéressait. Les avocats d'ici, formés au droit civil, intentaient encore rarement les recours de droit administratif par lesquels on conteste la constitutionnalité des tribunaux administratifs au nom du maintien de la juridiction constitutionnalisée de la Cour supérieure. Quant aux institutions parlementaires, elles avaient peu d'attrait pour les Québécois : obtenues sans lutte, dans un contexte colonial, elles n'étaient pas valorisées⁸⁹.

À une exception près⁹⁰, aucun litige en provenance du Québec et portant sur ces questions ne s'est rendu en Cour suprême et on n'en retrouve que de faibles traces dans les idées politiques de l'époque⁹¹.

Les institutions qui intéressent primordialement l'opinion québécoise d'alors sont la Cour suprême elle-même et le Sénat. Il faut se référer aux modifications constitutionnelles réclamées par Duplessis à la conférence intergouvernementale de 1950 pour avoir un reflet des questions institutionnelles que véhiculaient les idées politiques ayant alors cours au Québec :

Nous estimons que la Cour suprême du Canada, en matière constitutionnelle et de relations intergouvernementales canadiennes, doit réunir toutes les conditions d'un tiers arbitre⁹².

Quelques années plus tard, dans la mouvance du duplessisme, la Commission Tremblay jugera la Cour suprême incapable d'exercer efficacement son rôle d'arbitre impartial, sa situation de dépendance à l'égard du seul gouvernement central au triple point de vue de son existence, de sa juridiction et de son personnel ne le plaçant par hors de l'atteinte et de l'influence de ce dernier⁹³.

Estimant que, en raison de ses pouvoirs, ce tribunal occupe une position idéale pour contrôler et même orienter toute l'évolution de la

jurisprudence du pays, les commissaires québécois craignent sa puissance d'uniformisation du droit au Canada et qu'elle ne devienne « le plus dangereux instrument de centralisation qui soit⁹⁴ ». De plus, la nomination de ses juges souffre, à leur avis, des mêmes ambiguïtés que celles qui valent pour le Sénat⁹⁵.

Aussi les commissaires réclament-ils pour la Cour suprême un « véritable statut constitutionnel », une réduction de sa juridiction et la participation des provinces à la nomination de ses juges ou, à défaut, la constitution d'un tribunal spécial pour les affaires constitutionnelles dont les membres seraient nommés avec une certaine participation des provinces.

Deuxième période : le fédéralisme bipolaire (1960–1975)

Avec le début de la Révolution tranquille en 1960, le tableau va changer remarquablement, à la fois sur le plan des idées politiques et sur celui de l'évolution constitutionnelle — même si ce changement n'est pas aussi subit qu'on l'a longtemps cru, puisque, comme nous avons pu le voir, on trouvait déjà des indices de cette mutation dans le tissu social de la première période.

Par rapport à cette époque précédente, 1960 voit éclore des courants politiques qui ont pour trait commun d'être une récusation du duplessisme, dans ses dimensions fondamentales d'autoritarisme monolithique et d'antiétatisme, tout en maintenant la dimension nationaliste, dans une version beaucoup plus dynamique cependant. Ce néo-nationaliste se greffe désormais sur une idéologie libérale pluraliste et laïque qui véhicule une conception très positive du rôle de l'État, tant dans la modernisation des ressources humaines et physiques que dans l'affirmation nationale du Québec.

Dans notre analyse du rapport entre l'évolution des idées politiques prônées au Québec et celle du droit constitutionnel canadien durant cette seconde période, nous parvenons à un double constat. Sous un premier angle, il nous est permis de conclure à l'existence d'un rapport positif entre l'évolution de la jurisprudence spécifiquement relative au contentieux en provenance du Québec et celle de l'idéologie néo-nationaliste qui domine l'ensemble de la période et dont les tenants resteront au pouvoir jusqu'en 1976, date à laquelle ils seront supplantés par les souverainistes. C'est, en revanche, à un constat négatif que nous conduit l'observation du rapport entre l'évolution, d'une part, de cette idéologie dominante fort modérée — et, à plus forte raison, celle de l'opposition bien plus radicale — et, d'autre part, les résultats des conférences, des ententes et des programmes qui constituent la pratique constitutionnelle, cette voie parallèle d'évolution.

C'est à la présentation de cette double évolution que nous consacrons cette partie de notre étude. Nous l'abordons selon les thèmes autour

desquels était axée l'analyse de la première période : partage des compétences, libertés publiques, institutions, mais selon un plan légèrement modifié où l'analyse des faits et des idées politiques précède celle de la jurisprudence et de la pratique constitutionnelle, pour mieux faire valoir le caractère du climat politique dans lequel baignaient, comme tout un chacun, les juges et les hommes politiques de cette période, ainsi que l'incidence de ce climat sur leurs décisions.

Le partage des compétences

On ne saurait, d'emblée, manquer de souligner le contraste frappant qui, en matière de partage des compétences, oppose cette seconde période à la précédente, et cela, aussi bien sur le plan des faits et des idées que sur celui de la jurisprudence et de la pratique constitutionnelles qui les accompagnent.

Dans une certaine mesure, on pourrait soutenir que les idées politiques qui s'affirment à partir de 1960 s'inscrivent, pour une large part, aussi bien dans le sillage du duplessisme (de sa dimension autonomiste) que dans celui de son opposition (démocratie et conception moderne de l'État). Cependant, la fusion de ces deux tendances va spécifier cette seconde période et la distinguer radicalement de la précédente, quant au rapport du Québec avec le fédéralisme et la Constitution.

Le principe même du fédéralisme et le maintien de la *Loi constitutionnelle de 1867*, jusque-là objet de consensus entre les forces politiques présentes au Québec, sont réévalués par le parti au pouvoir, et même contestés sinon remis en cause par de nombreux groupes d'opposition. Ces derniers, encore minoritaires au début des années 1960, acquerront progressivement une légitimité qui débouchera, à la fin de cette période, sur un statut de définisseurs de l'idéologie, devenue dès lors dominante.

C'est que la conception du rôle de l'État, jusque-là pomme de discorde entre le duplessisme et son opposition extraparlamentaire, va maintenant faire l'unanimité entre les diverses tendances politiques du Québec, qu'il s'agisse des tendances néo-nationalistes modérées ou même des tendances indépendantistes. De plus, les forces politiques québécoises ont en commun avec les nationalistes *canadiens* cette même conception moderne de l'État à ceci près, bien sûr, que, parmi ces groupes, les uns et les autres ne situent pas au même lieu géographique et politique les pouvoirs, pourtant identiques, dont ils veulent respectivement doter l'État québécois ou canadien, posant ainsi la question et la localisation du pouvoir d'État qui finira par devenir l'un des enjeux politiques majeurs de la période contemporaine.

Ces grands thèmes de la pensée politique de l'époque se traduiront dans les attentes et les demandes issues de la scène politique québécoise en matière de partage des compétences. Axées sur la nécessité d'une révision constitutionnelle du partage, ces demandes vont différer selon

l'importance de l'aire d'autonomie législative qu'elles exigent pour les provinces, en fonction notamment de l'orientation politique des groupes qui les mettent en avant. Nous verrons que, dans l'ensemble, elles recevront un accueil bien plus favorable auprès des juges de la Cour suprême qu'auprès des hommes politiques fédéraux.

Car — et c'est une différence notable — le Québec n'est plus absent⁹⁶, comme il l'était depuis la Seconde Guerre mondiale, en matière de partage des compétences, du lieu judiciaire où se module la Constitution. Sa présence s'y manifeste non seulement par une augmentation des causes provenant du Québec, mais par celle des interventions de son procureur général. Au surplus, l'objet de ces interventions se déplace de la protection traditionnelle contre les empiétements fédéraux en droit civil à l'ensemble beaucoup plus diversifié des dossiers constitutionnels importants, émanant aussi bien d'autres provinces.

L'expansion économique considérable que perpétue la Révolution tranquille aurait-elle enfin été prise en considération par le droit d'un État en phase aiguë de modernisation et susciterait-elle désormais le genre de conflits et de contentieux constitutionnels, déjà présents ailleurs au Canada avant 1960, et dont la non-intervention étatique caractéristique du duplessisme avait jusqu'ici prévenu l'émergence? Cela nous semble, pour le moins et parmi d'autres, une hypothèse d'interprétation fort plausible de l'incidence accrue des causes en provenance du Québec devant le forum constitutionnel.

Quant à l'augmentation et surtout à la diversification des interventions du procureur général, en partie inscrites dans les effets de la montée de la technocratie, il faut également les lire — au même titre que le succès accru et spécifique des partis québécois devant la Cour ainsi que l'affirmation croissante des compétences provinciales — en fonction du contexte social de l'époque que reflètent les idées politiques professées au Québec.

En effet, alors que les deux seules décisions touchant les parties québécoises en matière de partage durant la première période leur avaient été défavorables, les deux tiers du contentieux constitutionnel résultant de faits survenus au Québec entre 1960 et 1975 donnent lieu à des gains provinciaux devant la Cour suprême. Le fait est d'autant plus spectaculaire qu'il s'oppose à la tendance générale encore centralisatrice de la Cour en matière de partage durant cette période.

Sans prétendre établir un lien de causalité direct entre les prononcés décentralisateurs (ou en tout cas favorables aux provinces) de la Cour suprême dans les causes en provenance du Québec et les événements et les idées politiques qui y ont cours à partir de 1960, il faut constater que cette régression de la centralisation — manifeste surtout à partir de 1968 — va s'intensifiant jusqu'à la fin de la période, parallèlement à la montée des idées souverainistes et de la violence d'une partie de l'opposition extraparlementaire. Ce ne serait donc pas faire injure à la Cour

suprême, ni la taxer de partialité, que de lui prêter une sensibilité au contexte socio-politique, auquel elle ne saurait d'ailleurs échapper plus qu'une autre institution.

Cependant, bien que les idées politiques ayant cours au Québec en matière de partage des compétences aient été, en partie, reçues par le forum judiciaire durant cette période, elles n'ont pas bénéficié du même accueil auprès du « deuxième front constitutionnel », celui de la pratique constitutionnelle où se situent les conférences et se négocient les ententes fédérales-provinciales.

Par rapport à la période précédente, le contraste, ici aussi, est frappant. Alors que Duplessis avait, malgré tout, préservé sur ce terrain-là les compétences provinciales en refusant toute participation aux programmes conjoints, dès 1960, d'entrée de jeu, Lesage y adhère. Il le fait en acceptant des conditions qui briment, ne serait-ce que temporairement, sa compétence législative, en échange de sources de revenus dont il a besoin pour mettre en oeuvre sa conception de l'État moderne. Sauf pour les quelques succès qu'il obtient en 1964 en matière de transfert fiscal et de régime des rentes, la période se caractérise par une invasion accrue des champs de compétence provinciale par les autorités fédérales. En effet, la révision constitutionnelle, reprise dès 1968 par Daniel Johnson, se solde par l'échec de la Conférence de Victoria en 1971, bien que le nouveau gouvernement Bourassa ait considérablement réduit les exigences québécoises à la seule priorité législative en matière de politique sociale et abandonné les conditions de modification de la répartition que, pour le Québec, Johnson attachait à l'acceptation de toute formule de modification et de rapatriement de la Constitution.

Le rapport des idées politiques de cette période, à la pratique constitutionnelle est donc ambigu au mieux — négatif au pire — selon que l'on perçoit le verre comme à moitié plein ou à moitié vide.

Un contexte de faits et d'idées politiques dominantes, néo-nationalistes et interventionnistes

Le contexte économique qui aurait pu tenir le Québec éloigné des litiges constitutionnels débattus devant la Cour suprême avait déjà connu une évolution importante au cours de la période précédente où la tertiarisation⁹⁷ et la continentalisation⁹⁸ de l'économie étaient déjà fort avancées. Cependant des facteurs idéologiques propres au duplessisme avaient empêché le gouvernement de prendre ces phénomènes en considération dans ses plans d'action et dans le droit qui les matérialisait, avec comme effet, notamment, celui d'empêcher le développement d'un contentieux relatif à la répartition des compétences constitutionnelles.

À partir de 1960, les facteurs économiques continuent leur expansion; la tertiarisation s'intensifie encore⁹⁹ avec, pour conséquence démographique, la relance de la croissance urbaine, un moment ralentie entre la crise et la fin de la guerre. Durant la décennie qui précède la période qui

nous occupe, le taux de population urbaine au Québec passe de 70 à 75 % pour dépasser 80 % en 1975¹⁰⁰. Il faut souligner, en particulier, l'importance de l'agglomération montréalaise dans la structure urbaine du Québec de cette époque : en 1971 près de la moitié de la population québécoise vit à Montréal¹⁰¹. C'est donc d'une population tertiarisée et urbanisée que vont émerger les nouvelles élites porteuses des changements politiques et sociaux.

Vu l'absence de maîtrise de leurs ressources économiques, c'est la modernisation de l'appareil d'État et, notamment, l'expansion des secteurs public et parapublic comme l'éducation et la santé¹⁰² qui vont conférer à ces nouvelles élites francophones leurs caractéristiques bureaucratiques, comme le souligne Réjean Pelletier :

En même temps que se développent les secteurs du commerce, de la finance, des assurances et des communications, il devient aussi nécessaire de développer des institutions d'éducation, de santé et de bien-être [. . .] institutions qui sont gérées par des administrateurs ayant les compétences nécessaires pour les diriger. On va chercher ces spécialistes, non pas parmi les rangs du clergé, mais parmi les jeunes diplômés des sciences sociales et administratives. C'est ainsi que se forme et croît, par suite de changements structurels importants, une nouvelle classe moyenne que le sociologue Hubert Guindon définit comme étant le « produit de l'expansion bureaucratique des organisations¹⁰³ ».

L'identité de ces classes moyennes étant liée à l'extension du pouvoir politique du Québec, elles ne pourront rester longtemps indifférentes à l'enveloppe des pouvoirs qui leur sont consentis au sein du fédéralisme et, partant, aux enjeux constitutionnels qui déterminent la mesure même de ces pouvoirs.

Ces facteurs structurels lourds suffiraient en eux-mêmes à susciter un contentieux entre ces élites et celles qui, mues par des impératifs analogues, ont plutôt choisi de réaliser les mêmes ambitions à Ottawa.

C'est, en effet, à travers le dynamisme législatif¹⁰⁴ dont elles ont su faire preuve, comme en témoignent les grandes réformes économiques et sociales qu'elles ont entreprises sous l'égide de l'État¹⁰⁵, que ces nouvelles élites, face aux problèmes de partage de juridictions et de compétences entre les deux ordres de gouvernement, ont pris la mesure de ces pouvoirs qui leur manquaient.

À la source de ce nouveau dynamisme étatique, ces mêmes facteurs socio-économiques auront également des effets sur l'évolution et la structuration de la scène politique québécoise ainsi que sur les acteurs qui y évoluent. Sur ce plan, il s'opère en 1960 une rupture politique profonde.

Après seize ans de règne de l'Union nationale (UN), marqué, comme nous l'avons vu, par un traditionalisme et un monolithisme politico-religieux contraignant, 1960 permet l'éclosion d'une effervescence politique remarquable.

En même temps que Lesage, à la tête du Parti libéral du Québec (PLQ) accède au pouvoir avec une équipe à laquelle son antiduplessisme et sa conception interventionniste du rôle de l'État parviennent à conférer, pour un temps, une certaine cohésion — et ceci, malgré les divergences profondes qu'entretiennent ses différentes tendances sur la question nationale¹⁰⁶ — plusieurs mouvements indépendantistes voient le jour avec une crédibilité nouvelle pour l'époque : le Rassemblement pour l'indépendance nationale (RIN) en 1960, le Ralliement national (RN) en 1964, le Mouvement de libération populaire (MLP) en 1965. De plus, ces mouvements indépendantistes émergent d'une société où le débat sur la question nationale se généralise. La Société Saint-Jean-Baptiste a, en effet, convoqué les États généraux du Canada français qui, réunis en 1964 et en 1967, réclament pour le Québec le droit à l'autodétermination. Parallèlement, dès 1963, le Front de libération du Québec (FLQ), recourant à la violence politique, se fait connaître par une première vague d'attentats, suivie d'une seconde en 1966.

C'est une année charnière : l'Union nationale dirigée par Daniel Johnson qui, l'année précédente, a publié son manifeste « *Égalité ou indépendance* », reprend le pouvoir grâce à une campagne axée sur ce thème. En 1967, peu après la visite du général de Gaulle et son célèbre « Vive le Québec libre », on assiste à la scission du Parti libéral. Paul Gérin-Lajoie n'a pas réussi, en effet, à faire l'unité des tendances libérales sous la bannière modérée d'un « statut particulier » pour le Québec au sein de la fédération canadienne, compromis qui n'était pas de nature à rallier les dissidences et l'aile restante du Parti libéral qui, avec Robert Bourassa, se prononce désormais clairement pour le maintien du fédéralisme, l'aile scissionniste de René Lévesque, qui va fonder le Mouvement Souveraineté Association (MSA) avec ses partisans.

Les années qui suivent sont marquées par les succès progressifs du mouvement souverainiste. Le MSA parvient à polariser les multiples tendances indépendantistes et à faire leur unité sous son égide au sein du Parti québécois fondé en 1968¹⁰⁷.

Ce parti deviendra, après la crise d'octobre, l'opposition officielle. De tendance souverainiste et réformiste, il recueillera près de 24 % des voix aux élections de 1970 qui ramènent les Libéraux au pouvoir. À partir de cette date, d'autres personnalités et d'autres groupes appuient encore le PQ : en 1971, Pierre Vallières; en 1972, le Conseil central de Montréal de la CSN et la FTQ tout entière, pendant que, parallèlement, ce courant trouvera à s'exprimer dans diverses publications (le manifeste de 1972 : « *Quand nous serons maîtres chez nous* », l'hebdomadaire *Québec-Presse*, le quotidien *le Jour*, etc.).

Finalement, en 1976, le Parti québécois remporte la victoire électorale et forme le gouvernement.

À partir du moment, que l'on peut situer vers 1968–1970, où les diverses tendances souverainistes, désormais respectables et insti-

tutionnalisées, tendent à assumer un rôle beaucoup plus actif dans l'élaboration d'une idéologie de plus en plus dominante, les fédéralistes québécois perdent du terrain et ce, d'autant plus qu'ils restent liés au pouvoir fédéral, qu'incarne Trudeau à Ottawa¹⁰⁸. Cette position inconfortable des fédéralistes, pas vraiment dépourvue d'ambiguïté, contribuera, elle aussi, à caractériser une scène politique qui, à partir de 1974, s'inscrira également dans le contexte international de la crise économique.

L'accumulation de tant d'événements significativement reliés à la question nationale du Québec et à son statut n'a pas manqué de soumettre le fédéralisme canadien à des tensions évidentes.

Il reste à préciser les conceptions en matière d'évolution constitutionnelle et de partage des compétences qu'au cours de cette période, les groupes, au pouvoir ou dans l'opposition, ont véhiculées.

Quelle que soit la bannière politique qu'ils arborent et la place qu'ils détiennent — au pouvoir ou dans l'opposition, au Parlement ou hors du Parlement — les groupes qui agissent sur la scène politique québécoise durant cette période se distinguent de ceux qui les ont précédés par la fusion de valeurs que ces derniers jugeaient antithétiques. Ils donnent naissance, ce faisant, à un nouveau courant idéologique, le néo-nationalisme, qui couple une conception moderne et interventionniste de l'État avec l'affirmation de valeurs nationalitaires. À partir de ces deux points d'ancrage communs, et selon l'importance respective qu'on leur accorde, se déploient des constellations politiques fort diversifiées. Si bien que les gouvernements qui se succèdent (ainsi que leur opposition), de même que les diverses tendances qui les composent, se superposent dans l'espace restreint d'un noyau central, puis divergent dans une auréole dont les contours varient dans le temps.

Avant de présenter les positions constitutionnelles propres à chacune des forces en présence, nous tenterons de cerner, en la matière, leur commun dénominateur.

Le dénominateur idéologique commun

Il semble en effet possible de dresser les contours d'un dénominateur idéologique commun, d'établir un seuil en deçà duquel aucun groupe ou parti n'aurait consenti à descendre, ni quant aux pouvoirs qu'il estimait essentiels pour l'État provincial, ni quant au degré d'autonomie dont il jugeait que le Québec devait disposer.

En ce qui concerne le rôle de l'État, ce sont sûrement les idées prônées par l'Union nationale qui permettent d'identifier ce seuil minimal. Ce parti, jusqu'en 1966 au moins, témoigne d'une certaine réserve à l'égard du nouveau rôle de l'État et reste bien en deçà des modes d'interventions que mettront en oeuvre les Libéraux à travers leurs réformes économiques et sociales, et nettement encore plus en deçà de ceux que préconisent plus tard les Péquistes.

Ainsi, l'Union nationale s'oppose, quoique faiblement, à la nationalisation de l'électricité¹⁰⁹, à la création du ministère de l'Éducation¹¹⁰ et à l'universalité des programmes sociaux¹¹¹, et valorise le bénévolat et les groupes intermédiaires, dont les familles et les corporations professionnelles¹¹². Pourtant, porté par la dynamique sociale de l'époque, ce parti finira par accorder à l'État un rôle de soutien et de coordination et même, à partir de 1966, un rôle d'intervention presque aussi important que celui que lui attribuent les Libéraux. En 1969, c'est en effet Jean-Jacques Bertrand qui, dans son allocution d'ouverture à la Conférence constitutionnelle d'Ottawa, déclare :

À l'heure présente, par suite de l'évolution de la société et du rôle considérable de l'État dans des secteurs d'activité qu'on ne pouvait pas imaginer il y a un siècle, il est donc absolument essentiel et il devient de plus en plus urgent de revoir la question de la répartition des pouvoirs entre le gouvernement central et les gouvernements des provinces¹¹³.

C'est dire que tous les intervenants sur la scène politique québécoise de l'époque perçoivent le lien entre les exigences du nouveau rôle socio-économique de l'État et la possession par l'État provincial d'un minimum de pouvoirs constitutionnels, minimum fixé pour tous (même pour les Libéraux de l'époque Bourassa qui seront sur ce point beaucoup moins exigeants) au-delà des pouvoirs que la Constitution accorde aux provinces, et surtout au-delà de ce que la pratique constitutionnelle fédérale leur concède.

Jean-Jacques Bertrand poursuit :

Notre Constitution actuelle — j'allais dire notre vieille Constitution — est silencieuse sur tellement de points que souvent, elle ne nous permet pas de savoir de quel gouvernement relève tel ou tel champ d'action. Plus encore, elle n'est même pas respectée. Avec le résultat que le gouvernement fédéral, grâce à ses ressources financières, finit par occuper des domaines où l'intérêt du Québec est pourtant vital.

Le contenu minimal du nationalisme de cette période s'exprime certainement dans les exigences de « sécurité culturelle » que réclame, dans le cadre du fédéralisme rentable, le Parti libéral d'après 1970¹¹⁴. Cette aspiration à la sécurité culturelle, c'est-à-dire au pouvoir d'établir son propre ordre de priorités en matière de culture et de disposer à cet égard des ressources nécessaires, semble bien moins ambitieuse que le « Maîtres chez nous » de Lesage ou l'« Égalité ou indépendance » de Johnson (père). Dans les faits, le gouvernement Bourassa ira au moins aussi loin à certains points de vue en réclamant également la primauté législative — aussi utile en pratique que la compétence exclusive — sur le secteur des affaires sociales, entendu dans son acception la plus large¹¹⁵.

De plus, même Bourassa voudrait obtenir, sans renoncer aux revenus

du fédéralisme rentable, un réaménagement des compétences en faveur du Québec en matière d'affaires urbaines¹¹⁶, d'immigration¹¹⁷, d'éducation postsecondaire et universitaire¹¹⁸, ainsi que de communications¹¹⁹. Comme nous l'avons déjà vu, il ne délaissera pas le champ de la culture, ni celui de la politique sociale, y comprise, non seulement la santé et la sécurité du revenu, mais encore le travail et la main-d'oeuvre. Le premier ministre libéral voulait également amener l'État fédéral à renoncer à l'exercice de son pouvoir de dépenser dans les matières relevant de la compétence exclusive des provinces, à accepter une limitation de l'exercice de son pouvoir déclaratoire ainsi que l'attribution aux provinces du pouvoir résiduaire¹²⁰.

Tels sont les seuils minimaux qui, en ce qui a trait au rôle de l'État et au nationalisme, commandaient les aspirations les plus limitées de cette période relativement au partage des compétences. Il convient maintenant de cerner dans quelle mesure les aspirations véhiculées par les divers gouvernements se distinguent entre elles ainsi que par rapport à celles des groupes dans l'opposition.

LES IDÉES POLITIQUES DOMINANTES

Si, durant la période à l'étude ici, les idées politiques dominantes — celles des gouvernements Lesage, Johnson-Bertrand et Bourassa qui se sont succédés — comportent les deux traits communs à l'ensemble idéologique de l'époque, soit une conception interventionniste de l'État indissolublement liée à des revendications nationalitaires, elles engendrent néanmoins des revendications constitutionnelles relativement différentes les unes des autres mais toutes compatibles avec le fédéralisme. Cependant, par rapport au duplessisme, idéologie dominante de la période précédente, c'est d'un fédéralisme renouvelé, modernisé, décentralisé qu'il s'agit, ce qui comporte, en matière de partage, non plus le respect de la *Loi constitutionnelle de 1867* mais sa modification en profondeur. Les idéologies de cette seconde période n'adopteront jamais par ailleurs, en ce domaine, le caractère antifédéral caractéristique des positions constitutionnelles de l'indépendantisme et de la souveraineté association¹²¹, projets politiques de l'opposition qui ne domineront que dans la période ultérieure.

Le gouvernement Lesage (1960–1966) Élu en 1960 sous le slogan-bannière « Maîtres chez nous », Jean Lesage dirige un gouvernement qui entend donner à la population du Québec, et notamment à sa majorité francophone, la maîtrise économique de son milieu. C'est dans ce but qu'il entreprend la modernisation de l'État du Québec et qu'il le met au service de grandes réformes économiques et sociales. Ce processus de modernisation et d'affirmation de l'État provincial conduit les francophones du Québec à s'identifier de plus en plus comme peuple occupant un territoire distinct. Il conduit également à une remise en question

du partage des compétences entre les gouvernements fédéral et québécois.

Sensible aux besoins économiques et sociaux du Québec, que l'idéologie du rattrapage rend encore plus visibles, Lesage se doit de trouver les revenus qui lui permettront d'y répondre. Pour cela, il réclame une répartition conséquente de la fiscalité, propose la nationalisation de l'électricité, ainsi que la création d'un régime des rentes géré par le Québec. Il affirme par ailleurs l'identité culturelle et les compétences internationales du Québec, instaure des délégations générales à Paris, à New-York et à Londres et négocie des ententes de coopération avec la France.

Les pouvoirs et les sommes d'argent requis pour mettre en oeuvre cette conception du Québec vont l'amener à exiger non seulement le respect des compétences provinciales telles que déterminées par la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais des modifications du partage des compétences constitutionnelles plus importantes encore que celles qui forment le noyau minimal commun à toute la période en question.

Ce qui est visé, sous des formes diverses et dans des domaines variés de compétences, c'est l'augmentation des revenus pour permettre la prise en charge des responsabilités constitutionnelles et l'exercice des pleins pouvoirs d'un État moderne, qu'il s'agisse des droits miniers sous-marins¹²², des prêts et des allocations scolaires¹²³, des impôts sur les successions, des sociétés et des revenus des particuliers (formule 25.25.100¹²⁴), du retrait compensé des programmes de santé¹²⁵, ou du régime des rentes¹²⁶. Par ailleurs, Lesage réclamera le retrait fédéral du champ du droit du travail et de la main-d'oeuvre, la renonciation de l'État central à l'exercice des compétences accessoires et du pouvoir de dépenser¹²⁷.

Les gouvernements Johnson et Bertrand (1966–1970) Les Libéraux de la période Lesage étaient venus au néo-nationalisme en réclamant pour le Québec, parce que c'était là et non ailleurs qu'ils se trouvaient, les pouvoirs et les revenus dont ils avaient besoin pour réaliser ici leur conception de l'État moderne. L'Union nationale sous Johnson et Bertrand ne viendra, inversement, à cette même conception de l'État que pour mettre en oeuvre les politiques nécessaires à l'affirmation d'une nation québécoise dans le cadre d'une fédération canadienne.

L'idée politique centrale dominante de ce parti, à l'époque, sera celle du Canada « à deux », d'un fédéralisme renouvelé, fondé sur la coexistence de deux nations égales. C'est « Égalité ou indépendance », une phrase remarquablement ambiguë où les uns ont lu la volonté de Johnson de faire lui-même l'indépendance s'il échouait à instaurer l'égalité, alors que d'autres n'y voyaient qu'un chantage, par opposition interposée, à l'égard du gouvernement fédéral.

Quoi qu'il en soit, cette option fondamentale s'est reflétée dans une

conception plus étendue que celle des Libéraux provinciaux des compétences constitutionnelles nécessaires au Québec. C'est l'époque où reprennent les négociations sur le rapatriement de la Constitution, et plusieurs des modifications réclamées n'étaient plausibles que dans l'hypothèse de modifications législatives à la Constitution.

Une longue liste de pouvoirs, qui n'apparaissent ni dans le noyau minimal commun de cette période ni dans ceux que Lesage avait réclamés et que Johnson n'abandonne pas, vont faire partie de ceux que l'Union nationale d'alors estime essentiels pour réaliser l'identité québécoise dans l'égalité entre les deux nations canadiennes : agriculture¹²⁸, aménagement¹²⁹, communications¹³⁰, environnement¹³¹, faillite¹³², immigration¹³³, mariage et divorce¹³⁴. La liste des pouvoirs fédéraux à supprimer s'allonge aussi pour inclure le pouvoir déclaratoire.

Le gouvernement Bourassa (1970–1976) Le gouvernement Bourassa se fait une moins idée exigeante que ses prédécesseurs de la place du Québec dans la Confédération. Cela est surtout vrai des idées qu'il prône au début de son mandat lorsque ses objectifs, formulés dans le cadre d'un fédéralisme de coopération rentable, touchent la sécurité culturelle. Par la suite, les pressions de l'opposition aidant, il visera la primauté législative en matière de sécurité sociale, et parlera d'un « fédéralisme décentralisé, pour refléter la diversité des régions de notre pays » et « permettre au gouvernement du Québec d'assurer l'avenir culturel de la majorité de sa population ».

Ce recul des exigences politiques du Québec va se manifester par des idées constitutionnelles plus modestes¹³⁵ mais toujours aussi incompatibles avec le fédéralisme canadien de l'époque. Elles forment le noyau minimal commun à toute la période, dont on a déjà fait mention¹³⁶ et sur lequel nous ne reviendrons pas ici.

LES IDÉES POLITIQUES DE L'OPPOSITION

Par opposition, il faut entendre ici aussi bien l'opposition qu'a constituée l'Union nationale pour le Parti libéral au pouvoir, surtout de 1960 à 1966, que l'opposition extraparlamentaire des indépendantistes et plus tard celle, extraparlamentaire et parlementaire, des souverainistes aux partis fédéralistes.

L'opposition unioniste Dans l'opposition, l'Union nationale, a en effet exploité au maximum, surtout entre 1960 et 1966, les possibilités offertes par les nouvelles sensibilités politiques de la population québécoise. Si, lors des élections de 1962, elle se contente de présenter un objectif de souveraineté politique encore très mal défini, elle joue pourtant dès cette date un rôle important dans la généralisation du débat

sur la question constitutionnelle à l'ensemble de la population québécoise.

On peut citer à titre d'exemple l'appui que ce parti apporte à la convocation des États généraux du Canada français en vue de la révision constitutionnelle¹³⁷, l'initiative de J.-J. Bertrand dans la création du Comité parlementaire de la Constitution¹³⁸, ainsi que la mobilisation d'envergure que l'Union nationale parvient à coordonner en 1965 contre la formule Fulton-Favreau¹³⁹, projet de rapatriement et d'amendement de la Constitution qui sera finalement rejeté par le Québec.

Les débats menés lors de cette lutte permettent de constater la coupure idéologique qui s'est produite dans la conception du nationalisme québécois. Reprenant à leur compte le constat de la Commission Laurendeau-Dunton¹⁴⁰ sur la dualité culturelle et linguistique et, partant, nationale du Canada, différents groupes sociaux se mobilisent contre la formule Fulton-Favreau du fait qu'elle dénie au Québec la possibilité de jouir d'un statut particulier au sein de la fédération canadienne. L'ampleur des réactions que cette question soulève déborde les frontières connues des milieux traditionnellement nationalistes. Alors que, dans le passé, les luttes nationalistes avaient eu pour objectif d'assurer la protection des droits provinciaux, le débat entourant la formule Fulton-Favreau indique que, désormais, tant l'opposition unioniste officielle que de nombreux groupes sociaux et des leaders d'opinion cherchent à négocier les pouvoirs entre les divers ordres de gouvernements¹⁴¹.

On peut ainsi souscrire à l'analyse fort pertinente faite par Jean Beetz sur les attitudes des Québécois de cette époque à l'égard de la Constitution.

En effet, alors que la Constitution était, durant la période antérieure, perçue par le Québec comme « protectrice de la minorité » elle devient, selon l'auteur, pour les Québécois des années 1960, « un obstacle », « un frein au dynamisme du Québec » et une « lacune juridique » importante¹⁴².

Contre le projet « d'intégration » du Québec que comporte, selon lui, la formule Fulton-Favreau, le chef de l'Union nationale publiera, en 1965, le manifeste « *Égalité ou indépendance*¹⁴³ » où se trouve définie une politique constitutionnelle fondée sur la reconnaissance du caractère binational du Canada.

C'est cette politique qui attache une condition à l'acceptation de toute formule d'amendement que maintiendra, de 1966 à 1970, l'Union nationale revenue au pouvoir.

Les oppositions antifédéralistes Sous réserve des interprétations *post-factum* qu'on pourrait vouloir donner de certaines d'entre elles à l'aube de 1985, les idées politiques de nombreux groupes actifs dans l'opposition entre 1960 et 1975 — et dont la plupart furent par la suite hégémonisés par le PQ — avaient pour trait commun de récuser le

fédéralisme. Elles offraient un éventail de projets et de moyens politiques allant de la souveraineté association à l'indépendantisme radical, et de la démocratie parlementaire à la violence. La conception de l'État qu'elles véhiculaient était encore plus interventionniste que celle du gouvernement Lesage, et les liens entre l'affirmation de l'identité nationale et l'exercice de la totalité des pouvoirs d'État, mieux explicités.

Le projet de souveraineté association Nous ne nous étendrons pas ici sur le projet politique de souveraineté association porté par le Parti québécois à partir de 1968 puisque nous aurons l'occasion de l'analyser à titre d'idéologie dominante de la troisième période. Il faut quand même signaler dès maintenant que ce projet plonge ses racines dans la conception des États associés que faisait déjà valoir, au début des années 1960, René Lévesque au sein du gouvernement Lesage, à l'encontre du projet plus modéré de statut particulier de Paul Gérin-Lajoie, et qu'il est le produit de l'hégémonisation des tendances indépendantistes et autres au sein du PQ par l'ex-MSA.

L'affirmation et l'acceptation du statut de nation pour le Québec constituent le fondement de cette option. Elle prône l'association de nations libres (disposant du droit à l'autodétermination) qui choisiraient elles-mêmes leur régime politique ainsi que la forme du lien qui les relierait comme États indépendants, ou États participants volontairement, à une union politique de type confédéral.

Il ne s'agit pas, selon les partisans de cette option, de viser une rupture permanente entre le Québec et le Canada mais de rechercher entre eux l'union ou l'association économique au moyen de négociations, de traités et d'ententes, en prenant appui sur un État politiquement souverain¹⁴⁴.

Les projets d'indépendance Dès la fin de l'ère duplessiste et à la faveur de la Révolution tranquille et de l'effervescence que connaît la société québécoise sur les plans économique, politique, social et culturel, se multiplient également de nombreux projets clairement indépendantistes qui proviennent au moins de trois sources différentes : la droite traditionnelle, les mouvements de décolonisation du tiers monde, le marxisme.

Ainsi, lorsqu'en 1964, apparaît le Ralliement national (RN) qui prolonge le nationalisme traditionnel de la droite conservatrice, le Rassemblement pour l'indépendance nationale (RIN), en rupture avec les éléments traditionalistes de la société québécoise, a déjà, depuis 1960, jeté les bases d'un indépendantisme de centre-gauche en puisant dans les valeurs de la décolonisation du tiers monde.

Identifiant la participation du Québec au fédéralisme canadien à une forme d'annexion par un État étranger ou à une dépendance coloniale, le RIN, invoquant le droit à l'autodétermination, soutient la nécessité de

l'indépendance. Il voit dans sa proclamation par plébiscite ou par élection la condition essentielle de l'épanouissement économique et social du Québec.

D'autres groupes, dont le Mouvement de libération populaire qui lance la revue *Partis Pris* (1963–1968), associent leur projet de société socialiste à la réalisation de l'indépendance du Québec, perçue comme lutte de libération nationale.

Assagis par leurs aspiration dans l'orbite du MSA en 1968, lors de la fondation du Parti québécois, ces groupes resteront en marge des manifestations violentes du FLQ qui, à partir de 1966, sous le leadership de Charles Gagnon et de Pierre Vallières, s'identifie comme indépendantiste et socialiste¹⁴⁵.

Une jurisprudence accueillante pour le contentieux québécois

Compte tenu du fait que la modification législative directe, soumise à des modalités qui constituaient elles-mêmes un enjeu majeur, restait, sauf exception négociée¹⁴⁶, hors du champ des possibles, dans quelle mesure ces faits et ces idées politiques ont-ils influencé la jurisprudence et la pratique constitutionnelle qui constituaient à cette époque les voies principales de l'évolution du droit constitutionnel canadien?

Par contraste frappant avec la période précédente, la présence du Québec s'affirme dorénavant devant le forum constitutionnel suprême, aussi bien à travers l'augmentation du contentieux en provenance du Québec, qui atteint près du quart de l'ensemble des causes, que par les interventions du procureur général dont la proportion passe de 33 à 56 %.

C'est par les changements dans la réalité des faits politiques que s'explique cette présence accrue du Québec : transformations de la structure économique, urbanisation et prise en considération de cette évolution par un droit plus interventionniste et qui fait à l'État une autre place, vont susciter des conflits d'un nouveau genre.

Parfois, les parties privées chercheront à faire reculer l'intervention de l'État, et les arguments constitutionnels ne seront alors qu'un moyen technique parmi d'autres pour faire annuler des lois ou des décisions gênantes sur le plan fonctionnel. Mais il arrivera que ce moyen technique devienne en soi un enjeu majeur pour les autorités provinciales, et le procureur général interviendra d'autant plus facilement que la nouvelle fonction publique s'affirme, à la Justice comme ailleurs. Dans d'autres circonstances, c'est l'État provincial qui cherchera à faire reculer l'intervention fédérale, et le conflit constitutionnel s'établira entre ses véritables interlocuteurs.

Les idées politiques que nous venons d'exposer ne sont pas non plus étrangères à l'augmentation du contentieux constitutionnel Québec–Ottawa, c'est évident : même le noyau minimal commun comportait une liste de modifications constitutionnelles dont certaines

visaient spécifiquement les doctrines interprétatives que la Cour suprême appliquait à la Constitution. Il n'y a rien d'étonnant, dans ces circonstances, à ce que les gouvernements successifs aient cherché à intervenir dans les conflits constitutionnels pour s'opposer à ces doctrines, sans parler des cas où des modifications de contenu leur paraissaient accessibles par la voie jurisprudentielle.

Le lien entre les faits politiques et les succès spécifiques des parties québécoises devant le forum constitutionnel est moins facile à démontrer. L'écart entre le succès de ces dernières, qui gagnent les deux tiers de leurs causes en entraînant dans les trois quarts des cas des victoires provinciales¹⁴⁷, et celui des autres provinces qui n'en gagnent qu'un peu plus du tiers ne devrait pas normalement relever du hasard, surtout à une époque où la tendance centralisatrice de la Cour suprême se maintient, l'ensemble des décisions prononcées en faveur des compétences fédérales se situant toujours autour de la moitié*.

Pourtant, ce succès n'apparaît pas étranger au contexte politique dans lequel il est survenu, et où les propositions constitutionnelles des gouvernements successifs ne pouvaient paraître que raisonnables, en comparaison de celles que l'opposition antifédéraliste appuyait de gestes spectaculaires, allant de la formation d'un parti devenu l'opposition officielle et démocratique de Sa Majesté à des actions extraparlémentaires violentes¹⁴⁸.

Mais c'est l'analyse à la fois quantitative et qualitative de la jurisprudence constitutionnelle de cette période qui va nous permettre de cerner dans quelle mesure elle a intégré les idées et accueilli les revendications constitutionnelles québécoises de l'époque.

Au cours de la période de 1960 à 1975, la Cour suprême rend, en matière de partage des compétences, de nombreuses et d'importantes décisions. Cette jurisprudence se construit sur des thèmes déjà connus tels que les relations de travail, le commerce, la taxation ou le droit criminel, mais les thèmes sont disputés dans une optique différente, compte tenu d'un nouveau contexte économique-social. Cette jurisprudence s'étend aussi à de nouveaux enjeux comme les communications ou l'environnement, propres à élargir le débat politique où s'opposent plus que jamais les intérêts des deux ordres de gouvernement. Notre analyse, surtout dans ses éléments quantitatifs, tend à démontrer que la Cour suprême entend préserver les compétences de l'État fédéral. En effet, plus de la moitié des décisions relatives au partage favorisent les compétences fédérales. Toutefois, parmi ces dernières, certaines sont moins lourdes de conséquences que d'autres, et la Cour rend des décisions provincialistes dont l'importance est, au contraire, primordiale.

Aussi ne faut-il pas conclure à un équilibre neutralisant avant de s'arrêter aux éléments qualitatifs de cette analyse. Il ne faut pas non plus négliger de tenir compte du fait que les prononcés favorables aux provinces interviennent plus fréquemment dans les causes en provenance du Québec, et cela, au nom de théories qui transposent sur le plan

juridique des éléments repérables dans les idées politiques énoncées au Québec à l'époque.

C'est dans les objets de compétence regroupés traditionnellement sous l'article 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* au titre de la propriété et des droits civils que cette tendance à l'ambiguïté et au contradictoire se manifeste peut-être le plus clairement. Des treize décisions intervenues en cette matière qui regroupent, par une curieuse logique disciplinaire interne au droit, le droit du travail¹⁴⁹ et celui des transports¹⁵⁰ avec le droit matrimonial¹⁵¹, neuf ont favorisé les compétences fédérales et quatre les compétences provinciales, mais il s'en trouve parmi ces dernières certaines, notamment *Construction Montcalm*, dont l'importance est telle qu'elle modifie le déséquilibre apparent.

En matière criminelle¹⁵², ce sont des compétences provinciales qui ont été le plus souvent affirmées¹⁵³ par la Cour suprême durant cette période, où seulement trois des dix décisions favorisent l'État fédéral¹⁵⁴, sans que l'on puisse pourtant affirmer que l'importance de ces dernières relativise les premières.

Quant aux autres enjeux sur lesquels la Cour s'est prononcée, notamment en matière de compétences économiques¹⁵⁵ et commerciales et de ressources naturelles¹⁵⁶, de même qu'en ce qui concerne l'environnement en matière de pollution¹⁵⁷, l'aménagement¹⁵⁸ et les communications¹⁵⁹, on constate sur l'ensemble une prépondérance quantitative des décisions favorisant l'État fédéral, dont le nombre s'élève à vingt comparativement à treize en faveur des provinces.

Pour qualifier adéquatement les tendances de la Cour suprême en ces matières, il reste à mesurer l'importance relative de ces décisions et à cerner les fondements doctrinaux et conceptuels sur lesquels elles se fondent.

Les motifs que la Cour invoque pour justifier ses décisions centralisatrices durant cette période puisent encore à l'arsenal des théories classiques du *pith and substance* et de l'accessoire, qui se rattachent de plus près à l'objet même des compétences telles qu'énumérées dans la Constitution. C'est surtout le cas dans les domaines traditionnels comme le droit matrimonial¹⁶⁰, le droit criminel¹⁶¹ ou les composantes civiles du droit économique¹⁶².

Mais nous verrons que la transformation de l'économie et les exigences de l'État moderne vont encourager une centralisation plus poussée, qu'une interprétation aussi proche du texte de 1867 n'arrive plus à justifier. Aussi la Cour suprême, qui avait commencé à élaborer durant la période précédente des théories plus efficaces aux fins de cette nouvelle forme de centralisation, va les développer et les raffiner, avant d'en limiter brusquement la portée vers les années 1975.

Qu'il s'agisse de justifier la centralisation par des motifs clairement politiques, comme dans le cas de la doctrine des dimensions nationales¹⁶³, ou formulés dans une dimension géographique comme dans

celle du caractère extraprovincial des activités ou des entreprises¹⁶⁴, ou même dissimulés sous la forme plus conceptuelle que revêt la théorie des éléments intrinsèques¹⁶⁵, on se trouve en effet devant des théories fonctionnalistes qui ont pour caractéristique commune d'interpréter le partage constitutionnel des compétences non pas selon les objets mêmes de compétence mais en vertu de leur modalités d'exercice et de leur rapport avec une certaine conception de l'économie et de l'État.

Après avoir poussé très loin cette tendance, la Cour suprême fera au moins une halte, sinon volte-face, par cinq décisions qui vont freiner, si ce n'est écarter définitivement, ces trois théories.

Le cas le plus spectaculaire est certes celui du *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*¹⁶⁶ où la loi fut jugée valide, mais en vertu de la théorie de l'urgence, dont l'effet est temporaire, et non en vertu de la théorie des dimensions nationales, qui avait été invoquée et qui a été infirmée par une majorité de la Cour suprême.

L'arrêt *Construction Montcalm*¹⁶⁷ n'est pas moins important : il vient confirmer le virage amorcé dans *Nor-Min*¹⁶⁸ et indiquer les limites au-delà desquelles on ne saurait englober, comme « intrinsèques » à un objet de compétence, des éléments dont l'hétérogénéité ne fait aucun doute.

Il est moins certain que la Cour ait vraiment renoncé à justifier des compétences fédérales par le caractère extraprovincial des activités auxquelles elles se rapportent, mais on peut quand même lire une atténuation de ce mécanisme de centralisation dans les notes du juge Pigeon dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*¹⁶⁹ et, quoique de façon moins explicite, dans l'arrêt *Kellogg's*¹⁷⁰.

Ces décisions fort importantes viennent donc qualifier et relativiser la prépondérance centralisatrice qui se dégageait de l'analyse quantitative de l'ensemble des décisions constitutionnelles de la Cour suprême. L'atténuation ainsi apportée au caractère centralisateur de cette jurisprudence est d'autant plus importante qu'elle touche les théories les moins traditionnelles et les plus envahissantes et qu'elle se concentre entièrement à la fin d'une période, qu'elle colore ainsi définitivement.

Ces cinq décisions viennent poser un cran d'arrêt aux tendances centralisatrices dont la Cour avait fait preuve jusque-là. De ce seul fait, on pourrait conclure qu'elles répondent aux vœux exprimés par l'idéologie dominante au Québec durant cette période, qui prône globalement un fédéralisme décentralisé.

Il y a plus : ces décisions interviennent dans deux champs d'application du droit visés dans l'enveloppe constitutionnelle minimale réclamée par toutes les tendances idéologiques qui se sont succédées au pouvoir durant cette période, y compris celles du gouvernement Bourassa qui leur servent de dénominateur commun sur ce point : le droit du travail (*Montcalm* et *Nor-Min*) et celui des communications (*Kellogg's*) où, sans

restituer les pouvoirs réclamés, elles stoppent au moins l'aggravation du déséquilibre constitutionnel.

Mais ce sont sans doute les idées préconisées par le gouvernement Johnson qui y sont le mieux reçues. Toutes ces décisions vont dans le sens des réclamations constitutionnelles qui caractérisent son idéologie, non seulement en matière de travail et de communications, auxquelles il faut ici ajouter l'agriculture (*Renvoi relatif à Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*), mais surtout en ce qui a trait à la doctrine des dimensions nationales, infirmée dans l'arrêt anti-inflation¹⁷¹.

Cet arrêt, d'une portée majeure, entérine objectivement, sinon intentionnellement, le johnsonisme constitutionnel. Il n'accède pas seulement à l'un de ses souhaits spécifiques en renversant un prononcé contraire émis au cours de la même période¹⁷², bloquant ainsi l'extension du pouvoir résiduaire. Il va beaucoup plus loin : en écartant la doctrine des dimensions nationales, qui fédéralise les compétences affectées d'une dimension *canadian*, il rend possible l'affirmation des deux nations au Canada, idée politique centrale du johnsonisme.

C'est dire que, dans l'ensemble, les idées constitutionnelles dominantes prônées par ce gouvernement ont trouvé un accueil relativement favorable auprès de la Cour suprême et, partant, ont exercé sans doute une certaine influence sur l'évolution du droit constitutionnel canadien.

Les idées et les réclamations constitutionnelles du gouvernement Lesage n'avaient pas été reçues aussi favorablement par la Cour suprême.

Peut-être la mise en oeuvre de la plupart d'entre elles ne pouvait-elle se concevoir que sur le plan de la pratique constitutionnelle — notamment les prêts scolaires, les programmes de santé, l'impôt, les rentes et le pouvoir de dépenser. Nous y revenons plus loin.

D'autres, cependant, étaient susceptibles de susciter une évolution du droit constitutionnel canadien par voie jurisprudentielle : les droits miniers sous-marins, le droit du travail, les compétences accessoires.

En matière de droits sous-marins, Lesage avait réclamé en 1965 une solution politique et non judiciaire. Sans doute prévoyait-il en effet que la thèse provincialiste défendue par le procureur général du Québec dans son intervention favorable aux intérêts de la Colombie-Britannique ne serait pas reçue par la Cour suprême, ce qui se produisit effectivement lorsque la Cour rendit son jugement deux ans plus tard¹⁷³.

Pour ce qui est des compétences accessoires auxquelles le gouvernement Lesage aurait voulu que renonce le législateur fédéral, il s'agit d'une idée qui n'a certes pas influencé le tribunal constitutionnel, car il a réaffirmé la validité de lois fédérales fondées sur cette compétence à cinq reprises au moins durant la période qui nous occupe¹⁷⁴. Tout au plus en a-t-il ramené la portée dans des limites qu'il n'avait pas toujours imposées dans le passé, en exigeant, expressément, la présence d'un lien de nécessité pour la validation de l'exercice de ce pouvoir¹⁷⁵.

En vérité, la seule idée constitutionnelle proposée par Lesage qui ait reçu un accueil favorable en Cour suprême, c'est le retrait fédéral du champ du droit du travail. Encore que cet accueil ait été partiel et tardif. Tardif parce qu'il n'arrive qu'à la fin de cette période, après que tous les gouvernements successifs l'eurent réclamé; partiel parce que l'arrêt *Construction Montcalm* ne freine l'intervention fédérale que dans la mesure où elle l'empêche de s'étendre à de nouveaux objets encore plus étrangers à sa compétence que ceux sur lesquels elle s'exerce déjà et à propos desquels il n'aura aucun effet.

Quant aux idées politiques de l'opposition aux partis fédéralistes, on pouvait croire à l'époque — et peut-être était-ce le cas malgré tout — qu'elles récusaient en bloc le fédéralisme et visaient la souveraineté. Il s'agit donc, par essence, d'idées politiques qui ne pouvaient être reçues par l'appareil judiciaire d'une fédération dans le but de les intégrer à son droit constitutionnel.

Ce n'est pas dire qu'elles ne l'aient pas influencé. Aucune opposition québécoise n'a jamais si bien joué, aux yeux du Canada, son rôle de repoussoir et de faire-valoir des idées dominantes prônées par les gouvernements en place. Peut-on déduire l'hypothèse que l'opposition a contribué à l'accueil spécifiquement favorable des idées constitutionnelles invoquées à l'appui des demandes en provenance du Québec, durant cette période, et plus particulièrement à partir de l'époque Johnson, et de la montée de l'opposition indépendantiste, aussi bien parlementaire qu'extraparlémentaire?

Faudrait-il imaginer aussi que les juges ont moins à perdre que les hommes politiques quand ils accueillent favorablement des idées dont la mise en oeuvre n'a pas pour effet de réduire leurs pouvoirs, alors que ceux des hommes politiques fédéraux diminuent automatiquement dans les mêmes circonstances?

Pour hypothétiques qu'elles soient, ces interprétations ne sont pas en tout cas incompatibles avec le constat qu'impose l'analyse de la pratique constitutionnelle des politiciens fédéraux de cette période, pratique qui n'a pas — c'est le moins qu'on puisse dire — entériné les idées politiques dominantes du Québec à l'époque.

Une pratique constitutionnelle moins accueillante pour les idées politiques dominantes au Québec

Si nous avons, au départ, qualifié cette période de « fédéralisme bipolaire », c'est en pensant, notamment, à la pratique des conférences constitutionnelles intergouvernementales au cours desquelles les autorités fédérales, d'abord devancées par les provinces, ont rapidement repris l'initiative. Des dix-sept conférences constitutionnelles fédérales-provinciales ou interprovinciales que nous avons repérées entre 1960 et 1976, quatorze ont en effet été convoquées par les autorités fédérales¹⁷⁶.

Dans ces négociations intergouvernementales s'inscrit une pratique constitutionnelle qui, aussi bien en matière de fiscalité que de partage des compétences, va globalement affirmer la thèse fonctionnaliste et keynésienne de l'État fédéral, aux dépens des revenus et de la capacité de dépenser des provinces ainsi que de leurs compétences.

L'ensemble des conférences, des débats et des ententes de cette période accorde, en effet, une très large place à la fiscalité, c'est-à-dire au partage des revenus (pouvoir de taxation et propriété des ressources) et à des dépenses (subventions, programmes conjoints, péréquation ou transferts collectifs, sécurité du revenu ou transferts individuels). C'est là le noeud central et occulté, l'enjeu primordial de ce fédéralisme-là.

Le partage des compétences, conjugué au futur improbable de l'après-rapatriement pour les uns, au conditionnel présent de l'avant-rapatriement pour les autres, n'est pas non plus absent de cette pratique. Son analyse complète supposerait la reconstitution historique de l'évolution du fédéralisme fiscal et celle du rapatriement de la Constitution du Canada, ce qui dépasse évidemment l'objet de cette étude. Nous ne visons ici qu'à déceler les correspondances entre idées politiques et pratique constitutionnelle, c'est-à-dire à montrer dans quelle mesure les résultats de celle-ci tendent à matérialiser celles-là.

L'ensemble des discussions constitutionnelles de la période sera dominé par ces deux thèmes, avec un accent sur la fiscalité sous Lesage et, en plus, un accent sur le partage comme condition du rapatriement à partir de Johnson.

Le gouvernement Lesage vise d'abord et avant tout l'augmentation des revenus de l'État du Québec pour que ce dernier puisse exercer efficacement les pouvoirs liés à son nouveau rôle économique et social. Il va donc s'attacher à récupérer les sources d'imposition et les droits miniers sous-marins ainsi que les compétences provinciales envahies par la technique fédérale des programmes conjoints et des subventions conditionnelles dont il veut assumer la responsabilité avec compensation financière¹⁷⁷. Il réclamera également la gestion provinciale d'un régime des rentes distinct de celui que l'État fédéral met sur pied à la même période et s'opposera à l'intrusion du gouvernement fédéral dans les ressources naturelles du Québec en refusant sa participation à un réseau canadien d'électricité, lui préférant une nationalisation québécoise¹⁷⁸.

Dans l'ensemble, on peut dire que c'est seulement sur ces deux derniers points (régime des rentes et nationalisation de l'électricité) que Lesage a eu véritablement gain de cause. Pour le reste, hormis deux demi-victoires en matière de fiscalité et de retrait compensé des programmes conjoints, il s'est heurté à une fin de non-recevoir de la part du gouvernement fédéral.

Ainsi dans la question des droits miniers sous-marins qui avait fait l'objet de longues négociations constitutionnelles à partir de 1964¹⁷⁹,

malgré les demandes du gouvernement Lesage prônant un règlement politique de la question, c'est la Cour suprême qui trancha, en faveur des autorités fédérales, en 1967. Sur ce plan, l'échec était majeur.

Quant aux réclamations québécoises en matière de réaménagement des sources de revenu (soit le transfert au Québec de 25 % de l'impôt sur le revenu des particuliers, 25 % de l'impôt sur le revenu des sociétés et 100 % de l'impôt sur les successions), émises dès 1960, elles n'atteindront leur objectif que partiellement et encore seulement en fin de période quand, en 1966, les ententes reconnaîtront un abattement fiscal de 24 % sur le revenu des particuliers. À la même date, le Québec ne percevait encore que 9 % de l'impôt sur le revenu des sociétés¹⁸⁰.

En matière de retrait compensé des programmes conjoints, le succès du gouvernement Lesage est tout aussi mitigé. Certes, le Québec a obtenu un abattement de 20 points supplémentaires d'impôt en compensation de son retrait de plusieurs programmes conjoints, dont l'assurance-hospitalisation et d'autres programmes sociaux auxquels le Québec participait, aux conditions fédérales, depuis 1960. Cependant, la victoire est très relative car, si le mode de financement a changé, les conditions fédérales attachées à ces programmes continuent de s'imposer et l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser n'a subi aucune limitation. Un mince succès du gouvernement du Québec de l'époque fut que les prêts aux étudiants et les allocations aux jeunes de 16 à 17 ans furent réglés à sa satisfaction¹⁸¹.

Cependant, ce n'est qu'en matière de régime de rentes que les idées politiques du Québec ont trouvé un écho franchement favorable dans la pratique des négociations constitutionnelles. En effet, en 1963, Ottawa et Québec proposaient à quelques semaines d'intervalle, deux projets respectifs de régimes de rentes. Celui du Québec, par sa seule existence, contrevenait au caractère universel de celui d'Ottawa. Pire — ou mieux — encore, suivant que l'on observe la querelle d'Ottawa ou celle de Québec, il divertissait du trésor fédéral, pour les investir dans celui du Québec, des sommes importantes pour le développement étatique à venir de l'économie. L'enjeu était de taille et les intérêts s'opposaient au nom de la même idéologie modernisatrice et keynésienne, dont seul le lieu politique d'application variait. Contre toute attente, en avril 1964, Québec gagne et Ottawa cède, en échange du consentement québécois à la modification législative constitutionnelle requise pour que les autorités fédérales mettent en oeuvre leur propre plan¹⁸².

En matière de compétences législatives, les gains et les pertes de cette époque se comptabilisent plus dans la jurisprudence que dans la pratique constitutionnelle : Lesage est surtout intéressé aux gains fiscaux qui lui permettraient d'exercer les compétences dont il dispose; mais il n'échappera pas à l'initiative fédérale qui tente déjà d'amorcer le rapatriement. La formule Fulton-Favreau est discutée aux conférences

de Jasper, de Charlottetown et d'Ottawa au cours de l'année 1964. En 1965, lors du Discours du trône, il en propose l'adoption à l'assemblée législative, mais il sera contraint de refuser son accord à ses partenaires canadiens, suite aux pressions de l'opposition parlementaire et extra-parlementaire, qui s'exprime notamment aux États généraux.

Quand Johnson succède à Lesage, en 1966, il trouve le champ des négociations fiscales clos : les accords signés en 1965 portent jusqu'en 1970, et ils ne seront pas remis en question. C'est donc en pure perte qu'il accroîtra les réclamations fiscales du Québec en demandant de lui réserver 100 % des sources des revenus fiscaux, soit l'ensemble des impôts sur les revenus des particuliers, des sociétés et des successions (formule 100 %, 100 %, 100 %).

C'est surtout sur un éventuel partage des compétences qui respecterait deux nations égales que se concentrent alors ses demandes, et nous avons vu que la plupart d'entre elles ont reçu un accueil au moins partiellement favorable auprès de la Cour suprême. Cependant, hormis les questions linguistiques¹⁸³, aucune des conférences fédérales-provinciales de la période à l'étude ne porteront spécifiquement sur les thèmes correspondants aux exigences constitutionnelles du johnsonisme¹⁸⁴, comme ce sera le cas après 1970¹⁸⁵ en ce qui a trait aux questions qui vont préoccuper le régime Bourassa.

Finalement, le gouvernement Johnson n'obtiendra rien, ni en matière linguistique et culturelle, ni dans d'autres domaines qui auraient pu trouver une solution respectueuse du néo-nationalisme de cette période dans les ententes constitutionnelles.

On peut cependant mettre à son crédit qu'il ait opposé — par la voie passive que Duplessis avait déjà exploitée — un moratoire au rapatriement de la Constitution, en attachant à son accord la condition de la négociation préalable entre partenaires égaux du contenu des modifications postérieures au rapatriement. Ce qui n'était cependant pas près de se produire, comme on a pu le constater par la suite.

Les résultats des négociations constitutionnelles de cette période ne seront pas plus accueillants à l'égard des idées politiques du régime Bourassa. Même sa conception minimaliste de la « sécurité culturelle » du Québec n'aura trouvé aucun écho auprès des autorités fédérales parce que sa réalisation exigeait la primauté législative en matière de sécurité sociale au sens large.

Ici, comme en matière de pensions et de rentes, on est, chez les deux parties, en présence d'une même idéologie de l'État moderne et keynésien et d'une divergence en ce qui concerne le lieu politique de l'exercice du pouvoir d'État. Chaque partie estimant essentiels au gouvernement qu'elle dirige les revenus et les pouvoirs économiques et sociaux liés à l'exercice des compétences en matière de sécurité sociale, la Conférence de Victoria se soldera par un échec.

Les libertés publiques

Le contraste n'est pas moins marqué en matière de libertés publiques qu'il ne l'avait été en matière de partage des compétences, entre cette seconde période et la précédente.

Certes, la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême demeure une avenue importante d'évolution dans ce domaine, mais le législateur a adopté en 1960 la *Déclaration canadienne des droits*, une loi quasi constitutionnelle et presque la moitié, soit dix-sept sur trente-huit des décisions rendus par la Cour suprême à cette époque en matière de libertés concernent l'interprétation de ce document.

D'autre part, même si aucune évolution constitutionnelle réelle ne se produit à travers la pratique des négociations constitutionnelles relatives aux libertés, ce sujet domine le discours et la stratégie du gouvernement fédéral de l'époque et constitue le pivot des initiatives qui nous ont amenées à qualifier cette période de « fédéralisme bipolaire ».

En ce qui concerne la place du Québec dans l'évolution du droit constitutionnel des libertés, notamment par voie jurisprudentielle, elle est aussi complètement inversée par rapport à l'époque duplessiste. Alors que six des sept décisions rendues par la Cour suprême durant cette première période en matière de libertés publiques émanaient du Québec et portaient sur la liberté d'opinion et la liberté de religion qui y étaient brimées, à partir de 1960, la situation s'inverse : seulement trois des trente-huit décisions correspondantes interviennent dans des conflits qui avaient leur origine au Québec. Au surplus, deux de ces trois conflits portent respectivement sur les droits linguistiques et le droit de manifestation et entraînent en conséquence le débat sur le terrain des droits collectifs. Ils sont par ailleurs chargés d'un contenu politique opposé à celui qui prédominait dans le contentieux comparable de la période précédente, contenu dont on peut établir la correspondance avec la montée d'une classe technocratique et les changements survenus dans les idées religieuses et politiques de la période.

L'analyse de la transformation du contexte et de l'évolution des idées politiques à partir de 1960 au Québec est donc aussi importante pour l'intelligence de l'évolution judiciaire du droit constitutionnel des libertés publiques que pour celle du cheminement de la pratique constitutionnelle qui lui est reliée. Il convient, dès lors, de l'aborder en premier lieu.

Un contexte de faits et d'idées politiques conduisant à l'émergence de la notion de droits collectifs au Québec

La coupure apparemment brusque survenue dans le comportement et les idées religieuses au Québec du début de la Révolution tranquille est trop bien connue pour qu'il soit utile de la documenter ici.

Certes, avec le recul, le caractère subit de ce changement a été contesté. On a souligné, d'une part, que le comportement religieux

collectif de l'époque précédente n'était depuis longtemps que façade imposée par l'idéologie dominante lorsque, au début des années 1960, les Québécois, « arrivés en ville » dans les deux sens du terme, cessèrent d'aller à la messe. Selon cette thèse, le duplessisme, à l'instar du maurrassisme qui lui est d'ailleurs contemporain, aurait utilisé le comportement religieux collectif à des fins politiques, ici : à l'appui d'une autonomie réclamée au nom d'une spécificité linguistique juridique, mais également religieuse. De là la valorisation idéologique d'un comportement religieux en voie de disparition mais dont les apparences au moins devaient être maintenues pour « le salut de la nation ». On a relativisé, d'autre part, cette rupture avec un passé religieux en montrant que le dogmatisme et l'absolutisme qui le caractérisaient avaient simplement changé d'objet en se reportant dans l'idéologie étatiste.

Quoi qu'il en soit, un fait demeure incontestable : le type d'intolérance religieuse qui avait suscité au Québec les conflits que l'on sait en matière de libertés publiques, notamment à propos des Témoins de Jéhovah et des communistes, n'a plus cours parmi les gouvernements québécois successifs de cette période.

C'est que sont nées, parmi les francophones du Québec, de nouvelles élites laïques issues au rattrapage scolaire et dont le capital, à prédominance culturelle, va prendre appui sur l'État pour trouver dans sa bureaucratie l'assise de son pouvoir. La défense de leurs droits collectifs — culturels et surtout linguistiques — prendront, pour ces travailleurs du langage et de la culture, une importance beaucoup plus grande que celle des droits religieux. La protection de ces droits devient, dès lors, liée à l'exercice du pouvoir politique pour les groupes qui s'attachent à les promouvoir.

Le fait n'est pas nouveau. Toutes les cultures, lorsqu'elles sont coupées du lien organique qu'elles entretiennent nécessairement avec les groupes politiquement responsables et économiquement forts qui les produisent, se folklorisent rapidement.

Dans cette optique, l'initiative fédérale de 1967 en faveur de l'adoption d'une charte constitutionnelle des droits individuels apparaît pour les nouvelles élites comme une diversion visant à empêcher la reconnaissance de leurs droits et une nouvelle répartition des compétences.

Sous le gouvernement Lesage, cette prise de conscience du lien organique entre le politique et l'économique d'une part, et les droits culturels qui en sont le produit, d'autre part, sera surtout le fait de son opposition.

C'est dans le contexte du néo-nationalisme johnsonien que va se développer cette idéologie politique très cohérente où l'égalité des deux nations au Canada postule la dimension politique et collective de l'égalité culturelle et où la protection des droits individuels des citoyens, même en matière linguistique, apparaît insuffisante et superficielle.

C'est Jean-Jacques Bertrand qui exprime le mieux cette idéologie :

Ce serait donc rester à la surface des choses que de ne voir, dans le problème constitutionnel canadien, qu'une question de droits personnels ou de droits linguistiques. Je ne dis pas que ces droits ne sont pas importants; mais je dis que ce n'est pas le fond du problème qui nous rassemble ici. S'il y a crise au Canada, ce n'est pas parce qu'il s'y trouve des individus qui parlent des langues différentes; c'est parce qu'il s'y trouve deux collectivités, deux peuples, deux nations dont il faut harmoniser le rapport.

Et il ajoute :

[. . .] l'important pour les Canadiens français du Québec, ce n'est pas de pouvoir individuellement parler leur langue même dans les régions du pays où elle a très peu de chances d'être comprise; c'est de pouvoir collectivement vivre en français, travailler en français, se construire une société qui leur ressemble [. . .] Sans le Québec, il pourrait encore y avoir des minorités françaises, mais il n'y aurait plus vraiment de Canada français¹⁸⁶.

À l'époque du gouvernement Bourassa, l'idéologie officiellement dominante a abandonné le concept de nation pour celui de collectivité et la sécurité culturelle visée n'est plus liée, dans l'esprit de ses promoteurs, à l'exercice de l'ensemble des compétences politiques d'un État. La seule primauté législative en matière de sécurité sociale suffira. On notera en passant que le secteur choisi comme seuil minimal des compétences nécessaires au maintien des garanties culturelles est celui qui, avec l'éducation et la culture elles-mêmes, s'est développé le plus spectaculairement dans sa dimension publique, servant ainsi d'assise au pouvoir politique des classes technocratiques montantes.

On voit donc qu'avec la meilleure — ou la pire — volonté du monde, les définisseurs de l'idéologie dominante ne peuvent pas baisser leurs exigences en deçà des intérêts vitaux de ces groupes qui, émergeant dans l'opposition, vont bientôt prendre le pouvoir.

Même si les moins convaincus d'entre eux acceptent d'incorporer dans la Constitution des dispositions relatives aux droits linguistiques individuels, ils les soumettront à des conditions minimales, imposées fermement par leur propre aile autonomiste et par l'opposition.

Quant à l'opposition extraparlamentaire et à celle du Parti québécois, elle appuie la position Johnson-Bertrand qui impose la restructuration du partage comme préalable de la définition des droits individuels.

C'est dire que, toutes tendances confondues, les idées politiques énoncées au Québec durant cette période font du réaménagement des compétences une condition préalable à l'adoption d'une Charte des droits, conçus surtout comme collectifs et non individuels, bien qu'elles ne présentent plus cette intolérance des droits et libertés qui avait caractérisé le duplessisme.

UNE JURISPRUDENCE CENTRÉE SUR LES DROITS INDIVIDUELS

La jurisprudence de la Cour suprême et la pratique de négociation constitutionnelle fédérale vont s'inscrire en porte à faux par rapport aux valeurs que nous venons de résumer. Elles resteront axées, pour ce qui est du tribunal, sur l'interprétation de la *Déclaration canadienne des droits* et les droits des Indiens et, dans le cas des autorités politiques fédérales, sur un programme constitutionnel diamétralement opposé aux vœux du Québec.

Après une première série de causes rattachées à la liberté de religion et d'expression, thème majeur de la période précédente, le tribunal constitutionnel va se tourner vers les droits des Indiens et la *Déclaration canadienne des droits*. Seuls les droits linguistiques, qui ont fait l'objet de quatre décisions, peuvent être mis en rapport avec les idées prônées au Québec à leur propos.

Au début de cette période, la Cour suprême est encore saisie de litiges portant sur des thèmes caractéristiques du duplessisme et rend six décisions en matière de liberté de religion et d'expression. Tous ces jugements¹⁸⁷, sauf un¹⁸⁸, confirment la validité des lois attaquées, au détriment des droits et libertés invoquées : c'est un revirement majeur en regard de la tendance antérieure du tribunal à invalider les lois et les actes administratifs attaqués et affirmer de la sorte les libertés brimées.

Coïncidence : alors que dans la période précédente six sur sept des décisions correspondantes intervenaient dans des causes originaires du Québec, entre 1960 et 1975, une seule cause sur six en cette matière provient du Québec¹⁸⁹, et la Cour confirmera, là comme ailleurs, la validité de la disposition attaquée, en l'occurrence un règlement municipal antimanifestation.

Si ce dernier arrêt nous empêche de conclure que la Cour ait une attitude distincte à l'égard de ces libertés quand elles s'exercent au Québec, il faut néanmoins constater que, même là, il s'agit d'une décision récusant les idées politiques dominantes et celles de l'opposition au Québec, à l'époque où survient le litige. Car le droit de manifester est un droit collectif que les Québécois des années 1960, toutes tendances confondues et gouvernants exceptés, entendent bien pouvoir exercer.

En matière de droits des Indiens, la Cour suprême rend trois décisions¹⁹⁰ reliées à l'interprétation de la *Déclaration canadienne des droits* et neuf autres¹⁹¹, la plupart fondées sur les droits découlant des traités. Dans l'ensemble, c'est une jurisprudence défavorable aux droits des Indiens, et spécifiquement des Indiennes, surtout en matière de statut et aussi de chasse et de pêche.

En effet, la Cour considère que les lois fédérales ont prépondérance sur les traités¹⁹², mais elle a trouvé une justification, généralement dans

les faits, pour rendre des lois provinciales applicables à l'encontre des droits des Indiens garantis ou non par traités¹⁹³.

Dans ce sens, on peut conclure qu'il s'agit d'un bloc de décisions favorables aux compétences provinciales. Mais, bien que rien de ce qui affirme les compétences provinciales ne soit contraire aux idées politiques exprimées au Québec à l'époque, on ne peut pas dire que la Cour ait par là entériné ni les idées dominantes, ni celles de l'opposition.

Cependant, presque la moitié des décisions de la Cour suprême durant cette période porte sur l'interprétation qu'il faut donner à la *Déclaration canadienne des droits*. Cette jurisprudence débute de façon prometteuse lorsque la Cour suprême juge que cette loi est plus qu'une loi d'interprétation et qu'elle a primauté sur une autre loi fédérale qui contrevient aux droits qu'elle garantit¹⁹⁴. La Cour est d'avis que le principe de l'égalité devant la loi signifie que la loi ne peut traiter tel individu autrement que tel autre¹⁹⁵. La Cour se montre cependant plus hésitante à donner au principe de l'égalité devant la loi une portée autre que procédurale¹⁹⁶; elle considère que l'exercice du pouvoir discrétionnaire aux fins de l'application d'une loi ne contrevient pas à ce principe¹⁹⁷; le principe doit par ailleurs se comprendre à la lumière des droits et des libertés existants avant la promulgation de la *Déclaration canadienne des droits*¹⁹⁸ et ne saurait limiter le Parlement fédéral dans l'exercice de ses compétences législatives¹⁹⁹. Ainsi ce Parlement peut-il définir ce qu'est un Indien et lui conférer un statut particulier²⁰⁰.

Ayant ainsi déterminé la portée de la *Déclaration canadienne des droits*, la Cour suprême a toujours refusé par la suite de l'appliquer²⁰¹, sauf dans trois cas²⁰² — dont deux²⁰³ où il s'agissait par ailleurs de droits linguistiques — que nous analysons ci-après avec les décisions relatives au même sujet, mais fondées sur d'autres sources.

Il faut noter auparavant qu'une seule des causes reliées à la *Déclaration canadienne des droits* provenait du Québec : l'affaire *Guay c. Lafleur*²⁰⁴ dans lequel le droit d'être entendu au cours d'une enquête de nature purement administrative a été dénié. Comme il ne s'agit pas d'une question débattue même implicitement dans le forum politique québécois de l'époque, il n'est pas possible d'établir de rapport entre cette décision et les idéologies politiques pertinentes.

Quant aux décisions qui étendaient le droit d'être entendu comme partie ou intervenant devant les tribunaux pour contester la constitutionnalité des lois et des actes de l'administration, elles ne provenaient pas du Québec et n'y ont pas, à l'époque, retenu l'attention qu'elles méritent²⁰⁵.

Pour ce qui est des droits linguistiques enfin, toutes les décisions rendues par la Cour à cette époque leur sont favorables et valident les lois, fédérale comme provinciale²⁰⁶, qui en assurent la promotion, alors qu'elles affectent de nullité les actes qui les briment²⁰⁷.

Avant de conclure qu'en matière de libertés publiques il existe sur ce

point, au moins, un rapport positif entre les idées politiques dominantes au Québec qui réclament le respect des droits linguistiques et ces décisions, il faut tenir compte du fait qu'il s'agit dans chaque cas de droits individuels, reliés par ailleurs à l'usage d'une langue devant les tribunaux.

Or c'est à titre de droits collectifs que sont réclamés les droits linguistiques au Québec durant cette période, notamment dans la pensée de l'Union nationale. Même si l'on n'en est pas encore venu au temps où les péquistes, au pouvoir, affirmeront la primauté des droits collectifs sur les droits individuels, en cas de conflits entre les deux, il est certain que l'affirmation des droits linguistiques individuels en matière judiciaire apparaît dès ce moment insuffisante aux définisseurs de l'idéologie politique dominante au Québec, comme le fait bien voir le texte déjà cité de Jean-Jacques Bertrand²⁰⁸.

En fait, ce sont les idées dominantes au Canada anglais et non au Québec que la Cour suprême entérine par ces quatre décisions favorables aux droits linguistiques individuels, comme nous allons le constater à l'examen de la pratique constitutionnelle. Car on peut dire que la Cour a doublement pavé la voie aux autorités politiques fédérales, soucieuses d'inclure dans la Constitution une Charte des droits individuels. Elle l'a fait non seulement en affirmant les droits linguistiques comme des droits individuels, mais aussi en interprétant la *Déclaration canadienne des droits* de façon si restrictive que le besoin d'un instrument constitutionnel, prépondérant par rapport aux actes législatifs est devenu manifeste, même pour les tenants du parlementarisme démocratique.

Une pratique constitutionnelle non convergente

Lors de la conférence fédérale-provinciale du 25 au 27 juillet 1960, Lesage, qui reste marqué par ses années de politique fédérale, propose au nom du Québec l'inclusion dans la Constitution d'une Déclaration des droits fondamentaux de l'homme. Les idées politiques professées par son parti alors qu'il formait le gouvernement permettent d'affirmer qu'il n'y voyait pas un substitut du remaniement du partage des compétences, comme ce sera le cas des autorités fédérales dont les positions explicitées dans leur pratique constitutionnelle visant l'affirmation par Charte constitutionnelle des seuls droits individuels, à l'exclusion des droits collectifs et d'une modification décentralisatrice du partage des compétences.

Qu'il s'agisse de la déclaration de Pearson²⁰⁹ ou de ses propositions²¹⁰, des documents officiels²¹¹, ou du refus de négocier la primauté législative provinciale en matière de sécurité sociale à Victoria en 1973, rien dans les propositions fédérales n'est compatible avec l'idéologie dominante de la période johnsonienne au Québec.

Pour l'Union nationale de ce temps-là, « la question des droits fondamentaux est intimement liée à l'ensemble du problème constitutionnel et

aucune décision ne saurait être prise à ce sujet avant qu'on ne se soit entendu sur certaines réformes de base²¹² ». C'est un nouveau partage des compétences qui est visé.

La pratique constitutionnelle ne permettra pas à Johnson de faire accepter ses idées politiques sur ce sujet et, en 1969, le gouvernement du Québec modifia apparemment sa position et collabora aux travaux d'un comité ministériel sur les droits fondamentaux.

À partir de 1970, cette tendance s'affirme et ce sont plutôt les idées politiques fédérales qui sont reçues dans la pratique québécoise, Bourassa acceptant d'incorporer dans la Constitution des dispositions relatives aux droits politiques et fondamentaux. En matière de droits linguistiques, il acceptera même un bilinguisme canadien fondé sur l'affirmation de droits individuels à l'encontre des droits collectifs²¹³.

Rien n'y fait, même cette succession ultime ne déblocquera pas le conflit et la dynamique constitutionnelle s'enraye à Victoria sur le refus fédéral de faire droit à la condition *sine qua non* à laquelle Bourassa, acculé par l'opposition, ne peut renoncer : la primauté législative dans le secteur social. La période se termine dans l'impasse.

Les institutions

Contrairement à ce qui se passe en matière de partage des compétences et dans le cas des libertés publiques, où les contrastes sont frappants entre la première et la seconde période, l'absence de rapport constatée entre les idées politiques et l'évolution constitutionnelle des institutions au cours de la première période continue de se manifester entre 1960 et 1975.

Ce sont encore le Sénat et la Cour suprême qui font l'objet de discussions politiques au Québec, bien que ces discussions y soient de beaucoup moins importantes que celles qui portent sur le partage des compétences.

Ces préoccupations ne se reflètent pas dans la jurisprudence de la Cour suprême, qui continue de porter sur les tribunaux judiciaires et le fonctionnement du parlementarisme en pays fédéral, tout en commençant à s'intéresser au contrôle de la constitutionnalité.

Elles constitueront cependant un enjeu de la pratique de négociations constitutionnelles, où elles ne recevront pourtant pas le meilleur accueil.

UN CONTESTE DE FAITS ET D'IDÉES POLITIQUES FAVORISANT LA REVENDICATION TRADITIONNELLE DU QUÉBEC

Dès 1960, sous le gouvernement Lesage, le Québec propose la création d'un tribunal constitutionnel conforme au principe fédératif, c'est-à-dire relevant de l'État fédéral comme des provinces, notamment au titre des nominations, puisque son rôle serait de servir d'arbitre entre les deux²¹⁴.

C'est un leitmotiv qui va revenir chez tous les gouvernements de la période, aussi bien chez Johnson, qui réclame un tribunal impartial de dernier ressort pour interpréter la nouvelle Constitution à venir²¹⁵, que chez Bourassa (bien que de façon atténuée). Après les négociations de 1971 qui ont abouti à l'échec de Victoria, le gouvernement Bourassa réduira en effet les exigences du Québec en cette matière à une participation des provinces à la nomination des juges de la Cour suprême²¹⁶.

À la nécessité de restructuration de la Cour suprême, le johnsonisme ajoute celle du Sénat, qu'il conçoit comme une émanation des États fédérés, assurant aux provinces une participation au processus législatif fédéral.

Quant à l'opposition, extraparlamentaire et même péquiste, elle n'a cure des institutions fédérales et propose soit, pour les uns, une Constitution regroupant à l'intérieur d'un Québec indépendant toutes les institutions, soit, pour les autres, des institutions d'un nouveau type liés à la formule des États associés.

Enfin, les institutions judiciaires internes (Cour fédérale, Cour supérieure, tribunaux administratifs, sur lesquelles sera centrée la jurisprudence institutionnelle de la Cour suprême) sont largement absentes du discours — mais non pas de la réalité — politique du Québec en cette période.

Si nous disons qu'elles ne sont pas absentes de la réalité politique québécoise durant cette période, c'est qu'il faut tenir compte d'un fait socio-politique important. Nous avons déjà noté, comme caractéristique de la période, la montée d'une classe technocratique qui fonde son identité et son pouvoir sur la jonction du néo-nationalisme et de l'étatisme.

Le phénomène se manifeste à la Justice comme ailleurs, où se structure une fonction publique organisée et compétente, dont les intérêts professionnels et de classe ne sont pas dissociables de l'affirmation et du maintien des compétences provinciales relativement à l'appareil judiciaire. C'est un fait politique qui, même en l'absence de discours politique sur le sujet, aura des répercussions sur la jurisprudence institutionnelle de la Cour suprême.

UNE JURISPRUDENCE EN PORTE À FAUX PAR RAPPORT AUX REVENDICATIONS

On peut en effet établir un lien entre ce dernier fait et la présence, comme partie ou intervenant, du procureur général du Québec dans près de la moitié des litiges relatifs à la juridiction de la Cour supérieure et à la compétence provinciale en matière de création des tribunaux administratifs, en regard de son absence totale des mêmes conflits judiciaires durant la période précédente.

Mais ces rapports entre, d'une part, les idées politiques que nous venons d'exposer brièvement et, d'autre part, la jurisprudence et la

pratique constitutionnelle sont globalement négatifs, au sens où ils sont ou inexistantes ou défavorables à ces idées.

Certes l'ensemble de la jurisprudence relative à la compétence des tribunaux, qu'il s'agisse de la Cour fédérale, de la Cour supérieure, de la Cour provinciale ou des tribunaux administratifs, est largement favorable à la compétence des provinces, qu'elle affirme dans les trois quarts des cas.

En effet quand il s'agit d'affirmer la compétence de la Cour supérieure, institution mixte, à l'encontre de celle de la Cour fédérale, c'est la Cour supérieure que favorise le tribunal constitutionnel²¹⁷. Mais quand il s'agit au contraire de protéger cette même juridiction de la Cour supérieure, non plus cette fois à l'encontre de celle de la Cour fédérale, mais à l'égard de la compétence provinciale en matière de création de tribunaux administratifs ou de délégation à des tribunaux provinciaux inférieurs, c'est encore cette compétence qui est le plus souvent confirmée²¹⁸. De même, le tribunal affirme le pouvoir de contrôle de la Cour supérieure sur les organismes inférieurs, même de création fédérale²¹⁹.

Pourtant, on ne peut affirmer que le tribunal constitutionnel, même s'il favorisait par là les provinces, ait en l'espèce reçu des idées qu'aucun groupe au Québec n'avait professées.

Enfin, en matière de souveraineté parlementaire²²⁰ et surtout de contrôle de la constitutionnalité²²¹, questions qui ne supposent pas un partage entre l'État fédéral et les provinces, la Cour suprême rend les décisions pour lesquelles l'opinion politique ne se passionnera pas malgré leur importance primordiale pour le Québec.

Inversement, la jurisprudence de la Cour suprême — et c'est la loi du genre — ne pouvait intégrer les idées politiques visant sa propre réforme et n'a pas, durant cette période, été saisie de litiges lui permettant de préciser les pouvoirs du Sénat. En tout état de cause, les modifications structurelles prônées par les idées politiques que nous venons d'analyser n'auraient sans doute pu emprunter que la voie législative.

C'est ce parallélisme qui permet de conclure que la jurisprudence de cette période ne reflète en rien les idées politiques dominantes ni, à plus forte raison, d'opposition au Québec : tout au plus les interventions accrues qu'y fait le procureur général laissent-elles transparaître les effets des changements politiques qui se sont alors matérialisés dans la forme de l'intervention de l'État.

UNE PRATIQUE CONSTITUTIONNELLE OPPOSÉE AUX REVENDICATIONS

La pratique constitutionnelle fédérale en matière d'institutions ne se situe pas, quant à elle, dans le même non-lieu par rapport aux idées politiques du Québec de l'époque. Cependant, si elle reconnaît leur existence, c'est pour les récuser.

Les deux manifestations majeures de cette pratique fédérale sont la publication, en 1969, du livre blanc fédéral sur « La Constitution et le citoyen²²² » et la Conférence de Victoria en 1971.

Le livre blanc propose des modifications institutionnelles que le gouvernement du Québec trouvera superficielles et insatisfaisantes. Ces modifications auraient eu pour effet de rendre le Sénat partiellement représentatif des provinces et d'augmenter ses pouvoirs, notamment dans le domaine des nominations, mais en ce qui concerne la Cour suprême, la position fédérale refuse la création d'un tribunal constitutionnel et maintient le contrôle des autorités fédérales sur la nomination de ses juges.

Quant à la Charte de Victoria, muette sur le Sénat, elle faisait de la Cour suprême un tribunal constitutionnel dont les membres continuaient d'être nommés par les autorités fédérales après consultation des provinces.

Sur ce plan-là aussi, c'est donc dans une impasse que se coince, à la fin de cette période, la pratique constitutionnelle.

Troisième période : le fédéralisme normalisateur (1976–1985)

La troisième période s'ouvre en novembre 1976 sur l'élection d'un gouvernement péquiste, événement dont on aurait pu croire qu'il introduirait un changement majeur dans les idées politiques dominantes au Québec et, peut-être entraînerait, sinon sa rupture constitutionnelle immédiate d'avec le Canada, du moins une évolution rapide des institutions et du partage des compétences, concédée par une pratique constitutionnelle canadienne soucieuse d'éviter le pire.

Il n'en fut rien.

Au lieu des changements attendus, on assiste au rapatriement unilatéral²²³ de la Constitution canadienne à la suite d'une offensive fédérale encore plus poussée de centralisation économique, aux dépens des compétences traditionnelles des provinces. Même la Cour suprême — dont la tendance générale à la centralisation, constante depuis la Seconde Guerre mondiale, s'était infléchie — va renverser l'attitude spécifiquement favorable aux intérêts provinciaux dont elle avait fait preuve dans les causes émanant du Québec au cours de la période précédente.

Au surplus, le recul du Québec se matérialise non plus seulement à travers la jurisprudence de la Cour suprême et les résultats de la pratique constitutionnelle fédérale, mais dans la plus importante modification que le texte constitutionnel ait subie depuis son adoption par le Parlement britannique en 1867.

Il n'est pas simple d'expliquer adéquatement ce recul inattendu de l'influence des idées politiques dominantes au Québec sur le droit cons-

titutionnel canadien, survenu au moment où l'on aurait pu s'attendre au contraire, d'autant plus que l'absence de distance historique ne facilite pas l'analyse. Nous tenterons cependant, à la lumière de nos travaux, d'avancer quelques hypothèses.

Une explication courante de l'échec du Québec invoque l'attitude du gouvernement fédéral de cette période — en particulier celle de son premier ministre — dont elle fustige l'acharnement à imposer sa conception de l'unité canadienne et du fédéralisme. Pour évidente qu'elle paraisse, cette explication résiste cependant mal à l'analyse. L'attitude du gouvernement fédéral est en effet alors loin d'être nouvelle, ce dernier ayant déjà donné la pleine mesure de ses convictions centralisatrices à Victoria en 1971. Ce dont il faut rendre compte c'est donc de la nouvelle vulnérabilité du Québec au cours de cette troisième période en se tournant vers des facteurs conjoncturels internes, dont certains sont plus particulièrement importants.

Il faut d'abord souligner que, par rapport à la période précédente, le fossé s'est creusé, en matière de question nationale, entre les divers partis politiques québécois, à un point tel qu'il est désormais possible de parler d'une polarisation de la scène politique entre souverainistes et fédéralistes, entre idées dominantes et opposition. Cet affrontement des partis politiques au Québec ne sera pas sans conséquences négatives sur l'ampleur, et partant, la solidité du front qui y sera dressé devant l'offensive fédérale.

On se doit également d'ajouter que les idées péquistes, dans leur aspect souverainiste, ne deviennent dominantes dans la société, à partir de 1976, que dans un sens très particulier. Si elles prévalent en effet, au sens où ce sont dorénavant les idées d'un gouvernement majoritaire, elles ne dominent pas au sens plus large où l'on pourrait dire qu'elles rencontrent un écho social généralement partagé, comme ce fut le cas du duplessisme, dans la mesure où la société québécoise est, à l'image de la scène politique, profondément divisée en matière de fédéralisme entre, d'une part, les tenants d'un fédéralisme renouvelé et, d'autre part, les souverainistes, comme l'indiqueront les résultats partagés du référendum de 1980.

De plus, ces idées sont désormais institutionnalisées dans le champ politique, canalisées dans un parlementarisme démocratique, monopolisées par un parti éclectique, bref, en grande partie affaiblies, en tous cas moins perceptiblement dangereuses que lorsqu'elles surgissaient sans discipline, d'une opposition aussi bien extraparlamentaire et violente dans une société civile en ébullition.

Si cela n'avait pas suffi à les désamorcer, la pratique constitutionnelle du gouvernement péquiste, complètement dissociée de son discours politique, pour ne pas dire dysfonctionnelle par rapport aux objectifs qu'il professait, y serait rapidement parvenue.

C'est dans ce contexte de polarité politique et d'affrontements internes que les faits se lisent dans leur séquence logique : perte du référendum en 1980, rapatriement unilatéral d'une Constitution modifiée en 1982, sur un arrière-plan de crise économique, d'une crise qui va amener l'abandon progressif des idées péquistes dominantes : d'abord la social-démocratie, à cause de ce que Mitterrand a ailleurs désigné comme « l'incontournable épaisseur de la réalité économique », puis le souverainisme lui-même, par électoralisme interposé, dans un chaos encore trop près de nous pour supporter l'analyse.

Ce sont ces rapports que nous examinerons maintenant de plus près, suivant le plan adopté pour la seconde partie.

Le partage des compétences

Mettre en rapport les idées politiques professés au Québec en matière de partage des compétences et l'évolution constitutionnelle au Canada durant les dix dernières années, c'est se livrer à un exercice déployé sur plusieurs tableaux, constituant une fresque plus complexe encore, d'une certaine manière, que les relations, pourtant diversifiées, établies dans la période précédente entre trois corpus successifs d'idées dominantes et un droit constitutionnel dont l'évolution jurisprudentielle contrastait avec le blocage que lui imposait la pratique constitutionnelle fédérale.

Car si les idées politiques dominantes sont le produit d'un même parti gouvernemental au cours de toute la période que nous abordons, elles n'en varient pas moins suivant qu'on les lit dans le discours officiel ou dans les propositions constitutionnelles concrètes, d'une part, et, d'autre part, dans le temps, notamment sous l'influence de la crise.

De plus, le rapport négatif qui s'établit entre ces idées et l'évolution du droit constitutionnel ne se lit plus seulement dans la jurisprudence et dans la pratique constitutionnelles, mais également dans les modifications législatives unilatéralement imposées par la partie fédérale à l'occasion du rapatriement.

Un contexte de faits et d'idées politiques conflictuels

Quand on cherche à cerner les différences entre les idées politiques dominantes et celles de l'opposition au Québec pendant cette période, il faut tenir compte du double discours du gouvernement péquiste. Dans le document intitulé *Pour une entente d'égal à égal : la souveraineté-association*²²⁴, le gouvernement propose une option où le partage des pouvoirs n'a même plus sa place et qui s'écarte diamétralement de celle du PLQ, nettement fédéraliste. Au contraire, sa pratique constitutionnelle sera fondée sur des positions et des idées beaucoup plus proches de celles de ses adversaires politiques²²⁵. L'élaboration de ce second corpus résulte si clairement des faits politiques marquants de cette période, auxquels il est si indissolublement lié, qu'il nous a paru important de

traiter ces idées et ces faits dans l'ordre dialectique qui les illustre le mieux.

LES IDÉES POLITIQUES DOMINANTES

Même en tenant compte des réserves que nous avons faites sur le caractère de l'idéologie péquiste durant cette période, il est possible d'isoler le double corpus que nous venons de mentionner.

Tout d'abord, on peut souligner que la formule constitutionnelle de souveraineté association, portée par le parti extraparlamentaire et formulée par le Conseil exécutif du Parti québécois dans « La nouvelle entente Québec-Canada²²⁶ », vise un modèle de société qui, « soustrayant le Québec de la domination d'Ottawa », « assurant au Québec la plus grande autonomie », lui permettant « de se donner les moyens qui lui manquent », associe intimement la souveraineté à l'autonomie non seulement culturelle mais politique de l'État québécois.

Ce modèle, en effet, n'envisage pas la souveraineté comme un but en soi mais comme moyen de réalisation d'un projet de société à caractère social-démocrate, orientée vers l'épanouissement économique, politique et culturel de la société québécoise, projet porté par cette même classe technocratique dont l'identité et le pouvoir se construisent à travers la production de l'État.

Dans cette optique, le fédéralisme et le partage des pouvoirs qui est la loi du genre sont exclus et même privés de sens. Le droit constitutionnel est évacué comme cadre intégratif des relations Québec-Canada et remplacé par le droit international qui régit désormais les relations de deux États négociant, d'égal à égal, des ententes propres à matérialiser leurs rapports économiques. De même, les pouvoirs rapatriés au Québec doivent permettre la mise en oeuvre de politiques économiques socio-démocrates, orientées dans l'intérêt spécifique de la collectivité québécoise.

Certes, cette option, aujourd'hui parfois qualifiée de radicale, donnait déjà lieu à l'époque à des divergences au sein même du Parti québécois, notamment quant au mode et au moment de sa négociation, car il ne fut jamais question pour ses tenants de l'imposer par la force.

Pour certains, adeptes de la souveraineté association sans trait d'union, le « scénario » prévoyait que la souveraineté précéderait l'association. Pour d'autres, prônant la souveraineté-association avec trait d'union, la négociation des modalités de l'association devait précéder l'accession à la souveraineté.

Dans un cas comme dans l'autre, on croyait pourtant alors déboucher éventuellement sur un État québécois qui détienne la plénitude des compétences exclusives fondant la souveraineté : pouvoirs législatifs, pouvoirs de taxation, personnalité étatique internationale, intégrité ter-

ritoriale, contrôle de la citoyenneté et de l'immigration. Dans l'esprit des péquistes, cependant, la souveraineté n'est pas incompatible avec l'union économique et monétaire avec le Canada non plus qu'avec l'existence d'un tribunal conjoint Québec-Canada, chargé d'appliquer le Traité d'association²²⁷.

Pour tous, sauf pour une minorité de ce parti qui ne réussit jamais à faire passer son point de vue dans le corpus des idées dominantes, le processus, qu'il s'agisse de l'un ou de l'autre scénario, devait se dérouler par étapes successives.

Si les idées engagées dans la pratique de négociation constitutionnelle du gouvernement péquiste n'avaient obéi qu'à ce modèle théorique, on pourrait dès maintenant clore l'analyse sur un constat d'échec total, avant même d'étudier l'évolution de la jurisprudence et de la pratique constitutionnelle fédérale, car ce modèle, incompatible déjà avec toute forme de fédéralisme même décentralisé, l'est encore plus avec le fédéralisme normalisateur qui s'est instauré au cours de cette période, et sous lequel nous vivons toujours.

Mais avant de conclure — pas très différemment, d'ailleurs — à l'existence d'un rapport presque aussi négatif que celui-là entre les idées politiques dominantes et l'évolution constitutionnelle, il faut s'arrêter aux propositions effectives que le gouvernement péquiste, piégé par sa stratégie étagée, a défendues au cours des négociations constitutionnelles. Il a d'ailleurs justifié ces propositions en faisant valoir qu'il fallait gérer les étapes intermédiaires exigées par le caractère démocratique de sa démarche et que, tant que les Québécois contribueraient au financement de la fédération canadienne, ils auraient aussi le droit d'en profiter.

Car la crise économique qui ouvre la période — crise du modèle d'accumulation et crise de financement de l'État²²⁸ — va exacerber les tensions entre les deux ordres de gouvernement. Elle va entraîner une chasse aux revenus fiscaux encore plus intense qu'auparavant et l'abandon progressif non seulement des revendications de souveraineté mais des objectifs économiques de la social-démocratie, notamment par la compression des budgets de l'éducation et de la santé, surtout à partir des années 1980, et même la remise en question de l'universalité des programmes sociaux, dès l'été 1981.

Cette reconversion idéologique au rôle moindre de l'État — pour laisser une plus grande place au marché — aura des répercussions négatives sur le sentiment nationalitaire et donnera la priorité aux questions économiques.

Le rapprochement entre les idées dominantes et le néo-libéralisme plus naturel au PLQ est amorcé. Il va gagner le plan constitutionnel, où les propositions gouvernementales non seulement s'inscrivent désormais dans la logique du partage des compétences, mais différeront de moins en moins, à mesure que le temps avance, de celles que formule dans l'opposition le PLQ, tant en ce qui a trait au réaménagement des

pouvoirs qu'en ce qui concerne les politiques économiques que cette nouvelle répartition permet.

En effet, faute de réaliser la souveraineté associée au point de départ, le gouvernement Lévesque, prisonnier de son étapisme, s'est vu contraint de répondre coup par coup aux faits politiques qui ont marqué cette période. Caractérisée dans un premier temps par une offensive fédérale d'envergure visant à l'instauration d'un fédéralisme normalisant — le Rapport Pepin-Robarts, la perte du référendum, le rapatriement unilatéral de la Constitution, la mise sur pied de la Commission sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, la promotion de l'union économique canadienne, la tentative d'imposition de normes nationales en matière de santé et d'éducation, etc. — cette période, compte tenu de la crise, fut aussi marquée par une reconversion idéologique où l'État-providence devient l'ennemi et la question nationale, secondaire.

Les réponses du gouvernement péquiste à ces événements, profilées sur un arrière-plan de crise économique, constituent un second corpus d'idées politiques et constitutionnelles dominantes au Québec pour cette période.

Ce corpus de propositions constitutionnelles concrètes porte sur les compétences économiques et la propriété des richesses naturelles, les pêcheries, les communications, le droit de la famille, la péréquation et le pouvoir de dépenser.

On ne peut pas légitimement en conclure que le gouvernement péquiste ait dès lors reconnu comme fédérales toutes les compétences qu'il n'a pas expressément réclamées pour les provinces, d'autant plus que ses demandes expresses sont formulées au gré d'un « ordre du jour » auquel il réagit et sur lequel il n'a pas droit de regard. On peut cependant probablement présumer qu'il se contentait alors, au moins tactiquement et temporairement, d'un statu quo pour les compétences fédérales, sauf dans la mesure où il en demande la modification.

Ces réclamations visent, notamment, le refus de la réduction des compétences économiques provinciales au nom des exigences de l'union économique canadienne et l'attribution aux provinces de la compétence exclusive en matière d'exploration, de conservation et de mise en valeur des ressources naturelles, de même qu'une compétence concurrente relativement à leur exportation, aussi bien que la renonciation fédérale en cette matière au pouvoir déclaratoire, au pouvoir résiduaire, aux compétences implicites et aux pouvoirs d'urgence²²⁹.

En ce qui a trait aux communications, le gouvernement Lévesque cherche, au départ, à faire accepter par le gouvernement fédéral la reconnaissance du droit des provinces à adopter et appliquer des politiques conformes à leurs objectifs et à leur ordre de priorités mais acceptera en 1980 un texte reconnaissant la compétence fédérale exclusive quant au spectre des fréquences²³⁰.

Le transfert aux provinces des compétences fédérales en matière de pêches de même que de mariage, de divorce et de création d'un tribunal intégré de la famille fait aussi partie des demandes spécifiques et limitées qui se sont substituées avec le temps à la revendication de la souveraineté²³¹.

Au surplus, les conditions posées pour la signature par le Québec de l'entente visant le rapatriement de la Constitution constituaient en elles-mêmes des propositions constitutionnelles précises : la reconnaissance du caractère spécifique de la société québécoise et le retrait compensé des programmes à frais partagés. Cependant, tout au cours de cette période où le processus de ces négociations constitutionnelles en vue du rapatriement s'est déroulé avec le concours du gouvernement péquiste, les idées dominantes n'excluent pas la péréquation inconditionnelle²³². Le contraire serait d'ailleurs étonnant puisqu'il s'agit là de la considération principale de ce comportement, de l'intérêt qui fonde aussi bien la collaboration péquiste que l'idéologie du fédéralisme rentable, prônée par l'opposition.

LE DÉNOMINATEUR IDÉOLOGIQUE COMMUN

Toutefois, un seuil n'a pas été franchi, ni par les uns ni par les autres, durant cette période, ni en aucun autre temps : c'est celui qui sépare la péréquation inconditionnelle des octrois conditionnels par lesquels le pouvoir de dépenser tente d'imposer des normes nationales en matière de santé et d'éducation, notamment au cours des négociations post-rapatriement pour le renouvellement des accords fiscaux.

Le refus de cet instrument de centralisation fait donc partie à la fois des idées dominantes et de celles de l'opposition, comme on a pu le constater à l'unanimité — un instant retrouvée — de l'échiquier politique, depuis Johnson jusqu'à Camille Laurin, en passant par Castonguay et Claude Ryan²³³. C'est le dénominateur commun des idées politiques de cette période.

Il faut voir cependant que le PLQ n'en vient à cette position officielle qu'à la fin de cette troisième période, harcelé par sa propre aile autonomiste et soucieux de conserver sa crédibilité, en revenant sur des positions antérieures favorables au pouvoir de dépenser.

On aura noté que ce dénominateur commun recoupe le seuil en deçà duquel Bourassa non plus, talonné lui aussi par son opposition, n'avait pas eu le loisir de descendre à Victoria : le maintien des compétences provinciales existantes en matière de santé et d'éducation. Tout se passe comme si le noyau dur des idéologies politiques communes à toutes les tendances au Québec coïncidait, quels que fussent la période et le gouvernement, avec le champ professionnel et politique des classes technocratiques dominantes dans une société dépourvue de grande bourgeoisie d'affaires . . .

Mais tous les intérêts ne convergent pas sur tous les plans — même dans une société relativement homogène comme le Québec — et la fraction supérieure des classes moyennes que polarise le PLQ, qui représente également les intérêts de la minorité québécoise anglophone, fait valoir les siens à travers des idées qui, pour être moins éloignées des propositions constitutionnelles des péquistes au pouvoir que des énoncés de principes du Parti québécois extraparlamentaire, en diffèrent pourtant.

LES IDÉES POLITIQUES DE L'OPPOSITION

Le Parti québécois ayant au départ pris de l'ascendant sur l'ensemble des groupes souverainistes, son opposition, au début de cette période au moins, se trouve en face de lui, sur les bancs qu'occupe le PLQ à l'Assemblée nationale. Dans ces circonstances, analyser les idées politiques de l'opposition dans le cadre de notre propos, c'est exposer les idées, surtout constitutionnelles, du PLQ.

On sait en effet que ce parti, dont la clientèle se recrute au Québec dans la classe moyenne-supérieure de la couche en dessous de celle que polarise le Parti libéral fédéral, professait un certain libéralisme économique avant même la vague mondiale de néo-libéralisme actuelle et un fédéralisme légèrement moins centralisateur que celui du « grand-frère » d'Ottawa.

À partir de son reflux dans l'opposition, suite à la défaite de Bourassa, ce sont ces deux grandes idées générales que va défendre le PLQ pendant que Ryan, reprenant l'appareil en mains, va mettre sur pied les structures chargées d'élaborer le programme qui constituera le principal énoncé politique de ce parti durant cette période, le livre beige, publié en 1980²³⁴.

Les idées constitutionnelles du PLQ s'opposent au corpus d'idées antifédéralistes qui forment le noyau du modèle théorique de la souveraineté association. Elles se rapprochent, nous l'avons déjà souligné, des propositions constitutionnelles concrètes que le gouvernement péquiste a défendues tout au long de cette période. Elles en diffèrent pourtant, dans leur esprit, et surtout sur des aspects concrets du partage des compétences.

Dans l'esprit d'abord, les idées libérales professent un fédéralisme qu'elles envisagent comme permanent, alors que l'idéologie péquiste, même dans sa version la plus diluée, continue d'être soutenue par au moins une partie des défenseurs de la souveraineté, qui voient leur appui au fédéralisme comme temporaire et tactique.

Dans le principe même qui colore la sorte de fédéralisme proposé, les idées libérales diffèrent aussi des idées péquistes, même de celles d'après août 1984. En effet, les péquistes qui viendront après cette date au fédéralisme, à la fois par opportunisme électoral et pour récupérer les

pertes constitutionnelles encourues depuis le référendum et le rapatriement, n'ont pas construit une véritable théorie de partage des compétences, mais ils ont réagi, par des propositions concrètes touchant le partage, à des événements politiques d'importance engendrés par la crise. Les libéraux, au contraire, vont meubler les loisirs que leur offre l'opposition pour structurer, dès 1976, leur conception du fédéralisme, dans une démarche qui contribue par ailleurs à la « ryanisation » du parti.

Cette conception repose sur un certain nombre de principes, dont les deux plus importants sont la réduction maximale des compétences exclusives et des pouvoirs unilatéraux, et la création d'un conseil fédéral avec pouvoir de contrôle sur l'exercice de certaines compétences attribuées respectivement aux deux ordres de gouvernement. Ces principes nous semblent découler, bien que ce ne soit pas explicite, d'une conception fonctionnaliste de l'État et, plus particulièrement, du fédéralisme.

On peut affirmer sans hésitation que l'application d'un fédéralisme tel que proposé dans le livre beige — fondé sur les exigences pratiques de la gestion politique quotidienne d'un État fonctionnel — suppose une collaboration continue entre les instances fédérales et provinciales. C'est une idéologie qui mise sur la coopération comme mode de fonctionnement, plutôt qu'elle ne repose sur l'exercice indépendant de compétences voulues comme étanches et juxtaposées. Dans ce sens, c'est un fédéralisme probablement beaucoup plus centralisateur que celui sur lequel débouchera plus tard le péquisme.

Cette conception va se matérialiser par des propositions concrètes de partage des compétences nettement différentes de celles qui découlaient des réactions ponctuelles du péquisme aux événements constitutionnels.

D'autre part, dans cette version du fédéralisme, la liste des compétences conjointes ou non exclusives s'allonge pour comprendre tous les modes de taxation, la recherche, l'immigration, les relations de travail, les politiques de redistribution du revenu, la mise en valeur des richesses naturelles, les institutions financières et le contrôle du contenu des télécommunications²³⁵. Si le pouvoir d'urgence et le pouvoir de dépenser restent dans la liste des compétences fédérales, leur exercice est soumis à l'approbation par une majorité des deux tiers du Conseil fédéral : il s'agit donc, en quelque sorte, d'une compétence conjointe, selon une autre modalité²³⁶.

Par ailleurs, certaines des compétences que le gouvernement péquiste réclame expressément pour les provinces dans ses négociations sur — ressources naturelles, pêches, commerce, compétences économiques, pouvoir de dépenser — seront attribuées, au moins partiellement, par le livre beige, notamment l'accès et la répartition des richesses naturelles, la protection des espèces, l'énergie nucléaire, les aspects interprovin-

ciaux et internationaux du commerce. À quoi il faut ajouter le maintien du pouvoir de dépenser, quoique assujéti au contrôle du Conseil fédéral, notamment en matière de santé. Sur cette dernière position, le PLQ reculera en 1984²³⁷.

UNE JURISPRUDENCE HERMÉTIQUE AUX RÉCLAMATIONS QUÉBÉCOISES

Il s'agit maintenant de voir si l'évolution constitutionnelle du fédéralisme canadien pendant cette période a intégré l'un ou l'autre de ces corpus idéologiques.

La présence des parties québécoises devant le forum constitutionnel dans des causes relatives à la répartition des compétences semble se stabiliser autour du quart de l'ensemble de ces litiges²³⁸ — ce qui ne marque pas une augmentation par rapport à la période précédente et paraît recouper en gros la proportion que représente la population québécoise par rapport à celle du Canada.

On pourrait s'étonner de ce fait, impossible à expliquer par un rattrapage économique qui n'a pas eu lieu — puisque faible dans les secteurs de pointe, l'expansion économique du Québec reste de plus toujours handicapée par l'existence de secteurs mous — si l'on ne constatait par ailleurs que les litiges en provenance du Québec ont rarement trait aux objets de partage liés intrinsèquement au développement économique, et s'axent surtout sur le droit criminel, généralement associé — à tort ou à raison — à la stagnation de ce développement.

Ce sont plutôt les tendances quantitatives de cette jurisprudence qui vont démarquer cette période par rapport aux précédentes. À défaut de les relativiser par une analyse qualitative qui tienne compte du poids relatif des décisions et de l'importance politique majeure des exceptions, on pourrait être tenté de conclure à un renversement provincial de la tendance générale de cette jurisprudence.

En effet, alors que, depuis la Seconde Guerre mondiale, la tendance générale de la Cour suprême à la centralisation, un moment ralentie, ne s'était pas vraiment démentie, on semble assister maintenant à un renversement au moins quantitatif de la situation sur ce plan : non seulement la majorité des décisions favorisent-elles les compétences provinciales, mais dans tous les domaines sauf celui du droit criminel, l'environnement et la métacom pétence qui permet de modifier les règles constitutionnelles elles-mêmes, une majorité importante des décisions va dans ce sens.

En fait, si les décisions en matière criminelle, qui sont très majoritairement favorables à l'État fédéral, ne représentaient pas, comme elles le font, plus de la moitié de l'ensemble, la proportion totale des gains provinciaux serait beaucoup plus élevée encore dans les autres domaines.

Cependant — et c'est un autre renversement, non moins spectaculaire — cette tendance s'inverse en ce qui concerne les causes en provenance du Québec, dans lesquelles les deux tiers des jugements intervenus favoriseront les compétences fédérales.

Avant de mettre ces données quantitatives en rapport avec les faits et les idées politiques précédemment analysées, il faut d'abord s'arrêter sur un facteur juridique structurel, susceptible, à notre avis, d'en rendre compte en partie. Les trois quarts des causes en provenance du Québec à cette période se situent, avons-nous dit, dans le champ du droit criminel²³⁹, droit de compétence fédérale expresse et qui a toujours fait, au surplus, l'objet d'une interprétation large par la Cour suprême. Toutes ces décisions favorisent donc assez naturellement la compétence fédérale, même si les deux dernières constituent également, en un certain sens, des gains provinciaux très limités²⁴⁰.

Cette tendance centralisatrice, qui confirme dans plus de la moitié des cas la compétence fédérale en matière de droit criminel, se manifeste avec la même vigueur quelle que soit la provenance des causes.

Pourtant, il nous semble que ce serait tomber dans la naïveté que d'analyser dans cette seule perspective statistique limitée un corpus de décisions qui comprend, notamment, les trois affaires *Keable*. Des causes portant sur des questions aussi clairement politiques ne nous semblent pas en effet susceptibles de décisions divorcées du contexte des enjeux politiques dont elle sont indissociables.

On peut au moins constater la convergence objective de ces décisions avec les intérêts de l'État fédéral, qui, par ailleurs, bénéficie au même moment de facteurs politiques favorables tels que l'institutionnalisation de l'opposition indépendantiste à l'intérieur d'un parti plus modéré, défait au référendum et, de surcroît, floué par le rapatriement.

Dans tous les autres domaines à propos desquels le partage des compétences fut mis en question durant cette période, sauf en matière d'environnement²⁴¹ et d'aménagement²⁴², la majorité des décisions favorisent les provinces, mais il s'agit d'autres provinces que le Québec, qui, dans ce domaine, n'a fourni à la Cour suprême que deux litiges non reliés au droit criminel²⁴³ durant cette période.

Dans tous ces domaines spécifiques, sauf la santé²⁴⁴, on peut dire que la Cour a entériné des idées constitutionnelles expressément revendiquées par l'idéologie de l'opposition telle que prônée dans le livre beige.

Ces décisions ne vont pas non plus à l'encontre des idées politiques dominantes, dans le sens où, dans son modèle théorique de la souveraineté association, le Parti québécois réclamait au moins ces compétences provinciales spécifiques en les exigeant toutes, même s'il ne les demandait pas expressément lorsque, réduisant ses exigences, il acceptait de négocier le partage.

Ainsi, en droit du travail, deux²⁴⁵ des trois²⁴⁶ décisions qui favorisent les compétences provinciales le font en rejetant la théorie des éléments

intrinsèques, dans la foulée de l'arrêt *Montcalm* de la dernière période, et en intégrant les idées libérales préconisant de confier aux provinces les relations de travail à l'exception de la fonction publique fédérale et des employés des secteurs de compétence fédérale expresse, exception qui sera d'ailleurs confirmée dans les décisions favorables aux compétences fédérales en ce domaine²⁴⁷.

En matière de transport, la seule décision de la période²⁴⁸ conforte aussi bien les idées dominantes que celles de l'opposition en confirmant la compétence provinciale relativement à une installation intraprovinciale reliée à une province adjacente et sur les questions fiscales incipientes, tel que réclamé expressément par le PLQ²⁴⁹. Toutes les décisions sont favorables aux compétences provinciales²⁵⁰, même si l'une d'entre elles est, à certains égards, également favorable à l'État fédéral²⁵¹.

Quant au pouvoir de taxer en général et notamment les propriétés foncières et les ressources naturelles²⁵², les décisions consacrent des compétences provinciales qui ont aussi été réclamées tant par le Parti québécois que par le PLQ²⁵³.

La situation est la même en matière d'institutions financières²⁵⁴ où les fiducies sont déclarées de compétence provinciale, conformément aux propositions du livre beige²⁵⁵, et en matière de commerce²⁵⁶ où des dispositions législatives fédérales ont été invalidées parce que visant le commerce intraprovincial, qui figure lui aussi sur la liste des compétences réclamées expressément par le PLQ pour les provinces²⁵⁷.

Par ailleurs, lorsque ces compétences n'ont pas suscité de réactions expresses de la part du gouvernement péquiste au cours du déroulement des événements constitutionnels de cette période, elles faisaient certainement partie des compétences auxquelles il n'avait pas renoncé en amorçant ces négociations.

On serait donc tenté de conclure que, durant cette période, il existe un rapport positif entre l'évolution jurisprudentielle du partage des compétences et les idées politiques aussi bien dominantes que d'opposition au Québec si l'on ne tenait compte de deux exceptions, dont on ne saurait, d'ailleurs, sous-estimer l'importance. Nous avons traité ici de la première, qui vise le droit criminel, dont on sait qu'il touche le pouvoir répressif de l'État, et plus spécialement encore quand il s'applique dans un contexte politique.

La seconde a trait au partage des compétences que l'on pouvait qualifier de « métaconstitutionnelles » et qui touchent la modification des règles constitutionnelles elles-mêmes. Nous les analysons au titre des institutions auxquelles, visant la Constitution elle-même, elles se rattachent d'abord.

Une pratique constitutionnelle centralisatrice contrée par la résistance passive du Québec

La pratique constitutionnelle, de 1978 à 1981, particulièrement tumultueuse, d'autant plus que le Québec est divisé en deux par le

référendum de 1980, débouchera sur un échec que confirme le rapatriement unilatéral de 1981, précédé de la modification législative du texte constitutionnel par le Parlement britannique.

Cette victoire du gouvernement central, loin de ralentir son offensive, le conduira à multiplier jusqu'en 1984 d'autres initiatives d'imposition de normes, notamment en matière d'éducation et de santé.

Ces négociations débutent par une opposition entre le programme fédéral des questions à débattre et celui du Québec. Daniel Soberman a étudié ces négociations dans leur ensemble, et nous n'y revenons ici que brièvement, pour rappeler leur échec global en ce qui concerne la position québécoise. Les autorités fédérales veulent axer cette négociation sur l'élaboration d'une formule de modification du texte constitutionnel après son rapatriement et sur l'inclusion préalable d'une *Charte des droits et libertés*. De plus, elles proposent deux nouveaux thèmes de discussion : soit l'inclusion préalable d'un préambule et des propositions en matière de compétences économiques. Or le Québec est loin d'adhérer à cet ordre de priorité. Pour lui, la Charte n'a pas la même importance et ne saurait être discutée, non plus que la formule d'amendement, avant que le partage des compétences n'ait été modifié à sa satisfaction²⁵⁸. Au surplus, le préambule devrait contenir, outre la reconnaissance du caractère spécifique de la société québécoise et de son droit à l'autodétermination, la faculté de se retirer, avec compensation financière, des programmes conjoints²⁵⁹.

En plus des éléments dont nous venons de faire état quant à l'ordre du jour et au préambule, la position québécoise vise le statu quo du partage en matière économique et sa modification en ce qui concerne les pouvoirs généraux, résiduaire, déclaratoire et de dépenser, ainsi que les communications, le droit de la famille, la péréquation et les richesses naturelles. Ces demandes, que nous avons exposées précédemment à titre de propositions constitutionnelles concrètes formant le second corpus des idées politiques péquistes de cette période²⁶⁰, la pratique constitutionnelle devait leur réserver un sort varié, mais que l'on ne peut qualifier, globalement, que d'échec.

Certes, l'offensive fédérale voulant modifier le partage à son avantage au nom du concept d'union économique ne s'est pas matérialisée dans le texte rapatrié²⁶¹, mais les demandes québécoises sur le partage lui-même n'ont pas été entérinées non plus, ni quant aux grands pouvoirs, ni en ce qui a trait aux domaines spécifiques où des modifications avaient été proposées, sauf en matière de richesses naturelles²⁶² et du commerce extraprovincial.

Encore faut-il voir que ces modifications ont été consenties aux provinces de l'Ouest, qui les réclamaient plus encore que le Québec et à partir d'un meilleur rapport de forces. Rien n'autorise à poser l'hypothèse selon laquelle elles auraient débouché sur la modification introduite par les articles 50 et 51 et la *Loi constitutionnelle de 1982*, si le Québec avait été seul à les réclamer. Il faut plutôt croire qu'elles auraient

alors subi le même sort que ses autres demandes reliées au préambule et à la répartition des compétences.

Quant à la péréquation, le Québec était d'accord pour l'inscrire dans la Constitution, mais à condition que cette introduction ne donne pas lieu, même indirectement, à une invitation au gouvernement fédéral à dépenser ou à intervenir dans les domaines provinciaux²⁶³. Cette acceptation de principe a-t-elle permis l'introduction de l'article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ou bien, y aurait-il été inclus unilatéralement de toutes manières comme ce fut le cas de la Charte? Quoi qu'il en soit, les autorités fédérales se sont toujours dispensées d'invitation, législative ou non, pour envahir indirectement les compétences provinciales au nom du pouvoir de dépenser²⁶⁴, et l'article 36 leur aura donné un prétexte supplémentaire de le faire²⁶⁵, même si son libellé ne les y autorise aucunement²⁶⁶.

Quant à la Charte, dont les autorités québécoise n'entendaient officiellement discuter qu'après avoir obtenu gain de cause en matière de partage, et à l'introduction de laquelle elles ne voyaient que des désavantages — sur lesquels nous revenons ci-après à propos des libertés publiques — elle fut également incorporée à la Constitution sans le consentement du Québec.

Dans l'opposition, les libéraux allaient — et vont d'ailleurs toujours — plus loin encore que le gouvernement dans leurs exigences relatives au préambule, où ils voulaient voir inscrire le droit de veto pour le Québec. Sur les modifications de la répartition des compétences, à notre connaissance, ils n'ont pas réitéré, ni d'autre part retiré, l'exigence minimale qu'ils avaient manifestée au pouvoir dans la période précédente lorsqu'ils avaient refusé de signer la Charte de Victoria faute d'obtenir une modification de la répartition qui eût garanti la sécurité sociale et culturelle du Québec.

C'est dire, comme chacun est forcé de se le rappeler en ce moment, que la pratique constitutionnelle des années 1976–1985 n'entérina aucune des idées politiques dominantes ou de l'opposition de cette période au Québec.

Les libertés publiques et les droits de la personne

En matière de libertés publiques et de droits de la personne, le rapport qui s'établit entre les idées politiques, d'une part, et l'évolution constitutionnelle, d'autre part, n'est pas univoque.

Partiellement en porte à faux, aussi bien quant aux avenues jurisprudentielles qu'aux pratiques d'évolution constitutionnelle, ce rapport n'entérine pas non plus les idées politiques dominantes au Québec dans les cas où il s'établit vraiment, mais confirme, dans une large mesure, celles de l'opposition (qui sont semblables à celles des autorités fédérales).

Des idées politiques dominantes axées sur les droits collectifs

Les autorités québécoises de cette période et leur opposition libérale ne partagent pas la même conception en matière de libertés publiques et droits de la personne. Un relevé succinct de leurs divergences sur la question de l'inclusion d'une Charte des droits dans la Constitution démontre que leurs points de discordance portent essentiellement, d'une part, sur la nécessité d'une garantie constitutionnelle des droits et, d'autre part, sur la dimension individuelle ou collective qui doit être protégée par la loi. Ces divergences se fondent sur une conception différente du rôle de l'État ainsi que du statut du Québec au sein de la fédération canadienne. Elles renvoient aux caractéristiques spécifiques des groupes qui constituent leurs clientèles, et notamment à leurs caractéristiques ethniques et linguistiques.

Privilégiant la question nationale, le gouvernement péquiste va favoriser les droits collectifs, surtout en matière linguistique, par rapport aux droits individuels énoncés par la Charte. Il ne voit que des désavantages à l'inclusion d'une Charte dans la Constitution, notamment parce que, selon l'ampleur et la diversité des droits insérés, elle pourrait limiter les compétences législatives des provinces avant même qu'elles n'aient été réaménagées, et diminuer la responsabilité parlementaire au profit de l'interprétation judiciaire²⁶⁷.

C'est surtout en matière linguistique que le Québec craint l'insertion de droits individuels, véhicules de modification des priorités sociales et culturelles matérialisées par les droits collectifs en ce domaine²⁶⁸. Il propose de s'en tenir aux recommandations de la Commission Pepin-Robarts « d'écarter les garanties constitutionnelles et d'inviter les provinces à assurer par législation la protection de leurs minorités²⁶⁹ ».

Baignant dans un libéralisme traditionnel où les droits individuels priment les droits collectifs et amenée par son option fédéraliste à proposer en matière linguistique une solution valable pour l'ensemble du Canada et respectueuse de sa clientèle anglophone au Québec, l'opposition, au contraire, prône l'inclusion d'une Charte des droits dans la Constitution²⁷⁰. Pour le PLQ, la Constitution devra matérialiser, en matière linguistique comme ailleurs, la dualité canadienne par l'octroi au Québec de garanties qui ne devront pas réduire les droits individuels assurant la protection des minorités²⁷¹. L'opposition est donc favorable au bilinguisme dans les institutions fédérales et celles de quatre provinces²⁷², de même qu'au choix de la langue d'enseignement en fonction de la langue maternelle, la Charte protégeant dès lors les droits des minorités en limitant la compétence législative des provinces à cet égard.

Une jurisprudence qui récuse les réclamations québécoises

Il faut maintenant tenter de cerner auxquelles de ces idées correspond le

mieux l'évolution constitutionnelle en cette matière durant cette période.

Comme dans la période précédente, la plupart des décisions de la Cour suprême entre 1976 et 1985 en matière de libertés publiques portent sur des droits et libertés qui ne constituaient pas un enjeu important du débat politique au Québec. Qu'il s'agisse, en effet, de la limitation de la liberté d'expression²⁷³, de l'application, toujours aussi restrictive, de la Déclaration canadienne des droits²⁷⁴ ou, un peu plus généreuse, de la Charte²⁷⁵, ou encore des droits de chasse et de pêche des Indiens, ces questions ne se reflètent pas dans le corpus des idées politiques débattues au Québec. Dans l'ensemble, cette jurisprudence n'est pas favorable aux droits individuels²⁷⁶.

Or, en matière linguistique — au contraire mais sans qu'à notre avis on puisse en accuser le hasard — la Cour va affirmer, même si elle leur apporte certains tempéraments²⁷⁷, les droits individuels protégés aussi bien par l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁷⁸ que par la *Loi constitutionnelle de 1982*²⁷⁹. Cette affirmation des droits individuels et des valeurs libérales se lit, en contexte, comme une négation des droits collectifs en la même matière et comme une réduction de la compétence législative correspondante des provinces à mettre en oeuvre leurs priorités sociales et culturelles.

Bref, c'est rejeter les idées politiques dominantes pour adopter celles de l'opposition, qui sont aussi celles que prônent les autorités fédérales. Le type de rapport positif qui s'établit ici entre la jurisprudence constitutionnelle et les idées politiques de l'opposition en matière de libertés publiques correspond donc en gros à celui que l'on avait pu observer sous le duplessisme.

Une pratique constitutionnelle qui nie les réclamations québécoises

Au terme de l'échec que l'on sait, en décembre 1981, le Parlement fédéral canadien votait une résolution faisant mention de la loi qui, une fois votée par le Parlement britannique, allait devenir la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Dans l'ensemble, on peut dire que c'est un rejet des idées dominantes et une intégration de celles de l'opposition, mais cet énoncé demande à être nuancé.

Il s'agit d'un rejet des idées dominantes dans la mesure où ces dernières repoussaient globalement le fédéralisme lui-même et la Charte, du moins jusqu'à entente sur le partage tout en prônant, comme compromis temporaire conforme à la stratégie étapiste, la version des droits linguistiques collectifs incluse dans la « clause Québec²⁸⁰ », selon laquelle seuls les enfants de parents ayant fait leurs études au Québec en anglais ont le droit d'accès aux écoles publiques anglophones.

Mais il faut voir en contrepartie que la Charte reconnaît le caractère collectif des droits linguistiques, consacre le biculturalisme et non le

multiculturalisme et, rejetant la « clause univers », refuse le choix d'une école anglophone à ceux dont les parents n'ont par reçu au Canada l'enseignement primaire ou secondaire en anglais²⁸¹. En cela comme dans la mesure où elle suspend l'entrée en vigueur des droits linguistiques au Québec jusqu'à l'accord de l'Assemblée législative québécoise²⁸², elle concède une certaine reconnaissance, très partielle, c'est évident, à certaines propositions dominantes.

La Charte exprime par ailleurs une réception, partielle également, des idées de l'opposition, notamment en matière de droits fondamentaux, de droits judiciaires et de mobilité²⁸³. Mais en matière linguistique, elle reste très en deçà des demandes de l'opposition, quant à la « clause univers²⁸⁴ » et quant à l'objet même auquel s'appliqueront les droits linguistiques : en matière de services privés et de commerce, de services de santé et de services sociaux, de justice et de communications, les idées libérales sont écartées²⁸⁵.

Cette pratique constitutionnelle et les modifications législatives sur lesquelles elle débouche en matière de libertés publiques est donc plus ambiguë qu'on ne pourrait le croire au premier abord. Pourtant, son résultat net se rapproche davantage des idées de l'opposition, c'est le moins qu'on puisse dire, et les concessions mineures du texte législatif aux idées dominantes ne permettent pas pour autant de qualifier de positif son rapport à ces dernières.

Les institutions

Les institutions prennent, dans notre troisième période, une importance accrue aussi bien dans les idées politiques que dans l'évolution jurisprudentielle du droit constitutionnel. Au surplus, on note des interrelations directes entre la jurisprudence de la Cour suprême et la pratique constitutionnelle.

Mais ce qui frappe surtout d'abord, c'est la concordance entre les idées de l'opposition et, selon l'institution considérée, l'un ou l'autre corpus des idées dominantes. Enfin, il faut noter aussi que la structure des tribunaux judiciaires internes, objet depuis toujours d'un contentieux constitutionnel important, devient également, dans cette période et pour la première fois, un enjeu important des idées politiques au Québec.

DES IDÉES POLITIQUES METTANT TOUJOURS EN QUESTION LES INSTITUTIONS DU FÉDÉRALISME

En matière d'institutions, comme en matière de partage et de libertés, on trouve deux corpus distincts dans les idées politiques dominantes au Québec en cette période, suivant qu'on lit l'idéologie péquiste dans le projet théorique de souveraineté association ou dans les propositions concrètes qui lui ont servi de solution de remplacement présumée tem-

poraire au cours des négociations constitutionnelles. Ici encore, ces dernières sont plus proches de celles que, dans l'opposition, le PLQ mettait en avant.

LES IDÉES DOMINANTES

Dans l'idéologie indépendantiste du Parti québécois, les institutions ont une place importante et le document « la nouvelle entente » propose notamment un Conseil communautaire, une Commission d'experts, une Cour de justice et une Autorité monétaire, respectivement nantis des pouvoirs appropriés aux fonctions que leurs noms indiquent²⁸⁶. Mais on aura compris qu'il s'agit d'organismes bilatéraux dans l'ordre international, dont la mise sur pied présuppose, malgré la saveur confédérale de l'ensemble, la souveraineté préalable des parties contractantes.

Cependant, compte tenu des circonstances que l'on sait, le gouvernement du Québec a élaboré des propositions de rechange, en matière d'institutions comme pour le reste, en réaction aux interventions fédérales de la période, et le contenu de ces propositions forme un second corpus, relié de plus près aux institutions fédérales canadiennes actuelles, qu'il s'agit, dans cet esprit, de modifier, même si l'illogisme de la démarche n'échappe pas totalement à ses auteurs.

S'exprimant en effet à propos du Sénat, pour lequel elle réclame la représentation réelle des provinces et sa participation significative à l'exercice du pouvoir fédéral de manière à refléter la dualité canadienne, l'intervention québécoise à la réunion du Comité permanent des ministres sur la Constitution, en juillet 1980, laissait à entendre ce qui suit :

Comment, en effet, déterminer la composition et les pouvoirs d'une nouvelle chambre haute dont le rôle serait d'assurer la participation des provinces à l'exercice des compétences fédérales alors même que ces compétences ne sont pas redéfinies? Plus ces compétences seront étendues, notamment par les grands pouvoirs généraux d'Ottawa, plus la présence et le poids des provinces devront alors se faire sentir, et inversement²⁸⁷.

C'est au nom des mêmes principes que l'on réclame une Cour suprême indépendante, qui rendrait compte à la fois de la spécificité du droit civil québécois et de la dualité canadienne. Pour cela, les nominations des juges de l'État fédéral seraient assujetties au consentement des provinces, la présidence alternerait entre un juge du Québec et un juge d'une autre province, un banc constitutionnel serait composé pour moitié de juges provenant du Québec et d'une autre province, et un banc civil serait entièrement formé de juges québécois; finalement, la procédure de demande d'avis consultatif serait directement accessible aux provinces²⁸⁸.

Enfin — et c'est un fait nouveau qu'il faut, à notre avis, expliquer par la structuration du ministère du procureur général à la faveur de la montée de la bureaucratie québécoise durant cette période — le corpus

des idées constitutionnelles dominantes portant sur les institutions comporte désormais des éléments relatifs à la compétence provinciale relativement à la Cour supérieure.

À partir des années 1980, en effet, le Québec réclame le transfert pur et simple du pouvoir de nomination des juges de la Cour supérieure et la modification en conséquence de l'article 96, ce qui réglerait, partiellement du moins, les problèmes liés à la création par le Québec des tribunaux administratifs²⁸⁹.

LES IDÉES DE L'OPPOSITION

Curieusement, certaines des propositions institutionnelles du PLQ durant cette période se rapprochent davantage du corpus théorique et radical péquiste que des propositions gouvernementales de rechange.

Pour ce qui est, plus précisément, du Sénat, dont elle considère qu'il « n'est plus adapté aux besoins du fédéralisme moderne », l'opposition libérale en réclame carrément l'abolition²⁹⁰. Elle en propose d'ailleurs le remplacement par un Conseil fédéral reflétant la dualité canadienne, qui présente des analogies marquées avec le Conseil communautaire proposé par le PQ²⁹¹.

En ce qui a trait à la Cour suprême, c'est des propositions ponctuelles du gouvernement que se rapprochent les idées de l'opposition, au point de s'y superposer entièrement, sauf en matière de nomination des juges, sur laquelle le livre beige est muet²⁹². Par contre, sur la nomination des juges de la Cour supérieure, il y a concordance complète entre les idées dominantes et celles de l'opposition²⁹³.

Une jurisprudence fatale au statut revendiqué pour le Québec

Pour la première fois depuis la Seconde Guerre mondiale, les idées politiques et l'évolution constitutionnelle en matière d'institutions ne se déploient pas, de façon prépondérante, sur des lignes parallèles. Au contraire, on note même des interrelations tripartites entre les idées, la jurisprudence et la pratique constitutionnelles.

Durant cette période, la Cour suprême rend un nombre à peu près équivalent de décisions favorables aux compétences provinciales et fédérales. Mais vu l'importance relative des décisions respectives, on ne peut conclure qu'à une tendance centralisatrice malgré la majorité de décisions en sens contraire, compte tenu des exceptions beaucoup plus importantes que constituent les renvois relatifs à la Constitution, soulevés par son rapatriement.

Il faut d'abord noter la partie des décisions de la Cour qui reste encore en porte à faux par rapport aux idées politiques débattues au Québec, celle qui concerne la Cour fédérale.

Plus favorable que dans la période précédente à la juridiction administrative de la Cour fédérale, la Cour suprême rend trois décisions qui

l'affirment²⁹⁴. Mais en matière d'examen de la constitutionnalité des lois, elle écarte, dans trois décisions d'une importance majeure, la compétence du Parlement pour créer une cour qui serait seule à pouvoir juger de la constitutionnalité des lois fédérales, à l'exclusion de la Cour supérieure²⁹⁵.

Le temps n'est pourtant pas encore venu où ces questions, décisives pour les intérêts judiciaires du Québec, auront atteint le forum des idées politiques, et le procureur général, débordé sans doute à la même époque par les renvois sur la Constitution, n'intervient que dans deux de ces six causes.

En matière de compétence provinciale relativement à la création des tribunaux administratifs et de délégation à des tribunaux provinciaux — question liée, comme on le sait, au pouvoir de nomination des juges de la Cour supérieure consigné à l'article 96 de la Constitution dont le gouvernement ainsi que l'opposition demandent la modification — la tendance de la Cour est légèrement plus favorable aux pouvoirs provinciaux. Sur la juridiction de la Cour supérieure en matière de droit de la famille²⁹⁶ et de logement²⁹⁷, elle rend des décisions fondées sur les mêmes critères techniques²⁹⁸, mais dont la cohérence fonctionnelle n'est pas évidente²⁹⁹, alors qu'en matière d'agriculture³⁰⁰ et d'environnement³⁰¹, elle est plus favorable aux compétences provinciales qu'en matière de droit professionnel³⁰².

La prise en considération du critère historique, lié aux fonctions spécifiques exercées par la Cour supérieure avant 1867, continue d'avoir un effet de distorsion dans le régime des tribunaux administratifs que les provinces peuvent mettre sur pied, et provoque le désaccord unanime des idées dominantes et d'opposition; mais on ne peut pas dire que la Cour ait tenu compte de ces réclamations, trop techniques pour constituer un enjeu majeur, même lorsqu'elles atteignent le forum politique.

En ce qui concerne les institutions, non plus judiciaires cette fois mais politiques, la Cour rend trois décisions capitales.

La première porte sur le Sénat³⁰³, dont le tribunal estime qu'il ne relève pas de la compétence fédérale exclusive et qu'il ne peut, par conséquent, être aboli par loi fédérale. Cette décision aura une incidence sur la pratique constitutionnelle, dans la mesure où elle rejettera cet enjeu politique dans le champ des modifications législatives reliées au rapatriement.

Mais ce sont les deux dernières décisions que nous abordons qui donnent à la jurisprudence constitutionnelle de la période sa coloration nettement centralisatrice. Parce qu'ils touchent le noyau même des pouvoirs constitutionnels, la légalité et la légitimité des règles de modification qu'il faut bien qualifier de métaconstitutionnelles, le *Renvoi relatif à la Constitution du Canada*³⁰⁴ et le *Renvoi relatif à la modification de la Constitution du Canada*³⁰⁵ ont en effet un poids exceptionnel sur l'avenir de la fédération. Or on sait que malgré une concession aux provinces, dont elle estimait le consentement requis par les *conventions* constitu-

tionnelles pour effectuer le rapatriement assorti d'une modification constitutionnelle, la Cour suprême a favorisé l'État fédéral de façon irrémédiable en décidant que ce consentement n'était toutefois pas *légalement* exigible et elle a défavorisé spécifiquement le Québec en lui niant le droit de veto sur les modifications constitutionnelles.

Une pratique constitutionnelle hostile à l'ensemble des propositions québécoises

Qu'il s'agisse d'institutions politiques comme le Sénat et les règles métaconstitutionnelles, ou judiciaires comme la Cour suprême et les tribunaux supérieurs des provinces, la pratique constitutionnelle n'a pas été plus sensible que la jurisprudence, est-il besoin de le rappeler, aux idées politiques professées au Québec durant cette période et qui, de l'opposition au gouvernement, convergeaient largement à cet égard.

Les propositions institutionnelles concrètes formulées par le gouvernement dans le corpus qui sert de substitut temporaire de la souveraineté association, et celles du livre beige du PLQ analysés plus haut à titre d'idées politiques, constituent en même temps la contribution québécoise aux négociations constitutionnelles de cette période. Elles se sont heurtées à la volonté fédérale de rapatriement sans autre modification préalable que la Charte et, notamment, sans changement institutionnel.

Lors des discussions des conférences constitutionnelles à l'été 1980, aucun consensus n'avait été atteint ni quant à la Cour supérieure et à la Cour suprême, ni quant au Sénat, ni, évidemment, quant au rapatriement lui-même.

C'est dans ce contexte que s'inscrivent les trois demandes d'avis consultatif auprès de la Cour suprême portant respectivement sur le Sénat (1980), la modification de la Constitution (1981) et le veto québécois (1982). On en connaît le résultat, qui allait légitimer la pratique constitutionnelle fédérale au rapatriement unilatéral assorti de l'ajout de la Charte.

Avec de pareilles autorisations justificatives, les autorités fédérales, qui montrèrent là tout leur respect de la légitimité, n'avaient plus besoin de négocier une modification préalable des institutions, pas plus d'ailleurs que du partage.

La Constitution fut donc rapatriée selon le plan d'action fédéral et sans aucune des modifications institutionnelles que réclamaient les demandes formulées au Québec et qui traduisaient aussi bien les idées dominantes que celles de l'opposition.

Conclusion

Chercher la trace des idées politiques énoncées au Québec dans l'évolution du droit constitutionnel canadien depuis la Seconde Guerre mondiale, ce n'est pas postuler leur influence exclusive. Le droit d'un pays

ne se réduit pas au produit des rapports socio-politiques entretenus dans une seule de ses parties. Il ne s'explique jamais d'ailleurs totalement hors du contexte international.

Mais on ne peut pas non plus qualifier d'improbable l'hypothèse d'une incidence de la question nationale québécoise sur le produit constitutionnel canadien, ni imaginer que les conceptions de l'État matérialisées dans une unité fédérée puissent être sans effet sur la forme de la fédération où elles s'inscrivent.

Il ne nous a donc pas semblé impertinent de questionner le produit constitutionnel canadien des quarante dernières années sous le rapport de ses convergences et divergences avec les idées politiques professées au Québec. C'est la synthèse des résultats de nos analyses que nous livrons dans cette conclusion.

Dans un premier temps, nous ferons le point sur l'effet des idées constitutionnelles québécoises en matière d'orientation du contenu du droit canadien. Dans un deuxième temps, nous aborderons la question de la perméabilité, aux préoccupations du Québec, de chacun des moyens spécifiques d'évolution de ce droit : jurisprudence constitutionnelle, négociations fédérales-provinciales, modifications législatives.

De manière générale, et malgré certaines exceptions, on constatera que les idées constitutionnelles québécoises de la période ont échoué à orienter l'évolution du contenu du droit constitutionnel canadien.

Ces exceptions — obtenues à la faveur de rapports de forces efficaces mais éphémères — se sont matérialisées, pour ce qui est du partage des compétences, par l'accueil, dans le droit, des idées dominantes du johnsonisme et, par la suite, de celles de l'opposition telles qu'exprimées dans le livre beige du Parti libéral. En matière de libertés publiques, c'est d'abord avec les idées de l'opposition antiduplessiste et, plus tard, avec la conception des droits individuels en matière linguistique que véhiculait l'opposition libérale, que s'est établi ce rapport exceptionnel.

Mais qu'il se soit agi de ramener les prétentions fédérales dans les limites du partage de 1867 — sans parler de la modifier en faveur des provinces — de reconnaître les droits linguistiques et culturels collectifs des francophones québécois, ou d'envisager des modifications propres à rendre les institutions fédérales plus impartiales et plus représentatives des spécificités régionales, on s'est buté à une fin de non-recevoir. Le droit constitutionnel canadien récusait par là non seulement la reconnaissance d'une collectivité canadienne duelle ou la possibilité d'un statut particulier pour le Québec, mais également celle d'un fédéralisme plus décentralisé.

C'est sur le partage constitutionnel des compétences législatives, plus encore que sur les libertés publiques ou les institutions, que s'est progressivement concentré le débat politique au Québec. Les revendica-

tions en cette matière ont crû en importance, en radicalisme et en légitimité jusqu'au début des années 1980, pour s'infléchir ensuite brusquement à partir du référendum.

Alors que le duplessisme se serait contenté du *statu quo ante* consacré par la lettre du texte constitutionnel de 1867, objectif relativement ambitieux dans le contexte de la centralisation d'après-guerre, le néo-nationalisme, caractéristique de l'étape suivante, exigera une modification décentralisatrice du partage visant, au strict minimum établi par Bourassa et refusé à Victoria, le transfert au Québec des compétences nécessaires pour assurer sa sécurité culturelle et sociale. Mais déjà le fédéralisme lui-même est remis en cause par une proportion croissante de la population du Québec, et la modification du partage ne suffit plus : c'est la suppression du fédéralisme que maintenant on recherche.

Cette position, plus radicale et désormais légitimée, dominera la troisième période, au moins dans le discours des souverainistes, même si leur pratique, presque superposable à celle de l'opposition, s'inscrit en deçà de cet objectif, dans la revendication d'un partage plus largement favorable au Québec.

Ces différentes positions en matière de partage n'auront pas toutes le même succès. On constatera d'abord que leur effet a été d'autant plus grand qu'elles étaient plus radicales et leur support, moins légitime.

En effet, les périodes de revendications modestes : le *statu quo* de Duplessis et la sécurité culturelle et sociale de Bourassa — idéologies que l'on pourrait qualifier de minimalistes dans le contexte de l'époque — coïncident avec des blocages et des reculs sur le plan du partage.

Duplessis, qui visait le retour au *statu quo ante* du droit écrit de 1867, n'a obtenu que le maintien du *statu quo* partiel de la pratique constitutionnelle de l'après-guerre. Les concessions ultimes de Bourassa ne lui ont pas valu de meilleurs résultats à Victoria, d'où le partage formel des compétences est sorti indemne. Le rapatriement unilatéral, en 1982, d'une Constitution avec Charte et sans veto se situe dans le même rapport, peut-être encore plus évident, au référendum qui l'a précédé. Si bien qu'on hésite à regarder en face ce que les positions réductionnistes actuelles augurent pour l'avenir . . .

À l'inverse, les idées politiques qui ont fait leur chemin dans la réalité constitutionnelle étaient portées par des gouvernements plus exigeants en matière de compétences provinciales et dont les revendications faisaient pourtant figure de moindre mal par rapport à celles d'une opposition encore plus radicale et moins légitime.

Le meilleur exemple, c'est la halte à la centralisation qui survient à la fin de la seconde période, entérinant — avec le décalage propre à l'évolution du droit — le noyau idéologique du johnsonisme : l'infirmité de la doctrine des dimensions nationales, la régression relative de celle des éléments intrinsèques, notamment dans le champ du travail et des

communications, vont offrir une assise constitutionnelle, si fragile soit-elle, au type de décentralisation postulé par la dualité canadienne chère à Johnson.

Ces coïncidences s'inscrivent dans un contexte de réclamations continues mais modérées de modification du partage des compétences par les gouvernements légitimes, sur un arrière plan de revendication pure et dure d'abolition de ce partage et de liquidation du fédéralisme, portées par des groupes plus radicaux, dont certains font partie d'une opposition extra-parlementaire qui ne réfuse pas la violence.

D'autres convergences s'expliquent aussi par la force et le radicalisme des revendications qui les sous-tendaient, dans un contexte où pourtant l'illégitimité appréhendée jouait un moins grand rôle.

Le première se lit dans les gains du gouvernement Lesage en matière fiscale et en ce qui concerne des institutions financières aussi importantes que la Caisse de dépôt et le Régime des rentes. La seconde se situe entre 1975 et 1980, à l'époque où, en matière de travail, de transport, de taxation et même jusqu'à un certain point de commerce interprovincial, le droit constitutionnel canadien évolue partiellement dans le sens prôné par le livre beige de l'opposition libérale, qui coïncide alors avec la pratique constitutionnelle, sinon le discours, du gouvernement péquiste.

Le partage des compétences a évolué dans la Constitution canadienne en faveur des idéologies dominantes au Québec quand leurs porteurs ont construit les rapports de forces nécessaires. Il se trouve par ailleurs que ces périodes ont véhiculé parallèlement une conception interventionniste du rôle de l'État, aussi bien sous Lesage et Johnson que durant le premier mandat du gouvernement péquiste.

En fait les percées, dans le droit constitutionnel, des idées politiques professées au Québec ont été le fait de gouvernements dont la conception élargie du rôle de l'État exigeait un accroissement des compétences législatives auquel ils ne pouvaient renoncer sans perdre l'appui de leurs clientèles. Par contraste, on peut constater que le statu quo et les reculs ont été imposés à des gouvernements professant une conception libérale de l'État, matérialisée soit par une abstention législative, sous Duplessis, soit par une amorce de dérégulation, sous Bourassa et sous Lévesque, à mesure que se déploient les années 1980 et la crise économique.

Quant aux libertés publiques, que le droit constitutionnel canadien affirmait déjà dès après la guerre, l'idéologie dominante au Québec leur est longtemps restée indifférente. Pis encore, sous Duplessis, la pratique politique les a violées allégrement, notamment la liberté de religion et d'expression politique.

Quand la majorité québécoise commencera de s'y intéresser, à partir de Lesage et surtout de Johnson, c'est aux droits collectifs, principalement linguistiques, qu'elle accordera la priorité aux dépens, le cas

échéant, des droits individuels que continue de privilégier le droit constitutionnel canadien.

Les divergences sur ces questions vont croissant entre les idées dominantes de Duplessis, Johnson et Lévesque, et celles de leurs oppositions libérales respectives, que le droit constitutionnel canadien entérinera aussi bien en matière de liberté religieuse et politique qu'en ce qui a trait au caractère individuel des droits linguistiques.

Cette imperméabilité du droit constitutionnel canadien aux valeurs dominantes au Québec en matière de libertés publiques culmine dans l'adoption de la Charte canadienne des droits malgré la dissidence québécoise. C'est moins le contenu des valeurs affirmées par la Charte que conteste cette dissidence que le refus fédéral de modifier préalablement la répartition des compétences : c'est dire le poids différent qu'accordent respectivement aux libertés publiques et aux compétences législatives comme aux libertés individuelles et collectives, les deux sociétés qui cohabitent au Canada.

D'autre part, on est forcé de constater qu'à une exception près — le remplacement de la « clause univers » par la « clause Canada » en matière de droits linguistiques —, la Charte a entériné la conception linguistique véhiculée par l'opposition cité-libriste puis libérale au Québec, conception qui coïncidait par ailleurs avec celle qui domine au Canada anglais.

Outre qu'il faut tenir compte du contexte international en matière de droits de la personne durant toute cette période, c'est encore dans le rapport de forces qu'il faut lire les facteurs lourds de ce résultat.

L'affirmation dans le droit constitutionnel de droits individuels auxquels l'idéologie dominante québécoise ne s'est pas vraiment opposée n'a rien d'étonnant. La récusation du caractère collectif des droits linguistiques se présente autrement.

Dans la mouvance de la question nationale, ces réclamations n'ont véritablement atteint le débat politique interne que sous le gouvernement Bertrand, qui en sous-estimait l'importance, et le forum constitutionnel que dans le contexte de l'après-référendum, lorsque le rapport de forces leur était défavorable. Liées d'aussi près aux intérêts des élites francophones que l'extension des pouvoirs d'État, elles ne sont cependant devenues un enjeu constitutionnel majeur que trop tard, au moment du rapatriement, alors que ces groupes, déjà moins revendicateurs, ne constituaient plus la base électorale unique d'un gouvernement qui cherchait ailleurs ses appuis.

En ce qui concerne les institutions, le fossé entre les idées politiques émanant du Québec et l'évolution du droit constitutionnel canadien durant toute cette époque est encore plus large. L'évolution du droit se situe en porte à faux par rapport aux enjeux du débat politique québécois en modifiant des institutions qui n'y retiennent même pas l'attention. Ce droit et ces idées resteront si étrangers l'un aux autres que le premier

n'entérinera aucune des secondes, qu'il s'agisse des réclamations de la majorité ou de celles de l'opposition, largement superposables par ailleurs.

Si l'on excepte en effet le discours radical indépendantiste, que la pratique politique péquiste n'a pas suivi et qui visait des institutions fédérales post-souveraineté, l'unanimité s'est tôt faite — et s'est toujours maintenue — depuis la Seconde Guerre mondiale au Québec pour réclamer, mais sans passion, un Sénat et une Cour suprême dont la constitution, les pouvoirs et surtout le mode de nomination des membres soient représentatifs du caractère fédéral de la Constitution.

Rien de cela ne s'est matérialisé dans l'évolution du droit constitutionnel canadien, qui a axé ses préoccupations institutionnelles sur le maintien et le renforcement de l'unicité du système judiciaire et la primauté de la Cour supérieure, dont la contestation par les administrativistes relevait d'un discours trop technique et spécialisé pour atteindre le forum des idées politiques.

Si l'on inclut dans les institutions, entendues ici au sens proprement constitutionnel, les métarègles qui contrôlent les modalités du changement constitutionnel lui-même, l'échec des idées politiques québécoises, toutes tendances confondues, est encore plus sérieux, qui s'inscrit dans le refus du veto et le rapatriement unilatéral.

Les facteurs qui jouaient en matière de libertés publiques ont ici le même poids. Les changements refusés l'ont été sur des thèmes — le Sénat et la Cour suprême — auxquels le débat politique québécois n'accordait pas une importance primordiale. Ceux qui ont été introduits, ou bien visaient des institutions dont les courants politiques québécois se désintéressaient largement — comme la structure judiciaire interne —, ou bien, s'agissant des métarègles constitutionnelles, ont été imposés dans le contexte post-référendaire du rapport de forces que l'on sait.

Lorsqu'elles ne sont pas brusquement changées par une rupture du tissu social, les constitutions évoluent lentement. Elles n'empruntent que rarement la voie de la modification législative — exprès semée d'embûches, comme le veut la loi du genre —, et c'est d'accommodements politiques en interprétations judiciaires qu'elles cheminent vers la nécessaire adaptation sociale.

La Constitution fédérale canadienne ne fait pas exception à ces règles élémentaires.

Depuis 1867, aucune révolution n'est venue la bouleverser. Elle a subi peu de modifications législatives et, depuis la Seconde Guerre mondiale jusqu'à maintenant, seule l'introduction de la Charte et de quelques autres amendements en 1982 peut être qualifiée de modification législative majeure. Ce n'est pas dire qu'il ne s'agit pas là d'un processus politique, tout aussi politique que la pratique constitutionnelle faite de négociations et d'ententes qui, élaborées en marge des règles constitutionnelles pour les adapter, les contournent le plus souvent.

Le processus judiciaire est, en principe, moins traumatique : il ne modifie le texte ni ne l'écarte, mais l'interprète et le clarifie. L'idéologie juridique, sans laquelle les tribunaux — comme le droit lui-même — seraient parfois à court de justifications, le présente comme neutre, technique, objectif, bref comme divorcé du processus politique ou s'inscrivent les négociations, les ententes, la modification législative même, dont on commence à admettre avec plus de facilité maintenant qu'elle soit le fruit d'un rapport de forces à un moment social déterminé.

Dans ces circonstances, on aurait pu poser l'hypothèse que le rapport, à l'étude ici, entre l'évolution du droit constitutionnel canadien et les idées politiques professées au Québec depuis la Seconde Guerre mondiale serait plus perceptible dans les modifications législatives et la pratique constitutionnelle que dans la jurisprudence de la Cour suprême.

C'est le contraire qui se produit.

Les rares rapports positifs que nous ayons identifiés entre ces idées politiques et ce droit constitutionnel s'établissent dans le champ de l'évolution jurisprudentielle : en matière de partage des compétences, durant la seconde période, avec les idées dominantes du johnsonisme et, durant la troisième période, avec celles de l'opposition, telles qu'exprimées dans le livre beige du Parti libéral, de même qu'en matière de libertés publiques, dans la première période, avec les idées de l'opposition cité-libriste et, dans la troisième période, avec la conception des droits collectifs en matière linguistique que véhiculait également l'opposition libérale.

Tous les autres rapports sont inexistantes ou négatifs, qu'on les lise dans la jurisprudence ou dans la pratique constitutionnelle sauf, dans ce dernier cas, pour un succès très partiel des idées de Lesage en matière fiscale au début de la seconde période.

Le peu de chemin constitutionnel qu'ont fait les idées politiques dominantes ou de l'opposition au Québec au cours des quarante dernières années est donc d'ordre jurisprudentiel et situé en marge de la vraie voie politique, carrément bloquée jusqu'à la fin de troisième période.

Sans doute est-ce, en partie, attribuable au fait que les juges ne perdent pas pour eux-mêmes le pouvoir qu'ils cèdent, dans la mesure où le noyau dur de l'État — qui fonde aussi leur légitimité propre — n'est pas atteint. Car eux non plus n'abandonneront pas l'essentiel : ni le pouvoir répressif, ni la compétence relativement aux métarègles constitutionnelles, comme le font bien voir les affaires *Keable* et les avis consultatifs de la dernière période en matière constitutionnelle.

Mais pour les hommes politiques fédéraux, le seuil est infiniment plus élevé, car les pouvoirs cédés sont des pouvoirs perdus, et l'on n'a jamais vu d'homme politique qui se dépouillât volontairement du sien, du moins tant que le bilan de son exercice a des chances de s'avérer positif.

Vienne la crise, et la figure peut s'inverser.

On imagine mal une structure centrale qui décentralise tant que le pouvoir n'est pas menacé, tant que les ressources abondent. Mais, quand il s'agit de distribuer la décroissance et la compression des dépenses dans le contexte d'un pouvoir fragile et menacé, la décentralisation reprend tout son sens pour ceux qui chassent ainsi vers la périphérie les problèmes et la pénurie. En effet, tant que la croissance autorisait le keynésianisme et soutenait l'idéologie interventionniste de l'État moderne, aucun gouvernement fédéral, ni aucun pouvoir provincial fortement identifié à une collectivité comme c'est le cas au Québec, ne pouvaient se départir des pouvoirs postulés comme essentiels au fonctionnement de ce modèle d'État.

Mais la réponse néo-libérale que les démocraties occidentales, y compris la fédération canadienne, font à la crise économique, change les règles du jeu, non seulement en matière économique, mais en matière de localisation du pouvoir politique, tant il est vrai que la question nationale reste indissolublement liée à la forme de l'État.

Dans un contexte de dérégulation, de libre-échange, de retour aux lois du marché — car ne nous trompons pas : ce sont aussi des lois — l'État n'a plus besoin des mêmes instruments de mise en oeuvre pour des politiques de plus en plus inexistantes. Les autorités fédérales peuvent dès lors décentraliser des pouvoirs qu'elles ne veulent pas exercer et dont la charge accrue ne constituera pas une tentation violente pour les provinces.

On aperçoit pourtant un seuil à l'horizon, en bas duquel les concessions fédérales aux provinces ne pourraient descendre : il prend la forme politique que revêtent aussi bien les besoins ressentis comme minima par la population, notamment en matière de politiques sociales, que les intérêts des producteurs, toujours plus menacés que les pôles de réglementation sont multiples et noncoordonnés.

C'est en tous cas ce relâchement des exigences de l'État — pour l'heure, néo-libéral parce que conservateur — en matière de pouvoirs nécessaires à l'exercice des fonctions réduites qu'il estime suffisantes à son fonctionnement optimal, qui explique, à notre avis, l'« ouverture » sur laquelle débouche, à l'aube de 1985, la pratique constitutionnelle fédérale à l'égard des idées politiques récemment dominantes au Québec.

On aura noté que pour arriver à ce résultat dont on ne sait encore rien, les idées dominantes — dont on n'a jamais si bien vu le rapport pratique aux intérêts de ceux qui les portent — ont dû subir des modifications considérables, pour rester dans la litote.

Mais du coup, les rapports multiples entre le pouvoir politique sous-jacent à la question nationale, la conception de l'État et les effets de la crise s'éclairent.

À la faveur, si l'on peut dire, de la crise et de la réaction néo-libérale qu'elle suscite, une conception désormais minimaliste de l'État permet

une certaine décentralisation, jusqu'aux seuils incertains de la tolérance sociale, décentralisation qui favorise une solution moins intransigeante — bien que forcément, dans cette optique, fédéraliste — de la question nationale québécoise.

Soudainement, le texte de 1867, dans son application normale, redevient l'objectif d'un pouvoir fédéral et d'un pouvoir provincial de nouveau en accord sur une conception du rôle de l'État proche de celle qui avait inspiré, au XIX^e siècle, les rédacteurs de la Constitution.

La boucle du néo-libéralisme économique se boucle, à travers sa conception minimaliste de l'État, sur un néo-duplessisme où la question nationale reprend la place — fédérale — que lui ont toujours réservé les crises.

Notes

1. *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone*, 1966 R.C.S. 767, et *Birks c. Cité de Montréal*, 1955 R.C.S. 799.
2. La répartition des causes de la période 1945–1960 selon leur provenance est la suivante :

Provenance des causes	Colombie-						Ensemble
	Québec	Ontario	Prairies	Britannique	Maritimes	Autres	
Répartition des compétences	2	11	13	3	3	1	33
Libertés publiques	6	—	—	—	1	—	7
Institutions	1	5	—	2	3	—	11
Total	9	16	13	5	7	1	51

3. Faisant appel à la théorie de l'aspect, la Cour déclara valide une loi provinciale réglementant le commerce des billets à ordre en exigeant l'enregistrement de ceux qui s'adonnaient à ce commerce [*Duplain c. Cameron*, 1961 R.C.S. 693]. Au nom de la théorie de l'essence et de la substance, elle jugea valide une loi provinciale sur les privilèges ouvriers réglementant les comptes en fiducie aux fins de l'application de cette loi [*John Troup Ltd. c. Royal Bank of Canada*, 1962 R.C.S. 487]. Elle a, par ailleurs, jugé *intra vires* une loi provinciale relative aux prêts usuraires, considérant qu'elle ne touchait que de façon incidente la compétence fédérale sur l'intérêt [*P.G. Ontario c. Barfried Entreprises Ltd.*, 1963 R.C.S. 570].
4. Voir *Crawford and Hillside Farm Dairy Ltd. c. P.G. Colombie-Britannique*, 1960 R.C.S. 346, où un plan de commercialisation du lait comportant un système de redistribution de revenus fut déclaré *intra vires*, pour le motif qu'il constituait un exercice valide de la compétence des provinces aux termes des par. 13 et 16 de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour suprême conclut également que, par essence, un impôt provincial sur les ressources *in situ* était un impôt direct sur la propriété [*Canadien Pacifique c. P.G. Saskatchewan*, (1952) 2 R.C.S. 231]. Elle a jugé *intra vires* une taxe sur les profits nets anticipés ou réalisés sur la vente du minerai de fer, [*Nickel Rim Mines Ltd. c. P.G. Ontario*, 1967 R.C.S. 270] de même qu'une taxe sur un bien mobilier vendu au détail et susceptible d'être répercutée [*Cairns Construction Ltd. c. Government of Saskatchewan*, 1960 R.C.S. 619]. La Cour suprême a jugé qu'une taxe résidentielle supportée par un fonctionnaire occupant un immeuble possédé par la Couronne était *intra vires* et ne contrevenait pas à l'art. 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, [*Phillips c. Sault Ste-Marie*, 1954 R.C.S. 404]. Mais elle a rendu un jugement qui ne favorisait qu'à moitié les compétences provinciales dans le *Renvoi relatif à The Farm Products Marketing Act (Ontario)*, 1957 R.C.S. 198, et déclaré *ultra vires* un impôt sur les ressources *in situ* pour le motif qu'il s'agissait

- véritablement d'une taxe à l'importation, parce que décourageant, voire rendant impossible, l'exportation du minerai de fer [*Texada Mines Ltd. c. P.G. Colombie-Britannique*, 1960 R.C.S. 713].
5. L'appel au Conseil privé britannique n'est plus ouvert aux justiciables canadiens à partir de 1949. Compte tenu du temps qu'un litige mettait à atteindre ce forum depuis la naissance de la cause d'action, on peut considérer que c'est la Cour suprême et non plus le Conseil privé qui est l'interprète de la Constitution canadienne à partir de cette date. Ce sont les décisions qui lui sont postérieures qui constituent notre corpus jurisprudentiel.
 6. *Hodge c. La Reine*, (1883–1884) 9 C.A. 117. *Les liquidateurs de la Banque maritime du Canada c. Le Receveur général du Nouveau-Brunswick*, 1892 C.A. 437. *Renvoi relatif à The Initiative and Referendum Act*, 1919 C.A. 935 et *British Coal Corporation c. Le Roi*, 1935 C.A. 500.
 7. *Edwards c. P.G. Canada*, 1930 C.A. 124.
 8. *Ibid.*
 9. *Toronto Electric Commissionners c. Snider*, 1925 C.A. 356.
 10. La Cour suprême décida que la réglementation de différends ouvriers, au sein d'une entreprise de débardage, relevait de l'État central, en raison de la compétence du Parlement fédéral en matière de navigation et de la théorie des compétences accessoires [*Renvoi sur la Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail*, 1955 R.C.S. 529]. Par la suite, elle déclara inapplicable à la compagnie Bell Canada une loi québécoise sur les conditions de travail, pour le motif qu'elle était une entreprise visée par les al. a) et c) du par. 92(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et que le sujet de la législation faisait partie intégrante de la compétence fédérale relativement à cette entreprise [*Commission du salaire minimum c. Bell Telephone*, 1966 R.C.S. 767].
 11. Ainsi la Cour suprême a jugé qu'une loi provinciale sur les privilèges ouvriers était inapplicable à un pipeline interprovincial, parce que susceptible de porter atteinte à l'intégrité d'une entreprise fédérale [*Campbell-Bennet Ltd. c. Comstock Midwestern Ltd.*, 1954 R.C.S. 207]. L'une des applications les plus étendues de cette théorie, en dehors du champ même des relations de travail, fut la décision par laquelle le tribunal, au nom de la compétence du Parlement fédéral en matière de chemins de fer, lui permit de régir la propriété des droits miniers [*P.G. Canada c. Canadian Pacific*, 1958 R.C.S. 285].
 12. Fondé sur le par. 92(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.
 13. La Cour suprême devait en effet juger qu'un service de transport interprovincial constituait une entreprise aux termes du par. 92(10) précité et, conséquemment, qu'une législation provinciale ne pouvait réglementer les activités d'un tel service sauf celles qui, isolément, présentaient un caractère local [*Winner c. S.M.T. (Eastern) Ltd.*, 1951 R.C.S. 887]. Même ces dernières furent déclarées ensuite de compétence fédérale [*P.G. Ontario c. Winner*, 1954 C.A. 541]. Voir également *Esso Standard (Inter-America) Inc. c. J.W. Entreprises*, 1963 R.C.S. 144, où le juge Judson conclut que le Parlement fédéral pouvait réglementer le transfert des actions des sociétés fédérales, et se fonda notamment sur le passage suivant de la décision du juge Laidlaw de la Cour d'appel :

It is my opinion that the Parliament of Canada having legislative power to create companies whose objects extend to more than one Province possesses also the legislative power to prescribe the manner in which shares of the capital of such companies can be transferred and acquired. That matter is one of general interest throughout the Dominion.
 14. *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone*, *supra*, n. 10.
 15. L'opinion du juge Rand dans le *Renvoi relatif à The Farm Products Marketing Act (Ontario)*, 1957 R.C.S. 198, concluant au caractère extraprovincial des programmes de mise en marché de produits destinés à une autre province que celle d'où ils émanaient, fut en effet confirmée par la Cour suprême l'année suivante : [*Murphy c. Le Canadien Pacifique*, 1958 R.C.S. 626]. Cette décision contredisait celle de la Cour dans *Le R. c. Eastern Terminal Elevators*, 1925 R.C.S. 434, selon laquelle une

réglementation similaire était inconstitutionnelle, son objet n'étant pas l'agriculture mais un produit de l'agriculture, quoique ce dernier fût en majeure partie destiné à l'exportation.

16. *Renvoi relatif à la validité des règlements sur les baux en temps de guerre*, 1950 R.C.S. 124.
17. *Canadian Wheat Board c. Nolan*, 1951 R.C.S. 81. Le Comité judiciaire infirma cette décision dans *P.G. Canada c. Halley and Carey Ltd.*, 1952 C.A. 427.
18. *Johanesson c. Municipality of West St-Paul*, (1952) 1 R.C.S. 292. *Munro c. National Capital Commission*, (1966) 57 R.C.S. 663.
19. Sauf celles qui résulteront, après 1982, de l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Mais entre 1945 et 1960, toute modification interprétative de la répartition des compétences se fait suivant le principe des vases communicants.
20. Durant cette période, la Cour suprême a déclaré *ultra vires*, parce que relative à cette matière pour le motif qu'elle visait à remédier à l'état d'insolvabilité d'un débiteur, une loi de moratoire de la Saskatchewan et une loi de paiement méthodique de dettes adoptées par la législature albertaine [*The Canadian Bankers' Association c. P.G. Saskatchewan*, 1956 R.C.S. 31. *Renvoi relatif à The Orderly Payment of Debts Act 1959 (Alta)*, 1960 R.C.S. 571].
21. En cette matière la Cour suprême a rendu un certain nombre de décisions favorables aux provinces, en se fondant sur la théorie de l'aspect et en se montrant réticente à conclure à un conflit de lois et à déclarer prépondérante la loi fédérale. Elle a ainsi jugé valide et opératoire une loi provinciale pénalisant l'ébriété au volant, considérant qu'elle avait trait à l'administration et au contrôle de la circulation dans les limites de la province et non au droit criminel [*Renvoi sur la validité de l'article 92(4) du Vehicules Act, 1957 (Saskatchewan)*, 1958 R.C.S. 608] et, pour ce motif, une loi provinciale sanctionnant la conduite d'un véhicule à moteur sans y apporter un soin ou une attention convenable, alors que le Code criminel pénalisait la négligence criminelle [*O'Grady c. Sparling*, 1960 R.C.S. 804]. La Cour suprême a, par ailleurs, jugé valide et opératoire, en faisant appel à la théorie de l'aspect, une loi provinciale qui, tout comme le Code criminel, prescrivait les obligations d'un individu à la suite d'un accident de voiture et sanctionnait le défaut de s'y conformer [*Stephens c. la Reine*, 1960 R.C.S. 823]. Elle a aussi conclu au caractère *intra vires* d'une loi provinciale pénalisant la fausse publicité en matière de valeurs mobilières parce que n'étant pas, par essence, prohibitoire mais accessoire à une réglementation sur une matière de compétence provinciale [*Smith c. la Reine*, 1960 R.C.S. 776].
22. *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada c. la Reine*, 1956 R.C.S. 303.
23. *Industrial Acceptance Corporation Ltd. c. la Reine*, 1953 2 R.C.S. 273. *Johnson c. P.G. Alberta*, 1954 R.C.S. 127 : voir aussi *DeWare c. la Reine*, 1954 R.C.S. 182.
24. *Birks c. Cité de Montréal*, 1955 R.C.S. 799. Toutefois dans *Lieberman c. la Reine*, 1963 R.C.S. 643, la Cour suprême jugea qu'un règlement interdisant l'opération d'une salle de quilles le dimanche était valide pour le motif qu'il n'avait pas pour objet l'observance du dimanche mais la réglementation des heures de fermeture de certains établissements commerciaux, laquelle était un exercice valide de la compétence des provinces aux termes du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.
25. Voir *supra*, n. 2.
26. Ce n'est pas le cas des procureurs généraux des provinces qui, en matière constitutionnelle, peuvent intervenir de plein droit, même dans les causes émanant d'autres provinces que la leur. En vertu de sa compétence en matière d'administration de la justice, la législature québécoise avait adopté une loi à cet effet dès 1882 (*Acte pour faciliter l'intervention de la Couronne dans les causes civiles où la constitutionnalité des lois fédérales ou provinciales est mise en question*, 1882 S.Q., c. 4). À partir de 1905, les règles de pratique de la Cour suprême exigent un avis aux procureurs généraux du Canada et de toutes les provinces de la part de la partie qui soulève une question d'inconstitutionnalité. (Règles de pratique de la Cour suprême, 1978 S.R.C., c. 1512, règle 17.) Voir à ce sujet B. Strayer, *The Canadian Constitution and the Courts: The Function and Scope of Judicial Review*, 2^e éd., Toronto, Butterworth, 1983.

27. André Raynauld, *Croissance et structure économiques de la province de Québec*, Ministère de l'Industrie et du Commerce (Québec), 1961, p. 29.
28. *Idem*, p. 27.
29. Gérard Boismenu, Laurent Mailhot et Jacques Rouillard, *Le Québec en texte*, Montréal, Boréal Express, 1980, p. 15.
30. Centrale des syndicats nationaux (CSN) et Centrale des enseignants du Québec (CSQ), *Histoire du mouvement ouvrier au Québec*, Montréal, Coédition CSN, CEQ, 1985, p. 167.
31. Kenneth McRoberts et Dale Posgate, *Développement et modernisation du Québec*, Montréal, Boréal Express, 1983, p. 55.

Deux indicateurs de la croissance économique du Québec :

Années	Production d'hydro-électricité en millions de kWh	Valeur de la production minière en \$
1931	8 066	36 051 366
1941	17 741	99 700 027
1951	29 690	255 931 822
1961	50 433	455 522 933
1971	75 274	770 000 000

32. *Idem*, p. 58.

Répartition de la main-d'oeuvre masculine par secteur économique au Québec, 1931-1971 (en %)

Secteurs	1931	1941	1951	1961	1971
Primaire	30,1	31,6	20,9	12,4	5,6
Secondaire	29,8	36,6	41,1	38,2	35,2
Tertiaire	33,8	30,2	35,9	46,0	51,2

33. *Idem*, p. 57.

Données sur l'agriculture 1941-1971

	1941	1951	1961	1971
Nombre de fermes	154 669	134 366	95 777	61 257
Population vivant sur les fermes (en %)	25,2	19,5	11,1	5,6
Superficie moyenne des fermes (acres)	117	125	168	176

34. Raynauld, *supra*, n. 27, p. 53.

35. C.S.N., C.E.Q., *supra*, n. 30, p. 167.

36. Guy Rocher, *Le Québec en mutation*, Montréal, Hurtubise-HMH, 1973, p. 16.

37. *Idem*, p. 18.

38. L'affaire *Birks* concerne en apparence l'observance des fêtes religieuses : en fait il s'agit des conditions de travail des vendeuses. Quant au litige qui a donné naissance à l'arrêt *Bell Telephone*, il survient à la toute fin de la période et dans une société dont l'activité s'étend en dehors du Québec — à propos de la soumission de cette société aux lois québécoises du travail, notamment sa contribution à la caisse du salaire minimum.

39. McRoberts et Posgate, *supra*, n. 31, p. 32.

40. La faiblesse de l'action législative gouvernementale d'avant 1960 est signalée par Vincent Lemieux qui démontre que durant cette période le gouvernement de l'Union nationale a sanctionné moins de lois que dans les périodes suivantes et surtout que ces lois étaient moins complexes. Vincent Lemieux. « Les gouvernements et leurs lois » dans *Interface*, septembre-octobre 1984, p. 12-15.

41. Boismenu *et al.*, *supra*, n. 29, p. 91 :

Une autre constante complète cette perspective globale, il s'agit du non-interventionnisme d'État ou, plutôt, de l'anti-interventionnisme d'État. Sur ce plan, nous retrouvons la conception de l'État-arbitre qui n'intervient dans les rapports économiques que dans la mesure où la situation économique et(ou) politique l'impose. L'intervention de l'État est assimilée au « paternalisme d'État » qui gêne les lois naturelles de l'harmonie du capital. De plus, l'intervention de l'État est considérée, ceci dans la plus pure tradition libérale, comme la cause des problèmes économiques et la menace des libertés.

Ainsi déclarait Duplessis (*Discours du Trône*, Québec 14 janvier 1984, p. 5) : « Nous sommes d'opinion que le paternalisme d'État est l'ennemi du progrès véritable. Nous croyons que la province de Québec sera développée plus rationnellement et plus rapidement par l'initiative privée bien comprise . . . » Ou encore (*Le Devoir*, 2 janvier 1952) : « Aide-toi, le ciel t'aidera . . . C'est lorsque chacun accomplit son devoir que les droits de tous sont complètement garantis. De toute évidence, le paternalisme d'État paralyse les initiatives fécondes et nécessaires, et conduit, en définitive, à la ruine des individus et des peuples. »

42. Voir le texte que Jean Beetz consacrait en 1964 aux « Attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867 » dans P.A. Crépeau et C.B. MacPherson (édit.), *The Future of Canadian Federalism: L'avenir du fédéralisme canadien*, Toronto, University of Toronto Press, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1965, p. 121 et 122.

43. R. Desrosiers, *L'idéologie de Maurice Duplessis 1946-1955*, thèse de maîtrise, Montréal, Université de Montréal, 1971, p. 192.

44. Ce qui, sur le plan juridique où Duplessis se situe, est parfaitement justifiable. Car l'attribution constitutionnelle d'une compétence législative est seulement habilitante et non contraignante, sauf mention contraire. Voir par ailleurs Beetz, *supra*, n. 42, p. 123.

45. *Le Devoir*, 22 juillet 1948.

46. *Le Devoir*, 11 février 1949.

47. *Le Devoir*, 6 septembre 1952 :

Si la confédération est une entente entre quatre provinces, elle est aussi une entente entre deux grandes races. Elle est le résultat d'une convention entre les deux races anglaise et française dont la culture et les traditions constituent pour le pays un actif précieux et insurpassable. Dans la Confédération canadienne, la province française ne représente pas seulement une entité provinciale mais surtout une entité ethnique. Et ils commettent une erreur magistrale ceux qui réduisent la question constitutionnelle à de simples problèmes matériels. »

48. *Le Devoir*, 30 avril 1947 : « C'est une lutte entre l'idéologie centralisatrice et l'idéologie décentralisatrice, patriotique, provinciale et canadienne. »

49. *Le Devoir*, 4 janvier 1946 : « Nous devons dire aux centralisateurs et aux assimilateurs qui ne veulent qu'un Parlement, qu'une langue et qu'une religion, qui veulent faire disparaître nos traditions et nos mentalités : vous ne crucifierez pas la province de Québec, même sur une croix d'or. »

50. *Le Devoir*, 27 novembre 1952. Ou encore (*Le Devoir*, 16 juin 1952) : « Nous voulons travailler la main dans la main avec tous ceux qui veulent conserver la Constitution. »

51. Robert Boily, « Genèse et développement des partis politiques au Québec » dans *La modernisation politique du Québec*, (en collaboration), Montréal, Les Éditions du Boréal Express, 1976, p. 101-143.

52. *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone*, 1966 R.C.S. 767.

Birks c. Cité de Montréal, 1955 R.C.S. 799.

Renvoi sur la Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail, 1955 R.C.S. 529.

Winner c. S.M.T. (Eastern) Ltd., 1951 R.C.S. 887.

P.G. Ontario c. Barfried Enterprises Ltd., 1963 R.C.S. 570.

Renvoi relatif à la validité des règlements sur les baux en temps de guerre, 1950 R.C.S. 124.

- Munro c. National Capital Commission*, 1966 R.C.S. 663.
Renvoi relatif à The Farm Products Marketing Act, (Ontario), 1957 R.C.S. 198.
Cairns Construction Ltd. c. Government of Saskatchewan, 1960 R.C.S. 619.
Nickel Rim Ltd. c. P.G. Ontario, (1967) R.C.S. 672.
53. Pourtant la rareté des interventions ne saurait être imputée au manque de capacité juridique ou à l'ignorance de la survenance des causes constitutionnelles, dont le procureur général est automatiquement prévenu. Voir *supra*, n. 26. Par ailleurs, ces exceptions concernent toutes deux les pouvoirs de taxation, sur lesquels Duplessis menait une lutte parallèle sur le plan de la pratique constitutionnelle, et sur laquelle nous revenons plus loin. Ces interventions doivent donc être analysées comme complémentaires de cette lutte. *Cairns Construction Ltd., c. Government of Saskatchewan*, 1960 R.C.S. 619; *Nickel Rim Ltd. c. P.G. Ontario*, 1967 R.C.S. 672.
54. Beetz, *supra*, n. 42, p. 124.
55. A. Carrier, *Idéologie politique de la revue Cité Libre*, thèse de maîtrise, Montréal, Université de Montréal, 1967.
56. Cette idéologie, présente dès cette période, sera explicitée quelques années plus tard par P.E. Trudeau *et al.*, « Manifeste pour une politique fonctionnelle » dans *Cité Libre*, mai 1964, p. 11–17, qui continueront d'affirmer :
- Il importe, dans le contexte politique actuel, de revaloriser avant tout la personne, indépendamment de ses accidents ethniques, géographiques ou religieux. L'ordre social et politique doit être fondé au premier chef sur les attributs universels de l'homme et non sur ce qui le particularise. Un ordre de priorité, au niveau politique et social, qui repose sur la personne est totalement incompatible avec un ordre de priorité appuyé sur la race, la religion ou la nationalité.
- Aussi (*idem*, p. 13) : « Si nous voulons faire marcher ce pays, il faut à tout prix préserver et développer le fédéralisme. »
57. La rigueur oblige d'apporter cette nuance, à savoir que le fédéralisme idéal, en 1961, [voir P.E. Trudeau, « La pratique et la théorie du fédéralisme » dans *Le Fédéralisme et la société canadienne-française*, Montréal, Les Éditions HMM, 1967, p. 129–158], serait un fédéralisme de coopération à égale distance de l'autonomisme de Duplessis et de la centralisation du gouvernement fédéral (p. 132) :
- On ne doit toutefois pas en conclure que je sois en faveur de l'autonomie provinciale et contre la centralisation en termes absolus [. . .] ; et si l'on interprète mon propos comme voulant dire que les préjugés autonomistes doivent remplacer d'une manière permanente les préjugés centralisateurs j'aurai complètement échoué dans ma démonstration.
58. *The Dominion-Provincial Taxation Agreement Act, (1942)*, 1942–1943 S.C., c. 13.
59. A. Lajoie, *Contrats administratifs, jalons pour une théorie*, Montréal, Éditions Thémis, 1984, p. 142–168.
60. Beetz, *supra*, n. 42, p. 129.
61. Ses motifs sont bien connus (*Le Devoir*, 20 avril 1955) : « Il n'existe pas de gouvernement responsable qui se borne à administrer l'argent provenant des taxes imposées et perçues par un autre gouvernement. » et (*Le Devoir*, 4 octobre 1952) : « À quoi servirait-il aux provinces de posséder les pouvoirs législatifs et administratifs les plus étendus si, par ailleurs, elles étaient empêchées de prélever les derniers qu'exige l'exercice du pouvoir? ».
62. A. Lajoie et P.A. Molinari, « Partage constitutionnel des compétences en matière de santé au Canada », (1978) 56 *Revue du Barreau canadien*, 579, notamment p. 602.
63. Trudeau, *supra*, n. 57 p. 142–144.
64. *Idem*, p. 145.
65. *Ibid.*
66. *Boucher c. la Reine*, 1951 R.C.S. 265.
Chaput c. Romain, 1955 R.C.S. 834.
Saumur c. Cité de Québec, 1953 R.C.S. 299.
Lamb c. Benoit, 1959 R.C.S. 321.

Roncarelli c. Duplessis, 1959 R.C.S. 121.

Switzman c. Elbing, 1957 R.C.S. 285.

Smith et Rhuland c. la Reine, 1953 2 R.C.S. 95.

Nous aurions pu ajouter deux autres décisions. Les arrêts *Birks c. Cité de Montréal*, 1955 R.C.S. 799, et *Lieberman c. La Reine*, 1963 R.C.S. 643, portent en effet sur l'observance du dimanche et comportaient de ce fait une certaine saveur religieuse. Cependant les parties et la Cour suprême les ont situés en dehors du champ religieux, soit dans ceux du droit du travail et du droit criminel. Nous les avons donc traités en relation avec le partage des compétences.

67. Interprétant restrictivement le crime de libelle séditieux, la Cour suprême a acquitté un Témoin de Jéhovah poursuivi pour avoir publié et diffusé un pamphlet qualifié de séditieux [*Boucher c. la Reine*, 1951 R.C.S. 265]. Le juge Rand, commentant la disposition du Code criminel relatif aux libelles séditieux écrit (p. 290) :

This, as it seems, is a fundamental provision which, with its background of free extension as a constituent of modern democratic government protects the widest range of public discussion and controversy, so long as it is done in good faith and for the purpose mentioned.

68. Elle fit droit à une action en responsabilité civile intentée par un Témoin de Jéhovah contre trois policiers qui, sans mandat, procédèrent à une saisie de livres et de pamphlets religieux à sa demeure et sommèrent ceux qui s'y trouvaient de se disperser, tandis qu'une cérémonie religieuse avait cours [*Chaput c. Romain*, 1955 R.C.S. 834]. La liberté de religion fut l'objet d'un important commentaire du juge Taschereau (p. 840) :

Dans notre pays, il n'existe pas de religion d'État. Personne n'est tenu d'adhérer à une croyance quelconque. Toutes les religions sont sur un pied d'égalité, et tous les catholiques comme d'ailleurs tous les protestants, les juifs ou les autres adhérents des diverses dénominations religieuses ont la plus entière liberté de penser comme ils le désirent. La conscience de chacun est une affaire personnelle, et l'affaire de nul autre.

Il convient de souligner que le juge Kellock pour sa part écrit (p. 859) : « *The appellant who suffered an invasion of his home and his right of freedom of worship was publicly and peremptorily interfered with.* » Dans l'affaire *Saumur c. Cité de Québec*, (1953) 2 R.C.S. 299, un règlement interdisant la distribution dans les rues de livres ou de brochures sans l'autorisation du chef de police est déclaré inapplicable aux Témoins de Jéhovah. Dans *Lamb c. Benoît*, 1959 R.C.S. 321, l'arrestation d'une distributrice de tracts, Témoin de Jéhovah, fut déclarée illégale et des dommages-intérêts furent accordés.

69. Duplessis avait donné l'ordre à un fonctionnaire d'annuler le permis de débit de boissons de Roncarelli, propriétaire d'un restaurant très fréquenté dont les profits subventionnaient ses coreligionnaires, Témoins de Jéhovah. Dans *Roncarelli c. Duplessis*, 1959 R.C.S. 121, la Cour suprême jugeant illégale la décision d'annuler un permis, fit droit à l'action en responsabilité civile intentée contre le premier ministre; la Cour réaffirma le principe de l'égalité devant la loi et les limites imposées par notre droit à l'exercice des pouvoirs même discrétionnaires.
70. *Switzman c. Elbing*, 1957 R.C.S. 285. Invoquant la compétence fédérale sur le droit criminel, cinq juges majoritaires ont conclu au caractère déguisé de la loi. Trois autres juges majoritaires également, soit les juges Rand, Kellock et Abbott, ont fondé leur décision sur la théorie de la déclaration des droits implicites.
71. *Smith et Rhuland c. la Reine*, 1953 2 R.C.S. 95.
72. Notamment dans les affaires *Saumur*, *supra*, n. 68, et *Switzman*, *supra*, n. 70.
73. Voir en particulier *Saumur*, *supra*, n. 68, où l'on trouve une référence explicite à l'arrêt fondamental en cette matière : *Renvoi relatif aux lois de l'Alberta*, 1938 R.C.S. 100.
74. *Beetz*, *supra*, n. 42, p. 23.
75. *Le Devoir*, 20 janvier 1954.
76. *Le Devoir*, 3 janvier 1950.
77. *Le Devoir*, 22 novembre 1946 : « Nous ne pouvons tolérer l'athéisme, frère du communisme. »
78. *Trudeau*, *supra*, n. 57, p. 28.

79. *The Corporation of the City of Toronto c. Olympia Edward Recreation Club Ltd.*, 1955 R.C.S. 454.
80. *Hiller c. Registrar Vancouver Land Registration District*, 1963 R.C.S. 229, décision *a contrario*, le juge Martland déclarant en *obiter* que si la loi provinciale entendait conférer au registraire l'appréciation d'une preuve externe relative à la validité d'un titre de propriété, elle serait *ultra vires*.
81. *P.G. Ontario and Display Service Company Ltd. c. Victoria Medical Building Ltd.*, 1960 R.C.S. 32.
82. *C.N.R. c. Trudeau*, 1961 R.C.S. 398.
83. Elle décida, en effet, qu'un commissaire aux mines pouvait se voir confier certains pouvoirs, tel celui d'octroyer des permis ou celui de décider de litiges en matière de concessions minières, [*Dupont c. Inglis*, 1958 R.C.S. 535] et qu'une commission municipale pouvait décider de l'évaluation d'un immeuble et de son inscription à un rôle d'évaluation, aux fins de la détermination de la contribution fiscale d'une municipalité à un programme provincial de foyers pour personnes âgées, [*The Town of Copper Cliff c. Department of Municipal Affairs of Ontario*, 1961 R.C.S. 324].
84. *P.G. Nouvelle-Écosse c. P.G. Canada*, 1951 R.C.S. 31.
85. *Prince Edward Island Potato Marketing Board c. H.B. Willis Inc.*, 1952 2 R.C.S. 392.
86. *P.G. Ontario c. Scott*, 1956 R.C.S. 137.
87. *Lord's Day Alliance c. P.G. Colombie-Britannique*, 1959 R.C.S. 497.
88. *Renvoi In re Bowater's Newfoundland Pulp and Paper Mills Ltd.*, 1950 R.C.S. 608.
89. P.E. Trudeau, « De quelques obstacles de la démocratie au Québec » dans *supra*, n. 57, p. 113 :

Peuple conquis, non seulement les Canadiens français devaient-ils faire face à un État redouté parce qu'il était la créature d'une nation étrangère, mais encore appartenaient-ils à une Église qui se méfiait de cet État, puissance rivale, enfant de la Révolution, siège possible de la domination des anti-cléricaux, des protestants et même des socialistes. Le peuple, sous cette influence, contracta donc des habitudes de superstition politique et de conservatisme social: il regarda l'État — n'importe quel État — comme une puissance inquiétante [. . .] Pour la masse du peuple tout le formalisme électoral continua de paraître une collection de rites mystérieux et d'origine étrangère [. . .] dans le Québec, le citoyen ne s'attend pas à se voir gratifier d'une école ou d'un hôpital parce que c'est son droit [. . .] il y voit plutôt une récompense pour avoir réélu un député.

Ou encore Beetz, *supra*, n. 42, p. 122 :

Mais les Québécois craignaient l'État [. . .] L'on peut discuter longtemps des causes de cet anti-étatisme initial des Québécois. Pendant cent ans après la Conquête, les Québécois avaient complètement désappris à se servir de l'État ou même à y participer selon un style qui leur fût propre [. . .] Cet État, qu'ils n'avaient point façonné eux-mêmes selon leur génie propre, et qu'ils ne pouvaient influencer, dans la mesure où ils ne participaient que selon des modalités et des cadres qu'ils n'avaient point choisis, finit par être considéré comme une institution au mieux étrangère [. . .] Les Canadiens français ressentent, à l'égard de l'État, un sentiment d'aliénation. C'est là aussi, à mon sens, qu'il faut chercher la source de cette réputation de corruption politique des Canadiens français. La corruption politique est profondément une trahison de l'État. Or on ne trahit vraiment que ce qui nous appartient et vis-à-vis de quoi l'on ressent une loyauté. Il n'est donc pas contradictoire de soutenir qu'on achetait les Canadiens français sans qu'eux-mêmes aient l'impression de se vendre.

90. Voir *supra*, n. 82.
91. Voir le Mémoire préliminaire de la province de Québec à la conférence intergouvernementale canadienne, Ottawa, 10–12 janvier 1950, reproduit dans *Compte tenu des délibérations de la conférence fédérale-provinciale au sujet de la Constitution*, Ottawa, Edmond Cloutier, Imprimeur du Roi, 1950, p. 100, où, dans le c. II consacré aux pouvoirs des autorités provinciales, la province de Québec réclame la nomination des juges des tribunaux de compétence civile et criminelle de la province, ainsi que la nomination des juges de la Cour d'appel de cette province, laquelle deviendrait un tribunal de dernier ressort en matière de droit civil, municipal et scolaire.

92. *Idem*, p. 101.

93. Québec Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels, *Rapport*, tome III, vol. 1, 1956, p. 294–301.

94. *Idem*, p. 297.

95. *Ibid.*

Tous les juges de la Cour suprême sont actuellement nommés par le seul gouvernement central, de sorte que la situation qui prévaut maintenant au Sénat canadien pourrait, à la rigueur, se reproduire à ce tribunal : il suffirait, par exemple, que la coutume s'établisse d'y nommer d'anciens députés ou ministres fédéraux [. . .] mais dans les conflits constitutionnels il n'est ni normal ni satisfaisant qu'une seule partie choisisse, nomme et paie tous les arbitres.

96. Répartition des causes de la période 1960–1975 selon leur provenance

Provenance des causes	Québec	Ontario	Prairies	Colombie-Britannique	Maritimes	Autres	Ensemble
Partage des compétences	11	11	12	8	4	6	52
Libertés publiques	3	11	8	7	5	3	37
Institutions	6	3	3	2	1	2	17
Total	20	25	23	17	10	11	106

97. Voir *supra*, n. 31.

98. D. Brunelle, *L'État solide*, Montréal, Éditions Sélect, 1982.

99. Voir les colonnes 1961–1971 du tableau, *supra*, n. 32.

100. Taux de population urbaine au Québec de 1931 à 1971 (en %) :

1931 : 63,1 1961 : 74,3

1941 : 63,1 1971 : 80,6

1951 : 70,0

Sources : *Annuaire du Québec*, 1962 et 1973, p. 41 et 198 respectivement.

101. R. Pelletier, « Nationalisme et étatisme au Québec dans les années '60 » dans *Dynamique sociale de l'État québécois (1960–1976)*, notes et travaux de recherche n° 11, Québec, département de science politique, Faculté des Sciences sociales, Université Laval, 1978, p. 12.

102. Québec, Gouvernement du Québec, *L'économie : point de vue sur notre réalité. Le développement économique du Québec 1961–1980. Une synthèse*, document n° 2, Québec, 1977, p. 49.

103. Pelletier, *supra*, n. 101. L'auteur se réfère à l'article de Hubert Guindon, « Social Unrest, Social Class and Quebec's Bureaucratic Revolution », *Queen's Quarterly*, vol. 71, n° 7, 1964, p. 152.

104. Voir Lemieux, *supra*, n. 40, p. 13 :

Sous le gouvernement libéral dirigé par Jean Lesage, de 1960 à 1966, la proportion des lois contenant dix relations de contrôle et plus augmente de plus de 10 % par rapport au gouvernement unioniste précédent. Cette augmentation subite de la régulation par les lois est conforme à la représentation qu'on se fait de la révolution tranquille. Mais contrairement à certaines idées reçues, cette évolution ne se termine pas en 1966, du moins dans les lois, sous le gouvernement unioniste dirigé par Daniel Johnson et Jean-Jacques Bertrand, de 1966 à 1970, soit durant la 28^e législature, la proportion des lois contenant dix relations de contrôle ou plus continue d'augmenter. Elle passe de 20 % environ, sous les libéraux, à plus de 26 %. Avec le gouvernement Bourassa, de 1970 à 1976, la complexité des lois atteint un nouveau sommet.

105. On peut mettre à leur compte de nombreuses réformes économiques et sociales dans lesquelles l'État du Québec a joué le rôle primordial de « levier ». Parmi les réformes économiques les plus importantes, on peut retenir la nationalisation de l'électricité en 1964, la création de la Caisse de dépôt et de placement pour administrer les fonds de la nouvelle Régie publique des rentes, la création de la Société générale de financement, celle de l'Office de crédit industriel, ainsi que la mise sur pied de sociétés d'État dans

- le secteur des richesses naturelles (SOQUEM, SOQUIP, REXFOR, Sidbec). Parmi les réformes sociales, on peut signaler celle de la santé (amorcée avec l'assurance-hospitalisation en 1961 complétée par l'entrée en vigueur d'un régime public d'assurance-maladie en 1966 et 1970 et la création du ministère des Affaires sociales), celle du régime public des rentes en 1966, celle du régime d'allocations familiales en 1967 ainsi que celle du secteur de l'éducation (création du ministère de l'Éducation en 1964, du réseau complet d'écoles secondaires publiques, des cégeps en 1967).
106. Les Libéraux sont formés, à leurs débuts, d'une aile fédéraliste et assez conservatrice dirigée par le premier ministre Jean Lesage et d'une aile plus nationaliste et réformiste à des degrés divers, animée par René Lévesque et Paul Gérin-Lajoie.
 107. L'ambiguïté de l'option souverainiste du PQ dont témoignent les avatars de la notion de souveraineté association (avec ou sans trait d'union) est présente dès sa création. Ce parti était un amalgame de tendances plus ou moins nationalistes et plus ou moins progressistes regroupées par le MSA. À son troisième congrès en 1971, ses délégués proviennent d'autres partis dans les proportions suivantes : 33,4 % du MSA, 27 % du RIN, 13,3 % du PLQ, 11 % du NPD, 8,4 % du FRAP, 6 % de l'UN, 2,1 % du Parti créditiste, 1,9 % du RN. Voir L. Beaudry *et al.*, *Le souverainisme politique au Québec. Le Parti québécois et les courants indépendantistes 1960-1980*, notes de recherches n° 22, Montréal, Université du Québec, 1982, p. 13.
 108. Alors que la scène fédérale a connu, de 1962 à 1968, une phase d'instabilité politique durant laquelle trois gouvernements minoritaires se sont succédé, les élections de 1968 portent au pouvoir le gouvernement majoritaire de P.E. Trudeau. Cette entrée en scène du « *French Power* », couronnement de l'envol des « Trois Colombes » — P.E. Trudeau, Gérard Pelletier et Jean Marchand — vers Ottawa pour, selon leurs termes, « sauver le Canada » menacé par la montée du mouvement en faveur de l'indépendance du Québec, grâce à une « société juste » et à l'instauration du bilinguisme canadien (*Loi sur les langues officielles de 1969*), va ouvrir sur le plan politique une période de glaciation constitutionnelle.
 109. H. Laurendeau, *Le processus politico-idéologique de la nationalisation de l'électricité de 1963 au Québec*, Les cahiers du CIDAR Montréal, département de sociologie, Université de Montréal, 1981, p. 64-73.
 110. L. Dion, *Le bill 60 et la société québécoise*, Montréal, Éditions HMH, 1967, p. 37-50.
 111. *Journal des Débats*, 1971, p. B-5960-1 et s., Commission parlementaire des Affaires sociales, 17 décembre 1971.
 112. *Journal des Débats*, 1964, p. 3534-3554, 2^e lecture du projet de loi n° 34 sur le Conseil supérieur de la famille, 25 mai 1964.
 113. Québec, Ministère des Affaires intergouvernementales, *Les positions traditionnelles du Québec sur le partage des compétences*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978, p. 10.
 114. Déclaration de l'adjoint parlementaire aux Affaires culturelles du Québec, Conférence canadienne des arts, Ottawa, 7, 8 et 9 avril 1973.
 115. Déclaration de Claude Castonguay, ministre des Affaires sociales du Québec, Conférence fédérale-provinciale des ministres du Bien-être social, Ottawa, 28 et 29 janvier 1971, p. 1-7, 17 et 18.
 116. Déclaration de Robert Bourassa, Conférence des premiers ministres, Ottawa, 15-17 novembre 1971, p. 48 et 49.
 117. Déclaration de Robert Bourassa, Conférence constitutionnelle, Ottawa, 14 et 15 septembre 1970, p. 12 et 13.
 118. Voir *supra*, n. 115.
 119. En 1973, à l'occasion de la Conférence fédérale-provinciale des ministres des Communications, le Québec dépose un livre blanc intitulé : *Le Québec maître d'oeuvre de la politique des communications sur son territoire*, publié chez l'Éditeur officiel du Québec, où il veut se voir reconnaître des pouvoirs effectifs en matière de radiodiffusion, de télécommunication et de réglementation des sociétés exploitantes de télécommunications, p. 97-100.

120. Québec, Ministère des Affaires intergouvernementales, *supra*, n. 113, p. 79, 82, 86 et 87.
121. Ou du moins de la lecture que l'on pouvait encore faire à l'époque de la variété de cette idéologie que l'on désigne sans trait d'union entre *souveraineté* et *association*, et dans laquelle le « scénario » prévoyait l'avènement de la souveraineté avant la négociation de l'association.
122. Déclaration de Jean Lesage, Conférence fédérale-provinciale, Ottawa, 19 juillet 1963, p. 30 et 31.
123. Déclaration de Jean Lesage, Conférence fédérale-provinciale, Québec, 31 mars 1964, p. 31.
124. *Idem*, p. 3–8.
125. *Idem*, p. 10, 21 et 22.
126. Voir *supra*, n. 122, p. 16–23.
127. *Idem*, p. 26 et 27.
128. Document de travail présenté par le Québec au Comité permanent des fonctionnaires sur la Conférence constitutionnelle, 17 juillet 1968, p. 34.
129. *Idem*, p. 37.
130. Mémoire du Québec sur la question constitutionnelle, Conférence intergouvernementale canadienne, Ottawa, 5–7 février 1968, p. 11–17.
131. Discours prononcé par J.-J. Bertrand, Conférence fédérale-provinciale, Ottawa, 16 et 17 février 1970, p. 7.
132. Propositions pour la révision constitutionnelle présentées par le Québec au Comité permanent des fonctionnaires sur la Conférence constitutionnelle, 17 juillet 1968, p. 34.
133. *Idem*, p. 34–37.
134. *Idem*, p. 37.
135. Et cela, même s'il n'est pas impossible que les véritables exigences de ce gouvernement aient été encore moindres que celles dont Robert Bourassa faisait état publiquement, sous la pression de Claude Castonguay, qui défendait son secteur avec vigueur, et de l'opposition. C'est ce que donne à penser, à certains égards, le document de travail sur la Constitution présenté à la réunion des premiers ministres provinciaux les 1^{er} et 2 octobre 1976 à Toronto.
136. *Supra*, p. 65–67.
137. À l'initiative de la Fédération des sociétés Saint-Jean-Baptiste, sous la présidence de Jacques-Yvan Morin, les États généraux du Canada français tinrent des assises préliminaires en 1966 et des assises nationales en 1967 et 1969. Sur le plan politique, aux assises nationales de 1969, l'assemblée vota une série de résolutions concernant la Constitution du Québec, les droits des citoyens, la démocratie de participation et la formation d'une assemblée constituante. Elle affirmait, en particulier, le droit des Québécois à l'autodétermination. *Les États généraux du Canada français*, assemblée préliminaire 1966, Montréal, Imprimerie St-Joseph, 1966; *Les États généraux du Canada français, Assises nationales 1967*, Éditions de l'Action Nationale, 1967; *Les États généraux du Canada français, Assises nationales*, l'Action nationale, vol. 58, n^{os} 9 et 10, 1969.
138. Créé le 28 mars 1963 par une résolution de l'Assemblée législative du Québec à la demande de J.-J. Bertrand, député de l'opposition. Ce comité, malgré son fonctionnement irrégulier, exercera une grande influence sur les débats constitutionnels à venir. Il lancera un vaste programme de recherche sur les formules constitutionnelles et offrira une tribune publique au débat constitutionnel. J.L. Roy, *Le choix d'un pays. Le débat constitutionnel Québec-Canada, 1960–1976*, Montréal, Éditions Leméac, 1978, p. 95–110.
139. La formule d'amendement Fulton-Favreau, approuvée par les premiers ministres des dix provinces canadiennes le 30 octobre 1964, prévoyait un pouvoir d'amender du gouvernement central limité à son propre fonctionnement et demandait, dans les domaines relevant conjointement de l'État fédéral et des provinces, l'accord des 11

- gouvernements du Canada pour les secteurs dits fondamentaux et l'approbation d'au moins deux tiers des provinces représentant au moins 50 % de la population.
140. Canada, Gouvernement du Canada, *Rapport préliminaire de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1965.
 141. Cette mobilisation touche en effet aussi bien des nationalistes comme J. Yvan Morin qui plaide pour que les problèmes de fond soient réglés avant le rapatriement (J.Y. Morin, « Les dessous de la formule Fulton-Favreau », (1965) 12 *McGill Law Journal*, p. 394–396 : « L'attitude la plus présente consisterait donc à n'approuver le mode d'amendement qu'après avoir obtenu d'Ottawa et des autres provinces un accord sur les changements majeurs dont parle la commission Laurendeau-Dunton ») que les étudiants et certains leaders d'opinion tel Claude Ryan qui, dans *le Devoir* du 4 mars 1965, condamne la formule et parle « d'inacceptable compromis ».
 142. Beetz, *supra*, n. 42. Les nouvelles valeurs matérielles que poursuivent les Québécois les amènent, selon l'auteur, à constater que le seul élément fort qui soit à leur discrétion est l'État provincial. Si leur méfiance ancestrale à l'égard de l'État est tombée, leur nationalisme, lui, est resté.
Or, cet unique instrument de puissance, l'État provincial il est porté à le considérer comme encore trop faible. (. . .) Quoi de plus normal que de songer à en augmenter la puissance par l'adjonction d'une partie ou même de la totalité de ce qui lui manque? Le Québécois hésitait autrefois à user de la compétence qu'il avait. Il commence d'en convoiter qu'il ne possède pas. Si bien que le partage des compétences tel qu'institué par la Constitution de 1867 lui semble un obstacle dans le sens où le partage fédéral des compétences a déjà pu être considéré par le Québécois comme la dévolution d'un pouvoir qui était conféré aux institutions politiques québécoises. Il est maintenant vu comme la privation pour ces institutions provinciales, du pouvoir conféré aux institutions fédérales.
De même, les Québécois commencent-ils à percevoir, selon l'auteur (p. 135–137), que « le fédéralisme c'est l'absence de droits, c'est le vide politique au niveau le plus élevé [. . .] » car « [. . .] il n'y a aucun corps [. . .] qui ait le pouvoir [. . .] d'établir une priorité [. . .] » et qu'« [. . .] une constitution fédérale interdit que ce choix soit fait par des institutions déterminées ».
 143. D. Johnson, *Égalité ou indépendance*, Montréal, Les Éditions de l'Homme, 1965.
 144. Cette option est largement explicitée par René Lévesque dans son ouvrage, *Option Québec*, Montréal, Les Éditions de l'Homme, 1968.
 145. Pour une analyse plus détaillée de l'ensemble des groupes indépendantistes, se reporter à CSN, CEQ, *supra*, n. 30.
 146. La modification de 1964 sur les pensions de vieillesse, par la modification de l'article 94(a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, constitue l'exception de cette période.
 147. L'autre quart est formé de deux décisions en matière d'assurance-chômage et d'une décision relative aux communications.
*Ces propositions tiennent compte d'une comptabilisation de décisions qui établissent plus d'un gain constitutionnel.
 148. On peut certes trouver beaucoup d'autres explications, dont certaines sont invérifiables, comme l'habileté des procureurs, par exemple. Jusqu'à vérification de celles de ces hypothèses qui sont vérifiables, on ne peut attribuer avec certitude le succès spécifique des parties québécoises à aucune cause particulière, surtout pas à une cause unique. Ainsi, la composition des bancs de la Cour, qui aurait pu être un facteur explicatif, a été vérifiée. Elle ne varie pas significativement entre les causes émanant du Québec et les autres. D'autres hypothèses n'ont pu être vérifiées faute de temps dans le cadre de cette recherche : la présence hypothétique d'une expansion économique qui aurait cours dans les autres provinces, entraînant des demandes constitutionnelles encore inacceptables pour la Cour suprême, ou encore un clivage, toujours hypothétique et non vérifié, entre des réclamations accueillies de la part du Québec parce que limitées à des pouvoirs de gestion des politiques alors que les demandes rejetées des autres provinces porteraient sur le pouvoir de conception de ces mêmes politiques.

149. Dans la foulée des arrêts *Stevedoring et Bell Telephone*, la Cour suprême, au nom de la théorie des éléments intrinsèques, va élargir la compétence fédérale en cette matière dans *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*, (1975) 1 R.C.S. 178, et *Conseil canadien des relations de travail c. Ville de Yellowknife*, (1977) 2 R.C.S. 729, puis la limiter au nom des mêmes concepts dans *C.N.R. c. NorMin Supplies Ltd.*, (1977) 1 R.C.S. 332, et surtout *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, (1979) 1 R.C.S. 754.
150. C'est le caractère extraprovincial (tel que formulé au par. 92(10)) de certaines entreprises de transport qui va permettre à la Cour suprême de les assujettir à la compétence législative fédérale, notamment dans *R. c. Commission des transports du Canada*, 1968 R.C.S. 118; *Registrar of Motor Vehicles c. Canadian American Transfer Ltd.*, 1972 R.C.S. 811; *Kootenay and Elk Railway Co. c. C.P.R.*, 1974 R.C.S. 955; *C.N.R. c. Board of Commissioners of Public Utilities*, (1976) 2 R.C.S. 112, et *Saskatchewan Power Corporation c. Trans Canada Pipelines Ltd.*, (1979) 1 R.C.S. 297. En l'absence d'un tel caractère, la Cour affirmera la compétence provinciale, comme dans *Agence maritime Inc. c. Conseil canadien des relations ouvrières*, 1969 R.C.S. 851 et *Three Rivers Boatman Ltd. c. Conseil canadien des relations ouvrières*, 1969 R.C.S. 607.
151. La théorie des compétences accessoires motive ici l'affirmation de la compétence fédérale en matière d'incidences du divorce : *Jackson c. Jackson*, 1973 R.C.S. 205, et *Zacks c. Zacks*, 1973 R.C.S. 891.
152. En raison des effets du partage dans la Constitution, on distingue au Canada, quoique artificiellement, le droit pénal du droit criminel, qui pourtant l'englobe. Les compétences provinciales affirmées portent donc techniquement sur le droit pénal entendu dans ce sens particulier.
153. La compétence provinciale en matière de santé dans *Fawcett c. P.G. Ontario*, 1960 R.C.S. 776; la compétence provinciale en matière de droit pénal dans *Mann c. la Reine*, 1966 R.C.S. 238; *McIver c. la Reine*, 1966 R.C.S. 254; *Ross c. Registraire des véhicules automobiles*, (1975) 1 R.C.S. 5; *Bell c. P.G. Île-du-Prince-Édouard*, (1975) 1 R.C.S. 525, ainsi que celle en matière d'administration de la justice criminelle dans *Faber c. la Reine*, 1976 2 R.C.S. 9 et *Di Iorio et Fontaine c. Gardien de la prison commune de Montréal*, (1978) 1 R.C.S. 152.
154. *Ministre du Revenu national c. Lafleur*, 1964 R.C.S. 412; *Batary c. P.G. Saskatchewan*, 1965 R.C.S. 465 et *P.G. Colombie-Britannique c. Smith*, 1966 R.C.S. 719.
155. Nous avons regroupé sous ce vocable les décisions relatives à la faillite, l'intérêt, l'assurance-chômage, la taxation et l'inflation. Elles favorisent en partie l'État fédéral, [*P.G. Ontario c. Policyholders of Wentworth Insurance Co.*, 1969 R.C.S. 779; *Tomell Investments Ltd. c. East Marstock Lands Ltd.*, (1978) 1 R.C.S. 974; *R. c. Scheer Ltd.*, 1974 R.C.S. 1046; *Martin Service Station Ltd. c. Ministre du Revenu national*, (1977) 2 R.C.S. 996; *Canadian Industrial Gas and Oil Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, (1978) 2 R.C.S. 545; *R. c. Air Canada*, (1980) 2 R.C.S. 303 et *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, (1976) 2 R.C.S. 373 et en partie aussi les provinces : [*Robinson c. Countrywide Factors Ltd.*, (1978) 1 R.C.S. 753; *Alworth c. Ministre des Finances*, (1978) 1 R.C.S. 447; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, (1978) 2 R.C.S. 1198; *Simpsons-Sears Ltée c. Secrétaire de la province du Nouveau-Brunswick*, (1978) 2 R.C.S. 869; *Covert c. Ministre des Finances de la province de la Nouvelle-Écosse*, (1980) 2 R.C.S. 774].
156. Pour ce qui est des entreprises et du commerce, l'analyse quantitative donne aussi des résultats analogues, avec six décisions en faveur des provinces [*Kootenay and Elk Railway Co. c. C.P.R.*, 1974 R.C.S. 955; *Canadian Indemnity Co. c. P.G. Colombie-Britannique*, (1977) 2 R.C.S. 504; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, (1982) 2 R.C.S. 163; *Carnation c. Régie des marchés agricoles du Québec*, 1968 R.C.S. 238; *McDonald et Railquip Entreprises Ltd. c. Vapor Canada Ltd.*, (1977) 2 R.C.S. 134 et *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, (1978) 2 R.C.S. 1198] et huit en faveur de l'État fédéral [*Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, (1982) 2 R.C.S. 163; *P.G. Manitoba c. Manitoba Egg and Poultry Association*, 1971 R.C.S. 689; *Caloil Inc. c. P.G. Canada*, 1971 R.C.S. 543; *Jorgenson c. P.G. Canada*,

- 1971 R.C.S. 725; *Chamney c. la Reine*, (1975) 2 R.C.S. 151; *Burns Foods Ltd. c. P.G. Manitoba*, (1975) 1 R.C.S. 494; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, (1978) 2 R.C.S. 1198 et *Central Canada Potash Co. Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, (1979) 1 R.C.S. 42].
157. *Interprovincial Co-Operative Ltd. c. la Reine*, (1976) 1 R.C.S. 477 : la Cour suprême juge *ultra vires* une loi manitobaine qui confère un droit d'action contre une personne qui cause des dommages aux pêcheries de la province suite à un déversement de polluants dans des eaux situées en dehors de la province. Aux pages 514 et 515, les notes du juge Pigeon, auxquelles souscrivent les juges Martland et Beetz, laissent entendre que le contrôle de la pollution des eaux interprovinciales est de compétence fédérale. La Cour rend par ailleurs une seconde décision favorable aux compétences provinciales en matière de pollution dans *Fowler c. la Reine*, (1980) 2 R.C.S. 213.
158. Où la situation est la même avec deux décisions respectivement fort importantes en sens contraire [*Renvoi relatif aux droits sur les ressources sous-marines au large des côtes de la Colombie-Britannique*, 1967 R.C.S. 792 et *Morgan c. P.G. Île-du-Prince-Édouard*, (1976) 2 R.C.S. 349].
159. Prépondérance fédérale avec *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la radio-télévision canadienne*, (1978) 2 R.C.S. 141 et *Régie des services publics c. Dionne*, (1978) 2 R.C.S. 191; voir cependant *P.G. Québec c. Kellogg's Co.*, (1978) 2 R.C.S. 211.
160. *Jackson c. Jackson*, 1973 R.C.S. 205; *Zacks c. Zacks*, 1973 R.C.S. 891.
161. *Ministre du Revenu national c. Lafleur*, 1964 R.C.S. 412; *Batary c. P.G. Saskatchewan*, 1965 R.C.S. 465; *P.G. Colombie-Britannique c. Smith*, 1966 R.C.S. 719.
162. *P.G. Ontario c. Policyholders of Wentworth Insurance Co.*, 1969 R.C.S. 779; *Tomell Investments Ltd. c. East Marstock Lands Ltd.*, (1978) 1 R.C.S. 974; *R. c. Scheer Ltd.*, 1974 R.C.S. 1046; *Martin Service Station Ltd. c. Ministre du Revenu national*, (1977) 2 R.C.S. 996.
163. Cette théorie a été de nouveau utilisée durant cette période, dans le *Renvoi relatif aux droits sur les ressources sous-marines au large des côtes de la Colombie-Britannique*, 1967 R.C.S. 237 :
- (. . .) *The lands under the territorial sea do not fall within any of the enumerated heads of s. 92 since they are not within the province. Legislative jurisdiction with respect to such lands must, therefore, belong exclusively to Canada, for the subject is one not coming within the classes of subjects assigned exclusively to the legislatures of the provinces within the meaning of the initial words of s. 91 and may, therefore, properly be regarded as a matter affecting Canada generally and covered by the expression « the peace, order, and good government of Canada.*
- La Cour suprême avait considéré auparavant que les droits contestés étaient situés sur un espace qui, en 1867, n'appartenait pas aux provinces.
164. C'est probablement la théorie prédominante de cette période, notamment dans les domaines du transport [*R. c. Commission des transports du Canada*, 1968 R.C.S. 118; *Registrar of Motor Vehicles c. Canadian American Transfer Ltd.*, 1972 R.C.S. 811 où la Cour suprême fonde sa décision sur l'arrêt *P.G. Ontario c. Winner*, C.A. 541; *Kootenay and Elk Railway Co. c. C.P.R.*, 1974 R.C.S. 955; *C.N.R. c. Board of Commissioners of Public Utilities*, (1976) 2 R.C.S. 112; *C.N.R. c. Nor-Min Supplies Ltd.*, (1977) 1 R.C.S. 322; *Saskatchewan Power Corporation c. TransCanada Pipelines Ltd.*, (1979) 1 R.C.S. 297], de l'environnement [*Interprovincial Co-Operatives Ltd. c. la Reine*, (1976) 1 R.C.S. 477], de la taxation [*R. c. Air Canada*, (1980) 2 R.C.S. 303; *Canadian Industrial Gas and Oil Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, (1978) 2 R.C.S. 545], du commerce [*P.G. Manitoba c. Manitoba Egg and Poultry Association*, 1971 R.C.S. 689; *Burns Foods Ltd. c. P.G. Manitoba*, (1975) 1 R.C.S. 494; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, (1978) 2 R.C.S. 1198; *Central Canada Potash Co. Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, (1979) 1 R.C.S. 42] et des communications [*Capital Cities Communication Inc. c. Conseil de la radio-télévision canadienne*, (1978) 2 R.C.S. 141 et *Régie des services publics c. Dionne*, (1978) 2 R.C.S. 191].

165. Quelques décisions de cette période continuent la tendance établie dans *Bell Telephone : Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*, (1975) 1 R.C.S. 178; *Caloil Inc. c. P.G. Canada*, 1971 R.C.S. 543; *Chamney c. la Reine*, (1975) 2 R.C.S. 151.
166. (1976) 2 R.C.S. 373.
167. (1979) 1 R.C.S. 754. Cette décision et les suivantes ont été rendues après la fin de cette période dans laquelle, fidèles à notre critère de base, nous les incluons en raison de la date des faits qui leur ont donné naissance.
168. (1977) 1 R.C.S. 322.
169. (1978) 2 R.C.S. 1198. Voir p. 1293, les notes du juge Pigeon :
- À mon avis, le contrôle de la production agricole ou industrielle, constituée de prime abord une question locale, de compétence provinciale. Les exploitations agricoles, si je puis utiliser cette expression pour désigner ce genre d'usine où des aliments sont transformés en volaille et en oeufs, constituent des entreprises locales assujetties à la compétence provinciale en vertu de l'article 92(10) de l'A.A.N.B., à moins que l'on ne considère qu'il s'agit d'« agriculture » qui, en vertu de l'article 95, relève également de la compétence provinciale, mais sous réserve du pouvoir prépondérant du Parlement. À mon avis l'arrêt *Carnation* est décisif en faveur de la compétence provinciale sur les entreprises qui transforment des produits agricoles primaires en divers autres produits alimentaires. Dans ce cas-là, la majeure partie de la production était expédiée hors de la province ([1968] R.C.S. 23, à la p. 242). Vu les motifs donnés, il est clair que l'on n'aurait pas conclu autrement, même si c'est toute la production qui avait été expédiée hors de la province.
170. *P.G. Québec c. Kellogg's Co.*, (1978) 2 R.C.S. 211 où la Cour suprême juge valide un règlement provincial interdisant l'utilisation de dessins animés aux fins de publicité télévisée. La majorité estime que le règlement ne vise pas à réglementer la radiodiffusion mais les activités publicitaires de Kellogg's, quoique son véhicule en l'espèce soit soumis au contrôle du Parlement fédéral. On notera que cette décision peut aussi s'interpréter comme un frein à la théorie des éléments intrinsèques.
171. Voir l'opinion en ce sens de F. Chevette et H. Marx dans leur article « Peace, Order and Good Government Buried », (1976) 54 *Revue du Barreau canadien*, 732. Pour une mise en contexte du prononcé du juge Beetz, voir J. Beetz, *supra*, n. 42, p. 120.
172. *Renvoi relatif aux droits sur les ressources sous-marines au large des côtes de la Colombie-Britannique*, 1967 R.C.S. 237.
173. *Ibid.*
174. *Jackson c. Jackson*, 1973 R.C.S. 205; *Zacks c. Zacks*, 1973 R.C.S. 891; *R. c. Scheer Ltd.*, 1974 R.C.S. 1046; *Martin Service Station Ltd. c. Ministre du Revenu national*, (1977) 2 R.C.S. 996; *Tomell Investments Ltd. c. East Marstock Lands Ltd.*, (1978) 1 R.C.S. 974.
175. *Fowler c. la Reine*, (1980) 2 R.C.S. 213.
176. G. Rémillard, *Fédéralisme canadien—Éléments constitutionnels de formation et d'évolution*, Québec, Éditions Québec-Amérique, 1980, annexe I. Ce n'est cependant qu'à partir de 1968 que la partie fédérale reprend véritablement l'initiative dans les négociations. Jusqu'à cette date, en effet, c'est aux premiers ministres provinciaux que revient l'initiative de relance de la révision constitutionnelle; notamment, et en premier lieu, au premier ministre du Québec, Jean Lesage, qui, le 1^{er} décembre 1960, invite les autres premiers ministres à une conférence interprovinciale à Québec; puis, en deuxième lieu, au premier ministre ontarien, John Robarts, qui, les 27 et 29 novembre 1967, invite les autres provinces à la conférence interprovinciale de Toronto, conférence sur la « confédération de demain ». Ce n'est que par la suite que l'initiative passe aux mains du gouvernement fédéral qui désormais va multiplier les conférences fédérales-provinciales. Les 5 et 7 février 1968, il ouvre par la Conférence constitutionnelle d'Ottawa l'exercice de révision constitutionnelle qui aboutira, par le refus du Québec, à l'échec de la conférence constitutionnelle de Victoria les 14 et 16 juin 1971. Durant cet exercice et en pure perte en ce qui concerne les objectifs prioritaires du Québec, eurent lieu sept conférences de premiers ministres, neuf

- conférences de ministres et trente réunions de hauts fonctionnaires, sans compter les multiples rencontres bilatérales. Après cet échec, c'est encore le gouvernement fédéral qui amorcera les rencontres constitutionnelles. Il présentera notamment aux provinces la « Proclamation constitutionnelle » de 1976 qui, en substance, était une reprise de la problématique et de l'ordre de priorité fédéraliste de la « Charte » de Victoria.
177. Canada, Gouvernement du Canada, *Conférence fédérale-provinciale 1960, Ottawa, 25–27 juillet 1960*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1960.
 178. C'est en invoquant notamment cette nationalisation que Jean Lesage explicitera au mieux son objectif de libération économique : « Pour la première fois dans son histoire, le peuple du Québec peut devenir maître chez lui! L'époque du colonialisme économique est révolue. Nous marchons vers la libération! Maintenant ou jamais! MAÎTRES CHEZ NOUS! . . . » (cité par Jean-Louis Roy, *supra*, n. 138).
 179. Notamment aux conférences fédérales-provinciales des 14 et 15 octobre 1964 et du 12 au 22 juillet 1965.
 180. Canada, Gouvernement du Canada, *Fédéralisme et décentralisation — Où en sommes-nous?*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1981, p. 27 :

Entre 1962 et 1967, le gouvernement fédéral réduisit sa part de l'impôt sur le revenu personnel à diverses occasions. Ces réductions furent réalisées grâce à des « abattements » d'impôts . . . En vertu des accords de partage d'impôts de 1962, les abattements furent d'abord fixés à 16 p. 100 de l'impôt fédéral de base sur le revenu des particuliers et à 9 p. 100 du revenu imposable des sociétés. Plus tard, des dispositions furent prises en vue d'accroître chaque année l'abattement de l'impôt sur le revenu des particuliers jusqu'à ce qu'il atteigne 24 p. 100 en 1966. En 1967, il était augmenté de 4 points de pourcentage jusqu'à 28 p. 100, alors que l'abattement de l'impôt sur le revenu des corporations passait de 9 à 10 p. 100 du revenu imposable.
 181. *Idem*, p. 42. Le gouvernement fédéral accepta de ne pas appliquer son programme d'allocations aux jeunes de 16 à 17 ans et son programme de prêts aux étudiants puisque le Québec disposait déjà de tels programmes. En compensation, il accrut de 3 points de pourcentage l'abattement de son impôt sur le revenu personnel au Québec, dans le premier cas. Dans le deuxième cas, il prit des dispositions pour que soit versé annuellement, au Québec, un « paiement de remplacement ».
 182. *Loi constitutionnelle de 1964*, 12–13 Eliz. II, c. 73 (R.-U.).
 183. La question linguistique est abordée lors de quelques conférences, même si elle n'en constitue pas l'objectif principal. Lors de la conférence constitutionnelle du 5 au 7 février 1968 à Ottawa, le fédéral reconnaît la nécessité de réaliser l'égalité linguistique au Canada et, à celle du 8 au 10 décembre 1969, toujours à Ottawa, est étudiée la question des langues officielles. Déjà, pourtant, ces concessions sont largement en deçà des préoccupations et des exigences des Québécois francophones de l'époque qui, à la suite de la Commission d'enquête sur la situation du français et sur les droits linguistiques au Québec (commission Gendron — 1968) commencent à exiger de pouvoir « vivre et travailler en français » au Québec.
 184. Sujets abordés précédemment : agriculture, aménagement, communications, environnement, faillite, immigration, mariage, divorce et grands pouvoirs.
 185. À partir de 1970, les objets des discussions des conférences fédérales-provinciales reflètent dans une plus grande mesure, même si leurs résultats sont tout aussi négatifs, les préoccupations constitutionnelles du gouvernement du Québec, notamment en ce qui concerne les politiques sociales et les communications. À la suite du rapport de la commission Castonguay-Nepveu sur la Santé et le Bien-Être social au Québec en 1970 se tiennent sur ce thème, à Ottawa, les conférences fédérales-provinciales des ministres de la Santé et du Bien-Être social, des 29 et 30 janvier 1971 et des 7 et 8 juin 1971. Cependant, la « Charte de Victoria », du 14 au 16 juin 1971, ne contiendra rien sur les politiques sociales. Les communications, sur lesquelles, dans un document de travail de mai 1971 intitulé *Pour une politique québécoise des communications*, le gouvernement du Québec réclame la primauté législative, viendront à l'ordre du jour des conférences fédérales-provinciales sur les Communications des 29 et 30 novembre 1973 et des 13 et 14 mai 1975.

186. Allocution d'ouverture, conférence constitutionnelle canadienne, Ottawa, 10 février 1969.
187. *Robertson et Rosetanni c. la Reine*, 1963 R.C.S. 651; *Walter et Fletcher c. P.G. Alberta*, 1969 R.C.S. 383; *Oil, Chemical and Atomic Workers c. Imperial Oil*, 1963 R.C.S. 584; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, (1978) 2 R.C.S. 662; *Dupond c. Ville de Montréal*, (1978) 2 R.C.S. 770.
188. *McKay c. la Reine*, 1965 R.C.S. 798.
189. *Dupond c. Ville de Montréal*, (1978) 2 R.C.S. 770.
190. *R. c. Drybones*, 1970 R.C.S. 282; *P.G. Canada c. Lavell*, 1974 R.C.S. 1349; *P.G. Canada c. Canard*, (1976) 1 R.C.S. 170.
191. *Sikyea c. la Reine*, 1964 R.C.S. 642; *Prince et Myron c. la Reine*, 1964 R.C.S. 81; *R. c. George*, 1966 R.C.S. 276; *Daniel c. White et R.*, 1968 R.C.S. 517; *Cardinal c. P.G. Alberta*, 1974 R.C.S. 695; *Les parents naturels c. Superintendent of Child Welfare et les réquerants en adoption*, (1976) 2 R.C.S. 751; *Myran c. la Reine*, 1976 2 R.C.S. 137; *Frank c. la Reine*, (1978) 1 R.C.S. 95; *Kruger c. la Reine*, (1978) 1 R.C.S. 104; *Jack c. la Reine*, (1980) 1 R.C.S. 294; *Smith c. la Reine*, (1983) 1 R.C.S. 354.
192. *Sikyea c. la Reine*, 1964 R.C.S. 642; *R. c. George*, 1966 R.C.S. 267; *Daniel c. White et R.*, 1968 R.C.S. 517; voir aussi *Jack c. la Reine*, (1980) 1 R.C.S. 294.
193. *Cardinal c. P.G. Alberta*, 1974 R.C.S. 695; *Myran c. la Reine*, (1976) 2 R.C.S. 137; *Frank c. la Reine*, (1978) 1 R.C.S. 95; *Kruger c. la Reine*, (1978) 1 R.C.S. 104; *Jack c. la Reine*, (1980) 1 R.C.S. 294; *Smith c. la Reine*, (1983) 1 R.C.S. 354.
194. *R. c. Drybones*, 1970 R.C.S. 282.
195. *Idem*, p. 297, par le juge Ritchie auquel la majorité se rallie; conséquemment, il déclare inopérant une disposition de la *Loi sur les Indiens* par laquelle un Indien trouvé ivre hors d'une réserve commet une infraction, alors qu'un autre individu ne commet une infraction que s'il est trouvé ivre dans un lieu public.
196. *Curr c. la Reine*, 1972 R.C.S. 889, où la Cour juge que les dispositions du Code criminel relatives au test de l'ivressomètre ne contreviennent pas au principe de l'égalité devant la loi; voir, p. 899, l'opinion du juge Laskin que partage la majorité.
197. *Smythe c. la Reine*, 1971 R.C.S. 680, où la Cour juge opératoire une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui permet au procureur général de poursuivre un individu soit par voie de mise en accusation, soit par voie de déclaration sommaire de culpabilité. La Cour déclare que ce pouvoir discrétionnaire fait partie de la conception britannique et canadienne du principe de l'égalité devant la loi.
198. *Ibid.*, voir aussi *Curr c. la Reine*, *supra*, n. 196, p. 916, par le juge Ritchie; *R. c. Burnshine*, (1975) 1 R.C.S. 694, où la majorité est d'avis que la *Déclaration canadienne des droits* n'a pas créé de nouveaux droits.
199. *P.G. Canada c. Lavell*, 1974 R.C.S. 1349, p. 1359, voir l'opinion du juge Ritchie à laquelle se rallie la majorité. La Cour est d'avis qu'une disposition de la *Loi sur les Indiens* qui prévoit qu'une Indienne qui épouse un non-Indien perd son statut d'Indien et ne peut continuer à vivre sur une réserve, ne contrevient pas au principe de l'égalité devant la loi.
200. *P.G. Canada c. Canard*, (1976) 1 R.C.S. 179, où la Cour juge qu'une disposition de la *Loi sur les Indiens* qui a pour effet d'interdire à une Indienne d'être l'exécutrice testamentaire de son mari ne viole pas le principe de l'égalité devant la loi; voir, p. 207, les notes du juge Beetz.
201. *R. c. Appleby*, 1972 R.C.S. 303; *Hogan c. la Reine*, 1975 2 R.C.S. 574; *Duke c. la Reine*, 1972 R.C.S. 917; *Guay c. Lafleur*, 1965 R.C.S. 412; *Miller et Cockriell c. la Reine*, (1977) 2 R.C.S. 680; *Jumaga c. la Reine*, 1977 R.C.S. 486.
202. *P.G. Ontario c. Reale*, (1975) 2 R.C.S. 624; *Leiba c. Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration*, 1972 R.C.S. 660; *Lowry et Lepper c. la Reine*, 1974 R.C.S. 195. On peut aussi prétendre que la Cour suprême ait appliqué la *Déclaration canadienne des droits* lors de la première décision qu'elle a rendue en matière d'ivressomètre [*Brownridge c. la Reine*, 1972 R.C.S. 926], mais ce résultat est fortement mitigé par *Hogan c. la Reine*, (1975) 2 R.C.S. 574 qu'on peut considérer que la *Déclaration canadienne des droits* ne protège pas vraiment le droit invoqué dans cette affaire.

203. *P.G. Ontario c. Reale*, (1975) 2 R.C.S. 624; *Leiba c. Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration*, 1972 R.C.S. 660.
204. 1965 R.C.S. 12.
205. *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, (1976) 2 R.C.S. 265; *Thorson c. P.G. Canada*, (1975) 1 R.C.S. 138.
206. *Jones c. P.G. Nouveau-Brunswick*, (1975) 2 R.C.S. 182.
207. *Miller et Kyling c. la Reine*, 1970 R.C.S. 215; *P.G. Ontario c. Reale*, (1975) 2 R.C.S. 624; *Leiba c. Ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration*, 1972 R.C.S. 660.
208. Voir *supra*, n. 186.
209. Le 10 mai 1967, Lester B. Pearson annonce la convocation d'une conférence fédérale-provinciale sur la Constitution dont l'objectif serait limité à la déclaration constitutionnelle des droits fondamentaux pour les Canadiens. Le Québec réplique en insistant pour un élargissement du projet fédéral car « une déclaration des droits de l'homme devrait être étudiée dans le contexte d'un examen global de la Constitution et non en tant qu'étape intermédiaire ».
210. Conférence intergouvernementale canadienne, Ottawa, 5 février 1968. En 1968, à la première conférence fédérale-provinciale de révision constitutionnelle, Lester B. Pearson propose de privilégier les droits individuels et l'égalité culturelle et linguistique. Dans sa réplique, Daniel Johnson réclame « l'étude d'un nouveau partage des compétences » dans les domaines d'actualité, la question des droits fondamentaux étant, d'après lui, intimement liée à l'ensemble de la question constitutionnelle.
211. En février 1968, le gouvernement du Canada rend publics deux documents qui exposent sa conception initiale de la révision constitutionnelle : *La Charte canadienne des droits de l'homme*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968 et *Le fédéralisme et l'avenir, Déclaration de principe et exposé de la politique du gouvernement du Canada*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968.
212. *Supra*, n. 210, Allocution d'ouverture de Daniel Johnson.
213. Cependant, face au bilinguisme canadien, soulignons que les premiers ministres successifs du Québec, dont Bourassa, ont formulé des réserves quant aux intentions explicites du gouvernement fédéral de garantir constitutionnellement le libre choix de l'école à travers le pays et quant au principe des districts bilingues. La *Charte de Victoria* ne comportera pas d'article sur la langue d'enseignement en raison du refus du premier ministre québécois de s'engager sur cette question. J.-L. Roy, *supra*, n. 138, p. 256–258 :
- De toute évidence, le gouvernement fédéral avait échoué dans sa tentative de faire reconnaître constitutionnellement l'égalité des langues française et anglaise au Canada. Sous la pression de diverses provinces, dont le Québec, il avait exclu de la Charte constitutionnelle tout le domaine de l'éducation et la proposition relative aux districts bilingues. Il n'avait pu étendre à l'ensemble des provinces le droit d'utiliser l'une ou l'autre des langues officielles dans les débats des assemblées législatives et dans les communications du citoyen avec les ministères et organismes gouvernementaux provinciaux. Ces exclusions permettent d'évaluer plus justement les dispositions constitutionnelles relatives aux droits linguistiques contenues dans la Charte de Victoria et d'en signaler le caractère limité.
214. Conférence fédérale-provinciale, Ottawa, 25–27 juillet 1960.
215. Cette question est abordée dans le Mémoire sur la question canadienne de la délégation du Québec à la conférence intergouvernementale canadienne du 5 février 1968 à Ottawa, ainsi qu'en 1969, où en réponse à un livre blanc du gouvernement du Canada publié en février 1969, *La Constitution et le citoyen*, le gouvernement québécois estime que les propositions fédérales ne transforment que trop superficiellement les institutions fédérales.
216. Réplique collective des provinces au gouvernement fédéral, lettre du premier ministre de l'Alberta, Peter Lougheed, au premier ministre du Canada, Pierre Elliot Trudeau, 14 octobre 1976.
217. Dans deux cas sur trois : *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, (1977) 2 R.C.S. 1054; *McNamara Construction (Western) Ltd. c. la Reine*, 1977 R.C.S. 654 sont des gains provinciaux à cet égard alors que *Antares Shipping Corp. c. Navire « Capricorn »*, (1980) 1 R.C.S. 553 est un gain fédéral.

218. Dans sept cas sur dix : *Brooks c. Pavlick*, 1964 R.C.S. 108; *P.G. Colombie-Britannique c. McKenzie*, 1965 R.C.S. 490; *Renvoi concernant la constitutionnalité de la Loi concernant la juridiction de la Cour de magistrat*, 1965 R.C.S. 772; *Tremblay c. Commission des relations du travail du Québec*, 1967 R.C.S. 697; *Tomko c. Labour relations Board*, (1977) 1 R.C.S. 112; *Ville de Mississauga c. Municipalité de Peel et al.*, (1977) 2 R.C.S. 244; *Automobiles Nissan du Canada Ltée c. Pelletier*, (1981) 1 R.C.S. 67. Les gains fédéraux dans ce domaine ont eu lieu dans les causes suivantes : *Séminaire de Chicoutimi c. Cité de Chicoutimi*, 1973 R.C.S. 681; *P.G. Québec c. Farrah*, (1978) 2 R.C.S. 211; *Radio-Canada c. Commission de police du Québec*, (1979) 2 R.C.S. 643.
219. *Three Rivers Boatman c. Conseil canadien des relations ouvrières*, 1969 R.C.S. 607; *Agence Maritime Inc. c. Conseil canadien des relations ouvrières*, 1969 R.C.S. 851.
220. *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, 1968 R.C.S. 568; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, (1978) 2 R.C.S. 1198; *R. c. Smith*, 1972 R.C.S. 359.
221. *British Columbia Power Corporation Ltd. c. British Columbia Electric Co. Ltd.*, 1962 R.C.S. 642; *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, (1977) 2 R.C.S. 576.
222. Voir *supra*, n. 215.
223. L'emploi de ce terme prête à contestation. D'un point de vue *canadian*, le rapatriement, loin d'être perçu comme unilatéral, peut être considéré comme consensuel dans la mesure où il a bénéficié de l'accord de neuf provinces sur dix. Du point de vue de la province exclue — le Québec en l'occurrence — qui majoritairement défend une conception *duelle* de la réalité canadienne, il s'agit pourtant bien d'un rapatriement unilatéral, et c'est dans ce sens contextué que nous employons, consciemment, cette expression.
224. Québec, Gouvernement du Québec, *La nouvelle entente Québec-Canada. Proposition du gouvernement du Québec pour une entente d'égal à égal : la souveraineté-association*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1979.
225. Voir Ministère des Affaires intergouvernementales, *Dossier sur les discussions constitutionnelles*, Commission de la présidence du Conseil et de la Constitution, Québec, 14 et 15 août 1980, p. 4, où sur le hiatus existant entre ses idées et sa pratique, le gouvernement Lévesque donne ses propres justifications d'une pratique qu'il fonde sur une stratégie étapiste et démocratique. Avant le référendum de 1980, et depuis à cause de son échec, le gouvernement actuel ne se sentait pas autorisé à négocier à partir de sa propre position constitutionnelle, mais acceptait de négocier à partir des positions traditionnelles du Québec pour défendre les droits et l'autonomie du Québec sur tous les sujets (hormis la formule d'amendement et le rapatriement qu'il refusait d'aborder avant que n'intervienne une entente globale sur une répartition plus équitable des pouvoirs).
226. Québec, Gouvernement du Québec, *supra*, n. 224, p. 51–55.
227. *Idem*, p. 56–71.
228. A. Sales, « Intervention de l'État et positions idéologiques des dirigeants des bureaucraties publiques et privées », (1983 VV *Sociologie et sociétés* 1, p. 13–42, (Presses de l'Université de Montréal).
229. Ministère des Affaires intergouvernementales, *supra*, n. 225. Réunion du 8 au 11 juillet 1980 du Comité permanent des ministres sur la Constitution, Montréal. Note pour une intervention du Québec sur les richesses naturelles.
230. *Ibid.* Note pour une intervention du Québec sur les communications.
231. *Ibid.* Note pour une intervention du Québec sur le droit de la famille.
232. *Ibid.* Note pour une intervention du Québec sur la péréquation et les inégalités régionales.
233. Ce débat se reflète dans *Le Devoir* au cours de l'hiver et du printemps de 1984.
234. Commission constitutionnelle du Parti libéral du Québec, *Une nouvelle fédération canadienne*, Montréal, Le Parti libéral du Québec, 1980.
235. *Idem*, p. 78, 81, 89, 92, 97, 102, 111, 112 et 118.
236. *Idem*, p. 71.

237. *Idem*, p. 81.

238. Répartition des causes de la période 1976–1985 selon leur provenance

Provenance des causes	Québec	Ontario	Prairies	Colombie- Britannique	Maritimes	Autres	Ensemble
Partage des compétences	7	4	9	5	4	6	35
Libertés publiques	4	1	10	1	—	2	18
Institutions	3	1	1	2	2	2	11
Total	14	6	20	8	6	10	64

239. *P.G. Québec et Keable c. P.G. Canada*, (1979) 1 R.C.S. 218; *R. c. Aziz*, (1981) 1 R.C.S. 188; *P.G. Québec c. Lechasseur*, (1981) 2 R.C.S. 253; *Bisailon c. Keable*, (1983) 2 R.C.S. 71; voir aussi *Vignola c. Keable*, (1983) 2 R.C.S. 117.
240. Dans la mesure où la Cour suprême reconnaît la compétence d'une province à créer une commission constitutionnellement apte à enquêter, sinon sur la Gendarmerie royale, du moins sur les policiers provinciaux . . .
241. La Cour suprême juge valide une disposition de la *Loi sur les pêcheries* interdisant dans les eaux poissonneuses le dépôt de substances nocives [*Northern Falling Contractors Ltd. c. la Reine*, (1980) 2 R.C.S. 292]. Par la suite, elle juge inopérante une disposition provinciale qui participe du droit applicable lors de l'Union de Terre-Neuve au Canada et qui porte sur la chasse aux phoques [*Moore c. Johnson et al.*, (1982) 1 R.C.S. 115].
242. La Cour suprême juge *ultra vires* une loi de l'assemblée législative de Terre-Neuve qui prévoit la rétrocession de droits énergétiques consentis par bail législatif à la province de Québec sur l'énergie produite aux chutes Churchill [*Renvoi relatif à The Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, C.S.C. 17064, 3 mai 1984, (les juges Laskin, Dickson, Beetz, Estey, Chouinard, Lamer et Wilson)]. La Cour déclare que le Parlement fédéral est le propriétaire du sol et du sous-sol du plateau continental situé au large de Terre-Neuve, et qu'il a le droit d'exploiter les ressources que contient ce plateau [*Renvoi relatif à la propriété et à la compétence législative relatives au sol et au sous-sol du plateau continental situé au large de Terre-Neuve*, C.S.C. 17096, 8 mars 1984 (les juges Laskin, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard)]. Elle est cependant d'avis que les terres situées entre l'Île de Vancouver et la Colombie-Britannique sont la propriété de cette province, attendu qu'elles faisaient partie de la colonie de la Colombie-Britannique lors de son entrée dans la Confédération [*P.G. Canada c. P.G. Colombie-Britannique*, C.S.C. 14471, 17 mai 1984, (les juges Laskin, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, Chouinard et Wilson)].
243. *Conseil canadien des relations du travail c. Paul l'Anglais Inc.*, (1983) 1 R.C.S. 147; *P.G. Canada c. St-Hubert Base Teachers' Association*, (1983) 1 R.C.S. 498; la première décision est un gain provincial, et la seconde, fédéral.
244. *Schneider, c. la Reine*, (1982) 2 R.C.S. 112; dans cette décision la Cour suprême juge valide, pour le motif qu'elle constitue un exercice de la compétence provinciale en matière de santé, une loi de la Colombie-Britannique qui vise le traitement volontaire ou obligatoire des héroïnomanes.
245. *Four B Manufacturing Ltd. c. Les travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, (1980) 1 R.C.S. 1031; *Conseil canadien des relations du travail c. Paul l'Anglais Inc.*, (1983) 1 R.C.S. 147.
246. *Four B Manufacturing Ltd. c. Les travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, (1980) 1 R.C.S. 1031; *Conseil canadien des relations du travail c. Paul l'Anglais Inc.*, (1983) 1 R.C.S. 147; *Canadian Pioneer Management Ltd. c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan*, (1980) 1 R.C.S. 433.
247. *P.G. Canada c. St-Hubert Base Teachers' Association*, (1983) 1 R.C.S. 498; *Northern Télécom Ltée c. Les travailleurs en communications du Canada*, (1983) 1 R.C.S. 733.
248. *Fulton c. Energy Resources Conservation Board*, (1981) 1 R.C.S. 153.
249. Commission constitutionnelle du Parti libéral du Québec, *supra*, n. 234, p. 75.

250. *P.G. Colombie-Britannique c. Compagnie Trust Canada*, (1980) 2 R.C.S. 466; *Massey-Ferguson Industries Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, (1981) 2 R.C.S. 413; *Ministre des Finances de la province du Nouveau-Brunswick c. Simpsons-Sears Ltée*, (1982) 1 R.C.S. 144; *Newfoundland and Labrador Corporation c. P.G. Terre-Neuve*, (1982) 2 R.C.S. 260; *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, (1982) 1 R.C.S. 1004.
251. Voir *supra*, n. 250, dernière décision citée où la majorité estime que le Parlement fédéral pourrait assujettir les biens d'une province à une mesure fiscale découlant d'une autre compétence que celle que lui confère le par. 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.
252. Commission constitutionnelle du Parti libéral du Québec, *supra*, n. 234, p. 99.
253. Ministère des Affaires intergouvernementales, *supra*, n. 225.
254. *Canadian Pioneer Management Ltd. c. Conseil des relations du travail de la Saskatchewan*, (1980) 1 R.C.S. 433.
255. Commission constitutionnelle du Parti libéral du Québec, *supra*, n. 234, p. 105.
256. *Supermarchés Dominion Ltée c. la Reine*, (1980) 1 R.C.S. 844; *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. P.G. Canada*, (1980) 1 R.C.S. 914.
257. Commission constitutionnelle du Parti libéral du Québec, *supra*, n. 234, p. 113.
258. Ministère des Affaires intergouvernementales, *supra*, n. 225. Réunions du 8 au 11 juillet 1980 à Montréal et du 15 au 19 juillet 1980 à Toronto du Comité permanent des ministres sur la Constitution. Position du Québec sur la Charte des droits.
259. *Ibid.* Rencontre du 9 juin 1980 des premiers ministres à Ottawa. Note pour une intervention de M. René Lévesque.
260. Ministère des Affaires intergouvernementales, *supra*, n. 225.
261. *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11, annexe B : *Loi constitutionnelle de 1982* (R.-U.).
262. *Idem*, art. 50 et 51.
263. *Idem*, art. 36.
264. Voir à ce sujet, A. Lajoie, *supra*, n. 59.
265. M. Robert, « La Commission MacDonald s'apprête à intervenir dans le champ de l'éducation », *Le Devoir*, 18 février 1984.
266. A. Lajoie « L'éducation. Une nouvelle offensive du pouvoir de dépenser », *Le Devoir*, 7 mars 1984.
267. Ministère des Affaires intergouvernementales, *supra*, n. 225. Réunions du 8 au 11 juillet 1980 à Montréal et du 15 au 19 juillet 1980 à Toronto du Comité permanent des ministres sur la Constitution. Position du Québec sur la *Charte des droits*.
268. *Idem*, p. 5.
269. *Idem*, p. 6.
270. Commission constitutionnelle du Parti libéral du Québec, *supra*, n. 234, p. 34 : voir recommandation 3, art. 1.
271. *Idem*, art. 6
272. *Idem*, art 7.
273. *Jabour c. Law Society of British Columbia*, (1982) 2 R.C.S. 307.
274. À une exception près [*R. c. Shelley*, (1981) 2 R.C.S. 296], les décisions rendues par la Cour suprême durant cette période se refusent à appliquer la Déclaration : voir *Bliss c. P.G. Canada*, (1979) 1 R.C.S. 183; *Chromiak c. la Reine*, (1980) 1 R.C.S. 471; *Mackay c. la Reine*, (1980) 2 R.C.S. 370; *Commission des droits de la personne c. P.G. Canada*, (1982) 1 R.C.S. 215. Dans une espèce, toutefois, les droits judiciaires d'un individu sont reconnus [*Ministre de la Justice c. Borowski*, (1981) 2 R.C.S. 577].
275. De même, c'est une interprétation restrictive de la liberté de circulation qui prévaut dans *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, S.C.C. 17537, 3 mai 1984 (les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Lamer et Wilson), alors qu'au contraire, ce sont les droits individuels à l'intimité qui ont prévalu contre les pouvoirs d'enquête dans *Hunter c. Southam Inc.*, C.S.C. 17569, 17 septembre 1984 (les juges Laskin, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Wilson).

276. Ici encore, à une exception près : *R. c. Sutherland*, (1980) 2 R.C.S. 451; voir aussi *Moosehunter c. la Reine*, (1981) 1 R.C.S. 282. Les décisions suivantes sont défavorables aux droits individuels invoqués; voir : *Mckinney c. la Reine*, (1980) 1 R.C.S. 401; *R. c. Mousseau*, (1980) 2 R.C.S. 89; *Elk c. la Reine*, (1980) 2 R.C.S. 166.
277. *P.G. Québec c. Blaikie*, (1981) 1 R.C.S. 312 où la Cour suprême estime, notamment, que les règlements municipaux et les règlements scolaires ne sont pas visés par l'art. 133, alors que les premiers relèvent du pouvoir législatif provincial et que la Constitution est muette sur la langue des seconds.
278. *P.G. Québec c. Blaikie*, (1979) 2 R.C.S. 1016; *P.G. Manitoba c. Forest*, (1979) 2 R.C.S. 1032.
279. *P.G. Québec c. Quebec Association of Protestant School Boards et al.*, C.S.C. 17821, 26 juillet 1984 (les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Lamer et Wilson).
280. *Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11, art. 73.
281. *Charte canadienne des droits et libertés*, contenue dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, partie I, art. 23.
282. *Loi constitutionnelle de 1982*, par. 59(1) et (2).
283. Commission constitutionnelle du Parti libéral du Québec, *supra*, n. 234, p. 34 : voir recommandation 3, art. 2, 3 et 4.
284. *Idem*, art. 8 a) et b).
285. *Ibid.*, subs. 8(c), (d), (e) et (f).
286. Québec, Gouvernement du Québec, *supra*, n. 224, p. 64-69.
287. Ministère des Affaires intergouvernementales, *supra*, n. 225. Réunion du 8 au 11 juillet 1980 à Montréal. Note pour une intervention du Québec sur le Sénat.
288. *Ibid.* Proposition du Québec sur la Cour suprême du Canada.
289. *Ibid.*
290. Commission constitutionnelle du Parti libéral du Québec, *supra*, n. 234, p. 49.
291. *Idem*, p. 57.
292. *Idem*, p. 62.
293. *Idem*, p. 59.
294. *Zavarovalna Skupnost Triglav (Insurance Community Triglav Ltd.) c. Terrasses Jewellers Inc.*, (1983) 1 R.C.S. 283; *Rhine et al. c. la Reine*, (1980) 2 R.C.S. 443; *Northern Télécom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communications du Canada*, (1983) 1 R.C.S. 733.
295. *Jabour c. Law Society of British Columbia*, (1982) 2 R.C.S. 307; aussi l'arrêt *Conseil canadien des relations du travail c. Paul l'Anglais Inc.*, (1983) 1 R.C.S. 147, et *Administration du pipe-line du Nord c. Pehinec*, (1983) 2 R.C.S. 513.
296. *Renvoi relatif au Family Relations Act de la Colombie-Britannique*, (1983) 1 R.C.S. 62.
297. *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, (1981) 1 R.C.S. 714; *P.G. Québec et al. c. Grondin et al.*, (1983) 2 R.C.S. 364.
298. Dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, (1981) 1 R.C.S. 714 : le Juge Dickson, pour la Cour suprême, propose un critère à trois volets afin de décider si un tribunal provincial contrevient à l'article 96. Dans *Massey-Ferguson c. Saskatchewan*, [1981] 2 R.C.S. 413, p. 429, le Juge Laskin résume comme suit le critère susmentionné : « 1. Est-ce que le pouvoir, ou la compétence, attaqué correspond généralement au pouvoir ou à la compétence qu'exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération? 2. La fonction du tribunal provincial dans son cadre institutionnel est-elle une fonction judiciaire, examinée du point de vue de la nature de la question que le tribunal doit trancher ou, en d'autres mots, est-ce que le tribunal touche à un litige privé qu'il est appelé à trancher en appliquant un ensemble reconnu de règles d'une manière conforme à l'équité et à l'impartialité? 3. Si le pouvoir ou la compétence du tribunal provincial s'exerce d'une manière judiciaire, est-ce que sa fonction globale dans tout son contexte institutionnel enfreint l'art. 96? »

299. Ainsi, à titre d'exemple, la Cour suprême est d'avis qu'un tribunal provincial peut décider de questions relatives à la tutelle ou à la garde des enfants, mais non à l'occupation de la résidence familiale [*Renvoi relatif au Family Relations Act de la Colombie-Britannique*, (1982) 1 R.C.S. 62]. Par la suite, elle juge qu'une régie provinciale ne peut se voir conférer le pouvoir d'évincer des locataires et d'exiger de ces derniers et des locataires qu'ils se conforment aux obligations que la loi leur impose [*Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, (1981) 1 R.C.S. 714], alors qu'elle estime qu'une autre régie provinciale a compétence pour régler les différends entre locataires et locateurs [*P.G. Québec et al. c. Grondin et al.*, (1983) 2 R.C.S. 364].
300. *Massey-Ferguson Industries Ltd. c. P.G. Saskatchewan*, (1981) 1 R.C.S. 715.
301. *Capital Regional District c. Concerned Citizens of British Columbia*, (1982) 2 R.C.S. 842.
302. *Crevier c. P.G. Québec*, (1981) 2 R.C.S. 220.
303. *Renvoi sur la compétence du Parlement relativement à la chambre haute*, (1980) 1 R.C.S. 54.
304. (1982) 2 R.C.S. 793.
305. (1981) 1 R.C.S. 753.

Bibliographie

Ouvrages généraux

- Abel, S., *Laskin's Canadian Constitutional Law*, 4^e éd., Toronto, Carswell, 1975.
- Beaudoin, G.A., *Le partage des pouvoirs*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1980.
- Bergeron, G., *Incertitude d'un certain pays*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1979.
- Bernard, A., *Québec : élections 1976*, Montréal, Hurtubise HMH, 1976.
- Black, C., *Duplessis : l'ascension et le pouvoir*, 2 vol., Montréal, Éditions de l'Homme, 1977.
- Boily, R. (en collab.), « Genèse et développement des partis politiques au Québec » dans la *Modernisation politique du Québec*, Montréal, Boréal Express, 1976, p. 101–143.
- Boismenu, G., *Le duplessisme*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1981.
- Boismenu, G., Bourque, G., Denis, R., Duchastel, J., Jalbert, L. et Salée, D., *Espace régional et nation*, Montréal, Boréal Express, 1983.
- Boismenu, G., Mailhot, L. et Rouillard, J., *Le Québec en textes*, Montréal, Boréal Express, 1980.
- Bourque, G. et Légaré, A., *Le Québec : la question nationale*, Paris, Maspero, 1979.
- Bouthillier, G. et Meynaud, J., *Le choc des langues au Québec, 1960–1970*, Montréal, Presses de l'Université du Québec, 1972.
- Brossard, J., *La Cour suprême et la Constitution*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1967.
- Brun, H. et Tremblay, G., *Droit constitutionnel*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1982.
- Brunelle, D., *La désillusion tranquille*, Montréal, Hurtubise HMH, 1978.
- , *L'État solide : sociologie du fédéralisme au Canada et au Québec*, Montréal, Éditions Select, 1982.
- Carrier, A., *Idéologie politique de la revue Cité Libre*, thèse de maîtrise, Montréal, Université de Montréal, 1967, polycopié.
- Chevrette, F. et Marx, H., *Droit constitutionnel*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1982.
- Desrosiers, R., *L'idéologie de Maurice Duplessis, 1946–1955*, thèse de maîtrise, Montréal, Université de Montréal, 1971, polycopié.
- Dion, L., *Le Bill 60 et la société québécoise*, Montréal, Éditions HMH, 1967.

- Dumont, F. et Montminy, J.P., *Le pouvoir dans la société canadienne française*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1966.
- Durocher, R. et Linteau, P.A., *Le « retard » du Québec et l'infériorité économique des Canadiens français*, Montréal, Boréal Express, 1971.
- Fortin, G., *La fin d'un règne*, Montréal, Hurtubise HMH, 1971.
- Gagnon, G. et Martin, L., *Québec 1960–1980 : la crise du développement*, Montréal, Hurtubise HMH, 1973.
- Hogg, P.W., *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1977.
- Holloway, K., *Le Canada, pourquoi l'impasse?*, tome 1, Montréal, Éditions Nouvelle Optique, 1984.
- Lajoie, A., *Contrats administratifs — jalons pour une théorie*, Montréal, Éditions Thémis, 1984.
- Lamontagne, M., *Le fédéralisme canadien*, Québec, Presses universitaires de l'Université Laval, 1954.
- Latouche, D. et Poliquin-Bourassa, D., *Le manuel de la parole : manifestes québécois*, 3 tomes, Montréal, Boréal Express, 1977–1979.
- Laurin-Frenette, N., *Production de l'État et forme de la nation*, Montréal, Éditions Nouvelle Optique, 1978.
- Leavy, J., *Mise à jour 1967–1982 de la Cour suprême et la Constitution*, (par J. Brossard, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1967) Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1983.
- Lemieux, R., *Quatre élections provinciales au Québec : 1956–1966*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1969.
- Léonard, J.F., *La chance au coureur*, Montréal, Éditions Nouvelle Optique, 1978.
- Malory, J.R., *The Structure of Canadian Government*, Toronto, Macmillan, 1971.
- McRoberts, K. et Posgate, D., *Développement et modernisation du Québec*, Montréal, Boréal Express, 1983.
- McWhinney, E., *Quebec and the Constitution 1960–1978*, Toronto, University of Toronto Press, 1979.
- , *Canada and the Constitution, 1979–1982*, Toronto, University of Toronto Press, 1982.
- Monière, D., *Le développement des idéologies au Québec des origines à nos jours*, Montréal, Éditions Québec-Amérique, 1977.
- Murray, V., *Le parti québécois : de la fondation à la prise du pouvoir*, Montréal, Hurtubise HMH, 1976.
- Pelletier, R., *Partis politiques au Québec*, Montréal, Hurtubise HMH, 1976.
- Raynauld, A., *Croissance et structures économiques de la province de Québec*, Québec, ministère de l'Industrie et du Commerce, 1961.
- Rémillard, G., *Le fédéralisme canadien — Éléments constitutionnels de formation et d'évolution*, Québec, Éditions Québec-Amérique, 1980.
- Rioux, M., *La question du Québec*, Paris, Seghers, 1969.
- Rioux, M. et Martin, Y., *La société canadienne-française*, Montréal, Hurtubise HMH, 1971.
- Roch, D., *Luttes de classes et question nationale au Québec : 1948–1968*, Montréal, Presses socialistes internationales, 1979.
- Rocher, G., *Le Québec en mutation*, Montréal, Hurtubise HMH, 1973.
- Roy, J.L., *La marche des Québécois : le temps des ruptures 1945–1960*, Montréal, Leméac, 1976.
- , *Le choix d'un pays : le débat constitutionnel Québec-Canada, 1960–1976*, Montréal, Leméac, 1978.
- Russell, P.H., *The Supreme Court of Canada as a Bilingual and Bicultural Institution*, vol. 1, documents de la Commission royale sur le bilinguisme et le biculturalisme, Ottawa, Information Canada, 1969.

- , *Leading Constitutional Decisions*, 3^e éd., Ottawa, Carleton University Press, 1982.
- Sabourin, L., *Le système politique du Canada*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1968.
- Sales, A., *La bourgeoisie industrielle au Québec*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1979.
- Scott, F.R., *Essays on the Constitution, Aspects of Canadian Law and Politics*, Toronto, University of Toronto Press, 1977.
- Simeon, R., *Le Canada face à son destin*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1978.
- Tremblay, A., *Précis de droit constitutionnel*, Montréal, Éditions Thémis, 1982.
- Trudeau, P.E., *Le fédéralisme et la société canadienne-française*, Montréal, Éditions HMH, 1967.

Articles

- Beetz, J., « Attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867 » dans P.A. Crépeau et C.B. MacPherson (édit.), *The future of Canadian federalism / L'avenir du fédéralisme canadien*, Toronto, University of Toronto Press et Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1965, p. 113–138.
- Bourque, G., « Petite bourgeoisie envahissante et bourgeoisie ténébreuse », (1979) 3 *Les Cahiers du socialisme*, p. 120–161.
- Bourque, G. et Lacroix, J.G., « Du duplessisme au lévesquisme », (1983) 12–13 *Les cahiers du socialisme* 96–135.
- Bouthillier, G., « Le mouvement indépendantiste : de la mystique à la politique » dans *Québec un pays incertain*, Montréal, Québec-Amérique, 1980, p. 45–64.
- Brunet, M., « Monsieur Maurice Lamontagne et sa conception du fédéralisme canadien », 1954 *Revue d'histoire de l'Amérique française* 262–278.
- Carrier, A., « L'idéologie politique de la revue *Cité Libre* », 1968 *Revue canadienne de science politique*, 414–428.
- Dorval, B., « Économie politique et rapatriement », (1981) 9 *Les cahiers du socialisme* 55–80.
- Guindon, H., « Social Unrest, Social Class and Quebec's Bureaucratic Revolution », (1964) 71 *Queen's Quarterly*, 7.
- Lemieux, V., « Les gouvernements et leurs lois », 1984 *Interface*, septembre-octobre 12–20.
- Légaré, A., « Propositions pour l'analyse des transformations constitutionnelles », (1981–1982) *Conjoncture politique au Québec*, 1, p. 103–116.
- Lessard, M.A. et Montmigny, J.P., « L'urbanisation de la société canadienne française », (1968) 9 *Recherches sociographiques*, 1–209.
- Morin, J.Y., « Les dessous de la formule Fulton-Favreau », (1965) 12 *Revue de droit de McGill*, 394–396.
- Sales, A., « Intervention de l'État et positions idéologiques des dirigeants des bureaucraties publiques et privées », (1983) 15 *Sociologie et sociétés*, 1 p. 13–42.

Documents gouvernementaux

- Canada, Conférence fédérale-provinciale au sujet de la Constitution, *Compte rendu des délibérations*, réunions des 10 et 12 janvier 1950, Ottawa, Imprimeur du Roi, 1950.
- Canada, Gouvernement du Canada, *Conférences fédérales-provinciales, 1960*, réunions des 25–27 juillet, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1960.
- Canada, Gouvernement du Canada, *La Constitution canadienne, 1980. Document explicatif sur le projet de résolution concernant la Constitution du Canada*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1980.
- , *La Constitution canadienne, 1980. Points saillants d'un projet de résolution concernant la Constitution du Canada*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1980.
- , *La Constitution canadienne, 1980. Projet de résolution concernant la Constitution du Canada*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1980.

- , *La Constitution canadienne, 1981. Points saillants*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1981.
- Canada, Cabinet du premier ministre, *Déclaration du Premier Ministre, le très honorable Pierre Elliott Trudeau*, Ottawa, 2 octobre 1980.
- Canada, Conférence fédérale-provinciale au sujet de la Constitution, *Compte rendu des délibérations*, réunions des 25 et 28 septembre 1950, Ottawa, Imprimeur du Roi, 1950.
- Canada, Gouvernement du Canada, *La Constitution canadienne, 1981. Résolution concernant la Constitution du Canada*, adoptée par la Chambre des Communes le 2 décembre 1981, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1981.
- Canada, Ministre de la Justice et procureur général du Canada, Notes pour une allocution du ministre de la Justice, l'honorable Jean Chrétien, Chambre des Communes, 6 octobre 1980, sur la réforme constitutionnelle, Ottawa, 1980.
- Canada, Secrétariat des Conférences intergouvernementales canadiennes, Conférence fédérale-provinciale des premiers ministres, Documents publics, 16, 17 février 1970, Ottawa, 16 septembre 1970, Ottawa, 8 et 9 février 1971, Ottawa, 15, 16 et 17 novembre 1971, Ottawa, 23, 24, 25 mai 1973 et Ottawa, 14 et 15 juin 1976.
- Conférences fédérales-provinciales des premiers ministres sur l'énergie, Ottawa, 22 et 23 janvier 1974.
 - Conférence des premiers ministres sur l'huile et l'énergie, Ottawa, 27 et 29 mars 1974.
 - Conférence fédérales-provinciales sur les communications, Ottawa, 29 et 30 novembre 1973, *Documents publics*.
- , *La révision constitutionnelle 1968–1971, Rapport du secrétaire*, Ottawa, Information Canada, 1974.
- , *Propositions constitutionnelles 1971–1978*, Ottawa, Secrétariat des Conférences intergouvernementales canadiennes, 1978.
- Canada, Gouvernement du Canada, *La charte canadienne des droits de l'homme*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968.
- Canada, Gouvernement du Canada, *Le fédéralisme et l'avenir, Déclaration de principe et exposé de la politique du gouvernement du Canada*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968.
- Canada, Gouvernement du Canada, *Projet de loi sur la réforme constitutionnelle, 1978, document explicatif*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1978.
- Canada, Gouvernement du Canada, *Fédéralisme et décentralisation, où en sommes-nous?*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1981.
- Canada, Gouvernement du Canada, *Notes sur la Constitution*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1982.
- Johnson, D., *Le gouvernement du Québec, et la Constitution*, Québec, Office d'information et de publicité du Québec, 1968.
- Pearson, L.B., *Le fédéralisme et l'avenir*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968, p. 49.
- Québec, Commission parlementaire des affaires sociales, *Journal des Débats*, 17 décembre 1971, p. B-5960-1.
- Québec, Conseil exécutif, *La nouvelle entente Québec-Canada. Proposition du gouvernement du Québec pour une entente d'égal à égal : la souveraineté-association*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1979.
- Québec, Conseil supérieur de la famille, *Journal des Débats*, 2^e lecture du projet de loi n^o 36, 25 mai 1966, p. 3534–3554.
- Québec, Gouvernement du Québec, Rapport gouvernemental : Document n^o 2 sur l'Économie : point de vue sur notre réalité, Québec, mai 1977.
- Québec, Ministère des affaires intergouvernementales, *Dossier sur les discussions constitutionnelles 1978–1979*, 1979, plus *Annexes comprenant* : a) projet de Charte constitutionnelle canadienne (Victoria); b) projet de Proclamation constitutionnelle (1975); c) lettre du Premier ministre de l'Alberta au Premier Ministre du Canada, octobre 1976; d) projet de proclamation constitutionnelle (1977); e) communiqué de la Conférence des Premiers ministres des provinces, Régina, août 1978.
- Québec, Ministère des Affaires intergouvernementales, *Dossier sur les discussions constitutionnelles, Commission de la présidence du conseil et de la Constitution*, Québec, 14 et 15 août 1980.

Québec, Ministère des affaires intergouvernementales, *Les positions traditionnelles du Québec sur le partage des pouvoirs, 1900-1976*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978.

Trudeau, P.E., *La Constitution canadienne et le citoyen*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969.

———, *Le temps d'agir — Jalons du renouvellement de la fédération canadienne*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1978.

Rapports de comités et de commissions d'enquête

Canada, Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, *Rapport final*, 4^{ième} session, 28^{ième} législature, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1972.

Canada, Commission de l'unité canadienne, (Commission Pepin-Robarts) *Définir pour choisir. Vocabulaire du débat*, février 1979. *Se retrouver. Observations et recommandations*, janvier 1979, Approvisionnement et Services Canada, Ottawa, 1979.

Canada, Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, (Commission Laurendeau-Dunton), *Rapport préliminaire*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1965, *Rapport*, 6 vols., Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1967.

Canada, Commission royale d'enquête sur les relations entre le Dominion et les provinces, (Commission Rowell-Sirois), *Rapport*, 2 vol., Ottawa, Imprimeur du Roi, 1940.

Québec, Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels, (Commission Tremblay), *Rapport*, 4 tomes, Québec, Imprimeur de la Reine, 1965.

Québec, Commission royale d'enquête sur la situation de la langue française et sur les droits linguistiques au Québec, (Commission Gendron), *Rapport*, 3 vol., Québec, Éditeur du Québec, 1973.

Ouvrages divers

Angers, F.A., *Les droits du français au Québec*, Montréal, Éditions du Jour, 1971.

Bourassa, R., *Bourassa Québec!*, Montréal, Éditions de l'Homme, 1970.

Charbonneau, J.P., Paquette, G., *L'Option*, Montréal, Éditions de l'Homme, 1978.

Collectif, CSN-CEQ, *Histoire du mouvement ouvrier au Québec*, Montréal, coédition CSN-CEQ, 1979.

CSN, *Pour la défense des intérêts des travailleurs et travailleuses dans la lutte contre l'oppression nationale du peuple québécois*, Congrès spécial de la CSN, Québec, 1, 2, 3 juin 1979, Montréal, Service de l'information CSN, 1979.

D'Allemagne, A., *Le colonialisme au Québec*, Montréal, Éditions R.-B. 1966.

———, *Le R.I.N. et les débuts de l'indépendantisme québécois*, Montréal, Éditions l'Étincelle, 1974.

États généraux du Canada français, Assises nationales 1967, *L'Action nationale*, vol. 58, n° 6, 1968.

———, Assises nationales, *L'Action nationale*, vol. 58, n°s 9 et 10, 1969.

———, Commission générale, *Assises préliminaires tenues à l'Université de Montréal du 25 au 27 novembre 1966*, Montréal, 1967.

———, Commission politique et constitutionnelle, *Exposés de base et documents de travail étudiés les 23, 24, 25 et 26 novembre 1967*, Montréal, 1967.

Johnson, D., *Égalité ou Indépendance*, Montréal, Éditions Renaissance, 1965.

Kierans, E., *Le Canada vu par Kierans*, Montréal, Éditions du jour, 1967.

Lévesque, R., *La solution. Le programme du Parti québécois présenté par René Lévesque*, Montréal, Éditions du jour, 1970.

———, *Option Québec*, Montréal, Éditions de l'Homme, 1968.

Morin, C., *Le combat québécois*, Montréal, Éditions du Boréal Express, 1973.

Parti libéral du Québec, *Choisir le Québec et le Canada*, Document de travail à l'intention des membres du Parti libéral du Québec, Montréal, Parti libéral du Québec, 1979.

———, Commission constitutionnelle, *Une nouvelle fédération canadienne*, Montréal, Parti libéral du Québec, 1980.

Parti progressiste-conservateur, *De nouvelles perspectives offertes aux Canadiens*, Ottawa, Parti conservateur, 1980.

Parti québécois, Conseil exécutif national, *D'égal à égal*, Montréal, Parti québécois, 1979.

Autres sources d'information

Bibliographies

Boily, R., *Québec 1940–1969. Bibliographie : le système politique québécois et son environnement*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1971.

Moularyoueghi, J., Villemaire, C., *Référendum, Bibliographie québécoise*, Montréal, Éditions Bergeron, 1983.

Notes ou travaux de recherche

Beaudry, L., Fournier, F., Villeneuve, D., « Le souverainisme politique au Québec, le Parti québécois et les courants indépendantistes, 1960–1980, recueil bibliographique », (Notes de recherche, n° 22), Montréal, département de sciences politiques, Université du Québec à Montréal, avril 1982.

Équipe Dyseq, « Dynamique sociale de l'État québécois (1960–1976) », (Notes et travaux de recherche, n° 11), Québec, département de sciences politiques, Laboratoire d'études politiques et administratives, Université Laval, septembre 1978.

Laurendeau, H., « Le processus politico-idéologique et la nationalisation de l'électricité de 1963 au Québec », (Les Cahiers du CIDAR), Montréal, département de sociologie, Université de Montréal, septembre 1981, p. 64–73.

Rocher, F., « Essai pour une problématique d'interprétation des conflits entre paliers gouvernementaux au Canada depuis 1960 », (Notes de recherche, n° 8), Montréal, département de sciences politiques, Université de Montréal, décembre 1982.

Annuaire statistiques

Québec, Bureau de la statistique, *Annuaire du Québec*, années 1962, 1973, 1976.

Colloques

Association canadienne des sociologues et anthropologues de langue française (ACSALF), *La Souveraineté du Québec : aspects économique, politique, culturel*, Actes du colloque annuel tenu à l'Université d'Ottawa en mai 1978, Montréal, Secrétariat de L'ACSALF, département de sociologie, Université de Montréal, 1978.

_____, *La transformation du pouvoir au Québec*, actes du colloque annuel tenu à l'Université de Montréal en mai 1979, Montréal, Éditions coopératives Albert Saint-Martin.



La Cour suprême et l'économie

PATRICK J. MONAHAN

Introduction

La sagesse conventionnelle courante nous apprend que l'analyse des problèmes économiques effectuée par la Cour suprême a été, sinon incompétente, du moins très inappropriée. On pense que cette interprétation erronée découle du manque de connaissances techniques de la part de la Cour. D'une manière caractéristique, les juges de la Cour suprême du Canada n'ont pas de formation officielle en économie. Leurs connaissances sur la façon dont fonctionnent les marchés semblent sommaires et rudimentaires. Les règles de la preuve et le processus adverse aident peu la magistrature à surmonter les limites inhérentes à son évolution. On se plaint continuellement que les décisions économiques de la Cour sont « malheureuses et peu judicieuses et sont susceptibles d'avoir de graves incidences négatives sur l'économie et les citoyens du Canada¹ ».

La présente étude ne cherche pas à détromper qui que ce soit sur la force ou le bien-fondé de ces critiques conventionnelles. Il faut se demander s'il est possible de dépasser ces généralisations très fondamentales et préliminaires concernant l'accomplissement judiciaire dans le domaine économique, et d'identifier des méthodologies, des hypothèses ou des valeurs communes que les juges appliquent aux problèmes économiques. Poser simplement une telle question c'est mettre en lumière la qualité extrêmement limitée de la critique courante de la Cour, qui a été sporadique et qui s'est attachée aux détails. Il y a eu peu de tentatives pour vérifier s'il y a des thèmes centraux à la pensée économique de la Cour. En effet, il est difficile d'identifier une étude qui a même reconnu le bien-fondé d'un genre d'enquête si généralisé. On pourrait

pardonne à un lecteur qui étudierait ces publications de supposer que la doctrine légale n'est guère qu'un fouillis de résultats idiosyncratiques rassemblés au hasard et, en grande partie, sans lien les uns avec les autres.

Il est temps de prendre du recul par rapport aux généralités et d'examiner les thèmes centraux. La présente étude cherche à démontrer que la Cour suprême du Canada analyse les questions économiques en utilisant un ensemble commun d'hypothèses, de catégories et d'arguments. Le recours à ces arguments communs ne requiert pas ou ne demande pas nécessairement un résultat particulier dans un cas donné. La confiance en un groupe générique d'hypothèses a une influence plus subtile et plus systématique. Elle canalise et englobe la structure de la doctrine. Elle définit certaines sortes de résultats ou d'arguments comme illégaux par présomption. Elle exclut prématurément l'éventail de la possibilité doctrinale. La défense complète de cette thèse nécessiterait une étude de l'ensemble de la production doctrinale de la Cour suprême, une tâche qui dépasse la portée de tout document unique. Au lieu de cela, l'approche que nous avons utilisée ici consistera à examiner deux domaines de doctrine que l'on considère habituellement comme séparés et sans lien entre eux. Le but sera de démontrer comment ces domaines apparemment sans lien, la politique de la concurrence et l'interprétation du commerce fédéral et du pouvoir du commerce, sont caractérisés par le même noyau de valeurs et d'hypothèses. Ces comparaisons font entrevoir l'ébauche d'une théorie de base riche et générale, applicable à n'importe quel domaine de doctrine.

Il y a une objection préliminaire à cette entreprise que l'on devrait aborder immédiatement. L'objection est qu'il est impossible d'identifier une classe déterminée de cas que l'on pourrait qualifier d'« économique ». S'il n'y a pas de classe de cas que l'on pourrait qualifier d'économique, comment est-il possible de formuler une théorie sur le « raisonnement économique » de la Cour suprême? Il est parfaitement exact de souligner qu'il n'y a pas de principe essentiel qui sépare le litige « économique » du litige « non économique ». L'essence de l'économie est le choix coûteux. Chaque fois qu'une personne est forcée de sacrifier une certaine part d'une valeur en échange d'une autre, un choix économique survient². Ainsi, tout litige implique « l'économie » d'une façon ou d'une autre; le juriste doit résoudre un litige entre les parties contendantes au sujet d'un produit, d'une ressource ou d'un intérêt évalué. Mais il n'en demeure pas moins que les choix juridiques de cette sorte sont structurés ou organisés selon des principes plus généraux. Il faut simplement élargir la portée des données pertinentes. En réalité, le sujet de l'analyse est le raisonnement légal lui-même, par opposition à une division ésotérique ou isolée de la doctrine.

Si l'analyse consiste à identifier les thèmes centraux de la pensée économique de la Cour suprême, elle doit commencer à un niveau

d'abstraction relativement élevé. L'analyse doit se concentrer sur les questions ou les conflits qui s'infiltrèrent dans la loi et la société libérales en général. La question la plus fondamentale et la plus permanente au sein de la société libérale demeure la question suivante, apparemment simple, que Thomas Hobbes a définie à l'origine : comment peut-on concilier l'impulsion de la liberté avec les exigences de l'ordre. Au sein de la société libérale, on admet que les particuliers désirent le maximum de liberté dans la recherche de leur propre intérêt personnel. Ils demandent la liberté par rapport aux contraintes extérieures, et, en même temps, ils exigent la sécurité face à l'interférence égoïste et subjective des autres. L'énigme est que la liberté ne semble possible que grâce à sa négation. Bien que les gens veulent être capables d'agir dans leur propre intérêt personnel, augmentant de ce fait leur pouvoir et leur prestige aux dépens des autres, ils veulent aussi la sécurité par rapport aux autres, ce qui diminue leurs occasions d'exploiter la vulnérabilité des autres³.

Il n'est guère surprenant que la tension fondamentale entre la liberté et l'ordre devrait donner la forme et la structure à la doctrine légale. À un niveau très général, les différends légaux peuvent être considérés comme des jeux stylisés autour de ce dilemme central. Ainsi, dans tout domaine de doctrine légale, on aura tendance à observer des paires d'arguments parallèles, chaque côté de la paire illustrant l'une des valeurs concurrentes de la liberté ou de l'ordre. Pour citer un exemple commun, la responsabilité délictuelle inconditionnelle est bonne parce que « entre deux innocents, celui qui a causé le dommage doit payer », mais elle est mauvaise parce que c'est « injuste de punir là où il n'y a pas eu de mauvaise action⁴ ». Aux fins de la présente étude, le point important est d'observer le nombre relativement limité de stratégies pour réconcilier ces valeurs opposées ou pour faire un choix entre elles. La première stratégie consiste à identifier un principe qui sépare de façon catégorique le royaume de la liberté du royaume de la sécurité. L'essence de la revendication de cette stratégie est qu'il n'y a pas de conflit réel entre la liberté et la sécurité; proprement définie, chaque catégorie n'implique pas l'autre. De cette façon, il est possible d'accorder la protection absolue en vue de la sécurité sans détruire la liberté. La deuxième stratégie de réconciliation consiste à concéder que les valeurs de liberté et de sécurité se chevauchent, mais à suggérer un concept de conciliation qui permet d'effectuer un choix entre elles fondé sur des principes. Ce concept de conciliation pourrait être une idée telle que l'intention ou la faute ou un test d'évaluation utilitaire.

Examinons, à titre d'exemple de ces différentes stratégies, le célèbre essai de John Stuart Mill, *On Liberty*⁵. Le dilemme qui troublait Mill était précisément la tension entre la liberté et la sécurité. Il croyait que certaines libertés telles que la liberté de pensée et d'expression requéraient la protection absolue. En même temps, il reconnaissait que

la société devait être capable d'intervenir dans la conduite d'un particulier lorsque cette conduite compromettait les intérêts des autres. Le problème était que ces propositions semblaient s'annuler; si la société pouvait intervenir pour protéger le bien-être général, la liberté d'un individu pouvait difficilement être considérée comme inviolable. La solution de Mill reposait sur la distinction qu'il faisait entre les actes concernant soi-même et les actes concernant les autres. Le seul principe qui justifiait l'intervention de la collectivité dans la liberté d'un individu était la nécessité d'empêcher de causer du mal aux autres. Cela signifiait que « la seule partie de la conduite de quiconque pour laquelle il est responsable envers la société, est celle qui concerne les autres⁶ ». Si une action « concernait soi-même », la société n'avait pas le droit d'intervenir dans la liberté de la personne, peu importe le degré de manque de sagesse ou le caractère illicite de l'action. Pour ce qui est des actions concernant soi-même, toute personne possédait l'autorité absolue; « toute personne est souveraine sur elle-même, sur son propre corps et sur son propre esprit⁷ ».

La base de la stratégie de Mill consistait à nier qu'il y avait un conflit irréconciliable entre la liberté et la sécurité. Le « domaine de la liberté » ne chevauche pas celui de la moralité ou de la loi. La société pourrait reconnaître la liberté absolue de la personne tandis qu'elle accorderait en même temps la protection nécessaire aux intérêts de la société dans son ensemble. Chaque fois qu'une action concernait soi-même, il n'était pas nécessaire que l'État cherche à maximiser le bonheur ou l'utilité; ce choix était laissé à la discrétion absolue de la personne. Réciproquement, si une action concernait les autres, le conflit inévitable entre les intérêts des parties pourrait être résolu grâce à l'utilisation d'un calcul utilitaire. Évidemment, ce cadre de travail est réalisable seulement s'il y a un fondement à la distinction entre les actes concernant soi-même et les actes concernant les autres. L'entreprise centrale de la critique de Mill a été de démontrer que ce méta-principe est illusoire, et que la théorie de Mill n'est guère qu'un utilitarisme déformé⁸.

Examinons l'analogie entre l'analyse de Mill et les différentes conceptions possibles d'un droit légal. Suivant une interprétation possible, un droit légal est un pouvoir absolu au sein d'une sphère, mais il est nul en dehors d'elle. La société se compose de particuliers et d'institutions qui exercent la domination sur ces zones absolues de droit. Dans cet univers, il n'y a pas de chevauchement entre les sphères respectives d'autonomie pure. Le rôle du juriste consiste simplement à tracer les limites qui séparent les différentes zones de droit, et il n'est pas nécessaire d'invoquer un calcul utilitaire pour résoudre les différends. Le juriste élabore simplement le langage légal objectif du marché et de la démocratie. Une autre conception sur l'usage d'un droit nierait la possibilité ou l'utilité du pouvoir absolu au sein d'une sphère. Selon cette autre conception, aucun exercice de pouvoir ne peut être absolu ou non

révisable. Toute action d'un particulier affecte nécessairement un autre particulier, et par conséquent, doit se conformer à une norme extérieure telle que l'« équité ». C'est au juriste de définir quelle conduite satisfait à cette norme extérieure.

En termes plus généraux, la stratégie de la Cour suprême a consisté à défendre et à réhabiliter le bien-fondé de la première vue sur l'usage d'un droit par rapport à l'attaque de plus en plus forte de la deuxième vue. Essentiellement, la Cour a cherché à nier qu'il y a un conflit irréductible entre la liberté et l'ordre. Certaines formes de conduite sont absolument interdites, peu importe les avantages qu'entraîneraient leurs conséquences. En même temps, il y a d'autres catégories de conduite qui sont absolument permises, peu importe le degré de nuisance qu'elles pourraient avoir dans un cas particulier. Le juriste résout les différends en classant la conduite dans la catégorie appropriée plutôt qu'en maximisant l'utilité sociale. La difficulté qui revient sans cesse avec cette stratégie, c'est son instabilité. Comme avec le méta-principe de Mill relatif aux actes concernant soi-même et les actes concernant les autres, les distinctions entre les différentes catégories de conduite légale sont typiquement superficielles ou arbitraires. À mesure que la conscience de ces insuffisances devient plus grande, il est de plus en plus impossible d'ignorer les lacunes. Ou bien il faut remanier les catégories, ou bien il faut les mettre au rancart en faveur d'un calcul utilitaire.

On a choisi la politique de la concurrence pour illustrer ce développement parce qu'elle soulève, en termes particulièrement rigides, le conflit entre les valeurs de liberté et d'ordre. L'existence d'un marché présuppose que les particuliers devraient être libres de s'exploiter ou d'utiliser la contrainte entre eux. Les résultats devraient être dictés par la lutte concurrentielle plutôt que par l'autorisation officielle. Pourtant, de façon paradoxale, cette lutte concurrentielle ne doit pas être poussée trop loin. Sans certaines limites aux formes permises de coercition ou de concurrence, le processus de la concurrence lui-même pourrait être sapé. À sa place, des hiérarchies rigides apparaîtraient dans lesquelles certains individus ou certaines factions pourraient dicter aux autres les termes des transactions. La politique de concurrence est fondée sur l'hypothèse qu'il est possible de formuler un principe séparant les formes de concurrence permises des formes de concurrence prohibées. La tentative de limiter la concurrence au nom de la concurrence fait face au même défi que confronte le berger qui, sur le point d'écarter le loup de la gorge du mouton, se voit lui-même dénoncé comme le destructeur de la liberté⁹.

L'interprétation du pouvoir du commerce a été choisie comme un deuxième exemple précisément parce qu'elle semble soulever des questions si totalement différentes. Dans le domaine du commerce et des affaires, la première relation légale n'implique pas l'État et le particulier, mais plutôt différents organes de l'Administration. Ainsi, il sera particu-

lièrement convaincant de rencontrer dans le deuxième domaine de la doctrine les mêmes hypothèses et les mêmes catégories qui dominaient le premier. Leur apparition soulèvera la possibilité que des domaines de doctrine légale apparemment sans lien entre eux et pris au hasard sont caractérisés par un noyau de thèmes et d'hypothèses identifiables, attendant l'excavation archéologique.

La politique de concurrence

Peu de domaines de la politique générale au Canada ont connu un plus grand désarroi au cours de la dernière décennie que la politique de la concurrence. Sans tenir compte de la perspective idéologique, les commentateurs en sont venus à partager l'idée que la politique de concurrence actuelle est « presque à la dérive, manquant de but¹⁰ ». Dans une large mesure, on peut attribuer la faillite de la présente loi à la timidité politique face à l'opposition constante et vociférante de certains éléments de la communauté des affaires à la réforme. Après presque deux décennies, le gouvernement fédéral n'a pas encore réussi à effectuer une refonte majeure de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*¹¹. Pour l'observateur public et professionnel également, ce processus de « réforme » a pris le caractère d'« une farce nationale . . . une saga de retards et d'ajournements¹² ». Néanmoins, la responsabilité de la faiblesse de la politique courante n'a pas été attribuée uniquement au Parlement. On blâme également les interprétations judiciaires de la loi pour le scepticisme et la controverse qui entourent la loi actuelle. On prétend qu'à la suite d'une série de décisions peu judicieuses, prises de mauvaise foi et contradictoires, la Cour suprême a enlevé tout mordant que la loi pouvait avoir auparavant. En dernière analyse, ce sont les juges qui ont édenté le tigre.

Il n'y a pas lieu de se disputer au sujet de la majeure partie de cette critique de la Cour suprême. Même une analyse rapide de la jurisprudence de la Cour relative aux coalitions indique que dans certaines causes, des facteurs économiques importants ont été en grande partie ignorés ou mal compris. Beaucoup d'opinions ont été ambiguës ou hermétiques, rendant hasardeux sinon impossible de prédire comment la Cour pourrait réagir dans le futur. Certaines interprétations judiciaires ont rendu l'exécution de la loi difficile et embarrassante. Néanmoins, la question la plus importante qui jusqu'ici n'a reçu aucune réponse satisfaisante est de savoir comment justifier cette piètre réalisation judiciaire. L'explication conventionnelle a été simple : la source du problème est l'incompétence judiciaire et la mauvaise foi. L'hypothèse centrale de cette analyse conventionnelle est que la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* renferme une prescription de directives déterminées et identifiables concernant la concurrence dans l'économie. Le pouvoir judiciaire n'a pas réussi à appliquer ce choix de directives dans ses déci-

sions, soit à cause d'un simple manque de compréhension, soit parce que le pouvoir judiciaire voulait substituer ses propres valeurs à celles de la législature. La conclusion commune est que la Cour devrait commencer à appliquer les buts et les directives contenus dans la loi elle-même, au lieu de greffer à la loi des valeurs étrangères de son propre choix¹³.

La présente étude rejette l'analyse conventionnelle et avance une autre interprétation de la jurisprudence de la Cour suprême relative aux coalitions. Le point de départ de cet autre point de vue est la revendication selon laquelle la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est essentiellement indéterminée. Dans sa forme présente, la loi ne réussit pas à énoncer un noyau de valeurs significatives sur la question de la concurrence. Cette indétermination n'est pas simplement le résultat d'une mauvaise technique de rédaction ou l'inclusion de termes si vagues tels que « indu » ou « au détriment du public » dans la loi¹⁴. Elle découle d'une controverse essentielle au sujet de la signification de « concurrence » et d'une ambivalence sur sa propre fonction dans une économie du marché.

Une rhétorique du « marché libre » supposant que les ressources sont attribuées par des forces du marché impersonnelles plutôt que par la création consciente d'une faction caractérise d'une façon marquée le discours politique canadien. Cette rhétorique présente la notion selon laquelle le rôle de la politique de concurrence est de veiller à ce que les règles du marché fonctionnent équitablement et efficacement; la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* « n'est pas la loi de réglementation elle-même, mais plutôt une alternative à la réglementation¹⁵ ». Le problème avec ce point de vue populaire est simplement la force des circonstances. L'économie canadienne est l'une des économies les plus considérablement concentrées du monde industriel¹⁶. La plupart des industries manufacturières et financières du Canada sont des oligopoles. Dans de telles industries, il n'y a que quelques firmes qui mènent, et ces firmes reconnaissent que leurs décisions relatives à la fixation des prix et à la production sont interdépendantes. Les barrières naturelles et artificielles à l'entrée sont typiquement élevées¹⁷. Bref, les firmes dans les industries oligopoles possèdent le pouvoir sur le marché. Contrairement aux firmes dans les industries atomistiquement concurrentielles, qui sont des « preneurs de prix », les oligopoles jouissent d'une certaine discrétion pour établir le prix de leurs produits¹⁸. La production et les prix n'atteignent pas le niveau qu'ils atteindraient dans une situation de monopole, « mais cela n'est pas à cause de l'aspiration, mais de l'habileté . . . Comme le despotisme de la Mornarchie dualiste, [l'oligopole] n'est sauvé que par son incompetence¹⁹ ».

Les élites canadiennes de décideurs n'ont jamais considéré le monopole ou l'oligopole comme étant un problème. La politique de la concurrence n'a pas essayé d'éliminer systématiquement le pouvoir que

les principales firmes industrielles détenaient sur le marché. L'intervention de l'État s'est concentrée sur la conduite des acteurs dans un marché plutôt que sur la structure du marché lui-même. Le but a été de régler l'« abus » du pouvoir sur le marché, tout en laissant intactes les sources fondamentales de ce pouvoir. Si une telle approche doit être cohérente, il doit y avoir une norme déterminée séparant l'abus du pouvoir du marché de son exercice légitime. La recherche d'un tel principe a été la préoccupation centrale de la politique et de la doctrine de la concurrence. La recherche continue encore. La Cour suprême n'a jamais réussi à énoncer des critères déterminés et fondés sur des principes pour identifier la conduite commerciale répréhensible. Les critères que la Cour a utilisés ont été soit non pertinents, soit peu judicieux. Mais l'analyse du problème par la Cour n'a pas été faite au hasard ou d'une façon arbitraire. Ses décisions ont été structurées autour d'un nombre relativement limité d'idées que l'on a appliquées d'une manière assez conséquente au cours du temps. En examinant ces idées fondamentales, il est possible de saisir l'unité conceptuelle de cette discipline apparemment ésotérique et labyrinthique. Il est également possible d'avoir une idée sur les autres voies qui auraient conduit la Cour dans différentes directions.

La présente étude n'est pas un exposé de toutes les propositions de fond particulières relatives aux lignes de conduite. On n'y a joint aucun projet de loi révisé, et la partie de l'analyse est limitée. La question est de comprendre et de critiquer la structure de la jurisprudence de la Cour suprême relative aux coalitions. L'analyse dans la présente étude comprend deux aspects. Premièrement, le document spécifie comment la Cour n'a pas réussi à résoudre l'indétermination qui domine la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Deuxièmement, il lie la jurisprudence dans ce domaine aux développements de la pensée juridique en général. On affirme que le traitement judiciaire de la politique de la concurrence est un cas particulier d'une approche générique aux problèmes économiques. Les hypothèses et les techniques qui émergent dans la jurisprudence relative aux coalitions égalent les tentatives des juristes analytiques classiques comme John Stuart Mill pour résoudre le conflit fondamental entre la liberté et la sécurité. Ainsi, cette étude ne relate pas simplement l'histoire de l'incompétence judiciaire ou de la mauvaise foi. Elle est également une remise en scène d'un dilemme fondamental et persistant au sein de l'ordre libéral. Plus important encore, elle nous montre les possibilités et les limites du raisonnement légal dans la résolution de ce dilemme.

Pour plus de commodité et de clarté, on peut résumer l'argumentation en disant qu'elle découle de l'hypothèse selon laquelle le but de la politique de la concurrence est d'identifier la conduite illicite ou abusive au sein du marché. Ce problème peut être exposé de nouveau en termes plus généraux comme étant un problème d'« exploitation ». La question

de savoir si, parmi toutes les méthodes de coercition ou d'exploitation qui sont possibles dans un arrangement pour accroître la part de marché, il y en a qui sont nécessairement illicites. Par exemple, on pourrait penser que l'idée abstraite d'un marché est elle-même incompatible avec certaines formes de conduite concurrentielle. Mais cet espoir est en fin de compte sans fondement. L'idée abstraite d'un marché est conforme à une grande variété de systèmes de droits alternatifs, et l'idée ne nous dit pas d'une façon déterminée à quel degré l'exploitation doit être interdite. L'utilisation de la « Théorie des droits » n'est pas non plus d'un grand secours. Bien que la notion de protéger les droits des parties ait figuré d'une façon évidente dans les discussions judiciaires sur la concurrence, elle est essentiellement vide de sens. La discussion sur les « droits » devient seulement significative dans le contexte d'une théorie normative indépendante spécifiant le contenu des droits. Cette théorie normative ne peut pas découler du concept d'un droit légal lui-même. En conséquence, c'est un principe distinct, plutôt que l'idée d'un droit légal en soi, qui distingue la concurrence licite de la concurrence illicite.

Deux de ces principes vraisemblablement normatifs sont introduits dans la discussion ci-dessous. Il y a un certain nombre de raisons pour distinguer les principes particuliers en question. Premièrement, ils ont historiquement dominé les discussions relatives au droit commun anglo-canadien sur la concurrence et les contraintes au commerce. Et plus important encore, ces doctrines de droit commun furent subséquemment importées dans la jurisprudence entourant la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. En termes à la fois théoriques et pratiques, cependant, elles furent tout à fait inutiles du point de vue de la distinction entre la concurrence licite et la concurrence illicite, mais, même aujourd'hui, elles continuent de dominer les discussions judiciaires de la loi directrice. L'énigme est de savoir pourquoi des idées si manifestement inadéquates ont subsisté. C'est peut-être en raison des intérêts économiques qu'elles servent. En général, les « gagnants » dans les cas de coalitions ont surtout été les grandes sociétés commerciales, la Cour diminuant la capacité de l'État de régler leur pouvoir. Ainsi, la jurisprudence a renforcé l'acceptation officielle d'une économie canadienne extrêmement concentrée. Une telle analyse, néanmoins, est très incomplète; on peut imaginer toute une gamme d'interprétations judiciaires possibles qui auraient également bien servi ces intérêts. Étant donné ce fait, le problème consiste à expliquer pourquoi on a constamment choisi ces interprétations particulières en laissant de côté d'autres choix possibles. L'argument présenté ici, c'est que les décisions dans le cas des coalitions reflètent une théorie de fond implicite sur la relation appropriée entre l'État, la société civile et le marché. Évidemment, cette théorie de fond n'est jamais énoncée dans les décisions. En fait, une fonction importante des théories et des doctrines qui sont exposées dans les cas est de supprimer toute conscience du caractère extrême-

ment controversé et aléatoire des choix qui sont faits. De cette façon, la préférence politique revêt l'apparence neutre de la nécessité technique ou des connaissances techniques.

Au cours des dernières années, la faillite de la jurisprudence de la Cour suprême sur les coalitions est devenue un secret de polichinelle, entraînant un désir de réviser ou de remplacer l'idée centrale de la doctrine. En particulier, on a insisté de plus en plus pour affirmer que la loi est essentiellement un document économique, et que les préoccupations économiques telles que l'efficacité devraient inspirer son interprétation. De telles préoccupations ont été étrangères au traitement judiciaire de la loi. La dernière section du présent document examine la raison de l'exclusion ainsi que la possibilité de la surmonter et les répercussions que cela entraînerait. Dans la mesure où le but de la loi est de promouvoir la répartition efficace des ressources, les cours ne sont pas adaptées pour effectuer l'équilibre délicat et complexe qui est en cause. Mais la section finale soutient que l'efficacité n'est pas et ne peut pas être la seule préoccupation de la loi directive. Ainsi, le problème du modèle institutionnel dans ce domaine est extraordinairement subtil et exigeant.

L'ambiguïté dans le marché : les problèmes de coercition

La relation essentielle servant de base à l'idéal abstrait d'un marché est celle de l'échange²⁰. Les ressources sont réparties grâce à un processus d'incitation et de négociation entre des personnes autonomes, produisant de leur propre initiative et pour leur propre compte. Aucun pouvoir central, public ou privé, n'a par présomption l'autorité légitime de déterminer les résultats du marché. Les termes sont établis par les parties elles-mêmes. Il y a un ordre privé, « non directif », dans lequel le seul rôle de l'État consiste à élaborer et à mettre en vigueur les règles générales gouvernant l'accès aux droits et aux ressources²¹. Aussi longtemps que les particuliers agissent au sein du cadre de travail établi par les règles formelles, ils sont libres de poursuivre leur intérêt personnel limité. Ils peuvent utiliser tous les avantages et compétences à leur disposition pour essayer de contraindre les autres à accepter leurs conditions. Le terme « contrainte » n'est pas utilisé dans un sens péjoratif puisqu'il n'y a rien de nécessairement injuste au sujet de la présence de contrainte de vouloir faire des profits dans les échanges commerciaux. Il est élémentaire que le désir de faire des profits soit un élément accepté et central de l'échange²². En fait, on dit que le processus par lequel le fort exclut et contraint le faible est l'une des principales vertus d'un régime de marché, puisque cela maximise le bien-être de l'ensemble de la société. Cette justification a été exposée pour la première fois par Adam Smith : « Il projette uniquement son propre gain, et il est dans cela, comme dans de nombreux autres cas,

conduit par une main invisible pour promouvoir une fin qui ne faisait pas partie de son intention²³ ».

Néanmoins, bien qu'une forme de contrainte au sein d'un marché soit légitime, il y a une ambiguïté fondamentale au sujet de l'étendue de cette légitimité. Envisageons le cas radical, un ordre social dans lequel il n'y aurait aucune limite aux formes facultatives de tirer profit. L'unique règle serait que chacun puisse faire ou prendre tout ce qu'il est capable de faire ou de prendre, en utilisant toute la force et toute l'habileté qu'il a à sa disposition²⁴. Puisque chacun pourrait jouir d'une liberté égale à ce point de vue, il n'y aurait pas de « propriété » de quelque chose par qui que ce soit²⁵. Bien que certains particuliers puissent réussir à exclure les autres de certains avantages ou de certaines ressources pendant des périodes de temps prolongées, de telles exclusions seraient toujours aléatoires, sujettes au résultat des futurs tests de volonté. Il n'existe pas de régime de marché gouverné par une règle de Hobbes aussi permissive. En fait, un tel ordre social semble incompatible avec la notion même d'un marché. Sans aucune limite à l'utilisation de la contrainte, il n'y aurait rien pour empêcher l'apparition de formes de hiérarchie et de subordination rigides, dans lesquelles certains particuliers pourraient simplement dicter aux autres les conditions suivant lesquelles ils devraient mener leur vie. Cette hiérarchie rigide saperait l'autonomie qui est essentielle au processus de négociation.

Ainsi, tous les systèmes de marché sont nécessairement tenus d'éliminer au moins quelques-unes des formes possibles d'exploitation. En même temps, aucun régime de marché ne cherche à éliminer l'exploitation en soi. Cela, aussi, serait incompatible avec l'idée abstraite d'un marché. La négociation et l'échange présupposent certaines différences au niveau des intérêts, du pouvoir ou de la connaissance entre les parties. Sans ces différences, les affaires seraient inconcevables. C'est l'argument qui ressort de certaines critiques de la revendication de John Rawl selon lequel les parties dans une « situation originale » pourraient négocier des principes de justice²⁶. Ces critiques ont montré que la négociation est impossible derrière un « voile d'ignorance », précisément parce que les parties ont été dépouillés de toutes leurs richesses et capacités naturelles. Puisque chacun possède des connaissances, des perceptions et des intérêts identiques, chacun saisirait simultanément la validité de toute proposition qui leur serait faite. Il n'y aurait pas de nécessité ni de possibilité de discuter ou de négocier : « les délibérations des parties se poursuivent en silence et aboutissent à une seule conception qui est acceptée à l'unanimité²⁷ ».

Un ordre dans le marché présuppose une position intermédiaire sur la question de l'exploitation. On doit prohiber certaines formes de coercition, mais non pas toutes. Mais l'idée abstraite d'un marché ne peut pas elle-même identifier les formes de la coercition illicite. Il existe une grande variété de régimes de droits compatibles avec un ordre dans le

marché. La question, alors, est de savoir s'il est possible de formuler un principe supplémentaire qui distinguerait les formes de coercition prohibées des formes permises.

Essentiellement, la politique de concurrence est juste une reformulation spécialisée du problème plus général de l'exploitation dans un marché. Contrairement aux économistes professionnels qui associent la concurrence à la structure des marchés²⁸, les juristes définissent la concurrence en fonction du comportement de chacun des vendeurs et de chacun des acheteurs. La conception légale considère la concurrence comme étant synonyme de rivalité, la « lutte indépendante pour obtenir le patronage par les différents vendeurs dans un marché²⁹ ». Vue dans cette perspective, la concurrence n'est essentiellement qu'une autre façon de décrire l'élément coercitif dans la relation de négociation. Dans son sens général, non technique, la concurrence se rapporte au processus par lequel les particuliers exploitent leurs avantages et leurs ressources afin de contraindre les autres et de les exclure des occasions qui existent sur le marché. La politique de concurrence cherche à éliminer certaines formes d'exploitation tout en permettant à d'autres formes de se développer. La raison pour imposer des limites est quelque peu paradoxale; on doit limiter la concurrence pour la préserver. Il y a certaines formes de rivalité qui menacent ou nuisent au processus de la concurrence lui-même. À moins que ces formes d'exploitation ne soient prohibées, la compétitivité du marché pourrait être compromise. Comme dans le cas de la liberté, la concurrence ne semble possible que grâce à la négociation.

Les tentatives pour énoncer un principe général distinguant la concurrence loyale de la concurrence déloyale ont identifié deux catégories de conduite générale qui nuisent au « processus de la concurrence³⁰ ». La première comprend deux ou plusieurs parties qui conviennent d'éliminer la rivalité entre elles. Le cas modèle est celui de deux vendeurs qui s'entendent pour fixer le prix de leur produit sur le marché. Ainsi, les parties de l'entente acquièrent un avantage sur les consommateurs et possiblement sur les autres producteurs. La deuxième forme de concurrence abusive consiste à causer des préjudices aux rivaux. Dans ce cas, une partie exclut les rivaux des possibilités qu'offre le marché de façon abusive en s'engageant dans des pratiques injustes ou exclusives. L'apparente simplicité de ces catégories dément leur complexité sous-jacente. Le problème fondamental est que l'élimination convenue de la rivalité et l'infliction de préjudices aux rivaux possèdent toutes les deux un caractère double. Dans certains cas, elles sont des moyens qui nuisent au processus concurrentiel. Dans d'autres cas, elles sont des formes d'activité légitimes et nécessaires dans un marché.

Toute unité économique de plus d'une personne comprend l'élimination de la rivalité entre les participants dans l'entreprise. Ainsi, l'économie moderne qui est dominée par la grande société commerciale, est

fondée sur la légitimité des éliminations convenues de la rivalité. C'est le point élémentaire souligné par M. le juge Holmes dans son mémorable exposé relatif à l'affaire *Northern Securities*³¹ qui comprenait la formation d'une compagnie dans le but de prendre le contrôle de deux chemins de fer exploitant « des lignes de chemin de fer parallèles et concurrentes à travers le continent³² . . . » La majorité de la Cour suprême des États-Unis a décidé que les défendeurs avaient commis une infraction à la *Sherman Antitrust Act*³³ en alléguant que la combinaison constituait « une menace et une restriction à cette liberté du commerce que le Congrès voulait reconnaître et protéger et que le public a le droit de voir protégée³⁴ ». M. le juge Holmes croyait que l'opinion de la majorité était fondée sur une théorie économique impraticable et fautive. Pour lui, l'erreur de la majorité était de supposer que toute élimination de la concurrence entre des rivaux était illégale³⁵, et dans son mémorable exposé, Holmes a démontré l'absurdité d'une telle règle.

L'interdiction de toutes les éliminations de la concurrence, selon le juge Holmes, « rendrait éternel le *bellum omnium contra omnes* et désintégrerait la société autant qu'il serait possible en atomes particuliers³⁶ ». Cela équivaldrait à une tentative de « reconstruire la société », et proscrirait un grand nombre de formes d'activité économique parfaitement licites :

Pour voir si je me trompe, les exemples exposés sont utiles. Si je me trompe, alors une association entre deux conducteurs de voitures publiques qui ont été concurrents en conduisant le long d'une ligne publique, ou deux marchands jadis engagés dans un commerce rival entre les États, que cette association ait été conclue après ou avant la loi, si elle se poursuit maintenant, est un crime. Car, je le répète de nouveau, si la restriction de la liberté des membres d'une coalition, causée par leur engagement à s'associer, est une restriction du commerce, toute coalition de ce genre, qu'elle soit petite ou grande, tombe sous le coup de la loi³⁷.

Le point essentiel du juge Holmes était que l'élimination convenue de la rivalité était une caractéristique acceptée et nécessaire d'une économie du marché avancée. Adopter une règle en soi interdisant toutes les éliminations de rivalité serait étrange et impensable. Le simple fait que deux parties avaient volontairement cessé de se concurrencer ne pourrait pas en lui-même appuyer la constatation de l'illégalité. Ce qu'il fallait, c'est un principe ou un argument indépendant qui était capable de distinguer les éliminations de rivalité avantageuses de celles qui étaient illégales.

Une difficulté semblable est inhérente à la deuxième catégorie de conduite inappropriée au sein du marché, l'infliction de préjudice aux rivaux. Encore une fois, l'infliction de préjudice aux rivaux et leur exclusion semblent une caractéristique inévitable de tout marché. Virtuellement, toute activité économiquement productive a l'effet d'exclure les autres. L'exécution des contrats signifie que ceux qui ne

sont pas partie contractante en sont exclus. En outre, la concurrence sur le marché présuppose que le rival efficace au point de vue économique peut exclure et éliminer ses rivaux inefficaces.

Le célèbre cas anglais *The Mogul Steamship Company Ltd. c. McGregor, Gow and Co.*³⁸ illustre ce point. Les défendeurs étaient des armateurs qui avaient essayé d'acquérir un monopole du commerce du thé avec la Chine. Ils incitèrent les expéditeurs chinois à traiter exclusivement avec eux en retour d'escomptes sur le fret. Les demandeurs étaient des armateurs rivaux qui avaient été exclus du commerce du thé et qui réclamaient des dommages-intérêts pour la conspiration. L'un de leurs arguments était que les défendeurs s'étaient engagés dans une concurrence « injuste » dans le but de porter préjudice à leur entreprise. La Cour d'appel rejeta l'argument, en faisant remarquer que les demandeurs mettaient en question « l'instinct d'autodéveloppement et d'autoprotection qui est le stimulant même de tout commerce³⁹ ». L'infliction de préjudice par suite de la conduite concurrentielle était la caractéristique même d'un système de marché : « [. . .] Le succès de l'un doit être l'échec d'un autre, et aucun principe de loi ne nous permet d'intervenir dans ce succès ou dans cet échec ou de les modérer aussi longtemps qu'il est dû à la seule concurrence⁴⁰ ». En effet, la simple infliction de préjudice à un rival ne pourrait pas être susceptible d'ouvrir un droit de recours en lui-même. On doit invoquer d'autres règles à l'appui d'un verdict d'illégalité.

Les premières tentatives judiciaires pour définir la concurrence illégale

En common law, les problèmes de la concurrence illégale surviennent dans une variété de contextes. Le pouvoir judiciaire n'a jamais réussi à formuler une théorie généralisée concernant la concurrence au sein d'un marché. Néanmoins, les cas contenaient de nombreuses suggestions concernant une théorie sur la conduite commerciale inappropriée. Trois de ces suggestions furent particulièrement remarquables : la [théorie] des droits des parties, leurs intentions du point de vue économique et l'élimination ou non de la concurrence sur le marché.

La théorie des droits

Une des premières analyses judiciaires du problème, souvent répétée, fut élaborée en termes de théorie des droits. Selon cette analyse, la façon d'identifier la concurrence illicite était de se demander si les « droits » d'une partie avaient été violés. En l'absence de toute violation d'un droit légal, la conduite était présumément légale, nonobstant le fait qu'elle pourrait causer du tort à l'autre partie. Cette théorie fut présentée dans le cas *Mogul* lui-même. Lord Morris affirmait que la concurrence « loyale » n'existait pas ; il y avait simplement un droit général de con-

currencer, et c'était aux parties, non à la cour, de déterminer la légitimité d'une forme particulière de concurrence :

[. . .] Je ne connais aucune phase de la concurrence appelée « loyale » qui est intermédiaire entre la concurrence licite et la concurrence illicite. La question de la « loyauté » dépendrait des particularités individuelles de chaque juge. Je ne peux voir aucune limite à la concurrence, *sauf que vous ne devez pas violer les droits d'un autre*⁴¹.

Voilà qui illustre bien l'ambition et la faiblesse du type d'analyse fondée sur la théorie des droits. On soutient qu'il y a une classe limitée d'exploitations qui sont intrinsèquement préjudiciables : les cas dans lesquels les droits d'un concurrent ont été violés. De telles activités préjudiciables sont absolument bannies. Néanmoins, aussi longtemps qu'une partie ne s'engage pas dans une de ces formes de conduite prohibées, ses actions sont inconditionnellement légales. Il peut contraindre ou exploiter son voisin de toutes les façons qu'il choisit, et l'État n'interviendra pas pour modifier les résultats de la négociation. Il n'est pas nécessaire de juger les actions d'un particulier selon une norme d'équité indépendante. La seule question qui se pose aux fonctionnaires de l'État est de savoir s'il y a un élément « d'injustice » associé à la conduite en question. La difficulté se trouve dans la spécification des limites de ce domaine de droit absolu. Lord Morris suppose qu'il sera évident lorsque les droits d'une partie auront été violés, mais cette hypothèse est erronée. Toute revendication relative aux droits requiert une théorie normative controversable. Les limites des droits des particuliers varient selon la théorie normative que l'on expose⁴². Lord Morris ne suggère pas quels critères normatifs pourraient être à la base de sa théorie des droits. Bref, sa définition de la concurrence illicite est essentiellement vide. Il ne réussit pas à offrir une orientation significative lorsqu'il distingue les catégories de conduite légales et illégales sur le marché.

L'insuffisance de la formulation de Lord Morris ne veut pas dire que l'on ne pourrait jamais utiliser un cadre de travail fondé sur les droits pour résoudre les questions relatives à la concurrence abusive. Elle veut simplement dire que la Cour devrait énoncer une théorie normative qui rendrait la notion d'un droit légal suffisamment déterminée. La magistrature n'a jamais réussi à concevoir un tel cadre normatif. La seule suggestion de toute promesse a été de lier le contenu d'un droit légal à l'idée de liberté. Selon cet argument, si une personne est libre de s'engager dans une certaine activité, elle a le droit d'exiger que les autres n'entravent pas l'exercice de sa liberté. Ainsi, mettre obstacle à l'exercice légal de la liberté d'un autre équivaut à une violation de ses droits. Un tel argument caractérise d'une façon marquée une variété de contextes de droit commun. Un exemple bien connu est le jugement du juge en chef Holt dans le premier cas de *Keeble c. Hickeringhill*⁴³. Le défendeur avait effrayé le gibier d'eau d'une canardière située sur la terre du

demandeur en déchargeant délibérément son fusil à plusieurs reprises près de la mare. Le demandeur le poursuit en dommages-intérêts. Le juge en chef Holt fit remarquer que la pratique d'utiliser une terre pour y installer une canardière est parfaitement légale étant donné que « chaque homme qui possède une propriété peut l'utiliser pour son plaisir et son profit⁴⁴ ». Les coups de feu du défendeur étaient sujets à une action judiciaire, car « celui qui empêche une autre personne d'exercer son commerce ou de gagner sa vie est sujet aux poursuites pour l'en avoir empêché⁴⁵ ».

Une variante de cet argument relativement direct est apparue à plusieurs reprises dans la discussion sur les droits dans un marché⁴⁶. L'erreur fondamentale de l'argument est un défaut de distinguer la notion de privilège de la notion de droit⁴⁷. Le fait que quelqu'un jouit d'un privilège concernant un certain acte signifie simplement qu'il peut réaliser l'acte sans qu'un autre ne soit capable de faire appel au pouvoir de l'État pour s'y opposer⁴⁸. Néanmoins, cela ne veut pas nécessairement dire que les autres doivent s'abstenir d'intervenir, de leur propre initiative, dans la réalisation de l'acte. En somme, le fait qu'une action soit légale ne veut pas dire que l'État garantira son exercice sans empêchement. On peut trouver à première vue un exemple de ce principe même dans le cas de *Keeble c. Hickeringhill*. Plus loin, dans son jugement, le juge en chef Holt cite un cas dans lequel un instituteur avait institué une nouvelle école, attirant de ce fait les écoliers d'une école existante de la région. Holt souligne que la poursuite en dommages intentée par l'« ancienne école » fut jugée non recevable. Néanmoins, l'exploitation de l'ancienne école était assurément une activité légale. La seule explication du résultat doit être qu'il n'y a pas nécessairement de lien entre le privilège d'exploiter une école et un droit que d'autres n'empiètent pas sur son exploitation.

Étant donné que les droits ne découlent pas des privilèges, l'on peut fonder les droits seulement en exposant une théorie normative; cette théorie doit préciser les circonstances dans lesquelles l'État, conformément à la politique, devrait soustraire à l'ingérence une certaine catégorie d'activités. Cette théorie normative ne peut pas découler de l'idée d'un droit légal lui-même. En conséquence, c'est la théorie normative, par opposition aux « droits » des parties, qui définit la limite de la concurrence légale.

L'intention préjudiciable? L'intention

Une deuxième théorie judiciaire très en évidence et qui revient sans cesse à propos de la concurrence se concentre sur l'intention de l'acteur sur le marché. Selon cette théorie, le simple fait qu'un commerçant exclut involontairement ses rivaux du domaine n'est pas, en lui-même, sujet à une action judiciaire. Ce qui est illégal, c'est une « intention » d'éliminer la concurrence et de réussir à dominer le marché. Par exem-

ple, cette insistance sur l'intention a été une caractéristique centrale du cas d'espèce de *Standard Oil* qui fit autorité⁴⁹, dans lequel la Cour suprême des États-Unis a énoncé une « règle de la raison » dans son interprétation de la *Sherman Act*. M. le juge White a conclu que la *Standard Oil Trust* n'avait pas employé les « méthodes commerciales habituelles » pour constituer son empire. Au lieu de cela, le trust a été motivé par « l'intention d'écarter les autres du domaine et de les exclure de leur droit de commercer, et, de cette façon, réaliser l'empire qui était le but projeté⁵⁰ ».

Comme dans le cas de la théorie des droits, il existe une difficulté évidente à utiliser « l'intention préjudiciable » pour définir la concurrence illégale. Il est incorrect de supposer qu'une intention d'exclure ou d'éliminer ses concurrents est non naturelle ou inhabituelle dans un contexte de marché. L'acte même de concurrencer implique une intention d'exclure les autres des occasions qu'offre le marché. Il n'y a pas non plus une obligation acceptée de cesser la concurrence si un rival semble être en danger de faire faillite. L'élimination intentionnelle des concurrents est simplement la conséquence logique de la concurrence elle-même qui s'exerce sur le marché. M. le juge Holmes a nettement expliqué le point lorsqu'il a dit qu'« un homme a le droit de mettre sur pied un atelier dans un petit village qui ne peut encourager qu'un seul atelier de ce genre, même s'il espère et désire ruiner une veuve courageuse dont le commerce est déjà établi là⁵¹ ». La Chambre des lords de la Grande-Bretagne a présenté un genre d'argument semblable dans le cas *Mogul*⁵². En réponse à la demande selon laquelle une intention de monopoliser le commerce du thé chinois était sujette à une action judiciaire, le lord juriste répliqua : « Si un tel préjudice et le motif qui l'a causé [. . .] peuvent être véritablement déclarés comme étant un motif délictueux [. . .] toute concurrence doit être délictueuse et par conséquent, illicite⁵³ ». En d'autres mots, l'intention d'éliminer ses rivaux est une caractéristique naturelle et inévitable de toute activité commerciale. En elle-même, elle ne peut pas fournir un fondement suffisant pour distinguer la concurrence loyale de la concurrence déloyale.

L'élimination de la concurrence

On a également pensé que la distinction entre la « diminution » et l'« élimination » de la concurrence fournit la clé pour comprendre la conduite commerciale illicite. Ce que l'on suggère ici c'est que lorsque la concurrence au sein d'un marché donné a été entièrement éliminée, la partie responsable est coupable de conduite préjudiciable. On peut trouver un exemple marquant de ce raisonnement dans le cas d'espèce anglais de *Nordenfelt c. Maxim Nordenfelt Co.*⁵⁴ sur la restriction à la liberté du commerce qui fit jurisprudence. La doctrine de la common law sur la restriction à la liberté du commerce stipule essentiellement qu'une restriction est exécutoire si elle est raisonnable « en ce qui concerne les

intérêts des parties en cause, et raisonnable en ce qui concerne les intérêts du public⁵⁵ ». Bien qu'il soit difficile de découvrir un cas où une restriction a été déclarée nulle parce qu'elle était excessive en ce qui concerne l'intérêt public, il y a eu quelque tentative pour prouver le bien-fondé de cette partie du test. La Cour d'appel dans le cas de *Nordenfelt* était d'avis que l'intérêt public serait compromis parce qu'elle a appelé un « monopole pernicieux » :

Je peux imaginer des cas dans lesquels la restriction absolue pourrait, comme entre les parties, être raisonnable, mais, cependant, pourrait tendre à nuire directement au public, et une règle fondée sur la politique générale n'admet aucune exception qui causerait réellement un dommage public; cela pourrait possiblement être le cas si elle était de nature à produire un monopole pernicieux dans les articles destinés à l'utilisation anglaise . . . un point que je désire laisser à discuter, et un point qui, si l'on tient compte de la croissance des syndicats et des trusts peut un jour ou l'autre devenir extrêmement important⁵⁶.

Néanmoins, il est difficile de voir comment cet argument peut triompher des objections soulevées auparavant. Si un concurrent peut légalement éliminer certains de ses rivaux, il semble n'y avoir pas de raison pour qu'il ne lui soit pas permis de les éliminer tous. Il n'y a pas de logique dans une règle qui encourage les commerçants à se concurrencer, mais qui, par la suite, pénalise ceux qui le font effectivement⁵⁷. Peut-être que l'on suppose que les situations de monopole absolu sont qualitativement différentes des cas de concurrence imparfaite, et que, par conséquent, elles demandent une réponse judiciaire différente. Il est parfaitement compréhensible que les juges aient pu s'en tenir à une telle hypothèse en 1894, avant le développement de la théorie moderne sur les prix. Mais l'analyse économique contemporaine rejette la validité de toute distinction rigide entre les cas où la concurrence a été éliminée et ceux où elle a été simplement réduite. En premier lieu, la notion de la concurrence d'« élimination » est dans une large mesure dénuée de sens. Même dans les situations de monopole, il n'y a eu qu'une diminution de la concurrence. À cause de la possibilité de substituer des produits et d'inventer de nouveaux produits et procédés, les possibilités de faire concurrence continuent toujours d'exister⁵⁸. Deuxièmement, la seule différence entre le monopole et l'oligopole est une différence fondée sur le degré de concurrence plutôt que sur la sorte de concurrence. Dans les deux cas, les firmes possèdent un certain degré d'influence sur les prix du marché. En fait, l'analyse économique contemporaine inclut l'oligopole dans sa définition du « monopole » ou du « pouvoir » commercial⁵⁹. Il n'y a pas de principe de base pour distinguer le monopole de l'oligopole d'une façon radicale. Établir une telle distinction serait comparable au fait de trouver coupable d'agression un homme qui frappe son voisin sur la tête avec un marteau de forgeron, mais d'excuser

l'homme qui utilise un instrument plus léger ou dont le coup est moins fort⁶⁰.

Ni cet argument ni les différents autres arguments ou distinctions établis ne fournissent une solution satisfaisante au problème initial de la conduite commerciale abusive. Néanmoins, la jurisprudence canadienne relative aux coalitions n'a guère été qu'une répétition ou un raffinement de ces thèmes fondamentaux mais discrédités. Étant donné un fondement si peu solide, il n'est guère étonnant que cette jurisprudence en soit venue à ressembler à une digue délabrée d'où jaillissent continuellement des fuites à des endroits imprévus. Peu importe les efforts assidus des juristes, il ne peuvent jamais réussir à boucher tous les trous de la structure pourrissante.

La naissance de la politique canadienne sur les coalitions

Bien que la première loi canadienne contre les coalitions ait été adoptée en 1889⁶¹, ce n'est qu'en 1910 que l'État fit de sérieuses tentatives pour réglementer le pouvoir commercial⁶².

La législation

La *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* de 1910 a défini une « coalition » comme tout arrangement qui augmentait le prix d'un article ou qui limitait la concurrence « au détriment des consommateurs ou des producteurs de cet article », y compris les trusts, les monopoles et les fusions⁶³. La loi a établi une procédure par laquelle six personnes pouvaient demander à un juge d'ordonner une enquête dans une coalition⁶⁴. Cette nouvelle loi complétait l'article 498 du *Code criminel*, qui définissait le délit de conspiration dans la restriction à la liberté du commerce⁶⁵. Contrairement à la *Sherman Act* des États-Unis, la loi canadienne n'eut pas pour but de déclarer « chaque » coalition portant atteinte à la liberté du commerce comme étant illégale⁶⁶. Au lieu de cela, elle défendit seulement les restrictions « indues » ou « excessives ». Mais, dans un sens, c'était un peu plus qu'une déclaration de l'évidence. Le simple acte de se coaliser pour « restreindre le commerce » ne pouvait pas en lui-même, être considéré comme un délit⁶⁷. Il doit y avoir une raison de règle supplémentaire, à part la simple réduction de la concurrence, pour rendre la conduite illicite. L'utilisation de termes généraux tels que « indu » et l'« intérêt public » signalait la nécessité d'un élément supplémentaire de ce genre. Le problème était que cette phraséologie indéterminée n'a fourni aucune indication quant à la politique précise de la loi.

Mackenzie King, ministre du Travail, chercha à remédier à ce défaut lorsqu'il déposa le projet de la loi à la Chambre des communes en 1910⁶⁸. Le discours de King cherchait à dissiper les idées fausses que la popula-

tion se faisait au sujet de la question des « trusts » et de donner quelques précisions au concept vague de la concurrence illicite. King commença par remarquer que le public en était venu à associer la formation de coalitions et de trusts aux importantes augmentations survenues récemment dans les prix⁶⁹. Cette association avait causé beaucoup d'« agitation [. . .] contre les coalitions en tant que telles⁷⁰ ». King croyait que de telles attitudes étaient erronées. Les coalitions, les trusts et les monopoles furent souvent profitables à l'économie et, en conséquence, la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ne fit aucune tentative pour légiférer contre ces arrangements en tant que tels. Au lieu de cela, la loi n'était destinée qu'aux coalitions qui abusaient de leur pouvoir; « la seule fin et l'unique but de la présente législation sont d'empêcher l'homme déloyal de tirer avantage de sa propre déloyauté⁷¹ ».

Selon King, l'abus de pouvoir survenait lorsqu'une coalition négligeait de considérer l'intérêt public ainsi que les intérêts privés de ses actionnaires. La tendance de poursuivre des fins privées au dépens du bien-être de la nation dans son ensemble découlait du caractère vaste et impersonnel de l'organisation commerciale moderne. King remarqua que le petit homme d'affaires est conscient de son obligation envers ses clients et envers la communauté. Ce sens d'obligation personnelle tend à être englouti dans les grandes entités sociales :

Il arrive trop souvent qu'engagées dans l'une de ces grandes organisations, les personnes ainsi employées ne pensent qu'à leurs obligations vis-à-vis de l'entreprise qui les emploie, elle est si vaste, ses demandes absorbent toute leur attention. Un sens d'obligation envers les consommateurs ou la société en général est perdu⁷².

Le remède à cette perte d'obligation personnelle était un système de surveillance publique des vastes entreprises économiques. De cette façon, l'abus de pouvoir de la part des coalitions serait réprimé, et le public obtiendrait « quelques-uns des avantages que ces grosses accumulations de capitaux sont capables de fournir⁷³ ».

L'analyse de King est cruciale, étant donné qu'elle établit le cadre fondamental qui continue de dominer encore aujourd'hui la politique de la concurrence de ce pays. La *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* fut déposée au milieu de la première grande vague d'activité de fusionnement au Canada⁷⁴. Ce mouvement de fusion devait modifier la configuration fondamentale de l'économie canadienne. L'analyse de King fut un signal pour indiquer que ce processus de consolidation était entièrement légal. Il n'y aurait pas d'opposition au pouvoir du marché, ou même au monopole en tant que tel, aussi longtemps que les firmes n'abuseraient pas de leur position dominante. Le message fut sans aucun doute compris par la communauté des affaires, étant donné que les années allant de 1909 à 1913 marquèrent une augmentation des activités en vue du fusionnement d'entreprises. Dans 97 fusions, 221 entreprises avec un actif de plus de 200 millions de dollars furent absorbées⁷⁵.

Mogul, la Chambre des lords avait rejeté la thèse selon laquelle une intention d'éliminer ses concurrents était sujette à une action judiciaire en common law. Les lords juristes ont fait remarquer avec justesse qu'une telle règle rendrait toute concurrence s'exerçant sur le marché illégale. Néanmoins, le juge Idington a conclu que l'effet de l'article 498 du Code criminel était de révoquer la jurisprudence du cas de *Mogul*. Le but de la loi était d'interdire les ententes faites avec l'intention d'éliminer les concurrents. Le juge Idington a semblé reconnaître que la concurrence qui s'exerçait sur le marché comprenait nécessairement l'élimination de certains concurrents. Il a distingué les cas où l'élimination était consciemment recherchée de ceux dans lesquels elle n'était simplement que le résultat inévitable des forces du marché. La loi ne visait que la première catégorie d'activités, celle dans laquelle le commerçant était « corrompu par un désir de faire ce qui ne peut pas être forcé et dans toutes les circonstances considéré en soi-même comme vicieux⁸² ». Le demandeur dans ce cas a montré une telle intention préjudiciable :

La seule pensée était, si possible, de détruire toute concurrence et, au besoin, ceux qui s'aventuraient à lui faire concurrence. Son langage et sa conduite décrivaient exactement ce que cette loi établit. Son but était d'exclure de l'utilisation commerciale les méthodes d'hommes se liguant ensemble dans le but d'empêcher les autres de devenir rivaux, et d'arrêter la concurrence dans le même domaine d'affaires⁸³.

Le juge Idington a eu certains doutes quant à la sagesse de la législation. Le mal visé par la loi était « non susceptible d'être défini de façon concise et précise⁸⁴ », et la loi avant l'adoption du statut avait été « en harmonie avec l'éthique commerciale de la plupart des hommes⁸⁵ ». Mais le Parlement avait conclu que la concurrence doit être préservée, et que ce n'était pas à la Cour de mettre en question ce choix de politique.

Le jugement de M. le juge Duff qui concorde avec celui-là était fondé sur des motifs différents. Le juge Duff fit remarquer que la Cour d'appel avait jugé le cas uniquement sur la base de ce qui était raisonnablement nécessaire pour protéger les intérêts des parties de l'entente. Cette vue était non seulement une application erronée du statut, elle était une « conception inexacte du principe du droit commun⁸⁶ ». La Cour d'appel avait ignoré la deuxième division de la doctrine du droit commun relative à la restriction de la liberté commerciale, l'exigence selon laquelle l'entente devait être raisonnable en ce qui concerne les intérêts du public. Le juge Duff a souligné le point en citant le juge Bowen dans le cas de *Nordenfelt* dans lequel on présentait la suggestion concernant « le monopole pernicieux⁸⁷ ». En se reportant à la loi canadienne, le juge Duff arriva à la conclusion que la tentative d'établir un monopole virtuel « dans le commerce d'un important article de commerce à travers une étendue de territoire considérable » doit clairement tomber sous le coup de l'article 498⁸⁸. La politique de la loi était de protéger l'« intérêt public

La tentative de King pour identifier les cas d'« abus » du pouvoir du marché pose un problème. Ayant assumé la légitimité fondamentale de ce pouvoir, King suppose qu'il n'est abusif que lorsque la firme néglige de tenir compte de l'intérêt public. Mais cet argument est un argument pour faire poids. La prémisse sur laquelle un marché repose est que les concurrents n'ont pas besoin de tenir compte de l'intérêt public. Le bien-être de la société est maximisé par l'interaction des individus qui ne sont motivés que par leur propre progrès : « [. . .] L'étude de son propre avantage le conduit naturellement ou plutôt nécessairement à préférer l'emploi qui est le plus avantageux pour la société⁷⁶ ». Adam Smith a prétendu que ceux qui « affectaient de commercer pour le bien public⁷⁷ » n'avaient jamais produit beaucoup de bien.

En somme, la législation canadienne a bien fait comprendre que seules certaines restrictions « indues » de la liberté commerciale étaient illícites. Mais la loi n'a fourni aucune directive sur la question cruciale concernant la façon de distinguer les limites licites des limites illicites imposées à la concurrence. La seule suggestion faite par le promoteur de la loi était une théorie impraticable sur l'intention préjudiciable. On a laissé aux tribunaux la tâche d'essayer de débrouiller et de déchiffrer la politique énigmatique de la loi.

L'ancienne jurisprudence

En moins de deux ans, la Cour suprême du Canada fit face à sa première cause importante en vertu de la loi. Dans *Weidman c. Shragge*⁷⁸, deux marchands de ferraille avaient essayé d'acquérir le contrôle du marché de la ferraille dans l'Ouest canadien. Les marchands qui contrôlaient plus de 90 pour cent du marché, convinrent des prix à payer pour la ferraille qu'ils achetaient et s'entendirent pour partager les profits. Le plaignant intenta une poursuite pour faire respecter l'entente, le défendeur plaissant son illégalité en vertu de l'article 498 du *Code criminel*. La majorité de la Cour suprême accepta la contestation du défendeur selon laquelle l'entente violait le *Code* et était par conséquent non exécutoire. Mais les divers jugements des membres de la majorité présentent deux théories très distinctes quant à ce qui constitue une restriction « indue » du commerce en vertu des termes de la législation.

M. le juge Idington formule la question en termes de droit absolu. D'un côté, il y a le « droit de contrat absolu », qui pourrait virtuellement inclure le droit de passer des contrats pour restreindre le commerce. D'un autre côté, il y a le droit du public de « s'attendre raisonnablement à une concurrence juste et loyale⁷⁹ ». La difficulté est de tracer une ligne séparant les droits du public du « droit de contrat absolu ». Le traçage d'une telle ligne se complique par le fait que « l'ensemble de la structure des affaires au Canada se fonde sur la restriction de la concurrence⁸⁰ ». M. le juge Idington élabore une solution fondée sur le jugement de la Chambre des lords dans le cas *Mogul*⁸¹. Si l'on se rappelle, dans le cas

particulier au sein de la libre concurrence⁸⁹ ». Ici, les parties avaient tenté d'étouffer complètement la concurrence sur le marché de la vieille ferraille dans l'Ouest du Canada. En conséquence, les exigences de la loi avaient été remplies⁹⁰.

Bien que les juges Idington et Duff présentent deux interprétations distinctes de la loi, leur raisonnement partage certaines hypothèses de base. Les deux juges refusent d'employer toute forme de test d'évaluation pour distinguer les restrictions légales des restrictions illégales imposées à la concurrence. Ils ne pensent pas qu'il est possible de déterminer si une réduction particulière de la concurrence est soit profitable soit nuisible à l'intérêt public. Au lieu de cela, chacun d'entre eux formule une norme basée sur des « lignes claires » qui leur permet d'appliquer la loi d'une façon catégorique. Pour le juge Idington, la ligne claire est constituée par l'intention particulière d'éliminer les concurrents; pour le juge Duff, par la tentative d'étouffer entièrement la concurrence. Néanmoins, chacune de ces théories n'est tout à fait convaincante. La difficulté avec l'argument du juge Idington est simplement que toute concurrence qui s'exerce sur le marché comporte une intention d'éliminer les concurrents. Ainsi, il semble difficilement plausible de s'appuyer sur la présence d'une telle intention pour identifier les formes de concurrence illégales. Le critère du juge Duff à savoir « l'étouffement de la concurrence » est plus substantiel. Le juge Duff ne veut pas spécifier quel niveau de concurrence est souhaitable dans l'économie canadienne. Néanmoins, il est prêt à soutenir que la réalisation d'un monopole virtuel doit aller jusqu'à une restriction « indue » de la concurrence. Si ce langage statutaire signifie quelque chose, il doit inclure une situation où les forces de la concurrence ont été de fait éliminées. Pour le juge Duff, cette conclusion découle de la prémisse selon laquelle la loi fut conçue pour protéger un intérêt public au sein de la « libre concurrence ». Le juge Duff ne veut pas admettre la possibilité que, dans certaines circonstances, l'élimination de la concurrence pourrait favoriser l'intérêt public. À son avis, la concurrence n'est pas un moyen pour conduire à une autre fin, elle est la fin elle-même.

Pour quelques commentateurs, une approche fondée sur l'élimination de la concurrence est trop rigide; selon eux, la Cour devrait être préparée à équilibrer les intérêts et à permettre d'éliminer la concurrence là où cela favoriserait une autre valeur sociale⁹¹. Il se peut bien que l'application d'une règle catégorique comme celle du juge Duff comprenne le sacrifice d'un certain degré de réalisation économique en faveur de la libre concurrence. Néanmoins, la règle du juge Duff est une règle limitée; il est prêt à trouver une violation de la loi seulement lorsqu'un contrat de fixation des prix élimine virtuellement la concurrence sur un marché. Les gains sociaux et économiques découlant de la permission de ce type d'entente restrictive sembleraient être plutôt limités⁹². De plus, le prix à payer pour employer une règle d'évaluation sélective

serait le jugement plus complexe et la nécessité pour les cours d'évaluer les arguments économiques techniques. L'avantage principal de l'approche de Duff est qu'elle ne requiert que la forme la plus rudimentaire de compréhension de l'économie de la part de la magistrature. En même temps, le test est formulé d'une façon minutieuse de sorte qu'il est peu probable que la loi soit appliquée aux ententes restrictives qui favorisent réellement le rendement économique. En somme, bien qu'il y ait un élément d'arbitraire dans l'analyse de Duff, elle est susceptible d'engendrer moins d'erreurs économiques de la part de la magistrature qu'un autre cadre d'évaluation.

En même temps, il existe une importante source d'instabilité dans le cadre décrit par Duff qui découle de la nature minimaliste de son analyse. Étant donné que le juge Duff ne veut pas soupeser la concurrence par rapport à d'autres valeurs, il est prêt à soutenir que seule l'élimination virtuelle de la concurrence est illégale. La logique de cette position est que les concurrents sont libres de fixer les prix aussi longtemps qu'il reste de la concurrence sur le marché. L'hypothèse est qu'il y a une différence en nature entre les situations de monopole et les autres marchés où la concurrence ne s'exerce pas parfaitement tels que les oligopoles. L'hypothèse est fautive. Il n'est pas nécessaire qu'une firme possède un monopole pour être capable d'exercer le pouvoir sur le marché. Il est plus pertinent de se demander quelle est la nature et l'étendue de ce pouvoir du marché plutôt que de se demander s'il y a un monopole. En fait, accorder une importance exclusive au monopole attaque l'image du pouvoir du marché tout en laissant sa substance intacte. Le monopole privé est un phénomène relativement rare dans l'économie contemporaine canadienne, tandis que l'oligopole est plus généralisé⁹³. L'approche de Duff consiste à attaquer les marges du pouvoir commercial tout en laissant son noyau intact. En même temps, il tend à démontrer qu'il défend l'intérêt public dans la « libre concurrence ». Cette rhétorique crée l'illusion que le problème du pouvoir du marché est abordé de façon appropriée. Il a mis en place la « feuille de vigne qui cache le pouvoir⁹⁴ ».

L'on pourrait penser qu'il serait possible de reformuler les arguments fondamentaux de Duff et d'éliminer les anomalies de son analyse. Cela n'est pas aussi simple qu'il pourrait sembler à première vue. Si Duff devait abandonner le critère de « l'élimination » de la concurrence comme pierre de touche de son analyse, deux portes de sorties restent possibles. La première est de poser en principe que tous les contrats de fixation des prix sont illégaux en soi, sans aucune nécessité de démontrer la tentative de créer un monopole⁹⁵. L'attrait de cette règle est qu'elle est également une analyse catégorique qui libère la cour de la tâche d'évaluer les conséquences économiques du contrat. Mais cette règle élargirait énormément la portée et l'impact de la loi contre les coalitions. L'autre possibilité serait de chercher une position intermé-

diaire dans laquelle les contrats de fixation des prix seraient considérés comme étant illégaux sur une base sélective. Ce type d'analyse nécessiterait une forme de test d'évaluation conçu pour évaluer l'utilité d'un argument donné en fonction de l'intérêt public. Malheureusement, l'analyse de Duff ne contient aucun critère pour guider un tel processus d'évaluation. En fait, le point de toute son entreprise était d'éviter aux tribunaux la nécessité de prononcer de tels jugements discrétionnaires, chargés de politique. Essayer de transformer le cadre de travail du juge Duff en un test d'évaluation consisterait à sacrifier quelque cohérence qu'il ait originellement possédée.

La Cour dans *Weidman c. Shragge* a abordé la politique de concurrence à titre d'essai et d'une manière préliminaire. Malgré cela, les arguments et les hypothèses avancés dans les différentes opinions devaient former le fondement de la jurisprudence pour les soixante-dix prochaines années. À bien des égards, cette jurisprudence n'a guère été qu'une longue note explicative des idées latentes qui se trouvaient dans ce cas. Mais le développement subséquent de ces décisions n'a jamais réussi à résoudre la confusion et l'anomalie présentes à leur naissance.

Le développement des idées

Au cours des cinq décennies qui ont suivi *Weidman c. Shragge*, la Cour suprême n'a prononcé que trois jugements importants concernant les coalitions. Dans ces cas, la « théorie de l'intention » du juge Idington fut inégalement accueillie. Dans la mesure où la Cour a considéré explicitement le problème, elle eut tendance à rejeter la suggestion selon laquelle une intention particulière était un élément essentiel du délit qui consistait à restreindre indûment le commerce. Mais la Cour n'a jamais traité de façon non équivoque l'exigence de l'*intention délictueuse* du délit.

Le cas d'espèce qui fit autorité sur la question était celui de *Container Materials Ltd. c. The King*⁹⁶, qui fut jugé par la Cour suprême en 1942. Les défendeurs étaient des fabricants de boîte de papier qui approvisionnaient la plus grande partie du marché dans tout le Canada. Ils fixèrent les prix, établirent des quotas de vente et imposèrent différentes autres restrictions à la concurrence. Le but et l'effet de l'entente étaient d'acquérir un monopole sur le marché canadien⁹⁷. Les défendeurs prétendirent qu'il était insuffisant pour la Couronne de prouver simplement l'existence d'une entente pour limiter indûment la concurrence. Ils déclarèrent que l'on doit également montrer que l'accusé a conclu l'accord avec l'intention « de faire ce qui selon leur plan, et selon leur intention, aura pour effet d'empêcher ou de diminuer la concurrence, au sens de la loi⁹⁸ ». C'est une variation de l'argument du juge Idington dans *Weidman c. Shragge*. Alors que le juge Idington a, semble-t-il, soutenu que l'intention d'éliminer des concurrents était suffisante, l'argument

dans ce cas-ci est qu'une intention de détruire tous les concurrents est nécessaire.

Le juge Kerwin rejette du début l'argument. Il arrive à la conclusion qu'il est suffisant pour la Couronne de prouver une entente dont l'effet serait de diminuer la concurrence indûment : « Cette exigence fut satisfaite dans ces poursuites lorsqu'on a établi que les appelants ont eu l'intention de faire et qu'ils ont effectivement fait l'arrangement même dont on a prouvé l'existence⁹⁹ ». Cela laisse entendre que la seule pertinence de l'intention porte sur la question de savoir si les parties se sont réellement entendues. Ayant prouvé une entente, la seule question qui reste concernerait l'effet de l'entente. Néanmoins, par la suite, dans son jugement, le juge Kerwin modifie cette position. Il croit que la Cour doit déterminer si l'objet direct et le principe directeur de l'entente étaient de diminuer indûment la concurrence¹⁰⁰. Car à moins que les parties aient réellement eu l'intention d'étouffer la concurrence, on ne pouvait pas dire que cela ait été l'« objet » de leur entente. Cette ambiguïté ne fut pas résolue dans la jurisprudence subséquente de la Cour suprême de l'époque, bien que la Cour n'ait jamais mis l'accent sur l'exigence de l'intention dans aucune de ses décisions¹⁰¹.

La distinction du juge Duff entre la réduction et l'élimination de la concurrence a joué un rôle plus important pendant cinquante ans après *Weidman c. Shragge*. Le point de vue qui dominait, particulièrement à la Cour suprême, était que seule une élimination virtuelle de la concurrence constituait une limitation « indue » à la concurrence. Mais il y eut une série de cas concurrents, déviationnistes, qui ont reconnu l'insuffisance de cette règle et qui l'ont rejetée. La difficulté était qu'aucun de ces cas anormaux n'était capable de formuler une autre définition significative de la concurrence déloyale.

Dans chacune des trois décisions de la Cour suprême qui firent jurisprudence au cours de la période¹⁰², les défendeurs avaient essayé d'acquérir un monopole sur leur marché respectif, la Cour ayant mis en évidence cette constatation à l'appui des condamnations¹⁰³. M. le juge Cartwright dans le cas de *Fine Papers* a résumé la signification de la diminution « indue » de la concurrence en ces termes :

Essentiellement, il me semble que les décisions en question posent en principe qu'une entente visant à empêcher ou à diminuer la concurrence dans les activités commerciales du genre décrit dans l'article devient criminelle lorsque l'empêchement ou la diminution faisant l'objet de l'entente atteint le point où les parties à l'accord deviennent libres de poursuivre ces activités qui ne sont pas virtuellement affectées par l'influence de la concurrence, laquelle influence le Parlement considère comme une protection indispensable de l'intérêt public; car c'est l'usurpation par les membres de la coalition du pouvoir d'effectuer leurs activités sans concurrence qui est illégal¹⁰⁴.

La nécessité de démontrer un étouffement total de la concurrence ne s'est pas appliquée simplement dans le contexte de l'article sur la

conspiration du *Code criminel*. Les tribunaux de première instance ont utilisé les mêmes critères pour interpréter les autres dispositions extensibles des documents statutaires. Par exemple, dans *R. c. Canadian Breweries*¹⁰⁵, le juge en chef McRuer de la Haute cour a appliqué le raisonnement du juge Cartwright à l'article sur la fusion de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Il a reconnu qu'une fusion opérait « au détriment ou à l'encontre de l'intérêt du public¹⁰⁶ » seulement lorsqu'elle aboutissait à l'acquisition du contrôle monopolisateur : « Aussi longtemps que la preuve montre qu'il y a une concurrence acharnée sur le marché nonobstant la fusion, je ne pense pas que la fusion de compagnies concurrentes entre dans le type de preuve requis dans un cas criminel¹⁰⁷ ».

Aucune décision de la Cour suprême de l'époque n'a dévié de ce point de vue en ce qui concerne la signification de la concurrence illégale. Mais un certain nombre de décisions des tribunaux de première instance ont rejeté la demande selon laquelle seule l'élimination de la concurrence rendait un contrat de fixation des prix illégal. Peut-être que le cas d'espèce qui a épousé une autre vue fut celui de *R. c. Abitibi Power and Paper Co.*¹⁰⁸. Le juge de première instance, M. le juge Batshaw, a soutenu que l'approche du juge Cartwright dans le cas de *Fine Papers* a ignoré la « signification ordinaire » du langage statutaire en question. Le juge Cartwright a essentiellement considéré l'« empêchement » ou la « diminution » de la concurrence comme étant équivalents à son extinction. Selon le juge Batshaw, il y avait une différence claire entre les mots « empêcher » ou « diminuer » et le mot « éteindre ». Aussi, il a rejeté la vue selon laquelle une conspiration pour fixer les prix était illégale seulement lorsqu'elle créait un monopole virtuel. Le juge Batshaw n'était pas non plus en faveur d'une règle qui rendrait tous les contrats de fixation des prix illégaux en soi. Cela ne lui laissa qu'une seule option, la formulation d'un test d'évaluation qui distinguerait les conspirations illégales sur une base sélective. Le juge Batshaw a cherché à découvrir un tel test d'évaluation dans le jugement du juge Osler, dans l'affaire *R. c. Elliot*¹⁰⁹. Le juge Osler, dans un passage qui encore aujourd'hui continue à être fréquemment cité, a défini « indûment » comme « d'une façon indue ou à un degré indu, injustement, abusivement, excessivement, immodérément . . . ¹¹⁰ ». En élaborant sur cette définition initiale, il a déclaré qu'une diminution de la concurrence était indue si « par la coalition de quelques-uns le droit de la majorité est pratiquement lésé en le limitant aux membres de la coalition¹¹¹ ». Adoptant cette approche, le juge Batshaw a décidé que d'après les faits qui lui avaient été présentés, l'accusé avait conspiré pour diminuer indûment la concurrence.

Il serait difficile de concevoir une définition de la concurrence illicite qui soit plus vide de sens. L'utilisation d'adverbes tels que injustement ou abusivement ne veut simplement rien dire sans une notion de la nature de l'« injustice » qui est commise, tout comme la question avancée par la proposition à l'effet que la « coalition de quelques-uns » ne

doit pas en pratique empiéter sur le « droit de la majorité ». Comme avec l'utilisation de la théorie des droits en général, un tel argument est complètement indéterminé sans une théorie normative indépendante précisant le caractère du droit en question. Évidemment, la formulation du juge Osler ne renferme pas cette analyse normative. Il reste la remarque du juge Batshaw qui soutient que la question de l'illégalité comprend une constatation de fait fondée sur les circonstances du cas particulier. Mais cette formulation ne répond pas au problème. Que l'on caractérise la constatation comme une constatation de « fait » ou de « droit », une théorie ou des critères de base sont encore nécessaires pour structurer l'analyse. En l'absence d'une telle théorie régulatrice, caractériser le litige comme étant une question de « fait », c'est simplement exercer le pouvoir discrétionnaire selon des principes légaux reconnus. Cela est expliqué par le caractère concluant du propre jugement du juge Batshaw qui étudie les faits du cas et puis qui déclare simplement que la concurrence a été diminuée indûment. Il n'y a pas de tentative pour considérer et évaluer les valeurs politiques et économiques concurrentes qui sont en jeu dans le cas. Le résultat semble être le produit d'une impression indistincte et insaisissable que le juriste a développée au sujet de la législation, mais qu'il ne peut rendre explicite ou concise. Cette approche caractérise les autres cas de cette période que l'analyse du juge Batshaw a adoptée¹¹².

En résumé, les cas d'espèces sur les coalitions qui firent jurisprudence au cours des années 1960 ont continué à se structurer autour des arguments de base avancés dans *Weidman c. Shragge*. À mesure que toutes les répercussions et les insuffisances des idées originales devinrent apparentes, il y eut des tentatives initiales de révision. Le problème était qu'une nouvelle théorie de base n'émergeait pas pour pouvoir supplanter les prémisses imparfaites des juges Idington et Duff. Entravée par le lourd poids de son passé, la jurisprudence relative aux coalitions a oscillé entre l'arbitraire et l'indétermination.

La jurisprudence contemporaine

Au cours de la décennie précédente, la Cour suprême du Canada a rendu un certain nombre de décisions importantes concernant les coalitions¹¹³. Les décisions ont été condamnées et ridiculisées presque unanimement dans les publications spécialisées. La critique la plus commune a porté sur le fait que la mise en vigueur des dispositions de la loi relative à la conspiration et à la fusion ou au monopole a été rendu impraticable¹¹⁴. La réponse du gouvernement fédéral a été de rédiger la législation qui annulerait particulièrement la jurisprudence dans de nombreux cas¹¹⁵. Le remède apparent au problème consiste à retourner au texte de la loi tel qu'il existait avant cette malheureuse série de cas. Mais ces décisions n'ont pas été aberrantes ni même exemplaires. Dans la

plupart des cas, elles n'ont guère représenté qu'une élaboration des thèmes de base exposés dans l'ancienne jurisprudence. Les affaires en litige concernaient les questions relatives à l'intention d'éliminer indûment la concurrence, l'élimination réelle de la concurrence et l'existence de monopole comme un détriment au public.

L'intention d'éliminer la concurrence

Un centre de préoccupation important dans ces cas était la nature de l'intention requise dans les conspirations visant à fixer les prix. Dans *Aetna Insurance*, des accusations de fixation des prix ont été portées contre les membres d'une association de compagnies d'assurances¹¹⁶. Les compagnies souscrivaient 65 à 80 pour cent des primes d'assurance-incendie dans la province de la Nouvelle-Écosse, et c'est l'association qui fixait les primes. Les accusés furent acquittés au procès¹¹⁷. Bien que le long jugement soit quelque peu discursif, le juge de première instance a semblé se concentrer sur l'intention des accusés. M. le juge Hart a conclu que les accusés n'ont jamais eu l'intention que leurs activités empiètent sur le droit du public à la libre concurrence . . . Leur but était d'assurer un climat stable dans lequel ils pourraient effectuer leurs affaires. De plus, ils savaient qu'il y avait d'autres concurrents à l'extérieur de l'association prêts à faire concurrence pour les dollars-primes disponibles. Étant donné qu'il y avait toujours une « capacité de libre concurrence¹¹⁸ », il n'y avait pas eu de diminution indue de la concurrence.

La Cour d'appel a autorisé un appel du jugement de première instance¹¹⁹, mais dans un autre appel à la Cour suprême du Canada, l'acquittement fut restauré. L'une des erreurs alléguées du juge de première instance était qu'il avait admis abusivement la preuve tendant à démontrer les avantages que le public tirait des activités de l'association¹²⁰. M. le juge Ritchie, parlant au nom de la majorité de la Cour suprême du Canada, a confirmé l'admissibilité de la preuve. La raison de l'admission de la preuve n'était pas de prouver que l'entente était avantageuse pour le public, mais de vérifier son but. La question pertinente était de savoir si « l'objet de l'entente était de diminuer indûment la concurrence¹²¹ ». Le juge Ritchie eut la certitude que l'acquittement prononcé par le juge de première instance avait été fondé sur le fait que les accusés n'avaient pas eu l'intention de diminuer la concurrence indûment¹²². Étant donné qu'un tel but était un élément essentiel du délit, le verdict du tribunal devait être restauré.

M. le juge Pigeon a cherché à clarifier cette question de la diminution indue de la concurrence dans son jugement majoritaire dans le cas de *Atlantic Sugar*. Le juge Pigeon a déclaré que la signification du terme indûment avait été « examinée de façon exhaustive » par M. le juge Ritchie dans le cas de *Aetna*. Il a cité en l'approuvant un passage de *Aetna* dans lequel l'« intention de diminuer la concurrence indûment » a

été soulignée¹²³. Mais le juge Pigeon a poursuivi en faisant remarquer qu'il n'était pas nécessaire que les accusés soient conscients de l'illégalité de l'entente. Les parties à l'entente ne pouvaient pas être acquittées simplement parce qu'elles avaient pensé par erreur que la diminution de la concurrence ne serait pas indue au sens de la loi : « C'est toujours à la Cour de décider à partir des faits si une entente pour diminuer la concurrence signifie que la concurrence sera diminuée indûment et les vues de l'accusé sur ce point sont non pertinentes¹²⁴ ».

Quelques commentateurs ont prétendu que le juge Pigeon s'était contredit dans ce dernier passage¹²⁵. Mais il n'y a pas d'inconsistance réelle dans l'analyse. Le juge Pigeon affirme que les parties à une entente doivent avoir l'intention de diminuer la concurrence indûment. En ayant une telle intention, cependant, il n'est pas pertinent de savoir qu'ils aient pu ne pas être au courant de son illégalité. Ce point élémentaire découle du fait que c'est la cour et non l'accusé qui est chargée d'interpréter la loi. Lorsque le juge Pigeon conclut que les vues de l'accusé sur le sens de « dûment » ne sont pas pertinentes, il ne parle que de leurs vues sur l'interprétation appropriée de la loi. Cela ne diminue pas l'exigence que les parties doivent avoir eu l'intention de diminuer la concurrence « indûment », au sens judiciaire du terme.

Le problème plus grave qui concerne l'exigence de l'« intention » est simplement son défaut de pertinence. On peut illustrer cela grâce aux faits du cas *Aetna*. Le juge de première instance, M. le juge Hart, a trouvé que le but de l'entente avait été de stabiliser les taux des primes d'assurance-incendie et de promouvoir un climat commercial positif dans l'industrie. Il n'y avait pas eu de désir d'étouffer la concurrence, étant donné que les parties savaient qu'une concurrence extérieure demeurerait présente¹²⁶. Par conséquent, l'accusé n'avait pas eu l'intention de diminuer la concurrence indûment. L'analyse du juge Hart semble exiger que le but premier et explicite des parties doit être la suppression de toute concurrence¹²⁷. Là où on peut établir le but en d'autres termes, comme dans ce cas, aucun délit n'a été commis. Mais cette concentration sur le but des parties semble déplacée. Si l'effet inévitable de l'entente était de supprimer la concurrence, il ne devrait pas être important de savoir si les parties ont établi leur but en ces termes précis ou si elles ont utilisé un autre genre de mots. Il ne semble pas y avoir de raison légale pour faire la distinction entre ces cas. En outre, le juge Hart demande la preuve que les parties ont eu l'intention de supprimer toute concurrence pour appuyer un verdict de culpabilité. Étant donné que toute concurrence qui s'exerce sur le marché comprend l'intention d'éliminer les rivaux, ce test n'offre aucun critère significatif pour distinguer la conduite illégale. Il faut un argument ou une distinction supplémentaire afin de formuler une norme déterminée. C'est cette distinction supplémentaire, quelle qu'elle soit, plutôt qu'une intention « illicite » d'éliminer les rivaux, qui doit caractériser et structurer l'analyse.

La question est de savoir comment expliquer la persistance d'une forme d'exigence de l'« intention indue » dans la jurisprudence relative aux coalitions de la Cour suprême. De *Weideman c. Shragge* en 1912 à *Atlantic Sugar* en 1980, il y a eu des propositions sans cesse renouvelées pour soutenir qu'une forme d'intention particulière est un élément essentiel du délit. Une explication évidente est le fait que la législation a été historiquement caractérisée comme une législation de droit pénal. La théorie est que la nécessité de prouver l'intention criminelle a occasionné des préoccupations et a engendré de la confusion à propos de l'intention de l'accusé. En mettant les choses au mieux, l'explication n'est que partielle. Elle ne réussit pas à englober les questions plus vastes qui se rapportent au rôle approprié du pouvoir judiciaire dans l'élaboration de la politique de concurrence.

La réponse du pouvoir judiciaire à la question centrale de la politique de concurrence — comment distinguer les formes d'exploitation qui sont interdites de celles qui sont permises — a été d'analyser le problème d'une façon catégorique. Il a essayé de formuler une norme qui permet d'établir une distinction nette entre les catégories de conduite, et d'éviter d'utiliser les tests d'évaluation qui demanderaient une évaluation des conséquences d'un certain comportement. Non seulement les juges n'ont pas les connaissances techniques pour procéder à de telles évaluations fondées sur les conséquences, ces types d'arguments nécessiteraient des choix qui étaient ouvertement chargés de politique et par conséquent apparemment inappropriés au pouvoir judiciaire¹²⁸. La concentration sur l'intention des parties a été l'un des principaux moyens employés pour éviter ces difficultés. Elle a permis au pouvoir judiciaire d'établir une position intermédiaire qui ne dépendait pas des conséquences économiques ou politiques de la conduite en question. Si les parties possédaient l'intention requise, leurs actions étaient illégales, peu importe les avantages sociaux importants qu'elles aient pu engendrer.

Cette méthodologie ne s'est pas limitée au domaine de la concurrence. Pour anticiper l'analyse de la prochaine section, il est possible de découvrir les mêmes formes de raisonnement en jeu dans les autres domaines de la doctrine, en dehors des royaumes du droit pénal¹²⁹. Ce parallélisme permet de douter que la législation caractérisée comme une législation de droit pénal peut entièrement expliquer l'importance judiciaire que l'on a accordée à l'intention des parties. Il laisse entendre également que les cours hésiteront à abandonner cette théorie dans l'avenir, en dépit de son défaut de pertinence au point de vue économique et indépendamment de la question de savoir si le caractère de droit pénal de la législation est modifié¹³⁰.

L'élimination de la concurrence

En plus de se concentrer sur l'intention des parties, *Aetna* et *Atlantic Sugar* ont réaffirmé la proposition que les contrats de fixation des prix

doivent étouffer toute concurrence pour être illégaux. Le traitement le plus exemplaire de cette affaire se trouve dans le jugement de première instance dans le cas *Aetna*. Après une longue étude sur les autorités, M. le juge Hart conclut qu'il n'est pas nécessaire que la Couronne prouve l'existence d'un monopole pour obtenir une condamnation. En s'appuyant sur des cas tels que *Elliott et Abitibi Power*, le juge Hart conclut qu'il est suffisant si l'entente est faite avec intention de diminuer la concurrence « abusivement, démesurément, excessivement, tyranniquement¹³¹ . . . ». Évidemment, l'utilisation de tels termes est dans une large mesure dénuée de sens¹³². Ainsi, pour statuer réellement sur l'affaire, le juge Hart est forcé d'avoir recours au test du « monopole virtuel ». Il acquitte les accusés étant donné qu'ils n'ont pas essayé de monopoliser le marché de l'assurance-incendie, et qu'il y avait toujours une possibilité de concurrence extérieure significative. Cette analyse fut confirmée par M. le juge Ritchie lorsque le cas est parvenu à la Cour suprême du Canada. Le juge Ritchie a rejeté l'argument selon lequel la diminution de la concurrence était indue chaque fois qu'elle comportait simplement un « segment significatif de l'industrie des assurances¹³³ ». Aussi longtemps que les parties n'avaient pas « étouffé » la concurrence, la diminution de la concurrence n'avait pas été indue¹³⁴.

M. le juge Pigeon réitéra le même point fondamental dans le cas *Atlantic Sugar*. La preuve dans ce cas indiquait que les producteurs de sucre de l'Est du Canada avaient tacitement divisé le marché de façon à conserver leurs parts du marché « traditionnelles ». Le juge Pigeon était d'avis qu'une entente tacite dans laquelle les parties avaient consciemment tenté d'égaliser les actions d'un « producteur qui avait l'initiative des prix sur le marché », n'équivalait pas à une conspiration en vertu de la loi. Mais il a également souligné que l'entente tacite pour conserver les parts du marché n'a pas éliminé toute concurrence sur le marché. Il y avait encore une concurrence des prix limitée entre les parties pour stabiliser les fluctuations du marché. La concurrence n'avait pas été supprimée.

L'exigence selon laquelle la concurrence doit être « supprimée » par opposition à « diminuée » possède une vertu : elle est une norme avec une mesure d'exactitude. Elle permet aux cours d'identifier les conspirations illégales sans avoir à évaluer les conséquences d'une entente donnée. Mais le cas *Atlantic Sugar* fait ressortir la nature arbitraire et limitée de la distinction. Trois firmes ont été capables de contrôler plus de 90 pour cent d'un marché donné pendant plusieurs décennies, mais parce qu'il y avait « une certaine » variation de prix, l'arrangement n'était pas illégal. Comme on l'a proposé ailleurs, même l'OPEP a mis en lumière « une certaine » variation de prix¹³⁵. Le point important est la nature et l'importance des variations de prix en jeu. La cour n'essaya pas de faire l'évaluation, décidant simplement que l'existence de toute forme de variation de prix constituait une défense suffisante à l'accusa-

tion. Le résultat dans ce cas illustre l'arbitraire de toute distinction entre le monopole et les autres marchés où s'exerce une concurrence imparfaite.

Le cas souligne aussi les anomalies inhérentes à l'ensemble de la philosophie de la « conduite » qui est à la base de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. La loi n'attaque pas la structure des marchés, mais uniquement le comportement des entreprises sur le marché. Ainsi, il ne peut pas y avoir une condamnation pour la fixation des prix sans une entente explicite entre les accusés. Les faits de ce cas indiquent qu'il est possible pour les entreprises de parvenir au même résultat sans aucune consultation formelle. Les producteurs de sucre furent en mesure de coordonner les prix simplement par l'étude du comportement de chacun d'entre eux. Aucune collusion ne fut nécessaire. Évidemment, un tel « parallélisme conscient » entre les entreprises ne peut seulement être efficace que sur des marchés à forte concentration. C'est précisément le point. En se concentrant sur la collusion ouverte, la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ignore le fait qu'une telle collusion est inutile à ceux qui possèdent le pouvoir commercial le plus solidement établi, et se concentre sur ceux qui tenteraient d'avoir en leur possession un tel pouvoir :

Nous faisons des distinctions contre ceux qui, à cause de leur nombre et de leur faiblesse, doivent utiliser des méthodes brutales et manifestes pour contrôler leur marché, et en faveur de ceux qui, parce qu'ils ont atteint l'importance et la puissance, ne sont pas soumis à une telle contrainte¹³⁶.

Le résultat dans *Atlantic Sugar* suscitera l'incrédulité et le ridicule au sein du public et de l'élite. Mais il ne produisit aucun changement fondamental dans le pouvoir discrétionnaire de la politique sur les coalitions. La réforme législative a été fragmentaire et adaptée aux besoins. Il n'y a plus aucune nécessité de prouver l'élimination virtuelle de la concurrence¹³⁷, et il y a des propositions pour clarifier l'« intention » requise afin d'appuyer une condamnation¹³⁸. Un tel remède provisoire ne peut qu'aggraver l'état du patient au lieu de le guérir. La difficulté est que la cour n'a jamais élaboré d'autres critères pour guider son analyse dans ce domaine. Elle a refusé obstinément d'effectuer une évaluation significative des avantages ou des préjudices découlant des contrats de fixation des prix. La cour a simplement eu recours à des expressions vides de sens telles que « injustement » et « tyranniquement » pour décrire ces ententes qui diminuent la concurrence indûment. En éliminant simplement les critères que les cours ont utilisés sans fournir aucun substitut, le Parlement semble avoir rendu ce domaine de doctrine virtuellement sans norme. Il n'y a pas de théorie plus générale sur le rôle de la concurrence ou sur la nature de l'intérêt public en jeu. Il n'y a pas de principe plus grand qui sépare les formes de concurrence loyales des formes déloyales. Les résultats sont le produit de la conjecture et du raisonnement par analogie sans aucun fondement sur des principes.

Le monopole et le préjudice au public

Dans *R. c. K.C. Irving Ltd.*, la Cour suprême du Canada a rendu sa première décision en vertu des articles sur la fusion et le monopole de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Le cas faisait suite à l'acquisition par la famille de K.C. Irving, entre 1948 et 1971, des cinq journaux de langue anglaise du Nouveau-Brunswick. Des accusations furent portées en vertu de la disposition sur la « fusion, trust ou monopole » de la loi au sens en vigueur avant le 10 août 1960¹³⁹ et en vertu des dispositions particulières sur la « fusion » et le « monopole » stipulées dans la loi après 1960¹⁴⁰. Le juge de première instance condamna les accusés sur tous les chefs d'accusation¹⁴¹, mais la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick admit l'appel et ordonna un acquittement¹⁴². La Cour suprême du Canada rejeta à l'unanimité l'appel subséquent de la Couronne.

La décision du juge en chef Laskin était fondée sur la signification de l'expression « au détriment du public » dans les dispositions statutaires en cause. Le juge de première instance avait trouvé qu'une fois qu'un monopole complet a été établi, on pourrait présumer le préjudice au public. M. Laskin, juge en chef du Canada, différa d'opinion. Selon le juge en chef, le juge de première instance avait appliqué de façon erronée la jurisprudence émanant de l'article sur la conspiration à l'interprétation des dispositions relatives à la fusion et au monopole. La preuve d'une conspiration illégale ne nécessitait aucune démonstration de détérioration causée au public; une fois que la diminution de la concurrence devenait « indue », le délit était établi. Par contre, ce raisonnement ne pouvait pas être transposé au contexte d'une fusion ou d'un monopole, où l'élément de préjudice causé au public est spécifiquement mentionné dans la loi. Dans ces cas, on doit prouver qu'un préjudice a été causé au public, peu importe jusqu'à quel degré on avait diminué la concurrence. Selon le point de vue du juge en chef Laskin, la seule preuve sur ce point a été « théorique » et émanait de témoins qui n'avaient effectué aucune étude sur la situation au Nouveau-Brunswick¹⁴³. En conséquence, on ne pouvait pas établir le bien-fondé des condamnations.

Il est vrai que la phraséologie de l'article sur la conspiration diffère de celle des dispositions sur le monopole et la fusion. Mais il est faux de conclure que les articles doivent nécessairement être interprétés différemment. L'expression « au détriment [. . .] du public » dans l'article 2 de la loi indique simplement que les fusions ou les monopoles ne sont pas illégaux en soi. Il faut concevoir un autre principe de politique générale pour distinguer les fusions ou monopoles illégaux des fusions ou monopoles légaux. Mais le libellé de l'article ne détermine pas quel devrait être ce principe de politique générale. Il invite simplement la cour à élaborer sa propre théorie à propos de ce qui constitue l'« intérêt public » dans la concurrence.

La théorie normative indépendante, plutôt que quelque chose dans la teneur de la loi elle-même, donnera un sens à l'article. Cette théorie de base sur l'intérêt public n'a pas nécessairement besoin de refléter le sens du terme « indûment » dans l'article sur la conspiration. Mais il y a de bonnes raisons de s'attendre à certaines ressemblances générales dans l'interprétation des différentes dispositions. C'est parce que la fonction du terme « indûment » dans l'article 32 est équivalente à celle de l'expression « au détriment du public » dans l'article 2. L'utilisation du terme « indûment » invite la cour à élaborer un principe qui séparera les restrictions légales à la concurrence des restrictions illégales. Cela ne peut se faire qu'en développant une théorie globale sur l'intérêt dans la libre concurrence. Il serait curieux si la notion de l'intérêt du public dans le contexte de l'article 32 était diamétralement opposé à celle qui est appliquée dans l'article 2.

Ce parallélisme entre les deux articles est clairement illustré par le jugement du juge en chef McRuer dans *R. c. Canadian Breweries*¹⁴⁴. *Canadian Breweries* avait fait l'acquisition de 23 usines entre 1930 et 1953, accroissant sa part du marché de 11.2 pour cent en 1931 à 60.0 pour cent en 1958. Des accusations de fusion illégale furent portées en vertu de la loi, selon sa teneur avant les modifications de 1960; McRuer, juge en chef de la Haute cour, devait déterminer si la « fusion, le trust ou le monopole avait opéré ou était susceptible d'opérer au détriment ou à l'encontre de l'intérêt du public . . . ». Aucun cas de fusion préalable n'avait interprété l'expression « l'intérêt du public¹⁴⁵ ». Mais le juge en chef McRuer a remarqué que les cas jugés en vertu de l'article de la conspiration contenaient une théorie de l'« intérêt public particulier dans la libre concurrence¹⁴⁶ ». Selon ces cas, on a nui à l'intérêt public lorsqu'on a totalement supprimé la concurrence au sein du marché. Le juge en chef McRuer a conclu qu'on devrait appliquer la même théorie de l'intérêt public au domaine de la fusion. Si une fusion résultait de l'élimination de toute concurrence au sein du marché, la fusion agissait à l'encontre de l'intérêt du public et elle était illicite. Le juge en chef McRuer acquitta les accusés, en s'appuyant en partie sur le fait que « l'acquisition des usines n'avait pas eu comme effet de donner aux accusés un monopole ou un monopole substantiel sur le marché¹⁴⁷ ».

Le raisonnement et la conclusion du juge en chef McRuer furent en aucune façon inévitables. Le juge en chef McRuer aurait pu décider que l'intérêt public dans un cas de fusion différait de l'intérêt public dans un cas de conspiration. Mais cela aurait été le début de l'analyse plutôt que sa conclusion. Le juge en chef McRuer aurait eu à élaborer une autre théorie de l'intérêt public dans la concurrence applicable aux fusions. Bien que le juge en chef Laskin n'ait pas formulé la question explicitement en ces termes, son analyse laisse entrevoir une autre façon de comprendre l'intérêt public. Le juge en chef semble prêt à accepter l'argument de la Couronne selon lequel il y aurait un intérêt public

important à ce que la propriété des journaux soit diversifiée. Cet intérêt n'était pas purement économique, il incluait une valeur politique plus générale en encourageant la libre circulation des idées et de l'opinion¹⁴⁸. On se fonde sur l'hypothèse que « la diffusion la plus large possible de l'information provenant de sources différentes et antagonistes est essentielle au bien-être du public, qu'une presse libre est une condition d'une société libre¹⁴⁹ ». Le juge en chef Laskin semble envisager une forme d'analyse d'évaluation, dans laquelle les différents avantages et préjudices sociaux découlant d'une fusion seraient évalués. Néanmoins, toute indication de préjudice doit être une indication de « préjudice de fait ». Il est insuffisant de s'appuyer sur des arguments « théoriques », non fondés sur une étude de la situation réelle du Nouveau-Brunswick au moment de la fusion.

De nombreux commentateurs ont critiqué l'exigence du juge en chef Laskin visant à prouver le préjudice de fait en disant qu'elle imposait un fardeau de la preuve insurmontable à la Couronne dans un cas de fusion¹⁵⁰. Il y a une objection à l'analyse qui est plus fondée sur des principes. L'approche du juge en chef révèle une compréhension inexacte des intérêts supposément protégés par les valeurs de la liberté de parole et de la liberté de presse. Ces valeurs sont destinées à assurer que les points de vue sont exprimés par « une multitude de voix, [plutôt] que par une espèce de sélection autorisée¹⁵¹ ». L'État ne devrait pas déterminer qui doit parler ni le contenu du message. Au lieu de cela, le débat politique devrait être structuré par les choix des participants eux-mêmes.

La liberté d'expression est indirectement menacée par le cadre de travail proposé par le juge en chef Laskin. En insistant pour qu'il y ait la preuve de préjudice de fait, son analyse nécessiterait de la part du tribunal inférieur une analyse de contenu et des politiques éditoriales de chaque journal. La cour ne pourrait pas limiter son enquête aux cas où certains points de vue auraient été délibérément et avec une injustice criante supprimés. Selon la Commission sénatoriale spéciale sur les médias d'information (Comité Davey), ces cas de manipulation manifeste sont relativement rares¹⁵². Au Canada, il y a des cas bien plus importants où le débat sur les questions de politique générale est limité d'une façon plus cachée, presque inconsciente. Peut-être qu'il a donné plus d'importance à certaines vues aux dépens d'autres vues. Ces soi-disant erreurs d'émission sont difficiles à déceler, mais elles constituent la principale menace à l'intérêt public due à la propriété concentrée des médias¹⁵³. Ainsi, toutes ces questions seraient pertinentes en appliquant le test du préjudice de fait. Les directeurs de journaux pourraient être appelés en justice pour rendre compte de leur exercice du pouvoir discrétionnaire dans le domaine de la rédaction. Les juges examineraient les rapports des journaux pour s'assurer qu'ils ont obéi à une norme non déclarée de « loyauté ». Telle est l'inévitable conséquence

d'une règle destinée à l'accomplissement réel de l'industrie des journaux plutôt qu'à sa structure. Ostensiblement conçue pour protéger l'indépendance des journaux, l'approche de Laskin la renverse. Elle enlève les décisions relatives à la rédaction de la salle des nouvelles et les place dans la salle d'audience. Elle soumet les décisions relatives à ce qu'il faut publier et à la façon de le publier à l'étude de fonctionnaires de l'État. C'est beaucoup plus interventionniste qu'une règle qui présume le préjudice en droit à l'occasion de la création d'un monopole de journaux.

Il se peut bien que la cour ne fut pas consciente de toutes les répercussions de l'exigence de préjudice en fait adoptée dans le cas *Irving*. Mais c'est parce que la cour négligea de s'engager dans toute considération systématique des intérêts en jeu dans le litige. Le lecteur reste sans aucun sens clair sur la fonction que les journaux doivent avoir dans notre société ou sur les raisons pour encourager la diversité dans leur propriété. Au lieu d'une telle analyse, la cour offre des déclarations concluantes qui sapent les valeurs mêmes qu'elle prétend appuyer.

Le cas *Irving* n'est qu'un autre témoignage de l'absence de toute théorie de base ou de principe régulateur sous-tendant la politique canadienne sur les coalitions. En général, l'État n'a pas essayé de régler la structure de l'industrie, ne considérant comme répréhensible que l'abus de monopole et non le monopole tel quel. Mais dans *Irving*, la Couronne chercha à démontrer que la seule présence de monopole était illicite, sans aucune preuve de conduite abusive. Il y avait de bonnes raisons pour accepter l'argument de la Couronne. Mais pour le faire, il aurait fallu remettre en question la tendance et la philosophie de base que la politique de concurrence avait toujours poursuivies. Cela aurait entraîné le rejet du modèle existant en faveur d'un nouveau. Même en introduisant un tel principe contraire et subversif dans ce cas particulier, il n'y avait pas de garantie qu'il ne retournerait pas à l'état sauvage. Plutôt que de prendre cette chance, la cour a souligné et renforcé ses sentiments antistructuralistes. Tout changement de modèle devrait attendre une occasion future.

La jurisprudence en perspective

On pourrait croire impossible ou peu sage d'essayer de présenter des généralisations sur un sujet aussi complexe et aussi technique que la politique de concurrence. Mais sa complexité est décevante. La politique de concurrence soulève un nombre plutôt limité de questions fondamentales sur l'organisation d'un marché. Ces problèmes fondamentaux tendent à resurgir sous différentes formes, quel que soit l'aspect particulier de la politique des coalitions qui est à l'étude. Une fois que ces questions centrales ont été abordées et solutionnées, le reste n'est qu'un simple détail.

La politique de concurrence canadienne a commencé en adoptant comme hypothèse que l'existence du pouvoir commercial ou du pouvoir découlant d'un monopole n'est pas nécessairement illicite. Ce qui est répréhensible, c'est l'abus d'un tel pouvoir. Cela a signifié que l'ambition centrale de la jurisprudence a été de formuler un principe cohérent qui définirait la conduite de marché « abusive ». Ce point a été la question sous-jacente dans toutes les décisions de la Cour suprême ayant trait aux coalitions, bien que la façon dont elle a formulé la question ait pu varier d'un cas à l'autre. La cour a avancé un certain nombre de propositions relatives aux formes d'exploitation que l'on devrait prohiber sur un marché. Mais aucune de ces propositions n'a fourni une base fondée sur des principes en vue de la décision. D'un côté, il y a les cas qui ont essayé d'identifier la conduite qui était intrinsèquement illicite. On a déclaré qu'il y avait certaines formes de concurrence que l'on pourrait prohiber de façon absolue, sans tenir compte de leurs conséquences économiques. Réciproquement, toute conduite qui n'entre pas dans la catégorie prohibée est licite, quelle que soit la nature indésirable de ses effets économiques. La difficulté avec cette analyse était que la cour ne fut jamais capable de dépasser les idées extrêmement sommaires avancées dans sa première décision importante en matière de coalition, l'affaire *Weidman c. Shragge*. Les critères simplistes que l'on a utilisés ne permettaient absolument pas d'identifier la conduite abusive au sein du marché dans une économie industrielle moderne. La ligne dominante des cas de coalition est restée figée dans le passé, oubliant des progrès survenus dans notre compréhension générale du comportement des marchés.

Il y a eu des déviations occasionnelles de ce conformisme où les cours ont rejeté l'approche dominante fondée sur la catégorie en faveur d'une analyse d'évaluation de chaque cas en particulier. Le problème était que ces cas avaient omis de faire connaître les critères qui devaient être utilisés dans le processus d'évaluation. Il n'y a jamais eu de conception de base du rôle de la politique de concurrence ni un calcul utilitaire des avantages échouant à la communauté dans son ensemble. Ces cas étaient simplement « une garantie de faire le bien comme le juge voit le bien, sans autre directive si ce n'est que le préjudice causé au public sera évalué par rapport au bénéfice privé d'après des critères qui ne sont pas décrits, ou plutôt qui sont décrits simplement comme la « préférence » du juge¹⁵⁴ ».

L'on pourrait penser qu'une forme d'analyse matérialiste pourrait le mieux expliquer cette jurisprudence. Un argument matérialiste soutiendrait que la cour dans ces cas n'avait fait que servir les intérêts commerciaux de ceux qui étaient économiquement puissants. À première vue, les résultats dans les récents cas ayant trait aux coalitions semblent appuyer cette thèse. La Couronne a perdu tous les cas de coalitions importants qui sont parvenus à la Cour suprême à la fin des

années 1970, et ces défaites doctrinales ont rendu plus difficile d'obtenir des condamnations en vertu de la loi à l'avenir. Mais il y a au moins deux difficultés importantes avec toute explication matérialiste sommaire de ces résultats. Premièrement, une telle explication exagère énormément l'exactitude et la cohérence de la jurisprudence. Elle suppose qu'il y a eu un dossier logique, conscient qui a inspiré le choix judiciaire. En fait, il n'existe pas une telle cohérence dans les documents légaux. Les cas n'ont pas pu être réglés d'après un principe fondamental concernant le rôle de la concurrence. La jurisprudence ne contient pas une seule vision de l'économie, encore moins du rôle du pouvoir des sociétés. Deuxièmement, l'explication suppose à tort qu'il y a un intérêt « commercial » uniforme, homogène qui peut structurer l'analyse de ces problèmes par la cour. Cette hypothèse est simplement incorrecte. Dans la plupart des cas, il y a une variété d'intérêts « commerciaux » en jeu et la cour est forcée de choisir entre eux.

Loin d'être homogènes ou monolithiques, les intérêts des entreprises dans ces cas sont éclectiques et contradictoires. Pour citer un exemple évident, dans *Aetna*, un choix entre les intérêts des compagnies qui faisaient partie de l'association et ceux des compagnies qui n'en faisaient pas partie fut présenté à la cour. Rien dans les idées de « capitalisme » ou de l'« intérêt commercial » ne pouvait dicter quel côté préférer. C'est seulement une autre façon de dire que dans un cas donné, il y a une grande variété d'arguments possibles qui serviraient les intérêts des sociétés. Pour expliquer pourquoi la doctrine s'est développée dans une direction plutôt que dans une autre, il est nécessaire d'introduire d'autres facteurs dans l'analyse.

Une explication plus conventionnelle pourrait être formulée en fonction du caractère de droit criminel de la législation. À ce point de vue, la doctrine a accordé une importance disproportionnée à des questions telles que l'intention délictueuse et le fardeau de la preuve dans les affaires criminelles. Le remède apparent serait de décriminaliser un certain nombre de dispositions de la loi dans l'espoir d'assurer une interprétation plus équilibrée¹⁵⁵. La difficulté avec cette explication est qu'elle est trop étroite. Elle ignore les parallèles importants entre la jurisprudence sur les coalitions et les autres domaines de la doctrine. Ces parallèles ont été exposés : la tentative d'établir des limites avec des lignes claires définissant la conduite illicite, la répugnance à s'engager dans une évaluation utilitaire des intérêts et la notion du pouvoir absolu au sein d'une sphère. Ainsi qu'on l'explique dans la section suivante, ces mêmes éléments caractérisent l'interprétation du pouvoir commercial dans l'*Acte constitutionnel, 1867*. Le grand moteur de la doctrine est la nécessité pour le système judiciaire d'éviter l'accusation d'avoir usurpé législative. Un mode catégorique d'analyse semble fournir les normes « propres à la décision judiciaire »¹⁵⁶ et réduire la portée de la discrétion judiciaire.

La faillite de l'approche de la Cour suprême à la politique de concurrence a été généralement reconnue au cours de la décennie précédente. Il y a eu de nombreuses tentatives pour réviser complètement la loi ainsi qu'une profusion de publications savantes sur le sujet¹⁵⁷. Ces documents ont cherché à reformuler les buts essentiels de la politique de concurrence. En commençant par le Rapport intérimaire du Conseil économique sur la politique de concurrence en 1969, il y a eu une reconnaissance générale que la poursuite de la « concurrence » en soi est impraticable. Au lieu de cela, la concurrence doit être appréciée « non pour elle-même, mais pour ce qu'elle peut accomplir en mettant efficacement les ressources au travail¹⁵⁸ ». Le terme « efficacement » englobe les deux notions suivantes : les ressources devraient être entre les mains de ceux qui leur accordent la plus grande valeur¹⁵⁹ et la société devrait produire la plus grande quantité de productions désirées au coût minimum dans les ressources rares¹⁶⁰. Dans de nombreux cas, il n'y aura pas de conflit entre ces deux buts. Là où un compromis devient nécessaire, la plupart des commentateurs accordent une valeur plus élevée à l'efficacité productive ou technique. On pense que le but général de la politique de concurrence est « d'augmenter le revenu par habitant en augmentant la productivité. Le rôle d'une politique de concurrence est d'imposer le changement et l'efficacité aux industries¹⁶¹ ».

L'attrait apparent de cette approche est qu'elle promet de résoudre l'indétermination théorique de la politique de concurrence. À ce point de vue, l'adjudication doit être uniquement guidée par des considérations d'efficacité. Toute conduite qui a diminué le bien-être du consommateur serait jugée illégale. La conséquence est que le juge doit s'engager dans une évaluation complexe, adaptée à chaque cas en particulier, des efficacités en jeu dans le litige. Par exemple, au milieu des années 1970, Skeoch et McDonald ont proposé un modèle sophistiqué en quatre étapes pour tester la légalité des fusions¹⁶². La première étape était l'identification des « fusions importantes » grâce à une analyse de la structure du marché pertinent et du degré de pouvoir commercial possédé par les firmes réunies. La deuxième étape était l'analyse des « principales conséquences » de la fusion au point de vue du renforcement ou de la création de « restrictions artificielles » sur le marché. La troisième étape était une considération des répercussions à long terme de la fusion, tandis que l'étape finale était un examen de « la possibilité d'altérer le modèle de réaction de l'industrie par des changements dans l'environnement économique¹⁶³ ». En reconnaissance de la complexité et de la sophistication économique de cette analyse, Skeoch et McDonald ont recommandé que toutes les fusions relèvent d'un organisme compétent spécialisé¹⁶⁴. Les propositions gouvernementales les plus récentes ne sont pas moins complexes, mais recommandent que les cours régulières conservent l'autorité sur les fusions¹⁶⁵.

Bien que cette insistance sur le bien-être du consommateur résolve l'indétermination historique de la politique de concurrence, son acceptation créerait un certain nombre de difficultés nouvelles. En vertu de cette approche, l'unique préoccupation de la politique de concurrence sera la répartition efficace des ressources dans l'économie. Les autres considérations possibles, telles que le transfert du revenu des acheteurs aux vendeurs de monopole ou le désir de diffuser le pouvoir économique, sont classées comme non pertinentes¹⁶⁶. L'argument est que cette concentration sur un seul objectif économique est nécessaire si les cours doivent développer une approche cohérente, fondée sur des principes, au problème de la concurrence : comme l'a dit un commentateur américain influent, « abandonner la théorie économique c'est abandonner la possibilité d'une loi contre les trusts rationnelle¹⁶⁷ ». Dans la mesure où la redistribution du revenu ou la diffusion de pouvoir économique sont des buts désirables, on peut les atteindre grâce à d'autres instruments de politique tel que le système fiscal et la structure des paiements de transfert.

Bien que ce document ne soit pas un exposé visant à la proposition de politiques formelles particulières, il est difficile d'ignorer l'extrême étroitesse de l'analyse en cause. La question du pouvoir commercial n'est pas une question purement « économique ». Des questions plus générales telles que le désir de diffuser le pouvoir économique, sont clairement pertinentes, au sens large de ce terme. S'il en est ainsi, il est difficile de comprendre pourquoi on devrait les exclure à l'avance de l'étude. Examinons le cas *Irving*. Un argument important de la Couronne dans ce cas était que la diversité dans la propriété des journaux était un objectif de politique désirable. La justification ne fut pas formulée simplement en termes de maximisation des richesses; au lieu de cela, la Couronne a souligné l'effet que le monopole *Irving* aurait sur l'expression des vues relatives à la politique de concurrence. Les promoteurs d'une approche strictement « économique » à la concurrence considéreraient apparemment de tels arguments comme illégaux. Ils soutiendraient que le désir de conserver la diversité dans l'opinion politique est un problème qui requiert un traitement législatif distinct. Mais cette réponse évite de répondre à la vraie question. Le manque de diversité de l'opinion politique n'est devenu un « problème », du moins en partie, qu'à cause du refus de la cour de briser la propriété du monopole dans l'industrie des journaux. Il semble difficile de comprendre comment la cour peut légitimement considérer comme non pertinent un problème qu'elle a elle-même contribué à créer. C'est partiellement le cas lorsqu'il n'existe pas de garantie que le corps législatif accordera jamais une attention sérieuse à la question.

On peut généraliser cet argument. Les défenseurs d'une approche exclusivement économique à la politique de concurrence préfèrent trai-

ter des questions de répartition en utilisant d'autres instruments de politique. Par exemple, si la politique de concurrence permet le transfert du revenu des consommateurs aux producteurs dans l'intérêt de l'efficacité, cela est considéré comme une question qui concerne le système fiscal, plutôt que la politique de concurrence en soi. Mais cet argument n'est plausible qu'avec l'acceptation d'une hypothèse cruciale, que la distribution du pouvoir économique n'a pas un impact important sur les résultats des mesures dans l'arène politique. Si ce n'est pas le cas — si le pouvoir économique influence, en fait, le pouvoir politique de façon importante — l'approche exclusivement économique à la politique de concurrence s'écroule. Un lien entre le pouvoir économique et le pouvoir politique signifierait qu'à mesure que le pouvoir du marché devient plus concentré, la possibilité de maîtriser ce pouvoir grâce à d'autres instruments de politique tels que le système fiscal deviendrait plus improbable. Il y a une bonne raison de supposer que ce lien existe effectivement. La conclusion qui prétend que les résultats politiques sont « requis » ou dictés par le pouvoir économique ne dépend d'aucun déterminisme invraisemblable. Elle découle de la croyance selon laquelle, même si c'est à un degré minime, les résultats politiques n'évoluent pas d'une façon complètement autonome des forces économiques sous-jacentes. Dans la mesure où l'on est prêt à reconnaître un lien important entre la politique et l'économie, on est amené à conclure que les préoccupations de répartition sont pertinentes et importantes pour la politique de concurrence.

En effet, la politique de concurrence ne peut pas ignorer les questions de répartition. Si le décideur refuse de traiter ces questions directement, il accepte implicitement la translation du pouvoir économique dans le pouvoir politique. Les promoteurs d'une approche exclusivement économique à ces questions essaient de « dépolitiser » le débat. Le but est de transformer un choix chargé de valeurs dépassant les limites du pouvoir économique en un problème de technique. Mais la question n'est pas simplement une question de connaissances techniques. La politique de concurrence soulève des problèmes fondamentaux concernant le rôle des affaires dans le processus de la politique générale. Le rejet de ces questions concerne l'idéologie, non la science.

Tenter de défendre la primauté de l'analyse économique soulève une série de problèmes plus limités se rapportant à la conception institutionnelle. Spécifiquement, si les cas de concurrence doivent être décidés sur la base d'une évaluation complexe des conséquences économiques en jeu, il n'est pas sûr que les cours régulières sont le décideur approprié. La difficulté ne serait pas si grande si l'on demandait simplement aux cours de posséder des connaissances rudimentaires sur la théorie économique. Mais la plupart des propositions en vue de la réforme au cours de la décennie précédente envisagent une analyse économique pas

mal sophistiquée de la part du corps décisionnaire. Les cours ne possèdent pas les antécédents requis pour prononcer des jugements avisés sur ces questions. En outre, si l'évolution de la jurisprudence sur les coalitions nous apprend quelque chose, c'est que les cours sont embarrassées lorsqu'elles doivent évaluer les conséquences économiques de la conduite anti-compétitive sur le marché. Au lieu de cela, elles ont structuré leur analyse en se fondant sur des critères déterminés, mais non pertinents au point de vue économique. Le but de ces normes judiciaires a été d'éviter d'avoir à s'engager dans un calcul utilitaire concernant le bien-être général. Il n'y a pas de raison de supposer que cette tendance sera renversée dans le futur. Quelle que soit l'étendue de l'utilisation du langage économique dans la loi, on peut s'attendre à ce que les cours essaient d'appliquer ce langage d'une façon catégorique, comme un moyen de fortune.

Cela ne veut pas dire que la seule solution est la création d'un tribunal administratif expérimenté pour résoudre les conflits ayant trait à la concurrence. Étant donné que les affaires en cause ne sont pas simplement des questions techniques, il faudra de la part du juge plus que des connaissances techniques. Le point est simplement que la pire solution est de demander une analyse économique sophistiquée au système judiciaire régulier. Dans la mesure où l'on utilisera certainement les cours dans ces questions, on doit leur fournir des critères assez précis qui ne nécessitent que la compréhension la plus générale de la théorie économique. Autrement, les cours inventeront leurs propres critères, et rien ne garantit que ces conceptions favoriseront un but positif concernant la politique.

Concevoir des critères précis n'est nullement impossible. Bien que de tels critères soient sans aucun doute quelque peu arbitraires, ils réduiraient la complexité du litige et la possibilité de faire des choix judiciaires irrationnels et erronés. L'exemple le plus évident d'une telle règle catégorique serait une prohibition en soi des contrats de fixation des prix. L'application judiciaire rationnelle d'une telle règle est possible étant donné qu'elle ne requiert aucune analyse économique élaborée. En outre, il n'est pas évident que l'adoption d'une telle règle serait trop coûteuse au point de vue du rendement économique¹⁶⁸. Dans la mesure où ces normes catégoriques ne sont pas disponibles ou qu'elles sont politiquement indésirables, la politique de concurrence devrait être retirée de la juridiction des cours et confiée à la compétence d'un tribunal subsidiaire. La raison qui motive une telle proposition n'est pas simplement le désir d'établir un organisme de prise de décision doué d'une plus grande expérience. Les choix qui sont en cause sont autant des choix politiques que des choix techniques. L'attrait d'un tribunal non judiciaire est qu'il pourrait recevoir le mandat de faire de tels choix politiques, un mandat que les cours régulières ont été tradi-

tionnellement peu disposées à assumer d'aucune façon explicite. Avec un tel tribunal, il ne serait plus nécessaire d'entrer des « chevilles carrées dans des trous ronds ».

La réglementation fédérale de l'économie : le pouvoir du commerce

Au Canada, une activité centrale importante de la politique générale contemporaine est la réalisation d'un degré approprié d'intégration économique sur le marché national¹⁶⁹. D'un autre côté, il y a ceux qui prétendent que l'union économique a été trop fragmentée. Ils affirment que les barrières interprovinciales imposées au commerce ont faussé le libre mouvement des produits et des services et ont diminué la richesse de la nation. En centralisant le pouvoir de réglementation dans le gouvernement national, on pourrait éliminer les « distortions » et réaliser d'importantes économies d'échelle¹⁷⁰. En même temps, un ensemble parallèle de contre-arguments fait entrevoir que la décentralisation est nécessaire. À ce point de vue, la notion même d'une distorsion dans le marché libre est chargée de valeurs; selon la perception que vous avez des préférences qui devraient compter dans un État fédéral, il est possible de caractériser une influence donnée sur le marché comme étant soit une « distorsion » soit une « correction¹⁷¹ ». Le contrôle économique décentralisé est perçu comme le meilleur moyen de répondre aux divers besoins et préférences des individus de l'ensemble du pays.

La question pertinente n'est pas de savoir si la Cour suprême en répondant à ce problème de politique est arrivée à une solution qui est d'une façon ou d'une autre « correcte »; il n'y a pas de solution neutre ni de solution qui ne soulève pas de controverses aux choix des valeurs qui sont en cause. Le point est de savoir si la cour a manifesté une sensibilité aux valeurs pertinentes en jeu et si elle a été consciente des répercussions qui découlent de ses choix. Quelles visions de l'économie, du fédéralisme et de l'État servent de base à sa division des décisions relatives au pouvoir? Est-ce que ces constructions judiciaires correspondent aux compréhensions de la communauté politique plus vaste?

Cette section du document tente de s'attaquer à ces questions grâce à un examen de la jurisprudence récente de la Cour suprême sur le pouvoir du commerce¹⁷². L'autorité sur le « commerce » est l'une des sources les plus importantes de réglementation économique nationale. L'accomplissement de la cour dans ce cas devrait fournir la preuve significative de ses attitudes plus générales. La discussion des cas se concentrera sur deux questions. La première, en termes de doctrine, est de savoir si la cour a élaboré un ensemble cohérent de principes de base pour structurer ses choix. Ces principes préciseraient les différents intérêts locaux et nationaux en jeu dans un cas donné et la méthodologie pour choisir entre eux. La seconde question comprend les répercussions

de politique plus générales découlant des choix politiques de la cour et le succès de la cour à établir un compromis approprié entre l'intégration et la décentralisation économiques.

L'analyse montrera qu'il existe une très grande ambiguïté et une profonde contradiction dans la doctrine de la cour. Loin de contenir un seul ensemble de principes, la jurisprudence est caractérisée par des séries concurrentes de cas fondées sur des conceptions radicalement différentes de la communauté politique canadienne. Le cas oscille radicalement entre ces principes contradictoires sans aucune connaissance explicite de la tension qui existe entre eux. Dans un cas donné, chaque ensemble de principe est logiquement disponible; il y a toujours des justifications plausibles à une variété de résultats légaux. En outre, il y a rarement une analyse significative des valeurs économiques et politiques soulevées par ces cas. Là où la cour invalide la législation fédérale, elle justifie d'une manière typique sa décision en se fondant sur des généralisations simplistes tirées de l'ère du Conseil privé. Cette méthodologie rudimentaire ne permet aucun calcul des répercussions des choix qui sont faits sur la politique.

Bien qu'il y ait eu un manque de raffinement dans l'analyse de la cour, l'impact réel des décisions sur les relations fédérales-provinciales ou sur l'économie en général est difficile à évaluer. En commençant par l'abolition des appels au Conseil privé en 1949, il y a eu une tendance prononcée de la part de la cour à faire observer les lois fédérales. Le raisonnement et l'analyse du système judiciaire peuvent avoir été clairs, mais le résultat réel a typiquement laissé les choix de politique du Parlement intacts. Cette déférence ne domine plus le traitement du pouvoir du commerce par la cour. Au cours des dernières années, le gouvernement fédéral a subi un grand nombre de défaites doctrinales importantes; ces résultats ont mis en question de nombreuses formes de réglementation que l'on considérait autrefois comme étant appropriées au point de vue constitutionnel. Le problème est qu'il y a eu peu d'analyse de la sagesse ou des répercussions de cet activisme judiciaire accru.

Le fédéralisme et le système judiciaire : le principe et le contre-principe

On dit que la question fondamentale dans les conflits relatifs au fédéralisme est de savoir si « il est préférable pour les citoyens que cette chose soit faite à un niveau national ou à un niveau provincial¹⁷³ ». On pourrait penser qu'il est possible d'avancer une réponse relativement directe à cette question apparemment simple. La question semble dépendre d'une analyse fonctionnelle, utilitaire du bien-être général. La juridiction législative devrait être attribuée au niveau de gouvernement qui peut le plus efficacement assumer une responsabilité donnée. De

cette façon, les préférences des citoyens pour les services publics peuvent être maximisées.

Une telle analyse fonctionnelle n'est pas aussi efficace qu'elle pourrait le sembler au premier abord. L'évaluation utilitaire des intérêts ne peut pas déterminer, en elle-même, si une fonction donnée devrait être effectuée par un gouvernement provincial ou national. Cette analyse structure simplement les arguments plutôt que de produire des résultats concrets. C'est en partie parce qu'il y a des arguments fonctionnels concurrents, également plausibles en faveur et de la centralisation et de la décentralisation¹⁷⁴. Plus fondamentalement, aucun argument fonctionnel ne peut définir l'étendue de la communauté pertinente à travers laquelle les valeurs doivent être maximisées¹⁷⁵. C'est particulièrement important dans le fédéralisme canadien, étant donné qu'il n'existe pas de vision unique, non controversée de la nature de la communauté politique canadienne. Il y a au moins deux idéaux fondamentaux radicalement contradictoires.

Une conception identifie la communauté canadienne en termes nationaux. À ce sujet, il y a un intérêt national important et distinct qui est plus grand que la somme des intérêts provinciaux. L'essence de cette théorie est que « le peuple canadien constitue la seule source légitime d'autorité souveraine et qu'un gouvernement jouissant de l'appui d'une majorité canadienne doit être suprême au-dessus de tous les autres gouvernements¹⁷⁶ ». Cette définition pancanadienne de la communauté reconnaît qu'il y a des éléments divers dans la politique canadienne. Mais le gouvernement central est considéré comme étant en mesure de mieux représenter et de desservir cette diversité. En fait, la meilleure réponse à la préoccupation régionale est de renforcer l'attachement des Canadiens au gouvernement central plutôt que de disperser le pouvoir entre les provinces¹⁷⁷. L'ambition est de faciliter l'expression de la particularité régionale grâce à des institutions du gouvernement central. Le thème central de la vue pancanadienne sur la nationalité est que « le Parlement doit être suprême et doit avoir l'ultime pouvoir d'agir dans des cas de conflit avec les intérêts régionaux, limités¹⁷⁸ ».

Le premier concept de communauté génère des prescriptions particulières en ce qui concerne la division de l'autorité législative. Le défenseur de la communauté nationale croit que les pouvoirs du gouvernement central devraient être consolidés et élargis. Par exemple, le gouvernement central devrait avoir les leviers juridictionnels pour défendre le marché commun canadien contre l'obstruction provinciale. Les ressources naturelles devraient être exploitées au bénéfice du pays dans son ensemble par opposition au bénéfice d'une seule province. Le gouvernement national devrait protéger les libertés civiles individuelles contre la tyrannie possible de majorités provinciales. À son niveau le plus général, ce premier idéal de la communauté canadienne rejette la demande que les gouvernements national et locaux soient égaux en

droit. Le promoteur de la communauté nationale croit que les pouvoirs des gouvernements provinciaux devraient être limités de façon à ne pas contrecarrer la poursuite des buts nationaux¹⁷⁹.

Un idéal opposé voit l'Etat canadien comme étant composé de dix communautés distinctes, chacune recevant son expression principale grâce au gouvernement provincial. L'intérêt national est simplement l'intérêt mis en commun de ces dix communautés provinciales distinctes. Le tout est simplement la somme de ses parties. Siméon décrit la théorie provincialiste en ces termes : « L'intérêt national n'a pas de revendication morale supérieure à l'intérêt provincial. Les gouvernements fédéral et provinciaux sont égaux sur le plan politique et juridique. Il n'y a pas de gouvernement supérieur. Les communautés provinciales sont également égales : aucune majorité nationale ne peut passer outre à la volonté provinciale¹⁸⁰ ».

La plus ancienne incarnation de ce second idéal fut la soi-disant théorie du « pacte », qui voyait le Canada comme un contrat entre deux groupes culturels. Cette théorie fut par la suite modifiée de sorte que les parties du pacte furent les dix provinces¹⁸¹. L'idéal « provincialiste » génère la division des propositions sur les pouvoirs qui diffèrent de celles qu'avance l'idéal pancanadien. Les ressources naturelles sont considérées comme la propriété absolue de la province¹⁸². En conséquence, les provinces sont vues comme ayant un droit absolu de disposer de leurs ressources de toutes les façons qu'elles désirent. De plus, on ne devrait pas laisser le contrôle fédéral sur l'économie contrecarrer la planification et le développement économiques provinciaux. En fait, les actions fédérales qui affectent directement les provinces ne devraient être entreprises qu'après la consultation et l'apport des provinces. Au Canada, la politique nationale devrait être le produit combiné des efforts et de l'énergie de 11 gouvernements plutôt que d'un.

Ces conceptions concurrentes de la communauté reflètent un désaccord profond sur les fondements et la nature même du fédéralisme canadien. Le choix entre ces deux conceptions est dans une large mesure une question de croyance a priori plutôt qu'un argument rationnel.¹⁸³ L'avocat de la théorie du pacte ne sera pas influencé par l'argument que les Pères de la Confédération imaginaient le Canada d'une façon différente. Le théoricien du pacte considère la valeur de l'autonomie culturelle comme un bien à poursuivre dans son propre intérêt. Son autorité ne provient pas des croyances et des pratiques d'une élite d'entrepreneurs du 19^e siècle. Comme John Stuart Mill, les théoriciens du pacte croient que « les frontières des gouvernements devraient coïncider somme toute avec celles des nationalités¹⁸⁴ ». Par contre, l'avocat d'une nationalité pancanadienne rejette cette vue quant à la relation appropriée entre les États et les nations. Il attribue l'autorité normative indépendante à la valeur du pluralisme, et il soutient que les différentes nationalités doivent être unies à l'intérieur des frontières d'une autorité

politique unique¹⁸⁵. En somme, le débat ne porte pas simplement sur les meilleurs moyens pour atteindre des fins acceptées d'un commun accord. Le débat se centre sur les fins elles-mêmes.

Un conflit sur le fédéralisme comprend toutes ces préoccupations et toutes ces valeurs. L'arbitre fédéral doit développer une conception de base sur la communauté politique ainsi qu'évaluer les répercussions fonctionnelles de l'attribution de la juridiction à un niveau de gouvernement particulier. Les choix effectués par le juriste seront toujours contestables et contingents. Le Conseil privé et la Cour suprême du Canada ont rarement été explicites au sujet de la nature des choix qu'ils ont faits. Le caractère politique des décisions a été déguisé par un revêtement doctrinal de neutralité. Mais il est possible de creuser sous la surface de cette jurisprudence et de démasquer sa contestabilité.

À un niveau très général, il est possible d'identifier deux modèles concurrents qui ont dominé la pensée judiciaire sur le fédéralisme canadien¹⁸⁶. Le premier modèle qui fut dominant durant l'ère du Conseil privé compare les relations fédérales-provinciales aux relations entre des usagers d'un droit privé. Les différents niveaux de gouvernement possédaient chacun des « droits » ou une « juridiction » qui étaient absolus au sein d'un sphère. Au sein de cette sphère, l'usager institutionnel pourrait agir impunément. On n'a pas à faire attention aux conséquences nuisibles de ses actions sur ses voisins. Si, néanmoins, l'usager d'un droit s'écarte de sa sphère de droit, on traiterai cela avec rigueur. Cette action non autorisée serait absolument nulle, sans faire aucun cas de l'aspect plus ou moins désirable ou socialement profitable de ses conséquences. Le rôle du Conseil privé n'était pas de soupeser des valeurs sociales concurrentes ou d'évaluer les conséquences de la législation proposée. Ils étaient des juges; non des planificateurs sociaux. Leur tâche était d'identifier et de maintenir en ordre les frontières séparant les unes des autres les différentes zones de droit. Leur préoccupation était de tracer cette carte conceptuelle de juridiction, non d'arriver à un résultat qui contribue au bien-être social¹⁸⁷.

Au début des années 1930, les spécialistes de la Constitution canadienne ont sévèrement critiqué ce modèle classique. Essentiellement, la stratégie des critiques était de démontrer que deux hypothèses-clefs sur lesquelles se fondait le modèle classique étaient manifestement erronées.¹⁸⁸ La première hypothèse était que les différentes sphères d'autonomie absolue ne se chevauchaient pas. La seconde hypothèse était que les frontières entre les différentes zones de droit pouvaient être délimitées grâce à une méthodologie neutre qui ne s'est pas déformée en une évaluation des intérêts concurrents. Aucune de ces deux hypothèses n'était valable; les sphères se chevauchaient, et le processus pour garder les frontières en ordre était secrètement chargé de valeurs. Le Conseil privé fut pris au piège d'une « tradition impraticable¹⁸⁹ ». Les critiques ont saisi certains éléments de doctrine anormaux, reconnaissant dans

ces anomalies l'ébauche d'une vision constitutionnelle opposée. Ils ont élaboré un ensemble de prémisses radicalement différentes sur la nature de l'usage d'un droit et sur le rôle judiciaire lui-même. En ce qui concerne la vision opposée, un droit n'était pas un pouvoir absolu au sein d'une sphère. Il n'y avait pas de domaine de pure autonomie privée dans lequel les particuliers ou les institutions pourraient agir sans violer l'autonomie ou l'intérêt de leurs voisins. Les intérêts des individus et des institutions doivent inévitablement se heurter, et ces conflits ne pourraient être résolus qu'en « évaluant » les intérêts des divers acteurs en cause. Évaluateur plutôt que logicien, le juriste doit explicitement étudier et évaluer les conséquences découlant du résultat choisi.

Logiquement, le fait de s'appuyer sur une analyse d'évaluation ne favorise pas nécessairement la juridiction fédérale ou provinciale. Il y a des arguments plausibles qui appuient la réglementation nationale ou locale dans un cas donné. Ce dualisme a déjà été souligné en termes de conceptions concurrentes de la communauté politique canadienne. Le même phénomène réapparaît en termes d'une analyse purement « fonctionnelle » des problèmes relatifs au fédéralisme. Un groupe d'arguments tend à favoriser la centralisation de la juridiction. L'autorité centrale permet de réaliser des économies d'échelle tout en éliminant le problème des « extériorités¹⁹⁰ ». Elle permet également la redistribution du revenu entre les individus et les régions. Mais il y a des arguments fonctionnels concurrents qui favorisent la décentralisation. Les gouvernements plus petits sont perçus comme plus aptes à répondre aux besoins et aux intérêts locaux. Ils fournissent également aux particuliers un choix d'un certain nombre de juridictions offrant différents ensembles de services publics.

Étant donné la présence de ces ensembles d'arguments concurrents, l'on s'attendrait à l'utilisation d'un cadre d'évaluation pour produire deux tendances distinctes dans la jurisprudence du fédéralisme. La première tendance serait une tendance pour confirmer la validité des lois provinciales et des lois fédérales. La raison de cela peut n'être pas évidente à première vue. En théorie, la cour pourrait appliquer une analyse d'évaluation d'une manière extrêmement activiste, renversant un grand nombre d'initiatives législatives. Mais en pratique, il y a peu de chances que cela se produise. La raison est la nature hautement politisée des décisions que la cour serait appelée à prendre. Les valeurs en jeu sont fondamentales; elles renferment des conceptions concurrentes de la nature de la communauté politique canadienne. En outre, il est important de se rappeler que dans tout cas il y aura toujours des arguments respectables appuyant la validité de la loi en question. Renverser cela serait substituer l'évaluation par la cour des valeurs politiques fondamentales à l'évaluation des représentants élus de la nation. Il est peu probable que la cour se sentirait à l'aise pour faire de tels choix manifestement politiques.

La seconde tendance découle de la première. L'on s'attendrait à voir une analyse d'évaluation favoriser le chevauchement de juridiction entre les gouvernements fédéral et provinciaux. C'est parce qu'il n'y a pas de limite logique ou pratique aux conceptions pancanadienne ou provincialiste de la communauté. Elles appuient le droit des niveaux de gouvernement respectifs d'intervenir dans tous les domaines de la vie sociale. Sur toute question importante de politique générale, Ottawa ou les provinces ont des droits de participation qui sont légitimes et plausibles. Le résultat est « deux niveaux de gouvernements agressifs, poursuivant souvent des buts concurrents, et cherchant à obtenir un plus grand contrôle sur toute la panoplie des instruments de politique contemporains¹⁹¹ ».

Dans l'ensemble, la jurisprudence depuis l'abolition des appels au Conseil privé en 1949 confirme ces attentes. Ce fut particulièrement le cas en ce qui concerne les lois fédérales¹⁹². La cour a largement utilisé les arguments et les hypothèses qui appuyaient la concurrence fonctionnelle¹⁹³. Au cours des dernières années, cependant, la cour s'est écartée de ces tendances et a assumé une position plus activiste. Le fait remarquable est que ces exemples d'activisme accru ont été des cas dans lesquels la cour a refusé d'évaluer les intérêts pertinents. Au lieu de cela, la cour a invalidé la législation sur la base de l'analyse catégorique apparemment discréditée qui a fleuri dans l'ère du Conseil privé. La difficulté est qu'il ne semble pas y avoir une façon fondée sur des principes de distinguer les cas dans lesquels le raisonnement catégorique fut employé de ceux dans lesquels il ne le fut pas. Les documents légaux ont pris l'apparence d'une série de résultats illogique et effectuée au hasard plutôt que l'élaboration cohérente d'une théorie. Mais l'explication de l'incohérence des résultats doctrinaux n'est pas la simple incompétence judiciaire.

La source de la difficulté est une indétermination dans les compréhensions politiques plus générales qui entourent et qui soutiennent le fédéralisme canadien lui-même. Le principe central de la théorie fédérale est la notion qui veut que chaque niveau de gouvernement possède des sphères d'autorité séparées et indépendantes. Cette conception centrale ne semble plus s'appliquer au contexte canadien. Loin d'avoir deux niveaux de gouvernement exerçant l'autorité sur des sphères d'autorité séparées et neutralement exclusives, le fédéralisme canadien contemporain est caractérisé par 11 gouvernements, chacun revendiquant l'autorité sur la variété complète des instruments de politique. En l'absence de tout consensus politique de base sur le sens ou le but du fédéralisme canadien, il n'est guère étonnant que la tentative de la cour pour invoquer la logique de la « juridiction divisée » ferait face à la critique et à la confusion.

L'évolution du commerce

Le jugement du juge en chef Duff dans la *Loi sur l'organisation du marché des produits naturels*¹⁹⁴ illustre le mode d'analyse catégorique qui dominait durant l'ère du Conseil privé. Le Parlement a passé une loi qui prévoyait l'établissement de plans d'écoulement pour les produits naturels dont le marché principal se trouvait à l'extérieur de la province de production. Les plans s'appliqueraient aux transactions locales concernant ces produits, ainsi qu'à leur mouvement dans le commerce interprovincial et d'exploitation. Le juge en chef Duff déclara que la loi était un empiètement de la juridiction provinciale sur les droits de propriété et les droits civils. Il commença sa discussion sur le pouvoir du commerce en se rapportant au cas *Parsons*. Il fit remarquer que, strictement parlant, *Parsons* avait décidé seulement que le Parlement ne pouvait pas réglementer les contrats d'un commerce particulier dans une province. Mais le jugement « propose, bien qu'il ne décide pas » que le Parlement ne peut pas réglementer les commerces particuliers eux-mêmes. En étudiant la jurisprudence subséquente, le juge en chef Duff conclut que le Parlement n'a pas l'autorité de réglementer des « commerces particuliers ou des occupations particulières ou . . . un genre particulier d'affaires tels que celui des assurances dans les provinces . . . »¹⁹⁵. L'autorité nationale s'applique à la réglementation du commerce interprovincial et d'exportation et aux questions nécessairement connexes à ce commerce. Le juge en chef Duff déclare que cela peut ne pas être une « définition complète » de l'autorité fédérale puisque « logiquement » il y a un domaine d'application pour une « juridiction possible en rapport avec le commerce général¹⁹⁶ ». Mais le juge en chef Duff ne précise pas ce que cette « juridiction possible » pourrait comprendre. En fait, dans un jugement antérieur il avait défini la « réglementation générale » du « commerce » d'une façon si étroite qu'elle excluait virtuellement son applicabilité¹⁹⁷. C'est la raison pour laquelle son domaine d'application est seulement une possibilité « logique ».

La tendance de l'analyse du juge en chef est d'exclure la nécessité pour le juriste d'évaluer les intérêts concurrentiels. Le juriste n'a pas besoin d'évaluer la désirabilité de la réglementation fédérale par rapport à la réglementation provinciale d'une industrie particulière. Les industries particulières relèvent de la juridiction provinciale indépendamment de leur importance ou de leur portée nationale. Une analyse qualitative n'est pas nécessaire. La juridiction fédérale est essentiellement limitée au mouvement interprovincial des produits. Le juge en chef Duff renforce cette analyse par la suite dans son jugement. Il prétend que si la loi fédérale est valide, les provinces doivent être destituées du pouvoir de réglementer le commerce local dans les produits naturels. Mais,

observe-t-il, il est bien établi que les provinces possèdent le pouvoir de réglementer tous les aspects du commerce local. Par conséquent, le Parlement doit être dénué de ce pouvoir, et la loi doit être non valide. Mais sa conclusion s'ensuit seulement si l'on prend comme hypothèse de départ que la juridiction législative opère comme une zone de droit absolu. Étant donné ce point de départ, il devient évident que si une affaire relève de la compétence provinciale, elle est de ce fait exclue de la compétence fédérale.

D'autres options s'offraient à Duff. Par exemple, la doctrine de l'« aspect » entraîne un rejet en bloc de la méthodologie de Duff. En vertu de la doctrine de l'aspect, les sujets qui « sous un aspect et pour une fin tombe sous le coup de l'article 92, peuvent sous un autre aspect et pour une autre fin tomber sous le coup de l'article 91¹⁹⁸ ». Comme la seconde division de *Parsons*, la doctrine de l'aspect n'est vraiment qu'une forme modifiée d'évaluation. Elle demande s'il y a un aspect fédéral (ou selon le cas, provincial) à un problème législatif suffisant pour justifier cette intervention législative particulière¹⁹⁹. Il n'est guère surprenant que le juge en chef Duff considérerait cette doctrine avec suspicion, comme un principe « qui est bien établi, mais qui néanmoins ne doit être appliqué qu'avec une grande prudence²⁰⁰ ». La doctrine de l'aspect et la seconde division de *Parsons* furent des anomalies. Elles ont contredit les prémisses mêmes du mode de raisonnement catégorique qui a dominé la jurisprudence constitutionnelle de l'époque. Ces éléments qu'on avait reniés ont survécu en marge de la doctrine, rarement invoqués, mais jamais clairement abandonnés.

Bien que la vue du « compartiment étanche » sur le fédéralisme canadien fut ouvertement ridiculisée par les commentateurs spécialisés à la fin des années 1930 et au cours des années 1940²⁰¹, ce ne fut qu'à partir des années 1950 que la jurisprudence a commencé à tenir compte de la critique. Le changement dans l'attitude du pouvoir judiciaire fut évident dans un certain nombre de décisions dans l'affaire au sujet de la *Loi sur la commercialisation des produits agricoles*²⁰². L'affaire concernait la validité d'une loi provinciale établissant un plan d'écoulement pour les produits en Ontario. Le juge en chef Kerwin fit ressortir que les transactions intraprovinciales ne seraient pas soumises dans tous les cas à la juridiction provinciale exclusive. Il y avait de la latitude pour la compétence fédérale même sur les transactions locales au sein d'une province. Le juge en chef Kerwin donna l'exemple d'un produit qui était destiné à la vente au-delà des frontières d'une seule province. Là où le marché pour un produit est en grande partie interprovincial, le gouvernement fédéral peut revenir dans la province de production et réglementer les transactions locales. Voilà un exemple où la doctrine de l'aspect est appliquée; ces transactions locales ont des aspects fédéraux qui justifient l'autorité de réglementation fédérale.

L'utilisation de cette méthodologie représente un rejet de l'analyse catégorique élaborée par le Conseil privé. Il n'y a plus une règle par présomption que les transactions complétées dans une seule province sont soumises à la juridiction provinciale exclusive. Il y a une nuance subtile plutôt qu'un contraste violent entre la juridiction provinciale et fédérale. Le juriste doit essayer d'évaluer les intérêts respectifs en jeu avant d'en arriver à une décision.

La confiance en une analyse concrète, pragmatique domina bientôt l'interprétation du pouvoir du commerce. *Carnation*²⁰³, bien qu'étant un cas qui concerne la validité d'une loi provinciale, illustre la nouvelle approche. La compagnie Carnation faisait affaire dans la province de Québec, et une commission des marchés provinciale détermina le prix à payer par la compagnie pour le lait acheté à ses producteurs locaux. La plus grande partie de la production de Carnation était destinée à être vendue à l'extérieur de la province. La compagnie prétendit que la commission établissait le prix pour un produit concernant le commerce interprovincial et d'exportation, et donc, qu'elle empiétait sur la juridiction exclusive du Parlement en matière de commerce. Parlant au nom d'une cour unanime, M. le juge Martland rejeta les prétentions de la compagnie. Il déclara que tandis que les mesures de la commission pouvaient « affecter » le commerce interprovincial, elles ne furent pas prises « par rapport à » ce commerce. La compagnie achetait le lait des producteurs locaux. Ainsi il y avait un intérêt provincial important dans l'exploitation de Carnation. Le simple fait que les mesures de la commission affecteraient le prix du lait de Carnation vendu en dehors de la province n'annula pas cet intérêt. Le juge Martland souligna qu'il n'établissait pas une règle générale étant donné que « chaque transaction et chaque réglementation doivent être examinées par rapport à ses propres faits²⁰⁴ ». Le fait qu'une transaction a lieu entièrement dans une province ne conduit pas nécessairement à la conclusion qu'elle est sujette seulement au contrôle provincial. Dans les circonstances de ce cas, les intérêts provinciaux légitimes en jeu dans la transaction furent suffisants pour appuyer la législation. Le cas est un exemple modèle de l'application de la doctrine de l'aspect²⁰⁵.

Ces cas ont démontré une interprétation plus flexible de la distinction entre le commerce interprovincial et le commerce local. En même temps, il y a eu des propositions à l'effet qu'on devait donner une nouvelle force exécutoire à la « seconde division » inappliquée de *Parsons*, la « réglementation générale du commerce affectant l'ensemble du Dominion ». Dans *Macdonald c. Vapour Canada*²⁰⁶, la Cour suprême décida qu'un article de la *Loi sur les marques de commerce*²⁰⁷ du gouvernement fédéral était non valide. Mais le jugement du juge en chef Laskin proposa que si l'article avait été intégré à un « plan de réglementation général pour gouverner les relations commerciales allant au-delà du

simple intérêt local », il aurait bien pu être valide. La présence de ce contrôle de réglementation aurait donné « une couleur au prétendu balayage national de l'article 7e)²⁰⁸ ». Il était clair que la Cour était prête à évaluer l'utilité de la réglementation fédérale dans un cas particulier, plutôt que de se retrancher derrière les catégories doctrinales.

Bien que ces cas se distinguaient par une définition étendue, pragmatique de l'autorité de réglementation fédérale, une autre de leurs caractéristiques est d'une importance essentielle. Dans la grande majorité des décisions rendues au cours de cette période, on faisait observer la législation fédérale. La Cour a continué à invoquer les expressions « par rapport à » par opposition à « affectant » en annonçant ses décisions. Il n'y a jamais eu de formulation claire sur les « poids et mesures » dont la cour se servait pour évaluer les intérêts. Dans ce sens, il ne fut jamais clair que le formalisme de la période du Conseil privé avait été définitivement abandonné.

La doctrine contemporaine

On peut avancer deux généralisations distinctes au sujet des cas concernant le commerce des cinq dernières années. Premièrement, la Cour suprême a modifié son attitude de déférence qu'elle avait auparavant face aux lois fédérales. Cela ne veut pas dire que la Cour est devenue hostile ou méfiante vis-à-vis des tentatives fédérales pour réglementer l'économie. Le point est que la Cour n'est plus aussi réticente à invalider la législation fédérale en matière d'économie comme elle le fut dans le passé. La seconde généralisation découle des cas dans lesquels la Cour a tranché des points de droit à l'encontre du gouvernement fédéral. La Cour n'a pas statué sur ces cas par suite d'une évaluation délicate des valeurs en jeu dans le litige. Au lieu de cela, elle est simplement retournée aux catégories et aux hypothèses qui avaient dominé l'ère du Conseil privé. Le raisonnement de la Cour a tenté de tracer des lignes claires pour délimiter avec netteté les domaines de juridiction des gouvernements fédéral et provinciaux. Mais le processus de la démarcation des compétences n'avait pas l'air plausible et ressemblait à une manipulation, étant donné que le modèle dominant de la période moderne rejette la légitimité d'une telle analyse catégorique.

Cette histoire commence avec la décision de la Cour dans *L'affaire sur la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*²⁰⁹. Suite à la décision de la Cour suprême dans le cas de *Manitoba Egg*²¹⁰, il était devenu évident qu'une forme de coopération interprovinciale serait nécessaire si l'on voulait que le marché des oeufs soit efficacement réglementé. Par la suite, le gouvernement fédéral et les provinces ont convenu d'un plan complexe requérant le raccordement de la législation de la part des deux niveaux de gouvernement. Le plan fut conçu pour réglementer d'une façon globale toutes les opérations ayant trait aux

oeufs, que ce soit pour le commerce local interprovincial ou le commerce d'exportation. L'Office canadien de commercialisation des oeufs (OCCO) créé par le gouvernement fédéral a fixé des contingents généraux pour chaque province. L'organisme fut également chargé d'acheter et d'écouler tous les surplus d'oeufs qui se trouvaient dans le contingent attribué à la province. Cela a garanti un prix fixe pour tous les oeufs dans le contingent, indépendamment de la question de savoir s'ils étaient réellement requis pour le marché de la consommation domestique. L'organisme provincial établirait des contingents particuliers basés sur le contingent d'ensemble de la province. Il y eut de part et d'autres des délégations d'autorité importantes d'un niveau de gouvernement à l'organisme établi par l'autre niveau. Les deux organismes fédéral et provincial financèrent leurs opérations et redistribuèrent les recettes grâce à des prélèvements imposés aux producteurs.

Une multitude de questions constitutionnelles furent soulevées par ce cadre de travail législatif. Les jugements renferment des discussions complexes sur la doctrine de la délégation et sur la caractérisation constitutionnelle des prélèvements frappant les producteurs, questions qui ne sont pas appropriées à la présente discussion. L'intérêt du présent document ne s'étend qu'à l'analyse du pouvoir du commerce dans le jugement de M. le juge Pigeon. La discussion éclata à propos de certains contingents que l'*Ontario Farm Products Marketing* avait imposés aux producteurs d'oeufs. Non seulement ces contingents ont limité le nombre d'oeufs que les producteurs provinciaux pouvaient introduire sur le marché, ils ont aussi réglementé directement leur production d'oeufs et leur possession de volaille. Les contingents de production ne différencièrent pas les producteurs qui vendaient leur produit localement de ceux qui exportaient leurs oeufs. Tous les producteurs étaient soumis à ces contrôles, peu importe la destination du produit. Ceux qui contestèrent la validité de la législation prétendirent que la province avait outrepassé son autorité. Les contingents de production provinciaux n'étaient valides que dans la mesure où ils s'appliquaient aux produits qui seraient éventuellement vendus localement. Les produits qui entreraient dans le courant du commerce interprovincial devaient être réglementés par le Parlement. Il n'aurait pas été difficile d'élaborer un contre-argument fonctionnel en faveur des contingents provinciaux. Par exemple, on aurait pu proposer qu'il était impossible de déterminer, au point de la production, si les produits seraient éventuellement vendus localement ou dans les autres provinces²¹¹. Toute demande pour que des régimes séparés soient établis pour les producteurs du marché local par opposition aux producteurs du marché interprovincial aurait été irréalisable. Mais le juge Pigeon ne s'est appuyé sur aucun argument limité, fonctionnel de ce genre. Au lieu de cela, il a avancé la déclaration par trop générale qu'une province avait le contrôle sur toute la « production » des oeufs. La destination des oeufs était non pertinente. On n'avait pas à

se demander si la plupart ou même tous les oeufs d'un producteur quitteraient éventuellement la province. La seule question pertinente était que la province avait décrété des contingents de « commercialisation »; la « commercialisation n'inclut pas la production et, par conséquent, le contrôle provincial de la production est à première vue valide²¹² ».

Cette distinction entre « commercialisation » et « production » rappelle les cas américains du début du XX^e siècle interprétant le pouvoir du Congrès sur le commerce entre les États. Ces cas reposaient sur une distinction entre « commerce » d'un côté et « fabrication » ou « production » de l'autre. On disait que le Congrès manquait de pouvoir pour s'ingérer dans la production ou la fabrication, indépendamment de leur importance ou de leur interdépendance avec le commerce entre les États. Par exemple, dans *U.S. c. E.C. Knight Co.*²¹³, la Cour suprême des États-Unis déclara que la *Sherman Act* n'a pas interdit un quasi-monopole dans la fabrication du sucre raffiné. C'était parce que « le commerce suit la fabrication et il n'en fait pas partie ». Cette distinction exonéra la Cour de la responsabilité de déterminer l'impact de ce monopole de la fabrication sur le commerce entre les États lui-même. La tentative de réglementer la fabrication était absolument inutile quelle que soit sa désirabilité ou sa nécessité sur le plan social. Si l'administration politique n'était pas satisfaite de ce résultat, elle pourrait modifier la Constitution. Le pouvoir judiciaire était simplement chargé d'interpréter la Constitution, non de la réécrire.

La difficulté avec cette ligne de pensée était son caractère extrêmement artificiel. La réalité économique ne se conforme à aucune distinction rigide entre la fabrication et le commerce. Les choix effectués au stade de la production ont un impact direct sur la commercialisation de tout produit. Un marché représente un tout unifié plutôt que des fragments ou des subdivisions isolés. Ce fut précisément à cause de ces facteurs économiques sous-jacents que la Cour suprême des États-Unis abandonna par la suite son ancienne approche catégorique. La jurisprudence subséquente a souligné l'effet d'une activité sur le commerce par opposition aux « rubriques concernant ses limites²¹⁴ ».

La séparation mécanique et artificielle de la « production » et de la « fabrication » du « commerce », sans égard pour leur continuité économique, les effets des deux premières sur le dernier, et les méthodes variées à l'aide desquelles les divers processus sont organisés, reliés et mis à exécution dans différentes industries ou en fait dans une seule industrie, ne suffit plus à exclure les processus de production ou de fabrication et de raffinage de la compétence du Congrès²¹⁵.

La Cour suprême du Canada n'a pas oublié ces considérations. En fait, il est possible d'identifier d'autres cas récents dans lesquels la distinction entre « production » et « commerce » fut simplement ignorée. Dans ces

cas, la Cour a manifesté une sensibilisation à la continuité économique entre ces différentes formes d'activité. Un bon exemple est le cas *Potash*²¹⁶, tranché moins d'un an après la *Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*. Ce litige prit naissance à la suite des tentatives de la part du gouvernement de la Saskatchewan pour stabiliser le marché nord-américain de la potasse. La Saskatchewan est l'un des plus grands producteurs de potasse au monde, exportant la plus grosse partie de sa production aux États-Unis. Vers la fin des années 1960, il y eut un important excédent de stocks et une chute du prix mondial. Le gouvernement de la Saskatchewan, de concert avec le plus gros fournisseur de potasse américain, conçut un plan pour limiter la production et augmenter les prix du marché. Le plan fixa les contingents de production pour les producteurs de potasse et établit un prix plancher pour la potasse franco à bord de la mine comme une condition d'obtention d'un permis. La législation fut contestée par Central Canada, un producteur de la Saskatchewan qui avait un marché assuré pour la production excédentaire de sa part de production.

Il aurait été possible de faire observer cette législation en se basant sur la distinction catégorique entre la production et le commerce. L'argument se serait concentré sur le fait que le plan établissait des contingents de production plutôt que des contingents de commercialisation. Mais le seul fait de citer un tel argument révèle son insuffisance. Le but général de la législation était de stabiliser le marché de la potasse aux États-Unis. Le cadre de réglementation opérait au stade de la production, mais son but était d'assurer que les producteurs de la Saskatchewan reçoivent un juste retour sur la vente de leurs ressources à l'extérieur de la province. Ces faits illustrent le caractère artificiel d'une distinction rigide entre la production et le commerce. En fait, le juge en chef Laskin passa simplement la distinction sous silence et conclut que la législation était au-delà de la compétence de la province. Selon le point de vue du juge en chef du Canada Laskin, la Cour devait déterminer « la vraie nature et le vrai caractère » de la législation. Cette question ne pouvait être résolue qu'en considérant « les circonstances dans lesquelles les *Potash Conservation Regulations, 1969* entrèrent en vigueur, [et] le marché auquel ils furent appliqués et au sein duquel ils avaient leur principale opération²¹⁷ ». En étudiant ces facteurs plus généraux, le juge en chef eut peu de difficulté à conclure qu'ils équivalaient à une tentative de réglementer le marché d'exportation de la potasse. Le fait que la législation prit la forme de contingents de production n'était pas pertinent.

Le juge en chef Laskin fit une timide tentative pour distinguer le cas *Potash* du cas *Agricultural Products*. D'après le juge en chef du Canada Laskin, la différence cruciale entre les cas était que la fixation des prix était une « caractéristique centrale » de la législation de la Saskatchewan. La réponse à cet argument est que la fixation des prix était une caractéristique également centrale de la législation étudiée dans le cas

Agricultural Products. Les prix payés aux producteurs d'œufs étaient fixés chaque semaine par les organismes locaux et l'OCCO d'après une « formule du prix de revient de la production²¹⁸ ». La distinction proposée entre les cas n'est pas simplement superficielle, mais inexistante.

L'analyse de la Cour dans ces cas est instructive au point de vue de la jurisprudence. Dans un cas, la Cour essaie de statuer en se fondant sur une distinction artificielle entre la production et le commerce. Par la suite, la distinction est simplement ignorée, dans le fond sinon dans la forme. Mais parce que la distinction initiale n'est jamais répudiée avec autorité, elle conserve une légitimité doctrinale. Il y a donc deux séries de cas qui épousent des méthodologies contradictoires, qui, l'une comme l'autre, peuvent être utilisées dans des litiges subséquents. Il n'y a pas non plus de théorie pour indiquer les cas dans lesquels on doit préférer le principe au contre-principe. La notion de cohérence dans un tel amas de documents n'est guère qu'une prétention rhétorique.

Examinons le cas de *Labatt Breweries c. The Attorney-general of Canada*²¹⁹. L'affaire en litige était la validité de l'article 6 de la *Loi des aliments et drogues*²²⁰ du gouvernement fédéral qui défend à quiconque de vendre certains aliments à moins qu'ils ne soient conformes aux normes prescrites concernant lesdits aliments. Labatt mit une bière en vente appelée « Bière légère spéciale » prescrite dans les règlements. M. le juge Estey prononça le jugement majoritaire de la Cour sur la question constitutionnelle. Il visa à synthétiser la jurisprudence élaborée autour du pouvoir du commerce. S'appuyant sur des cas tels que *Eastern Terminal*²²¹, il conclut qu'il n'entraît pas dans la compétence du Parlement en vertu de la première division de *Parsons* de réglementer « les commerces ou les secteurs de l'industrie particuliers²²² ». Le juge Estey proposa que la seconde division de *Parsons* ne pouvait appuyer que la législation qui traitait du commerce dans un « sens général²²³ », ainsi que la loi sur la constitution en société l'a démontré dans *Wharton*²²⁴. En se fondant sur les faits du cas particulier, le juge Estey conclut qu'on ne pouvait appuyer la législation en se fondant sur le pouvoir du commerce. L'article n'entre pas dans la première division de *Parsons* étant donné qu'il ne se rapportait pas au commerce mais à la production. La loi réglementait le processus du brassage de la bière lui-même au moyen d'une « recette légale », et elle n'était pas destinée au mouvement des produits à travers les marchés²²⁵. La seconde division de *Parsons* ne pouvait pas non plus servir dans ce cas, puisque les règlements se rapportaient à une industrie unique plutôt qu'au commerce en général.

Cette analyse est essentiellement une confirmation d'un mode de raisonnement catégorique. La discussion de la première division de *Parsons* se fonde sur la distinction artificielle entre le commerce et la production. Le juge Estey souligne que la distinction entre le flux du commerce et la production et la vente locale fut « nettement établie » par M. le juge Pigeon dans le cas de la *Loi sur l'organisation du marché des*

produits agricoles. Il ne mentionne pas le fait que cette même distinction fut simplement ignorée dans le cas *Potash*. Il n'est pas non plus averti de la qualité d'expédient de la distinction. On dit que la seconde division appuie les lois qui réglementent le commerce en général, par opposition aux commerces particuliers. Cette analyse est également catégorique en soi. Elle souligne les aspects purement formels d'une loi donnée. Si la loi ne parvient pas à satisfaire ces exigences purement formelles, elle est nulle, quelle que soit son utilité sociale.

La difficulté avec ces distinctions et arguments variés est simplement qu'ils ignorent la question fondamentale qui est soulevée dans le cas, à savoir si ce type de loi devrait être édicté au niveau fédéral ou au niveau provincial. Le but de la *Loi des aliments et drogues* était de réduire la confusion et l'ignorance qui régnaient sur le marché en spécifiant des normes uniformes pour les aliments²²⁶. On espérait que l'amélioration de la qualité de l'information adressée au consommateur permettrait aux individus de dépenser leur argent d'une façon plus rationnelle. La question est de savoir si un tel objectif de politique devrait être une responsabilité nationale ou locale. Dans son jugement, le juge Estey omit d'aborder la question de la compétence des provinces pour enlever le « bruit et la statique²²⁷ » de la place du marché canadien, ou de regarder si le contrôle central sur les normes des produits pouvait compromettre les valeurs de l'autonomie locale d'une façon importante. La seule « preuve » déposée devant la Cour sur ces questions fut les étiquettes de la bière qui indiquèrent que Labatts exploitait des établissements de fabrication dans plusieurs provinces. Le juge Estey s'appuya sur ces étiquettes en concluant que l'industrie de la bière était locale essentiellement. Mais l'industrie de la bière au Canada, comme dans les autres pays occidentaux, est dominée par un nombre relativement restreint de sociétés importantes²²⁸. L'emplacement des établissements de fabrication ne modifie pas le caractère national de l'industrie. En se concentrant exclusivement sur l'emplacement des usines de brassage, le juge Estey a faussé la structure et l'exploitation fondamentales de l'industrie. Au lieu d'examiner la réalité économique de l'industrie de la bière, il se préoccupa de la distinction arbitraire et artificielle entre la production de la bière et le commerce de la bière.

Dans *Dominion Stores c. The Queen*²²⁹, une autre occasion s'offrit à la Cour pour clarifier la portée du pouvoir du commerce. Étant donné les faits du cas, l'éternelle distinction entre la production et le commerce n'est pas présente dans le raisonnement de la cour. Mais les raisons et le résultat ne furent pas moins décevants que dans *Labatts*. Dans *Dominion Stores*, le gouvernement fédéral avait créé certains noms de catégorie nationaux pour les produits agricoles et établi des normes auxquelles devaient se soumettre les vendeurs qui utilisaient les noms de catégorie²³⁰. Les commerçants engagés dans le commerce interprovincial et d'exportation furent obligés d'utiliser les noms applicables, tandis que

les commerçants engagés dans le commerce purement interprovincial pouvaient utiliser les noms de catégorie s'ils le désiraient à condition qu'ils soient conformes à la norme correspondante. Une accusation fut portée en vertu de la loi fédérale contre Dominion Stores, un commerçant exclusivement intraprovincial²³¹ qui avait soi-disant vendu des pommes en utilisant le nom de catégorie « Canada extra de fantaisie » sans se conformer aux normes prescrites pour ce nom de catégorie. Dominion Stores contesta la compétence du gouvernement fédéral à poursuivre un commerçant local.

D'après l'argumentation, le cas était identique à une décision antérieure du Conseil privé, le cas *Canada Standard*²³². Le gouvernement fédéral avait décrété que les mots « Canada Standard » devaient être une marque de commerce nationale, et que l'application de cette marque à tout produit garantissait qu'il se conformait à une certaine norme. Bien que la Cour suprême du Canada ait décidé que la législation était non valide, le Conseil privé renversa cette décision, invoquant l'autorité du Dominion sur le commerce « général ». Il était évident, a pensé Lord Atkin, que le Dominion avait l'autorité de créer une loi uniforme sur les marques de commerce²³³, et il était impossible de distinguer les droits des marques de commerce concernant les commerçants particuliers et l'établissement d'une marque nationale. Le tribunal de première instance dans le cas *Dominion Stores* s'appuya sur *Canada Standard* en maintenant l'application de la loi²³⁴. M. le juge Grange souligna que le sens de l'expression réglementation du commerce « général » n'était pas clair. L'on savait d'après les autorités qu'il n'incluait pas la réglementation des commerces particuliers dans une province, « ni qu'il semble inclure la réglementation de plusieurs commerces [. . .] ni même de tous les commerces [. . .] si ce commerce est ou peut être intraprovincial²³⁵ ». Au-delà de ces limites négatives, il n'y avait pas beaucoup de directives dans les cas. Il a semblé, néanmoins, que le pouvoir comprenait l'autorité de créer des marques de qualité nationales, puisque ce point même avait été décidé dans le cas *Canada Standard*. Selon l'opinion du juge Grange, le but de la *Loi sur les normes des produits agricoles du Canada* était précisément de créer une norme nationale qui serait désignée par un nom de catégorie national, et ainsi, le cas était semblable à celui de *Canada Standard*. Il rejeta l'argument que la loi fédérale allait jusqu'à la réglementation du commerce local. « La seule réponse à ce point en litige, déclara le juge, c'est que dans la loi il n'en est pas un²³⁶ ».

Cette disposition fut confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario, mais la Cour suprême la renversa par une majorité de 5 voix contre 4. L'opinion majoritaire fut consignée par M. le juge Estey qui déclara que ses conclusions étaient en harmonie avec le résultat du cas *Canada Standard*. Le principal point souligné par le juge Estey était que la loi était obligatoire, dans le fond sinon dans la forme, dans son application aux

commerçants locaux. Ce résultat découlait de l'interaction entre la loi fédérale et une loi provinciale jumelle, la *Loi sur le classement et la vente des produits agricoles*, S.R.O. 1970²³⁷. Cela obligea les commerçants locaux à utiliser certains noms de catégorie provinciaux, et les noms prescrits étaient identiques à ceux que contenait le plan fédéral. Ainsi, « en dépouillant l'argument constitutionnel de ses complexités et en ramenant ses proportions réelles²³⁸ », les commerçants locaux furent obligés d'adopter les noms de catégorie fédéraux et de se conformer à la norme fédérale applicable. Cela voulait dire que la loi fédérale était en réalité un « plan de commercialisation » par opposition à un « plan de marques de commerce », et le cas *Canada Standard* ne s'appliquait pas. Il va sans dire, évidemment, qu'un plan de commercialisation destiné au commerce intraprovincial dépassait la compétence fédérale²³⁹.

L'on pourrait contester la conclusion du juge Estey qui déclare que la loi était obligatoire pour les commerçants locaux²⁴⁰. Mais il faut approfondir la question et se demander pourquoi cela serait important. Selon l'hypothèse du juge Estey, un système facultatif de noms de catégorie était valide, tandis qu'un système obligatoire ne l'était pas. Mais cela n'est pas nécessairement le cas. Si le gouvernement fédéral a le pouvoir d'établir des noms de catégorie nationaux — la raison doit être que c'est une question d'intérêt général dans tout le Dominion. Ce fut apparemment la conclusion du Conseil privé dans le cas *Canada Standard*. Si on accepte cela, alors la question de savoir si les noms de catégorie sont obligatoires ou facultatifs devrait être non pertinente au point de vue constitutionnel. C'est au Parlement et non à la Cour de déterminer si un programme obligatoire est légitime. Le problème était que si Estey avait abordé la question sur cette base relativement directe, il aurait dû abandonner le principe « établi » que le Parlement ne pouvait pas réglementer le commerce local. Si la Cour avait maintenu un système de noms de catégorie obligatoires pour les commerçants locaux, il aurait été impossible de nier l'autorité fédérale sur tous les aspects du commerce « local ». La substance dominante de la doctrine dans le domaine aurait été renversée.

Pour éviter ce résultat, le juge Estey saisit le fait que la législation dans le cas *Canada Standard* n'imposait que des normes facultatives. Mais l'utilisation de la distinction facultative/obligatoire fait naître à l'esprit un autre problème. Si les normes nationales obligatoires pour les commerçants locaux ne sont pas valides parce qu'elles réglementent le commerce intraprovincial, la base pour établir des normes fédérales même facultatives dans ce domaine est discutable. Il devient plus que difficile de soutenir que les normes facultatives sont plus « générales » que les normes obligatoires et qu'elles sont pour cette raison défendables en vertu de la seconde division de *Parsons*. Ainsi, le résultat dans *Dominion Stores* conduit à la conclusion que le gouvernement fédéral n'a pas l'autorité pour édicter des normes pour les produits destinées aux

commerçants exclusivement locaux — en résumé, que *Canada Standard* fut une « décision erronée ». Ces énigmes ne surviennent qu'à cause de la non pertinence de la distinction « facultative/obligatoire » elle-même. Comme la distinction entre la production et le commerce, la dichotomie facultative/obligatoire omet simplement d'aborder les questions de politique sous-jacentes soulevées par le cas. En fait, le but en invoquant ces sortes de distinctions est de permettre à la Cour d'éviter d'avoir à faire face à ces choix politiques.

Les décisions les plus récentes de la Cour sur le pouvoir du commerce sont présentées dans deux cas complémentaires, *Canadian National Transportation Limited et al. c. Attorney General of Canada*²⁴¹ et *R. c. Wetmore et al. (Kripps Pharmacy)*²⁴². La question principale débattue dans les cas était l'autorité du procureur général du Canada d'intenter des poursuites au criminel²⁴³. Néanmoins, les jugements contiennent une discussion sur la portée de l'autorité fédérale sur le commerce. Dans *Kripps Pharmacy*, les accusés furent inculpés en vertu de la *Loi des aliments et drogues* d'avoir vendu des médicaments fabriqués ou entreposés dans des conditions non sanitaires et d'avoir annoncé des médicaments d'une façon à induire le consommateur en erreur. Le jugement majoritaire du juge en chef Laskin conclut que les articles pertinents de la loi étaient défendables en vertu de l'autorité du Parlement quant au droit criminel. Mais le juge en chef du Canada Laskin poursuit en laissant entendre que certaines dispositions pourraient également être valides en vertu du pouvoir du commerce :

Cette Cour s'est intéressée dans *Labatt Breweries of Can. Ltd. v. A.G. Can.*, [1980] 1 S.C.R. 914, 9 B.L.R. 181, 30 N.R. 496, à une poursuite se rapportant aux articles 6 et 25 [am. 1976-1977, c. 28, a. 16(2)] et aux règlements ci-après de cette loi. Bien que ces articles et les dispositions ici en cause soient présent dans la partie II de la loi, des questions très différentes sont soulevées dans cet appel.

Un examen des différentes dispositions de la *Loi des aliments et drogues* révèle que cela dépasse la simple interdiction de relier cette question seulement à l'article 91(27), mais que cela comprend également une prescription de normes, y compris l'étiquetage et l'emballage ainsi que le contrôle de la fabrication. Les ramifications de la législation, englobant les aliments, les drogues, les produits et accessoires de beauté, et l'importance accordée aux normes de commercialisation me semblent ajouter un aspect relatif au commerce au-delà du seul droit criminel. Il semble y avoir trois catégories de dispositions dans la *Loi des aliments et drogues*. Celles qui sont dans l'article 8 sont destinées à la commercialisation et celles qui traitent du contrôle des drogues dans la partie III de la loi sont destinées à protéger la santé morale du public. L'on peut légitimement caractériser la première et la troisième catégories comme relevant du pouvoir du droit criminel, mais la seconde catégorie appelle certainement l'application du pouvoir du commerce²⁴⁴.

L'article que le juge en chef Laskin considère comme « appelant » l'application du commerce est l'article 9 de la *Loi des aliments et drogues*, qui interdit l'étiquetage, l'emballage, le traitement, la vente ou la promotion des drogues d'une façon qui est « fautive, de nature à induire en erreur ou trompeuse ou susceptible de créer une impression erronée [. . .] » La difficulté consiste à savoir comment il est possible de faire concorder cette observation avec l'opinion du juge Estey dans *Labatt's* qui décida que l'article 6 de la *Loi des aliments et drogues* était inconstitutionnel. On ne sait pas exactement quelle pourrait être la distinction pertinente entre les deux articles. Comme l'article 6, l'article 9 de la loi touche à la production des drogues dans la province. *Labatt's* a souligné que la réglementation de la production était une affaire locale relevant de la juridiction provinciale, en dehors de la portée de la « première division » du test *Parsons*. La seconde division de *Parsons* ne pouvait pas non plus s'appliquer, puisque la section ne traite pas du commerce « en général ». Comme le jugement dissident de M. le juge Dickson le souligne, l'article 9 se résume à la « réglementation détaillée de l'industrie pharmaceutique²⁴⁵ ». Il n'y a pas de discussion sur aucune de ces questions dans le jugement majoritaire, sauf l'observation vide de sens que les questions soulevées dans *Kripps* étaient « très différentes » de celles qu'on avait analysées dans *Labatt's*. On laisse le lecteur méditer sur la raison pour laquelle les différences entre les deux cas sont pertinentes ou importantes.

Si *Labatt's* était la suite de l'affaire *Agricultural Products*, *Kripps* est la suite du cas *Potash*. L'affaire *Agricultural Products* s'est appuyée sur la distinction entre la production et la commercialisation, tandis que *Potash* l'a ignorée. Bien que *Labatt's* ait fait revivre la distinction, elle fut de nouveau ignorée dans *Kripps*. Ce qui est renversant dans ces cas, c'est que le pouvoir judiciaire oublie les contradictions qui existent entre eux. *Labatt's* applique un mode de raisonnement catégorique aux problèmes du fédéralisme. Chaque niveau de gouvernement possède l'autorité exclusive sur une zone de droits absolus. Ces prémisses sont rejetées par la majorité dans *Kripps*. L'autorité du gouvernement fédéral sur le commerce est exposée dans des termes beaucoup plus flexibles et pragmatiques. Dans un cas futur, on pourrait justifier de façon plausible une variété de résultats différents, selon la série de cas désignés comme « régulateurs ».

Les jugements dissidents de M. le juge Dickson (ce qu'il était alors) dans *Kripps* et dans *Canadian National Transportation* essayèrent de réconcilier ces cas. Leur tâche était herculéenne. Si le juge Dickson ne réussit pas l'entreprise finalement, c'est uniquement à cause de l'état illogique et contradictoire des documents avec lesquels il est obligé de travailler. Le juge Dickson est sensible aux choix de valeurs fondamentaux que le pouvoir judiciaire est appelé à faire dans les cas institution-

nels. À son avis, la portée du pouvoir du commerce n'est pas dictée par la doctrine ou définie par la logique. Elle dépendra du degré jusqu'où la réglementation économique fédérale « empiète sur le degré d'autonomie locale prévu par la constitution²⁴⁶ ». La difficulté consiste à réconcilier cette attitude souple, fondée sur l'équilibre, avec les contradictions implicites de la doctrine. Le juge Dickson affirme que la « seconde division » de *Parsons* autorise la législation visant à l'économie « comme une seule unité économique intégrée plutôt que comme une collection d'entreprises locales séparées ». Il y a une démarcation claire entre « les mesures validement orientées vers une réglementation générale de l'économie nationale et celles qui visent simplement à un contrôle centralisé sur un grand nombre d'entités économiques locales²⁴⁷ ».

La question est de savoir comment interpréter cette forme de mots. D'un côté, le juge Dickson peut préconiser une évaluation pragmatique cas par cas des divers intérêts fédéraux et provinciaux en jeu dans un cas donné. Il n'y a pas de démarcation catégorique entre la juridiction fédérale et provinciale sur cette interprétation. Le juge Dickson appuie ce point de vue par la suite dans le jugement lorsqu'il identifie un certain nombre de critères fonctionnels comme des « indices » appuyant l'autorité fédérale²⁴⁸. En même temps, le juge Dickson refuse de reconnaître la tension entre une telle approche et le jugement du juge Estey dans le cas *Labatt's*. En fait, il adopte explicitement la déclaration du juge Estey selon laquelle « ce qui clairement ne fait pas partie de l'intérêt national est la réglementation d'un seul commerce ou d'une seule industrie²⁴⁹ ». Cela suppose que le test réel n'est pas du tout un test fonctionnel; au lieu de cela, c'est une question purement formelle de savoir si la législation choisit une industrie particulière. À ce propos, toute tentative fédérale de réglementer une industrie particulière est nulle, indépendamment de l'utilité fonctionnelle de cette réglementation. C'est seulement là où la loi traite du commerce en général qu'il y a un champ d'application pour la réglementation fédérale sur l'économie.

Cette ambiguïté est dépassée dans la discussion de fond du juge Dickson sur les deux lois dans *CN* et dans *Kripps*. Dans *CN*, il confirme l'article sur la conspiration de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* en se fondant sur la seconde division de *Parsons*. L'analyse est entièrement fonctionnelle. La disposition légale fait partie d'un plan de réglementation. Elle s'applique à une grande variété de pratiques concurrentielles déloyales en économie. La conduite prohibée a une importance nationale, et elle ne pourrait pas être réglementée efficacement par les provinces. Alors, dans *Kripps*, il soutient que les dispositions pertinentes de la *Loi des aliments et drogues* ne peuvent pas être appuyées en vertu du pouvoir du commerce. En fait, le juge Dickson affirme qu'il ne peut voir « aucune justification » de classer l'article 9 (1) comme tombant sous le coup de l'article 91 (2) de la *Loi constitutionnelle*. C'est parce que

l'article réglemeute un « seul commerce ou une seule entreprise ». La portée nationale de l'industrie est non pertinente, comme le sont tous les autres indices fonctionnels énoncés dans *CN*. Tout ce qui importe, c'est que les règlements « se résument simplement à la réglementation détaillée de l'industrie pharmaceutique et par conséquent relèvent de la portion de la réglementation économique attribuée aux provinces en vertu de l'article 92 (13)²⁵⁰ ».

Les opinions dissidentes du juge Dickson dans *CN* et dans *Kripps* illustrent l'état actuel de la doctrine sur le pouvoir du commerce. Le modèle dominant reconnaît l'inévitable nécessité d'évaluer les valeurs concurrentes d'une façon pragmatique, utilitaire. Il ne peut y avoir de lignes claires entre la juridiction provinciale et fédérale. Ce modèle dominant est associé à une tendance claire de confirmer la validité de la réglementation économique fédérale. Cette forme de pensée dominante est cependant contestée. La doctrine est criblée d'anomalies, fragments qui ont survécu à l'effondrement de l'ère du Conseil privé. Ces anomalies se fondent sur l'antique notion du pouvoir absolu au sein d'une sphère et sur un rejet de l'idée qu'il est nécessaire d'évaluer les valeurs concurrentes; le juriste statue simplement sur le cas en identifiant l'« affaire » exacte en litige. Les anomalies sont associées à une tendance d'invalider les lois fédérales. Mais parce que ces cas omettent d'analyser les valeurs en jeu de quelque façon significative que ce soit, il n'est pas sûr que quelqu'un gagne quelque chose de ces échecs doctrinaux. Il n'est pas non plus possible de prédire comment la cour agira dans l'avenir. C'est comme si elle avait découvert des instruments transmis par une civilisation perdue sans aucune instruction pour s'en servir.

La jurisprudence en perspective

Il y a quelques années, un commentateur éminent a suscité des craintes au sujet d'une éthique de « déréglementation » dominant la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême²⁵¹. Les sociétés semblaient jouir d'un succès considérable en utilisant le litige comme une arme dans la lutte continuelle contre la réglementation du gouvernement. Il n'y a pas de doute que les sociétés ont été les principaux bénéficiaires dans les cas où la cour a invalidé la législation. Mais laisser entendre que la jurisprudence dans son ensemble illustre une éthique de déréglementation, c'est ignorer le caractère contradictoire des documents. La cour est aussi susceptible de confirmer la réglementation générale du gouvernement sur l'économie (*Reference Re Agricultural Products Marketing Act; Canadian National Transportation*) que de l'invalider (*Labatt's Breweries; Dominion Stores*). Il n'est pas non plus possible d'identifier des

critères associés aux lois décrétées non valides qui les distingueraient, en tant que classe, de celles qui ont été confirmées comme étant constitutionnelles. Par exemple, la disposition de la *Loi des aliments et drogues* invalidée dans *Labatt's* ne semble pas être plus interventionniste que les lois confirmées dans *Agricultural Product* ou *CN*.

L'indétermination des documents légaux est un reflet de l'indétermination dans la compréhension fondamentale des Canadiens du fédéralisme canadien lui-même. Les visions concurrentes provincialiste et pancanadienne de la communauté politique canadienne sont fondamentalement en désaccord l'une avec l'autre. Aucune tentative de concilier ces idéaux contradictoires pourrait être stable ou immuable. En termes de doctrine, ces visions concurrentes susciteront constamment des paires d'arguments parallèles qui conduisent dans des directions opposées. Le juriste est incapable d'affronter la présence de ces oppositions rigides en termes explicites. Les différentes catégories et distinctions qui ont émergé durant la période du Conseil privé ont représenté une tentative de concilier ces tensions en laissant entendre qu'elles n'existaient pas. La théorie des « compartiments étanches » du Conseil privé se fondait sur la croyance en la symétrie plutôt que dans le conflit. L'ère moderne a discrédité cette façon de penser.

Avec l'évolution du fédéralisme coopératif à la suite de la Seconde guerre mondiale, la notion de juridiction divisée devint de plus en plus anachronique dans le contexte canadien. Il n'était plus possible d'établir des distinctions nettes entre la politique économique, la politique sociale et la politique culturelle. Le fédéralisme coopératif n'était pas guidé par une vision unifiée de la nature de l'État; les nouvelles structures ont émergé des ajustements spéciaux, marginaux entre les gouvernements plutôt que conformément à un plan d'ensemble. Ce sens accru de l'ambiguïté a rendu particulièrement difficile pour la Cour suprême d'établir des distinctions fondées sur des principes entre la responsabilité fédérale et provinciale. La seule méthodologie jurisprudentielle possible conçue pour faire face à cette indétermination fut de proposer que le juriste soit tenu « d'évaluer les intérêts ». Si cette analyse d'évaluation fut jamais adoptée d'une façon systématique ou rigoureuse, la distinction entre la prise de décision « légale » et « politique » dans les cas constitutionnels perdrait toute crédibilité. Cela explique la tendance judiciaire continue d'invoquer les catégories discréditées de l'ère du Conseil privé lorsque la cour invalide des lois fédérales, ainsi que le caractère artificiel de l'analyse.

Ce serait une erreur d'exagérer l'importance de la Cour suprême dans l'évolution du fédéralisme canadien. Dans la grande majorité des cas ayant trait au fédéralisme, la décision de la cour n'est pas le mot de la fin sur l'affaire. Le jugement accorde simplement des ressources de négociation ou des ressources politiques aux différents niveaux de gouvernement dans la lutte qu'ils se livrent²⁵². Le résultat choisi par la cour

peut habituellement être modifié par d'autres négociations et de nouveaux compromis qui se refléteront dans les futures décisions de la cour.

Un exemple classique est la décision de la cour dans le cas *Patriation Appels*²⁵³, suivie par la négociation de l'Accord en novembre 1983, qui à son tour fut suivie par le jugement de la cour dans le cas *Quebec Veto*²⁵⁴. Cela éclaire la relation subtile et complexe entre les formes « légales » et les autres aspects de la réalité sociale. La loi n'est ni divorcée d'avec la réalité ni « déterminée » par elle. La loi est constituée par la réalité sociale tout en la constituant d'autre part²⁵⁵.

Néanmoins, il semblerait que la Cour suprême participe de plus en plus aux débats sur le fédéralisme. Au cours de la période de sept ans allant de 1975 à 1982, la cour prononça plus de décisions constitutionnelles qu'elle ne l'avait fait au cours des vingt-cinq dernières années²⁵⁶. Il y a quelques explications évidentes à ce développement. D'abord, la cour a grandement libéralisé les lois établies de sorte qu'il est beaucoup plus facile aux simples citoyens de lancer des défis constitutionnels. Aussi, il semble que les gouvernements eux-mêmes sont plus enclins à compter sur la direction judiciaire pour résoudre les conflits reliés au fédéralisme.

La participation accrue du pouvoir judiciaire aux cas reliés au fédéralisme entraîne certains coûts. La cour n'a jamais été capable d'évaluer, d'une façon conséquente ou satisfaisante, les divers intérêts qui sont en jeu dans ces cas. C'est un organisme non élu, nommé par un niveau de gouvernement seulement, et qui ne représente pas le pays dans son ensemble. On ne voit pas clairement quels sont les avantages compensatoires qui découlent de l'arrangement qui a cours. La présence d'un arbitre judiciaire ne garantit pas qu'une sorte d'harmonie ou d'équilibre plus ou moins parfait est conservé entre les intérêts fédéraux et provinciaux. Mais la nécessité pour un organisme d'imposer des limites et de résoudre les conflits interprovinciaux ne veut pas nécessairement dire que ce rôle doit être rempli par des juges. Étant donné le caractère politique, chargé de valeurs des décisions requises, cette fonction pourrait tout aussi bien être effectuée par un tribunal qui ne serait pas décisif et qui serait plus représentatif des divers intérêts de l'État. En outre, cet organisme pourrait régler les conflits sans être obligé d'imposer un résultat nul aux parties en litige. Évidemment, le remplacement de l'arbitre judiciaire par un genre de tribunal sur le fédéralisme ne serait nullement gratuit, et la forme et la juridiction précises d'un tel tribunal devraient être soigneusement évaluées. La conception d'un tel organisme dépasse la portée de la présente étude. Mais il y a au moins une conséquence qui émerge de la présente étude : la Cour suprême est actuellement surchargée par la résolution des conflits reliés au fédéralisme canadien. Il devrait être plus difficile aux citoyens et aux gouvernements d'engager la cour à participer au processus dans l'avenir.

Conclusion

La jurisprudence relative aux coalitions et l'interprétation du pouvoir fédéral sur le commerce ne sont normalement pas considérées comme des domaines de doctrine intimement liés. Il n'y a rien d'étonnant à cela; les questions économiques et politiques qui naissent dans ces deux contextes sont pas mal séparées et distinctes les unes des autres. Néanmoins, le traitement judiciaire de ces domaines a été remarquablement similaire, au moins dans ses grandes lignes. La Cour suprême a avec persistance refusé de structurer la doctrine sur la base d'un calcul utilitaire du bien-être général. Au lieu de cela, elle a essayé d'organiser l'univers légal en des catégories conceptuelles distinctes, mutuellement exclusives. Les catégories constituent des zones de droits absolus possédés par les individus ou les institutions. Ces catégories opèrent selon le tout ou le rien. Dans une sphère protégée d'intérêt, une action est protégée absolument; en dehors de cette sphère, une action est nulle. Le juriste est supposément libéré de la nécessité d'évaluer les valeurs concurrentes ou de deviner l'intérêt public. Tout ce qu'on lui demande, c'est une décision au sujet de la zone de droits qui est en cause dans un cas particulier. De cette façon, la tension dominante entre les valeurs de liberté et de sécurité pourrait être transcendée.

Cette analyse renferme plus qu'une préoccupation au sujet de la méthode judiciaire. Il y a une conception sur la relation appropriée entre l'État, la loi et la société qui est comprise dans l'approche de la cour aux problèmes économiques. L'élément central et dominant dans cette construction judiciaire est l'hypothèse selon laquelle il est possible d'identifier une structure naturelle qui précède toute politique de l'interaction humaine dans la société civile. Cette structure est naturelle dans le sens qu'elle ne dépend pas de la validité d'une idéologie particulière ou d'une doctrine politique. Dans ce contexte prépolitique, les individus sont capables de s'allier les uns avec les autres, libres de la « réglementation »; les résultats de l'interaction sont le produit de leurs plans et de leurs capacités personnels plutôt que la mise en application consciente d'un programme politique plus vaste. Évidemment, on reconnaît que cet ordre « naturel » des choses n'existe pas dans les démocraties libérales contemporaines et que la société ne doit pas essayer de se transformer pour poursuivre l'idéal naturaliste. Néanmoins, la croyance dans la possibilité d'une telle structure prépolitique entraîne des répercussions importantes pour l'analyse judiciaire de la politique générale. Cela signifie que les déviations de ce qui est perçu comme l'ordre naturel des choses requiert une justification particulière de la part de l'État. L'État intervient avec un ensemble d'arrangements que l'on croit inhérents à la « nature des choses »; ce genre d'intervention devrait légitimement être considéré avec méfiance. Le rôle de la cour est de s'assurer que l'incurSION dans la liberté naturelle est justifiée dans les circonstances.

Si l'on prend l'exemple de la politique de concurrence, l'hypothèse sous-jacente de la jurisprudence est qu'il est possible d'imaginer un ordre de marché prépolitique ou naturel, libre de la réglementation de l'État. L'intervention de l'État est en conséquence décrite comme une interférence avec l'équilibre naturel des forces du marché. Cette interférence n'est pas nécessairement illégitime. Mais les atteintes portées à la « liberté naturelle » ne devraient être acceptées qu'avec méfiance et qu'avec doute. La jurisprudence de la cour relative aux coalitions a été une expression de cette méfiance. Si la cour avait procédé à partir d'une autre hypothèse, son produit doctrinal aurait sans aucun doute été très différent. Cette autre hypothèse, lieu commun dans la théorie légale du moins depuis les réalistes des années 1930, est que toute la notion d'un ordre prépolitique de l'interaction humaine est une absurdité. L'objection est théorique, non technique. Tout ordre de marché doit nécessairement renfermer une forme de réglementation de la part de l'État. En conséquence, le choix ne se pose pas entre une situation des affaires et une « réglementation » prépolitiques, mais simplement entre différentes formes de réglementation de l'État. Vus sous cet aspect, les choix de la cour deviennent plus compréhensibles, sinon plus convaincants.

On peut tracer des parallèles intéressants entre les études de cas présentées dans la présente étude et l'analyse jurisprudentielle plus générale de Ronald Dworkin²⁵⁷. Selon la théorie bien connue de Dworkin, le pouvoir judiciaire ne doit pas statuer sur les cas en se fondant sur une évaluation utilitaire du bien-être de la communauté dans son ensemble. Pour Dworkin, les calculs du bien-être général sont des arguments de « politique » qui sont appropriés dans la législature, mais non dans la salle d'audience. L'arène judiciaire est le « forum du principe » où les conflits sont résolus selon les droits des parties, même là où cela entraîne un sacrifice du bien-être de l'ensemble de la société. La bonne volonté générale de faire ce sacrifice indique que la communauté croit que les droits de l'individu seront « considérés sérieusement ».

L'analyse de Dworkin est extrêmement controversée. Les arguments ont été soumis à des attaques générales et continues dans les publications de jurisprudence de la dernière décennie de la part de critiques de presque toutes les convictions politiques²⁵⁸. Nous n'avons pas besoin de nous préoccuper de ces publications dans le présent document; notre but n'est ni de louer ni de démystifier les déclarations normatives de Dworkin au sujet du rôle judiciaire²⁵⁹. Nous voulons simplement souligner que les études de cas présentées dans la présente étude ont apporté un appui aux arguments descriptifs de Dworkin sur le jugement. Spécifiquement, la doctrine dans les domaines des coalitions et du commerce confirme la croyance que les juges évitent de s'appuyer sur les évaluations utilitaires du bien-être général en statuant sur les cas. Cela ne veut pas dire que les choix judiciaires dans ces domaines ont été neutres ou apolitiques, ou même que l'on peut analyser les cas en fonction d'un

cadre de « droits²⁶⁰ ». Le point est simplement que certaines sortes d'arguments politiques ont été constamment évitées par la cour, indépendamment du contexte doctrinal particulier.

Cela nous conduit à une conclusion plus générale sur la conception institutionnelle et la résolution des conflits. Les cours sembleraient être un mécanisme sensible et approprié pour résoudre les conflits dans des domaines de la vie sociale que l'on peut analyser en termes catégoriques ou absolus. D'un autre côté, là où le domaine pertinent de la vie sociale n'est susceptible qu'aux jugements sur l'utilité sociale générale, les cours sembleraient représenter un mécanisme beaucoup moins approprié. Étant donné que les cours tendent à analyser les problèmes en termes catégoriques, leurs choix dans ces domaines sont plus susceptibles d'être arbitraires ou peu judicieux. D'une manière significative, la question de la politique de concurrence et celle du fédéralisme semblent représenter des cas exemplaires des problèmes analysés dans des termes strictement utilitaires. Par exemple, la pensée actuelle au sujet de la politique de concurrence a abandonné l'idée qu'une certaine catégorie de conduite compétitive est « intrinsèquement illicite ». Les jugements sur la concurrence loyale et déloyale dépendent presque entièrement d'une évaluation de l'impact de l'activité sur la réalisation économique globale. On est incapable dans une large mesure de formuler ces jugements dans des termes catégoriques ou absolus. Il ne faut guère s'étonner, alors, que la jurisprudence relative aux coalitions a pris cette forme artificielle et inventée. Ce qu'il faut ce n'est pas tant un rafistolage par degrés des détails de la doctrine qu'une reconstitution de l'institution responsable de son développement.

Notes

La présente étude a été terminée en septembre 1984. Traduction de l'anglais.

Je remercie sincèrement mon très compétent adjoint de recherche, Josh Moon, et tous les nombreux collègues qui m'ont présenté leurs observations sur les avant-projets de la présente étude, en particulier, Harry Arthurs, John Evans, Peter Hogg, Allan Hutchison, Andrew Petter, Rob Prichard, Jack Quinn, Michael Trebilcock et Paul Weiler.

1. Macpherson, « Economic Regulation and the British North America Act: Labatt Breweries and Other Constitutional Imbrolios », (1980–1981), *Canadian Business Law Journal* p. 172–174.
2. Pour une analyse claire et accessible du concept du « choix économique » voir Lindblom, *Politics and Markets*, 1977.
3. L'analyse présentée ici est tirée d'un grand nombre de sources, y compris les suivantes : Unger, *Knowledge and Politics*, 1975; Unger, *Law in Modern Society*, 1976; Kennedy, « The Structure of Blackstone's Commentaries », (1979) 2B *Buffalo Law Review* 205; Singer, « The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld », (1982) *Law Review* 975.
4. Kennedy, *supra*, n. 3, p. 359.
5. Mill, *On Liberty*, Spitz, 1975.
6. *Idem*, p. 11.
7. *Ibid.*

8. Pour une discussion, voir Spitz, « Freedom and Individuality: Mill's *Liberty* in Retrospect » dans *Liberty*, Friedrich, 1962, p. 176; Ten, « Mill on Self-Regarding Actions », (1968) 43 *Philosophy* 29.
9. Voir Singer, *supra*, n. 3, p. 976 (citant Abraham Lincoln).
10. Green, *Canadian Industrial Organization and Policy*, 1980, p. 194.
11. La toute dernière tentative fut le projet de loi C-29, « An Act to Amend the Combines Investigation Act and the Bank Act and other Acts in consequence thereof ». Le projet fut lu en première lecture, le 2 avril 1984, mais demeura sur le Feuilleton à la clôture du dernier Parlement.
12. *Financial Times of Canada*, janvier 1979, cité dans Prichard *et al.*, *Canadian Competition policy: Essays in Law and Economics*, 1979, p. viii.
13. Pour des exemples de ce type d'analyse, voir Cayne, « Market Power, Efficiencies and the Public Interest in Canadian Combines Law », (1970) 16 *Mcgill Law Journal* 488; et Roberts, « The Death of Competition Policy: Monopoly, Merger and Regina v. K.C. Irving Ltd. », (1977) 16 *University of Western Ontario Law Review* 215.
14. Pour les arguments selon lesquels l'élimination de ces termes vagues réduirait la confusion, voir Green, *supra*, n. 10, p. 194-195.
15. The Honourable Judy Erola, *Amendments to the Combines Investigation Act: Background Information and Explanatory Notes*, 1984, p. 4.
16. Voir Report of the Royal Commission on Corporate Concentration, 1978, p. 11-42; la Commission royale trouva que la concentration au Canada était plus élevée que dans les autres pays industriels, même ceux dont l'économie était à peu près équivalente.
17. *Idem*, p. 71-72.
18. Dans le cadre de la théorie économique, une industrie est dite « concurrentielle » lorsque le nombre de firmes vendant un produit homogène est si grand qu'aucune firme particulière n'est capable d'influencer d'une manière appréciable le prix du produit. Dans ce sens, la firme prend son prix du marché et le prix égale le coût marginal. Dans des situations de monopole, au contraire, il y a une seule firme vendant un produit différencié, protégé par de hautes barrières à l'entrée. Le monopoliste fait face à une courbe descendante de la demande; pour chaque unité supplémentaire de production, il doit réduire le prix de toutes les unités vendues (en supposant qu'il n'y a pas de discrimination dans les prix). Il règle la production au point où le revenu marginal égale le coût marginal. Dans un oligopole, il y a un certain nombre de vendeurs, mais ils possèdent un degré de pouvoir du « marché » ou de « monopole » étant donné qu'ils reconnaissent qu'ils ne peuvent augmenter la production qu'en réduisant les prix. Ils essaient de fixer la production et les prix à des niveaux autres que concurrentiels. Pour une introduction générale à ces fondements de la théorie économique, voir Sherer *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 2^e éd., 1980, p. 9-44; Landes, « An Introduction to the Economics of Antitrust », *Antitrust: Cases, Economic Notes and Other Materials*, 2^e éd., Posner and Easterbrook (édit.), 1981, p. 1055.
19. Galbraith, *The New Industrial State*, 1967, p. 192.
20. Voir en général Lindblom, *supra*, n. 2, 33-51.
21. Pour une élaboration de la notion d'un ordre formel « non directif », voir Kennedy et Michelman, « Are Property and Contract Efficient », (1980) 8 *Hofstra Law Review* 711-748.
22. Pour des déclarations sur cette proposition élémentaire, voir Hale, « Coercion and Distribution in a Supposedly Non-coercive State », (1923) 38 *Political Science Quarterly* 470; Hale, *Freedom Through Law: Public Control of Private Bargaining Power*, 1952; Dawson « Economic Duress: An Essay in Perspective », (1947) 45 *Michigan Law Review* 253; Dalzell, « Duress by Economic Pressure I and II », (1942) 20 *North Carolina Law Review* 237 et 341 (deux parties).
23. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Livre IV, 1983, c. 2, p. 345.
24. Pour une analyse d'un tel « ordre », voir Kennedy et Michelman, *supra*, n. 21, p. 750. Voir également Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, 1974, p. 12-14.

25. Selon les termes de Hohfeld, il y aurait des « privilèges » mais non des « droits » au sein d'un tel régime. « Privilèges » fait allusion aux actes que l'on peut accomplir sans que personne d'autre ne soit capable d'appeler la force de l'État pour les empêcher, tandis que les « droits » sont des actes que l'on peut exiger ou empêcher avec l'assistance de l'État. Voir Hohfeld, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », (1913) 23 *Yale Law Journal* 16. Pour une discussion sur l'importance et les répercussions de la distinction entre droit et privilège, voir Kennedy et Michelman, *supra*, n. 21; Singer, « The Legal Rights Debate in analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld », (1982), (1982) *Wisconsin Law Review* 975.
26. Voir Rawls, *A Theory of Justice*, 1971, p. 12. Rawls décrit la « position originale » en ces termes : « L'une des caractéristiques essentielles de cette situation est que personne ne connaît sa place dans la société, sa position dans la classe ou son rang social, et personne ne connaît sa fortune dans la distribution des biens et des capacités naturelles, son intelligence, sa force, etc. Je dois même supposer que les parties ne connaissent pas leur conception du bien ou leurs penchants psychologiques particuliers. Les principes de la justice sont choisis derrière un voile d'ignorance. Cela assure que personne n'est avantagé ou désavantagé dans le choix des principes par le résultat de la chance naturelle ou de l'éventualité des circonstances sociales ».
27. Sandel, *Liberalism and the limits of Justice*, 1982, p. 129.
28. Dans la théorie économique moderne, on dit qu'une industrie est purement concurrentielle lorsque le nombre des firmes vendant un produit homogène est si grand, et lorsque la part du marché de chaque firme particulière est si petite, qu'aucune firme particulière ne peut influencer le prix de façon appréciable. Le prix est déterminé par les forces du marché par opposition à l'activité de vendeurs particuliers. Pour une discussion générale, voir Scherer, *supra*, n. 18. Pour une étude historique des publications économiques, voir Stigler, « Perfect Competition, Historically Contemplated » dans *Journal of Political Economy*, 65, 1957.
29. Scherer, *supra*, n. 18, p. 10.
30. Voir en général Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*, 1978, p. 134–160.
31. *Northern Securities v. United States*, 1904, 193 U.S. 197.
32. *Idem*, p. 320 (par M. Le juge Harlan, annonçant l'opinion de la cour).
33. 26 Stat. 209, 1980.
34. *Supra*, n. 31, p. 327.
35. M. le juge Harlan a souligné que toute « restriction directe » sur le commerce entre les États était illégale en vertu de la *Sherman Antitrust Act*: « [. . .] toute coalition ou conspiration qui étoufferait la concurrence entre des Chemins de fer qui autrement seraient des concurrents engagés dans le commerce entre les États, et qui restreindrait de cette façon ce commerce est déclarée comme étant illégale en vertu de la loi ». *Idem*, p. 331 (le soulignement est dans le texte original). Ainsi, il n'est pas exact d'affirmer, comme l'a fait Holmes, que Harlan a déclaré que toutes les restrictions au commerce étaient illégales en soi. La restriction doit « étouffer » la concurrence entre des rivaux engagés dans le commerce entre les États afin de tomber sous le coup de la loi. Pour des discussions sur l'opinion de Harlan, voir Letwin, *Law and Economic Policy in America: The Evolution of the Sherman Antitrust Act (1965)*; Bork, *supra*, n. 30, p. 30–31.
36. *Supra*, n. 31, p. 411.
37. *Idem*, p. 410.
38. (1889), 23 Q.B.D. 598 (C.A.); 1892 C.A. 25 (H.L.).
39. (1889), 23 Q.B.D. 598, p. 615 (par le juge Bowen).
40. *Idem*, p. 626 (par le juge Fry).
41. *Supra*, n. 38, p. 51.
42. Pour une discussion plus générale sur la théorie des droits, voir Hutchinson et Monahan, « The Rights Stuff: Roberto Unger and Beyond », (1984) 62 *Texas Law Review*.

43. 11 East 575, 103 Eng. Rep. (1707), p. 1127.
44. *Idem*, p. 1128.
45. *Ibid.*
46. Une forme semblable d'argument a joué un rôle central dans la jurisprudence analytique de Bentham, Austin et John Stuart Mill. Voir, en particulier, Mill, *supra*, n. 5. Pour une autre explication d'un argument semblable, voir *The Commonwealth of Australia v. The Adelaide Steamship Company Limited*, 1913 C.A. 781, p. 793 (par Lord Parker of Waddington). Même Oliver Wendell Holmes, un juriste sensible à la doctrine du *damnum absque injuria*, a supposé que « l'infliction intentionnelle d'un dommage temporel [. . .] est passible de poursuite judiciaire si elle est faite sans une cause juste ». Voir Holmes, « Privilege, Malice and Intent », (1894) 8 *Harvard Law Review* 1–3. Bien que Holmes ait souligné que dans de nombreux cas l'infliction d'un préjudice était privilégiée, son hypothèse initiale était que le défendeur devait produire une excuse légitime pour échapper à la responsabilité.
47. L'argument dans le texte est simplement une nouvelle déclaration de l'analyse de Hohfeld dont l'oeuvre survit « comme un sac d'haricots secs, non apprécié par ceux qui ont perdu la recette de son utilisation ». (Kennedy et Michelman, *supra*, n. 21, p. 751). Voir Hohfeld, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », (1913) 23 *Yale Law Journal* 16.
48. Hohfeld a défini un « privilège » de la façon indiquée ci-dessus, et un « droit » comme une revendication, exécutoire par le pouvoir de l'État, pour empêcher ou exiger l'exécution d'un acte par un autre. Hohfeld illustre l'absence de tout lien nécessaire entre les privilèges et les droits grâce à l'exemple suivant (*supra*, n. 47, p. 35) :
- A, B, C et D étant les propriétaires de la salade, pourraient dire à X : « Mange la salade, si tu peux; tu as notre permission pour le faire, mais nous ne nous engageons pas à ne pas intervenir ». Dans ce cas, les privilèges existent, aussi, si X réussit à manger la salade, il n'a violé aucun droit des parties. Mais il est également clair que si A réussissait à maintenir l'assiette en place pour que X ne puisse en manger le contenu, aucun droit de X n'aurait été violé.
49. 229 U.S. 1, 31 S. Ct. (1911), p. 502.
50. *Idem*, p. 76.
51. Holmes, *supra*, n. 46, p. 3. Voir également *Vegeahn c. Gunter* 167 Mass. (1896), p. 92 (par le juge Holmes, jugement dissident).
52. *Supra*, n. 38.
53. 1892 C.A. 25, p. 36 et 37 (par Halsbury).
54. 1894 C.A. 535.
55. *Idem*, p. 574 (par Lord Macnaghten).
56. 1893 1 ch. 630, p. 668 (par le juge Bowen). Pour un argument semblable, voir *Australia c. the Adelaide Steamship Company Limited*, p. 796 (par Lord Parker of Waddington).
57. Nous pouvons avoir un autre aperçu de cet aspect du problème en rappelant le jugement de Holmes dans le cas *Northern Securities*. Holmes a souligné que l'acquisition d'un monopole ne pouvait pas être actionnable en soi étant donné que nous permettons à de nombreux monopoles d'opérer dans l'économie (*supra*, n. 31, p. 406 et 407) :
- Un seul chemin de fer qui descend le long d'une vallée étroite ou qui traverse une gorge dans les montagnes monopolise tout le transport ferroviaire à travers cette vallée ou cette gorge. En fait, chaque voie ferrée monopolise, au sens familier du terme, le commerce d'une région. Néanmoins, je crois que personne ne dirait que la loi défend une coalition d'hommes en une société pour construire et diriger un tel chemin de fer entre les États.
58. Pour une discussion, voir Lindblom, *supra*, n. 2, p. 149–152.
59. Voir, par exemple, Scherer, *supra*, n. 18, p. 11.
60. Cet exemple est tiré de Galbraith, *supra*, n. 19, p. 195.
61. Voir *An Act For the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade*, 1889 S.C., c. 41. Le préambule de cette loi stipulait qu'il était

- déclaratoire en vertu du droit commun, mais l'article I de la loi en a fait un délit, de limiter « illégalement » et « indûment » la concurrence. Les deux termes négatifs ont rendu la loi difficile à mettre en vigueur. Le terme « illégalement » fut retiré de la loi en 1900, apparemment par accident; voir Bliss, *A Living Profit*, 1974, p. 33-54.
62. Voir la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, 1910 S.C., c. 9.
63. *Idem*, art. 2(c).
64. *Idem*, art. 5.
65. L'article 498 était originellement l'article I de la loi de 1889 qui à son tour fut incorporé au Code criminel en 1892, dans les termes suivants :
520. Toute personne est coupable d'un délit et passible d'une amende s'élevant au plus à quatre mille dollars et au moins à deux cents dollars, ou de deux années d'emprisonnement, et, dans le cas d'une société, passible d'une amende s'élevant au plus à dix mille dollars et au moins à mille dollars, laquelle conspire, se fusionne, s'entend ou s'arrange avec une autre personne, ou avec toute compagnie de chemins de fer, de navigation, ou de transport, illégalement,
- (a) afin de limiter indûment les installations destinées au transport, à la production, à la fabrication, à l'approvisionnement, à l'entreposage ou à la vente de tout article ou produit qui peut être un objet de commerce; ou
- (b) afin de restreindre ou de nuire au commerce concernant ledit article ou produit; ou
- (c) afin d'empêcher, de limiter ou de diminuer indûment la fabrication ou la production dudit article ou produit, ou afin d'augmenter de façon exorbitante le prix de celui-ci; ou
- (d) afin d'empêcher ou de diminuer indûment la concurrence dans la production, la fabrication, l'achat, le troc, la vente, le transport ou l'approvisionnement dudit article ou produit, ou dans le prix de l'assurance sur la personne ou la propriété.
- Après la radiation du terme « illégalement » en 1900, l'article 520 devint l'article 498 en 1906.
66. *Sherman Antitrust Act*, art. 1.
67. Voir *supra*, n. 30 à 38 et le texte qui les accompagne.
68. *Débats de la Chambre des communes*, 1909-1910, p. 6802-6861.
69. Selon les chiffres de King, les prix avaient augmenté de 40 % en moyenne au cours de la période de 1896-1909. Voir *idem*, p. 6805 (citant des statistiques recueillies par le ministère du Travail).
70. *Idem*, p. 6814.
71. *Idem*, p. 6858.
72. *Idem*, p. 6831.
73. *Idem*, p. 6837.
74. Weldon, « Consolidations in Canadian Industry, 1900-1948 », *Restrictive Trade Practices in Canada*: Skeoch, 1966, p. 228.
75. *Idem*, p. 233.
76. Smith, *supra*, n. 23, p. 343.
77. *Idem*, p. 345.
78. (1912) 46 S.R.C. 1.
79. *Idem*, p. 23.
80. *Idem*, p. 21. Idington a noté à la p. 20 que « les contrats d'engagement, de location, d'association et de constitution en société commerciale, peuvent de certaines façons contenir une diminution réelle, et dans certains desdits cas, excessive, de la concurrence ».
81. *Supra*, n. 38.
82. (1912) 46 S.R.C. 1, p. 22.
83. *Idem*, p. 32.
84. *Idem*, p. 27.
85. *Idem*, p. 32.

86. *Idem*, p. 34.
87. Voir *supra*, n. 56.
88. *Supra*, n. 82, p. 37.
89. *Idem*, p. 36.
90. Les jugements de sir Charles Fitzpatrick, juge en chef, et du juge Anglin adoptent une série d'arguments semblables à ceux avancés par M. le juge Duff.
91. Voir, par exemple, Cayne, *supra*, n. 13.
92. Voir Sherer, *supra*, n. 18, p. 409–413.
93. Voir *Report of the Royal Commission*, *supra*, n. 16, p. 73.
94. *Supra*, n. 19, p. 197.
95. C'est la position américaine. Voir *U.S. c. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. (1940), p. 150: « [. . .] la poussée de la règle touche plus que le pouvoir du monopole. Toute coalition qui fausse les structures des prix est engagée dans une activité illégale ».
96. 1942 S.R.C. 147.
97. Voir les décisions du juge de première instance, reportées à 1940 4 D.L.R. 293, confirmées en appel.
98. *Supra*, n. 96, p. 150.
99. *Idem*, p. 156.
100. *Idem*, p. 157.
101. Dans *Howard Smith Paper Mills Ltd. c. R. (Fine Papers)*, 1957 S.R.C. 403, le juge Cartwright a simplement noté la décision des tribunaux de première instance qui voulait que le « but et l'effet » de l'entente avaient été d'éliminer la concurrence. Pour une discussion sur la confusion entourant l'élément de l'intention dans les cas de cette période, voir R. Gosse, *The Law on Competition in Canada*, 1962, p. 101–104.
102. *Stinson-Reeb Builders' Supply c. The King*, 1929 S.R.C. 276; *Container Materials*, *supra*, n. 96; *Howard Smith*, *supra*, n. 101.
103. Par exemple, dans *Stinson-Reeb*, *supra*, n. 102, la cour a déclaré à la p. 280 : « Qu'un monopole du commerce, à Montréal, dans les produits en gypse fut acquis par l'association des plâtriers, ne semble pas douteux. » Dans *Container Materials*, *supra*, n. 96, le juge en chef Duff a déclaré (à la p. 152) que : « La majorité de la Cour d'appel a décidé avec raison, je crois, que le but des parties à la présente entente était d'acquérir le contrôle efficace du marché au Canada; on peut ajouter qu'en cela, elles remportèrent un immense succès. »
104. *Howard Smith*, *supra*, n. 101, p. 426.
105. (1960) 126 C.C.C. 133 (Ont. H.C.); 33 C.R. 1.
106. *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, 1952 S.R.C., c. 314, art. 2a (vi) (abrogé par 1960 S.C., c. 45).
107. 33 C.R. 1, p. 27.
108. (1960) 131 C.C.C. 201.
109. (1905) 9 O.L.R. 656.
110. *Idem*, p. 662.
111. *Ibid.*
112. Voir par exemple *R. c. Northern Electric*, (1955) 3 D.L.R. 449; *R. c. Electrical Contractors Association of Ontario*, [1961] O.R. 265; *R. c. Beamish*, (1968) 2 C.C.C. 5 (par le juge Laskin).
113. Cette section se concentrera sur *Aetna Insurance Co. c. The Queen*, (1978) 1 S.R.C. 731; *Atlantic Sugar Refineries Co. Ltd. et al. c. Canada*, (1980) 2 S.R.C. 644; *R. c. K.C. Irving Ltd.*, (1981) 1 S.R.C. 408. Un quatrième cas, *Canada et al. c. The Law Society of B.C.*; *Donald Jabour c. The Law Society of B.C.*, (1982) 2 S.R.C. 307, ne sera pas discuté.
114. Pour des exemples de ce type d'argument, voir Roberts, *supra*, n. 13; Stanbury et Resenthaler, « Oligopoly and Conscious Parallelism: Theory, Policy and the Canadian Cases », (1977) 15 *Osgoode Hall Law Journal* 617; Cairns, « Monopoly, Detri-

- ment to the Public and the K.C. Irving Case », (1980–1981) 30 *University of New Brunswick Law Journal* 167.
115. Voir « An Act to Amend the Combines Investigation Act and the Bank Act and other Acts in consequence thereof ». Projet de loi C–29.
 116. Des accusations furent portées en vertu de l'article 32(1)c de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, alléguant que Aetna Insurance Company et 72 autres compagnies avaient convenu « d'empêcher ou de diminuer indûment la concurrence dans les prix de l'assurance-incendie sur la propriété dans la province de la Nouvelle-Écosse ».
 117. (1975) 19 C.C.C. (2d) 449.
 118. *Idem*, p. 506.
 119. (1976) 22 C.C.C. (2d) 513.
 120. Voir, *supra*, n. 117, p. 471 et 472.
 121. (1978) 1 S.R.C. 731, p. 751.
 122. *Ibid.*
 123. (1980) 2 S.R.C. 644, p. 659. Le passage cité fut en réalité tiré du jugement de première instance dans *Aetna*, bien qu'il ait été expressément approuvé par le juge Ritchie à la Cour suprême.
 124. *Idem*, p. 660.
 125. Voir, par exemple, Cairns, « Aetna Insurance, Eastern Suger and 'Unduly' in the Combines Investigation Act: Still More Confusion », (1980–1981) 5 *Canadian Business Law Journal* 231–233.
 126. *Supra*, n. 117, p. 506.
 127. L'anomalie est que le juge Hart avait conclu antérieurement dans son jugement qu'il n'était pas nécessaire pour la Couronne de démontrer l'existence d'un monopole, tandis qu'ici, il semble exiger de la part de l'accusé une intention de créer un monopole virtuel. Voir *idem*, p. 504–506.
 128. Ce fut l'un des arguments centraux dans la jurisprudence de Ronald Dworkin, qui a soutenu que les évaluations fondées sur les conséquences dans le domaine du bien de la communauté dans son ensemble ne relèvent pas de la compétence des juges. Voir Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, p. 80–82.
 129. Voir l'analyse du pouvoir du commerce, *infra*, dans la troisième section de ce document.
 130. Article 23(2) du projet de loi C–29 « An Act to Amend the Combines Investigation Act and the Bank Act and other Acts in consequence thereof ». *supra*, n. 11, proposait de traiter de ce problème en modifiant l'article 32. La modification aurait prescrit que les parties eurent l'intention de faire partie de la conspiration, mais qu'ils n'eurent pas l'intention que la conspiration ait un effet énuméré à l'article 32. La modification n'en reste pas moins ambiguë. Le langage dans les cas s'est rapporté à l'« objet de la conspiration » comme étant important. La modification proposée n'éclaire pas la question de savoir si une considération de l'« objet » est maintenant non pertinente, la seule question étant les « effets ». En outre, si les « effets » furent indésirables ou non voulus, la modification n'empêche pas de soulever ce point comme une défense à une accusation portée en vertu de l'article 32.
 131. *Supra*, n. 117, p. 504.
 132. Voir discussion, *supra*, n. 112 et 113 et le texte qui les accompagne.
 133. Ce fut l'approche adoptée à la Cour d'appel, qui avait annulé l'acquittement.
 134. *Supra*, n. 121, p. 750.
 135. Mitchell, « Natural Price Fixing and Anti-Combines Law: Atlantic Sugar Refineries Co. v. The Attorney General of Canada », (1981) 19 *Western Ontario Law Review* 303–305.
 136. Galbraith, *supra*, n. 19, p. 194.
 137. Voir article 32 (1.1), édicté par 1974–1975 S.C., c. 76, art. 14s). Cet article ne s'applique pas dans *Atlantic Sugar*, étant donné que les accusations furent portées avant la modification.

138. Voir discussion, *supra*, n. 130.
139. Article 32(1) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, 1952 S.R.C., c. 314, décréta que c'était un délit que de participer à la formation ou à l'opération d'une coalition. Une « coalition » fut définie dans l'article 2a) comme désignant, entre autres, une fusion, un trust ou un monopole qui a opéré ou qui est susceptible d'opérer au détriment ou à l'encontre des intérêts du public. Les termes « fusion, trust ou monopole » ne furent pas distingués.
140. L'article 33 de la loi d'après 1960 décréta qu'il y avait délit en cas de participation à une fusion ou à un monopole. « Fusion » et « monopole » furent définis séparément dans l'article 2 comme suit :
- « fusion » signifie l'acquisition par une ou plusieurs personnes, que ce soit par l'achat ou la location d'actions ou de biens ou autrement, de tout contrôle sur l'ensemble ou une partie de l'entreprise d'un concurrent, fournisseur, client ou de toute autre personne, ou de tout intérêt dans l'ensemble ou dans une partie de ladite entreprise par laquelle la concurrence
- (a) dans un commerce ou une industrie
 (b) entre les sources d'approvisionnement d'un commerce ou d'une industrie
 (c) entre les points de vente d'un commerce ou d'une industrie, ou
 (d) autrement que dans les paragraphes (a), (b) et (c), est ou est susceptible d'être diminuée au détriment ou à l'encontre de l'intérêt du public, qu'il s'agisse des consommateurs, des producteurs, ou d'autres personnes; [. . .] « monopole » signifie une situation dans laquelle une ou plusieurs personnes soit d'une façon importante, soit complètement, contrôlent partout au Canada ou dans toute région dudit pays la classe ou l'espèce d'entreprise dans laquelle elles sont engagées et qu'elles ont exploité ladite entreprise ou qu'elles sont susceptibles de l'exploiter au détriment ou à l'encontre de l'intérêt du public, qu'il s'agisse de consommateurs, de producteurs ou d'autres personnes, mais une situation ne doit pas être considérée comme un monopole au sens de la présente définition uniquement à cause de l'exercice de tout droit ou de toute jouissance d'un intérêt découlant de la *Loi sur les brevets*, ou de toute autre loi du Parlement du Canada.
- On peut voir que la différence-clef est que la disposition relative à la fusion prescrivait que la « concurrence » soit diminuée au détriment du public, tandis que la disposition relative au monopole prescrivait que l'entreprise « soit exploitée » au détriment du public. Le but apparent de la modification était de faciliter l'obtention d'une condamnation pour une fusion illégale. Voir Skeoch, « Merger Issues in Canada », (1971) 16 *Antitrust Bulletin* 133.
141. (1974) 7 N.B.R. (2d) 360.
142. (1975) 11 N.B.R. (2d) 181.
143. (1978) 1 S.R.C. 408, p. 426.
144. (1960) 126 C.C.C. 133; 1960 O.R. 601 (H.C.J.).
145. Deux cas de fusion plus anciens, *R. c. Canadian Import Co.*, (1933) 61 C.C.C. 114 (Que. K.) et *R. c. Staples*, (1940) 74 C.C.C. 178 (B.C.S.C.), avaient été tranchés en faisant valoir d'autres motifs.
146. Par le juge Duff dans *Weidman c. Shragge*, (1912) 46 S.R.C. 1, p. 36.
147. (1960) 126 C.C.C. 133, p. 158.
148. *Supra*, n. 143, p. 415. Bien qu'il ait techniquement laissé le point ouvert, le juge en chef déclara qu'il aurait trouvé cela incongru si une fusion ou un monopole prohibé n'avaient pas inclu les journaux en ce qui concerne leur direction éditoriale.
149. Black J. dans *Associated Press c. U.S.* 326 U.S. 1 (1944), p. 20.
150. Voir, par exemple, Roberts, *supra*, n. 13; Cairns, *supra*, n. 114.
151. Par le juge Learned Hand dans *U.S. c. Associated Press* 52 F. Supp. 362 (1943) (Cour de circuit), p. 372.
152. *The Uncertain Mirror: Report of the Special Senate Committee on Mass Media*, vol. 1, 1970, p. 87.
153. *Ibid.*
154. Bork, *supra*, n. 30, p. 53 (décrivant la jurisprudence américaine).

155. Ce fut l'intention claire du projet de loi C-29, qui a déclaré la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* comme étant « une loi pour prévoir la réglementation générale du commerce relativement aux coalitions, aux fusions et aux pratiques commerciales affectant la concurrence ». Ce projet de loi aurait abrogé les présents articles du droit pénal traitant des fusions et des monopoles et les aurait remplacés par des dispositions du droit civil. Ces questions auraient continué de relever de la juridiction de système judiciaire régulier. En outre, certaines dispositions actuellement jugées par la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, telles que le refus de traiter et les ventes exclusives, auraient été transférées aux cours régulières.
156. *Baker c. Carr* 369 U.S. 186, (1962), p. 289 (Frankfurter J., s'opposant, alléguant qu'il n'y avait pas de normes légales acceptées pour guider l'incursion de la Cour suprême américaine dans la nouvelle attribution législative).
157. Les contributions les plus importantes incluent : Conseil économique du Canada, *Interim Report on Competition Policy*, 1969; Skeoch et McDonald, *Dynamic Change and Accountability in a Canadian Market Economy*, 1976; Prichard *et al.*, *supra*, n. 12.
158. Conseil économique, *supra*, n. 157, p. 9.
159. Cela est communément désigné sous le nom de « efficacité de répartition ». Pour une discussion, voir Kornhauser, « A guide to the Perplexed Claims of Efficiency in the Law », (1980) 8 *Hofstra Law Review* 591, 592–595.
160. Cela est communément connu sous le nom de « efficacité technique » ou « productive ». *Ibid.*
161. Moore, *How Much Price Competition?*, 1970, p. 127.
162. Skeoch et McDonald, *supra*, n. 157, p. 47–126.
163. *Idem*, p. 89. Cette étape finale de l'analyse est dirigée vers des changements tels que les réductions dans les tarifs ou le dessaisissement d'une partie de la firme fusionnée.
164. Les auteurs ont déclaré que la politique efficace dans ce domaine « dépend de façon critique de l'existence d'une autorité pour la prise de décision capable d'examiner avec discernement et impartialité, cas par cas, les questions de fait et la solution complexes qui nécessiteront souvent l'analyse et la prescription ». Ils ont affirmé qu'un « Conseil national des marchés » proposé devrait avoir la juridiction sur des questions centrales telles que les fusions, les abus de position dominante et la distinction préjudicieuse dans les prix. *Idem*, p. 279–315.
165. Voir *supra*, n. 11, « An act to Amend the Combines Investigation Act and the Bank Act and other Acts in consequence thereof », art. 22.
166. Voir, par exemple, Conseil économique, *supra*, n. 157; Bork, *supra*, n. 30.
167. Bork, *supra*, n. 30, p. 117.
168. Pour une discussion générale sur la désirabilité d'une règle essentielle contre les contrats de fixation des prix, voir Scherer, *supra*, n. 18, p. 509–513.
169. Pour des discussions générales sur cette question, voir Trebilcock *et al.*, *Federalism and the Canadian Economic Union*, 1983; Safarian, *Ten Markets or One? Regional Barriers to Economic Activity in Canada*, 1980.
170. Chrétien, Jean, *Securing the Canadian Economic Union in the Constitution: Discussion Paper Published by the Government of Canada*, 1980.
171. Voir Prichard, « Securing the Canadian Economic Union: Federalism and Internal Barriers to Trade » dans Trebilcock *et al.*, *supra*, n. 169, p. 8–12.
172. Cette section se concentrera en particulier sur ce qui suit : *Re Agricultural Products Marketing Act*, (1978) 2 S.R.C. 1198; *Labatt Breweries of Canada Ltd. c. A.-G. Canada*, (1980) 1 S.R.C. 914; *CN Transportation Ltd. and CN Railway c. A.-G. Canada*, (1983) 49 N.R. 241, R. c. *Wetmore et al.*, (1983) 49 N.R. 286.
173. Lederman, « Classification of Laws and the BNA Act » dans *Continuing Constitutional Dilemmas*, 1981, p. 241.
174. Voir Prichard, *supra*, n. 171; Simeon, « Criteria for Choice in Federal Systems », (1983) 8 *Queen's Law Journal* 131.
175. Voir Simeon, *supra*, n. 174.

176. Black, *Divided Loyalties: Canadian Concepts of Federalism*, 1975, p. 16. L'argument qui suit découle de Monahan, « At Doctrine's Twilight: The Structure of Canadian Federalism », (1984) 34 *University of Toronto Law Journal* 47.
177. On a prétendu que ce sentiment a été le fondement des récentes initiatives fédérales dans les domaines de l'énergie et des relations fiscales intergouvernementales. Voir Doern, « Spending Priorities: The Liberal View » dans Doern, *How Ottawa Spends Your Tax Dollars; Federal Priorities 1981*, 1981, p. 1 et 9; Whitaker, « Democracy and the Canadian Constitution » dans Banting et Simeon, *And No One Cheered: Federalism, Democracy and the Constitution Act*, 1983, p. 240.
178. Banting et Simeon, « Federalism, Democracy and the Constitution » dans Banting et Simeon *And No One Cheered: Federalism, Democracy and the Constitution Act*, 1983, p. 15.
179. Pour une analyse dans la même ligne de pensée, voir Stevenson, *Unfulfilled Union: Canadian Federalism and National Unity*, 1979, p. 50–78.
180. Voir Simeon, « Intergovernmental Relations and the Challenges to Canadian Federalism », (1980) 23 *Administration publique du Canada* 14–27. Le même contraste entre les conceptions « nationale » et « provinciale » de la communauté canadienne est établi par Cairns dans « The Governments and Societies of Canadian Federalism », (1977) 10 *Revue canadienne de science politique* 695–722 : « Les perspectives nationale et provinciale, bien qu'elles embrassent fréquemment les mêmes intérêts, tiennent inévitablement compte d'une variété de considérations différentes. Une perspective nationale fondée sur l'autorité fédérale concédée par l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, et particulièrement sensible aux relations existantes entre le gouvernement fédéral et la société canadienne produites par le passé et les politiques fédérales constantes, confronte la perspective provinciale, restreinte sur le plan géographique, fondée sur une attribution différente de l'autorité constitutionnelle, et sensible aux relations courantes entre le gouvernement provincial et la société provinciale. »
181. Voir Cook, *Provincial Autonomy, Minority Rights and the Compact Theory 1867–1921*, 1969.
182. Dans ce cas, « propriété » est définie selon Blackstone, comme un droit absolu sur une chose. Pour une discussion sur le déclin de la conception physicaliste et absolutiste de Blackstone sur la propriété dans le droit privé, voir Vandevelde, « The New Property of the Nineteenth Century: The Development of the Modern Concept of Property », (1980) 29 *Buffalo Law Review* 325.
183. Simeon, *supra*, n. 174. Le contraste entre ces conceptions concurrentes de la communauté peut être accentué grâce à un examen de l'acrimonie qui entoure le récent processus de la modification constitutionnelle. Ainsi qu'on le sait, avant l'entente constitutionnelle de novembre 1981, les différents niveaux de gouvernement fédéral, l'Ontario et le Nouveau-Brunswick ont présenté ou appuyé des propositions qui reflétaient la vision pancanadienne de la communauté. Une charte des droits universelle, une procédure de modification qui comportait le recours au référendum populaire, et l'affirmation même de l'unilatéralisme renfermaient tous cet idéal nationaliste. Les huit autres provinces, appelées « la bande des huit », ont adhéré à un accord constitutionnel qui était essentiellement une formule modificatrice de protection des provinces. Selon les mots de Cairns, « L'accord constitutionnel provincial [...] a inévitablement reflété une vision provincialiste du Canada ». L'entente de novembre 1981 n'a pas transcendé ou réconcilié ces visions opposées; simplement, elle « les enchâsse dans la Constitution et fournit de nouvelles arènes dans lesquelles se dérouleront les combats de l'avenir. » (Cairns, « The Politics of Constitutional Conservatism » dans Banting et Simeon, *And No One Cheered: Federalism, Democracy and the Constitution Act*, 1983, 40, 43.
184. Mill, *Utilitarianism, Liberty and Representative Government*, 1910, p. 361.
185. L'exposition classique de ce point de vue se trouve dans Acton, « Nationality », *Essays on Freedom and Power*, Acton, 1957. Un protagoniste canadien contemporain de ce point de vue est Trudeau, *Federalism and the French Canadians*, 1968. Pour une discussion générale, voir Smiley, *Canada in Question: Federalism in the Eighties*, 1980, p. 284–303.

186. J'ai présenté cet argument plus en détail ailleurs. Voir *supra*, n. 176.
187. Le point de vue classique fut exprimé de façon succincte par Mundell dans « Tests for the Validity of Legislation under the BNA Act », (1954) 32 *Revue du Barreau canadien* 813–840.
- Si l'analyse que j'ai proposée sur la matière des « questions » est acceptée, il semble que les vues politiques des juges appelés à décider une question inconstitutionnelle ou à exposer leur point de vue sur la sagesse ou la stupidité de toute partie de législation soumise à leur attention, sont tout à fait non pertinentes. Quant à l'aspect objectif d'une « affaire », c'est simplement une question de fait. Est-ce que les relations entre les individus réglées par la législation relèvent du domaine décrit par l'« affaire »? Là encore, le motif qui a incité le Parlement doit aussi être établi comme un fait. Est-ce que le motif qui a incité le Parlement à édicter la législation découle de la chose, de l'activité ou du concept décrit dans l'affaire, ou est-ce qu'il leur est relié? En ce qui concerne ces deux tests, le plan ou les vues sociales en vertu desquels le Parlement a édicté la législation ne sont pas pertinents.
188. Aucune des critiques jamais exposées n'argumente sous la forme précise présentée dans le texte. La discussion qui suit représente plutôt une distillation des divers arguments contenus dans les publications. Parmi les sources de base se trouvent : Macdonald, « Judicial Interpretation of the Canadian Constitution », (1935–1936) 1 *University of Toronto Law Journal* 260; Laskin, « Peace, Order and Good Government Re-examined », (1947) 25 *Revue du Barreau canadien* 1054; Scott, « Centralization and Decentralization in Canadian Federalism », (1951) 29 *Revue du Barreau canadien*, 1095; Tuck, « Canada and the Judicial Committee of the Privy Council », (1941–1942) 4 *University of Toronto Law Journal* 33.
189. Cairns, « The Judicial Committee and Its Critics », (1971) 4 *Revue canadienne de science politique* 301–327.
190. L'argument est que la juridiction pour une politique donnée devrait coïncider avec le groupe de personnes auquel elle est destinée. Il est difficile d'intérioriser les actions du gouvernement dans une province. À cause des « débordements », la responsabilité devrait être centralisée. Voir Simeon, *supra*, n. 174; Prichard, *supra*, n. 171.
191. Siméon, *supra*, n. 180, p. 20. Pour des variations sur ce thème, voir Cairns, *supra*, n. 180; Stevenson, *supra*, n. 179.
192. Voir *Macdonald c. Vapour Canada*, (1977) 2 S.R.C. 134; *Re Agricultural Products Marketing Act*, (1978) 2 S.R.C. 1198.
193. L'exemple le plus évident est la doctrine de l'« aspect » qui, si on la pousse à son extrême logique, appuyerait la concurrence de juridiction fédérale et provinciale dans tous les domaines de la vie sociale. Cet argument est exposé dans Monahan, *supra*, n. 176.
194. 1936 S.R.C. 398.
195. *Idem*, p. 410. Le cas *Parsons* demeure la déclaration d'où jaillit le principe dans le domaine du commerce. Voir *Citizens' Insurance Company c. Parsons*, (1881–1882) 7 C.A. 96, p. 112 et 113.
196. *Supra*, n. 194.
197. Voir le cas *Board of Commerce*, (1920) 60 S.R.C. 456. On dit que le cas *Parsons* a créé deux divisions au pouvoir du commerce fédéral : la première, l'autorité sur le commerce interprovincial et d'exportation, la seconde, l'autorité sur la « réglementation générale du commerce affectant l'ensemble du Dominion ». La première division établit un test catégorique, la deuxième, un test d'évaluation.
198. *Hodge c. The Queen* (1883–1884) 9 C.A. 117, p. 130.
199. Laskin, *supra*, n. 188.
200. Par Lord Haldane dans *Insurance Reference*, (1916) 1 C.A. 588, p. 596.
201. Voir les sources citées, *supra*, n. 188.
202. 1957 S.R.C. 198.
203. *Carnation Company Limited c. The Quebec Agricultural Marketing Board*, 1968 S.R.C. 238.

204. *Idem*, p. 254.
205. Pour un autre exemple, voir *Caloil Inc. c. A.-G. Canada*, 1971 S.R.C. 543.
206. 1977 2 S.R.C. 134.
207. 1970 S.R.C., c. T-10. L'article en litige était l'article 7e), qui créa un droit d'action civil pour ceux qui ont subi des préjudices par suite de la concurrence déloyale.
208. *Supra*, n. 206, p. 165. Dans *Anti-Inflation Reference*, (1976) 2 S.R.C. 373, le juge en chef Laskin a indiqué qu'il aurait pu être consentant à faire observer la loi en vertu du pouvoir du commerce. Néanmoins, la majorité de la cour ne mentionna pas le commerce, et il ne semble pas que le conseil fédéral ait insisté sur l'argument. Voir Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 1977, p. 275.
209. (1978) 2 S.R.C. 1198.
210. *A.-G. Manitoba c. Man. Egg and Poultry Assn*, 1971 S.R.C. 689.
211. Corry, *Difficulties of Divided Jurisdiction*, étude pour la Commission royale Rowell-Sirois sur les relations entre les provinces et le Dominion, 1939 (cité par le juge en chef Laskin, (1978) 2 S.R.C. 1263).
212. *Supra*, n. 209, p. 1296.
213. (1895) 156 U.S. 1.
214. *Mandeville Island Farms Inc. c. American Crystal Sugar Co.*, (1948) 334 U.S. 219, p. 233.
215. *Idem*, p. 229.
216. *Central Canada Potash Co. Limited c. The Government of Saskatchewan*, (1979) 1 S.R.C. 42. Une série d'échanges avec Peter Hogg a beaucoup contribué à l'élaboration de la discussion qui suit.
217. *Idem*, p. 75.
218. *Supra*, n. 209, 1217.
219. (1980) 1 S.R.C. 914.
220. 1970 S.R.C., c. F-27.
221. 1925 S.R.C. 434.
222. *Supra*, n. 219, p. 937.
223. *Idem*, p. 940.
224. *John Deers Plow Co. c. Wharton*, 1915 C.A. 330.
225. *Supra*, n. 218, p. 939 et 943.
226. Voir McQueen, « Commentary », (1980-1981) 5 *Canadian Business Law Journal* 225-227.
227. Voir *Idem*, p. 227.
228. Pour une discussion sur l'évolution historique de l'industrie en Ontario, voir le jugement du juge en chef McRuer dans *R.V. Canadian Breweries*, 1960 O.R. 601 (H.C.J.).
229. (1930) 1 S.R.C. 844.
230. *Loi sur les normes des produits agricoles du Canada*, 1970 S.R.C., c. A-8, partie I.
231. On a supposé aux fins de l'appel que la poursuite se rapportait à une transaction entièrement intraprovinciale.
232. *Ontario c. for Canada*, 1937 C.A. 406.
233. « Il pourrait difficilement y avoir une forme plus appropriée de l'exercice du pouvoir [du commerce] que la création et la réglementation d'une loi uniforme sur les marques de commerce. » *Idem*, p. 417. Il y avait à l'époque un code national bien établi pour les marques de commerce, la *Trade Marks and Design Act*, 1927 S.R.C., c. 201.
234. (1978) 79 D.L.R. (3d), p. 627.
235. *Idem*, p. 630.
236. *Idem*, p. 632.
237. 1970 R.S.O., c. 161.
238. *Supra*, n. 228, p. 859.

239. Estey, J. a cité la litanie bien connue des cas tels que *A.-G. British Columbia c. A.-G. Canada*, 1937 C.A. 377; *Reference Re Farm Products Marketing Act*, 1957 S.R.C. 198.
240. Le professeur Macpherson critique le jugement selon ces motifs. À son point de vue, « la loi provinciale était une diversion qui n'aurait pas dû influencer la caractérisation de la loi fédérale ». Voir « Developments in Constitutional Law: The 1979-80 Term », (1981) 2 *Supreme Court Law Review* 60 et 61. La difficulté avec cette objection est qu'il n'est pas évident que la loi provinciale fut une diversion; cela dépendrait de l'histoire législative des lois.
241. (1983) 49 N.R. 241 (S.C.C.).
242. (1983) 49 N.R. 286 (S.C.C.). Pour une discussion des cas et de leurs répercussions sur la politique de concurrence, voir Finkelstein, « Comment », (1984) 62 *Revue du Barreau canadien* 182.
243. Pour une discussion des répercussions de la première jurisprudence dans les cas, voir Petter, « Comment », (1984) 62 *Revue du Barreau canadien*.
244. *Supra*, n. 241, p. 289.
245. *Idem*, p. 292.
246. *Supra*, n. 240, p. 273.
247. *Idem*, p. 276 et 277.
248. On inclut dans ces critères la présence d'un plan de réglementation, le fait que les provinces seraient incapables d'adapter la loi et la preuve de l'échec dans l'inclusion d'une ou de plusieurs provinces compromettraient le succès de l'opération dans les autres parties du pays. *Idem*, p. 277.
249. *Idem*, p. 276 (citant le juge Estey dans *Labatt's*).
250. *Idem*, p. 292.
251. Voir Macpherson, *supra*, n. 1.
252. Voir Russell, « The Effect of Judicial Decisions on Federal-Provincial Relations » (document présenté à l'assemblée annuelle des Canadian Law Teachers, mai 1984).
253. *A.-G. Man. et al. c. A.-G. Canada et al.*, 1981, 1 S.R.C. 753.
254. Pour une discussion, voir *supra*, n. 251, p. 10.
255. Pour une discussion perspicace et importante de ces thèmes, voir Gordon, « Critical Legal Histories », (1984) 36 *Stanford Law Review* 57.
256. Russell, *supra*, n. 251.
257. Voir, par exemple, Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977.
258. Pour une collection récente d'écrits sur le sujet, voir Cohen, *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, 1983.
259. Pour une analyse critique des demandes normatives de Dworkin, voir Monahan, « Mistaking Moral Growth: The Constitutional Mythology of Michael Perry », (1984) 9 *Queen's Law Journal* 293; Hutchinson et Monahan, « The Rights Stuff: Roberto Unger and Beyond », (1984) 62 *Texas Law Review* 1477.
260. Voir Hutchinson et Monahan, *supra*, n. 258.



La Cour suprême du Canada, dernier arbitre des conflits d'ordre politique

GUY TREMBLAY

Introduction

En un sens, toutes les décisions que rend la Cour suprême du Canada ont une portée politique parce que le droit constitue un instrument privilégié de l'exercice du pouvoir dans notre société. Cependant, le programme de recherche de la Commission sur l'avenir du Canada s'est attaché à distinguer les conflits d'ordre économique, les conflits d'ordre social et les conflits d'ordre politique. La présente étude se concentre donc sur la politique au sens plus restreint et sur les décisions qui concernent directement les institutions gouvernementales et législatives.

Une bonne part des causes pertinentes relèvent du droit constitutionnel, mais le découpage de la matière et le choix des décisions sur lesquelles nous nous sommes fondé n'ont pas été faits dans le but de suivre les catégories juridiques traditionnelles. Nous avons plutôt retenu toutes les causes qui aidaient à dégager la conception de l'entité politique canadienne que s'est faite la Cour suprême et les valeurs qu'elle a véhiculées à cet égard.

Or, certains facteurs inhérents au processus judiciaire donnent à la pensée de la Cour suprême un caractère ponctuel et fragmentaire par rapport à l'ensemble politique. Premièrement, la Cour n'a pas le loisir de se prononcer sur tous les types de conflits d'ordre politique, mais seulement sur ceux qui lui sont soumis par voie d'appel dans les actions en justice ou par questions dans des renvois; il existe des réalités juridiques qui ont une place déterminante dans la dynamique politique canadienne sans faire partie du droit jurisprudentiel, comme par exemple le pouvoir fédéral de dépenser dans des secteurs de juridiction provinciale. Deuxièmement, lorsqu'elle intervient, la Cour ne se pro-

nonce normalement que dans la mesure nécessaire pour disposer de l'action en justice ou répondre à la question soumise. Troisièmement, même si les subtilités et l'ingéniosité judiciaires rendent mouvante la distinction entre *ratio decidendi* et *obiter dictum*, la tradition de la *common law* ne permet de retenir comme opinion ferme de la Cour que l'articulation essentielle de la décision; et dans le cas de la Cour suprême, la portée de cette articulation s'étrécit là où les juges formant une majorité opinent dans le même sens pour des raisons différentes. Enfin, quatrièmement, la Cour règle souvent des conflits d'ordre politique sans discuter des valeurs en cause, en s'en tenant à des considérations légalistes.

L'apport de la Cour suprême à la vie politique canadienne résulte ainsi d'une série d'interventions parcellaires qui sont claires mais dont la conjugaison, aux yeux d'observateurs différents, peut prendre des colorations variées. Celui qui cherche à qualifier l'oeuvre de la Cour ajoute donc à la réalité juridique une perception personnelle. Et la part de subjectivité croît dans la mesure où il tente de relier la performance de la Cour aux facteurs sociaux et politiques qui pourraient lui donner une signification plus large.

Telles sont les principales limites de l'entreprise auxquelles tout chercheur ne pourrait échapper. La portée de notre étude est également conditionnée par la problématique et la méthodologie qui ont été choisies : nous allons les exposer maintenant avec le plus de clarté possible.

Nous avons recherché, dans l'oeuvre politique de la Cour suprême depuis 1945, les tendances les plus prononcées et fondamentales; nous avons tenté de dépasser les courants minoritaires et les ressacs passagers pour faire ressortir les directions cruciales de la période, étudiée globalement. En exposant dans le corps de ce travail les raisons qui nous ont fait retenir certaines tendances, nous avons été amené à traiter de plusieurs causes portant sur des secteurs fort particuliers du droit. Mais ces développements n'ont pas pour objectif de rendre compte de l'état du droit; les publications qui traitent de cette dimension sont d'ailleurs innombrables.

Du point de vue méthodologique, nous avons procédé à partir des sources premières, et nous avons considéré toutes les décisions que la Cour suprême a rendues de 1945 à l'été de 1984. Seule la façon de les traiter varie, selon qu'il s'agit d'affaires antérieures ou postérieures à 1981, pour les raisons suivantes.

Étant donné que la problématique ne vise pas à relater l'état du droit, il a fallu trouver une façon de placer l'actualité judiciaire en perspective. Au surplus, la prise en considération des contextes socio-politiques était recommandée, mais elle transcende largement l'étude des décisions mêmes sur lesquelles nous avons travaillé. C'est pourquoi les développements qui suivent sont rédigés selon un pattern particulier. Pour

chacune des tendances dégagées, nous exposerons d'abord nos raisons à partir des opinions que la Cour suprême a émises dans des conflits d'ordre politique de 1945 à 1980; puis, dans chaque cas, nous ferons une « évaluation » plus personnelle qui tiendra compte des décisions rendues depuis 1981 et qui cherchera à déboucher sur des conclusions extra-juridiques, sur une appréciation du rôle politique de la Cour suprême, voire même du rôle du droit dans la solution des conflits d'ordre politique.

Ce procédé nous permettra de dégager des tendances fondamentales dans une perspective qui n'est pas faussée au détriment des causes plus anciennes et de mieux déceler les changements de cap dans la jurisprudence récente. Nous pourrions ainsi donner au travail une certaine homogénéité : avec l'opération du rapatriement de la Constitution puis l'édiction de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le rôle « politique » de la Cour suprême s'est exercé dans un contexte tellement nouveau et est maintenant transformé de façon si radicale qu'une charnière s'impose d'elle-même à partir de 1981.

En commençant l'étude en 1945, on voit la Cour suprême rendre ses dernières décisions susceptibles d'appel au Conseil privé puis oeuvrer, pour les affaires instituées à compter de 1949, à titre de tribunal ultime pour le Canada. Dans ses décisions à connotation politique, la Cour suprême a suivi à notre avis trois tendances lourdes : elle a fait preuve de continuité dans la conception fondamentale du régime canadien; elle a maintenu un équilibre entre les pouvoirs fédéraux et les pouvoirs provinciaux; et elle a cherché à favoriser la coopération fédérale-provinciale.

La continuité dans la conception fondamentale du régime canadien

La conception que le Conseil privé s'est faite de notre régime politique et l'interprétation qu'il a donnée de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867 ont provoqué une polémique célèbre¹. Le tribunal impérial s'est surtout fait reprocher d'avoir dénaturé le système politique qui avait été conçu par les Pères de la Confédération et qui impliquait un fédéralisme où le gouvernement central avait un statut et un rôle prédominants. Le Conseil privé aurait été exagérément préoccupé par l'autonomie provinciale et aurait étendu les pouvoirs des provinces tout en réduisant ceux du fédéral, particulièrement son pouvoir général de légiférer « pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada ».

Pourtant, la Cour suprême, au cours de la période qui nous occupe, et même après être devenue le dernier arbitre des conflits d'ordre politique au Canada, n'a pas remis en question les principes fondamentaux que le Conseil privé avait dégagés. Elle a réitéré que les pouvoirs législatifs provinciaux sont de la même nature que ceux du Parlement de Londres², que le fédéral et les provinces sont souverains dans leurs domaines

respectifs et que le but de la Loi de 1867 n'était pas de fondre les provinces en une seule ni de les subordonner au gouvernement central³. Sur un plan plus concret, la vaste majorité des conflits soumis à la Cour suprême depuis 1945 ont continué de résulter de la nature fédérative du régime canadien. Et ce caractère fondamental fut perpétué chaque fois que la Cour a préservé des aires d'exclusivité au profit des provinces. En particulier, elle a voulu, comme le Conseil privé, faire une application contrôlée du pouvoir fédéral de régir la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada⁴. Ainsi, dans l'*Affaire de la margarine*, la Cour rejeta l'argument fondé sur le pouvoir général du fédéral et la plupart des juges majoritaires ont exprimé l'idée que si ce pouvoir n'était pas restreint à des cas exceptionnels ou d'importance vraiment nationale, les domaines provinciaux pourraient être envahis à volonté⁵. Le *Renvoi de la Loi anti-inflation* est encore plus déterminant à cet égard. On sait que par décision majoritaire la *Loi anti-inflation* y fut déclarée valide sur la base du pouvoir général du fédéral, comme étant une loi de temps de crise. Mais une majorité de la Cour (sans que les quatre autres juges se prononcent à cet égard) se rallie en même temps à la partie des motifs du juge Beetz voulant que le volet « dimension ou intérêt national » et le volet « urgence » du pouvoir général du fédéral sont en fait des pouvoirs distincts parce que l'un permet d'agir en permanence et l'autre pas; la Cour rejette comme excessive l'idée de donner au fédéral, en permanence et à l'exclusion des provinces, le droit de régir l'« inflation », qui est un agrégat de matières autrement réparties par la Constitution entre le fédéral et les provinces :

Il n'est pas difficile de voir où mène ce raisonnement: un aspect fondamental de la Constitution, son caractère fédéral, la distribution des pouvoirs entre le Parlement et les législatures provinciales, disparaîtrait rapidement⁶.

Certes, le fédéralisme est une réalité politique suffisamment large pour s'accommoder de conceptions parfois radicalement divergentes. Des tendances centralisatrices comme des tendances provincialistes se retrouvent tant chez le Conseil privé que chez la Cour suprême, à diverses époques de notre histoire⁷. Et il serait illusoire d'attendre leur disparition de la jurisprudence étant donné que le rapport de forces entre ces tendances fait partie depuis toujours de la vie canadienne.

La Cour suprême n'a toutefois jamais répudié le fédéralisme classique hérité du Conseil privé et n'a jamais fait la promotion du fédéralisme centralisateur qu'attendaient les critiques du tribunal impérial⁸. Certes, cette constatation générale, pour avoir tout son sens, doit se répercuter dans la jurisprudence cruciale répartissant les compétences entre les deux ordres de gouvernement. Nous analyserons cette dimension des choses dans la seconde partie de ce travail. Il reste que, dans l'ordre des principes, si la Cour fut plus généreuse envers le pouvoir fédéral, ce n'est pas dû à une perception réformée du fédéralisme sur le plan

interne, mais plutôt à sa conception de la souveraineté canadienne sur le plan international.

On sait que le Canada est devenu à toutes fins utiles un État souverain lors de la Déclaration Balfour de 1926. Cette réalité politique partiellement sanctionnée par le Statut de Westminster de 1931 fut clairement reconnue par la Cour suprême⁹, qui a dû en dégager les implications juridiques dans des contextes parfois inédits.

En ce domaine, la Cour suprême a semblé vouloir dépasser l'organisation fédérative canadienne pour faire du gouvernement d'Ottawa le titulaire de la personnalité juridique internationale et le seul sujet de droits et d'obligations en vertu du droit des nations. Il s'agit là de la portée essentielle de la décision unanime où elle déclara que c'est Ottawa, le « Canada », et non la Colombie-Britannique, qui est propriétaire des ressources naturelles de la mer territoriale et du plateau continental au large de la Colombie-Britannique et qui a le pouvoir exclusif de légiférer à cet égard¹⁰. Évidemment, cette décision est fondée sur le fait que les espaces en cause se situent hors de la Colombie-Britannique et l'on sait qu'en vertu du Statut de Westminster seul le fédéral a acquis cette caractéristique de la souveraineté étatique qu'est le droit de légiférer extra-territorialement. Mais justement, en faisant bénéficier l'extension du territoire et des droits de propriété au Canada et non à la Colombie-Britannique, la Cour a rejeté une application plausible de la célèbre théorie du *Labour Conventions Case*¹¹ voulant que le navire étatique canadien conserve sa structure fédérative lorsqu'il navigue dans les eaux internationales et elle a accrédité l'existence d'un gouvernement « senior » au Canada dont les attributs transcendent les responsabilités strictement fédérales. Au surplus, la Cour a réitéré qu'une législation doit être adoptée pour donner effet à un traité international en droit interne et elle a indiqué à diverses reprises, mais en *obiter dictum*, qu'elle serait prête à reconsidérer la règle du même *Labour Conventions Case* en vertu de laquelle le pouvoir de légiférer à cet égard se partage entre le fédéral et les provinces en fonction de la matière couverte par le traité¹².

C'est dans les rapports entre les ordres de gouvernement sur le plan strictement interne que la Cour a perpétué les valeurs d'unité et de diversité que combine le fédéralisme et qui sous-tendent le modèle d'organisation politique établi en 1867, même si ces valeurs tiennent peu de place dans les motifs explicites de sa jurisprudence. Par contre, l'uniformité législative au Canada, comme valeur indépendante, ne joue pratiquement pas de rôle dans la philosophie politique de la Cour¹³; de toute façon, le fédéral n'est pas obligé de légiférer également pour tout le Canada.

En réalité, sur divers plans, la Cour suprême a contribué à renforcer le principe fédératif au Canada, dans la mesure où ce principe implique qu'un certain nombre de règles du jeu s'imposent aux deux ordres de

gouvernement : elle a appliqué le contrôle de la constitutionnalité aux mesures accessoires dans le but de mettre à exécution une législation invalide¹⁴; en vertu du droit au respect de la Constitution, la Cour a utilisé de façon libérale son pouvoir discrétionnaire de reconnaître aux personnes la qualité ou l'intérêt nécessaire pour contester la validité des lois¹⁵; après une longue période de silence et de réticence, elle a déclaré admissibles les preuves extrinsèques à la Constitution ou à la législation contestée et les a largement utilisées dans la mesure où elle les trouvait pertinentes¹⁶; enfin, elle a jugé invalide la modification unilatérale de l'« accord politique » sur le bilinguisme institutionnel et des caractéristiques négociées en 1867 pour permettre au Sénat d'« assurer la représentation régionale et provinciale dans le système législatif fédéral¹⁷ ». Sur tous ces points, les précédents dans la jurisprudence étaient rares et la Cour a joué un rôle créateur à l'intérieur de paramètres systémiques établis. Dans les affaires d'amendement constitutionnel surtout, l'extrême conservatisme quant aux principes côtoie l'innovation et la souplesse quant à leur application : l'article 133 est déclaré intangible, mais il reçoit une interprétation évolutive de façon à couvrir la langue des règlements et des tribunaux administratifs; le Parlement fédéral ne peut porter atteinte aux caractéristiques du Sénat qui lui permettent de protéger les intérêts régionaux (et on sait que le Sénat n'a jamais vraiment joué un tel rôle), mais il peut apporter d'autres types de changements à la chambre haute.

D'une façon générale, l'attitude de continuité de la Cour suprême durant la période étudiée n'aurait pas pu se manifester si elle n'avait pas correspondu à une adhésion authentique aux valeurs fondamentales véhiculées par la jurisprudence antérieure. Certes, on pourrait aussi attribuer cette attitude à la règle technique du *stare decisis*, dont la raison d'être fut réaffirmée avec force aussitôt après l'abolition des appels au Conseil privé¹⁸. Mais cette réaffirmation était destinée aux tribunaux inférieurs à la Cour suprême, celle-ci se réservant le droit de réexaminer certaines décisions¹⁹. On n'en reste pas moins frappé par la constance avec laquelle la Cour s'est fondée sur les précédents établis par le Conseil privé et par elle-même dans pratiquement toutes les décisions qu'elle a rendues en matière politique depuis 1945²⁰.

Si le conservatisme de la Cour laisse voir son adhésion au type de fédéralisme qui résulte de la jurisprudence antérieure, il a aussi perpétué au Canada le principe britannique de la suprématie législative, dans la mesure où il est compatible avec la Constitution²¹. Or ce principe, la réticence de la Cour à substituer son opinion à celle des autorités politiques²², ainsi qu'une propension à articuler ses décisions sur des bases techniques²³ n'ont pas favorisé l'émergence de nouveaux modes de protection constitutionnelle des droits et libertés au Canada.

De 1945 à 1960, dans la plupart des affaires où des libertés fondamentales étaient en cause, la Cour suprême a rendu une décision qui en

favorisait l'exercice, mais pour des motifs légalistes et sans discussion directe des valeurs sous-jacentes²⁴. Par ce procédé, la Cour a même déclaré invalides des mesures de guerre, en décidant notamment que le gouvernement n'avait pas vraiment jugé nécessaire ou opportun pour la sécurité du pays d'inclure les femmes et les enfants dans les ordres d'expulsion des Japonais²⁵ et qu'il n'avait pas le pouvoir, en vertu d'une loi d'urgence transitoire, de conférer à un office la propriété de denrées et de prévoir la compensation à verser²⁶. Dans deux affaires qui ne mettaient pas en cause les compétences législatives, la Cour a cependant tenu compte ouvertement des libertés fondamentales²⁷. Il n'en reste pas moins qu'elle n'a pas vu une majorité de ses juges adhérer à la théorie qui avait été esquissée dans l'*Affaire de la législation albertaine*²⁸ et en vertu de laquelle l'AANB et son préambule indiquent l'intention de protéger les institutions parlementaires et la liberté de presse et d'expression, voire la liberté de religion : dans *Saumur c. City of Quebec*, il fut bien jugé, par cinq voix contre quatre, qu'un règlement municipal prohibant la distribution de tracts ou autres documents dans les rues sans l'autorisation du chef de police n'empêchait pas les Témoins de Jéhovah d'y distribuer leur documentation, mais seuls trois juges ont réitéré la théorie de la déclaration des droits implicite²⁹; on trouve même trois autres juges qui expliquent que le Canada n'a pas de *Bill of Rights* comme aux États-Unis, que ces libertés ne sont pas hors de la portée de la législation fédérale et provinciale, en fonction du partage des compétences, et qu'en l'occurrence la matière relève de la juridiction des provinces³⁰. De même, dans *Switzman c. Elbling*, où fut déclarée inconstitutionnelle la loi québécoise du « cadenas » visant à contrer le communisme, seuls trois des huit juges majoritaires ont fondé leur décision sur la théorie des droits implicites dans l'AANB³¹. Une approche analogue développée par le juge Rand dans *Winner c. S.M.T. (Eastern) Ltd* et voulant que l'AANB ait établi une citoyenneté canadienne unique qui comporte des droits de base comme celui de demeurer, de travailler et de circuler dans tout le pays n'a pas davantage été partagée par une majorité de juges de la Cour suprême³².

Avec l'édiction de la *Déclaration canadienne des droits* en 1960, le Parlement canadien occupe activement le champ des libertés aux fins fédérales et, à compter de 1968, on verra le gouvernement central chercher à insérer une charte des droits dans la Constitution à rapatrier. Ces développements, combinés à l'apparition progressive de chartes des droits édictées par les provinces dans leurs domaines de compétence, ont favorisé l'introduction d'un langage nouveau dans une jurisprudence qui restait légaliste³³; ils ont aussi contribué à laisser aux pouvoirs politiques la responsabilité première de l'amélioration des droits fondamentaux au Canada et à perpétuer pendant la période qui nous occupe l'attitude réservée de la Cour suprême en ce domaine. D'une part, si la théorie des droits implicites dans la Loi de 1867 continua d'être évoquée

pendant quelque temps par la Cour³⁴, elle fut vite oubliée puis abandonnée définitivement³⁵. D'autre part, la jurisprudence donnant effet à la *Déclaration canadienne des droits* est assez restreinte³⁶ et la Cour suprême a maintenu diverses approches traditionnelles qui font échec à la Déclaration³⁷. En particulier, les espoirs soulevés par *R. c. Drybones*³⁸ se sont pratiquement tous évanouis : les droits protégés sont souvent circonscrits par les règles et les conceptions qui avaient cours avant la *Déclaration*³⁹, au point que celle-ci ne garantit que les droits qui existaient lors de son édicition et ne vise pas à créer de nouveaux droits⁴⁰; une loi générale comme la *Déclaration*, à moins de termes très clairs, ne saurait primer sur une loi particulière ni dépouiller le fédéral de sa juridiction à l'égard des Indiens comme tels⁴¹; en l'absence de normes objectives et facilement applicables, la Cour se déclare fort réticente à substituer son jugement à celui des instances démocratiques⁴² et elle développe le concept d'« objectif fédéral régulier » qui leur laisse une marge de manoeuvre pratiquement incontrôlable⁴³. Par conséquent, le mandat confié aux tribunaux de déclarer inopérantes les lois contraires à la *Déclaration* a indirectement été remis en cause⁴⁴, de telle sorte que la Cour suprême n'a plus trouvé à l'exercer.

Évaluation

Que la Cour suprême ait fait oeuvre de continuité n'a rien d'incompatible à nos yeux avec sa capacité de faire évoluer le droit et celle de s'adapter aux réalités sociales et politiques. L'élément de continuité, voire de conservatisme que nous avons tenté de faire ressortir porte sur la conception fondamentale du régime politique, celui qui opère une combinaison inédite du système américain et du système britannique, qui veut maintenir un fédéralisme authentique (trop ou pas assez centralisé selon les goûts) tout en laissant aux deux ordres de gouvernement une suprématie décisionnelle dans leurs domaines de compétence (au risque que les droits et libertés en subissent les contrecoups). Cet élément, combiné au recours systématique à la jurisprudence du Conseil privé, est tout à fait primordial, compte tenu des attentes et des craintes qui avaient été manifestées lors de l'abolition des appels à Londres. Ceci dit, une certaine évolution s'est faite dans le sens de la reconnaissance d'un gouvernement supérieur habile à représenter à lui seul l'ensemble de l'entité politique canadienne dans sa dimension internationale.

Ces deux pôles nous semblent confirmés par l'attitude de la Cour suprême à l'occasion des renvois sur la constitutionnalité du projet de rapatriement. D'une part, la reconnaissance de la légalité de l'entrepris, malgré le désaccord d'une majorité des provinces, confirmait Ottawa comme unique interlocuteur de Londres. Mais d'autre part, l'exigence, sur le plan des conventions constitutionnelles, d'un degré appréciable de consentement provincial au projet de rapatriement

reposait sur la réaffirmation du fédéralisme classique, à l'encontre d'un pan-canadianisme qui n'a jamais réussi à s'imposer⁴⁵.

Par ailleurs, on sait que durant la première moitié du XX^e siècle le processus judiciaire produisait « *a static and mechanical operation of law* »⁴⁶. Au niveau de la Cour suprême, la situation n'a pas changé brutalement par la suite, mais nous pouvons constater que la Cour s'est quand même rapprochée de la réalité sociale et politique. D'abord, elle a accru sa disponibilité pour solutionner les problèmes politiques concrets en élargissant la qualité ou l'intérêt exigé de ceux qui désirent instituer des contestations constitutionnelles. Aussi, la Cour s'est mise à considérer assez largement des preuves extrinsèques au droit strict, y compris des énoncés de politique et des discours en chambre, insérant de la sorte la solution de problèmes juridiques dans un contexte plus global et plus réaliste.

Certaines interventions que la Cour a faites plus récemment illustrent aussi cette capacité d'adaptation et cette disponibilité. À la demande du procureur général du Québec, elle a accepté de préciser quels sont les organismes dont les règlements sont soumis au bilinguisme : comme cette obligation est une véritable création jurisprudentielle, la décision de la Cour se présente comme une pièce quasi-législative assez unique dans nos annales judiciaires⁴⁷. Dans cette cause d'ailleurs, et dans les trois décisions de 1979 portant sur le bilinguisme institutionnel et les changements au Sénat, la Cour suprême se sert d'un large éventail d'outils, dont l'histoire, les discours politiques et même les conventions constitutionnelles⁴⁸, pour bloquer des modifications unilatérales à la Constitution. La Cour parvint à une espèce de sommet à l'occasion du rapatriement. Peu de juristes auraient pu croire il y a dix ans que la Cour suprême du Canada accepterait de statuer sur l'existence de conventions constitutionnelles. Or elle l'a fait à deux occasions⁴⁹. Et son intervention principale, équivalant à exiger un appui suffisant pour opérer un rapatriement qui affecte les droits des provinces, portait directement sur un processus politique en marche : l'accord subséquent du fédéral et de neuf provinces et la teneur de la *Loi constitutionnelle de 1982* en ont été conditionnés.

Tout porte à croire que la Cour s'est affranchie des processus mentaux largement artificiels qui présidaient à l'exercice de la fonction judiciaire dans la première moitié du siècle. De ce point de vue, la rupture avec l'ère du Conseil privé est consommée. Et il est clair que la Cour est prête à assumer le nouveau rôle qui lui est dévolu par l'enchâssement dans la Constitution de la *Charte canadienne des droits et libertés*. À l'inverse, si le passé est garant de l'avenir, elle perpétuera la conception classique du régime canadien, qui est devenue la sienne propre. Certes, elle devra entamer la suprématie traditionnelle des instances législatives pour donner suite à la constitutionnalisation de droits fondamentaux⁵⁰. Cependant, sur le plan fédératif, la jurisprudence de la Cour jusqu'à l'été

1984 ne permet pas d'entrevoir des bouleversements à court ou à moyen terme des rapports de force politiques au Canada.

L'équilibre entre les pouvoirs fédéraux et les pouvoirs provinciaux

L'adhésion de la Cour suprême au fédéralisme classique ne peut à elle seule expliquer les résultats de ses décisions relatives au partage des compétences entre le fédéral et les provinces. En ce domaine subtil et politique, la marge d'appréciation est toujours grande. Or, la matière reste toujours aussi délicate pour celui qui se permet d'évaluer la performance de la Cour et qui confronte au surplus la difficulté de devoir faire la sélection des causes qui serviront de fondement à son opinion. En effet, la plupart des décisions de la Cour suprême depuis 1945 qui intéressent directement les institutions politiques portent sur le partage des compétences.

Parmi les affaires de ce genre, il se trouve des décisions qui sont favorables ou défavorables à un ordre de gouvernement mais qui n'impliquent pas au profit de l'autre un désavantage ou un avantage comparable. C'est le cas, pour l'essentiel, des causes qui portent sur les modalités d'exercice du pouvoir déclaratoire, sur les restrictions au pouvoir de constituer des tribunaux, par application de l'article 96 de l'AANB, ou sur les restrictions aux pouvoirs des tribunaux fédéraux qui découlent de l'article 101. C'est aussi le cas des décisions concernant le pouvoir de taxer des provinces, qui souffre de certaines limitations en vertu de la Loi de 1867 alors que le pouvoir de taxation fédéral est de toute façon pratiquement illimité⁵¹.

En exceptant les causes de cette nature, nous avons compté quarante-deux décisions rendues durant la période de 1945 à 1980 qui peuvent servir à évaluer le degré d'équilibre que la Cour a établi entre les pouvoirs provinciaux et les pouvoirs fédéraux⁵². L'impact des affaires jugées depuis 1981 sera considéré par la suite, comme nous l'avons annoncé.

Les décisions qui ont appliqué le pouvoir général du fédéral de légiférer pour « la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada » sont bien circonscrites. Le volet de ce pouvoir qui permet d'intervenir dans des domaines provinciaux en temps de crise laisse toujours une grande marge d'appréciation aux autorités centrales, mais il ne supporte que des interventions temporaires et fut peu utilisé durant la période qui nous occupe⁵³. Quant à l'autre volet, portant sur des matières résiduelles de dimension ou d'intérêt national, il donna au fédéral des pouvoirs permanents de légiférer, à titre exclusif, à l'égard de l'aéronautique, y compris l'emplacement des aéroports⁵⁴; à l'égard de l'établissement d'une région comme siège du gouvernement canadien⁵⁵; à l'égard de la mer territoriale et du plateau continental au large de la

Colombie-Britannique⁵⁶; et à l'égard du contrôle des stupéfiants⁵⁷. Compte tenu de la rationalisation de ce secteur du droit qui fut faite dans le *Renvoi de la Loi anti-inflation*, paraissent encore valables les conclusions que publiait le professeur Lederman en 1975⁵⁸ :

Depuis 1949, la Cour suprême du Canada a constamment suivi et soutenu ce que j'appellerai la conception Watson-Simon de la portée du pouvoir général de légiférer du fédéral; les juges de la Cour suprême ont fait preuve de la prudence et de la retenue renfermées dans la conception Watson-Simon.

Par ailleurs, plusieurs décisions mettent en cause des problèmes reliés au droit criminel, substantif et procédural, qui est de juridiction fédérale exclusive. Ce champ de compétence fut interprété et appliqué d'une façon généreuse, permettant l'instauration d'un système intégré de droit criminel qui ne peut être déjoué par des mesures provinciales⁵⁹. Il réserve de plus au fédéral un large éventail de moyens de définir, de prévenir et de punir les crimes⁶⁰, même si ces moyens empiètent sur des matières relevant des provinces⁶¹ ou s'ils sont articulés sur la propriété et les droits civils⁶². Mais la Cour suprême n'en requiert pas moins un « exercice approprié » et on se rend compte que la généralité de ce critère n'a pas empêché un contrôle adéquat de la constitutionnalité⁶³.

Si les provinces ont été exclues du droit criminel au sens large, elles se sont vu reconnaître le pouvoir de participer à sa mise en oeuvre de deux façons principales. Premièrement, la compétence provinciale prévue à l'article 92(14) de l'AANB couvre l'administration de la justice non seulement civile mais aussi criminelle⁶⁴. Et cette compétence est plus large que la compétence fédérale en matière de procédure criminelle⁶⁵. C'est ainsi que les provinces peuvent instituer pour les activités criminelles des enquêtes contraignantes qui ne s'inscrivent pas dans le cadre d'une procédure criminelle déjà engagée⁶⁶. À deux reprises, une majorité de la Cour a précisé en *obiter dictum* que l'administration de la justice permet aussi aux procureurs généraux des provinces de diriger les procédures criminelles⁶⁷. Dans les matières fédérales autres que criminelles cependant, les provinces n'ont ni le pouvoir d'enquêter ni celui de conduire les poursuites⁶⁸. Deuxièmement, la Cour suprême a reconnu un certain pendant provincial au droit criminel en acceptant la validité de mesures non punitives mais préventives, qui établissent des normes locales de moralité ou de préservation de la paix. La législation néo-écossaise sur la censure des films et le règlement anti-manifestation de la ville de Montréal ont ainsi été déclarés valides⁶⁹.

Si donc l'aire d'exclusivité fédérale sur le droit criminel fut prise dans son sens le plus large, la Cour suprême a reconnu comme normal qu'il y ait des chevauchements de juridiction dans ce secteur⁷⁰. Or, la concurrence des pouvoirs est encore plus courante dans le domaine du droit privé, mais pour des raisons inverses. En effet, la Cour suprême a donné aux matières fédérales relevant du droit privé une faible portée

exclusive, tout en permettant l'exercice de larges pouvoirs accessoires, ce qui laisse les provinces habiles à régir concurremment des matières semblables⁷¹ : ainsi en est-il de la pension alimentaire, ainsi que de l'entretien et de la garde des enfants, comme accessoire nécessaire à la compétence fédérale sur le divorce⁷²; de même, le pouvoir fédéral exclusif sur l'intérêt ne porte que sur une charge courant au jour le jour et, s'il permet accessoirement de prohiber toute autre charge dépassant l'intérêt permis, il n'empêche pas les provinces d'alléger les obligations découlant d'un prêt d'argent si le coût est excessif et la transaction exorbitante⁷³; et l'exclusivité fédérale sur la faillite et l'insolvabilité n'empêche pas les provinces de rendre annulables les préférences frauduleuses faites en état d'insolvabilité⁷⁴.

En fait, la compétence provinciale de principe en droit privé ne fut pas affectée par les quelques cas-limite que la Cour a abordés durant la période sous étude⁷⁵; elle fut plutôt maintenue sur des bases solides par plusieurs décisions unanimes⁷⁶. En particulier, dans *Walter c. A.-G. Alberta*, fut jugée valide une loi provinciale restreignant le droit d'acquérir des terres comme propriétés communautaires, que cette pratique provienne d'une croyance religieuse ou non⁷⁷. Puis, dans *Morgan c. P.g. Île-du-Prince-Édouard*, la loi provinciale qui limitait le droit des non-résidents, citoyens ou non, de détenir des terres fut, elle aussi, déclarée valide comme relative à la propriété et aux droits civils; cette décision donne une portée restreinte à la compétence concurrente du fédéral sur les citoyens canadiens et les étrangers⁷⁸ et, de ce point de vue, elle peut être rapprochée de l'affaire *MacDonald c. Vapor Canada Ltd* qui déclare invalide une disposition fédérale créant une responsabilité civile délictuelle indépendante de tout cadre régulateur par ailleurs valide⁷⁹.

En matière commerciale, la Cour suprême a maintenu la répartition des pouvoirs qui avait été élaborée sous l'égide du Conseil privé et à propos de laquelle des *dicta* sur la concurrence et la complémentarité des pouvoirs ont été remarquables. Ainsi, elle a confirmé la validité des mesures fédérales relatives au commerce international ou extra-provincial⁸⁰ et elle a écarté les plans provinciaux visant à contrôler les denrées apportées dans la province⁸¹ ou visant à fixer les prix sur le marché d'exportation⁸². Mais la Cour n'a pas encore donné de contenu au second volet de la compétence fédérale qui avait été esquissé dans *Citizens Insurance Co. c. Parsons*⁸³, la réglementation générale des échanges s'appliquant à tout le Dominion: elle a en tout cas jugé que fonder une responsabilité civile sur tout acte ou méthode d'affaires « contraire aux honnêtes usages industriels ou commerciaux ayant cours au Canada » n'était pas une réglementation et ne visait pas le commerce en général⁸⁴; elle a ajouté que le dictum de Parsons ne permet pas la réglementation d'un seul commerce ou industrie et qu'une telle réglementation ne devient pas « générale » du fait que la loi vise d'autres

commerces ou industries à la pièce, même en couvrant de la sorte une partie importante de l'activité économique⁸⁵.

Les provinces se sont donc vu réserver le pouvoir de régir les industries ou commerces particuliers à l'intérieur de leurs frontières⁸⁶. D'un point de vue plus dynamique, il fut jugé que « le contrôle de la production, agricole ou industrielle, constitue de prime abord une question locale, de compétence provinciale⁸⁷ » et qu'il n'y a « aucun fondement à l'opinion selon laquelle une répartition des pouvoirs de réglementation se ferait au stade de la production, entre ce qui est destiné au commerce intra-provincial et ce qui est destiné au commerce extra-provincial⁸⁸ ». Mais reste problématique la question de savoir si un tel partage de pouvoirs peut se faire à un stade ultérieur à celui de la production. Ainsi, il avait été réaffirmé, notamment dans *Reference re The Farm Products Marketing Act*⁸⁹, que les provinces peuvent s'occuper de mise en marché et de transactions intraprovinciales, mais les motifs de certains juges laissaient entendre qu'une province ne pourrait régir des transactions portant sur des biens destinés à la consommation hors de la province. Puis, dans l'arrêt *Carnation* la Cour a décidé que chaque transaction et réglementation doit être examinée au mérite : le seul fait qu'une transaction soit complétée dans la province ne la rend pas nécessairement sujette à la seule législation provinciale, mais le fait qu'elle a quelque effet incident sur une compagnie faisant du commerce interprovincial ne la soustrait pas au contrôle de la province⁹⁰. Il reste qu'après avoir réitéré que le fédéral ne peut réglementer des opérations entièrement intra-provinciales ou le commerce local comme partie d'un système de réglementation du commerce international et interprovincial, la Cour suprême a récemment évoqué la possibilité qu'elle réexamine « l'interdépendance des pouvoirs fédéral et provinciaux relativement à la commercialisation locale des articles de commerce, tant des produits naturels que des autres, qui circulent dans le commerce international et interprovincial⁹¹ ».

Comme on le sait, l'articulation centrale du partage des compétences est la nature et le caractère véritable de la législation en cause⁹², la matière ou le domaine auquel elle est relative, et non ce qu'elle peut affecter incidemment. Ce facteur, ainsi que l'exercice des pouvoirs accessoires du fédéral, entraînent de profondes imbrications dans les lois des deux ordres de gouvernement. Mais d'autres types de découpage se surajoutent à cette dimension cruciale et accroissent les possibilités de chevauchement : c'est ainsi que la règle qui permet de restreindre l'application d'une loi de façon qu'elle ne touche pas à un domaine qui relève de l'autre ordre de gouvernement a un effet assez restreint dans l'ensemble de la jurisprudence constitutionnelle⁹³. Plus particulièrement, la Cour suprême a reconnu que les réserves indiennes et les propriétés fédérales, qui comme objet de législation relèvent de la

compétence fédérale exclusive, ne constituent pas dans les provinces des « enclaves extra-territoriales » et que les lois provinciales peuvent s'y appliquer⁹⁴. De la même façon, la législation provinciale peut s'appliquer aux entreprises de transport et de communication qui relèvent de la compétence fédérale exclusive si elle n'entrave pas leur fonctionnement⁹⁵, mais ici la Cour suprême fut assez généreuse en ce qui concerne l'ampleur de l'exclusivité fédérale. Ainsi, malgré la compétence de principe des provinces en la matière⁹⁶, il fut jugé que l'exclusivité fédérale couvre les relations de travail, dont les échelles de salaire, dans une telle entreprise parce que cette matière fait partie essentielle de son administration et de son opération⁹⁷. Il avait déjà été établi que certains pouvoirs fédéraux seraient inefficaces s'ils ne comprenaient pas le droit de régir des aspects de la propriété et des droits civils⁹⁸.

Quant à savoir quelles sont les exploitations ou entreprises qui relèvent de la compétence fédérale, le Conseil privé a donné le ton à une approche englobante et pragmatique qui a eu l'heur de favoriser le fédéral⁹⁹, mais qui ne viserait aujourd'hui que 10 % de la main-d'oeuvre active au Canada. On trouve ainsi une jurisprudence abondante de la Cour suprême déduisant de « faits constitutionnels » souvent particuliers l'extension de divers services fédéraux et de diverses entreprises de transport et de communication¹⁰⁰. Essentiellement, la Cour applique un critère opérationnel et fonctionnel où n'est pas déterminant le statut corporatif et qui ne tient pas compte des facteurs occasionnels ou exceptionnels. Le cas le plus remarquable dans cette jurisprudence est sans contredit la reconnaissance que la câblodistribution d'émissions captées d'ondes hertziennes fait partie intégrante de l'« entreprise » ou « organisation » qu'est la radio-télévision et qu'elle relève donc du fédéral¹⁰¹ :

Un partage de compétence constitutionnelle sur ce qui est fonctionnelle-
ment, une combinaison de systèmes intimement liés de transmission et de
réception de signaux de télévision, soit directement par ondes aériennes,
soit par l'intermédiaire d'un réseau de câbles, prêterait à confusion et serait
en outre étranger étranger au principe de l'exclusivité de l'autorité législa-
tive, principe qui découle autant de la conception que la Constitution est un
instrument efficace et applicable, que d'une interprétation littérale de ses
termes¹⁰².

On voit qu'ici la préoccupation de l'exclusivité s'est imposée. Il n'en reste pas moins que sous d'autres aspects et d'une façon plus générale, comme l'a rappelé la Cour suprême, « le partage de la compétence constitutionnelle, prévu par la Constitution canadienne, a souvent comme conséquence un chevauchement de législation¹⁰³ ». Or la Cour fut très libérale à l'endroit des provinces dans sa conception de la notion de conflit de lois. Lorsque des peines furent édictées à des fins provinciales, elle a refusé de voir un conflit entre ces délits et des infractions similaires contenues dans le *Code criminel*¹⁰⁴; si des situations sont

visées à la fois par la loi provinciale et par la loi fédérale, les deux dispositions ne sont pas pour autant incompatibles et elles peuvent opérer concurremment. Cette jurisprudence est *a fortiori* applicable aux cas où la législation provinciale revêt des formes moins répressives¹⁰⁵ ou simplement régulatrices¹⁰⁶. Ce caractère fort restrictif de la notion de conflit de loi est un « tournant important » dans la jurisprudence constitutionnelle¹⁰⁷ et il contribue à préserver l'autonomie des provinces en faisant jouer moins souvent la prépondérance fédérale.

Évaluation

Ainsi, au cours des trente-six années pour lesquelles nous avons fait un relevé quantitatif, la Cour suprême a rendu quarante-deux décisions favorables aux provinces (ou défavorables au fédéral) et quarante-huit favorables au fédéral (ou défavorables aux provinces)¹⁰⁸. Parmi ces causes, la législation fédérale fut déclarée *ultra vires* à cinq reprises, et la législation provinciale à quinze reprises. Toutefois, il faut dire que la législation provinciale fut contestée pour des motifs constitutionnels au moins deux fois plus souvent que la législation fédérale. Ceci tient probablement à la diversité des politiques provinciales au Canada et au fait que les lois provinciales, en plus de devoir être relatives à un domaine de compétence provinciale, se prêtent à des contestations sous l'angle de leur applicabilité à des entreprises et des secteurs fédéraux et sous l'angle des conflits avec la législation fédérale¹⁰⁹. Il est de ce fait impossible d'évaluer la performance de la Cour par la simple addition des résultats favorisant ou défavorisant l'un ou l'autre des ordres de gouvernement : normalement, lorsque la législation est attaquée, le fédéral risque le tout pour le tout tandis que dans la moitié des cas où c'est la loi provinciale qui est mise en cause, elle risque au plus d'être déclarée inapplicable à une entreprise ou un secteur fédéral, ou inopérante dans la seule mesure d'un conflit avec la législation fédérale¹¹⁰. De toute façon, il est peu significatif de mettre dans le même paquet toutes les causes, importantes ou non.

Si on aborde la question du point de vue de la substance, on constate que l'application du pouvoir général de légiférer du fédéral a été contenue dans des bornes vérifiables et que plusieurs des décisions favorables aux provinces sont des fleurons de leur autonomie. De cette façon, la Cour suprême a préservé de larges aires d'exclusivité provinciale. Quant à lui, le fédéral jouit d'avantages encore plus grands parce que les règles mêmes du partage des compétences le favorisent : l'existence du pouvoir général, une plus longue liste de titres particuliers, des pouvoirs « accessoires » officiels et une prépondérance en cas de conflit. Il n'en reste pas moins qu'à notre point de vue, et selon d'autres observateurs de la scène judiciaire¹¹¹, la Cour suprême a su maintenir depuis 1945 un équilibre des compétences comparable à celui qui a existé auparavant. Cet équilibre ne consiste pas dans une égalité parfaite. Il fait partie d'un

système qui véhicule un certain penchant en faveur de l'autorité fédérale mais qui comporte des mécanismes compensateurs pour empêcher une centralisation irrémédiable. De plus, la jurisprudence de la Cour opère une conjugaison subtile de la dynamique de l'exclusivité et de la dynamique des chevauchements qui lui laisse le loisir de veiller au maintien d'un régime à la fois fédéral et flexible, capable de s'adapter aux contextes nouveaux.

Pour parvenir à cette conclusion, nous avons évité de concentrer l'attention sur certaines courtes périodes d'arbitrage des conflits politiques entre les deux ordres de gouvernement ou sur des applications particulières du partage des compétences. Mais on sait que les séquences de centralisation et de décentralisation ont toujours été présentes dans notre jurisprudence constitutionnelle, même chez la Cour suprême depuis 1945¹¹². Or, les décisions rendues de 1981 à l'été 1984 cadrent très bien avec la perspective globale que nous avons adoptée. Ainsi, l'affaire *Multiple Access Ltd c. McCutcheon*¹¹³ se présente comme une véritable apologie de la concurrence des pouvoirs; mais à l'occasion, la logique de l'exclusivité prévaut, comme dans *P.g. Canada c. Transports nationaux du Canada* et *R. c. Wetmore*¹¹⁴. Plus spécifiquement, on constate que presque toutes les décisions récentes sur le partage des compétences s'inscrivent dans le prolongement des lignes de forces qui furent dégagées plus haut¹¹⁵. L'exception, fort surprenante d'ailleurs, résulte des arrêts *Transports nationaux du Canada* et *Wetmore* : en décidant que la compétence relativement à la direction des poursuites criminelles est exclusivement fédérale, la Cour n'a pas vraiment remis en cause sa jurisprudence antérieure mais elle a restreint la tendance qu'elle avait lancée de faire déboucher dans le domaine criminel la compétence provinciale en matière d'administration de la justice¹¹⁶. En fait, la portée de ces deux causes, par rapport à l'ensemble du partage des compétences est assez restreinte; et dans le secteur du droit criminel et crypto-criminel, il faut les contrebalancer par deux autres causes qui défrichent du terrain nouveau au profit des provinces, *Municipalité régionale de Peel c. MacKenzie* et *Schneider c. La Reine*¹¹⁷.

À titre de tribunal de dernier ressort, la Cour suprême a donc oeuvré à une époque où était largement dépassée la conception que les pouvoirs se répartissent en catégories étanches mutuellement exclusives¹¹⁸. Il est de plus en plus fréquent que, selon l'aspect par lequel on l'aborde, une même matière puisse être régie tant par le fédéral que par les provinces. De ce point de vue, la Cour suprême se trouve moins souvent obligée de faire un choix radical entre le pouvoir central et le pouvoir provincial. Sa jurisprudence se rapproche davantage de la réalité sociale, qui ne se compartimente pas vraiment. Ce sont les acteurs politiques eux-mêmes qui, dans bien des secteurs, doivent établir une conjugaison viable des interventions fédérales et des interventions provinciales, parce que seuls les extrêmes conflits de lois entraîneront l'intervention judiciaire.

En fait, la Cour suprême est bien mal placée pour prendre l'initiative de transformer d'elle-même un rapport de forces dont les acteurs et la société s'accommodent bien. Certes, les discussions et les revendications portant sur une réforme du partage des compétences se sont poursuivies pendant presque toute la période d'après-guerre et elles ont été alimentées ces dernières années par la situation particulière du Québec. Mais justement, le fait qu'elles n'aient pas abouti, a forcé la Cour suprême à préserver des règles du jeu acceptées au moins par défaut. Il est possible aussi qu'elle doive maintenir une crédibilité en tant qu'arbitre entre le pouvoir central, dont elle tire son existence, et le pouvoir provincial¹¹⁹.

On imagine mal que la Cour puisse opérer des changements de cap importants dans un avenir prévisible. Ce qui va plutôt se produire, c'est que la dimension du partage des pouvoirs dans la jurisprudence constitutionnelle perdra du poids au profit de la dimension qui intéresse la Charte canadienne des droits et libertés. On trouve d'ailleurs dans *Westendorp c. La Reine* un dictum qui peut renforcer cette perspective : la Cour écrit qu'invoquer la Charte implique qu'on accepte la validité de la législation du point de vue du partage des compétences¹²⁰. À l'inverse, et de façon assez paradoxale, le corpus de base constitué par la jurisprudence du Conseil privé et de la Cour suprême sur le partage des pouvoirs sera raffermi, parce que le droit en la matière évoluera de façon plus lente et plus subreptice, au gré de politiques qui seront par la force des choses plus à l'abri des modes d'attaque traditionnels.

L'ouverture à la coopération fédérale-provinciale

Il faut d'abord noter que durant la période qui nous concerne la Cour suprême a rejeté des modes de coopération fédérale-provinciale qu'elle trouvait incompatibles avec le principe de la légalité, ou la « *rule of law* » ou avec le régime fédératif.

Ainsi, dans le *Renvoi sur la Loi anti-inflation*, il fut jugé à l'unanimité que l'accord fédéral-ontarien n'avait pas eu pour effet de rendre la Loi et les indicateurs anti-inflation applicables au secteur public ontarien parce qu'aucune loi n'autorisait le gouvernement de l'Ontario à faire une telle entente et à modifier par là le droit de la province :

Rien ne permet à Sa Majesté, en ce pays comme en Grande-Bretagne, de légiférer par proclamation, décret ou arrêté en conseil de façon à lier les citoyens sans s'appuyer sur une loi de la législature : voir *Dicey, Law of The Constitution* (10^e éd. 1959), p. 50–54¹²¹.

Une majorité de la Cour parvint à une conclusion semblable dans une cause où le gouvernement manitobain avait donné son accord en vertu d'une loi qui ne pouvait être interprétée comme permettant d'assujettir son secteur public à la législation anti-inflation¹²².

En ce qui concerne la compatibilité des mécanismes de coopération avec le régime fédératif, on peut mentionner *Reference in re Bowater's Pulp and Paper Mills Ltd*¹²³, où la compagnie, appuyée par le procureur général de Terre-Neuve, contestait le droit du fédéral de retirer sans l'accord de la province des exemptions de douanes et de taxes qui lui avaient été concédées par des lois terre-neuviennes pré-confédératives. La compagnie invoquait la clause 18(3) des Conditions de l'Union de Terre-Neuve au Canada : « nonobstant toutes dispositions des présentes clauses, le Parlement du Canada pourra, d'accord avec la législature de la province de Terre-Neuve, abroger toute loi en vigueur à Terre-Neuve à la date de l'Union ». La Cour a jugé que ce paragraphe n'empêchait pas l'opération normale du paragraphe 1 de la même clause en vertu duquel la législation antérieure à l'entrée dans la Confédération devenait sujette au partage ordinaire des compétences¹²⁴. La majorité des juges ont indiqué que l'interprétation contraire, qui nécessiterait l'accord de la province pour que le fédéral puisse modifier dans ses propres domaines le droit existant; créerait pour Terre-Neuve un régime tout à fait étranger au système fédératif établi par ailleurs. Dans une cause plus fondamentale, *l'Affaire du Lord Nelson Hotel*, la Cour a décidé que la délégation ou le transfert de pouvoirs législatifs d'un ordre de gouvernement à l'autre ne pouvait se faire par loi ordinaire. En l'absence d'une modification de l'AANB, le partage de compétences exclusives opéré par les articles 91 et 92 est intangible; c'est seulement à l'intérieur de leurs domaines respectifs que le Parlement fédéral et les législatures provinciales sont souverains. La Cour a jugé qu'un tel type de délégation ou transfert serait incompatible avec le régime instauré par la Loi de 1867¹²⁵.

Néanmoins, la Cour suprême a entériné durant la même période d'autres modes de collaboration fédérale-provinciale qui ne portent pas atteinte à l'essence du régime. Ainsi, quelques affaires font ressortir l'importance que la Cour accorde aux arrangements constatés par des législations parallèles du fédéral et de la province concernée. C'est le cas de l'affaire *A.-G. Canada c. Higbie*, où elle donna suite aux arrêtés en conseil de 1924 passés par les gouvernements du Canada et de la Colombie-Britannique afin de régler la controverse relative à la propriété, en vertu de l'AANB, des ports et des laisses de mer dans cette province¹²⁶. C'est aussi le cas de *Esquimalt and Nanaimo Railway Co. c. A.-G. British Columbia*, où la Cour décida que la province était contractuellement obligée à exempter de taxes les terrains de la compagnie, selon les termes d'une loi provinciale qui, avec une loi fédérale semblable, avait constitué en 1883 l'aboutissement de longues négociations entre Ottawa et Victoria quant à la construction d'un chemin de fer par suite de l'entrée de la Colombie-Britannique dans la Confédération¹²⁷. Par ailleurs, il existe un domaine où le mécanisme des législations parallèles était constitutionnellement requis par l'article 3 de l'AANB de 1871 : la modification des frontières d'une province. Dans *A.-G. Manitoba c.*

Canadian Pacific Railway Co., la Cour jugea que l'intimée bénéficiait d'une exemption de taxes sur le territoire ajouté au Manitoba en 1881 parce que cette exemption avait été imposée comme condition à l'extension des frontières de la province et que celle-ci y avait consenti; il fut précisé qu'une fois l'extension faite, les conditions ne peuvent être changées que par le Royaume-Uni dans la mesure où les intérêts de tiers sont en cause¹²⁸. D'une façon plus générale, on peut aussi penser à l'attitude de la Cour suprême dans les causes d'amendement constitutionnel, où elle trouva que les caractéristiques du régime politique qui furent adoptées de concert ne peuvent être changées unilatéralement¹²⁹.

Mais la contribution la plus significative de la Cour suprême fut certes sa grande tolérance à l'endroit de mécanismes apparentés au système de délégation prohibé par l'*Affaire du Lord Nelson Hotel*¹³⁰. D'abord, elle a jugé que cette cause n'empêche pas que la législation d'un ordre de gouvernement soit conditionnelle à la législation de l'autre ordre de gouvernement si chacun intervient dans son domaine propre¹³¹. Par ailleurs, dans *Prince Edward Island Potato Marketing Board c. H.B. Willis Inc.*, la Cour jugea valide la législation fédérale qui déléguait à un office provincial de mise en marché, pour les activités extra-provinciales, des pouvoirs semblables à ceux qu'il possédait pour les activités locales; elle permit ainsi que se réalise l'objectif déclaré dans le préambule de la loi fédérale en cause, savoir la coopération avec les provinces dans la mise en marché des produits agricoles¹³²; le nouveau mécanisme fut immédiatement utilisé dans le secteur du transport routier¹³³. Puis, dans l'affaire *Scott*, il fut jugé que l'adoption par une province de la législation anglaise sur un sujet, telle qu'elle se présente de temps à autre, ne constitue pas un mode de délégation prohibé mais bien une législation référentielle, une reconnaissance ou une incorporation à ses propres fins de la législation d'une autre juridiction¹³⁴. Pourvu que la loi qui opère l'adoption soit *intravires*, le même type d'arrangement peut être fait entre le fédéral et les provinces. Ceci ressort de l'arrêt *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*¹³⁵, où le mécanisme en cause combinait les caractéristiques des affaires *H.B. Willis Inc.* et *Scott* : la loi fédérale permettait à une commission provinciale d'émettre des permis de transport extra-provincial¹³⁶ et d'exercer à cet égard les mêmes pouvoirs qu'elle détient de temps à autre en vertu de la législation provinciale pour le transport local¹³⁷. La Cour indiqua que la régie tient ses pouvoirs non de la législature provinciale mais du Parlement fédéral¹³⁸, qui peut toujours les lui enlever ou les modifier. Elle nota que les provinces avaient demandé et le fédéral accepté ce mode de coopération et conclut : « Nous sommes satisfaits de conclure que rien ne nous oblige à déclarer que l'objectif poursuivi dans cet effort de coopération ne peut être atteint d'une manière constitutionnelle¹³⁹ ».

L'arrêt *H.B. Willis Inc.* fut appliqué aussi dans le *Renvoi sur l'organisation du marché des produits agricoles* où la Cour confirma à l'unanimité la

validité de la législation fédérale et ontarienne donnant suite à un accord de 1972 ente le fédéral et toutes les provinces pour mettre sur pied un programme complet de commercialisation des oeufs¹⁴⁰. De fait, ce Renvoi renforce le principe de *H.B. Willis Inc.* parce qu'il l'applique dans un contexte factuel et législatif nouveau. En particulier, la délégation à un organisme provincial se double d'un organisme fédéral de supervision autorisé à agir dans le domaine fédéral de façon coordonnée¹⁴¹. De plus, le système de coopération impose par législation fédérale et provinciale des quotas globaux de production pour chaque province. D'une façon qui rappelle une fameuse remarque du Conseil privé¹⁴², trois juges avaient écrit dans *Reference re The Farm Products Marketing Act* que la meilleure façon de régir la mise en marché est l'action conjointe du fédéral et des provinces¹⁴³ et deux autres juges avaient mentionné que la coopération, par exemple au moyen d'un organisme commun, est le seul moyen efficace, parce qu'il est impossible de savoir a priori lesquelles des denrées produites ou transformées impliquent un intérêt extra-provincial¹⁴⁴. Dans le *Renvoi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, le juge Pigeon, au nom d'une majorité de juges, rappelle ce dernier *dictum* et indique que la réglementation ontarienne sur la production ne vise pas le commerce extra-provincial et que, dans la mesure où elle l'atteint, elle vient compléter la réglementation établie sous l'autorité fédérale :

À mon avis, cela est parfaitement légitime. Le contraire signifierait que notre Constitution empêche toute entente fédérale-provinciale de coopération en vue d'établir un régime pratique de production et de commercialisation ordonnées et efficaces d'une denrée dont le commerce tant intra-provincial qu'extra-provincial a besoin d'être réglementé, comme en conviennent tous les gouvernements en cause. [. . .] Je n'oublie pas l'avertissement donné dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits naturels*, à la p. 389, selon lequel la Loi doit être soigneusement rédigée mais, quand quarante ans plus tard, survient un effort sincère de collaboration, il serait vraiment malheureux de l'anéantir. Je souscris à l'opinion que les provinces ne peuvent se servir de leur pouvoir sur les entreprises locales pour rejoindre la commercialisation extra-provinciale, mais cela n'empêche pas, à mon avis, l'utilisation du pouvoir provincial pour compléter la réglementation fédérale relative au commerce extra-provincial¹⁴⁵.

D'une façon assez générale d'ailleurs, cette notion de « législation provinciale complémentaire de la législation fédérale », était déjà présente dans la jurisprudence constitutionnelle¹⁴⁶. Comme on l'a vu, la Cour suprême n'a pas simplement cantonné le fédéral et les provinces dans des domaines de compétence mutuellement exclusifs. Elle a plutôt contribué à augmenter les chevauchements de législation tout en restreignant la notion d'incompatibilité, établissant ainsi entre les deux ordres de gouvernement une coopération au moins passive et de plus en

plus inévitable¹⁴⁷. Par contre, du point de vue officiel, la promotion judiciaire du fédéralisme coopératif n'a pas servi à modifier la compétence législative des provinces ou du fédéral¹⁴⁸. Et dans *Supermarchés Dominion Ltée c. La Reine*, il fut jugé que l'appelante aurait dû être poursuivie en vertu de la loi provinciale et non de la loi fédérale parce que l'infraction alléguée se situait dans le cadre d'activités entièrement intra-provinciales, et que « le Parlement ne peut faire indirectement, avec l'aide provinciale, ce qu'il ne pourrait pas faire directement¹⁴⁹ ». En l'occurrence, un système de coopération législative avait été établi, mais la Cour fit remarquer que les exécutifs s'opposaient maintenant quant à son administration :

Si une telle coopération sur le plan législatif doit entraîner un empiètement et un chevauchement inutiles de l'administration ou des poursuites, le régime constitutionnel conçu et élaboré dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique et issu des arrêts du Conseil privé et de cette Cour, va sûrement être mis en échec¹⁵⁰.

Évaluation

Il y a beaucoup à dire en faveur de la théorie voulant que les conflits inter-juridictionnels au Canada sont de nature essentiellement politique et qu'ils devraient trouver leur solution dans l'arène politique¹⁵¹. Par contre, est tout aussi plausible l'idée que ce genre de solution est pratiquement illusoire, compte tenu de la compétition inhérente aux relations fédérales-provinciales¹⁵². La Cour suprême, quant à elle, s'est montrée parfaitement disponible pour agir comme arbitre en la matière, mais en même temps sa jurisprudence rend clair que, dans toute la mesure compatible avec la Constitution, elle a voulu favoriser la coopération fédérale-provinciale comme mode de règlement des problèmes politiques¹⁵³.

Sur le plan technique, la Cour a reconnu la validité de mécanismes juridiques parfaitement aptes à assurer la collaboration que les deux ordres de gouvernement voudront bien établir entre eux. En tout cas, dans les secteurs de la vie politique canadienne où la coopération fait défaut, cette réalité n'est certainement pas imputable à l'existence de barrières juridiques. Sur le plan de la substance, on sait que la jurisprudence de la Cour suprême tend à accroître les points de raccordement et qu'elle laisse paraître une sympathie à l'égard du fédéralisme coopératif. Cette propension a pris un tour beaucoup plus actif lors des renvois sur la constitutionnalité du rapatriement : le professeur Hogg a même soutenu qu'à cette occasion, la Cour suprême n'avait, comme justification de considérer l'existence d'une convention constitutionnelle, que son désir d'influencer un règlement politique¹⁵⁴.

Il est impossible d'établir, dans le cadre d'un travail comme celui-ci, si la coopération inter-gouvernementale au Canada s'est située à un niveau raisonnable durant la période qui nous occupe. Les opinions à cet égard varient selon que l'on prône des solutions politiques ou juridiques aux problèmes du fédéralisme. Nous serions porté à croire que, si la coopération n'a pas fait défaut, la masse des conflits de juridiction qui se sont retrouvés devant les tribunaux, la longue période d'impuissance à rapatrier la Constitution et la façon dont cette opération s'est finalement réalisée indiquent assez que la préoccupation première fut de préserver jalousement chaque portion de terrain acquis, tout en cherchant à en gagner davantage. Nous croyons également que malgré une assez grande réserve judiciaire, la Cour suprême a voulu indiquer qu'il y avait place pour plus de coopération qu'il n'en existait effectivement.

Compte tenu du fait que les mécanismes de collaboration acceptés par la Cour suprême préservent toujours la répartition formelle des pouvoirs dans laquelle ils s'inscrivent, on voit mal comment il pourrait se faire qu'une approche résolument coopérative puisse en quelque façon, même à long terme, favoriser l'un des ordres de gouvernement. Le gouvernement compétent pourra toujours récupérer seul le champ qui lui revient, parce que la compétence ne s'acquiert ni ne se perd par consentement ou par renonciation. D'une façon assez paradoxale, les décisions récentes qui font dépendre d'une clause transitoire l'exercice des pouvoirs des procureurs généraux des provinces en matière criminelle depuis 1867 devraient rassurer les provinces à cet égard¹⁵⁵.

On pourrait penser que la collaboration fédérale-provinciale serait favorisée si on éliminait ou restreignait les contestations judiciaires portant sur le partage des pouvoirs. Par exemple, on pourrait empêcher les individus et les corporations d'y avoir recours : compte tenu de l'insertion d'une Charte des droits dans la Constitution, les personnes sont protégées des deux ordres de gouvernement et les attaques fondées sur la seule répartition des compétences pourraient être réservées aux autorités politiques¹⁵⁶. Ou encore, un modèle de contrôle juridictionnel des lois qui serait non diffus, monopolisé par un tribunal comme en Europe continentale, pourrait être retenu, au moins en ce qui concerne le partage des pouvoirs. Mais quoi qu'il en soit, il semble normal que les recours judiciaires en la matière concurrencent les solutions purement politiques. En effet, la compétence constitutionnelle est elle-même une « ressource politique » qui donne aux gouvernements un pouvoir de négociation singulier¹⁵⁷; le fédéralisme coopératif tend davantage à se développer une fois que les pouvoirs respectifs ont été clarifiés¹⁵⁸. Même si dans l'ensemble la Cour suprême est susceptible de répartir les armes de façon relativement équitable, on ne retrouve pas un tel équilibre pour chaque dossier particulier. C'est pourquoi les gouvernants ne peuvent renoncer à invoquer le contrôle judiciaire, qui s'avère souvent un prérequis à la coopération inter-gouvernementale. On trouve même

des causes perdues d'avance qui sont poursuivies dans le but d'établir des bases de négociation¹⁵⁹. Dans ces circonstances, nous ne croyons pas qu'un choix s'impose entre solutions politiques et solutions judiciaires des litiges opposant les deux ordres de gouvernement : les unes et les autres sont interdépendantes dans le cadre d'un processus où la dynamique conflictuelle paraît normale et endogène.

Conclusion

D'une façon générale, nous sommes d'accord avec le rôle qu'a joué la Cour suprême du Canada depuis 1945 sur les divers plans qui furent abordés dans ce travail. Il est possible que ce point de vue ait influé sur notre choix de tendances lourdes et il est probable que d'autres observateurs, à partir de la même jurisprudence, auraient laissé des impressions différentes. En tout cas, même à l'intérieur des paramètres généraux que nous avons tenté d'établir, bien des nuances sont faisables. Quant à nous, nous croyons que l'institution vénérable qu'est la Cour suprême, même en oeuvrant régulièrement dans des domaines politiques, devait se substituer au processus démocratique pour l'élaboration d'un ordre nouveau. De fait, la Cour suprême semble s'être perçue d'abord comme un instrument de neutralité et de stabilité à l'intérieur d'un système de gestion de la société qui est générateur de conflits.

C'est seulement de ce point de vue, semble-t-il, qu'on peut dire de la Cour suprême qu'elle n'a pas d'influence politique importante jusqu'à récemment¹⁶⁰. En effet, son rôle, et le rôle du droit administré sous son égide, fut de maintenir les rapports de forces politiques sur des axes viables. Et c'est pourquoi la Cour n'a jamais provoqué de controverse majeure. La conception de l'entité politique canadienne qu'elle a véhiculée a globalement correspondu aux attentes des gouvernements et de la population. Même en refusant de la sorte l'activisme judiciaire, la Cour se gardait une tâche fort délicate : celle de perpétuer un régime où les forces centrifuges et les forces centripètes se sont avérées largement désarticulées par la présence du Québec dans l'ensemble fédéral. D'un point de vue canadien, du point de vue de l'unité du pays, personne ne peut dire qu'elle a failli à la tâche. Et personne ne sait où en serait le Canada si elle avait agi autrement. Nous croyons donc que le rôle politique de la Cour suprême fut vital.

Il semble tout de même, qu'on a maintenu la Cour suprême dans une position défensive en lui refusant l'élément crucial de sa légitimité politique, un mode de nomination des juges qui n'est pas à la seule discrétion du gouvernement d'Ottawa¹⁶¹. Depuis qu'elle est devenue le dernier arbitre des conflits d'ordre politique, la Cour n'a pas laissé de susciter des inquiétudes chez les partisans d'un fédéralisme traditionnel. Les facteurs qui concourent à entretenir ces réserves sont divers et se conjuguent tous avec le contrôle absolu du pouvoir central sur les

nominations : le penchant systémique reconnu par la Constitution en faveur du fédéral; la grande marge d'appréciation que possède la Cour dans le règlement des conflits politiques; le fait que la jurisprudence constitutionnelle est remplie d'*obiter dicta* et de prises de position particulières qui sont contraires aux tendances générales que nous avons relevées et qui indiquent à coup sûr qu'une conception univoque ou homogène du système politique canadien ne s'est pas imposée irrémédiablement. En ce sens, les tendances lourdes que nous avons relevées ne donnent pas de garanties pour l'avenir.

Somme toute, il nous semble que depuis 1945 la Cour suprême a fortement contribué à résorber des tensions politiques qui étaient susceptibles de s'exacerber d'elles-mêmes. En situant son action sous le signe de la continuité, elle apaisait les craintes manifestées lors de l'abolition des appels à Londres et elle renvoyait aux politiciens et aux électeurs la tâche de réformer les caractéristiques fondamentales de notre mode de gouvernement. Par un réaménagement délicat des rapports entre l'exclusivité et la concurrence des pouvoirs fédéraux et provinciaux à l'intérieur d'un système d'équilibre relatif, elle a assoupli les règles du jeu politique qui existaient déjà. Et en incitant à la coopération inter-gouvernementale, elle a accru davantage les possibilités d'adaptation à l'intérieur d'un statu quo qu'elle semblait déterminée à maintenir. Si le Canada reste soumis aujourd'hui à des forces qui mettent son avenir en danger, ce n'est pas la Cour suprême qui les a inspirées et ce n'est pas elle qui a entravé leur harnachement. Nous ne croyons pas non plus qu'il lui revenait d'agir autrement qu'elle l'a fait.

Notes

1. Voir A.C. Cairns, « The Judicial Committee and Its Critics », (1971) 4 *Revue canadienne de science politique* 301.
2. A.G. Ontario c. Scott, 1956 R.C.S. 137, en particulier p. 143, où la Cour applique *Hodge c. The Queen*, (1883) 9 C.A. 117.
3. R. c. Carroll, 1948 R.C.S. 126, p. 129, où la Cour applique un autre arrêt célèbre, *Liquidators of the Maritime Bank of Canada c. Receiver-General of New Brunswick*, 1892 C.A. 437. Voir aussi R. c. Carroll, 1950 R.C.S. 73.
4. Voir l'*Affaire de la prohibition locale*, 1896 C.A. 348, p. 350 et 351.
5. *Reference as to the Validity of Section 5 (a) of the Dairy Industry Act*, 1949 R.C.S. 1, p. 38, 52 et 63; cette décision fut confirmée par *Canadian Federation of Agriculture c. A.-G. Quebec*, 1951 C.A. 179.
6. *Renvoi sur la Loi anti-inflation*, (1976) 2 R.C.S. 373, p. 445.
7. Voir par exemple J. Brossard, *La Cour suprême et la Constitution*, P.U.M., 1968, p. 174 et s.; D. Gibson, « And One Step Backward: The Supreme Court and Constitutional Law in the Sixties », (1975) 53 *Revue du Barreau canadien* 621; et G. Rémillard, *Le fédéralisme canadien*, Québec/Amérique, 1983, p. 213 et s.
8. F. Chevrette et H. Marx, « Commentaire », (1976) 54 *Revue du Barreau canadien* 732, p. 736 : dans le *Renvoi sur la Loi anti-inflation*, « the majority of the court clearly opted for a decentralized federalism that is generally consistent with judicial Committee precedents ».

9. *R. c. British Columbia Electric Railway Co.*, 1946 R.C.S. 235, p. 242 et 247; *Winner c. S.M.T. (Eastern) Ltd*, 1951 R.C.S. 887, p. 919, par le juge Rand; *Re: Offshore Mineral Rights of British Columbia*, 1967 R.C.S. 792, p. 816 et 817; et *Gulf Oil Corp. c. Gulf Canada Ltée*, (1980) 2 R.C.S. 39.
10. *Re: Offshore Mineral Rights of British Columbia*, 1967 R.C.S. 792. Maintenant, voir aussi l'Affaire du plateau continental au large de Terre-Neuve, Cour suprême, 8 mars 1984.
11. 1937 C.A. 326.
12. Voir *Francis c. la Reine*, 1956 R.C.S. 618, p. 621; *MacDonald c. Vapor Canada Ltd*, (1977) 2 R.C.S. 134, p. 168 et 169; et *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la radio-télévision canadienne*, (1978) 2 R.C.S. 141, p. 154, 155 et 173. Voir maintenant *A.L.C. de Mestral*, « Jurisprudence », (1983) 61 *Revue du Barreau canadien* 856, qui commente un *dictum* analogue de *Schneider c. la Reine*, (1982) 2 R.C.S. 112.
13. Voir *In re Storgoff*, 1945 R.C.S. 526, p. 566, par le juge Hudson; *Daniels c. White*, 1968 R.C.S. 517, p. 526 (*obiter dictum*); les opinions de la minorité dans *R. c. McEwen*, 1974 R.C.S. 185, dans *Cardinal c. P.G. Alberta*, 1974 R.C.S. 695, p. 725, et dans *Chateau-Gai Wines Ltd c. Institut national des appellations*, (1975) 1 R.C.S. 190, p. 224; *R. c. Burnshine*, (1975) 1 R.C.S. 693; *Wolf c. la Reine*, (1975) 2 R.C.S. 107, p. 109; *Morgentaler c. la Reine*, (1976) 1 R.C.S. 616, p. 634–637; et le *Renvoi sur la Loi anti-inflation*, (1976) 2 R.C.S. 373, p. 400.
14. *British Columbia Power Corp. c. British Columbia Electric Co.*, 1962 R.C.S. 642, p. 644 et 645; *Amax Potash Ltd c. Gouvernement de la Saskatchewan*, 1977 2 R.C.S. 576; *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. P.G. Canada*, (1980) 1 R.C.S. 594, p. 601. Voir aussi *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, (1978) 2 R.C.S. 662, p. 672.
15. *Thorson c. P.G. Canada*, (1975) 1 R.C.S. 138; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, (1976) 2 R.C.S.; *Jack c. la Reine*, (1980) 1 R.C.S. 294.
16. Comparer *A.-G. Canada c. Reader's Digest Association (Canada) Ltd*, 1961 R.C.S. 777, et *Texada Mines Ltd c. A.-G. British Columbia*, 1960 R.C.S. 713, avec *Jones c. P.G. Nouveau-Brunswick*, (1975) 2 R.C.S. 182, p. 194 et 195, le *Renvoi sur la Loi anti-inflation*, (1976) 2 R.C.S. 373, p. 388 et s., 437–439 et 470–472, *R. c. Zelensky*, (1978) 2 R.C.S. 940, p. 952 et 953, le *Renvoi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, (1978) 2 R.C.S. 1198, p. 1213 et s., et le *Renvoi sur la compétence du Parlement relativement à la chambre haute*, (1980) 1 R.C.S. 54, p. 60–67.
17. *P.G. Québec c. Blaikie*, (1979) 2 R.C.S. 1016, p. 1025, et *P.G. Manitoba c. Forest*, (1979) 2 R.C.S. 1032; *Renvoi sur la compétence du Parlement relativement à la chambre haute*, (1980) 1 R.C.S. 54, p. 78. Voir aussi *R. c. Sutherland*, (1980) 2 R.C.S. 451, et le *Renvoi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, (1978) 2 R.C.S. 1198, p. 1233 et 1291.
18. *Woods Manufacturing Co. c. The King*, 1951 R.C.S. 504, p. 515.
19. Voir aussi *Binus c. la Reine*, 1967 R.C.S. 594, p. 601; *McNamara Construction (Western) Ltd c. la Reine*, (1977) 2 R.C.S. 654, p. 651; *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la radio-télévision canadienne*, (1978) 2 R.C.S. 141, p. 161; *Renvoi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, (1978) 2 R.C.S. 1198, p. 1256 et 1257 et 1291; et *A.V.G. Management Science Ltd c. Barwell Developments Ltd*, (1979) 2 R.C.S. 43.
20. F. Chevette et H. Marx, dans la note 1 de leur « Commentaire », (1976) 54 *Revue du Barreau canadien* 732, parlent de *collage of Judicial Committee pronouncements*.
21. Voir *Farrell c. Workmen's Compensation Board*, 1962 R.C.S. 48, p. 52; *Sikyea c. la Reine*, 1964 R.C.S. 643; *R. c. George*, 1966 R.C.S. 267; et *Succession Woodward c. ministre des Finances*, 1973 R.C.S. 121.
22. Voir par exemple *Re Loi modifiant le droit pénal*, 1970 R.C.S. 777.
23. Par exemple, voir M. Cohen, « The Judicial Process and National Policy — A Problem for Canadian Federalism », (1970), 16 *Revue de droit de McGill* 297, p. 300 et 301.
24. *Noble c. Alley*, 1951 R.C.S. 64; *Douglas c. Tucker*, (1952) 1 R.C.S. 275; *Smith & Rhuland Ltd c. la Reine*, (1953) 2 R.C.S. 95; *Beatty c. Kozak*, 1958 R.C.S. 177; *Roncarelli c. Duplessis*, 1959 R.C.S. 122; *Lamb c. Benoit*, 1959 R.C.S. 321; *Globe and Mail Ltd c. Boland*, 1960 R.C.S. 203. Voir aussi *Jones c. Bennett*, 1969 R.C.S. 277.

25. *Reference as to the Validity of Orders in Council in Relation to Persons of the Japanese Race*, 1946 R.C.S. 248. En appel, le Conseil privé fut plus généreux envers le gouvernement : *Co-operative Committee on Japanese Canadians c. A.-G. Canada*, 1947 C.A. 87.
26. *Canadian Wheat Board c. Nolan*, 1951 R.C.S. 81.
27. *Boucher c. la Reine*, 1951 R.C.S. 265, et *Chaput c. Romain*, 1955 R.C.S. 834.
28. 1938 R.C.S. 100, par le juge en chef Duff et les juges Davis et Cannon.
29. (1953) 2 R.C.S. 299 : les juges Rand, Kellock et Locke; voir aussi l'opinion de ces juges dans *Henry Birks & Sons (Montreal) Ltd c. City of Montreal*, 1955 R.C.S. 799.
30. (1953) 2 R.C.S. 299 : le juge Kerwin (p. 324) et les juges dissidents Cartwright et Fauteux; dans *Walter c. A.-G. Alberta*, 1969 R.C.S. 383, p. 393, la Cour n'estime pas nécessaire de se prononcer sur ce point.
31. 1957 R.C.S. 285 : les juges Rand, Kellock et Abbott.
32. 1951 R.C.S. 887, p. 918 et s.
33. Voir *Hofer c. Hofer*, 1970 R.C.S. 958; *Harrison c. Carswell*, (1976) 2 R.C.S. 200; et *Gay Alliance Toward Equality c. Vancouver Sun*, (1979) 2 R.C.S. 435.
34. Voir *Oil, Chemical and Atomic Workers International Union c. Imperial Oil Ltd*, 1963 R.C.S. 584, et l'opinion de la minorité dans *McKay c. la Reine*, 1965 R.C.S. 798.
35. *P.G. Canada et Dupond c. Montréal*, (1978) 2 R.C.S. 771, p. 796 et 797.
36. Voir *Brownridge c. la Reine*, 1972 R.C.S. 926; *Lowry c. la Reine*, 1974 R.C.S. 195; *P.G. Ontario c. Reale*, (1975) 2 R.C.S. 62; et *Mitchell c. la Reine*, (1976) 2 R.C.S. 570. Par contre, voir *R. c. Randolph*, 1966 R.C.S. 260; *Duke c. la Reine*, 1972 R.C.S. 917; *Jumaga c. la Reine*, (1977) 1 R.C.S. 486; *Chromiak c. la Reine*, (1980) 1 R.C.S. 471; et les affaires citées dans les notes qui suivent.
37. D'une façon générale, voir aussi W.S. Tarnopolsky, « The Supreme Court and the Canadian Bill of Rights », (1975) 53 *Revue du Barreau canadien* 649; et H. Brun, « De Drybones à Lavell à Canard : les joies du tango judiciaire », (1975) 53 *Revue du Barreau canadien* 795.
38. 1970 R.C.S. 282, rendant inopérante une disposition de la *Loi sur les Indiens* qui enfreignait l'égalité devant la loi.
39. Une telle approche fut rejetée dans *Drybones*, mais voir *Robertson c. la Reine*, 1963 R.C.S. 651; *Smythe c. la Reine*, 1971 R.C.S. 680, p. 686; *R. c. Appleby*, 1972 R.C.S. 303, p. 315 et 316; *P.G. Canada c. Lavell*, 1974 R.C.S. 1349, p. 1365; et *Hogan c. la Reine*, (1975) 2 R.C.S. 574, p. 583 et 584. De plus, dans l'affaire *Lavell*, quatre des juges majoritaires assimilent l'« égalité devant la loi » à la conception de Dicey de la *rule of law* (p. 1366 et 1367); voir aussi *R. c. Burnshine*, (1975) 1 R.C.S. 693, p. 702–705, et *Bliss c. P.G. Canada*, (1979) 1 R.C.S. 183, p. 192.
40. *R. c. Burnshine*, (1975) 1 R.C.S. 693, p. 702–705; et *Miller c. la Reine*, (1977) 2 R.C.S. 680, p. 703 et 704.
41. Voir *P.G. Canada c. Lavell*, 1974 R.C.S. 1349, p. 1360–1362 et *P.G. Canada c. Canard*, (1976) 1 R.C.S. 170, la majorité adoptant ainsi le point de vue des juges dissidents dans *Drybones*.
42. *Curr c. la Reine*, 1972 R.C.S. 889, p. 899–903; *R. c. Burnshine*, (1975) 1 R.C.S. 693, p. 707 et 708; *Bliss c. P.G. Canada*, (1979) 1 R.C.S. 183, p. 193; et *MacKay c. la Reine*, (1980) 2 R.C.S. 370, p. 393.
43. Voir *R. c. Burnshine*, (1975) 1 R.C.S. 693; *Prata c. ministre de la Main-d'oeuvre et de l'immigration*, (1976) 1 R.C.S. 376, p. 382; *Bliss c. P.G. Canada*, (1979) 1 R.C.S. 183; et *MacKay c. la Reine*, (1980) 2 R.C.S. 370, p. 391 et s.
44. Voir aussi *Miller c. la Reine*, (1977) 2 R.C.S. 680, p. 705, et H. Brun, « Feu la D.C.D. L'arrêt Miller et la peine de mort », (1977) 18 *Cahiers de Droit* 567.
45. Voir *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, (1981) 1 R.C.S. 753, et W.R. Lederman, « The Supreme Court of Canada and Basic Constitutional Amendment », (1982) 27 *Revue de droit de McGill* 527.
46. H.E. Read, « The Judicial Process in Common Law Canada », (1959) 37 *Revue du Barreau canadien* 265, p. 279 et 280.

47. *P.G. Québec c. Blaikie* (No 2), (1981) 1 R.C.S. 312.
48. Voir G. Tremblay, « La Cour suprême et l'amendement constitutionnel », (1980) 21 *Cahiers de Droit* 31.
49. *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, (1981) 1 R.C.S. 753, et *Re : Opposition à une résolution pour modifier la Constitution*, (1982) 2 R.C.S. 793 (à propos du veto du Québec).
50. Mais voir B. Hovius, « The Legacy of the Supreme Court of Canada's Approach to the Canadian Bill of Rights: Prospects for the Charter », (1982) 28 *Revue de droit de McGill* 31.
51. Sous réserve de l'art. 125 de la loi de 1867 : *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, (1982) 1 R.C.S. 1004.
52. Pour une autre façon de choisir et de considérer les décisions pertinentes, voir P.W. Hogg, « Is the Supreme Court of Canada Biased in Constitutional Cases? », (1979) 57 *Revue du Barreau canadien* 721.
53. *Reference as to the Validity of the Wartime Leasehold Regulations*, 1950 R.C.S. 124, et *Renvoi sur la Loi anti-inflation*, (1976) 2 R.C.S. 373.
54. *Johannesson c. Rural Municipality of West St. Paul*, (1952) 1 R.C.S. 292.
55. *Munro c. National Capital Commission*, 1966 R.C.S. 663. Voir aussi *Jones c. P.G. Nouveau-Brunswick*, (1975) 2 R.C.S. 182, quant à la langue des institutions et organismes fédéraux.
56. *Re: Offshore Mineral Rights of British Columbia*, 1967 R.C.S. 792.
57. *R. c. Hauser*, (1979) 1 R.C.S. 984.
58. W.R. Lederman, « Unity and Diversity in Canadian Federalism: Ideals and Methods of Moderation », (1975) 53 *Revue du Barreau canadien* 597, p. 609.
59. A.-G. *Quebec c. A.-G. Canada*, 1945 R.C.S. 600, et *In re Storgoff*, 1945 R.C.S. 526. Après 1980, voir *P.G. Québec c. Lechasseur*, (1981) 2 R.C.S. 253, et *Bisaillon c. Keable*, (1983) 2 R.C.S. 60.
60. Voir *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada Ltd c. la Reine*, 1956 R.C.S. 303; *Ross c. Registraire des véhicules automobiles*, (1975) 1 R.C.S. 5, p. 15; et *Morgentaler c. la Reine*, (1976) 1 R.C.S. 616, p. 622–627 (opinion non contredite des juges dissidents).
61. Dans A.-G. *British Columbia c. Smith*, 1967 R.C.S. 702; la loi fédérale sur les jeunes délinquants fut jugée valide même dans la mesure où elle pourvoit à la procédure applicable dans le cas d'infractions aux lois provinciales. Mais voir maintenant *Municipalité régionale de Peel c. MacKenzie*, (1982) 2 R.C.S. 9.
62. *Industrial Acceptance Corp. c. la Reine*, (1953) 2 R.C.S. 273, et *R. c. Zelensky*, (1978) 2 R.C.S. 940. Voir aussi *Johnson c. A.-G. Alberta*, 1954 R.C.S. 127; et *Switzman c. Elbling*, 1957 R.C.S. 285. Et comparer *Henry Birks & Sons (Montreal) Ltd c. City of Montreal*, 1955 R.C.S. 799, *Lord's Day Alliance of Canada c. A.-G. British Columbia*, 1959 R.C.S. 497, et *Lieberman c. la Reine*, 1963 R.C.S. 643.
63. Voir l'*Affaire de la margarine*, 1949 R.C.S. 1; *MacDonald c. Vapor Canada Ltd*, (1977) 2 R.C.S. 134; *Supermarchés Dominion Ltée c. la Reine*, (1980) 1 R.C.S. 844; et *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. P.G. Canada*, (1980) 1 R.C.S. 914. Aussi, voir maintenant *Boggs c. la Reine*, (1981) 1 R.C.S. 49.
64. *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, (1978) 1 R.C.S. 152; *P.G. Canada et Dupond c. Montréal*, (1978) 2 R.C.S. 771, p. 791 et s.; et *R. c. Hauser*, (1979) 1 R.C.S. 984, p. 993 et s., 1004–1005, ainsi que l'opinion des juges dissidents. Cette idée vient d'être restreinte dans *P.G. Canada c. Transports nationaux du Canada*, (1983) 2 R.C.S. 206, et *R. c. Wetmore*, (1983) 2 R.C.S. 284.
65. C'est l'opinion de la majorité dans *Di Iorio, supra*, n. 64; elle fut appliquée par la Cour dans *Ritcey c. la Reine*, (1980) 1 R.C.S. 1077.
66. Voir *Batary c. A.-G. Saskatchewan*, 1965 R.C.S. 465, et *Faber c. la Reine*, (1976) 2 R.C.S. 9; cette dernière décision fut appliquée dans *Di Iorio, supra*, n. 64 et dans *P.G. Québec et Keable c. P.G. Canada*, (1979) 1 R.C.S. 218.
67. *Di Iorio, supra*, n. 64, p. 205 et 206; et *R. c. Hauser*, (1979) 1 R.C.S. 984, p. 993 et s. Mais la Cour a décidé le contraire dans les affaires *Transports nationaux* et *Wetmore, supra*, n. 64.

68. *P.G. Québec et Keable c. P.G. Canada*, (1979) 1 R.C.S. 218; *R. c. Hauser*, (1979) 1 R.C.S. 980, p. 996; et *MacKay c. la Reine*, (1980) 2 R.C.S. 370, p. 396 et s. Et voir maintenant *P.G. Alberta c. Putnam*, (1981) 2 R.C.S. 267. Évidemment, les provinces conservent leurs pouvoirs sur l'organisation judiciaire : voir *A.-G. British Columbia c. McKenzie*, 1965 R.C.S. 490.
69. *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, (1978) 2 R.C.S. 662; et *P.G. Canada et Dupond c. Montréal*, (1978) 2 R.C.S. 771. Voir le « Commentaire » de K. Swinton (1979) 57 *Revue du Barreau canadien* 326. Pour des normes locales de santé publique, voir maintenant *Schneider c. la Reine*, (1982) 2 R.C.S. 112.
70. *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, (1979) 1 R.C.S. 152, p. 207 et 208, 225 et 226. Voir aussi *A.-G. Québec c. A.-G. Canada*, 1945 R.C.S. 600; *Jones c. P.G. Nouveau-Brunswick*, (1975) 2 R.C.S. 182; et *P.G. Canada et Dupond c. Montréal*, (1978) 2 R.C.S. 771, p. 794. Les arrêts *P.G. Canada c. Transports nationaux du Canada*, (1983) 2 R.C.S. 206, en particulier p. 226–228, et *R. c. Wetmore*, (1983) 2 R.C.S. 284, refrènt cette tendance.
71. Voir *Duplain c. Cameron*, 1961 R.C.S. 693.
72. *Zacks c. Zacks*, 1973 R.C.S. 891, appliquant et généralisant un *dictum* émis dans *Jackson c. Jackson*, 1973 R.C.S. 205.
73. *A.-G. Ontario c. Barfried Enterprises Ltd*, 1963 R.C.S. 570; et *Tomell Investments Ltd c. East Marstock Land Ltd*, (1978) 1 R.C.S. 974. Voir cependant *Reference as to the Validity of Section 6 of the Farm Security Act, 1944, of the Province of Saskatchewan*, 1947 R.C.S. 394, confirmé dans *A.-G. Saskatchewan c. A.-G. Canada*, 1949, C.A. 110.
74. *Robinson c. Countrywide Factors Ltd*, (1978) 1 R.C.S. 753; et voir *Tomell Investments*, (1978) 1 R.C.S. p. 986 et 987. Mais on trouve ici plus de causes déclarant inconstitutionnelles des législations provinciales axées sur l'insolvabilité : *In re The Moratorium Act (Sask.)*, 1956 R.C.S. 31; *Validity of the Orderly Payment of Debts Act, 1959 (Alta)*, 1960 R.C.S. 571; *A.-G. Ontario c. Policy-Holders of Wentworth Insurance Co.*, 1969 R.C.S. 779.
75. *Comparer Oil, Chemical and Atomic Workers International Union c. Imperial Oil Ltd*, 1963 R.C.S. 584, et *McKay c. la Reine*, 1956 R.C.S. 798; *Interprovincial Co-operatives Ltd c. Dryden Chemicals Ltd*, (1976) 1 R.C.S. 477, et *R. c. Thomas Equipment Ltd*, (1979) 2 R.C.S. 529 (mais où aucune question constitutionnelle n'était soulevée).
76. Voir *A.-G. Ontario c. Scott*, 1956 R.C.S. 137 (exécution des ordonnances de pension alimentaire au profit des résidents d'une autre juridiction); *Carnation Co. c. Quebec Agricultural Marketing Board*, 1968 R.C.S. 238 (analogie faite avec les lois de relations de travail et d'arbitrage obligatoire); et les affaires discutées dans la suite du paragraphe.
77. 1969 R.C.S. 383.
78. (1976) 2 R.C.S. 349 : la Cour opère un rapprochement entre le statut des étrangers et des citoyens et celui des compagnies incorporées par le fédéral. Celui-ci ne peut immuniser ces personnes à l'encontre des lois provinciales qui ne stérilisent pas leur capacité générale. Voir aussi *Canadian Indemnity Co. c. P.G. Colombie-Britannique*, (1977) 2 R.C.S. 504.
79. (1977) 2 R.C.S. 134.
80. Voir l'*Affaire de la margarine*, 1949 R.C.S. 1, en ce qui concerne l'importation; *Murphy c. C.P.R. Co.*, 1958 R.C.S. 626; et *Caloil Inc. c. P.G. Canada*, 1971 R.C.S. 543.
81. *P.G. Manitoba c. Manitoba Egg and Poultry Association*, 1971 R.C.S. 689; et *Burns Food Ltd c. P.G. Manitoba*, (1975) 1 R.C.S. 494.
82. *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd c. Gouvernement de la Saskatchewan*, (1978) 2 R.C.S. 545; et *Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, (1979) 1 R.C.S. 42. Dans la mesure où ces causes portent sur des richesses naturelles, elles sont dépassées par l'édiction de l'art. 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867* par la *Loi Constitutionnelle de 1982*.
83. (1881) 7 C.A. 96.

84. *MacDonald c. Vapor Canada Ltd*, (1977) 2 R.C.S. 134.
85. *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. P.G. Canada*, (1980) 1 R.C.S. 914.
86. Voir l'*Affaire de la margarine*, 1949 R.C.S. 1; *Carnation Co. c. Quebec Agricultural Marketing Board*, 1968 R.C.S. 238; *Canadian Indemnity Co. c. P.G. Colombie-Britannique*, (1977) 2 R.C.S. 504; *Canadian Industrial Gas & Oil Ltd c. Gouvernement de la Saskatchewan*, (1978) 2 R.C.S. 545, p. 569; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, (1978) 2 R.C.S. 662; *Renvoi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, (1978) 2 R.C.S. 1198, p. 1293 et 1294; et *Brasseries Labatt*, *supra*, n. 85.
87. *Renvoi sur l'organisation du marché*, *supra*, n. 86, p. 1293; appliqué dans *Brasseries Labatt*, *supra*, n. 85 et approuvé dans *Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, (1979) 1 R.C.S. 42, p. 74.
88. *Renvoi sur l'organisation du marché*, *supra*, n. 86, p. 1295.
89. 1957 R.C.S. 198, où les motifs du juge en chef Kerwin et des juges Nolan et Locke donnent aux transactions locales une portée restrictive qui est rejetée par les juges Taschereau, Fauteux et Abbott. Sur la compétence provinciale, voir aussi *Crawford c. A.-G. British Columbia*, 1960 R.C.S. 347, et *Brant Dairy Co. c. Milk Commission of Ontario*, 1973 R.C.S. 131, p. 135 et 164-166.
90. *Carnation Co. c. Quebec Agricultural Marketing Board*, 1968 R.C.S. 238, en particulier p. 253. Voir aussi *Canadian Indemnity Co. c. P.G. Colombie-Britannique*, (1977) 2 R.C.S. 504; et *P.G. Québec c. Kellogg's Co. of Canada*, (1978) 2 R.C.S. 211.
91. *Supermarchés Dominion Ltée c. la Reine*, (1980) 1 R.C.S. 844, p. 866.
92. *Comparer Fowler c. la Reine*, (1980) 2 R.C.S. 213, et *Northwest Falling Contractors Ltd c. la Reine*, (1980) 2 R.C.S. 292; *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, (1976) 2 R.C.S. 751, et *R. c. Sutherland*, (1980) 2 R.C.S. 451. Voir aussi *Martin Service Station Ltd c. ministre du Revenu national*, (1977) 2 R.C.S. 996.
93. *Voir McKay c. la Reine*, 1965 R.C.S. 798; *Jones c. P.G. Nouveau-Brunswick*, (1975) 2 R.C.S. 182; et *Parents naturels*, *supra*, n. 92.
94. *Cardinal c. P.G. Alberta*, 1974 R.C.S. 695; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, (1979) 1 R.C.S. 754, p. 777 et 778; et *Four B Manufacturing Ltd c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, (1980) 1 R.C.S. 1031, p. 1049 et s.
95. *Voir Campbell-Bennett Ltd c. Comstock Midwestern Ltd*, (1954) R.C.S. 207; aussi, *C.N.R. Co. c. Trudeau*, 1962 R.C.S. 398, p. 405. Dans *P.G. Québec c. Kellogg's Co. of Canada*, (1978) 2 R.C.S. 211, la législation provinciale fut appliquée indirectement (en passant par l'intimée) à la télévision.
96. *Voir Four B Manufacturing Ltd c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, (1980) 1 R.C.S. 1031, en particulier p. 1047.
97. *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, 1966 R.C.S. 767. Il était acquis que les conditions de travail des fonctionnaires fédéraux et des employés du service postal relèvent de la seule compétence fédérale : *In The Matter of Legislative Jurisdiction over Hours of Labour*, 1925 R.C.S. 505; et *Reference as to the Applicability of the Minimum Wage Act of Saskatchewan to an Employee of a Revenue Post Office*, 1948 R.C.S. 248.
98. *A.-G. Canada c. C.P.R. co.*, 1958 R.C.S. 285. Voir aussi *Nykorak c. A.-G. Canada*, 1962 R.C.S. 331.
99. Dans *Winner c. S.M.T. (Eastern) Ltd*, 1951 R.C.S. 887, la Cour a déclaré qu'un service d'autobus international et interprovincial relève de la juridiction provinciale quant au transport d'un point à l'autre de la province; mais le Conseil privé reconnut la compétence fédérale exclusive sur l'ensemble : *A.-G. Ontario c. Winner*, 1954 C.A. 541.
100. *Affaire de l'Empress Hotel*, 1948 R.C.S. 373, confirmé à 1950 C.A. 122; *Campbell-Bennett Ltd c. Comstock Midwestern Ltd*, 1954 R.C.S. 207; *Affaire du débardeur*, 1955 R.C.S. 529; *R. c. Board of Transport Commissioners*, 1968 R.C.S. 118; *Agence maritime Inc. c. Conseil canadien des relations ouvrières*, 1969 R.C.S. 851; *Kootenay and Elk Railway Co. c. C.P.*, 1974 R.C.S. 955; *Union des facteurs c. Syndicat des postiers*, (1975) 1 R.C.S. 178; *Conseil canadien des relations du travail c. C.N.*, (1975) 1 R.C.S. 787; *C.N. c. Board of Commissioners of Public Utilities*, (1976) 2 R.C.S. 112; *C.N. c. Nor-Min Supplies Ltd*, (1977) 1 R.C.S. 322; *Saskatchewan Power Corp. c.*

- TransCanada Pipelines Ltd.*, (1979) 1 R.C.S. 297, *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, (1979) 1 R.C.S. 754; *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication*, (1980) 1 R.C.S. 115; et *Canadian Pioneer Management Ltd c. Conseil des relations de travail de la Saskatchewan*, (1980) 1 R.C.S. 433.
101. *Capital Cities Communications Inc. c. Conseil de la radio-télévision canadienne*, (1978) 2 R.C.S. 141, et *Régie des services publics c. Dionne*, (1978) 2 R.C.S. 191. Dans ces deux causes, la Cour a précisé qu'elle ne se prononçait pas sur les systèmes de câble d'où originent les émissions qui sont transmises aux abonnés dans la province.
 102. Affaire *Dionne*, *supra*, n. 101, p. 197.
 103. *Caloil Inc. c. P.G. Canada*, 1971 R.C.S. 543, p. 549 et 550; et *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, (1978) 2 R.C.S. 662, p. 689.
 104. *Smith c. la Reine*, 1960 R.C.S. 776; *O'Grady c. Sparling*, 1960 R.C.S. 804; *Stephens c. la Reine*, 1960 R.C.S. 823; et *Mann c. la Reine*, 1966 R.C.S. 238. Voir aussi *McNeil*, *supra*, n. 103, p. 693–695.
 105. *Validity of Section 92(4) of the Vehicles Act, 1957 (Sask)*, 1958 R.C.S. 608; *Ross c. Registraire des véhicules automobiles*, (1975) 1 R.C.S. 5; *Lieberman c. The Queen*, 1963 R.C.S. 643; et *Fawcett c. A.-G. Ontario*, 1964 R.C.S. 625. Aujourd'hui, voir surtout *Multiple Access Ltd c. McCutcheon*, (1982) 2 R.C.S. 161.
 106. *Robinson c. Countrywide Factors Ltd*, (1978) 1 R.C.S. 753; et *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, (1979) 1 R.C.S. 754, p. 779 et 780.
 107. Voir A. Tremblay, *Précis de droit constitutionnel*, Thémis, 1982, p. 172; B. Laskin, « Occupying the Field: Paramountcy in Penal Legislation », (1963) 41 *Revue du Barreau canadien* 234; et Hogg, *supra*, n. 52, p. 738.
 108. Lorsqu'une législation est déclarée inconstitutionnelle, l'autre ordre de gouvernement ne peut pas nécessairement l'adopter dans les mêmes termes (*Central Canada Potash Co. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, (1979) 1 R.C.S. 42, p. 75 et 76), mais il est compétent pour régir la matière litigieuse en raison de l'exhaustivité des compétences partagées (voir *Jones c. P.G. Nouveau-Brunswick*, (1975) 2 R.C.S. 182, p. 195, et *Renvoi sur la Loi anti-inflation*, (1976) 2 R.C.S. 373, p. 408).
 109. Hogg, *supra*, n. 52, p. 727 et s., avance des raisons supplémentaires pour expliquer le plus grand nombre d'attaques contre les lois provinciales (et le plus grand nombre d'attaques qui réussissent).
 110. Comparer par exemple les motifs de la majorité et ceux de la minorité dans *A.-G. Ontario c. Policy-Holders of Wentworth Insurance Co.*, 1969 R.C.S. 779.
 111. Hogg, *supra*, n. 52; et P.H. Russell, *The Effect of Judicial Decisions on Federal-Provincial Relations*, étude présentée à l'assemblée annuelle de l'Association canadienne des professeurs de droit, Université de Toronto, 29 mai 1984. Pour sa part, G. L'Écuyer conclut que la Cour suprême fut plus centralisatrice que le Conseil privé mais qu'elle est restée fidèle à l'esprit et à la lettre de la Constitution : G. L'Écuyer, *La Cour suprême du Canada et le partage des compétences 1949–1978*, ministère des Affaires intergouvernementales du Québec, 1978; voir aussi Rémillard, *supra*, n. 7, p. 258. Écrivant en 1968, Brossard trouvait que depuis 1949 la Cour suprême avait « fortement favorisé » le pouvoir central, *supra*, n. 7, p. 204.
 112. Voir *supra*, n. 7 et le texte correspondant.
 113. (1982) 2 R.C.S. 161.
 114. Deux décisions au même effet rendues le 13 octobre 1983 : (1983) 2 R.C.S. 206 et (1983) 2 R.C.S. 284. Voir n. 70 et le texte correspondant.
 115. D'une façon générale, voir les articles de J.D. Whyte, (1983) 5 *Supreme Court Law Review* 77 et (1984) 6 *Supreme Court Law Review* 49.
 116. Voir les n. 64 et 67 et le texte correspondant.
 117. (1982) 2 R.C.S. 9 et (1982) 2 R.C.S. 112. Voir n. 61 et 69 et le texte correspondant.
 118. Voir P.J. Monahan, « At Doctrine's Twilight: The Structure of Canadian Federalism », (1984) 34 *University of Toronto Law Journal* 47.
 119. Voir Russell, *supra*, n. 111, p. 8.
 120. (1983) 1 R.C.S. 43, p. 46.
 121. (1976) 2 R.C.S. 373, p. 433.

122. *Manitoba Government Employees Association c. Gouvernement du Manitoba*, (1978) 1 R.C.S. 1123.
123. 1950 R.C.S. 608.
124. Voir quant aux autres provinces l'art. 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.
125. *A.-G. Nova Scotia c. A.-G. Canada (Affaire du Lord Nelson Hotel)*, 1951 R.C.S. 31.
126. 1945 R.C.S. 385 : « *that such a question could be settled only by or in the course of judicial proceedings is, I think, a misconception* » p. 435, par le juge Rand; et voir p. 404, par le juge en chef Rinfret et le juge Taschereau.
127. 1948 R.C.S. 403, infirmé sur ce point à 1950 C.A. 87.
128. 1958 R.C.S. 744, p. 755.
129. *P.G. Québec c. Blaikie*, (1979) 2 R.C.S. 1016; *P.G. Manitoba c. Forest*, (1979) 2 R.C.S. 1032; et *Renvoi sur la compétence du Parlement relativement à la chambre haute*, (1980) 1 R.C.S. 54. Aussi, *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, (1981) 1 R.C.S. 753.
130. En fait, les seules applications nouvelles de cette Affaire furent faites dans le *Renvoi sur la chambre haute*, *supra*, n. 129 : d'abord aux p. 72 et 73, pour établir qu'une législature ne peut transférer tous ses pouvoirs à un autre organisme; puis à la p. 77 où on lit que le « choix de sénateurs par une législature provinciale ou par le lieutenant-gouverneur d'une province impliquerait une participation indirecte des provinces à l'adoption des lois fédérales et cela est contraire au raisonnement de cette Cour dans l'arrêt *Lord Nelson Hotel* ».
131. *Lord's Day Alliance of Canada c. A.-G. British Columbia*, 1959 R.C.S. 497, la cour jugeant l'affaire régie par *Lord's Day Alliance of Canada c. A.-G. Manitoba*, 1925 C.A. 384; et *Jones c. P.G. Nouveau-Brunswick*, (1975) 2 R.C.S. 182, p. 190 et 191.
132. (1952) 2 R.C.S. 392, la Cour expliquant qu'il ne s'agit pas d'une délégation de même nature que dans l'*Affaire du Lord Nelson Hotel*, mais bien d'une délégation à un organisme subordonné.
133. Voir W.R. Lederman, « Some Forms and Limitations of Co-operative Federalism », (1967) 45 *Revue du Barreau canadien* 409, p. 422 et 423; et *infra*, n. 139.
134. *A.-G. Ontario c. Scott*, 1956 R.C.S. 137.
135. 1968 R.C.S. 569, décision rendue par 5 voix contre 2. Voir aussi le *Renvoi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, (1978) 2 R.C.S. 1198, p. 1224.
136. Voir *National Freight Consultants Inc. c. Motor Transport Board*, (1980) 2 R.C.S. 621.
137. Voir *R. c. Smith*, 1972 R.C.S. 359.
138. Voir aussi *Registrar of Motor Vehicles c. Canadian American Transfer Ltd*, 1972 R.C.S. 811.
139. *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, 1968 R.C.S. 569, p. 576. Les juges minoritaires soulignent aussi que la coopération est désirable mais ils trouvent qu'il s'agit là d'un abandon de pouvoirs pour remédier à la décision dans *A.-G. Ontario c. Winner*, 1954 C.A. 541 (voir *supra*, n. 99).
140. (1979) 2 R.C.S. 1198. Le préambule de la loi fédérale en cause faisait expressément référence à l'opportunité de coopérer avec les provinces.
141. *Ibid.*, p. 1223 et 1224.
142. « *Unless and until a change is made in the respective legislative functions of Dominion and Province it may well be that satisfactory results for both can only be obtained by co-operation. But the legislation will have to be carefully framed, and will not be achieved by either party leaving its own sphere and encroaching upon that of the other* », *A.-G. British Columbia c. A.-G. Canada*, 1937 C.A. 377, à la p. 389.
143. 1957 R.C.S. 198, à la p. 256, par les juges Taschereau, Fauteux et Abbott.
144. *Ibid.*, p. 214, par le juge Rand, avec qui le juge Cartwright paraît d'accord.
145. (1978) 2 R.C.S. 1198, p. 1296 et 1297; l'« avertissement » dont il parle est cité *supra*, n. 142.
146. Voir *P.G. Canada et Dupond c. Montréal*, (1978) 2 R.C.S. 771, à la p. 794, à propos de la jurisprudence sur les conflits de lois citée dans *supra*, n. 104 et 105.

147. Voir W.R. Lederman, « The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada », (1963) 9 *Revue de droit de McGill* 185, p. 199; et Gibson, *supra*, n. 7, p. 629 et 638.
148. Voir les opinions du juge en chef Laskin dans le *Renvoi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, (1978) 2 R.C.S. 1198, p. 1264 et 1265, et le *Renvoi sur la Loi anti-inflation*, (1976) 2 R.C.S. 373, p. 421.
149. (1980) 1 R.C.S. 844, p. 858; la majorité invoque aussi l'*Affaire du Lord Nelson Hotel* à l'effet que la compétence ne peut être conférée par consentement.
150. *Supermarchés Dominion*, *supra*, n. 63, p. 864.
151. Voir Monahan, *supra*, n. 118, p. 96; et P.C. Weiler, « The Supreme Court of Canada and Canadian Federalism », (1973) 11 *Osgoode Hall Law Journal* 225.
152. Voir B. Laskin, « Peace, Order and Good Government » Re-Examined », (1947) 25 *Revue du Barreau canadien* 1054, p. 1076; B. Laskin, « Reflections on the Canadian Constitution After the First Century », (1967) 45 *Revue du Barreau canadien* 395; et N. Caplan, Some Factors Affecting the Resolution of a Federal-Provincial Conflict, (1969) 2 *Revue canadienne de science politique* 173, p. 184 : « the basic nature of federal-provincial relations is competitive, rather than co-operative ».
153. Voir aussi *Munro c. National Capital Commission*, 1966 R.C.S. 663, p. 667, et *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, (1978) 1 R.C.S. 152, p. 208; plus généralement, voir P.H. Russell, « The Political Role of the Supreme Court of Canada in its First Century », (1975) 53 *Revue du Barreau canadien* 576, notamment p. 590.
154. P.W. Hogg, « Chronique », (1982) 60 *Revue du Barreau canadien* 307. L'interventionnisme politique de la Cour à cette occasion fut relevé par tous les commentateurs, dont J.D. Whyte, (1983) 5 *Supreme Court Law Review* 77, p. 134 et s.
155. *Supra*, n. 114.
156. Voir aussi *supra*, n. 120 et le texte correspondant.
157. Voir Russell, *supra*, n. 111; Lederman, *supra*, n. 133; et Hogg, *supra*, n. 154, p. 322 et s.
158. Voir Hogg, *supra*, n. 52, à la note 18, de la p. 726; et Lederman, *supra*, n. 58, p. 616.
159. Dans le cas du Québec, l'unilinguisme législatif et judiciaire et le droit de veto (*P.G. Québec c. Blaikie*, (1979) 2 R.C.S. 1016, et *Re : Opposition à une résolution pour modifier la Constitution*, (1982) 2 R.C.S. 793) et, dans le cas de Terre-Neuve, les ressources du plateau continental et peut-être la nationalisation de Churchill Falls (*Affaire du plateau continental au large de Terre-Neuve*, Cour suprême, 8 mars 1984, et *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. P.G. Terre-Neuve*, Cour suprême, 8 mai 1984).
160. Voir Russell, *supra*, n. 153.
161. Voir H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel*, Éditions Yvon Blais, 1982, p. 301 et 302.



Michèle Gamache est adjointe de recherche à la Faculté de droit, Université de Montréal.

Andrée Lajoie est professeur à la Faculté de droit, Université de Montréal; elle est également l'un des coordonnateurs du module de recherche sur Le droit, la société et l'économie, Programme de recherche sur le droit et la Constitution, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada.

Patrick J. Monahan est professeur adjoint à l'école de droit Osgoode Hall, Université York, Toronto.

Pierrette Mulazzi est adjointe de recherche à la Faculté de droit, Université de Montréal.

Guy Tremblay est professeur de droit, Université Laval, Québec.

LES ÉTUDES

Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada

L'ÉCONOMIE

La répartition du revenu et la sécurité économique au Canada (vol. 1), *François Vaillancourt, coordonnateur de la recherche*

Vol. 1 La répartition du revenu et la sécurité économique au Canada,
*F. Vaillancourt (R)**

La structure industrielle (vol. 2-8), *Donald G. McFetridge, coordonnateur de la recherche*

- Vol. 2 L'industrie canadienne en transition, *D.G. McFetridge (R)*
Vol. 3 L'industrie canadienne et le virage technologique, *D.G. McFetridge (R)*
Vol. 4 La mise en oeuvre de la politique industrielle canadienne, *D.G. McFetridge (R)*
Vol. 5 Les dimensions économiques de la politique et de la stratégie industrielles,
D.G. McFetridge (R)
Vol. 6 Les économies d'échelle et la productivité : l'écart entre le Canada et les États-Unis, *J.R. Baldwin et P.K. Gorecki (M)*
Vol. 7 La politique en matière de concurrence et les échanges verticaux,
F. Mathewson et R. Winter (M)
Vol. 8 L'économie politique de l'adaptation économique, *M. Trebilcock (M)*

Le commerce international (vol. 9-14), *John Whalley, coordonnateur de la recherche*

- Vol. 9 La politique commerciale canadienne et l'économie mondiale,
J. Whalley (M)
Vol. 10 Le Canada et le système d'échanges multilatéraux, *J. Whalley (R)*
Vol. 11 Le libre-échange canado-américain, *J. Whalley (R)*
Vol. 12 La politique intérieure et le milieu économique international,
J. Whalley (R)
Vol. 13 Le commerce, la politique industrielle et la concurrence internationale,
R.G. Harris (M)
Vol. 14 Le secteur primaire et la politique d'exportation de l'eau au Canada,
J. Whalley (R)

Le marché du travail et les relations de travail (vol. 15-18), *Craig Riddell, coordonnateur de la recherche*

- Vol. 15 La coopération ouvrière-patronale au Canada, *C. Riddell (R)*
Vol. 16 Les relations de travail au Canada, *C. Riddell (R)*
Vol. 17 Le travail et le salaire : le marché du travail au Canada, *C. Riddell (R)*
Vol. 18 S'adapter au changement : l'adaptation du marché du travail au Canada,
C. Riddell (R)

La macro-économie (vol. 19-25), *John Sargent, coordonnateur de la recherche*

- Vol. 19 Le rendement macro-économique et les questions d'orientation, *J. Sargent (M)*
Vol. 20 L'évolution macro-économique depuis la Guerre, *J. Sargent (R)*
Vol. 21 Les politiques budgétaire et monétaire, *J. Sargent (R)*
Vol. 22 La croissance économique : ses facteurs déterminants et ses perspectives,
J. Sargent (R)

* (R) indique un recueil, (M) une monographie.

- Vol. 23 Les perspectives économiques de longue durée au Canada : un colloque, *J. Sargent* (R)
 Vol. 24 L'expérience macro-économique à l'étranger : un colloque, *J. Sargent* (R)
 Vol. 25 La lutte contre l'inflation et le chômage au Canada, *C. Riddell* (M)

La pensée économique et les questions sociales (vol. 26 et 27), *David Laidler*,
coordonnateur de la recherche

- Vol. 26 Le bien-être économique, *D. Laidler* (R)
 Vol. 27 Les réactions au changement économique, *D. Laidler* (R)

LA POLITIQUE ET LES INSTITUTIONS DE L'ÉTAT

Le Canada et l'économie politique internationale (vol. 28–30), *Denis Stairs et Gilbert R. Winham*,
coordonnateurs de la recherche

- Vol. 28 Le Canada et le milieu politico-économique international, *D. Stairs et G.R. Winham* (R)
 Vol. 29 Les dimensions politiques des rapports économiques entre le Canada et les États-Unis, *D. Stairs et G.R. Winham* (R)
 Vol. 30 Quelques problèmes concernant l'élaboration de la politique économique extérieure, *D. Stairs et G.R. Winham* (R)

L'État et la société dans le monde moderne (vol. 31 et 32), *Keith Banting*,
coordonnateur de la recherche

- Vol. 31 L'État et la société : le Canada dans une optique comparative, *K. Banting* (R)
 Vol. 32 L'État et les milieux économiques, *K. Banting* (R)

Le constitutionnalisme, la citoyenneté et la société (vol. 33–35), *Alan Cairns et Cynthia Williams*,
coordonnateurs de la recherche

- Vol. 33 Le constitutionnalisme, la citoyenneté et la société au Canada, *A. Cairns et C. Williams* (R)
 Vol. 34 Les dimensions politiques du sexe, de l'ethnie et de la langue au Canada, *A. Cairns et C. Williams* (R)
 Vol. 35 L'opinion publique et la politique d'État du Canada, *R. Johnston* (M)

Les institutions de représentation (vol. 36–39), *Peter Aucoin*,
coordonnateur de la recherche

- Vol. 36 Les partis et la représentation régionale au Canada, *P. Aucoin* (R)
 Vol. 37 L'Administration fédérale et la réceptivité aux besoins des régions, *P. Aucoin* (R)
 Vol. 38 Le gouvernement représentatif et la réforme des institutions, *P. Aucoin* (R)
 Vol. 39 Le fédéralisme intra-étatique au Canada, *D.V. Smiley et R.L. Watts* (M)

Les dimensions politiques de la politique économique (vol. 40–43), *G. Bruce Doern*,
coordonnateur de la recherche

- Vol. 40 Les dimensions politiques de la politique économique, *G.B. Doern* (R)
 Vol. 41 La budgétisation au fédéral et au provincial, *A.M. Maslove, M.J. Prince et G.B. Doern* (M)
 Vol. 42 La réglementation économique et le système fédéral, *R. Schultz et A. Alexandroff* (M)
 Vol. 43 La bureaucratie au Canada : son contrôle et sa réforme, *S.L. Sutherland et G.B. Doern* (M)

La politique industrielle (vol. 44 et 45), *André Blais*,
coordonnateur de la recherche

- Vol. 44 La politique industrielle, *A. Blais* (R)
 Vol. 45 Une sociologie politique de l'aide à l'industrie, *A. Blais* (M)

LE DROIT ET LA CONSTITUTION

Le droit, la société et l'économie (vol. 46-51), *Ivan Bernier et Andrée Lajoie*,
coordonnateurs de la recherche

- Vol. 46 Le droit, la société et l'économie, *I. Bernier et A. Lajoie* (R)
- Vol. 47 La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique,
I. Bernier et A. Lajoie (R)
- Vol. 48 Les règlements, les sociétés d'État et les tribunaux administratifs, *I. Bernier
et A. Lajoie* (R)
- Vol. 49 Le droit de la famille et le droit social au Canada, *I. Bernier et A. Lajoie* (R)
- Vol. 50 La protection des consommateurs, le droit de l'environnement et le pouvoir
des sociétés, *I. Bernier et A. Lajoie* (R)
- Vol. 51 Le droit du travail et le droit urbain au Canada, *I. Bernier et A. Lajoie* (R)

Le milieu juridique international (vol. 52-54), *John J. Quinn*, *coordonnateur de la
recherche*

- Vol. 52 Le milieu juridique international, *J.J. Quinn* (R)
- Vol. 53 Le développement économique du Canada et le système de commerce
international, *M.M. Hart* (M)
- Vol. 54 Le Canada et le nouveau droit international de la mer, *D.M. Johnston* (M)

L'harmonisation du droit au Canada (vol. 55 et 56), *Ronald C.C. Cuming*,
coordonnateur de la recherche

- Vol. 55 L'harmonisation du droit au Canada, *R.C.C. Cuming* (R)
- Vol. 56 L'harmonisation du droit commercial au Canada, *R.C.C. Cuming* (R)

Les accords institutionnels et constitutionnels (vol. 57 et 58), *Clare F. Beckton et
A. Wayne MacKay*

- Vol. 57 Les dossiers permanents du fédéralisme canadien, *C.F. Beckton et
A.W. MacKay* (R)
- Vol. 58 Les tribunaux et la Charte, *C.F. Beckton et A.W. MacKay* (R)

LE FÉDÉRALISME ET L'UNION ÉCONOMIQUE

Le fédéralisme et l'union économique (vol. 58-72), *Mark Krasnick, Kenneth Norrie et
Richard Simeon*, *coordonnateurs de la recherche*

- Vol. 59 Le fédéralisme et l'union économique au Canada, *K. Norrie, R. Simeon et
M. Krasnick* (M)
- Vol. 60 Points de vue sur l'union économique canadienne, *M. Krasnick* (R)
- Vol. 61 Le partage des pouvoirs et la politique d'État, *R. Simeon* (R)
- Vol. 62 Le partage des pouvoirs : études de cas, *M. Krasnick* (R)
- Vol. 63 Les relations intergouvernementales, *R. Simeon* (R)
- Vol. 64 Les disparités et les adaptations interrégionales, *K. Norrie* (R)
- Vol. 65 Le fédéralisme fiscal, *M. Krasnick* (R)
- Vol. 66 La libre circulation des capitaux à l'intérieur de l'union économique
canadienne, *N. Roy* (M)
- Vol. 67 La gestion économique et le partage des pouvoirs, *T.J. Courchene* (M)
- Vol. 68 Les dimensions régionales de la Confédération, *J. Whalley* (M)
- Vol. 69 Les rapports entre les groupes de pression et les gouvernements dans le
système fédéral canadien, *H.G. Thorburn* (M)
- Vol. 70 Le Canada et le Québec : un essai rétrospectif et prospectif, *D. Latouche* (M)
- Vol. 71 L'économie politique du fédéralisme canadien de 1940 à 1984, *R. Simeon et
I. Robinson* (M)

LE NORD

- Vol. 72 Le Nord, *Michael S. Whittington*, *coordonnateur de la recherche* (R)

ORGANIGRAMME DE LA COMMISSION

Président

Donald S. Macdonald

Commissaires

Clarence L. Barber Albert Breton M. Angela Cantwell Peters E. Gérard Docquier	William M. Hamilton John R. Messer Laurent Picard Michel Robert	Daryl K. Seaman Thomas K. Shoyama Jean Casselman-Wadds Catherine T. Wallace
--	--	--

Direction

Directeur exécutif
J. Gerald Godsoe

Directeur de l'élaboration des politiques
Alan Nymark

Secrétaire
Michel Rochon

Directrice des services administratifs
Sheila-Marie Cook

Conseillers principaux
David Ablett
Victor Clarke
Carl Goldenberg
Harry Stewart

Directeur des publications
Ed Matheson

Directeurs de recherche
Ivan Bernier
Alan Cairns
David C. Smith

Codirecteurs de recherche
Kenneth Norrie
John Sargent

Recherche

Économie

Directeur de recherche
David C. Smith

Attachée de direction et directrice adjointe (Services de recherche)
I. Lilla Connidis

Coordonnateurs
David Laidler
Donald G. McFetridge
Kenneth Norrie*
Craig Riddell
John Sargent*
François Vaillancourt
John Whalley

Agents de recherche
Caroline Digby
Mireille Éthier
Judith Gold
Douglas S. Green
Colleen Hamilton
Roderick Hill
Joyce Martin

Politique et institutions de l'État

Directeur de recherche
Alan Cairns

Attachée de direction
Karen Jackson

Coordonnateurs-trices
Peter Aucoin
Keith Banting
André Blais
G. Bruce Doern
Richard Simeon
Denis Stairs
Cynthia Williams
Gilbert R. Winham

Agents de recherche
Claude Desranleau
Ian Robinson

Auxiliaire administrative
Donna Stebbing

Droit et Constitution

Directeur de recherche
Ivan Bernier

Attaché de direction et administrateur du Programme de recherche
Jacques J.M. Shore

Coordonnateurs-trices
Clare F. Beckton
Ronald C.C. Cuming
Mark Krasnick
Andrée Lajoie
A. Wayne MacKay
John J. Quinn

Adjoint à la recherche et à l'administration
Nicolas Roy

Agent de recherche
Nola Silzer

*Kenneth Norrie et John Sargent ont assuré avec David Smith la direction de la recherche sur l'économie pour la dernière phase des travaux.

LE DROIT ET LA CONSTITUTION
Le droit, la société et l'économie

La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique

IVAN BERNIER et ANDRÉE LAJOIE, coordonnateurs de la recherche

La Cour suprême joue un rôle important dans l'adaptation de la Constitution et du système juridique aux réalités toujours mouvantes de la vie canadienne. Les études de ce volume en évaluent l'efficacité et concluent que la contribution de ce tribunal a été moins que satisfaisante. D'après les auteurs, la Cour a maintenu le fédéralisme classique et toujours adopté une approche conservatrice des droits et libertés; elle n'a, en général, pas tenu compte du cas particulier du Québec et n'a pas su s'inspirer de l'analyse économique pour prendre ses décisions sur les questions économiques.

AUTEURS ET ÉTUDES

Les idées politiques au Québec et le droit constitutionnel canadien : 1945-1984 Andrée Lajoie,
Pierrette Mulazzi et Michèle Gamache

La Cour suprême et l'économie Patrick J. Monahan

La Cour suprême du Canada, dernier arbitre des conflits d'ordre politique Guy Tremblay

IVAN BERNIER est doyen de la Faculté de droit, Université Laval, Québec.

ANDRÉE LAJOIE est professeur à la Faculté de droit, Université de Montréal.



**Commission royale sur l'union économique
et les perspectives de développement du Canada**

ISBN 0-660-91540-5