

# **SPECIAL SERIES ON THE FEDERAL DIMENSIONS OF REFORMING THE SUPREME COURT OF CANADA**

## **Réformer le processus de nomination des juges de la Cour suprême?**

Andrée Lajoie  
Université de Montréal

**Institute of Intergovernmental Relations  
School of Policy Studies, Queen's University**

SC Working Paper 2009 - 04



Des membres de l'*Institut des affaires intergouvernementales* de l'Université Queen's s'interrogent sur l'utilité de réformer le mode de nomination des juges de la Cour suprême, actuellement prévu «par lettres patentes du Gouverneur général revêtues du grand sceau»<sup>1</sup>, auxquelles le premier ministre Harper a ajouté, lors de la nomination du juge Nicholls en 2008, une audience publique d'examen de la candidature, maintenant néanmoins l'ensemble du processus sous le contrôle exclusif des autorités fédérales. Certains estiment en effet que la légitimité de la Cour resterait affectée encore maintenant d'un «déficit de fédéralisme», si tant est que les modifications apportées par le premier ministre Harper à ce processus aient supprimé le «déficit démocratique» antérieur.

Ma réponse —qui en étonnera sans doute certains— est non, je ne crois pas qu'il y ait lieu de modifier ce mode de nomination, comme je l'expliquerai dans la deuxième partie de ce texte, après avoir d'abord soulevé dans la première deux questions préalables: quels facteurs orientent les opinions des juges de la Cour suprême? et le Canada est-il une fédération?

## 1- Questions préliminaires

### a) Quels facteurs orientent-ils les décisions de la Cour suprême?

Je m'intéresse depuis longtemps aux facteurs susceptibles d'orienter les décisions de la Cour suprême du Canada portant notamment sur le partage des compétences et sur le sens à donner à l'expression «société libre et démocratique» insérée à l'article 1 de la Charte<sup>2</sup>

S'agissant en premier lieu de l'analyse de l'interprétation par la Cour du partage des compétences dans la fédération canadienne, c'est —comme l'indique son titre<sup>3</sup>— l'objet de l'étude proposée par la *Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada* qui a entraîné mon questionnement et l'hypothèse centrale relative aux facteurs politiques du comportement de la Cour. Le produit constitutionnel de la Cour entre la fin de la guerre et la Charte a donc été analysé dans un premier temps, pour dégager ses effets relativement au partage des compétences et les justifications interprétatives invoquées au soutien des solutions retenues, de façon à pouvoir le mettre en rapport avec les faits et les idées politiques dominantes et minoritaires pendant la même période.

Il s'agit d'une analyse constructiviste<sup>4</sup> dans le sens où le choix du corpus et de l'hypothèse n'est pas indépendant de la situation socio-historique de la Commission qui les formule ni de celle des chercheurs qui ont tenté d'y répondre. Cette démarche était au surplus dépendante au départ d'une analyse des conséquences juridiques de ces décisions et des cheminements interprétatifs par

---

<sup>1</sup> *Loi concernant la Cour suprême du Canada*, S.R.C. ch. S-19, art. 4 (2).

<sup>2</sup> Incluse à l'Annexe B de la *Loi constitutionnelle de 1982*, 1982 ch.11 (R.U.)

<sup>3</sup>A. LAJOIE, P. MULAZZI, et M. GAMACHE, «Les idées politiques au Québec et le droit constitutionnel canadien», dans I. BERNIER et A. LAJOIE (dirs.), *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*, Études, Commission (MACDONALD) royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, n° 47, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986, pp. 1-110.

<sup>4</sup>Voir entre autres: P. Walslawick, E. von Glasserfeld, G. de Vico, D. Hume, L. Wittengenstein, E. Morin, et plus particulièrement: P. BOURDIEU, J.-C. CHAMBORDERON et J.-C. PASSERON, «La construction de l'objet», dans *Le métier de sociologue, préalables épistémologiques*, 4e éd., Paris-La Haye, Mouton, 1983, pp. 51-80, et sur l'apport respectif de l'histoire et de la sociologie et leurs rivalités à cet égard: *Le Débat*, n° 79, Paris, Editions Gallimard, mars-avril 1994, textes regroupés sous le thème «le territoire du sociologue» et plus particulièrement: J. REVEL, «Histoire, sociologie, histoire», pp. 105-110; P. VEYNE, «Une distinction rhétorique», pp. 110-114; J.-C. PASSERON, «Homo sociologicus», pp. 114-133.

lesquels la Cour y est arrivée et présupposait, par ailleurs, non seulement que les facteurs politiques étaient susceptibles d'influer sur le produit constitutionnel de la Cour, mais que, sans impliquer de véritable causalité, ils étaient centraux et pouvaient être étudiés séparément pour eux-mêmes.

Cette présupposition selon laquelle les facteurs politiques prédominaient largement dans l'interprétation judiciaire des concepts flous me laissait pourtant mal à l'aise et j'ai cherché à la remettre en question dans une étude ultérieure portant sur le sens que la Cour a donné à l'expression «société libre et démocratique», en adoptant cette fois une approche différente de la précédente, où les facteurs politiques ne seraient pas pris en compte au point de départ. Persuadée que les convictions personnelles des juges comptaient dans leurs choix de valeurs, j'ai posé l'hypothèse que les interprétations proposées, par chacun des juges de la Cour, de cette expression insérée dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, varieraient, notamment, selon leur conception respective antérieure de «société libre et démocratique», de même qu'en fonction du contexte factuel et juridique et des attentes des auditoires, ces derniers facteurs relevant des hypothèses rhétoriques que Perelman<sup>5</sup> avait mises de l'avant sans pouvoir les vérifier à cause de la forme elliptique des décisions des tribunaux européens continentaux. Ce sont ces hypothèses que j'ai vérifiées<sup>6</sup> sur le corpus formé des écrits juridiques pré et post-Charte des juges qui siégeaient à la Cour suprême lorsque, à partir de 1984, elle a dû interpréter cette expression.

C'est à livrer les résultats de ces deux entreprises de recherche en suivant le fil du cheminement théorique qui a guidé leur analyse que j'ai par la suite consacré un ouvrage<sup>7</sup> dont je reprends en partie certaines conclusions<sup>8</sup>, où j'ai tenté d'illustrer la marge de discrétion que le texte et le contexte constitutionnel accordent à la Cour, notamment dans les interstices créés par les concepts flous qui caractérisent le partage des compétences et les limites des droits fondamentaux dans la Constitution canadienne et de montrer aussi comment la Cour a utilisé cette discrétion, recouvrant ces interstices d'un tissu précaire et sans cesse renouvelé, au fil de ses interprétations successives des mêmes textes..

Il ressort clairement de cette synthèse de ces deux études (dont je ne peux livrer ici que le résultat sans en reprendre la démonstration faute d'espace) que ce sont les valeurs dominantes dans la société canadienne au moment où intervient une décision de la Cour en cette matière qui la surdéterminent<sup>9</sup>, même si les juges —on l'aurait deviné— invoquent pour la justifier d'autres motifs, généralement déductifs, positivisme obligeant... En effet, il apparaît que le rapport entre les facteurs politiques et la jurisprudence constitutionnelle de la Cour repose sur une macro-coïncidence entre des idées, des attentes et des réclamations formulées dans le champ politique, et un produit judiciaire résultant de décisions intervenues dans des litiges individuels auxquels, dans la plupart des cas, les agents politiques n'étaient pas partie et ne sont pas intervenus. Sans refaire le procès de la causalité en sciences sociales, ce n'est pas de cela dont il est ici question mais tout au plus d'une corrélation. Car si cette corrélation permet de croire à une incidence des facteurs politiques présents au pays durant cette longue période sur le produit constitutionnel de la Cour suprême durant la même période, elle se situe à un niveau trop macroscopique pour laisser voir

---

<sup>5</sup> PERELMAN, C. (en collaboration avec P. Foiriers), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Etablissements Émile Bruylant, 1978

<sup>6</sup> LAJOIE A., ROBIN R., GRAMMOND S., QUILLINAN H., ROLLAND L., PERRAULT S. et CHITRIT A., Les représentations de «société libre et démocratique» à la Cour Dickson, la rhétorique dans le discours judiciaire canadien, (1994) 32 *Osgoode Hall Law Journal*, 295

<sup>7</sup> *Jugements de valeurs*, Paris, Presses universitaires de France, 1997

<sup>8</sup> *Id.*, extraits des pages 28-53 et, plus loin, 202, 203.

<sup>9</sup> Sur le concept de surdétermination, voir les travaux de Gérard Timsit sur l'analyse systémale, notamment: «Sur l'engendrement du droit», (1988) *Revue de droit Public* 39.

*comment* ces facteurs agissent sur cette jurisprudence, et ne permet pas de distinguer quand et à quelles conditions elle opère.

Pourtant, on peut, malgré cela, tirer des conclusions intéressantes à partir des limites mêmes de ces résultats. Il faut d'abord noter que l'absence de lien direct entre les facteurs politiques et les décisions avec lesquelles ils sont néanmoins en corrélation indique déjà que ce ne sont pas nécessairement les arguments politiques invoqués ou même pertinents à un litige qui orientent son résultat. C'est autrement, à travers le climat social et la conjoncture dans laquelle ils baignent qu'éventuellement les juges seraient rejoints par ces facteurs, et tiendraient compte du résultat éventuel de leurs décisions sur l'ensemble de la société, comme en témoigne entre autres l'évolution de leur conception du fédéralisme, qui passe par trois degrés inégaux de centralisation dans les interprétations qu'en a livrées la Cour entre la guerre et la Charte: un fédéralisme unilatéral, qui va durer jusqu'en 1960, suivi d'une brève pause, matérialisée par un fédéralisme dialogique, puis d'une reprise, à partir de 1975, d'une centralisation désormais normalisatrice.

Que ce ne soient pas nécessairement les *arguments* politiques qui orientent le résultat des décisions, n'a rien pour étonner à une époque où les preuves «extrinsèques», celles qui font état des facteurs sociaux et économiques reliés à un litige, ne sont pas admises devant les tribunaux<sup>10</sup>. L'examen des motifs des décisions, du type de justification que les juges invoquent, confirme d'ailleurs ce constat sur une longue période. Jusqu'aux années quatre-vingt en effet, la Cour fera montre d'un comportement doublement réservé, comme si l'exercice d'un contrôle constitutionnel sans assises explicites épuisait son énergie, sinon son capital de légitimité: elle se contente en effet de prononcer, sur un mode qu'elle représente comme strictement interprétatif, la validité ou la nullité des lois, sans utiliser —mise à part l'interprétation atténuée et la dissociation— les instruments qui marqueront plus tard son intervention active et n'invoque, pour s'en justifier, —à quelques exceptions près, qui serviront de précurseurs à son comportement ultérieur— que des motifs techniques.

Dans les années d'après-guerre en effet, la Cour se contente de valider la plupart des lois fédérales, appliquant des techniques d'interprétation qu'elle donne comme neutres et non-interventionnistes<sup>11</sup>, et que l'on pourrait qualifier dans l'ensemble d'essentialistes, comme précisément la théorie de l'essence<sup>12</sup>, de l'aspect<sup>13</sup>, de la compétence incidente ou accessoire<sup>14</sup> et

<sup>10</sup>En matière constitutionnelle, elles le deviendront après 1975.

<sup>11</sup>Ce constat est dû à la vérification d'une hypothèse surgie d'une discussion avec mon collègue Jacques Frémont, et dont Paul Weiler avait d'ailleurs déjà documenté, sans le savoir, la première partie: P. WEILER, *In The Last Resort, A Critical Study of the Supreme Court of Canada*, Toronto, Carswell/Methuen, 1974 et «The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism», (1973) 23 *U. of T. L. J.* 307. Plus généralement, sur le non-interventionnisme de la Cour, voir: M. MANDEL, *op. cit.*, note 74, p. 77; P. RUSSEL, «The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms», 1983 (61) *R. du B.C.* 30, P. 49; B. HOVIUS et R. MARTIN, «The Canadian Charter of Rights and Freedoms in the Supreme Court of Canada» 1983 (61) *R. du B.C.* 354.

<sup>12</sup>Il s'agit d'une technique fondée sur une théorie positiviste et essentialiste, dite du *pith and substance*, selon laquelle les lois doivent être classées sous un chef de compétence constitutionnelle d'après leur «aspect essentiel», leur «caractère véritable», comme si la détermination de ce caractère essentiel pouvait être univoque et ne constituait pas, en elle-même, un enjeu politique.

<sup>13</sup>Variante de la technique précédente selon laquelle une loi peut présenter plusieurs «aspects» (ou objets formels) relevant respectivement des compétences fédérale et provinciale. Elle permet donc l'adoption éventuelle de lois fédérales et provinciales, sur le même objet matériel concret, parce que leur objet formel diffère.

<sup>14</sup>Les compétences n'étant pas complètement étanches les unes par rapport aux autres, on les qualifiera d'incidentes lorsqu'elles «effleureront» certaines matières relevant d'une autre compétence (François

celle des éléments intrinsèques<sup>15</sup>. En fait, sur l'ensemble des décisions qui constituent le corpus du partage des compétences entre la guerre et la Charte, 87%<sup>16</sup> se confinent à des motivations fondées sur ces théories étroitement liées au texte, rivées à des interprétations classiques, terminologiques, grammaticales, basées sur des étiquettes<sup>17</sup>.

Les autres 13% invoquent au contraire des motivations transparentes, même à travers leur libellé, quant à leur caractère politique, comme l'urgence, les dimensions nationales ou la prépondérance fédérale. Mises à part trois de ces décisions qui visaient le droit criminel, toutes les autres concernent des domaines comme l'aménagement du territoire, l'aéronautique, les communications, le contrôle de l'inflation, les échanges, le commerce et les affaires corporatives: elles portent donc très majoritairement sur des objets liés au développement économique spécifique à cette époque, un domaine d'intervention alors nouveau pour l'État et dont les éléments se prêtent mal à une classification essentialiste dans des catégories établies au milieu du XIXe siècle. La Cour devra dès lors renoncer aux apparences de la neutralité et donner les raisons véritables de ses décisions centralisatrices.

Ce n'est qu'à partir des années quatre-vingt que, continuant d'interpréter le partage des compétences malgré la prédominance des pourvois relatifs à la Charte, elle commencera à invoquer expressément des motifs moins techniques, étendant la portée de la théorie de l'aspect et incluant l'*intérêt* national dans celle des «dimensions nationales», avant de renoncer à dissimuler ses motifs politiques derrière quelque écran «théorique» que ce soit, avouant, sous la plume du juge La Forest<sup>18</sup>, que:

*«les anciennes règles de common law relatives à la reconnaissance et à l'exécution avaient leur origine dans une conception périmée du monde qui mettait l'accent sur la souveraineté et l'indépendance, souvent au détriment de l'équité (...) De toutes façons j'ai indiqué que les règles traditionnelles qui mettent l'accent sur la souveraineté semblent absolument contraires à l'intention manifeste de la Constitution d'établir un seul et même pays.»*

La Cour prend dès lors acte du caractère politique des affaires constitutionnelles dont elle est saisie et motive ouvertement ses décisions en conséquence. Certes, elle avait déjà donné quelques signaux en ce sens, d'abord en décidant que le rapatriement unilatéral de la Constitution, bien que contraire aux conventions constitutionnelles, était néanmoins légal, et en discutant ouvertement les limites des principes de la séparation des pouvoirs et du fédéralisme. Pourtant,

---

CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.M., 1982, p. 303); il s'agira au contraire de compétence implicite ou accessoire (*necessarily incidental*) en cas, non plus d'effleurement, mais d'«empiètement» (*Id.*, p. 305). Ce fondement n'est susceptible d'appuyer la validité d'une loi que si son adoption est nécessaire à l'exercice de la compétence principale qu'invoque le législateur.

<sup>15</sup>La théorie des éléments intrinsèques ne s'applique pas à une loi, mais aux activités d'une entreprise. Elle se caractérise par l'inclusion, dans l'objet présumément visé par une compétence constitutionnelle, de tout élément relié de près, mais plus généralement de loin, aux activités «essentielles» de l'entreprise.

<sup>16</sup>Pour une analyse détaillée, quantifiée par la suite par Me M. C. Gervais. voir: A. LAJOIE, P. MULAZZI, M. GAMACHE, «Les idées politiques au Québec et le droit constitutionnel canadien», dans *I. BERNIER* et A. LAJOIE, *La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique*, Études, (Commission MacDonald) sur l'Union économique et les perspectives de développement au Canada, no 47, Ottawa, Approvisionnements et Services, Canada. 1986. pour une analyse détaillée, quantifiée par la suite par Me M. C. Gervais.

<sup>17</sup>Sur cette question, voir: P. WEILER, *op. cit.*, note 11, p. 161

<sup>18</sup>*Hunt c. T&N PLC*, [1993] 4 R.C.S. 289, p. 320 et *Morguard Investment Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, pp. 1099-1110.

même si elle a été précédée de signes avant-coureurs, la rupture au début des années quatre-vingt dans le comportement de la Cour est nettement perceptible: longtemps marquée au sceau d'une grande timidité par la modestie des techniques d'interprétation, qui se veulent d'une neutralité extrêmement formaliste dans le ton, les décisions vont dorénavant mieux laisser voir, parfois, les motifs politiques qui les orientent. Elles vont bientôt s'éloigner aussi de la retenue absolue que la Cour avait manifestée au plan de ce qu'elle estimait être de l'interventionnisme judiciaire et dont elle s'était jusque-là refusé les instruments. Jusqu'au début des années quatre-vingt, elle se contente en effet de valider certaines lois, au besoin au moyen d'une interprétation atténuée, et d'en invalider d'autres, en employant parfois la dissociation, mais ne songe même pas aux instruments —plus apparemment envahissants à l'égard de ce que les essentialistes estiment être le rôle du législateur— qu'après 1982, elle proposera, sans d'ailleurs tous les utiliser

On peut sans doute l'expliquer de plusieurs façons. D'aucuns croient y lire un effet de contamination de l'interprétation de la Charte, où les éléments politiques seraient incontournables: la Cour ne pouvant plus se cacher à elle-même son rôle politique dans ce domaine, deviendrait plus transparente, sinon plus audacieuse, en matière de partage des compétences, et ferait plus candidement état de ses véritables motifs. Mais la jurisprudence relative à la Charte reste elle-même longtemps formaliste avant d'avouer ses couleurs...

Paul Weiler, écrivant avant cette rupture<sup>19</sup>, explique pour sa part cette longue période de formalisme judiciaire et la crise qu'elle a suscitée par le fait que les tribunaux aient pu se contenter d'une interprétation littérale des termes d'un compromis fédératif dans les années qui suivent sa signature, quand les conditions qui lui ont donné naissance restaient inchangées et sa légitimité, entière. Il constate en effet qu'avant les années soixante-dix, la Cour formule ses motifs selon un certain nombre d'«étiquettes», jouant le jeu du nominalisme, si ce n'est celui de l'essentialisme, jusqu'à ce qu'elle se voit confrontée à ranger des matières nouvelles dans des catégories de compétence mal faites pour les contenir à une époque où des facteurs politiques, économiques, et plus largement sociaux, ont complètement modifié la base d'un compromis désormais ininterprétable.

Il se pourrait bien qu'il n'ait pas tort... Roderick Macdonald non plus, qui proposerait sans doute sa théorie du «jouet neuf»<sup>20</sup>, selon laquelle lorsqu'un tribunal se voit confier l'application d'une nouvelle loi<sup>21</sup>, il l'applique d'abord avec intransigeance et un maximum de formalisme, puis devient plus souple et tient compte des facteurs de réalité en démontrant une certaine tolérance. Cette courbe, que Macdonald dit avoir souvent observée dans le domaine du droit privé comme dans celui du droit public, devrait selon lui faire partie des hypothèses quand on analyse la mise en oeuvre d'une nouvelle législation et son interprétation initiale par les tribunaux. Quoi qu'il en soit, il faut noter déjà ce comportement répété de la Cour qui déguise longtemps ses décisions sous des motifs techniques et formalistes, avant d'en admettre finalement la dimension politique ou interventionniste, inévitable compte tenu de leur lien avec le contexte politique.

Enfin, le fait que le peu de chemin parcouru par les idées politiques professées au Québec dans le droit constitutionnel canadien au cours du dernier demi-siècle n'ait pas, à une exception près, emprunté la voie des pratiques constitutionnelles, ni encore moins celle des modifications du texte de la Constitution, mais de la jurisprudence, mène à poser l'hypothèse d'un rôle supplétif du judiciaire à l'égard du constituant, sinon du législateur ordinaire. Il y aurait peu de constitutions vraiment rigides, seulement des constitutions qui évoluent par des chemins alternatifs, suivant les

<sup>19</sup>*Supra*, note 11.

<sup>20</sup>*Théories et émergence du droit*, Séminaire, Montréal, Université Mc Gill, hiver 1995.

<sup>21</sup>Car même si le partage des compétences date de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ce n'est qu'à partir de 1949 que la Cour suprême en devient l'arbitre final et autonome.

conjonctures. Quand la voie politique est doublement bloquée, par un mode d'amendement formel inaccessible et par l'absence de volonté politique d'une majorité de prendre en compte les aspirations d'une minorité qui dispose d'un rapport de forces utile mais non dominant, la voie judiciaire prendrait le relais, en procédant par interprétation aux ajustements constitutionnels nécessaires, surtout à cette période, au maintien de l'intégrité d'un État né dans la modernité et qui en conserve certains réflexes, même s'il amorce la transition vers des formes bientôt pluralistes<sup>22</sup>.

On commence déjà à apercevoir que l'orientation des décisions de la Cour suprême a plus à voir avec la conjoncture dans laquelle elles sont rendues, qu'avec les idées antérieurement énoncées par ceux qui deviennent juges et par conséquent avec le mode de nomination de ces derniers. Mais pour que l'influence, si minime soit-elle, de ce dernier procédé induise au surplus un «déficit de fédéralisme» dans le contexte constitutionnel canadien, encore faudrait-il que le Canada soit une fédération. Est-ce bien le cas?

### **b) Le Canada, une fédération?**

Comme on l'aura compris de mon utilisation du vocabulaire dans *Jugements de valeurs* en 1998 (fédéralisme: unilatéral, dialogique, normalisateur), j'ai cru au fédéralisme canadien longtemps, bien que mes travaux sur le pouvoir déclaratoire aient commencé d'ébranler cette conviction dès 1969<sup>23</sup>. Mais il a fallu que l'on me demande une comparaison de la constitution canadienne avec celle que se proposait d'adopter l'Union européenne en 2004 pour que je reconnaisse mon erreur. En effet, cette démarche m'a permis de vérifier avec encore plus de précision que tous les auteurs s'entendent à fixer le seuil entre la décentralisation et le fédéralisme au point où la souveraineté parallèle des entités cède le pas au pouvoir de modifier unilatéralement le partage des compétences entre lui-même et les unités constituantes de l'État, qui devient alors unitaire. Or l'examen du texte constitutionnel canadien, des théories interprétatives que les tribunaux en ont données, aussi bien que des pratiques gouvernementales autorisées ou non par la constitution, permet de déceler pas moins de dix mécanismes différents par lesquels les autorités fédérales peuvent modifier unilatéralement le partage des compétences prévu par le texte constitutionnel lui-même.

—**le texte constitutionnel et le partage initial** Sauf en ce qui concerne un chef de compétence fédérale et certains pouvoirs de l'exécutif sur lesquels je reviens plus loin, ce n'est pas tant le texte constitutionnel initial qui est responsable de la centralisation actuelle, dans la Constitution canadienne, du partage des compétences législatives – et, partant, des pouvoirs exécutifs qui leur sont reliés. Cette centralisation découle plutôt des interprétations judiciaires auxquelles ce partage a donné lieu, et des pratiques gouvernementales qui se sont élaborées à sa marge.

#### **—les théories interprétatives**

Les origines coloniales de la Confédération canadienne lui ont longtemps valu un régime judiciaire paradoxal: l'arbitre des conflits d'interprétation inévitablement suscités par le partage des compétences législatives entre le Parlement fédéral et plusieurs législatures provinciales sur notre territoire a longtemps été étranger. C'est en effet le Comité judiciaire du Conseil privé qui, de Londres, décidait ces matières en dernier ressort jusqu'en 1949, donc après même l'institution de la Cour suprême du Canada en 1875. L'ensemble des constitutionnalistes est d'accord pour considérer la jurisprudence de ce tribunal colonial comme la plus décentralisatrice qu'ait connue

---

<sup>22</sup>Pour une confirmation au moins partielle de cette hypothèse, en ce qui concerne spécifiquement le fédéralisme, voir: M. MANDEL, *op. cit.*, note 11, p. 238 et 254.

<sup>23</sup> *Le pouvoir déclaratoire du Parlement, augmentation discrétionnaire de la compétence fédérale au Canada*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1969.

notre Constitution: André Tremblay estime que c'est le Conseil qui a le mieux actualisé les potentialités fédérales de la constitution canadienne en affirmant un modèle dualiste de fédéralisme propre à atténuer les éléments centralisateurs de la *Loi constitutionnelle de 1867* et à garantir les provinces contre l'effritement de leur autonomie<sup>24</sup>. Le phénomène s'explique précisément par le statut étranger du tribunal: ce sont les valeurs dominantes en Angleterre, indifférentes au partage des compétences entre groupes de colonisés, qui orientaient le Conseil. Tout au cours de cette période, le Conseil privé a donc affirmé l'autonomie juridique des provinces à l'égard de toute tutelle fédérale, et plus encore la compartimentation stricte du partage des compétences: on verra un élargissement des compétences provinciales énumérées et un rétrécissement parallèle des compétences fédérales susceptibles de les envahir, comme celles qui portent sur la paix, l'ordre et le bon gouvernement et les échanges commerciaux.

Pourtant, avant de céder la main à la Cour suprême, le Conseil privé avait déjà conçu une partie des instruments du renversement de sa propre tendance, sans pourtant les appliquer d'emblée. C'est donc par la construction de théories interprétatives, élaborées au fur et à mesure des nécessités pratiques, que le Conseil privé a forgé les instruments de centralisation que la Cour suprême allait mettre à profit par la suite en définissant un fédéralisme successivement unilatéral, dialogique et normalisateur, déjà évoqué. On en dénombre cinq principales, dont les trois premières sont liées à la facture du texte constitutionnel: soit les théories de la compétence accessoire implicite, de la prépondérance fédérale et des pouvoirs résiduaux, alors que les deux autres se présentent comme des exceptions dans l'application du partage énoncé: celles des dimensions nationales et de l'état d'urgence. Sans procéder ici à l'analyse des arrêts qui leur ont donné naissance et qui les ont par la suite appliqués, il convient de montrer en quoi elles favorisent toutes la centralisation.

•**Compétence accessoire implicite** La compétence implicite, (accessoire ou ancillaire), permet au Parlement fédéral de légiférer dans les domaines de compétence provinciale « exclusive » si l'exercice efficace des siennes propres l'exige<sup>25</sup>. Comment une compétence peut-elle être à la fois exclusive et, en même temps, valablement envahie par un autre ordre législatif que celui auquel elle a été attribuée? L'effet envahissant de cette technique eût exigé pour le moins une interprétation stricte du critère de nécessité, et la logique du concept, son application égale aux compétences provinciales: tel n'a pas été le cas, comme l'illustre la seconde période de l'évolution du fédéralisme canadien.

•**Prépondérance fédérale** En cas de conflit entre deux législations, l'une provinciale, l'autre fédérale, toutes deux valablement fondées au départ, portant sur un objet identique et incompatibles dans leur application, le Conseil a décidé<sup>26</sup> que la législation fédérale prévaudrait. Par la suite, on pourra le constater, les tribunaux canadiens étendront la portée de cette théorie en l'appliquant à des conflits d'application *potentielle* entre deux normes<sup>27</sup>.

•**Compétence résiduaire** Le Conseil, se fondant sur le paragraphe 29 de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui attribue expressément à la compétence fédérale «*les catégories de sujets expressément exceptés dans l'énumération des catégories de sujets exclusivement assignés par la présente loi aux législatures des provinces*» a confirmé la compétence fédérale sur toute matière résiduaire, c'est-à-dire non énumérée dans la liste des compétences provinciales, à moins

<sup>24</sup> André TREMBLAY, «Judicial Interpretation and the Canadian Constitution», [1991/92] 1 *N.J.C.L.* 163, 165. La présente section de ce texte est largement inspirée, avec l'accord de l'auteur, de cet article qui constitue une excellente synthèse sur cette période

<sup>25</sup> *Cushing c. Dupuy*, (1880) 5 A.C. 409 (C.P.).

<sup>26</sup> *A.G. Ontario c. A.G. Canada* [1896] A.C. 348 (C.P.).

<sup>27</sup> *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121

qu'il ne s'agisse d'une matière clairement locale<sup>28</sup>. On imagine facilement l'effet centralisateur de cette théorie un siècle et demi après la rédaction de la Constitution, lorsque les matières innomées —parce qu'alors inexistantes ou non susceptibles d'être régies par l'État libéral du XIX<sup>e</sup> siècle, telles l'aéronautique, les télécommunications et la capitale nationale— auront pris dans la législation contemporaine l'importance que l'on sait.

•**Dimensions nationales** De la compétence résiduaire à la théorie des dimensions nationales, il n'y avait qu'un pas, un pas hors du texte constitutionnel, que le Conseil a allègrement franchi, déclarant de compétence fédérale une loi prohibant la vente et la consommation publique de l'alcool, au motif que ce fléau avait pris des « dimensions nationales »<sup>29</sup>. Jumelée avec l'état d'urgence dont elle ne se distingue pas toujours clairement, cette théorie allait être appliquée à quelques reprises par la suite. Elle a eu un regain de vigueur récemment à cause de sa connexité avec le concept de subsidiarité<sup>30</sup>.

•**État d'urgence** Par la suite, l'état d'urgence a par ailleurs été invoqué pour lui-même et sans l'appui de la théorie des dimensions nationales<sup>31</sup>. Il a au surplus servi de fondement à des «mesures spéciales pour faire face à des situations de crise, qu'elles proviennent de troubles civils, d'insurrections, de guerres ou de perturbations économiques. En fait, le Canada a été assujéti à une quelconque forme de législation d'urgence durant environ 40 % du temps depuis le début de la première guerre mondiale»<sup>32</sup>.

Mais c'est cumulativement qu'il faut apprécier ces théories: que reste-t-il aux États constituants d'une fédération où les autorités centrales peuvent légiférer d'abord dans leur propre domaine, puis sur les matières résiduares, et enfin dans le champ même des compétences provinciales « exclusives » chaque fois que cela est « nécessaire » à l'exercice de leur compétence, qu'il y a conflit potentiel d'application à un même objet, que l'objet présente des « dimensions nationales » ou que l'on appréhende un état d'urgence ?

Pourtant cela n'a pas suffi aux autorités fédérales, qui ont voulu aller plus loin encore dans la centralisation en se servant d'une compétence attribuée par la constitution et de pouvoirs valides ou usurpés de l'exécutif.

#### —compétence législative attribuée par la constitution:

•**pouvoir déclaratoire** Prévu dans les constitutions de plusieurs pays dits fédéraux, le mécanisme constitutionnel du « pouvoir déclaratoire » implique la faculté pour un parlement fédéral de modifier de son propre chef, au détriment des constituantes de la fédération et sans leur consentement, la sphère de sa compétence législative en l'étendant aux « travaux » qu'il déclare être à l'avantage général de la fédération. Au Canada, son libellé à l'article 92 (10) c) de la *Loi constitutionnelle de 1867* autorise de telles déclarations discrétionnaires.

Avant que ce pouvoir ne tombe fausement en désuétude après 1961 faute de légitimité, le Parlement a proclamé 470 de ces déclarations<sup>33</sup> visant non seulement des chemins de fer, des routes, et autres moyens de transport intraprovincial, mais les tramways de Montréal, Québec et Ottawa, des réseaux d'autobus locaux, des hôtels, restaurants et théâtres, des entreprises de

<sup>28</sup> John Deere Plow c. Wharton, 1915 A. C. 330.

<sup>29</sup> Russell c. R., (1882) 7 A.C.829 (C.P.).

<sup>30</sup> R. c. Crown Zellerbach, [1988] 1 R.C.S. 401; Friends of the Oldman River c. Canada, [1972] 1 R.C.S. 3.

<sup>31</sup> Fort Frances Pulp and Paper Co. c. Manitoba Free Press, [1923] A.C. 330 (P.C.).

<sup>32</sup> François CHEVRETTE et Herbert MARX, *op. cit. supra*, note 14, p. 389

<sup>33</sup> Andrée LAJOIE, *op. cit. supra*, note 23, p. 123 et suiv

commerce du bois, d'élevage des bestiaux, de construction, des usines de fabrication d'air liquide, de produits chimiques, des raffineries de métaux, des aqueducs, des parcs, sans parler des Pleines d'Abraham<sup>34</sup> Depuis lors une tentative de (re)déclarer à l'avantage général du Canada les anciennes voies ferroviaires du CN entre le port et la gare de Vancouver qui avaient été privatisées est morte au feuilleton, mais une autre déclaration a été votée l'année suivante par le Parlement relativement aux voies d'accès aux ponts internationaux<sup>35</sup>. Faut-il insister davantage sur les effets de ce mécanisme, dont les tribunaux ont été complices, se refusant à contrôler la discrétion du Parlement ?

—**pouvoirs de l'exécutif**: la constitution attribue également deux pouvoirs à l'exécutif qui lui permettent de modifier le partage des compétences, (désaveu et acquisitions de propriétés publiques), sans parler d'un autre pouvoir que l'exécutif s'est attribué, et qui reste inconstitutionnel: le pouvoir de dépenser.

•**Pouvoir de désaveu** La *Loi constitutionnelle de 1867* prévoyait à ses articles 56 et 57 le pouvoir de *désaveu* et de *réserve* des lois, y compris provinciales, par le Gouverneur général. Il s'agit dans le premier cas, de l'annulation discrétionnaire d'une loi au moment même de son adoption et, dans le second, d'une suspension crépusculaire allant jusqu'à un terme final de deux ans. Utilisés surtout à l'égard de la législation des provinces de l'Ouest dans les débuts de la Confédération, ces pouvoirs sont tombés en désuétude —le désaveu en 1943, après 112 utilisations, et la réserve en 1961, après 70 utilisations<sup>36</sup>— le principe du fédéralisme en ayant triomphé rapidement (?) après 1867, du moins selon l'avis récent de la Cour suprême<sup>37</sup>.

•**Acquisition de propriétés publiques** Le Parlement ayant la compétence législative sur la propriété publique<sup>38</sup>, il suffit par ailleurs au gouvernement d'acquérir des immeubles pour les y assujettir. Avant la dernière guerre mondiale, l'État canadien s'est généralement limité à des achats constitutionnellement valides, notamment au centre des villes les plus importantes du pays. Officiellement prévues pour permettre l'implantation des édifices publics fédéraux, ces acquisitions visaient en fait le contrôle du développement urbain —matière locale s'il en est— et originairement dévolue de ce fait à la compétence provinciale, ainsi évacuée par le jeu combiné de la propriété publique et de la théorie de la prépondérance fédérale. Ces pratiques, ajoutées à des attributions de terres publiques aux sociétés (fédérales) notamment de transport, et jumelées à leur compétence déjà établie sur les ports et les aéroports nationaux, ont donné aux autorités fédérales la maîtrise du développement du territoire urbain des provinces, à l'époque cruciale où les États n'avaient pas encore privatisé leurs compétences en cette matière. Plus tard, les autorités ont procédé aux mêmes fins à des expropriations excédant nettement les finalités invoquées, dont la validité constitutionnelle était conséquemment loin d'être établie. La brèche était ouverte qui allait désormais permettre à l'exécutif fédéral de sortir des bornes de la Constitution...

•**Pouvoir de dépenser** Le prétendu «pouvoir de dépenser» des autorités fédérales fait partie de ces pratiques inconstitutionnelles. Le libellé même de cet instrument fédéral de centralisation porte à confusion, réussissant là l'un des effets de légitimation idéologique les plus spectaculaires du vocabulaire constitutionnel: quoi de plus normal pour un gouvernement, en effet, que de

<sup>34</sup> *Loi concernant les champs de bataille nationaux de Québec*, 7-8- E. VII, S.Can 1908, ch. 79, art 2.

<sup>35</sup> *Loi modifiant la Loi sur les transports au Canada et la Loi sur la sécurité ferroviaire et d'autres lois en conséquence*, Première session, trente-deuxième législature, 55-56 Élisabeth II, 2006-2007, Projet de Loi C-11, art. 38 (mort au feuilleton) et *Loi sur les ponts et tunnels internationaux*, 55 Élisabeth II, S.Can.2006, ch,1, art.2 et 5.

<sup>36</sup> *Op. cit supra*, note 35, p. 25.

<sup>37</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, note 4, par. 55 .

<sup>38</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(1) a.

dépenser ? Un gouvernement peut-il agir de quelque manière sans dépenser ? Imagine-t-on que le fédéralisme puisse impliquer que les gouvernements d'une fédération soient dépourvus du pouvoir de dépenser ? Bien sûr que non, de sorte qu'en posant son pouvoir de dépenser comme fondement d'une intervention, un gouvernement fédéral invoque par association l'orthodoxie constitutionnelle et semble conférer à son action une validité inattaquable. Pis encore, cela est justifiable en partie : il est en effet certain que les autorités fédérales comme provinciales peuvent dépenser dans la sphère de leurs compétences législatives puisqu'il s'agit d'une modalité essentielle de mise en œuvre des mesures législatives qu'elles adoptent. Ainsi par exemple, les autorités fédérales peuvent acquitter les dépenses de l'armée, des affaires étrangères ou de la poste et les autorités provinciales celles de la fonction publique, des tribunaux, des prisons et des hôpitaux sans

contrevenir à la Constitution. C'est également le cas lorsque la Constitution le prévoit expressément, comme pour la péréquation introduite à l'article 36(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>39</sup> par la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>40</sup>

Mais loin de désigner ces pratiques valides, l'expression « pouvoir de dépenser » telle que consacrée par le discours constitutionnel canadien réfère à l'affirmation idéologique d'un pouvoir fédéral constitutionnellement inexistant, de dépenser dans les champs de compétence des provinces en imposant des conditions équivalentes à une intervention normative. Au terme d'une analyse fouillée, j'ai pu montrer que la validité constitutionnelle de ce pouvoir, sur laquelle la doctrine est divisée, n'a pas été non plus confirmée par la jurisprudence<sup>41</sup>, la Cour suprême ayant même expressément refusé de se prononcer sur sa validité constitutionnelle<sup>42</sup> ce qui n'a évidemment pas empêché les autorités fédérales de l'invoquer au soutien de leurs interventions depuis la dernière guerre mondiale, sous la forme de subventions conditionnelles, attribuées successivement aux gouvernements provinciaux (qui se sont prêtés à l'exercice plutôt que de renoncer au fruit des impôts de leurs contribuables), notamment dans le domaine de la santé et de la sécurité sociale, puis aux individus (notamment par des bourses et des chaires dans le domaine de l'éducation et des dégrèvements d'impôts à des fins spécifiques), et plus récemment aux municipalités, qui relèvent, comme la santé et l'éducation, de la compétence des provinces.

• • •

Au terme de l'examen de toutes ces possibilités constitutionnelles —et sans même tenir compte de celles qui ne sont pas valides— pour les autorités «fédérales» canadiennes de modifier unilatéralement le partage des compétences entre le Parlement et l'exécutif fédéral et les législatures provinciales, il faut bien conclure que la constitution du Canada en fait un pays unitaire avec une certaine mesure de décentralisation administrative. Dans ce contexte le terme «fédéralisme» constitue un vocable idéologique visant à faire paraître vraiment fédérale une constitution qui ne l'est pas. Dans ces circonstances, comment la Cour suprême pourrait-elle, en contexte contemporain, induire un «déficit du fédéralisme canadien» puisque l'on ne peut supprimer ou même diminuer que ce qui existe déjà, ce qui n'est visiblement pas le cas au Canada pour le fédéralisme.

---

<sup>39</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (R.U.) 1982, c. 11).

<sup>40</sup> *Loi constitutionnelle de 1867*, précitée, note 2, art. 36(2), qui s'énonce: «Le Parlement et le gouvernement du Canada prennent l'engagement de principe de faire des paiements de péréquation propres à donner aux gouvernements provinciaux des revenus suffisants pour les mettre en mesure d'assurer les services publics à un niveau de qualité et de fiscalité sensiblement comparables».

<sup>41</sup> «Le pouvoir fédéral de dépenser», Annexe 2 du *Rapport de la Commission sur le déséquilibre fiscal*, Québec, Bibliothèque nationale du Québec, 2002

<sup>42</sup> *Syndicat national des employés de l'Aluminium d'Arvida c. P.G. Canada*, 2008 R.C.S. 68.

Il nous reste à voir, dans la seconde partie de ce texte, comment les facteurs qui jouent sur le contenu des décisions de la Cour et l'absence constitutionnelle de fédéralisme au Canada éclairent une éventuelle décision à prendre en matière de modification du processus de nomination des juges de la Cour suprême du Canada.

## 2- Réponse réfléchie

Un premier éclairage découle de la réflexion proposée ici sur le rôle du juge dans la production du droit. On y voit en effet plus clair maintenant dans le rôle que joue l'interprétation judiciaire dans la production du droit et l'on perçoit mieux le cadre dans lequel elle se déploie: si la conjoncture est le facteur le plus important dans l'orientation des décisions judiciaires, c'est que c'est à travers les exigences de la légitimité sociale et de la reproduction politique que la surdétermination<sup>43</sup> pèse sur l'interprétation, par ce qui se présente comme des interdits et parfois même des indications, moins nombreuses pourtant que les simples incitations.

Qu'elle procède par interdit ou par indication, la surdétermination semble parfois impérative. Dans le champ interne —celui du droit substantif— lorsque l'inscription dans le droit de valeurs trop antagoniques aux valeurs dominantes pour fonder des normes acceptables par la majorité a pour effet d'écarter aussi bien la norme du droit que le juge du tribunal, qui risque lui aussi le discrédit s'il approuve, ne serait-ce qu'implicitement, ces valeurs. Dans le champ externe —celui du droit constitutionnel qui nous importe particulièrement ici— lorsque l'inscription dans le droit de valeurs susceptibles de mettre en danger les formes étatiques qui garantissent la reproduction matérielle et identitaire d'une société peut mener à la réalisation de ce danger, savoir la disparition d'une société dans sa forme distinctive ou d'un État, du moins dans son intégrité d'origine.

Dans un cas comme dans l'autre, c'est alors littéralement la légitimité —et conséquemment la survie— du juge ou du tribunal (champ interne) quand ce n'est pas de celle du système judiciaire, de l'État lui-même ou de la société qu'il personnifie (champ externe) qui est en jeu dans le choix des valeurs et fonde l'efficace de la surdétermination. Surdétermination d'autant plus lourde lorsque les impératifs découlant du champ interne et externe se superposent sur une même situation interprétative, par exemple si la crédibilité du système judiciaire tout entier, en tant qu'appareil d'État, était affectée suite à une décision entérinant des valeurs inacceptables dans le champ interne: ce sont alors à la fois la situation du juge lui-même, le maintien de l'institution dans laquelle s'inscrit son action et la survie de l'État dont ils dépendent tous deux qui sont en cause.

Si donc ce sont les valeurs dominantes des auditoires universel et particulier de la Cour<sup>44</sup> qui orientent ses décisions, il en résulte que le mode de nomination des juges n'a pas l'importance que lui accordent ceux qui veulent le modifier. En effet, peu importe que ce soit l'exécutif en privé ou un comité de la législature exerçant ses pouvoirs en public qui effectue la nomination des juges, ceux-ci une fois en place —surtout lorsque, comme en Cour suprême du Canada, leur nomination est permanente— ne sont pas liés par les valeurs de ceux qui les ont nommés, ni même par celles qu'ils ont eux-même professées dans le passé, mais plutôt soucieux de justifier leur crédibilité en suivant l'évolution des valeurs dominantes de la société canadienne à laquelle ils adressent leurs décisions. Dans ces circonstances, celui ou ceux qui nomment les juges n'ont pas vraiment d'influence sur eux par la suite. Pour illustrer: est-ce que le gouvernement libéral qui a nommé Antonio Lamer juge en chef de la Cour suprême aurait pu souhaiter ou même imaginer la décision qu'il a rendue dans la *Référence sur la Secession*?

---

<sup>43</sup> Voir *supra*, note 9.

<sup>44</sup> Perelman, C., *op.cit. supra*, note 10.

S'agit-il pour autant d'un «déficit démocratique»? Au contraire, il me semble que l'influence des valeurs dominantes de l'auditoire universel sur les juges est une bien meilleure garantie de la production démocratique d'un droit tel que souhaité par la société à laquelle ils s'adressent, que son orientation par un comité d'un parlement qui, de toutes façons, dans le meilleur des cas où ce gouvernement est franchement majoritaire, ne pourrait renforcer cette même tendance qu'à court terme. Car dans le long terme, c'est la société qui gagne.

En ce qui concerne par ailleurs le «déficit de fédéralisme», pourrait-on s'il existait, le contrer par la participation des autorités provinciales à la nomination des juges de la Cour suprême? Pour cela, il faudrait qu'il y ait un fédéralisme à atténuer. Or j'ai montré plus haut que la constitution canadienne, si elle l'a jamais été, n'est plus maintenant fédérale.

Mais imaginons que j'aie tort: la présence de représentants des provinces dans l'éventuel comité de nomination changerait-il quelque chose au contenu des décisions prises par la suite par les juges ainsi nommés? Il me semble bien que non, pour la même raison évoquée plus haut: les juges vont dans le sens des valeurs dominantes, et ils interprètent en conséquence consciencieusement la constitution unitaire quelque peu décentralisée qui est la nôtre à la lumière des valeurs dominantes de l'ensemble du Canada, qui ne cherche pas, que je sache, à la décentraliser davantage, sans parler de la rendre vraiment fédérale...

C'est donc dire que, plutôt que de modifier le mode de nomination des juges de la Cour suprême, ceux et celles qui veulent remédier à un éventuel déficit démocratique dont l'existence au surplus n'est pas démontrée, au contraire, auraient avantage à diriger leurs efforts vers l'exercice démocratique de la défense de leurs valeurs de façon à les rendre dominantes. Du moins est-ce là la voie la plus utile pour les minorités sociales, dont les valeurs se sont en effet déployées dans la société avant que la Cour ne les confirme, du moins en partie et sans toutesfois nuire à celles qui y dominent vraiment<sup>45</sup>. Quant aux membres des minorités politiques —Québécois et Autochtones— qui voudraient (ré?)introduire une dimension véritablement fédérale dans la constitution canadienne, la route est plus longue pour eux, sinon complètement bloquée, par le fait qu'il ne s'agit pas là d'une option privilégiée —maintenant, ni même dans un avenir prévisible— par la majorité des Canadiens, dont les valeurs ne peuvent évidemment que dominer au Canada. Ce texte n'aura pas été inutile s'il les dissuade de poursuivre des chimères, et les amène à considérer avec réalisme les options qui sont vraiment les leurs: rester au Canada s'ils estiment que cela implique des avantages susceptibles de les faire renoncer à leurs valeurs propres, ou bien établir un pays qui y corresponde et les respecte.

---

<sup>45</sup> Voir: Andrée Lajoie, *Quand les minorités font la loi*, Paris, Presses universitaires de France, 2002.