

Le fédéralisme coopératif au Canada : Quand les registres juridique et politique jouent au chat et à la souris

Johanne Poirier

Johanne Poirier : Professeure titulaire, McGill University

Introduction

Partout où il s'incarne concrètement, le fédéralisme se déploie à la fois dans les registres juridique et politique. Chaque régime fédéral repose sur une charpente constituée de règles formelles, souvent constitutionnelles, qui donnent vie tant à l'autonomie (*self-rule*) qu'à l'interdépendance (*joint-rule*)¹. Répartition des compétences, distribution des ressources, institutions autonomes et conjointes, contrôle de constitutionnalité et de légalité, servent, tour à tour, à consolider cette architecture. Par ailleurs, le fédéralisme tel qu'il se vit au quotidien, et tel qu'il évolue au fil du temps, est traversés de multiples jeux politiques qui s'appuient sur l'édifice juridique. Ils peuvent renforcer ce dernier ou l'ébranler². L'équilibre entre ce qui relève du droit dans le jeu fédéral, et ce qui relève de la politique, varie d'un régime fédéral à l'autre, et au sein d'une même fédération, cet équilibre peut fluctuer au rythme des périodes et selon les domaines de politiques publiques.

A cet égard, la fédération canadienne ne fait pas exception. Ce jeu qui oppose - entrelace - droit et politique est particulièrement marquant dans le contexte du « fédéralisme coopératif ». Dès le départ, il convient de noter que le droit formel - écrit - ne reconnaît aucunement la coopération entre l'autorité fédérale et les provinces ou entre ces dernières³. Lors de l'acte fédératif de 1867⁴, l'interdépendance entre des « ordres de gouvernement »⁵ dotés de compétences essentiellement exclusives n'avait -- simplement pas été anticipée.

Cela n'a toutefois pas empêché le fédéralisme coopératif de faire son apparition de manière progressive, graduelle, pragmatique, au fil de l'élaboration de politiques publiques requérant l'action de plusieurs ordres de gouvernement. Dans ce contexte, le « fait (politique) a clairement précédé le droit ». Néanmoins, le droit est intervenu - par le truchement de la jurisprudence - afin de faciliter cette la coopération sur le terrain. Autrement dit, par le jeu de l'interprétation constitutionnelle, les juges ramènent ainsi dans le giron juridique, une part d'une pratique coopérative qui se développait « en dépit » - ou à l'écart - du droit. Ils ont donné du jeu (au sens mécanique du terme) aux règles entourant la répartition des compétences⁶. Il en résulte un jeu incessant entre le chat (politique) et la souris (juridique)⁷.

Cette validation judiciaire d'un fédéralisme coopératif *a priori* « hors du droit » n'est, toutefois, que partielle. Ainsi, si la Cour suprême *encourage* la coopération, facilitant la présence de l'autorité fédérale et des provinces sur le même « terrain de jeu », elle refuse de jouer les arbitres une fois la partie commencée. Pour les juges constitutionnels, la *manière* - coopérative, compétitive, voire antagoniste - dont les titulaires des compétences constitutionnelles exercent celles-ci relève de l'arène politique. La séparation des pouvoirs invite alors à une forme de retenue judiciaire, qui (re)place une balise entre « ce qui est du droit » et « ce qui n'en est pas ». Le positionnement de cette balise se distingue de celle que l'on observe dans les régimes fédéraux inspirés de la tradition

« romano-germanique » et du fédéralisme « continental » où le droit est davantage mobilisé pour encadrer le « fédéralisme coopératif ».

Afin de démontrer ce jeu du droit au cœur du fédéralisme canadien, le présent article procède en trois temps. Une première partie décrit le caractère foncièrement « dualiste » de l'architecture fédérale canadienne (I)⁸. La seconde retrace l'évolution jurisprudentielle qui tend à décloisonner la répartition des compétences, et à valider des « arrangements » coopératifs qui viennent modifier, de façon souvent implicite, cette structure « en piliers » (II). Une troisième partie démontre que lorsque les joueurs ne veulent pas – ou plus – jouer ensemble, le droit constitutionnel canadien se retranche derrière la structure dualiste formelle, pour permettre tant à l'autorité fédérale qu'aux provinces de reprendre leur propre jeu, « leurs propres billes », et jouer chacun sa partie de solitaire (III). Il conviendra alors de conclure que si le fédéralisme se déploie souvent sur le terrain de manière coopérative, le droit public canadien résiste à l'importation de toute règle (juridique) de la bonne foi – l'équivalent d'une forme de loyauté fédérale – dans le jeu (politique) du fédéralisme.

1. La structure dualiste du fédéralisme canadien : chacun dans son bac à sable

La fédération canadienne est née en 1867, de l'union de quatre colonies britanniques⁹. La loi constitutionnelle de 1867, toujours en vigueur aujourd'hui, était à l'origine une loi impériale, votée au Parlement de Westminster, dont le contenu avait largement été négocié par les élites des colonies en question. Le régime fédéral mis en place reconnaît l'autonomie de ces dernières dans une série de domaines portant sur les affaires « locales » ou relevant du droit privé¹⁰. Cette répartition permettait notamment à la seule province où vivait une majorité de francophones de conserver son régime de droit civil (inspiré du droit français) et de gérer les affaires publiques sinon exclusivement en français, du moins sur une base bilingue. Du moins de la perspective des « Canadiens français », il s'agissait ainsi de la reconnaissance que la fédération unissait deux peuples distincts, sans les fusionner complètement¹¹.

En dépit de l'existence de certains mécanismes centralisateurs¹², au cours des premières huit décennies de la fédération canadienne, la jurisprudence du comité judiciaire du Conseil privé a instauré un régime fédéral relativement décentralisé¹³. Cette jurisprudence consolide l'architecture de la fédération canadienne originelle qui repose largement sur une philosophie et des institutions « dualistes ».

Le « fédéralisme dualiste » favorise l'autonomie des composantes d'une fédération de trois façons. Premièrement, en multipliant les institutions « parallèles » et autonomes – par contraste avec des institutions ou mécanismes entrecroisées ou intégrés. Deuxièmement, en répartissant les compétences législatives entre l'autorité fédérale et les provinces sur une base d'exclusivité, modèle qui s'est historiquement traduit par la métaphore des « compartiments étanches » d'un navire¹⁴. Troisièmement, ce « chacun pour soi » législatif est renforcé par une répartition des compétences administratives qui s'aligne sur les compétences législatives.¹⁵ Ainsi, dans un régime « dualistes », les lois fédérales sont mises en œuvre par l'administration publique fédérale, les lois provinciales et territoriales, par leurs administrations respectives. Même le contrôle de la légalité des actes administratifs procède de manière parallèle, devant des cours et tribunaux largement distincts¹⁶.

Autrement dit, en principe, ordres fédéral et provinciaux disposent chacun de leur bac à sable sur lequel ils peuvent exercer leurs compétences. Évidemment, l'autorité fédérale agit sur l'ensemble du territoire canadien. Son bac à sable n'est donc pas cloisonné sur le plan territorial. Mais il reste cloisonné sur le plan « matériel » (« le fédéral peut jouer partout, mais pas à n'importe quoi, en quelque sorte). De plus, l'ordre fédéral ne peut, en principe, pas imposer son jeu aux autres membres de la fédération. C'est un peu comme si son jeu se superposait aux autres, mais sans s'y immiscer ; une autre dimension, en quelque sorte¹⁷. L'image constitutionnelle qui émerge est celle d'un édifice composé de piliers parallèles, chapeautés par une toiture commune.

Cette architecture diffère de celle des fédérations - telles la Suisse, l'Allemagne, l'Autriche ou l'Union européenne - lesquelles pratiquent un fédéralisme dit « administratif » ou « intégré »¹⁸. Dans ce modèle fédéral, les entités fédérées mettent en œuvre une bonne part des lois et des programmes fédéraux, en plus des leurs. Pour compenser cette « charge » exécutive, ces entités disposent de modalités puissantes de participation à l'élaboration des lois et programmes fédéraux qu'elles auront à mettre en œuvre¹⁹.

Au Canada, la dimension « interdépendance » ou « participation » (*joint-rule*) dans l'équation fédérale, ne prend pas la route d'une institution similaire au Bundesrat allemand, au Conseil des États suisse, au Sénat belge ou au Conseil de l'Union européenne. Le Sénat canadien ne remplissant aucunement cette fonction²⁰. La participation des partenaires de la fédération à l'élaboration des normes des autres ordres est beaucoup moins structurée, beaucoup plus opaque, et prend la forme de consultation, voire de lobby²¹. Un « Conseil de la fédération » - institué en 2003 par la voie d'une entente politique²² - sert de lieu de discussion entre premiers ministres provinciaux et territoriaux, de même qu'avec certains représentants autochtones. Mais il ne s'agit aucunement d'un organe de « participation » des entités fédérées aux prises de décisions fédérales.

Les acteurs de la fédération canadienne ont élaboré d'innombrables mécanismes et d'institutions de coopération²³. Des organes conjoints sont institués, des délégations de tâches administratives sont mises en œuvre, des centaines d'ententes intergouvernementales (et autres formes d'accords de coopération) ont été conclues. L'objectif premier de ces collaborations intergouvernementales est évidemment de coordonner l'exercice de compétences exclusives, mais touchant un domaine de politique public commun, ou de répartir les tâches des uns et des autres dans les rares cas de compétences, sinon officiellement concurrentes, du moins « partagées »²⁴. Ces mécanismes sont essentiellement l'apanage des branches exécutives des divers ordres de gouvernement, la plupart du temps, sans intervention des assemblées.

Il en résulte que les innombrables arrangements coopératifs élaborés depuis la naissance de la fédération, il y a plus de 150 ans, échappent à la logique dualiste - cloisonnée - sans pour autant que des mécanismes de participation comme on en trouve dans les régimes de fédéralisme « intégrés » n'aient émergé. En conséquence, aucune des modalités collaboratives ou de ces institutions ne jouit de garantie constitutionnelle, et comme nous le verrons, toutes peuvent être contournées ou ignorées par les exécutifs ; et plus encore par les parlementaires, fédéraux ou provinciaux. La coopération intergouvernementale se développe de manière spontanée, volontaire, au gré des orientations politiques, et en marge d'un cadre juridique. La coopération se déroule selon un modèle de « diplomatie intergouvernementale »²⁵ - similaire en quelque sorte aux « relations internationales ».

2. L'interprétation de la répartition des compétences : la Cour

suprême du Canada promeut le jeu coopératif

Nous avons vu que l'architecture fédérale canadienne, érigée en 1867 et renforcée par l'interprétation constitutionnelle du Conseil privé à Londres, au cours des premières décennies de la fédération, est foncièrement dualiste. Deux courants jurisprudentiels ont assoupli cette conception dualiste : le premier en levant des obstacles juridiques auxquels certaines initiatives de coopération étaient confrontées (2.1), le second en permettant à l'autorité fédérale et aux provinces légiférer, chacun en vertu de ses propres compétences, relativement à une même question ou un même problème complexe (2.2.). Ces transformations du droit n'ont pas, par contre, modifié l'architecture dualiste des institutions au Canada, ce qui génère d'inquiétantes conséquences en termes d'imputabilité politique et juridique des actes et décisions élaborés par les acteurs de la fédération agissant de concert (2.3). Le jeu du chat et de la souris se déroule donc dans un contexte où le cadre du droit s'est assoupli sous la pression d'une riche pratique coopérative de nature essentiellement politique. Il n'a cependant pas cédé.

2.1 La coopération : une invitation à jouer chez le voisin

Selon un schéma dualiste, dans la fédération canadienne, les compétences exécutives « suivent » les compétences législatives. Or, pour des motifs de rationalisation de l'exercice de compétences exclusives mais interconnectées, les membres de la fédération ont échafaudé divers mécanismes coopératifs qui échappent à la logique du « chacun dans son bac à sable ». C'est notamment le cas de l'« inter-délégation administrative », dont la Cour suprême a admis la constitutionnalité dans la mesure où elle est révoquant. Par ce truchement, l'autorité fédérale confie l'exercice compétences *administratives* à une (ou plusieurs) provinces (ou à des organes créés par les provinces)²⁶, ou - vice-versa²⁷. De même, la Cour considère conforme à la Constitution, la « législation par incorporation » en vertu de laquelle, un législateur « incorpore » dans son ordre juridique, les lois élaborées par un autre ordre juridique, y compris en des termes très généraux qui permettent de couvrir des normes futures²⁸.

Par ailleurs, l'autorité fédérale et les provinces concluent, chaque année, des dizaines, voire des centaines « d'ententes intergouvernementales »²⁹, lesquelles ne sont pas systématiquement répertoriées, et encore moins publiées. En principe, les pouvoirs publics ne peuvent « légiférer par contrat »³⁰. En d'autres mots, l'effet juridique à l'égard de tiers ne peut découler que de normes législatives ou réglementaires « classiques ». Or, lois et règlements sont adoptés par des institutions autonomes les unes des autres, dans un schéma résolument dualiste. En principe donc, toute norme concertée doit donc être parallèlement « incorporée » (pas seulement autorisée, ni même approuvée) dans les ordres juridiques internes de chaque participant à l'action conjointe. Par conséquent, formellement, aucune entente, accord, ou contrat entre partenaires de la fédération ne devrait générer d'obligations ou de droits pour les tiers³¹.

La réalité est souvent bien autre. En effet, un nombre extrêmement limité d'ententes intergouvernementales sont ainsi transformées en droit positif. S'ils peuvent générer des obligations juridiques réciproques entre les parties contractantes (les exécutifs), de tels accords ne peuvent - en droit positif - avoir d'effet *erga omnes*. Or, par une sorte d'aveuglement volontaire justifié par le respect de la collaboration, les juges entérinent parfois - généralement implicitement - une forme de normativité en réseau³². Cette dernière inclut des normes classiques - et donc « unilatérales » - mais également des ententes au statut juridique particulièrement flou. Il en résulte assurément une tension entre un droit positif « dualiste » et la normativité enchevêtrée.

Ainsi, la Cour suprême a parfois admis que les droits des tiers puissent être affectés par des délégations intergouvernementales qui étaient régies par des normes de *soft law* – des ententes intergouvernementales qui n’avaient pas été incorporées par voie législative³³. Dans un contraste saisissant, lorsque la valeur juridiquement contraignante d’une entente est remise en cause par l’une des parties gouvernementales et non pas par un tiers, les tribunaux soulignent le caractère « non juridique » de telles ententes ; ils tranchent alors le litige en vertu de normes juridiques classiques et unilatérales³⁴. Autrement dit, les règles du jeu changent selon les contestants.

Délégations administratives, législation par incorporation et ententes intergouvernementales permettent la construction de solutions asymétriques. Ces aménagements remettent en cause – de manière pragmatique, casuistique et para-constitutionnelle³⁵ – la structure fédérale dualiste, « en piliers » de la fédération. L’on aurait pu imaginer que la Cour suprême – gardienne du compromis fédéral – eut condamné ces « rénovations » qui contournent l’architecture formelle de la fédération. Au contraire, souhaitant toujours favoriser la coopération, les juges évoquent également le fédéralisme coopératif pour éviter de démanteler des arrangements institutionnels entrecroisés et complexes élaborés par les branches législatives et surtout exécutives de différents « ordres de gouvernement »³⁶. Mais, comme on le verra, uniquement lorsque les architectes de cette coopération souhaitent la maintenir.

La détermination des juges de ne pas placer d’obstacles juridiques aux projets collaboratifs des partenaires de la fédération semble donc entraîner une forme d’aveuglement volontaire face à des règles classiques de droit public, y compris de droit administratif³⁷. Le présent texte ne permet pas d’approfondir cet étrange jeu, où le juge (qui participe, en *common law*, à l’élaboration du droit) contourne lui-même des règles juridiques, afin de faciliter le jeu politique³⁸. Mais il convient de noter que les registres juridiques et politiques se succèdent, se superposent et se transforment. L’on assiste à un réel jeu de ping-pong entre le chat et la souris.

2.2 La répartition des compétences : on lève (partiellement) les clôtures

L’on a vu que la répartition des compétence législatives entre les acteurs de la fédération canadienne a été établie en 1867 ; elle n’a connu que de très rares modifications constitutionnelles depuis³⁹. Or, l’émergence de l’État providence dans la période ayant suivi la seconde guerre mondiale, s’est vite heurtée à une répartition des compétences élaborée au 19^e siècle, et très largement fondée sur le principe d’exclusivité⁴⁰. À partir des années 1950, les autorités fédérales et provinciales sont entrées en « collision » - ou du moins se sont côtoyées d’une manière rapprochée générant des interférences - dans de vastes domaines de politique publique. Les barrières entre les bacs à sable se sont partiellement estompées, même si officiellement, en droit, les frontières qu’elles délimitent restent évidemment bien réelles.

Sans entièrement abandonner son rôle de « gardienne » de ces frontières, la Cour suprême du Canada a eu recours à diverses doctrines d’interprétation pour avaliser et faciliter ce « chevauchement » de compétences exclusives. C’est le cas, entre autres, de la doctrine du « double-aspects » en vertu de laquelle une matière, un sujet, une politique publique, peut simultanément faire l’objet de législations provinciale et fédérale⁴¹. Ces développements ont une vertu : permettant à l’un ou l’autre des ordres de gouvernement d’agir, ils minimisent les risques de lacune en termes de politiques publiques. Mais ces chevauchements peuvent, eux aussi, conduire à brouiller les responsabilités des uns et des autres et à créer de l’incertitude quant à l’ordre de gouvernement

ayant la compétence de répondre à un aspect précis d'une problématique. Les risques de conflit augmentent⁴², et avec eux, le potentiel que le recours à la doctrine de la prépondérance fédérale ne conduise à une centralisation de la fédération.

Le concept de « fédéralisme coopératif » est régulièrement évoqué pour entériner la validité de lois fédérales et provinciales portant sur un même objet, et lever des obstacles à l'élaboration de solutions coopératives, inédites dans l'architecture fédérale d'origine. Autrement dit, sans être entièrement linéaire, la jurisprudence en matière de fédéralisme tend à réduire l'espace de « réelle » exclusivité au profit d'un décloisonnement. Cette mutation donne lieu à ce que la Cour elle-même considère être un « fédéralisme moderne », « souple », « flexible »⁴³. Le constat que la métaphore des « compartiments étanches » ne pouvait vraiment guider l'interprétation n'est pas entièrement nouvelle⁴⁴, mais elle a certainement été renforcée depuis le milieu des années 2000. En fait, même lorsqu'elle confirme l'exclusivité d'une compétence législative, la Cour suprême du Canada salue néanmoins la concertation entre partenaires de la fédération⁴⁵.

Sur le terrain (de jeu), la superposition et l'interpénétration des actions de divers ordres de gouvernement sont renforcées par l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser en vertu duquel l'autorité fédérale peut financer des projets ne relevant pas de ses compétences constitutionnelles⁴⁶. Quoique l'on puisse soutenir que ce pouvoir remet en cause l'équilibre de la fédération, la Cour suprême du Canada ne l'a jamais déclaré contraire à la Constitution⁴⁷.

2.3 Mais qui contrôle les règles du jeu, alors ?

L'on pourrait tout simplement soutenir que la structure dualiste de la fédération est désuète et irréaliste. Que même à admettre qu'elle faisait sens au milieu du 19^e siècle, elle est devenue intenable, tant les actions publiques des divers acteurs de la fédération se croisent sur le terrain. On serait alors passé d'une logique dualiste à une logique « coopérative », plus près de celle qui structure les rapports au sein des fédérations officiellement « intégrées ».

Le problème est que, même validées par les juges, ces modifications « à la carte » - imaginées par les branches exécutives et parfois législatives - n'ont pas altéré les institutions fondamentales de la fédération. Ici, le dualisme continue de régner, ce qui génère de sérieux problèmes d'imputabilité de l'action publique collaborative (même si l'action concertée peut être positive sur le plan de l'analyse des politiques publiques).

C'est le cas du contrôle parlementaire de l'action administrative, qui procède en parallèle, de manière autonome et distincte au sein de chacun des ordres de gouvernement, selon une logique résolument dualiste. Chaque assemblée ne peut contrôler que ses propres acteurs exécutifs lesquels la mettent devant des « faits coopératifs accomplis ». Ainsi, l'assemblée législative du Manitoba contrôle l'exécutif manitobain, celle de l'Ontario peut demander des comptes au gouvernement ontarien, et le Parlement fédéral assume le contrôle démocratique des actes de l'exécutif fédéral. Autrement dit, ces contrôles procèdent comme si chacun restait clairement dans « son propre bac à sable ».

Dans ce contexte, il est fort difficile - voire, constitutionnellement impossible - pour les parlementaires d'un ordre de gouvernement de réellement demander des comptes à des exécutifs qui ont monté un programme collaboratif, fondé sur des normes imbriquées et qui fait fi de la hiérarchie des normes officielle. Évidemment, en principe, chaque exécutif doit répondre de

ses décisions et actes, y compris les décisions de collaborer et les actes pris dans le contexte de la coopération. Mais la coopération intergouvernementale rend souvent impossible une réelle détermination des responsabilités. Par conséquent, l'on pourrait dire que les exécutifs parviennent à faire ensemble (se protéger de divers contrôles) ce qu'ils ne peuvent faire de façon indépendante (l'état de droit ayant restreint les prérogatives de l'exécutif)⁴⁸.

Similairement, la « responsabilité ministérielle » - politique cette fois - suit une logique dualiste. Dans un scénario de « délégation administrative », le ministre qui dispose de la compétence « formelle » (c'est-à-dire, le « mandant ») demeure responsable devant son assemblée des actes posés par son « mandataire »⁴⁹. Ces règles ne sont toutefois aucunement codifiées dans un texte accessible, mais se dégagent au fil d'une jurisprudence parcellaire. Il en résulte un flou artistique autour des responsabilités des uns et des autres qui pose un réel défi à la primauté du droit. Or, s'il est moins flexible, le fédéralisme dualiste a la vertu d'une certaine clarté en ce qui a trait aux responsabilités politiques.

De même, les aménagements « enchevêtrés » génèrent de sérieux problèmes de contrôle de légalité par des tribunaux - surtout administratifs - qui fonctionnent selon une base largement « cloisonnée ». L'organisation judiciaire canadienne est complexe : chaque province et l'ordre fédéral étant dotés de tribunaux et de cours distincts, mais tous chapeautés *in fine* par la Cour suprême. Les actes et décisions des fonctionnaires provinciaux sont assujetties au contrôle des tribunaux administratifs - ou de la Cour supérieure - de la province. Pour sa part, l'action administrative fédérale peut faire l'objet d'un contrôle de légalité (appelé au Canada le « contrôle judiciaire ») par la Cour fédérale⁵⁰. Les décisions et les actes administratifs émanant d'organes coopératifs ou élaborés dans un contexte d'inter-délégation engendrent grand nombre d'incertitudes. Si un acte administratif est « conjoint » ou « délégué », quel tribunal ou cour peut en contrôler la légalité, dans un contexte où l'architecture judiciaire a été pensée et conçue selon un modèle en piliers parallèles, suivant la logique dualiste ?

Par conséquent, ce que l'on pourrait qualifier de « droit administratif inter-gouvernemental »⁵¹ peut ainsi échapper au contrôle des parlementaires, aux règles de la responsabilité ministérielle, et à la censure des juges chargés de préserver la primauté du droit. L'architecture formelle du Canada crée des « bacs à sable » parallèles, tant pour l'autorité fédérale que pour les treize entités fédérées. En principe, chacun joue dans le sien, sans interférence ni intervention des autres joueurs. Lorsqu'ils sortent de ces pré-carrés, *même avec l'aval des tribunaux*, les mécanismes de contrôle sont malmenés, et voués à l'inefficacité. Le chat (politique) reprend alors les rênes du jeu...

3. Plus envie de jouer ensemble ? Chacun reprend ses billes

Les deux premières parties ont permis d'illustrer combien la fédération canadienne - structurellement dualiste - repose néanmoins sur une pléthore de mécanismes coopératifs qui remettent en cause la pertinence de cette conception « en piliers ». Le juge constitutionnel tente cependant de faciliter la coopération, en abaissant les barrières qui la rendrait plus complexe.

Par contre - et c'est l'objet de cette troisième partie - lorsque les « partenaires » de la fédération, qu'on a invités à « jouer ensemble », ne veulent pas ou plus le faire, la Cour les autorise à reprendre leurs billes et à retourner chacun dans son bac à sable. Elle le fait en partie au nom de la « souveraineté parlementaire » dont chaque ordre de gouvernement est également doté. Elle le fait également au nom de la séparation des pouvoirs. Ainsi, même si elle promeut la coopération,

la Cour considère que la décision de coopérer - ou non - relève du registre politique. Il revient aux branches exécutives (et, plus rarement, législatives) d'en évaluer la pertinence et l'opportunité. Autrement dit, ayant avalisé la coopération, y compris via l'évolution de doctrines interprétatives, les juges font montre de « retenue judiciaire » lorsque les joueurs... ne veulent plus jouer.

La souveraineté parlementaire est sans doute le principe le plus fondamental du droit constitutionnel anglais⁵². Le Canada a « hérité » de ce principe, notamment par le truchement du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La souveraineté parlementaire signifie essentiellement que le Parlement peut adopter - et abroger - toute loi, sous réserve de certaines modalités procédurales⁵³.

Transplanté en sol canadien, ce principe est, par contre, assujéti à deux contraintes majeures⁵⁴. En effet, dans un système fédéral avec une constitution écrite, ni le Parlement fédéral, ni les législatures provinciales ne peuvent « adopter » ou « abroger » n'importe quelle loi ; mais uniquement celles relevant de leurs compétences constitutionnelles. De plus, avec l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982, la souveraineté parlementaire a, également, perdu un peu de sa superbe. Dorénavant, les législateurs ne peuvent plus adopter des lois contraires aux droits fondamentaux⁵⁵. La « souveraineté parlementaire » est donc un peu moins... souveraine qu'elle ne l'est au Royaume-Uni⁵⁶.

Cela étant dit, à l'intérieur de chacune des sphères de compétences des composantes de la fédération, cette « souveraineté » de l'organe législatif reste fondamentale. Elle s'incarne, *en parallèle et sur un pied d'égalité*, dans chacun des onze (11) ordres juridiques que compte la fédération⁵⁷. *Grosso modo*, dans la mesure où elles respectent les normes constitutionnelles (et en particulier la répartition des compétences et les droits individuels et collectifs), les assemblées législatives peuvent adopter les lois qu'elles souhaitent, et qui correspondent, du moins en théorie, aux « préférences » de leurs commettants respectifs en matière de politiques publiques. Autrement dit, autorité fédérale et provinces ont hérité d'une version un peu tronquée, mais identique, de cette souveraineté, comprise comme étant le fondement de la démocratie représentative.

La souveraineté parlementaire telle que décrite - *en parallèle, sur un pied d'égalité* - renforce indéniablement le fédéralisme dualiste. Elle en est l'un des éléments les plus puissants. Un ordre de gouvernement qui agit dans sa sphère de compétence (en théorie « exclusive ») et qui respecte les droits fondamentaux, peut, constitutionnellement, adopter une loi affectant négativement un autre membre de la fédération. En droit canadien, les éventuelles sanctions d'une telle initiative s'inscriront dans le registre politique et non pas juridique⁵⁸.

Nous avons vu que la pratique du fédéralisme au Canada est profondément décloisonnée, enchevêtrée, coopérative ; elle échappe fréquemment à la logique dualiste. De plus, de façon marquante mais non pas linéaire, la jurisprudence favorise le chevauchement de l'exercice des compétences. Étant donné cette mutation de la pratique et de l'interprétation jurisprudentielle, on pourrait imaginer que la Cour suprême revoie sa lecture traditionnelle - et maximaliste - de la souveraineté parlementaire, à la lumière du fédéralisme « coopératif ». Or, comme l'illustrent les deux arrêts marquants suivants, il n'en est rien.

3.1 Le Régime d'assistance publique

La première affaire date de 1991, soit plus d'un quart de siècle. C'était sept ans avant le *Renvoi sur la sécession du Québec*⁵⁹, dans lequel la Cour a apporté une analyse très fine de la fonction des

« principes non-écrits » structurant la constitution et de l'interaction entre ces principes. C'était également avant le renforcement de la nouvelle tendance jurisprudentielle qui a pour effet – dominant, mais non pas inéluctable – de favoriser le décloisonnement des compétences au nom du fédéralisme coopératif.

De manière schématique, le scénario était le suivant. L'autorité fédérale avait conclu, avec toutes les provinces, des ententes bilatérales visant le cofinancement de services sociaux et de santé (lesquels relèvent très largement de la compétence provinciale). L'arrangement reposait sur un réseau complexe de lois parallèles, de règlements et d'ententes intergouvernementales. Il était prévu que les règlements et que les ententes ne pouvaient être modifiés qu'avec le consentement des parties. Or, la « formule de financement » qui prévoyait une participation fédérale de 50% n'était pas prévue dans les ententes ou les règlements, mais, dans une *loi* fédérale. Souhaitant ajuster sa contribution dans un contexte de restrictions budgétaires, Ottawa a unilatéralement légiféré pour réduire son taux de contribution⁶⁰.

La Colombie-Britannique a demandé un avis juridique (Référence, ou « renvoi ») relativement à la constitutionnalité de la loi fédérale à sa Cour d'appel, avant même qu'elle n'entre en vigueur. La Cour d'appel lui donnera raison, concluant, entre autres, que l'initiative fédérale contrait les « attentes légitimes » de la province qu'un arrangement coopératif en place depuis de nombreuses années ne soit pas altéré de façon unilatérale. Siégeant en « appel » de cet avis juridique, la Cour suprême du Canada infirme, à l'unanimité, cette analyse et conclut, entre autres, qu'en vertu du principe de souveraineté parlementaire, aucun engagement ou pratique antérieure ne peut restreindre l'action d'une législature (dans la mesure où elle agit dans le cadre de ses compétences et qu'elle respecte les droits fondamentaux). La Cour suprême rejette également l'argument selon lequel une pratique soutenue de consultation avec les provinces au sujet des modifications constituait une convention constitutionnelle. Dans la mesure où une loi n'est pas « inconstitutionnelle » ou contraire à la Charte, les tribunaux « n'ont nullement compétence pour surveiller l'exercice du pouvoir législatif »⁶¹.

Autrement dit, un arrangement collaboratif – fonctionnant depuis des décennies – ne restreint pas la liberté d'un législateur d'agir unilatéralement⁶². L'ampleur et la portée d'une compétence matérielle n'est pas « diminuée » par un quelconque impératif découlant du fédéralisme coopératif⁶³. Ainsi, après avoir participé à construire un château (de carte) avec ses voisins – et sur le terrain de ceux-ci – un joueur peut retourner dans son propre bac à sable, au risque de déstabiliser la structure élaborée conjointement.

Dans la mesure où tant l'autorité fédérale que les provinces jouissent du même degré de souveraineté parlementaire, cette dernière n'est pas contraire au fédéralisme *per se*. Au contraire, elle cette conception de la souveraineté parlementaire renforce le fédéralisme dualiste. Mais elle s'oppose clairement à une vision du fédéralisme coopératif que la Cour suprême préconise avec une certaine ardeur depuis le milieu des années 2000 dans sa jurisprudence sur la répartition des compétences. L'affaire suivante offrait – vingt-cinq ans plus tard – l'occasion à la Cour de revoir sa lecture « maximaliste » de la souveraineté parlementaire.

3.2 L'abolition du registre des armes à feu

Dans une décision rendue en 2015, une mince majorité de cinq juges (sur neuf) de la Cour suprême persiste et signe : la souveraineté parlementaire permet à un acteur de la fédération

de refuser de coopérer ou de cesser une coopération antérieure dans la mesure où il procède par voie législative⁶⁴. L'abolition du registre des armes à feu est une affaire particulièrement complexe à laquelle les limites du présent article empêchent de rendre justice, mais la leçon essentielle offre une illustration éclatante du jeu qui se trame entre les dimensions juridique et politique du fédéralisme coopératif⁶⁵.

De manière sommaire, en droit canadien, l'enregistrement des armes à feu peut relever tant des compétences fédérales (en matière de droit criminel), que des compétences provinciales relatives à « la propriété et aux droits civils ». Suite à des événements tragiques⁶⁶, le Québec souhaite créer un registre des armes d'épaules (les carabines, assez communes dans un pays d'agriculteurs et de chasseurs). Ottawa lui emboîte le pas, en offrant aux provinces qui le souhaitent de s'associer au processus de création du registre et leur donnant accès aux données. Ce que fait le Québec.

Une décennie plus tard, un gouvernement conservateur à Ottawa souhaite abolir ce registre qu'il juge coûteux et inefficace. Le Québec ne s'oppose pas à l'abolition du registre « coopératif », conscient que dans l'exercice du droit criminel, Ottawa pouvait le faire. Mais il souhaite créer son propre registre. Il demande alors le transfert des données existantes, concernant le Québec, récoltées pendant plus de quinze ans. Ottawa refuse. *In fine*, dans une décision fortement divisée, une courte majorité des juges de la Cour suprême conclura que le Parlement qui a légiféré pour créer le registre, peut l'abolir unilatéralement et ordonner la destruction de toutes les données récoltées, sans les transmettre à la province. La Cour refuse ainsi de contrôler la *manière* dont les partenaires de la fédération exercent des compétences législatives dont ils sont par ailleurs, incontestablement titulaires. Sans l'analyser sous cet angle, elle a refusé de condamner ce qu'on pourrait considérer comme étant une forme « d'abus de compétences »⁶⁷. Ou, ce qui, en droit belge, par exemple, constitue « l'exercice illicite d'une compétence licite » qu'un juge constitutionnel peut réprimer au nom de la loyauté fédérale⁶⁸.

Cette affaire présentait à la Cour une occasion de donner une réelle portée juridique à l'adjectif « coopératif », qu'elle avait accolé au fédéralisme dans le contexte de l'interprétation de la répartition des compétences au cours des dix années antérieures. La teneur de la souveraineté parlementaire pourrait-elle être réinterprétée de manière à intégrer dans l'analyse juridique les préoccupations liées au fédéralisme coopératif ? Or, la Cour suprême a refusé de procéder à une relecture que l'on pourrait qualifier de « maximaliste » de la souveraineté parlementaire avec, pour conséquence, un renforcement de la dimension dualiste du fédéralisme canadien. Elle a essentiellement confirmé l'analyse - sommaire - qu'elle avait faite de l'impact de la coopération sur le *droit* du fédéralisme canadien un quart de siècle plus tôt dans la référence sur le *Régime d'assistance publique*.

Les conséquences de la décision d'Ottawa d'abroger unilatéralement le registre et d'ordonner la destruction de données que le Québec jugeait utiles à la création d'un registre provincial sont, pour la cour, de nature politique. Le droit constitutionnel encourage la coopération mais ne sanctionne pas la non-coopération. Ayant eu recours au fédéralisme coopératif pour modifier les règles du jeu, la Cour se réfugie derrière une conception assez conventionnelle de son rôle, et, au nom de la séparation des pouvoirs, refuse ensuite de jouer les arbitres.

Dans une affaire rendue en 2018, la Cour a à nouveau été appelée à revoir l'impact de la souveraineté parlementaire sur un projet collaboratif, mais dans un contexte distinct des deux affaires précédentes.

3.3 La réglementation des valeurs mobilières

Au Canada, la régulation du marché des capitaux relève essentiellement de la compétence des provinces⁶⁹. L'autorité fédérale jouit pour sa part de compétences importantes relatives au commerce international et interprovincial, à la réglementation des banques, au cours de la monnaie, etc.⁷⁰ Autrement dit, le domaine de l'économie est largement « partagé », bien que certains aspects spécifiques relèvent de la compétence exclusive de l'un ou l'autre ordre de gouvernement. C'est notamment le cas de la réglementation des valeurs mobilières.

Pour des raisons historiques (la fédération a plus de 150 ans), il existe au Canada dix organismes régulateurs provinciaux des valeurs mobilières. Les organismes coopèrent entre eux selon une formule de fédéralisme horizontal. Toutefois, depuis des décennies, Ottawa tente de récupérer cette compétence afin d'adopter une régulation unique et uniforme. En 2011, la Cour suprême a réitéré la compétence provinciale en la matière. Toutefois, à la toute fin de son avis consultatif, elle a à nouveau évoqué les vertus de la coopération et a en quelque sorte suggéré qu'Ottawa pourrait jouer un rôle dans la prévention des « risques systémiques » (macro-économiques) pour l'économie canadienne⁷¹.

Ottawa a décidé de légiférer pour contrer ces risques systémiques⁷². De plus, plusieurs provinces et territoires ont élaboré un système coopératif qui entraîne une uniformisation dans leur propre sphère de compétences sans procéder à un amendement constitutionnel. Par le truchement d'un Protocole d'accord (au statut juridique flou), les provinces se sont ainsi engagées à adopter des lois uniformes et identiques⁷³. Toutes « les propositions visant à modifier ces lois » provinciales devront « faire l'objet d'un vote et être approuvées par au moins 50 % des membres du « Conseil des ministres ». Ce dernier est composé des ministres de l'économie des divers ordres participants (en ce compris le ministre fédéral des finances). De plus, les provinces ayant de « grands marchés des capitaux (pour le moment l'Ontario et la Colombie-Britannique) doivent donner leur accord à tout projet de modification des lois « uniformes » provinciales. Autrement dit, les « petites provinces » accordent une forme de droit de veto aux grandes provinces⁷⁴.

Le Québec a refusé de participer, mais a néanmoins saisi sa Cour d'appel d'une demande d'avis juridique sur la constitutionnalité de cette construction coopérative. Quatre juges de la Cour d'appel (sur un banc de cinq) ont conclu que cet arrangement altérerait l'équilibre fédéral et restreignait de manière inconstitutionnelle la souveraineté parlementaire des provinces. En d'autres mots, pour la Cour d'appel c'est par une voie essentiellement « contractuelle » que les provinces participantes cherchent à cadencasser l'exercice futur de leur propre souveraineté parlementaire, d'une façon qui dénaturerait la charpente essentielle du fédéralisme canadien. Qu'elles le fassent volontairement n'y change rien.

Une Cour suprême unanime n'est pas du même avis. Pour la plus haute Cour du pays, les contraintes que les provinces s'imposent sont de nature politique et non pas juridique⁷⁵. *In fine*, même en ayant aboli leurs propres commissions des valeurs mobilières, même en s'engageant à ne modifier leurs propres lois qu'en suivant une procédure préalable qui assure l'uniformité, les provinces n'ont pas, pour la Cour, juridiquement renoncé à leur souveraineté parlementaire. Elles pourraient toujours – même si c'est peu probable – légiférer de manière contraire à l'arrangement et/ou se retirer de ce dernier. La Cour n'aborde pas la question des déséquilibres entre « grandes » et « petites provinces ».

Ce troisième cas de figure se distingue donc en partie des deux précédents. Dans le Régime

d'assistance publique et l'abolition du registre des armes à feu, la souveraineté parlementaire constituait le « sabre » brandi par l'autorité fédérale pour mettre fin ou pour modifier un arrangement coopératif de manière unilatérale. Ce n'est pas très coopératif, mais ce n'est pas anti-fédéral non plus : la possibilité d'agir de la sorte renforce le fédéralisme *dualiste*.

Dans le dossier des valeurs mobilières, une conception tout aussi maximaliste et formaliste de la souveraineté parlementaire, gage ultime du fédéralisme *dualiste*, vient en quelque sorte à la *rescousse* d'un fédéralisme coopératif qui déroge à la structure fédérale officielle. C'est la possibilité – même assez théorique – d'une action unilatérale qui permet à la Cour de considérer l'échafaudage coopératif constitutionnel.

La décision de la Cour suprême offre ainsi une voie de contournement. La Cour ne freine pas la coopération intergouvernementale. Elle ne soutient pas que l'uniformité en la matière requiert une modification constitutionnelle (très peu probable au Canada tant la Constitution formelle est rigide)⁷⁶. La Cour permet plutôt aux acteurs de recourir à un arrangement *politique* pour structurer leurs interactions, y compris en limitant massivement leur capacité d'action autonome, en réitérant que ces mêmes acteurs conservent – *in fine* et en droit – le pouvoir d'action unilatérale.

Le fédéralisme coopératif joue donc sur plusieurs tableaux : le registre juridique permet de sauvegarder une construction largement politique – qui elle déroge à l'architecture formelle de la fédération. On ne sait plus très bien qui, de la souris (juridique) ou du chat (politique), gagne la manche.

Conclusion : La « loyauté fédérale » - le *fair play* - comme règle du jeu ?

Le pacte fédéral canadien n'avait pas envisagé la coopération entre les membres de la fédération. Celle-ci s'est développée de manière graduelle, pragmatique, au cas par cas, au rythme de l'évolution du rôle des pouvoirs publics dans un Etat contemporain. Aujourd'hui, le fédéralisme canadien connaît d'innombrables mécanismes coopératifs – verticaux, horizontaux, bilatéraux, multilatéraux. Si certains trouvent appui dans de complexes enchevêtrements de normes de droit unilatérales, bon nombre ne trouve aucune assise juridique. C'est le cas, notamment de la pléthore de conférences inter-gouvernementales – de celle réunissant les chefs de gouvernement à celles regroupant des fonctionnaires spécialisés.

La Constitution canadienne n'encadre pas la collaboration entre partenaires. Mais l'arbitre constitutionnel – la Cour suprême du Canada – en chante les louanges et tente de lever les obstacles juridiques à la coopération, *lorsque les partenaires souhaitent coopérer*. L'arbitre constitutionnel (qui, dans la tradition de common law, peut également moduler les règles du jeu) a partiellement retiré les cloisons entre les bacs à sable, invitant les joueurs à élaborer des structures conjointes et inter-reliées. La Cour suprême altère donc partiellement les règles du jeu « juridique » en élargissant, en quelque sorte, l'emprise du droit. Coopérer, agir en tension avec la répartition exclusive des compétences, ne représente pas un jeu « para-juridique », mais bien, une nouvelle façon de « jouer la partition juridique ».

Par contre, ayant invité les joueurs à un jeu coopératif, les juges considèrent que la façon dont le jeu se déroule relève du domaine politique, se trouve « hors du droit ». Cela ne signifie pas que la Cour n'apprécie pas la coopération. Au contraire, elle la glorifie. Mais elle se retranche ensuite derrière le paravent de la séparation des pouvoirs et considère que la branche judiciaire outrepasserait ses

pouvoirs en imposant la coopération, ou en sanctionnant la non-coopération.

Autrement dit, lorsque les joueurs préfèrent agir en solo, ne souhaitent pas « coopérer » ou veulent retirer reprendre leur seau et leur pelle et retourner dans leur « bacs à sable », la Cour suprême retourne aux règles initiales du jeu du fédéralisme dualiste, et permet à chacun de reprendre l'amplitude de ses compétences. La jurisprudence facilite le jeu coopératif (en assouplissant le droit formel et la structure initiale) mais ne l'impose pas. Plus étonnant encore, pour les lecteurs européens sans doute, elle ne garantit pas les mécanismes coopératifs une fois qu'ils sont établis. On ne veut plus construire un immense château de sable collectivement, on peut retourner construire le sien, aux proportions plus congrues, dans son propre bac à sable. On reprend ses « billes constitutionnelles ». Et ce, même si ce retrait peut laisser des crevasses dans l'édifice du voisin. En droit constitutionnel canadien, ces crevasses relèvent du registre politique, et non juridique.

Cette approche du fédéralisme - et du rôle du juge dans la protection de celui-ci - tranche radicalement avec celle qui domine dans les fédérations belge, suisse ou - *a priori* - l'Union européenne. Ces régimes fédéraux, marqués du sceau de la tradition juridique romano-germanique, reconnaissent une forme de « loyauté fédérale » dont les tribunaux peuvent assurer le contrôle⁷⁷. L'obligation d'agir de bonne foi, qu'elle soit d'origine prétorienne ou constitutionnelle apparaît consubstantielle à un fédéralisme efficace et robuste dans la pratique des fédéralismes belge, suisse et européen⁷⁸. De toute évidence, ce n'est pas le cas dans la fédération canadienne, où la coopération intergouvernementale est pourtant tout aussi développée. Ce qui ne peut que relativiser le rôle primordial du droit dans la gestion du fédéralisme, ou du moins de certains régimes fédéraux, pourtant à la fois démocratiques et fonctionnels.

In fine, le fédéralisme coopératif offre un terrain fertile pour réfléchir au « jeu du droit (et du non-droit) ». Au Canada, le fédéralisme coopératif est bien réel, mais il se déploie dans une architecture fédérale encore profondément dualiste. Il en résulte que la frontière qui sépare le registre juridique et le registre politique dans le contexte du jeu coopératif n'est probablement pas placée au même endroit au Canada que dans les régimes fédéraux « intégrés ». Ainsi dans tous les systèmes fédéraux, le chat (politique) chasse la souris (juridique) et *vice versa*. Mais le scénario diffère selon les contextes constitutionnels, historiques, politiques et la culture juridique dominante.

Notes

¹ ELAZAR (D.J.), *Exploring Federalism*, Tuscaloosa : University of Alabama Press, 1987.

² Ainsi, en plus des « garanties juridiques », le caractère « robuste » d'une fédération dépendra également du système électoral et des menaces de rétribution (retaliation) politiques entre acteurs : *The Robust Federation: Principles of Design* (New York: Cambridge University Press, 2009).

³ Pour les fins du présent texte, les trois territoires nordiques (le Yukon, le Nunavut et les Territoires-du-Nord-Ouest) seront assimilés aux dix provinces. Leur statut particulier (ils sont dotés d'institutions similaires à celles des provinces, mais leur autonomie n'est pas garantie constitutionnellement) n'affecte pas réellement le jeu droit/politique que nous explorons.

⁴ *Le British North American Act / L'Acte de l'Amérique du Nord Britannique*, conclu en 1867. En

1982, cette loi a été rebaptisée la *Loi constitutionnelle de 1867*, (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, annexe II, n°5.

5 Au Canada, l'on utilise fréquemment ce terme pour éviter l'expression « niveaux » de gouvernement qui suggère – largement à tort – une forme de hiérarchie entre le centre et les provinces.

6 Sur ce sens donné au « jeu » du droit, voir l'Introduction générale de ce numéro spécial.

7 La décision de choisir le rongeur pour le registre juridique, et le félin pour le politique est aléatoire. Je ne veux pas insinuer que la souris aura toujours raison du politique (comme dans les dessins animés de *Tom et Jerry!*) ou, au contraire, que le chat finira toujours bien par croquer sa proie. Il s'agit simplement d'illustrer la course souvent circulaire entre ces deux animaux.

8 Voir partie I.1 pour une définition.

9 Cette union était accompagnée de la dissociation simultanée d'une colonie, le « Canada-Uni », qui devenait alors l'Ontario et le Québec. Il s'agissait donc simultanément d'un processus d'union et de dissociation.

10 Voir l'article 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, notamment les paragraphes 92(13) et (16).

11 La thèse des « deux peuples fondateurs » sur laquelle repose notamment la conception selon laquelle le Canada est une fédération multinationale divise les analystes et les historiens. Voir CARON (J.-F.) « Le Québec et la Confédération : le fédéralisme et la théorie du pacte », in CARON (J.-F.) et MARTEL (M.) (eds.), *Le Canada français et la Confédération*, Presses de l'Université Laval, Québec: 2016 ; et GRAMMOND (S.) « Compact is Back: The Supreme Court of Canada's Revival of the Compact Theory of Confederation », 2016, 53 : 3 *Osgoode Hall Law Journal*, pp. 799-823. Il importe de souligner que les peuples autochtones ont été entièrement écartés tant des négociations ayant mené à l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867*, que des institutions qu'elle mettait en place. La seule « présence autochtone » dans ce texte les traite en objet de droit plutôt qu'en sujets de droit : en conférant à l'autorité fédérale la compétence exclusive sur « Les Indiens et les terres réservées aux Indiens » (voir, art. 91(24), *Loi constitutionnelle de 1867*).

12 Le cadre constitutionnel comportait (et comporte officiellement toujours) des éléments indéniablement centralisateurs renforçant une conception hiérarchique du fédéralisme canadien, dont certains sont très probablement tombés en désuétude. Il s'agit notamment du « pouvoir de désaveu » des lois provinciales par l'exécutif fédéral: Voir art. 55-56 et 90 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

13 Jusqu'en 1949, le Comité judiciaire du Conseil privé (formés de juristes siégeant à la Chambre des Lords à Londres) constituait le dernier échelon de la hiérarchie judiciaire pour le Canada.

Évidemment, les critères d'évaluation des degrés de centralisation peuvent varier (compétences exclusives, autonomie fiscale ou budgétaire etc.), et l'étiquette « décentralisée » peut s'avérer justifiée dans certains domaines de politiques publiques et non dans d'autres. Elle est, de plus, susceptible d'évolution selon les périodes.

14 Voir les articles 91, 92 et 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La métaphore est de Lord Atkin in *Canada (A.G.) v. Ontario (A.G.)*, [1937] A.C. 326 à la p. 354.

15 La constitution canadienne ne connaît qu'une exception à cette règle. En matière de justice criminelle, les normes tant substantielles que procédurales relèvent de l'autorité fédérale, mais leur mise en œuvre incombe aux administrations provinciales et en bonne partie aux tribunaux provinciaux : voir, paragraphes 91(27) et 92(14), *Loi constitutionnelle de 1867*.

16 Quoique, *in fine*, tous assujettis à la révision finale par la Cour suprême du Canada. Pour une discussion de la structure judiciaire et une introduction au système juridique canadien : voir : POIRIER (J.), « Les recours des particuliers devant les plus hautes juridictions : une perspective de droit comparé (Canada) », Service de recherche du Parlement européen, Bruxelles, 2017, 73 pp. :

17 L'analogie est bien évidemment imparfaite, et fait abstraction, pour le moment, du pouvoir fédéral de dépenser dans les sphères de compétences provinciales (et vice versa, bien que ce soit moins fréquent) et de la prépondérance fédérale en cas de conflit entre lois fédérale et provinciale contradictoires. Sur le pouvoir de dépenser, voir : PETER (A.), « The Myth of the Spending Power Revisited », 34 *Queen's LJ*. 163-173, 2008. Sur la doctrine de la prépondérance fédérale, voir : BROUILLET (E.) et RYDER (B.), « Key Doctrines in Canadian Legal Federalism », in OLIVER (P.), MACKLEM (P.) et DESROSIERS (N.) (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 415-431.

18 Pour une analyse de la distinction entre systèmes « dualistes » et « intégrés », voir Poirier (J.) et SAUNDERS (C.), « Conclusion: Comparative Experience of Intergovernmental Relations in Federal Systems », in POIRIER (J.), SAUNDERS (C.) et KINCAID (J.) (dir.), *Intergovernmental Relations in Federal Systems: Comparative Structures and Dynamics*, Oxford University Press, Oxford/Toronto, 2015), aux. 440-469 ; GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) et POIRIER (J.), « From Dualism to Cooperative Federalism and Back?: Evolving and Competing Conceptions of Canadian Federalism » dans OLIVER (P.) *et al.*, *op.cit.*, pp. 391-400.

19 Ici également, la Belgique se distingue, avec une approche combinant les deux modèles. D'une part, la fédération belge est construite selon un modèle dualiste (institutions distinctes, compétences exclusives). D'autre part, elle a intégré une « philosophie » coopérative et certaines institutions formelles visant à favoriser la coopération; on y trouve aussi un principe constitutionnalisé de loyauté fédérale. Voir l'article d'Anne-Emmanuelle BOURGAUX dans le présent numéro spécial : « La Belgique : État faillie ou Fédération.... Para-fédérale ? Le comité de concertation comme illustration des jeux du droit ». Voir aussi POIRIER (J.) « The Belgian Federation: Tools of Appeasement; Instruments of Confrontation » in SAXENA (R.) (ed.), *Varieties of Federal Governance – Major Contemporary Models*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, aux pp. 344-377 et POIRIER (J.) « Les fédérations belge et canadienne : essai de comparaison synthétique et systématique », dans *Fédéralisme et protection environnementale : regards croisés sur les expériences belge et canadienne*, (2009) 39 Numéro spécial de la *Revue de droit de l'ULB*, pp. 13-33.

20 Tous les membres du Sénat sont nommés par l'exécutif fédéral. Bien que l'assemblée ait une certaine vocation de représentation régionale et de la diversité canadienne, il ne s'agit pas vraiment d'une seconde chambre fédérale au sens classique. La représentation des provinces n'y est en aucun cas effective.

21 Pour un examen des « relations intergouvernementales » au Canada, voir : ADAM (M.-A.), BERGERON (J.) et BONNARD (M.), « Intergovernmental Relations in Canada » in POIRIER (J.) *et al.*,

op.cit. note 17, pp. 135-173.

22 Voir entente fondatrice du Conseil de la fédération, 5 décembre 2003 :

https://www.sqrc.gouv.qc.ca/documents/relations-intergouvernementales/conseil_federation-entente_fondatrice.pdf

23 ADAM (M.-A.) *et al.*, *op.cit.* ; Voir aussi POIRIER (J.), « Le partage des compétences et les relations intergouvernementales : la situation au Canada », in FOURNIER (B.) ET REUCHAMPS (M.) (dir.), *Le fédéralisme en Belgique et au Canada : Un dialogue comparatif*, de Boeck, Bruxelles, 2009, pp. 103-118.

24 L'expression « compétences partagées » n'est pas utilisée dans la Constitution canadienne (au contraire des trois domaines de compétences explicitement concurrents, soit l'immigration, l'agriculture et les pensions : art. 94A et 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*). L'expression « partagée » sert parfois de synonyme à concurrente, mais il nous semble préférable de la réserver pour décrire des compétences « concurrentes *de facto* », c'est-à-dire, des compétences exclusives mais qui se chevauchent relativement à une même matière (le droit criminel fédéral et le droit provincial en matière de santé, pour traiter de questions de toxicomanie, par exemple).

25 SIMEON (R.), *Federal-Provincial Diplomacy: the Making of Recent Policy in Canada*, Toronto: University of Toronto Press, 2006 [1972].

26 *P.E.I. Potato Marketing Board c. Willis*, [1952] 2 R.C.S. 392 ; *Loi sur l'organisation du marché des produits naturels*, [1978] 2 R.C.S. 1198 ; *Fédération des producteurs de volaille c. Pelland*, [2005] 1 R.C.S. 292. Pour info = R.C.S. signifie « Rapports de la Cour suprême ». Les décisions peuvent être consultées à l'adresse suivante : <https://www.canlii.org/fr/ca/csc>.

27 Contrairement au phénomène du fédéralisme intégré « à l'européenne », les autorités provinciales peuvent également déléguer des responsabilités administratives (et indirectement législatives) à des organes fédéraux (*Gendis Inc c. Canada (Attorney General)*, 2006 MBCA 58 (CA Manitoba). Cela dit, les délégations de responsabilité fédérales vers les provinces soit plus fréquentes, du moins depuis les années 1990, période pendant laquelle la vision de « dévolutions administratives » comme solutions aux blocages constitutionnels a connu son apogée : v. POIRIER (J.), « Federalism, Social Policy and Competing Visions of the Canadian Social Union », (2002) 13 *Revue nationale de droit constitutionnel*, pp.355-435.

28 Une telle incorporation est révoquée, ce qui la distingue d'un réel transfert de compétences, lequel est lui considéré inconstitutionnel car il constitue une modification constitutionnelle détournée (*A.G.N.S. c. A.G. Canada*, [1951] R.C.S. 31). Dans les faits, toutefois, les résultats sont similaires...

29 Le terme est générique et ces accords portent tout aussi bien le titre de protocoles, d'accords, de protocoles d'accords (!), de *Memorandum of understanding*, etc. La terminologie n'affecte en rien leur statut juridique qui est, au Canada, particulièrement nébuleux. Au sujet du statut juridique des ententes intergouvernementales au Canada, voir, e.a. : v. POIRIER (J.), « Une source paradoxale du droit constitutionnel canadien : les ententes intergouvernementales », *Revue québécoise de droit constitutionnel*, 2009, vol., 32 pp., http://aqdc.quebec/wp-content/uploads/mdocs/poirier-une_source_paradoxe.pdf; POIRIER (J.), « Les ententes intergouvernementales dans les régimes fédéraux : aux confins du droit et du non-droit », in GAUDREALUT-DESBIENS (J.-F.) ET

GÉLINAS (F.) (eds), *op.cit.*, pp. 441-474 ; POIRIER (J.), « Intergovernmental Agreements in Canada : at the Cross-roads Between Law and Politics », in MEEKISON (P.J.), TELFORD (H.) et LAZAR (H.) (dir.), *Reconsidering the Institutions of Canadian Federalism*, Canada: the State of the Federation 2002, Institute of Intergovernmental Relations, Kingston (Canada), 2004, pp. 425-462.

30 *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, à la p. 433.

31 Il y a ainsi un parallèle entre l'approche dualiste que le Canada pratique dans son rapport avec le droit international et le sort réservé aux ententes intergouvernementales.

32 OST (F.) ET VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau : pour une théorie dialectique du droit* Bruxelles : Facultés universitaires St-Louis, 2002.

33 Voir discussion de *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, [2005] 1 R.C.S. 292 et de *Boucher c. Stelco*, [2005] 3 R.C.S. 279 in POIRIER (J.), Les ententes intergouvernementales comme sources paradoxales du droit, *op.cit.*, note 29.

34 *UL Canada Inc. c. Québec (Procureur-général)*, [2005] 1 R.C.S. 143 [Unilever], confirmant de manière sommaire, [2003] R.J.Q. 2729 (C.A.).

35 « Para-constitutionnel » tant selon l'étymologie latine (contre, en opposition) qu'hellénique (à côté, en marge) du préfixe « para ». Pour une analyse très fine de cette distinction, voir l'article d'Anne-Emmanuelle BOURGAUX dans le présent numéro spécial.

36 Au Canada, il est préférable de parler « d'ordres de gouvernement » que de « niveaux » ou de « paliers » qui suggèrent une relation hiérarchique.

37 Sur cette question, voir POIRIER (J.), Les ententes intergouvernementales comme sources paradoxales du droit, *op.cit.*, note 28.

38 Dans une autre étude, nous avons examiné combien, paradoxalement, l'État fédéral canadien générerait lui-même une forme de pluralisme juridique. Non pas en tolérant un ordre juridique non-étatique, mais en se plaçant lui-même dans un ordre normatif en marge du droit public officiel : voir POIRIER (J.), « Quand le non-droit fait la loi : les ententes entre partenaires fédéraux et l'hypothèse du pluralisme juridique », Recherche collective en ligne : *Le droit public existe-t-il ?*, Centre de droit public, Université libre de Bruxelles, 2007 : http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/fileadmin/telecharger/theme_1/contributions/POIRIER-1-20070507.pdf

39 POIRIER (J.), « Le partage des compétences et les relations intergouvernementales : la situation au Canada », *op.cit.*

40 Tel que mentionné précédemment, les seules compétences officiellement concurrentes portent sur l'immigration, l'agriculture et les pensions. Dans les deux premiers cas avec une règle de prépondérance fédérale, dans le dernier, avec prépondérance provinciale en cas de conflit : voir paragraphes 94 A et 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

41 Pour une analyse des doctrines d'interprétation, voir BROUILLET (E.), « Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada : quelques réflexions sur le principe d'exclusivité des pouvoirs », [2010] 3 *Revue québécoise de droit constitutionnel*, pp. 1-22, p. 16 ; GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) ET LECLAIR (J.), *Provinces, Lutte contre la corruption et fédéralisme*, Thémis, 2016, aux pp. 11-34.

42 Pour ne donner qu'un exemple très contemporain... À compter du 17 octobre 2018, le cannabis sera « décriminalisé » au Canada. De manière stricte, la décriminalisation relève de la compétence exclusive fédérale en matière de droit criminel. Par contre, la mise en marché des produits relève des compétences provinciales relatives à la propriété et aux droits civils (qui encadre le commerce local ou la protection du consommateur, par exemple). Ottawa a décidé de dépénaliser la culture de quatre plants ou moins à domicile, alors que Québec veut interdire toute culture domestique. Les deux options sont-elles compatibles (ie, en ne cultivant aucun plant, on respecte forcément la loi fédérale)? ou sont-elles en contradiction ? : LECLAIR (J.), "Quelle marge de manoeuvre pour les provinces?", La Presse, 29 novembre 2017 : http://plus.lapresse.ca/screens/7ea15b02-f440-4817-ad91-e2c82a19432f_7C__0.html

43 *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 24-42 et 77-78 ; *Colombie-Britannique (P.G.) c. Lafarge*, [2007] 2 R.C.S. 86 ; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, [2010] 3 R.C.S. 457, par. 61 ; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, [2011] 3 R.C.S. 134 (Insite), par. 63. Voir discussion dans GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) et POIRIER (J.), *op.cit.*, note 18 et POIRIER (J.), « Souveraineté parlementaire et armes à feu : le fédéralisme coopératif dans la ligne de mire ? », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 2015 pp. 47-131.

44 Selon la Cour suprême, cette approche présiderait à son interprétation moins « formaliste » que celle du Conseil privé de la répartition des compétences depuis 1949: *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, [2011] 3 R.C.S. 837, aux para. 55-62).

45 *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, [2011] 3 R.C.S. 837, pp.893-894 (par. 130-33).

46 Voir PETER (A.), *op.cit.* et ADAME (M.-A.) *et al.*, *op.cit.* Un pouvoir de dépenser « provincial » existe également mais il n'est exercé de manière relativement marginale, notamment en raison de la répartition des compétences et d'un déséquilibre fiscal en faveur de l'autorité fédérale. Cette dernière a davantage de ressources à consacrer à des politiques publiques ne relevant pas de ses compétences.

47 KONG (H.), « The Spending Power in Canada » dans OLIVER *et al.*, *op.cit.*, pp. 433-446. La seule limite – d'importance, cela dit – est que l'ordre qui finance une telle initiative « hors compétence » ne peut légiférer directement sur la matière. Elle ne peut donc directement réguler le domaine. A titre d'exemple, l'autorité fédérale ne peut légiférer en matière d'éducation, mais elle peut offrir des bourses d'études ou financer des programmes d'infrastructure pour la rénovation d'écoles. Plusieurs analystes y voient évidemment une façon de faire indirectement, ce qui ne peut être fait directement.

48 Cela dit, le contrôle réel qu'exercent les parlementaires sur l'exécutif ne doit pas être exagéré. Particulièrement dans le contexte de gouvernements majoritaires (ce qui est la norme au Canada), l'exécutif jouit d'une majorité qui cautionne ses orientations et décisions, intergouvernementales ou non.

49 *Ricken Leroux Inc. c. Québec (Ministère du Revenu)*, CAQ 1997, CanLII 10017 (QC CA), p. 18 (par la juge Rousseau-Houle, pour la majorité).

50 Voir POIRIER (J.), « Les recours individuels », *op.cit.* Ce contrôle en parallèle peut générer de réels parcours du combattant pour des administrés confrontés à des décisions administratives

prises par des organes conjoints. À titre d'exemple, voir *Association canadienne des restaurateurs et des services alimentaires c. Canada (Commission du lait)*, [2001] 3 C.F. 20 (C.F.), discuté dans POIRIER, « Les ententes intergouvernementales comme sources paradoxales du droit », *supra*, note 28, aux pp. 26-27.

51 Notre néologisme. Un tel droit est clairement à construire!

52 J'écris « anglais » car les Écossais en contestent parfois la nature, soutenant que leur constitutionnalisme est davantage fondé sur la souveraineté populaire. Quoiqu'il en soit, en droit canadien, c'est bien le principe de la « souveraineté parlementaire » qui a été « importé » !

53 Les limites procédurales sont qualifiées de « forme et de manière » (ou encore de « modalités et de manière »). Celles-ci doivent normalement être explicitées dans chaque loi (*Colombie-britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473, para. 60. Récemment, la Cour suprême a statué qu'une obligation de consulter les peuples autochtones dans le cadre du processus législatif conduisant à une loi potentiellement préjudiciable non seulement à leurs intérêts mais même à leurs droits constitutionnels, ne constituait pas une limite procédurale acceptable : *Première nation crie Mikisew c. Canada*, 2018 CSC 40. Il y a très fort à parier que de tenir compte des intérêts d'autres membres de la fédération constituerait assurément une contrainte « substantielle » (inadmissible) et non « procédurale ».

54 Ou plus précisément « the King in Parliament », puisque le monarque participe au processus législatif puisque la « sanction royale » constitue la dernière étape de l'adoption d'une loi.

55 Ni aux droits relatifs aux peuples autochtones, qui sont constitutionnalisés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

56 Ainsi que le démontre l'évolution du droit britannique entourant l'adhésion du Royaume-Uni à l'Union européenne, et le Brexit, la souveraineté parlementaire connaît également, outre-Atlantique et outre-Manche, des limites : *R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the EU*, (2016) EWHC 2768.

57 Officiellement, les trois territoires ne jouissent pas du même degré de souveraineté que les provinces, puisque leur autonomie est assujettie à la souveraineté de l'autorité fédérale. Encore une fois, cette distinction, importante dans le contexte canadien, n'est pas essentielle à l'argument défendu ici. Sur la notion de principe constitutionnel non-écrit (implicite, sous-jacent, structurant) voir *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

58 *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, à la p. 548.

59 *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

60 Cette restriction ne visait que les provinces les plus « riches », qui, paradoxalement bénéficiaient le plus de ce financement fédéral puisque leur part du 50% était plus élevée que dans le cas des provinces aux économies plus faibles.

61 *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, à la p.530.

62 Il s'agissait, en l'occurrence, du Parlement fédéral. Mais, comme nous l'avons vu, une province

jouit du même degré de souveraineté parlementaire et aurait, en principe, également pu modifier unilatéralement ses engagements. Du moins, sur le plan juridique. Politiquement, les provinces bénéficiaient ici du « pouvoir fédéral de dépenser ». Récipiendaires de fonds publics fédéraux, elles n'avaient pas le gros bout du bâton.

⁶³ *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, aux pp. 560 et 565.

⁶⁴ *Québec (A.G.) v Canada (A.G.)* [2015] SCC 14, [2015] 1 SCR 693. Les trois juges issus du Québec ont rendu une opinion dissidente, avec l'appui de la juge Abella.

⁶⁵ Pour une analyse plus poussée, voir POIRIER (J.) « Armes à feu *op.cit.* et POIRIER (J.), « Taking Aim at Cooperative Federalism: The Long-Gun Registry Decision by the Supreme Court of Canada », International Journal of Constitutional Law Blog (I-Connect), 15 avril, 2015, disponible à : <http://www.iconnectblog.com/2015/04/taking-aim-at-cooperative-federalism-the-long-gun-registry-decision-by-the-supreme-court-of-canada/>

⁶⁶ En décembre 1989, un massacre a été perpétré à l'École polytechnique de Montréal. Dans un geste de misogynie innommable, un homme s'est introduit dans l'institution, a séparé les étudiants et les étudiantes, et abattu quatorze d'entre elles. Cette histoire, qui a marqué les esprits, est relatée de façon très fine, respectueuse et délicate dans le film *Polytechnique*, de Denis Villeneuve : <http://www.filmsquebec.com/films/polytechnique-denis-villeneuve/>

⁶⁷ Par analogie, v. ECK, Laurent, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, L'Harmattan, Paris, 2010.

⁶⁸ PEETERS (P.), « Le principe de la loyauté fédérale : une métamorphose radicale », (1994) *Administration publique* 239, à la p. 241.

⁶⁹ En vertu des compétences provinciales relatives « à la propriété et aux droits civils » : art. 92 (13), *Loi constitutionnelle de 1867* : confirmé dans *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, [2011] 3 R.C.S. 837.

⁷⁰ Voir, e.a., art. 91 (2), (13), (16), (18), *Loi constitutionnelle de 1867*.

⁷¹ La Cour reprend la définition suivante des risques « systémiques » : [TRADUCTION] « . . . risques qui entraînent un 'effet domino' où le risque de défaillance d'un participant du marché nuit à la faculté des autres de s'acquitter de leurs obligations juridiques et provoque une série de chocs économiques néfastes qui se répercutent dans l'ensemble d'un système financier » (M. J. TREBILCOCK, *National Securities Regulator Report* (2010), [références omises]. Par définition, de tels risques pourraient déborder les limites provinciales et ne pas répondre aux méthodes habituelles d'atténuation » : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, [2011] 3 R.C.S. 837, para. 103.

⁷² Cet aspect de l'intervention fédérale porte sur l'ampleur de ses compétences relatives au commerce (paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*) et n'est pas vraiment pertinente pour nos propos.

⁷³ Un tel protocole d'accord est similaire à une convention intercantonale suisse ou un accord de coopération suisse, à une exception près – qui est de taille ! Il ne s'agit pas de normes juridiques



formelles. Leur statut est fluide, vague, ambigu. Sur la comparaison entre les accords de ce type entre régime fédéraux, voir POIRIER (J.), « Les ententes intergouvernementales dans les régimes fédéraux : aux confins du droit et du non-droit », *op.cit.*, pp. 441-474 ; POIRIER (J.), « Une source paradoxale du droit constitutionnel canadien : les ententes intergouvernementales », *Revue québécoise de droit constitutionnel*, 2009, vol 1, 20 (http://www.aqdc.org/pub/cms_volume_tablemat.php?id_volume=1); consulté le 10 juillet 2018 ; POIRIER (J.) et MUNUNGU (K.), « Les accords de coopération entre partenaires fédéraux : entre 'sources du droit' et 'soft law' », in HACHEZ (I.), DUMONT (H.), OST (F.) et VANDEKERCHOVE (M.) (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Anthémis, Bruxelles, 2013, pp. 887-935.

74 Art. 5.5. du Protocole d'accord.

75 Renvoi relatif à la réglementation pancanadienne des valeurs mobilières, 2018 CSC 48.

76 Les modifications constitutionnelles de ce type exigent un tel degré de consensus qu'elles sont pratiquement inatteignables. Voir art. 38 ss., *Loi constitutionnelle de 1982*.

77 Voir les art. 44 de la *Constitution suisse*, art. 143 de la *Constitution belge* et l'article et art. 4 du Traité sur l'Union européenne; RASSON (A.-C.), « L'histoire épique du 'vivre ensemble' belge. Une réflexion autour de la loyauté fédérale et son intégration dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle », (2012) 1 *Chroniques de droit public/Publickrechtelijke Kronieken*, pp. 25-75; POIRIER (J.), « Souveraineté fédérale et armes à feu » *op.cit.*, pp. 59-62.

78 Et l'on pourrait ajouter le fédéralisme allemand ou autrichien, et les quasi-fédérations espagnole et italienne : voir GAMPER (A.), "On Loyalty and the (Federal) Constitution", Vienna Online J. on Int'l Const. L. 157, 2010 ; PALERMO (F.) ET KÖSSLER (K.), *Comparative Federalism: Constitutional Arrangements and Case Law*, Oxford/Portland Oregon, Bloomsbury, 2017, pp. 249-253.

PDF généré automatiquement le 2020-06-25 03:56:22

Url de l'article : <https://popups.uliege.be:443/1374-3864/index.php?id=1772>