

# INTRODUCTION

par l'honorable Marie DESCHAMPS<sup>1</sup>

Les textes contenus dans ce numéro de la Revue de droit de l'Université de Sherbrooke reprennent les discussions vivantes qu'ont eues plusieurs juristes au cours du Cycle 2013 des Ateliers de droit constitutionnel. Ces Ateliers sont organisés par trois professeurs de droit constitutionnel qui enseignent respectivement à l'Université de Montréal, à l'Université McGill et à l'Université de Sherbrooke. L'édition 2013 coïncidait avec ma retraite de la magistrature et c'est donc avec plaisir que j'ai pu prendre un peu de recul, m'éloigner des contraintes du quotidien des dossiers de la Cour suprême et tendre l'oreille aux propos pertinents de juristes qui savent replacer dans leur contexte l'évolution des théories élaborées en droit constitutionnel.

Les Ateliers se veulent audacieux, abordant des sujets vastes, mais soulevant aussi des questions pointues. Ainsi, lors de chacune des trois rencontres de la mouture 2013, chacun des participants a traité d'un grand volet du droit constitutionnel canadien et de questions particulières s'y rattachant. Mon propos dans cette introduction vise non seulement à présenter les sujets, mais aussi à susciter l'intérêt du lecteur par une réplique ou un commentaire sur la position prise par les auteurs.

Le premier texte soumis à notre analyse porte sur le fédéralisme, en faisant ressortir ses liens avec les principes démocratiques. Le professeur Hoi Kong, de l'Université McGill, propose une vision du fédéralisme fondée sur une notion de république intrinsèquement liée à la proximité citoyenne. Suivant cette notion de république, le concept de subsidiarité donne vie aux aspirations multinationales du fédéralisme canadien en lui insufflant un contenu et lui en imposant des limites.

---

1. Ce texte de présentation des ateliers constitutionnels a été rédigé à la suite des ateliers, et révisé le 21 juin 2014. Il a pour vocation de présenter les débats et les questions soulevées lors des présentations orales des Ateliers, et ne reflète pas l'intégralité des versions papiers du présent dossier. Il ne tient donc pas compte des éventuelles décisions jurisprudentielles intervenues entre temps. Note de l'éditeur et coordinateur du dossier.

Pour le professeur Kong, la théorie de la subsidiarité prend origine dans l'arrêt *114957 Canada Ltée (Spraytech, société d'arrosage) c. Hudson (Ville de)*, [2001] 2 R.C.S. 241, dont l'opinion majoritaire est signée par la juge L'Heureux-Dubé. Suivant l'analyse du professeur Kong, la subsidiarité comporte deux acceptions en droit canadien. Elle consiste parfois en un moyen, pour le gouvernement qui est le plus à même de satisfaire les besoins des citoyens sans égard au titulaire de la compétence, d'assurer la mise en œuvre d'une politique – c'est l'interprétation retenue par la juge en chef McLachlin dans le *Renvoi relatif à la procréation assistée*, [2010] 3 R.C.S. 457. La subsidiarité peut cependant aussi être vue comme moyen contribuant à déterminer lequel de deux gouvernements, dans un cas de contestation, a compétence pour adopter les mesures législatives mettant en œuvre une politique bénéfique pour les citoyens – thèse qui ressort de l'opinion que le juge Lebel et moi avons signée conjointement dans cet arrêt. Le professeur Kong favorise la deuxième approche, car elle met en valeur les principes démocratiques sur lesquels la république est fondée.

Je suis d'accord avec le professeur Kong pour conférer une importance matérielle à la notion de subsidiarité permettant à l'un des ordres de gouvernement, le plus souvent l'ordre local, d'assumer la responsabilité de l'adoption de politiques qui nécessitent une proximité avec les citoyens. Cette approche offre à l'interprète constitutionnel un outil utile dans les cas, de plus en plus nombreux, de chevauchement de compétences apparent ou réel. Ceci ne signifie pas que, systématiquement, le gouvernement local sera celui qui se verra attribuer la compétence. Cela signifie simplement que les considérations fondées sur les besoins des citoyens seront prises en compte plutôt que les visées politiques des gouvernements.

Je note par ailleurs que la juge en chef McLachlin a, dans son opinion dissidente dans l'arrêt *Shell Canada Products c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, reconnu la valeur de la proximité dans l'interprétation des pouvoirs de gouvernements locaux comme les municipalités. Même si la notion de subsidiarité

n'est pas mentionnée dans cet arrêt, son essence y transparait déjà. L'arrêt *Spraytech* découle donc naturellement de l'approche de la juge en chef dans *Shell*.

La question de la qualification juridique de la subsidiarité demeure ouverte. Alors que la juge en chef est favorable à un argument fondé sur la proximité dans *Shell*, elle refuse d'attribuer à la subsidiarité un rôle dans l'interprétation de la portée des chefs de compétence dans le *Renvoi sur la procréation assistée*. Avec le juge LeBel, j'ai déjà signalé que notre droit a reconnu à la subsidiarité une valeur juridique. Tout comme dans *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, 2007 CSC 22, nous l'avons qualifiée de « principe d'interprétation ». Un tel principe pourrait donc jouer dans la détermination de la compétence d'un ordre de gouvernement pour adopter une norme législative. Cette question n'ayant pas fait l'objet de discussion par tous les juges ayant participé au *Renvoi sur la procréation assistée*, elle devra être clarifiée dans le futur.

Le deuxième texte est produit par la professeure Johanne Poirier, de l'Université Libre de Bruxelles. Elle rend évident le défi que posent à la souveraineté parlementaire les notions de subsidiarité et de fédéralisme coopératif. Elle fait ressortir le flou juridique qui accompagne leur intégration à l'architecture canadienne qu'elle décrit comme essentiellement dualiste. Si la professeure Poirier ne critique pas ouvertement le recours à ces deux notions, elle rejoint la philosophie du professeur Kong, lorsqu'elle explore une forme de fédéralisme coopératif d'où découleraient des limites pour chacun des ordres.

Dans le contexte de la complexification de la législation, de même que de la reconnaissance parallèle de la compétence accessoire et du recours à la théorie du double aspect, de nombreuses matières sont susceptibles d'appréhension par les deux ordres de gouvernement. La faveur dont jouissent ces théories constitutionnelles, jointe à celle de mécanismes comme la négociation et la conciliation de même que l'évolution de notions comme l'accommodement dans d'autres domaines du droit

constitutionnel laissent peu d'espoir que renaisse un fédéralisme dualiste puriste. Je reconnais donc que le coopératisme a pris une importance telle qu'il mérite d'être mieux défini. L'orientation prise par les tribunaux ne devrait pas occulter le risque que représente une gouvernance irrespectueuse de la part d'un des ordres à l'égard du champ d'action légitime de l'autre ordre. L'alarme que sonne la professeure Poirier devrait donc être entendue.

La Cour suprême a déjà manifesté une ouverture à l'imposition de limites à l'exercice des pouvoirs d'un ordre de gouvernement. Les limites suggérées par la professeure Poirier peuvent être vues comme un pas dans une direction déjà prise en matière de responsabilité contractuelle dans l'arrêt *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199. De même, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 RCS 457, par. 77, mais surtout de façon unanime dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, la Cour suprême a affirmé que l'un des ordres ne peut exercer une de ses compétences de façon à vider de son contenu une compétence de l'autre ordre. Il y a déjà dans ces arrêts, de même que dans la théorie de la législation déguisée, les bases permettant de développer le concept de bonne foi en matière de fédéralisme coopératif. Ces bases, propres au domaine du partage des compétences, pourraient être fertilisées avec le terreau mis en place dans le domaine de la liberté d'association avec *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 RCS 291. En somme, les idées couchées dans le texte de la professeure Poirier donnent amplement matière à réflexion.

Après avoir ouvert sur un sujet traditionnellement lié au droit constitutionnel, le fédéralisme, le lecteur peut enchaîner avec deux textes traitant des droits fondamentaux, qui depuis l'incorporation de la Charte canadienne des droits et libertés, s'insèrent d'emblée dans notre droit constitutionnel.

Le professeur Dwight Newman, de l'Université de Saskatchewan, s'intéresse à l'application de la Charte pour soutenir l'indépendance académique, soulignant que le Canada n'a pas de

réelle théorie sur ce sujet. Il s'interroge sur la protection constitutionnelle applicable en milieu universitaire. Se fondant sur l'arrêt *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295, il se dit d'avis que la Charte devrait s'appliquer en milieu académique puisque les organes agissant dans ce milieu mettent en œuvre des programmes ou politiques gouvernementales.

Au professeur Newman, je réponds qu'il est probable que la plupart des universités offrent des programmes qui sont cohérents avec ceux que les gouvernements soutiennent. Il n'est cependant pas clair que toutes les universités soient nécessairement chargées par les gouvernements de mettre en œuvre leurs programmes et politiques. Je ne suis donc pas persuadée que les universités exercent systématiquement des activités gouvernementales. Je suis d'accord que la Charte peut aider à dessiner les contours d'une théorie de la liberté académique, mais il demeure pertinent de développer, au Canada, une théorie autonome afin d'éviter que les membres de la communauté académique soient soumis à des standards différents selon qu'ils oeuvrent ou non dans une institution « gouvernementale ».

Le professeur Maxime St-Hilaire, de l'Université de Sherbrooke, traite aussi de l'application de la Charte, mais sur un sujet de portée plus générale. Il met en évidence une autre valse-hésitation de la jurisprudence, celle de l'identification des débiteurs des obligations constitutionnelles. Le professeur St-Hilaire relève d'abord sommairement que la Charte s'applique au législateur et aux gouvernements fédéral et provincial dans leurs champs respectifs de compétence, notant que la Cour suprême a été divisée sur la question de la grille d'analyse à utiliser – approche structurelle ou fonctionnelle – pour déterminer si une entité ou une personne est assujettie aux obligations constitutionnelles. Il s'attaque ensuite à l'analyse de la jurisprudence de la Cour suprême sur l'application de la Charte aux tribunaux, identifiant pas moins de cinq catégories permettant de conclure que les tribunaux et la *Common Law* sont assujettis à la Charte. Il qualifie

d'incertain l'état du droit sur la relation entre la Charte et le régime des indemnités s'appliquant aux tribunaux. Selon le professeur St-Hilaire, la jurisprudence sur l'application de la Charte aux tribunaux et à la *Common Law* est inopérante, imprévisible et d'une complexité extrême qui n'est pas justifiée par quelque fonctionnalité. Selon lui, une solution simple serait de rendre la Charte systématiquement applicable aux tribunaux aux termes d'une acception large du terme « gouvernement » qui s'étend à l'exercice de toute fonction gouvernementale. Cette solution prendrait appui sur les arrêts *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573 et *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588.

Le professeur St-Hilaire rejette l'objection suivant laquelle une telle conclusion aurait pour effet d'étendre la portée de la Charte aux personnes physiques et aux entités qui ne se qualifient pas comme « gouvernement ». Pour ma part, je ne suis pas convaincue que l'assujettissement des tribunaux en raison du fait qu'ils exercent une fonction d'adjudication qui est « gouvernementale » n'étendrait pas l'application de la Charte aux rapports de droit privé. Dans l'exercice de leur fonction d'adjudication, les tribunaux ne sont pas des « sujets » de droit. Ils sont des organes, des véhicules du droit. Si leurs décisions ne respectent pas les prescriptions de la Charte, elles seront cassées en appel ou en révision judiciaire. Dans le cas de la *Common Law*, les tribunaux « peuvent – et doivent – [la] faire évoluer en harmonie avec la Charte » (*R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725). Aux remarques mordantes du professeur St-Hilaire, je répondrais donc que la complexité est plus apparente que réelle. L'élégance d'une règle générale ne permet pas de conférer aux tribunaux un rôle d'acteur gouvernemental qui serait en contradiction avec le principe d'indépendance judiciaire.

Après un regard qui embrasse le régime interne, il était naturel de se tourner vers l'extérieur. Le professeur Han-Ru Zhou, de l'Université de Montréal, en profite pour traiter de l'usage qu'aurait pu faire la Cour suprême du Canada d'un nombre certain de décisions du Conseil privé touchant le principe de l'indépendance judiciaire.

Avant d'aborder de plein front son sujet, le professeur Zhou trace d'abord les grandes lignes du contexte dans lequel le droit canadien évolue. Il note que notre droit s'est, depuis longtemps, abreuvé à des sources étrangères. Quoique le droit canadien soit doté d'une autonomie presque complète depuis la *Loi constitutionnelle de 1867*, le recours aux sources anglaises et françaises comme droit supplétif a habitué les tribunaux à une étude attentive du droit de ces pays. Leur appartenance à deux grandes familles juridiques a élargi l'horizon jurisprudentiel des tribunaux canadiens aux autres pays des mêmes familles. À ces liens juridiques s'est ajouté le fait que le Canada a retenu le Conseil privé comme tribunal de dernière instance jusqu'en 1949.

Ce contexte permet au professeur Zhou de soutenir de façon convaincante que la Cour suprême aurait pu éviter certaines critiques acerbes si elle avait fait usage des outils jurisprudentiels qui étaient à sa disposition à l'occasion du *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale* (Î.-P.-É.), [1997] 3 R.C.S. 3, un arrêt fondamental portant sur l'indépendance judiciaire. Le professeur Zhou relève plusieurs décisions du Conseil Privé qui, si elles ne s'imposaient pas comme autorité, avaient, par la puissance de leurs motifs, une grande force persuasive.

Ma réplique aux commentaires du professeur Zhou est qu'il est difficile, à l'heure actuelle, de trouver une cour de dernier ressort qui fait plus usage du droit comparé que la Cour suprême du Canada. Dans certains pays, le recours au droit comparé est encore vu comme une menace à l'identité nationale et fait l'objet de débat. Rien de tel au Canada. Dans la majorité des décisions importantes, la Cour examine et discute les solutions juridiques auxquelles en viennent les cours des régimes comparables. Si, dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges des cours provinciales*, la Cour n'a pas fait cet exercice, c'est peut-être qu'à l'époque la pratique n'était pas aussi établie. Le propos du professeur Zhou rappelle cependant non seulement l'importance du droit comparé, mais aussi que le droit anglais traverse la frontière entre le droit interne et le droit étranger.

Je conclus en remarquant que chacune des cinq présentations comporte un son de cloche. Le double engagement envers le fédéralisme et la démocratie emporte des obligations. Le fédéralisme, pour évoluer harmonieusement, impose aux partenaires un respect de leurs compétences respectives. Une démocratie forte repose sur le développement de théories fonctionnelles – aussi simples et claires que possible – qui permettent aux acteurs, du milieu académique comme de tous horizons de faire valoir leurs droits. Par ailleurs, si les cours canadiennes n'ont pas, jusqu'à maintenant, appliqué le principe de la subsidiarité dans la détermination de la portée d'un chef de compétence, le coopératisme peut constituer la porte d'entrée d'une répartition collaborative des pouvoirs.