

Bulletin d'histoire politique

Des BPC aux embryons : quand la Cour suprême du Canada remplace un « intérêt national » par un autre

Hubert Villeneuve



Volume 24, Number 1, Fall 2015

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1033396ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1033396ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Association québécoise d'histoire politique
VLB éditeur

ISSN

1201-0421 (print)

1929-7653 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Villeneuve, H. (2015). Des BPC aux embryons : quand la Cour suprême du Canada remplace un « intérêt national » par un autre. *Bulletin d'histoire politique*, 24(1), 111–124. <https://doi.org/10.7202/1033396ar>

Tous droits réservés © Association québécoise d'histoire politique et VLB Éditeur, 2015

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

Des BPC aux embryons : quand la Cour suprême du Canada remplace un « intérêt national » par un autre*

HUBERT VILLENEUVE¹

Docteur en histoire, bachelier en droit

Au cours de l'année 1990, Hydro-Québec reçoit du procureur général du Canada deux constats d'infraction pour avoir contrevenu à la nouvelle *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*² (LCPE), laquelle permet au gouvernement fédéral de réglementer des substances pouvant poser un risque pour l'environnement ou la santé humaine. Les faits reprochés à la société d'État sont d'avoir déversé en janvier 1990 dans la rivière Saint-Maurice, sur le site de la vieille centrale Shawinigan-3, des quantités de biphényles chlorés (BPC) dépassant la limite fixée par un arrêté d'urgence adopté en vertu de la LCPE par Lucien Bouchard, alors ministre de l'Environnement du gouvernement progressiste-conservateur de Brian Mulroney.

Hydro-Québec plaide non coupable et dépose en Cour du Québec une requête pour faire déclarer inconstitutionnelles les dispositions sur les substances toxiques de la LCPE (articles 34 et 35), au motif qu'elles outrepassent les compétences fédérales. La requête d'Hydro-Québec est accueillie, mais Ottawa fait immédiatement appel³. Commence alors une saga judiciaire qui durera sept ans et se rendra jusqu'en Cour suprême, peu connue hors des cercles juridiques, mais dont les répercussions incluent encore à ce jour l'éventualité d'un infléchissement substantiel de l'équilibre constitutif du fédéralisme canadien.

Par son jugement *R. c. Hydro-Québec*⁴ rendu en 1997 par une courte majorité de cinq juges sur neuf, la Cour suprême donne raison au fédéral et valide la LCPE. Toutefois, pour des raisons que la présente analyse exposera, elle ne s'appuie pas sur les arguments avancés par Ottawa, mais sur un raisonnement créatif se voulant un compromis dans le contexte

* Cet article scientifique a été évalué par deux experts anonymes externes, que le Comité de rédaction tient à remercier.

politique et constitutionnel d'alors, et consistant à octroyer au fédéral un nouveau type de pouvoir. Les conséquences éventuelles du jugement *Hydro-Québec* n'en demeurent pas moins majeures, comme le démontre la tentative fédérale d'user de cette prérogative au début des années 2000 pour investir les compétences provinciales en santé.

La LCPE et l'«intérêt national»

La LCPE est adoptée alors que le premier gouvernement Mulroney veut redorer sa crédibilité environnementale à la suite du passage bref et erratique de Suzanne Blais-Grenier (1984-1985) comme ministre fédérale de l'Environnement. Son successeur, Tom MacMillan (1985-1988) devant renouer avec les milieux écologistes tout en respectant un cadre de compressions budgétaires, pilote, après une vaste consultation, l'adoption de la LCPE en juin 1988. Celle-ci regroupe quatre lois environnementales pré-existantes⁵, et est assortie de mesures systématiques de régulation qui étendent les pouvoirs fédéraux en matière environnementale⁶. Quoique la *Loi constitutionnelle* de 1867 soit muette sur l'environnement (qui n'était évidemment pas un enjeu au XIX^e siècle), sa nature globale, pouvant être rattachée pour ainsi dire à tout secteur d'activité, en fait une compétence partagée entre le fédéral et les provinces.

La large portée donnée à la LCPE s'explique par la prise de conscience graduelle, au cours des années 1970 et 1980, du fait que les problématiques environnementales transcendent les frontières politiques, principe consacré par le *Rapport Brundtland*⁷ de l'ONU en 1987, et auquel l'opinion publique canadienne devient sensible dans le cadre des débats portant sur les pluies acides et la dégradation de la couche d'ozone⁸. Vers la fin des années 1980, les sondages démontrent qu'une majorité de la population souhaite voir le gouvernement fédéral davantage actif en matière environnementale, incitatif non négligeable pour le gouvernement Mulroney à agir au cours d'une année électorale comme 1988⁹.

Parallèlement, émerge à cette époque chez certains juristes l'idée d'utiliser à des fins environnementales le pouvoir du gouvernement fédéral d'agir dans l'«intérêt national», parfois aussi appelé théorie des «dimensions nationales»¹⁰. Ce pouvoir n'est pas expressément prévu dans la *Loi constitutionnelle* de 1867; il consiste en une élaboration jurisprudentielle, initialement énoncée en 1896¹¹, et fondée sur le préambule de l'article 91 du texte constitutionnel de 1867 accordant au fédéral le droit de «make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada» (passage souvent appelé la «clause POGG»). La théorie de l'«intérêt national» postule que certaines juridictions provinciales peuvent, avec le temps, «atteindre des dimensions telles qu'elles puissent affecter l'organisme même de l'État fédéral (...) et justifier ainsi le Parlement central

à légiférer dans ce domaine»¹². La théorie de l'«intérêt national» permet ainsi au fédéral de s'approprier un domaine de compétence provincial précis de manière *permanente* à partir du moment où un test précis est rempli. Il faut notamment que cette matière, originellement provinciale, ait acquis avec le temps «une unicité, une particularité et une indivisibilité», bref une nature pancanadienne qui la distingue désormais des compétences provinciales¹³.

En 1988, ajoutant à ces critères la nécessité de démontrer que les provinces sont «inaptes» à légiférer efficacement sur un domaine, la Cour suprême consacre l'adaptation du principe d'«intérêt national» aux matières environnementales dans son jugement *Crown Zellerbach*¹⁴. Une majorité de quatre juges sur sept déclare constitutionnelle la *Loi sur l'immersion de déchets en mer*¹⁵ du fédéral, qui se voit désormais attribuer autorité complète sur la pollution des eaux salées, incluant celles en territoire provincial. Chose étonnante en cette époque où l'actualité est dominée de manière quasi-permanente par les négociations constitutionnelles, relancées en 1987 par l'Accord du lac Meech, l'arrêt *Crown Zellerbach* n'est presque aucunement couvert par les médias, et ne suscite aucune réaction dans la classe politique québécoise. Il n'est par ailleurs nullement soulevé lors des élections fédérales de 1988, qui voient la réélection majoritaire du Parti progressiste-conservateur de Mulroney, ou lors des élections québécoises de 1989, qui voient celle du gouvernement libéral de Robert Bourassa. Tout au plus voit-on une lettre d'opinion publiée par la constitutionnaliste Lorraine Pilette dans *La Presse* lors des élections provinciales de 1989, et mentionnant que la décision *Crown Zellerbach* «ajoute bien sûr aux pouvoirs du gouvernement fédéral en matière de pollution, mais surtout, (...) constitue un précédent qui n'est aucunement lié à un domaine d'activité»¹⁶.

Adoptée moins de trois mois après ce jugement, *Loi sur la protection de l'environnement* du gouvernement Mulroney est donc conçue dans une optique holistique et adaptée aux considérations d'«intérêt national», dont le potentiel semble alors fort prometteur dans l'établissement de normes environnementales pancanadiennes¹⁷. Par exemple, notons ici son préambule voulant que la présence de substances toxiques dans l'environnement soit «une question d'intérêt national et qu'il n'est pas toujours possible de circonscrire au territoire touché la dispersion de substances toxiques dans l'environnement»¹⁸, ou encore la large portée de la réglementation de sa seconde partie sur les substances toxiques, sur laquelle porte le litige avec Hydro-Québec¹⁹. C'est d'ailleurs en invoquant son «intérêt national» à contrôler les déversements de substances toxiques que le fédéral tente, initialement sans succès, de justifier la constitutionnalité de la LCPE devant les cours de première instance²⁰.

Toutefois, au moment d'entendre la cause *Hydro-Québec* en 1997, la Cour suprême se montre bien moins intéressée par la théorie de l'« intérêt national » qu'elle ne l'était une décennie auparavant dans l'affaire *Crown Zellerbach*²¹. En 1992²², la Cour, sous la plume de Gérard La Forest, minoritaire dans *Crown Zellerbach* et devenu entre-temps juge en chef, évite ainsi soigneusement de valider un décret fédéral sur cette théorie, rappelant que l'environnement est un domaine de compétence partagée. Certes soucieuse de préserver l'équilibre fédératif des pouvoirs, la Cour n'en est probablement pas moins sensible à des facteurs d'une nature autre, comme les critiques formulés dans les milieux juridiques contre l'arrêt *Crown Zellerbach* en raison de la forte centralisation qu'il impliquait²³, ou les changements majeurs ayant affecté son personnel entre 1988 et 1997, dont le retrait du juge en chef Brian Dickson en 1990²⁴. De même, le contexte politique de 1997, où plane la possibilité d'un troisième référendum sur l'indépendance du Québec organisé par le gouvernement péquiste d'alors (dirigé par Lucien Bouchard, dont l'arrêté ministériel de 1988 avait paradoxalement déclenché l'affaire) a peut-être encouragé la Cour à ménager les susceptibilités provinciales.

Compétence fédérale criminelle élargie

C'est principalement l'affaire *RJR-MacDonald*²⁵ qui, en 1995, fournit une alternative à l'application du principe d'« intérêt national », dont le juge en chef La Forest reconnaît dans *Hydro-Québec* que « l'adoption enthousiaste » est peu compatible avec le maintien de « la structure générale de la Constitution »²⁶. Dans *RJR-MacDonald*, la Cour avait jugé que la législation fédérale interdisant la publicité des produits du tabac pouvait être fondée sur la compétence fédérale sur le droit criminel, basée sur l'article 91(27) de la *Loi constitutionnelle* de 1867. En effet, le juge La Forest évalua que la *Loi réglementant les produits du tabac*²⁷ remplissait les deux critères principaux servant depuis longtemps à déterminer si une loi criminelle est valide : elle doit viser un objectif public tel la protection de la santé, l'ordre ou la sécurité, et le comportement répréhensible doit être interdit par une loi assortie de sanctions pénales²⁸.

Ce dernier détail, d'apparence plutôt technique, importe : la loi fédérale sur les produits du tabac présentait à maints égards les aspects d'un régime de réglementation davantage que ceux d'une loi criminelle. Or, la différence traditionnelle veut qu'un règlement n'ait comme finalité que de faire appliquer une loi, et ne puisse être assorti de mesures d'interdiction générale²⁹. Bref, si un règlement peut certes s'accompagner de mesures préventives destinées à en assurer le respect (telle une amende pour une infraction à un règlement sur le zonage), il ne peut, par nature, être prohibitif et inclure une interdiction sanctionnée par un dispositif visant à punir

l'acte répréhensible après coup (telle une peine de prison). Or, en reconnaissant dans *RJR-MacDonald* qu'une loi à caractère quasi-règlementaire pouvait se fonder sur le droit criminel, la Cour en arrivait presque à créer un droit criminel qui ne prendrait désormais assise *que sur la seule finalité* de la protection de la santé, l'ordre ou la sécurité publique, peu importe sa forme particulière (prévention, réhabilitation ou réglementation).

Deux ans plus tard, dans *Hydro-Québec*, inspirée notamment par le constitutionnaliste Jean Leclair de l'Université de Montréal, pour qui cette approche dite « des finalités » représente alors un grand potentiel en matière environnementale, la Cour pousse ce raisonnement à son aboutissement logique³⁰. Contre *Hydro-Québec*, le juge La Forest, appuyé par ses collègues L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et McLachlin, avalise les dispositions de la LCPE sur les substances toxiques non pas sur la base de l'« intérêt national » (enjeu soigneusement éludé dans leur opinion), mais bien sur une conception évolutive du droit criminel, dont le champ d'application, émané de son caractère purement répressif, peut désormais s'étendre au-delà des actes criminels proprement dits et réglementer la pollution.

Ce faisant, la Cour permet un élargissement sans précédent de la portée du droit criminel par la « création de crimes en matière environnementale »³¹. Ce détail n'échappe pas à la forte dissension des juges Lamer et Iacobucci, appuyés par leurs collègues Sopinka et Major, qui soulignent qu'à l'inverse du droit criminel traditionnel, lequel existe indépendamment des personnes et sanctionne les actes répréhensibles après coup, cette mouture inusitée d'infractions n'existe que dans la mesure où un organisme administratif intervient pour lui donner vie³². Il résulte qu'à la suite du jugement, les articles de la LCPE dont Québec contestait la constitutionnalité ne se distinguent plus guère des lois provinciales environnementales, lesquelles visent aussi la protection des écosystèmes par le biais de sanctions préventives³³.

De son propre aveu, le juge La Forest cherche dans *Hydro-Québec* à éviter « la possibilité d'accorder exclusivement au Parlement la compétence législative en matière de pollution de l'environnement »³⁴, faisant dire à certains auteurs que la victoire du fédéral n'est pas complète, puisque celui-ci ne peut oblitérer les prérogatives provinciales aussi nettement que si la LCPE avait été validée sur la base de l'« intérêt national »³⁵. De même, en vertu du principe ancestral dit du « double aspect », le pouvoir du fédéral dans un domaine partagé n'exclut pas la possibilité pour les provinces d'y légiférer elles aussi, dans la mesure toutefois où leurs normes sont compatibles ou plus strictes que les standards nationaux établis par Ottawa³⁶. La réalité est toutefois qu'en validant la LCPE non pas par la voie directe de l'« intérêt national », mais indirecte du droit criminel, la Cour a ici possiblement causé autant de problèmes qu'elle n'en a résolus.

Pour emprunter les termes de l'historien émérite de la constitution John T. Saywell, le nouveau pouvoir fédéral semble pour le moins « disturbing in its potential »³⁷. Ce détail est d'ailleurs éloquentement souligné par la minorité dans *Hydro-Québec*. Comme l'observent les juges Lamer et Iacobucci, si le fédéral se voit reconnaître la possibilité de réglementer aussi systématiquement dans un domaine aussi large que l'environnement, lequel peut être relié à tous les aspects de la vie, la question du pouvoir éventuellement dévolu aux provinces mérite d'être soulevée³⁸. Ce jugement, « ne fait pas que déplacer le mal », écrit le juriste Louis-Raphaël Lesco, « mais l'exacerbe, car les critères du droit criminel sont plus aisés à satisfaire » que ne le seraient ceux, certes contraignants, utilisant la théorie de l'« intérêt national »³⁹. Même si la *Loi constitutionnelle* de 1867 attribue aux provinces autorité (sur leur territoire) sur la propriété et les droits civils, de même que sur les matières locales et privées⁴⁰, il est difficile d'identifier quels aspects de la vie pourraient théoriquement être soustraits à ce nouveau dispositif d'infiltration des matières provinciales⁴¹.

Hydro-Québec suscite très peu de réactions des médias ou de la classe politique lorsque rendu public. Il paraît au milieu de cet automne 1997 qui est déjà fort occupé en matière de constitution et de politique fédérale-provinciale. L'actualité est dominée par la rencontre en Alberta des premiers ministres provinciaux (excluant Lucien Bouchard) d'où sera issue la Déclaration de Calgary⁴², puis, en décembre, par l'entente Ottawa-Québec sur la modification constitutionnelle abolissant les commissions scolaires confessionnelles, de même que par les préparatifs pour l'audition devant la Cour suprême du controversé renvoi sur la sécession du Québec (qui aura lieu en février 1998). Un responsable de la gestion environnementale chez Hydro-Québec se contente d'affirmer à un jeune journaliste de *La Presse* qui couvre le dossier, nommé Vincent Marissal, que la société d'État allait simplement être sans doute condamnée à une amende pour avoir contrevenu à la LPCE, maintenant avalisée par le plus haut tribunal du pays⁴³. Les milieux écologistes hors-Québec (le Sierra Legal Defense Fund, la Canadian Environmental Law Association, Pollution Probe et Great Lakes United) pavoisent et demandent, dans un communiqué unilingue, au gouvernement libéral de Jean Chrétien de ne pas confier davantage de responsabilités environnementales aux provinces. Les milieux écologistes québécois se montrent plus réservés. Par la voix de son directeur, l'Union québécoise pour la conservation de la nature (devenu Nature Québec depuis) blâme le gouvernement provincial pour avoir opté de contester la constitutionnalité de la LPCE, au lieu d'avoir poursuivi lui-même Hydro-Québec en vertu des lois environnementales provinciales⁴⁴.

En dépit de cet apparent silence de la classe politique, *Hydro-Québec* est interprété par le gouvernement Chrétien comme un feu vert pour une seconde mouture de la LPCE⁴⁵, adoptée en 1999 et toujours en vigueur à ce

jour. Celle-ci élargit considérablement les pouvoirs fédéraux, notamment par des dispositions relatives aux substances toxiques, bonifiées avec des sections portant sur les «substances biotechnologiques animées»⁴⁶, et assujetties à un processus d'évaluation et de catégorisation plus complexe. Le pouvoir réglementaire déjà large de la première LCPE est, de même, renforcé sur un ensemble de sujets. Comme l'a souligné le juriste Robert Daigneault, le fédéral est ici clairement sorti du cadre analysé dans *Hydro-Québec*: «Certes, certaines parties de la Loi sont incontestablement de compétence fédérale (...), mais dans une lancée tous azimuts comme celle qui caractérise la nouvelle loi, le rattachement à des champs de compétence devient beaucoup moins évident pour bien des dispositions»⁴⁷. Cette seconde LCPE est cependant modérée dans ses effets centralisateurs par la reconstitution de divers mécanismes de consultation fédérale-provinciale et l'établissement de droits de retrait des provinces là où elles peuvent atteindre les normes nationales⁴⁸.

Un constat s'impose toutefois. En dépit de la contorsion jurisprudentielle que la chose nécessita en 1997, l'environnement demeure un domaine de compétence partagée, un *statu quo* aux contours mal définis, reconduit en matière environnementale depuis *Hydro-Québec*, atteignant en cela l'un des objectifs centraux du juge La Forest. Toutefois, cette situation résulte en partie de la politique de désengagement environnemental du gouvernement de Stephen Harper depuis 2006, qui incite les provinces à prendre l'initiative en la matière. La chose pourrait ainsi changer dans l'éventualité où un gouvernement ayant un agenda plus proactif dans ce domaine arriverait à Ottawa.

Nonobstant la question environnementale, les deux seuls arrêts de la Cour suprême portant directement sur des principes énoncés dans *Hydro-Québec* servent d'indicateurs des importantes conséquences potentielles du jugement sur l'évolution du fédéralisme. Le premier cas est d'un intérêt relatif, car portant sur la *Loi sur les armes à feu*⁴⁹, adoptée par Ottawa en 1995, laquelle ne fut pas expressément conçue sur la base du droit criminel élargi consacré seulement deux ans plus tard avec *Hydro-Québec*. En 2000⁵⁰, la Cour suprême n'en valide pas moins unanimement les dispositions de cette loi qui oblige tous les détenteurs d'armes à feu à obtenir un permis et enregistrer leurs armes. Ces dispositions sont alors contestées par l'Alberta en partie en raison du caractère hautement réglementaire de ce régime de contrôle. De manière prévisible, la Cour écarte cet argument, affirmant que le droit criminel est désormais totalement compatible avec de tels régimes, prenant notamment exemple sur la LCPE⁵¹. Seul éditorialiste à commenter la décision au Québec, Michel Venne du *Devoir* critique alors cette nouvelle prérogative du fédéral de légiférer sur tout enjeu dont il prétendrait qu'il relève de la sécurité publique. Au-delà de la question spécifique de la dangerosité des armes à feu, souligne Venne, «par ce

renvoi, la cour établit des critères larges comme une porte de grange pour permettre à Ottawa d'empiéter dans le domaine de compétence des provinces pour toute autre question que les armes»⁵².

La Loi sur la procréation assistée de 2004

En 2010, la Cour rend une décision⁵³ sur la constitutionnalité de la *Loi sur la procréation assistée*⁵⁴ (LPA), adoptée par Ottawa en mars 2004 lors des derniers moments du règne majoritaire (1993-2004) du Parti libéral, alors dirigé par Paul Martin. Le renvoi sur la LPA est le premier à porter sur une loi expressément conçue en fonction de la nouvelle compétence fédérale criminelle élargie découlant d'*Hydro-Québec*.

Tirant ses origines du rapport d'une commission fédérale déposé en 1993 recommandant de baliser le domaine de la procréation assistée, le projet d'une LPA fédérale meurt au feuillet plus d'une fois avant qu'une série de nouvelles défrayant les manchettes au début des années 2000 incite le Parlement fédéral à agir en toute urgence, dont le canular du Mouvement raëlien, qui prétend en décembre 2002 avoir procédé à un clonage humain, procédé auquel s'oppose une écrasante majorité de Canadiens⁵⁵. Pilotée par le ministre de la Santé fédéral Pierre Pettigrew, la LPA est adoptée à toute vitesse et voit ses mesures principales entrer en vigueur presque immédiatement en avril 2004.

Si la *Loi constitutionnelle* de 1867 attribue principalement le domaine de la santé aux provinces, notamment par leurs prérogatives sur les hôpitaux et le droit civil, lequel permet de réglementer les professions (dont celles associées à la santé)⁵⁶, le fédéral a lui aussi des sources légitimes d'intervention dans le domaine⁵⁷, dont sa compétence en matière criminelle qui l'habilite à intervenir pour protéger la santé et la sécurité publique. C'est sur cette dernière que s'appuie la LPA, qui ne contient aucune évocation du principe d'«intérêt national», et parle davantage dans son préambule de «santé et bien-être des enfants», d'interdiction de «commercialisation des fonctions reproductives»⁵⁸, situant clairement la loi dans la mission protectrice du droit criminel. La loi énonce une série d'actes interdits, dont le clonage humain, la manipulation génétique à des fins de création d'hybrides, la modification du génome qui serait transmissible aux descendants d'un individu, ou le commerce des gamètes⁵⁹.

Si ces dernières dispositions relèvent indiscutablement du droit criminel, la LPA de 2004, dans la logique d'*Hydro-Québec*, ne se limite pas à prohiber des actes; elle contient un ensemble de dispositions venant non pas interdire, mais réglementer l'ensemble de la recherche et de l'activité médicale liée à la procréation assistée (comme la recherche sur les embryons), de même qu'elles créent «Procréation assistée Canada», agence chargée d'administrer la collecte, la conservation et l'accès aux données

médicales⁶⁰. Contrairement à la LCPE de 1988, dont les dispositions avalisées par la Cour suprême ne portaient que sur les substances toxiques, ou la *Loi sur les armes à feu* de 1995, qui ne venait que suppléer aux dispositions du Code criminel sur le contrôle des armes à feu, la LPA de 2004 se veut beaucoup plus large.

Sous prétexte de la protection de la santé publique, c'est en fait tout un secteur du domaine médical, dont la croissance sera inéluctable au cours des prochaines décennies en raison des progrès de la technologie biomédicale, que le fédéral veut ici baliser par le biais de normes administratives qui investissent le cœur même des compétences provinciales (affectant ainsi le droit des obligations, de la famille et des personnes)⁶¹. En 2008, dans un jugement unanime⁶², la Cour d'appel du Québec déclare inconstitutionnels de larges pans de la LPA au motif qu'ils ne forment pas du droit criminel valide et n'ont comme objectif que de réglementer un secteur d'activité, lequel ne relève même pas du fédéral. De manière prévisible, Ottawa en appelle devant la Cour suprême, dont la composition est à ce moment fort différente de celle de 1997. Seule la juge en chef (depuis 2000) Beverley McLachlin a entendu la cause *Hydro-Québec*, où elle se rangea avec la majorité du côté du fédéral.

Dans le jugement de 2010, l'un des plus partagés de l'histoire récente de la Cour et rendu après plus de vingt mois de délibération, les juges se divisent à quatre contre quatre, le premier groupe donnant raison au fédéral (dont la juge McLachlin), le second au Québec et les trois provinces l'appuyant (Alberta, Saskatchewan et Nouveau-Brunswick), le différend étant tranché par Thomas Cromwell, nouvellement nommé par Stephen Harper. La Cour donne essentiellement raison au Québec en rejetant l'idée que la compétence criminelle puisse s'étendre à des matières telles la recherche sur les embryons et la réglementation sur l'offre de service en matière de procréation assistée. La décision permet donc la sauvegarde des dispositions du Code civil du Québec dans ce domaine, de même que de la récente loi provinciale établissant des normes de sécurité minimales⁶³. En revanche, la Cour valide certains articles de la LPA dont Québec contestait la constitutionnalité, et qui entrent en conflit avec une quinzaine d'articles du Code civil, soit ceux relatifs au consentement en matière de soins et celui déclarant nuls les contrats de mère porteuse, ouvrant la porte à leur invalidation dans l'éventualité d'un conflit avec la loi fédérale.

Contrairement aux jugements précédents ayant porté sur cette utilisation par le fédéral de sa compétence en matière criminelle, le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée* eut pour sa part une certaine résonance dans l'espace médiatique et politique. Celle-ci fut toutefois plutôt limitée, la décision ayant été rendue publique le 22 décembre 2010, soit à un moment où, tant à Québec qu'à Ottawa, les parlementaires ne siègent pas et l'actualité politique relativement réduite. Des trois ministres provinciaux

alors les plus directement touchés par la décision, soient Nathalie Normandeau (affaires intergouvernementales canadiennes), Jean-Marc Fournier (justice) et Yves Bolduc (santé), seul ce dernier réagit le lendemain devant la presse, se déclarant satisfait de la décision du plus haut tribunal du pays de « maintenir les lois telles qu'elles sont au Québec », sans toutefois se positionner sur les articles du Code civil qui pourraient être ainsi invalidés. Bernard Drainville, alors porte-parole de l'opposition péquiste en matière d'affaires intergouvernementales, affirme qu'il faut « garder un œil critique sur ce jugement »⁶⁴. Toutefois, lorsque la session parlementaire reprend au début de l'année 2011, l'opposition officielle à Québec ne soulève plus la question, qui est complètement absente des débats en chambre. En 2012, le gouvernement fédéral annonce la cessation des activités de l'agence « Procréation assistée Canada », largement devenue caduque à la suite du jugement de 2010.

C'est donc encore par une courte majorité d'une seule voix, mais cette fois au profit des provinces, que les velléités fédérales d'imposer des normes pancanadiennes par le biais du droit criminel se trouvent refrénées. Le renvoi de 2010 n'en valide pas moins certaines dispositions litigieuses de la LPA, formant ainsi un nouveau précédent dans l'usage de ce mécanisme dont dispose désormais le Parlement fédéral pour étendre une autorité permanente sur des matières provinciales en invoquant des impératifs de santé et sécurité publique. S'agissant de la LPA, ce processus mène ici à un conflit direct avec le Code civil du Québec, dont le caractère juridiquement et culturellement unique dans le contexte nord-américain justifierait, comme l'a souligné le professeur Benoît Pelletier, que les tribunaux puissent faire montre, avant d'en modifier unilatéralement les dispositions, d'une certaine prudence, de même qu'une certaine déférence envers les choix de la population du Québec⁶⁵.

Le droit de « criminaliser »

Le juge La Forest affirmait dans *Hydro-Québec* qu'outre les principes de justice fondamentale consacrés dans la *Charte des droits et libertés*, les seules limites réelles du droit criminel étaient celles fixées par le partage des compétences, le fédéral ne pouvant pas s'en servir pour « empiéter spécieusement sur des domaines de compétence législative provinciale exclusive »⁶⁶. Pourtant, le compromis qu'il élaborait dans *Hydro-Québec* afin d'équilibrer les intérêts respectifs du partage des compétences et de la protection environnementale pose un problème non négligeable pour l'équilibre du fédéralisme.

En elle-même, la nature extensive du droit criminel n'est pas en cause. Il est légitime de souhaiter qu'un État dispose, de par sa compétence criminelle, du pouvoir d'intervenir législativement afin de répondre à des

impératifs de santé et sécurité publique. Pourtant, le fédéral bénéficiait déjà d'un tel pouvoir avant *Hydro-Québec*, le droit criminel ayant été depuis 1867 l'une des compétences les plus largement interprétées par les tribunaux. Mais dans un souci d'éviter le recours à la théorie de l'« intérêt national », la Cour a introduit dans le droit constitutionnel canadien un dispositif par lequel la compétence fédérale en droit criminel s'est vue attribuer une capacité d'infléchissement dont les limites, désormais fondées sur des critères peu contraignants, apparaissent floues. S'il est normal et légitime que le droit, et *a fortiori* le droit criminel, sache s'adapter à une société en évolution, la question posée par feu Gérard-A. Beaudouin il y a une décennie, soit celle de savoir où peut bien finir le droit de « criminaliser », apparaît des plus pertinentes⁶⁷.

Le paradoxe est que cette nouvelle prérogative pourrait être appelée à devenir une forme de disposition d'« intérêt national » de substitution, dans la mesure où elle permettrait au fédéral de poursuivre des objectifs qu'il aurait été contraint, par le passé, à chercher à légitimer en fonction du principe d'« intérêt national », dont les critères demeurent plus difficiles à satisfaire. Le récent arrêt portant sur la procréation assistée démontre que la tentation de greffer au droit criminel diverses mesures de régulation sociale ou économique que le fédéral jugerait utile à l'ensemble de la société canadienne existe bien, et que la possibilité de voir une tentative analogue se reproduire à l'avenir n'est pas qu'une simple abstraction. Le cas échéant, les provinces devront à nouveau se soumettre à l'arbitrage de la Cour suprême, institution même d'où, non sans paradoxe, ce nouveau pouvoir fédéral prend ses origines.

NOTES ET RÉFÉRENCES

1. L'auteur aimerait remercier le BHP, de même que les évaluateurs anonymes de ce texte pour la justesse de leurs commentaires et leurs recommandations fort appropriées.
2. L.R.C. 1985, c. 16 (4^e supp.).
3. R. c. *Hydro-Québec*, [1991] R.J.Q. 2736 (C.Q.). Le jugement fut confirmé en Cour supérieure et en Cour d'appel: R. c. *Hydro-Québec*, [1992] R.J.Q. 2159 (C.S.); R. c. *Hydro-Québec*, [1995] R.J.Q. 398 (C.A.).
4. [1997] 3 R.C.S. 213.
5. *Loi sur l'immersion de déchets en mer*, S.C. 1974-75-76, c. 55; *Loi sur la lutte contre la pollution atmosphérique*, S.C. 1970-71-72, c. 47; *Loi sur les ressources en eau du Canada*, L.R.C. 1985, c. C-11; *Loi sur les contaminants de l'environnement*, L.R.C. 1985, c. E-12.
6. G. Bruce Doern et Thomas Conway, *The Greening of Canada: Federal Institutions and Decisions*, Toronto, University of Toronto Press, 1994, p. 46-48. Plus de deux ans de consultations précédèrent l'adoption de la loi, une première pour une mesure environnementale.

7. Ce principe fut reconnu dès 1982 dans la *Convention Benelux en matière de conservation de la nature et de protection des paysages*. Voir Philippe Sands et Jacqueline Peel, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge & New York, Cambridge University Press, 2012, p. 489.
8. Elizabeth May, «Brian Mulroney and the Environment», dans Raymond B. Blake (dir.), *Transforming the Nation: Canada and Brian Mulroney*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2007, p. 384-388.
9. G. Bruce Doern et Thomas Conway, *op. cit.*, p. 93.
10. Dale Gibson, «Measuring 'National Dimensions' », *Manitoba Law Journal*, vol. 7, n° 1, 1976, p. 34-36; Mark Walters, «Ecological Unity and Political Fragmentation: The Implication of the Brundtland Report for the Canadian Constitutional Order », *Alberta Law Review*, vol. 29, n° 2, 1991, p. 441-445.
11. *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348.
12. Gérald-A. Beaudouin, *La constitution du Canada: institutions, partage des pouvoirs*, *Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 364.
13. *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401, par. 31.
14. *Ibid.*
15. S.C. 1974-75-76, c. 55.
16. Lorraine Pilette, «L'avenir constitutionnel du Québec: un naufrage complet? », *La Presse*, 22 septembre 1989, p. B3.
17. David Vanderzwaag et Linda Duncan, «Canada and Environmental Protection: Confident Political Faces Uncertain Legal Hands », dans Robert Boardman (dir.), *Canadian Environmental Policy: Ecosystems, Politics, and Process*, New York & London, Oxford University Press, 1992, p. 8.
18. *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, préambule.
19. Graeme G. Mitchell, «Developments in Constitutional Law: The 1997-98 Term – Activism and Accountability », *South Carolina Law Review*, vol. 10, n° 2, 1999, p. 157.
20. Patrick Curley, «CEPA under Attack: Canada (Attorney General) v. Hydro-Québec », *Journal of Environmental Law and Practice*, vol. 5, n° 1, 1995, p. 93.
21. Jean Leclair note l'inconfort de la Cour avec les implications de l'affaire *Crown Zellerbach*. Voir Jean Leclair, «The Elusive Quest for the Quintessential 'National Interest' », *University of British Columbia Law Review*, vol. 38, n° 1, 2005, p. 366.
22. *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3.
23. Micheline Patenaude, «L'interprétation du partage des compétences à l'heure du libre-échange », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 21, n° 1, 1990-1991, p. 14-15.
24. Peter McCormick, *Supreme at Last: The Evolution of the Supreme Court of Canada*, Toronto, James Lorimer & Company Ltd., 2000, p. 128.
25. [1995] 3 R.C.S. 199. Et, dans une moindre mesure, l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.
26. *R. c. Hydro-Québec*, par. 31.
27. L.C. 1988, c. 20.
28. Critère énoncé par la Cour suprême dès 1949.

29. Jean Leclair, «Aperçu des virtualités de la compétence fédérale en droit criminel dans le contexte de la protection de l'environnement», *Revue générale de droit*, vol. 27, n° 1, 1996, p. 161-165.
30. *Ibid.*
31. Nicole Duplé, *Droit constitutionnel: principes fondamentaux*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2011, p. 369.
32. R. c. *Hydro-Québec*, par. 54-55.
33. Louis-Raphaël N. Lescop, «R. c. Hydro-Québec: la dénaturation du droit criminel au bénéfice de l'environnement», *Revue juridique Thémis*, vol. 33, n° 2, 1999, p. 430.
34. R. c. *Hydro-Québec*, par. 69.
35. André Durocher, «Droit de l'environnement. Revue de la jurisprudence en matière de droit de l'environnement en 1997», *Revue juridique Thémis*, vol. 32, n° 2, 1998, p. 581.
36. Jean Leclair, «The Supreme Court, the Environment, and the Construction of a National Identity: R. v. *Hydro-Québec*», *Review of Constitutional Studies*, vol. 4, n° 2, 1998, p. 372.
37. John T. Saywell, *The Lawmakers: Judicial Power and the Shaping of Canadian Federalism*, Toronto, University of Toronto Press, 2002, p. 287.
38. R. c. *Hydro-Québec*, par. 59-60.
39. Louis-Raphaël N. Lescop, *loc. cit.*, p. 442.
40. Articles 92(13) et 92(16) de la *Loi constitutionnelle* de 1867.
41. David Beatty, «Canadian Constitutional Law in a Nutshell», *Alberta Law Review*, vol. 36, n° 3, p. 612.
42. Signée le 14 septembre 1997, celle-ci propose une nouvelle base pour de futures négociations constitutionnelles. Contrairement aux accords du Lac Meech et de Charlottetown, elle ne fait plus référence au concept de «société distincte» pour le Québec, mais se contente d'en affirmer le caractère «unique», tout en proposant l'égalité entre les provinces.
43. Vincent Marissal, «Ottawa a le droit de poursuivre Hydro, tranche la Cour suprême», *La Presse*, 19 septembre 1997, p. A11.
44. PC, «Contrôle des BPC: Hydro-Québec perd sur toute la ligne», *La Presse*, 19 septembre 1997, p. A2.
45. L.C. 1999, c. 33.
46. *Ibid.*, art. 104-115.
47. Robert Daigneault, «La L.P.C.E. 1999: portée et enjeux», dans S.F.P.B.Q., *Développements récents en droit de l'environnement* (2000), Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 271.
48. Marcia Valiante, «Legal Foundations of Canadian Environmental Policy: Underlining Our Values in a Shifting Landscape», dans Debora L. Vannijnatten et Robert Boardman (dir.), *Canadian Environmental Policy: Context and Cases*, 2^e éd., Oxford & New York, Oxford University Press, 2002, p. 6-8.
49. L.C. 1995, c. 39.
50. [2000] 1 R.C.S. 783.
51. Elle se permet même d'ajouter: «Les infractions ne sont pas définies par un organisme administratif, ce qui évite le problème mentionné dans les motifs de dissidence de l'arrêt *Hydro-Québec*».

52. Michel Venne, « Une arme fédérale », *Le Devoir*, 17 juin, p. A10.
53. [2010] 3 R.C.S. 457.
54. L.C. 2004, c. 2.
55. Timothy Caulfield, « Stem Cells, Clones, Consensus, and the Law », dans Lori P. Knowles, Gregory E. Kaebnick (dirs.), *Reprogenetics: Law, Policy, and Ethical Issues*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2007, p. 105
56. Matières provinciales en vertu des paragraphes 92(7), 92(13) et 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.
57. Notons les articles 91(7), 91(11), 91(24), 91(28) et 95 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, de même que son pouvoir de dépenser et son pouvoir résiduel.
58. *Loi sur la procréation assistée*, articles 2a), 2b) et 2).
59. *Ibid.*, articles 5-9.
60. *Ibid.*, articles 13-19, et 21-39.
61. Guy Tremblay, « La compétence fédérale et le projet de loi sur la procréation assistée », *Cahiers de Droit*, vol. 44, n° 3, 2003, p. 526-530.
62. *Renvoi fait par le gouvernement du Québec en vertu de la Loi sur les renvois à la Cour d'appel, L.R.Q., ch. R-23, relativement à la constitutionnalité des articles 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 de la Loi sur la procréation assistée, L.C. 2004, ch. 2 (Dans l'affaire du)*, [2008] R.J.Q. 1551.
63. *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, L.Q. 2009, c. 30.
64. Antoine Robitaille, « Procréation assistée – La Cour suprême ampute le Code civil du Québec », *Le Devoir*, jeudi 23 décembre 2010, A1. Il s'agit des articles 8, 9 et 12 de la LPA, entrant en conflit avec les articles 10-25 et 541 du Code civil du Québec. L'article 12 de la LPA n'est pas encore en vigueur.
65. Benoît Pelletier, « Pour en finir avec l'affaire Lola vs Eric », *Le Droit*, mercredi 22 décembre 2010.
66. *R. c. Hydro-Québec*, par. 36.
67. Gérald-A. Beaudouin, *op. cit.*, p. 717.