

## Les Cahiers de droit



# Le « judicial restraint » et le fédéralisme canadien

Henri Brun

Volume 15, Number 1, 1974

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/041808ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/041808ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this note

Brun, H. (1974). Le « judicial restraint » et le fédéralisme canadien. *Les Cahiers de droit*, 15(1), 167–171. <https://doi.org/10.7202/041808ar>

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1974

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/>

## **Le « judicial restraint » et le fédéralisme canadien**

Henri BRUN \*

Tout récemment, le professeur Paul C. Weiler, de Toronto, publiait deux textes substantiels consacrés à la contribution apportée au fédéralisme canadien depuis 1949 par la Cour suprême du Canada<sup>1</sup>. Ces textes appariassent être le résultat partiel d'études rendues possibles grâce à une subvention de recherche versée par le Conseil des arts du Canada au professeur Weiler et à certains de ses collègues. Ces facilités matérielles de travail ont permis que la jurisprudence fédérative de la Cour suprême soit relevée et analysée de façon exhaustive. Les textes du professeur Weiler ajoutent par ailleurs à cet effort de compilation et de compréhension la volonté de synthétiser ou, plus exactement, de classifier un peu rationnellement cette matière abondante et à première vue diffuse : seuls les arrêts importants sont effectivement commentés ; ils sont regroupés à partir d'une série de catégories qui correspondent le plus souvent aux grands titres de compétence découlant de l'*A.A.N.B.* et de son interprétation traditionnelle. Enfin, le professeur Weiler se trouve en définitive à dégager de façon fort claire le sens général de ce droit fédératif jurisprudentiel dont nous devons le dernier mot à la Cour suprême depuis 1949.

Cette contribution du professeur Weiler, même si elle n'apparaît peut-être pas d'une grande nouveauté<sup>2</sup>, est relativement importante. Elle devrait suffire largement à contrebalancer au plan scientifique certains côtés accessoires de ses textes. Car là en effet ne s'arrête pas la contribution du professeur Weiler.

Le professeur Weiler ne fait pas que compiler, analyser et classifier les décisions rendues depuis 1949 par la Cour suprême en matière fédérative. Il substitue en plus le jugement politique à l'appréciation juridique, à peu près

---

\* Professeur, Faculté de Droit, actuellement en congé sabbatique à l'Université de Cambridge, en Angleterre.

1. « The Supreme Court of Canada and Canadian Federalism », (1973) 11 *Osgoode Hall L.J.* 225 ; « The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism », (1973) 23 *U. of T. L.J.* 307.

Établissons dès maintenant que les références à des pages se situant dans les 200 renvoient au premier de ces textes et que les références à des pages se situant dans les 300 renvoient au second.

2. Pour nous en tenir aux études récentes, notons L. H. LEIGH, « The Supreme Court and the Canadian Constitution », (1967-1968) 2 *Ottawa L. Rev.* 320 et, surtout J. BROSSARD, *La Cour suprême et la Constitution*, Montréal, P.U.M., 1968.

inexistante dans ses textes. C'est là son droit le plus strict, qui nous autorise à le commenter sur le même plan.

Le professeur Weiler juge la jurisprudence fédérative de la Cour suprême du Canada à partir d'une théorie politique très personnelle, qu'il expose sans fausse pudeur, *à priori* dans un de ses textes<sup>3</sup>, et *à posteriori* dans l'autre<sup>4</sup>. Cette théorie est à trois volets, dont on peut rendre compte de la façon qui suit.

1. Les juges, surtout ceux de la Cour suprême, doivent reconnaître et admettre qu'ils ont un rôle politique à jouer en matière constitutionnelle. Partant, ils ne devraient pas se voir obligés d'adhérer au droit établi, ils ne devraient pas pouvoir se réfugier dans un positivisme absolu<sup>5</sup>. Cette nécessité, selon le professeur Weiler, découle de la rigidité extrême des règles du partage des compétences entre organes fédéraux et membres de la fédération, rigidité qui empêche que ces règles ne s'ajustent autrement à l'évolution sociale<sup>6</sup>.

Cette vision des choses, à elle seule, pourrait évidemment faire l'objet de bien des commentaires. On pourrait s'interroger sur l'opportunité de confier un tel rôle aux organes judiciaires. Plus particulièrement, on pourrait douter que la Cour suprême du Canada soit présentement bien constituée pour s'acquitter de cette tâche. Comme plusieurs auteurs<sup>7</sup>, le professeur Weiler s'interroge d'ailleurs à ce sujet, brièvement, dans un de ses textes<sup>8</sup>. Mais mises à part ces questions incidentes, une fois prise pour acquise, par hypothèse, l'existence d'un arbitre constitutionnel indépendant, rien ne s'oppose plus, dans le contexte actuel, à ce que cet arbitre joue un rôle actif. Car il semble bien que ce premier visage de la théorie du professeur Weiler implique un rôle plus actif de la part de la Cour suprême, dans le meilleur intérêt du fédéralisme canadien, dans le but d'un meilleur ajustement de ce fédéralisme au contexte concret de la réalité canadienne. Le revers de la médaille, malheureusement, s'avère un peu moins reluisant.

2. Les juges, ceux de la Cour suprême comme les autres, doivent intervenir le moins possible en ce qui regarde la constitutionnalité des lois. Ils doivent faire preuve à cet égard de la plus grande retenue et laisser autant que possible les institutions politiques se tailler leurs propres compétences<sup>9</sup>. Autrement dit, le professeur Weiler, contre toute attente, préconise avec

---

3. Dans celui du *U. of T. L.J.*

4. Dans celui du *Osgoode Hall L.J.*

5. Pp. 308 et 237.

6. P. 309.

7. En plus de BROSSARD, *op. cit. supra*, note 2, voir G.-A. BEAUDOIN, « La revision constitutionnelle et le statut de la Cour suprême », (1970) 1 *R.G.D.* 257; G. DION, « La réforme de la Cour suprême telle qu'encisagée à la Conférence constitutionnelle », (1970) 30 *R. du B. Can.* 234; J.-Y. MORIN « A constitutional Court for Canada », (1965) 43 *R. du B. Can.* 545 et « Le Québec et l'arbitrage constitutionnel », (1967) 45 *R. du B. Can.* 608.

8. Pp. 239-240.

9. Pp. 308 et 310.

vigueur le « judicial restraint ». C'est à partir de ce principe surtout qu'il juge les performances de la Cour suprême depuis 1949.

Énoncée en pleine abstraction, cette théorie n'a pas nécessairement l'air, à première vue, d'être porteuse de germes politiques pernicious. Une très forte présomption de constitutionnalité est susceptible, en soi, de permettre le récupéragé d'une loi québécoise en difficulté, aussi bien que celui d'une loi fédérale. Une fois bien inscrite en contexte constitutionnel canadien, sa portée véritable apparaît en revanche plutôt claire. Il faut reconnaître au professeur Weiler le mérite, volontaire ou involontaire, de ne pas nous avoir laissés complètement dans le noir à cet égard.

Il faut savoir, d'abord, que le professeur Weiler tire ses convictions d'une appréciation très négative du rôle joué par le Comité judiciaire du Conseil privé avant 1949, au sujet du fédéralisme canadien. Ses textes dénoncent régulièrement l'« activisme » du Conseil privé<sup>10</sup> ainsi que la camisole de force que celui-ci a léguée à la Cour suprême<sup>11</sup>. Mais il faut savoir aussi que cet activisme est celui grâce auquel le Conseil privé a pu libérer une zone d'autonomie en faveur des membres de la fédération<sup>12</sup> et que la camisole de force dénoncée en est une pour le fédéral seulement. La référence épouvantail du professeur Weiler, à cet égard, est le *Margarine Case* de 1949<sup>13</sup> où, successivement, la Cour suprême et le Conseil privé ont réaffirmé qu'il y avait des limites aux compétences que pouvait exercer le fédéral en matière commerciale<sup>14</sup>, criminelle<sup>15</sup> et, surtout, en vertu du paragraphe introductif de l'article 91 de l'*A.A.N.B.*<sup>16</sup>. Dans le premier cas, il trouve que les termes de l'article 91 (2) de l'*A.A.N.B.* sont suffisamment clairs et larges pour inclure la réglementation du commerce intraprovincial et que seule une construction de l'esprit peut autoriser la conclusion inverse<sup>17</sup>. Alors que dans le second cas il oublie de se demander à haute voix si l'« urgence », le « résiduaire » et, surtout, la « dimension nationale », découlent clairement des termes du paragraphe introductif de l'article 91. En fait, le professeur Weiler ne cache rien : il se contente de ne pas tout dire, ce qui est bien humain.

Lorsqu'il en arrive à examiner les performances de la Cour suprême depuis 1949, le professeur Weiler trouve en revanche de bons motifs de se réjouir. Ces résurgences de la dimension nationale, que sont les arrêts *Johannesson*<sup>18</sup> et *Munro*<sup>19</sup>, font particulièrement ses délices<sup>20</sup>. Il est heureux

---

10. P. 309.

11. Pp. 319 et 238.

12. Voir le *Local Prohibition Case*, [1896] A.C. 348, à la p. 359.

13. [1949] R.C.S. 1; A.C. 179.

14. Article 91 (2).

15. 91 (27).

16. P. 319 ss.

17. Pp. 320–321.

18. *Johannesson v. West St Paul*, (1952) 1 R.C.S. 293.

19. *Munro v. National Capital Commission*, [1966] R.C.S. 663.

20. P. 323 ss.

que l'article 92 (13) ne puisse plus tenir en échec le paragraphe introductif de l'article 91<sup>21</sup>. Les arrêts *Goodyear*<sup>22</sup>, en matière criminelle<sup>23</sup>, et *Caloil*<sup>24</sup>, en matière commerciale<sup>25</sup>, sont autant d'empiètements fédéraux dont il faut ovationner. Le « judicial restraint » de la Cour suprême a l'air d'avoir eu pour effet que toutes les lois fédérales ont été épargnées depuis 1949... Par rapport aux entreprises législatives des membres de la fédération, les performances de la Cour suprême apparaissent par contre un peu moins heureuses. L'arrêt *Carnation*<sup>26</sup>, peut-être, vite assombri toutefois par la décision rendue dans l'affaire des œufs et des poulets<sup>27</sup>, que le professeur Weiler condamne d'ailleurs avec « fairness »<sup>28</sup>. Mais qu'à cela ne tienne ! Même si la Cour suprême semble s'être effectivement moins « retenue » dans le cas des membres de la fédération, dont elle a annulé une quinzaine de lois depuis 1949, elle mérite quand même son certificat de bonne conduite : les objectifs de ceux qui voulaient au milieu du siècle le remplacement du Conseil privé par la Cour suprême sont largement atteints<sup>29</sup>.

Ce deux poids deux mesures fait hésiter au sujet des désirs profonds, et sûrement inconscients, du professeur Weiler. Surtout lorsqu'on connaît les sentiments véritables de ceux qui ont milité, au milieu du siècle, en faveur de l'abolition des appels au Conseil privé<sup>30</sup>. Mais ce doute disparaît entièrement à partir du moment où le professeur Weiler nous informe du troisième volet de sa théorie.

3. Les juges, ceux de la Cour suprême en particulier, doivent, lorsqu'existent des lois fédérales et provinciales complètement incompatibles, assurer dans tous les cas la prépondérance absolue aux lois fédérales<sup>31</sup>. Là encore, les records récents de la Cour suprême fondent beaucoup d'espoir<sup>32</sup>... Et le professeur Weiler de citer la fiscalité et la monnaie, comme exemples de domaines où l'on réussit bien à éviter les conflits constitutionnels<sup>33</sup>...

---

21. Pp. 324-325.

22. *Goodyear v. R.*, [1956] R.C.S. 303.

23. P. 326 ss.

24. *Caloil v. A.-G. Canada*, (1971) R.C.S. 543.

25. P. 329 ss.

26. *Carnation v. Office de mise en marché des produits agricoles du Québec*, [1968] R.C.S. 238, où la loi québécoise a été déclarée valide.

27. *A.-G. Manitoba v. Manitoba Eggand Poultry Association*, [1971] R.C.S. 689, où la loi manitobaine a été déclarée invalide.

28. Pp. 333 ss. et 225 ss.

29. Pp. 360 ss.

30. Voir B. LASKIN, « Peace, Order and Good Government Reexamined », (1947) 25 *R. du B. Can.* 1054.

31. Pp. 308, 338 et 245.

32. *Smith v. R.*, [1960] R.C.S. 776 ; *O'Grady v. Sparling*, [1960] R.C.S. 804 ; *Stephens v. R.*, [1960] B.C.S. 823 ; *Fawcette v. R.*, [1964] R.C.S. 625 ; *Mann v. R.*, [1966] 238 ; *A.-G. Ontario v. Wentworth Ins.*, [1969] R.C.S. 779.

33. P. 245.

De toute façon, même sans l'aide de la « prépondérance », la « judicial restraint » est destinée à produire des effets à sens unique. C'est la loi du plus fort en habit du dimanche. Or, est-il vraiment besoin de préciser que l'ensemble d'une fédération est nécessairement plus grosse et plus forte que chacun de ses membres, du fait qu'elle contient ce membre ?

À bien y regarder, la théorie à partir de laquelle le professeur Weiler juge le travail de la Cour suprême du Canada n'est ni très personnelle ni très nouvelle. Elle nous ramène carrément aux années quarante, à l'époque où l'on réclamait l'abolition des appels au Conseil privé en dénonçant les vices décentralisateurs de celui-ci<sup>34</sup>. À cet égard, le professeur Weiler apparaît être tout simplement le petit-fils de l'ancien professeur Laskin. Et gageons que l'accession de ce dernier à la Cour suprême, de même que sa propulsion à la présidence du tribunal, aura pour effet de donner au professeur Weiler des motifs encore plus évidents de se réjouir.

Il est étonnant de constater jusqu'à quel point, suivant les collègues anglo-canadiens, le rôle des tribunaux diffère suivant qu'il est question de libertés publiques ou d'interprétation du fédéralisme<sup>35</sup>. Pourtant, dans le cas du Québec au moins, les deux questions sont du même ordre. L'existence d'un véritable fédéralisme met en jeu des libertés publiques qui sont collective au lieu d'être individuelles. Pour des raisons politiques, sociales, économiques et culturelles évidentes, le Québec ne peut goûter les secondes à moins que les premières ne soient respectées. Bien sûr, les unes et les autres impliquent une perte d'énergie : il faut avoir les moyens et surtout la volonté de s'offrir un certain degré d'inefficacité étatique. Le « judicial restraint », en contexte canadien, signifie un choix équivalent au retour à l'État unitaire. Il vise fort simplement à l'efficacité de l'État et n'a rien à voir avec un quelconque mieux-être fédératif, si ce n'est un fédéralisme pour rire, où il n'y a pas de différences importantes entre les différents membres de la fédération.

Il reste à ajouter, sans étonnement cette fois, que les textes du professeur Weiler ignorent complètement l'imposant volume publié sur la question par le professeur Brossard, en 1968. Comme font généralement les gens de cet étrange pays, il pourra toujours dire qu'il ne sait pas lire l'autre langue.

---

34. Voir *supra*, note 30.

35. Qu'il suffise ici de se référer au seul professeur WEILER dont les attitudes sont complètement inversées lorsqu'il parle de libertés (pp. 343 ss.).