

John T. Saywell. *The Lawmakers. Judicial Power and the Shaping of Canadian Federalism*. Toronto, University of Toronto Press, 2002. 453 p.

Marc Chevrier

Volume 5, Number 1, Fall 2004

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1024392ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1024392ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Centre de recherche en civilisation canadienne-française

ISSN

1492-8647 (print)

1927-9299 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this review

Chevrier, M. (2004). Review of [John T. Saywell. *The Lawmakers. Judicial Power and the Shaping of Canadian Federalism*. Toronto, University of Toronto Press, 2002. 453 p.] *Mens*, 5(1), 163–166. <https://doi.org/10.7202/1024392ar>

COMPTES RENDUS

John T. Saywell. *The Lawmakers. Judicial Power and the Shaping of Canadian Federalism.* Toronto, University of Toronto Press, 2002. 453 p.

Il est une école de publicistes au Canada anglais qui se persuade que le fédéralisme, s'il est un principe qui doit ordonner la constitution du pays, n'est ni assez riche, ni assez directif pour fonder la répartition des pouvoirs sur une base cohérente et rationnelle. Devant arbitrer les conflits de compétences entre ordres de gouvernement, les tribunaux n'ont alors d'autres ressources que de s'en remettre à des arguments d'opportunité socio-économique pour guider leurs décisions. Juger se réduit dès lors à une opération politique, par laquelle le juge interprète un texte constitutionnel flou et vétuste en fonction des idéologies du jour. C'est un peu pour donner la réplique à cette école sceptique que John T. Saywell, professeur de droit à l'Université York, a entrepris d'écrire ce livre, sans toutefois donner totalement tort à cette école. L'objet principal du livre est de retracer la fabrique des décisions de justice qui ont façonné le régime fédéral canadien, en particulier le partage des compétences législatives. Cependant, cette étude minutieuse des décisions du comité judiciaire du Conseil privé de Londres et de la Cour suprême du Canada est bien loin d'une apologie du fédéralisme. D'entrée de jeu, Saywell déclare qu'il lui est indifférent de connaître les facteurs non-juridiques et sociétaux qui poussent la jurisprudence constitutionnelle tantôt vers la décentralisation, tantôt vers la centralisation. Ce qui l'intéresse, c'est l'étude du discours judiciaire, et en particulier des types d'arguments qui pèsent dans la décision du juge. Saywell a voulu aller au-delà de la simple lecture des jugements ; il s'est aussi enquis des archi-

ves judiciaires pour retrouver le contenu des plaidoiries et des échanges entre les procureurs et les juges. À l'occasion, son enquête pénètre dans la biographie intellectuelle des juges dont les décisions furent les plus décisives.

Mais cette étude n'est pas si désintéressée qu'il n'y paraît. Comme Saywell l'avoue lui-même, elle comporte ses « vilains » et ses « sauveurs ». Les vilains sont les juges du Conseil privé de Londres qui, par fantasmagorie romantique, ont détourné le sens de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique (AANB) pour ériger le Canada en régime fédéral qui équilibre les souverainetés fédérale et provinciale. Les sauveurs sont les juges inspirés de la Cour — Laskin, Dickson, Le Dain, Laforest — qui ont su redonner vie aux pouvoirs fédéraux que le Conseil privé avait cadennassés de ses interprétations formalistes. En substance, Saywell prétend que le Conseil privé, sans égard à l'intention du constituant et à la structure du texte de l'AANB, a délibérément amoindri la capacité du gouvernement fédéral d'user de ses vastes compétences en matière économique et sociale. Il a fallu à la Cour suprême plusieurs décennies d'un lent travail de reconstitution d'une jurisprudence typiquement canadienne pour que ces compétences neutralisées retrouvent leur effectivité.

Dans les premiers chapitres, Saywell rappelle que lors des pourparlers précédant l'adoption de l'AANB, le Colonial Office de Londres tenta en vain de convaincre George-Étienne Cartier et Hector Langevin d'accepter une compétence amoindrie des États provinciaux sur la propriété et le droit civil en échange de l'octroi d'un statut particulier pour le Québec. Ce refus joua un rôle déterminant semble-t-il dans la volonté du Conseil privé de transformer la compétence provinciale relative à la propriété et au droit civil en compétence résiduaire faisant contrepois au pouvoir fédéral sur la paix, l'ordre et le bon gouvernement. Pourtant, fait remarquer Saywell, les tri-

bunaux canadiens, soit les cours d'appel provinciales, puis la Cour suprême après sa création en 1875, avaient dès le départ donné effet à la prépondérance fédérale dans la structure des compétences établie par les articles 91 et 92 de l'AANB. Mais le Conseil privé de Londres, enhardi par les tentatives répétées des juristes du Canada anglais d'abolir les appels au tribunal impérial, ne vit pas les choses ainsi. Saywell prétend que quelques juges clés ont plus que les autres marqué le remodelage du régime constitutionnel canadien. Trois vilains sont épinglés : Lord Watson, le vicomte Haldane et Lord Atkin, juges respectivement en 1889-1912, 1911-28 et 1935-49. Curieusement, Saywell s'appesantit sur les origines écossaises des deux premiers. Lord Watson fut un esprit spéculatif formé au droit civil écossais et connaisseur du droit civil québécois. Il était un ardent Écossais convaincu que l'Acte d'Union de 1707 qui avait effacé la couronne écossaise n'avait toutefois pas éteint la souveraineté du royaume de Marie Stuart. Excentrique vaniteux de mèche avec Oliver Mowat, le vicomte Haldane était un Écossais « assimilé » dont l'esprit erratique mariait confusément politique, droit et histoire, au point d'oser penser que sous le Dominion canadien, les États provinciaux étaient aussi libres qu'un royaume de Sa Majesté. Bref, Saywell s'est employé à déboulonner du temple de Thémis les juges du Conseil privé, des amateurs ou de médiocres juristes inaptes à pénétrer les arcanes de la Common Law. En filigrane du commentaire pourtant sobre de Saywell, on sent poindre la vieille inimitié anglo-écossaise.

La partie post-1949, soit après l'abolition des appels au Conseil privé, est la moins instructive de l'ouvrage. Saywell applaudit à l'entreprise de restauration des pouvoirs fédéraux que la Cour suprême mènera en défaisant peu à peu l'héritage laissé par les Lords britanniques. Que la Cour ait résolu d'assouplir les conditions d'exercice du pouvoir fédéral relatif au

commerce ou à la paix, l'ordre et le bon gouvernement, qu'elle ait validé le pouvoir fédéral de dépenser ou musclé la prépondérance des lois fédérales vis-à-vis des lois provinciales, il n'y a pas lieu de s'en formaliser. Comme l'admet Saywell lui-même dans sa postface, la constitution n'est au fond que ce que les juges déclarent qu'elle est. Certes, des voix se sont élevées, presque exclusivement du Québec, contre cette nouvelle trajectoire imprimée par la Cour suprême à l'interprétation du texte constitutionnel. Saywell note au passage ces critiques sans sourciller. Pour lui, il est clair qu'une fois libérée d'un pesant héritage, la Cour suprême avait toute latitude pour mettre ses interprétations au service du bien-être économique de la nation canadienne.

La thèse centrale défendue par Saywell n'apporte rien de fondamentalement neuf dans l'étude du droit constitutionnel canadien ou de l'histoire du droit. Depuis que le Conseil privé a parlé, nombreux ont été les juristes au Canada anglais qui n'ont eu de cesse d'en critiquer les arbitrages et d'espérer que la Cour suprême rétablisse les pouvoirs fédéraux dans leur pureté impériale originelle. Dans l'univers de la Common Law canadienne, l'idée fédérale a toujours fait figure d'intruse, de concept sans fécondité théorique ou pratique, qui s'harmonise mal avec l'arrangement constitutionnel ad hoc de l'AANB. On savait que les architectes du Canada daignèrent faire des concessions au fédéralisme pour accommoder le Canada français. Nous savons maintenant, grâce à John T. Saywell, que le dessein fédéral a perduré au Canada par des sympathies écossaises.

Marc Chevrier
Département de science politique
Université du Québec à Montréal