

## Les Cahiers de droit

# De la prépondérance fédérale en droit constitutionnel canadien

Dominique Alh riti re



Volume 12, Number 4, 1971

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1004987ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1004987ar>

[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 article

Alh riti re, D. (1971). De la prépondérance fédérale en droit constitutionnel canadien. *Les Cahiers de droit*, 12(4), 545–611. <https://doi.org/10.7202/1004987ar>

Tous droits r serv s   Université Laval, 1971

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

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

** rudit**

This article is disseminated and preserved by  rudit.

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

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

# De la prépondérance fédérale en droit constitutionnel canadien

---

Dominique ALHÉRITIÈRE

	Page
INTRODUCTION .....	547
<b>Première partie : SENS ET CONTENU DE LA PRÉPONDÉRANCE .....</b>	<b>550</b>
<b>A – Les éléments de la prépondérance .....</b>	<b>550</b>
1. <i>Le conflit</i> .....	551
a) <i>Le conflit parfait</i> .....	552
b) <i>Les conflits imparfaits</i> .....	553
2. <i>La validité</i> .....	555
a) <i>La validité de la loi fédérale</i> .....	556
b) <i>La validité de la loi provinciale</i> .....	557
3. <i>La concurrence</i> .....	557
<b>B – Les distinctions .....</b>	<b>559</b>
1. <i>Prépondérance et double aspect</i> .....	560
2. <i>Prépondérance et ancillarité</i> <i>(Prépondérance et champ inoccupé)</i> .....	561
3. <i>Prépondérance et empiètement</i> .....	562
<b>C – Définitions de la prépondérance .....</b>	<b>566</b>
1. <i>La définition commune</i> .....	566
a) <i>Le caractère dualiste</i> .....	567
b) <i>Origine et formulation</i> .....	568
2. <i>Des définitions spécifiques qui sont restées particulières</i> .....	570
a) <i>Définitions historiques</i> .....	570
b) <i>Définitions selon le degré de fédéralisme désiré</i> .....	573

---

\* Ce texte est celui d'une thèse de maîtrise, préparé à l'Université de Montréal, sous la direction du professeur André Tremblay, que l'auteur a soutenue avec succès.

	Page
<b>Seconde partie : APPLICATIONS ET CONSÉQUENCES DE LA PRÉPONDÉ- RANCE</b> .....	574
<b>A – La prépondérance textuelle</b> .....	577
1. <i>L'agriculture</i> .....	577
2. <i>L'immigration</i> .....	579
<b>B – La prépondérance au sens strict</b> .....	583
1. <i>Utilisation</i> .....	583
a) 91 (introductif)-92 .....	583
b) 91 (énumérées)-92 .....	586
c) 91 (27)-92 .....	589
2. <i>Effets</i> .....	597
a) Sur la loi provinciale .....	597
b) Sur la loi fédérale .....	598
<b>C – La prépondérance au sens large</b> .....	598
1. <i>La prépondérance des dispositions ancillaires fédérales</i> .....	599
2. <i>La prépondérance de l'article 132</i> .....	600
<b>CONCLUSION</b> .....	602
<b>Table des arrêts</b> .....	604
<b>Index des auteurs</b> .....	608
<b>Bibliographie</b> .....	609

## INTRODUCTION

La prépondérance (« paramountcy ») peut apparaître comme l'un des grands principes du droit constitutionnel canadien, mis en relief par les tribunaux pour tenter de faciliter le partage des compétences entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales.

La notion semble propre à tout système fédéral et la constitution des principales fédérations a prévu qu'en cas de concurrence entre deux lois valides, l'une prise par le Parlement central et l'autre par une législature locale, la loi du Parlement l'emporterait<sup>1</sup>. La formulation du principe est parfois sèche comme dans la constitution de la République fédérale d'Allemagne<sup>2</sup>, parfois longue et explicite comme dans la constitution de la Birmanie<sup>3</sup>, mais elle est présente dans la plupart des constitutions fédérales et l'on peut même la retrouver dans la très brève constitution des Etats-Unis d'Amérique<sup>4</sup>. C'est donc de prime abord un principe général de droit fédéral<sup>5</sup>.

La prépondérance nous apparaît pourtant quelque peu contraire au fédéralisme à cause de ses effets à plus ou moins long terme. Prenons à titre d'exemple la constitution de la République fédérale d'Allemagne qui présente de nombreuses compétences législatives concurrentes. Même si ces compétences concurrentes sont expressément prévues, leur existence peut modifier l'aspect fédéral de l'Etat car tôt ou tard la concurrence peut entraîner un conflit qui ne se résoud que par le jeu de la prépondérance qui profite à la Fédération. Ainsi un tel système peut infléchir l'orientation du fédéralisme. On pourrait également référer à l'exemple suisse où le domaine des compétences mixte est très étendu, comprenant même le droit civil et le droit pénal<sup>6</sup>.

Il apparaît, bien sûr, difficile d'éviter un tel système puisque les rédacteurs des constitutions fédérales arrivent rarement à réaliser une séparation parfaite des pouvoirs. Ces rédacteurs optèrent donc dans plusieurs cas pour la prépondérance : prépondérance expresse, prépondérance découlant du chevauchement des compétences.

<sup>1</sup> La prépondérance est prévue dans les constitutions fédérales et aux articles suivants : R.F.A., 23 mai 1949, art. 31 et 72, al. 1; Australie, 9 juillet 1900, art. 109; Birmanie, 24 septembre 1947, art. 94, al. 2; Etats-Unis d'Amérique, art. 6, al. 2; Inde, 26 janvier 1950, art. 251; Fédération de Malaisie, 31 août 1957, art. 75; Nigéria, 1<sup>er</sup> octobre 1963, art. 69, al. 4; Nouvelle-Zélande, 31 janvier 1917, art. 133; Pakistan, mars 1962, art. 134.

<sup>2</sup> Maurice DUVERGER, *Constitutions et Documents politiques*, (Thémis) 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1960, p. 349.

<sup>3</sup> Henry PUGET, *Les Constitutions d'Asie et d'Australasie*, (Travaux de recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris), Paris, 1965, p. 61.

<sup>4</sup> DUVERGER, *op. cit.*, p. 300.

<sup>5</sup> Pour les constitutions d'Australie, d'Inde, de Malaisie et du Pakistan, voir PUGET, *op. cit.*, pp. 31, 305, 532, 713. Pour celles du Nigéria et de la Nouvelle-Zélande (en anglais), voir Annos J. PEASLEE, *Constitutions of Nations*, 3<sup>e</sup> éd., La Haye, 4 vol., vol. 1, p. 592.

<sup>6</sup> Charles DURAND, *L'Etat fédéral en droit positif*, in « Le fédéralisme », (Centre de Sciences politiques de l'Institut d'Etudes juridiques de Nice), Nice, 1956, pp. 187 ss.

Au Canada l'Acte de 1867 ne l'envisage qu'à l'article 95 qui prévoit qu'au chapitre des pouvoirs concurrents du Dominion et des provinces sur l'agriculture et l'immigration, il sera fait application de la loi de la province aussi longtemps et autant qu'elle ne sera pas incompatible avec l'une quelconque des lois du Parlement du Canada. De son côté, l'article 94 en parle négativement en ce qui concerne les pensions de vieillesse. Nulle part en tout cas n'apparaît le fameux mot de prépondérance ou de « paramountcy ».

Un article spécial lui avait pourtant été réservé dans les Résolutions de Québec du 10 octobre 1864, et l'article 45 se lisait ainsi :

Pour tout ce qui regarde les questions concurrentement soumises au contrôle du Parlement fédéral et des législatures locales, les lois du Parlement fédéral devront l'emporter sur celles des législatures locales. Les lois de ces dernières seront nulles, partout où elles seront en conflit avec celles du Parlement général.

On avait donc prévu certains conflits; mais le remplacement de cet article 45 par le regroupement dans un même article des principaux champs concurrents et de la notion de prépondérance, laisse penser que l'on ne prévoyait les conflits qu'aux chapitres de l'agriculture et de l'immigration. Cet optimisme s'avérera excessif. Il faudrait ajouter que cet optimisme n'était pas partagé par le Secrétaire d'Etat aux Colonies qui avait prévu dans son discours à la Chambre des Lords qu'en cas d'incompatibilité entre une loi du Dominion et une loi provinciale, la première prévaudrait.

L'histoire du droit constitutionnel canadien peut s'analyser comme la montée des incertitudes<sup>7</sup>. Les Pères de la Confédération se targuaient de proposer en 1865 une constitution qui, bien que fédérale, ne devait poser aucun problème quant à la séparation des pouvoirs. Les déclarations si confiantes de sir John MacDonal'd dans ce sens eurent tôt fait de passer pour quelque pensée présomptueuse<sup>8</sup>.

Les difficultés du partage des compétences apparurent en effet bien vite entre les provinces soucieuses de préserver leur autonomie et l'Etat fédéral qui, en se modernisant, pensait trouver dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, les moyens de développer son autorité.

Pour tenter de résoudre ces problèmes, divers concepts furent mis au point par les tribunaux. Des notions, comme celle de la prépondérance, furent dégagées en particulier par le Comité judiciaire du Conseil privé.

Le vicomte Haldane saura nous dire que le langage des articles 91 et 92 ne peut avoir été choisi comme pour répondre à un schéma parfaitement logique<sup>9</sup>. On comprend dès lors que ce schéma ait soulevé tant de conflits que le principe de la prépondérance sera appelé à résoudre.

Malgré l'absence d'une formulation claire du principe dans l'Acte de 1867, les tribunaux ont tenu à trouver et à citer les sources constitu-

<sup>7</sup> André TREMBLAY, *L'incertitude du droit constitutionnel canadien*, [1969] R. du B. 199 ss.

<sup>8</sup> *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des provinces de l'Amérique du Nord britannique, Québec*, 1865, p. 34, colonne 1.

<sup>9</sup> *John Deere Plow Co. Limited v. Wharton*, [1915] A.C. 330.

tionnelles de la prépondérance. Ils le firent par la bouche de Lord Watson, au Conseil privé. C'est à lui que revient le mérite d'avoir tenté de dégager la notion dans la célèbre affaire de la Prohibition locale<sup>10</sup> et d'avoir trouvé les sources textuelles du principe dans la clause « notwithstanding » du paragraphe introductif de l'article 91 de l'A.A.N.B. et dans la clause finale de ce même article. Ce dernier argument constitutionnel jouera semble-t-il le plus souvent dans les décisions judiciaires.

Beaucoup de causes ont porté sur la prépondérance et on peut voir que jusqu'à présent peu d'auteurs de doctrine ont tenté de rationaliser les résultats de ces causes, soit parce qu'elle a toujours semblé être une solution logique aux conflits que le fédéralisme fait naître entre les législatures locales et le Parlement fédéral, soit parce qu'au contraire elle est apparue trop opposée à l'idée fédérale dans la mesure où elle permettait de réclamer au profit du Fédéral des domaines communs et concurrents, soit parce qu'elle est apparue trop compliquée. Bien sûr, les ouvrages généraux de droit constitutionnel y consacrent parfois un paragraphe (encore très maigre dans des ouvrages récents<sup>11, 12</sup> qui, à d'autres titres, pourraient paraître fort complets). Cependant, il faut remarquer les développements des professeurs Laskin et Lederman qui y consacrent de longues études<sup>13, 14</sup>. Certains ne verront dans la prépondérance que la simple alternative au double aspect (non conflictuel) en cas de conflit de lois<sup>15</sup>.

Quant aux tribunaux, nous pourrions constater qu'ils n'ont pas toujours fait preuve dans leurs décisions de la rigidité nécessaire à une juste délimitation du principe. Pour notre part nous essayerons de nous garder d'un souci excessif de rationalisme qui cadrerait mal à la réalité historique du droit constitutionnel canadien.

Ce principe de droit pose donc de nombreuses difficultés de définition et son application peut paraître indéfinie. Il fut confondu, semble-t-il, même par celui qui s'était donné la peine de le dégager, à d'autres techniques. Alors que l'apparition de ce principe semblait avoir pour but de faire disparaître certaines incertitudes, il devint lui-même une cause d'incertitude supplémentaire pour l'état du droit canadien. La prépondérance, née des conflits, est pleine de contradictions.

Il faudra apprécier les buts de la prépondérance, délimiter ses effets et évaluer l'influence qu'elle risque d'avoir dans l'évolution future du droit constitutionnel canadien. Dans notre première partie nous étudierons donc le sens et le contenu de la prépondérance et nous réserverons notre seconde partie à l'étude de son application et de ses conséquences.

<sup>10</sup> *P.-G. Ont. v. P.-G. Can. et autres*, [1896] A.C. 348.

<sup>11</sup> NOËL LYON et J. ATKY, *Canadian constitutional law in a modern perspective*, Toronto, 1970, 1324 P., pp. 681, 735-736, 863-874.

<sup>12</sup> Frederick P. VARCOE, *The Constitution of Canada*, Toronto, 1965, pp. 59-67.

<sup>13</sup> Bora LASKIN, *Canadian Constitutional Law*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, 1969, pp. 105-141, 213.

<sup>14</sup> W. R. LEDERMAN, *The Concurrent operation of federal and provincial laws in Canada*, (1963) 9 *McGill Law Journal*, pp. 184 ss.

<sup>15</sup> B. L. STRAYER, *Judicial Review of Legislation of Canada*, Toronto, 1968, p. 151.

## PREMIÈRE PARTIE

### SENS ET CONTENU DE LA PRÉPONDÉRANCE

Pour déterminer le sens et le contenu de la prépondérance et en arriver à une définition du principe, il apparaît nécessaire d'en étudier les principaux éléments qui en forment la trame. C'est en effet de sa structure, semble-t-il, que la prépondérance tire son originalité et peut ainsi être dégagée d'autres concepts qui lui sont proches. Des éléments retenus et une fois les distinctions faites, l'on pourra en arriver à une définition large ou restreinte de la prépondérance selon les critères que nous aurons retenus.

Nous voudrions donner à cette première partie un caractère théorique qui nous laisserait le loisir de tenter des systématisations de la notion rarement utilisées par les juges mais qui nous donneront le sentiment qu'au niveau des principes, la prépondérance aurait pu être ou pourrait être quelque règle précise originale.

#### A — Les éléments de la prépondérance

Plus les éléments retenus et les conditions posées comme préalables à toute discussion sur la prépondérance seront nombreux, plus on en arrivera à proximité du but que nous nous sommes fixés dans notre première partie: isoler la notion de ses parents traditionnels, définir le concept de façon à lui donner une signification propre.

Les auteurs qui ne retiennent que l'élément de validité des lois en cause et qui, à la lumière de la jurisprudence, évaluent encore largement le critère de contrariété, seront ceux-là mêmes qui accepteront la définition la plus large et les confusions les plus nombreuses. Ce sera l'attitude de l'école anglaise en général qui dans une vue unitaire des doctrines d'empiètement, d'ancillarité et de double aspect, regroupées sous le terme générique de « doctrines de l'aspect », tendra à voir dans la notion de prépondérance un principe général de résolution des conflits et fera de son application le simple résultat du choix que l'on aura fait au niveau de la classification entre l'exclusivité et la concurrence<sup>16</sup>.

Deux éléments sont le plus souvent retenus: la contrariété et la validité des lois en conflit. L'appréciation de ces deux conditions peut elle-même être faite plus ou moins largement et peut ainsi nous mener à plusieurs définitions moyennes de la prépondérance.

<sup>16</sup> Voir en particulier les deux articles de W. R. LEDERMAN, *The concurrent operation of federal and provincial laws in Canada et Classification of Laws and the British North America Act*. Dans: « The Courts and the Canadian constitution », Toronto, 1967, pp. 177 et 200. Ce dernier article est particulièrement important pour le sujet qui nous occupe et nous aurons l'occasion d'y référer souvent tout au long de notre seconde partie.

Parce que nous croyons que chaque concept juridique a son originalité propre et qu'il est important pour la certitude d'un droit de dégager le particularisme de chaque règle, il nous semble, et nous justifierons par la suite nos prétentions, que trois éléments doivent être retenus pour atteindre une définition précise de la prépondérance.

### 1. Le conflit

La plupart des auteurs et la plupart des juges s'accordent à reconnaître dans la contrariété (« repugnancy ») qui peut se manifester entre une loi du Parlement et une loi d'une législature l'élément principal qui aide à définir la prépondérance et qui peut en justifier l'application<sup>17</sup>. Le mot « repugnant » apparaît explicitement à l'article 95 de l'Acte de 1867 :

In each Province the Legislature may make Laws in relation to Agriculture in the Province, and to Immigration into the Province ; and it is hereby declared that the Parliament of Canada may from Time to Time make Laws in relation to Agriculture in all or any of the Provinces, and to Immigration into all or any of the Provinces ; and any Law of the Legislature of a Province relative to Agriculture or to Immigration shall have effect in and for the Province as long and as far only as it is not repugnant to any Act of the Parliament of Canada.

Ce conflit n'est entendu qu'entre deux lois relevant des deux niveaux de corps législatif : l'une émane du Parlement, l'autre d'une législature. On peut dès lors se poser la question de savoir si la prépondérance pourrait régler le conflit entre deux lois incompatibles, la première relevant d'une législature d'une province, la seconde de la législature d'une autre province. Certes la validité de telles lois serait difficile et il est peu aisé d'en trouver un exemple : on pourrait imaginer une loi du Québec prévoyant que la cylindrée des véhicules-moteurs ne pourrait dépasser le litre, pour rendre plus sûre la circulation sur les routes, et une loi de l'Ontario qui stipulerait que la cylindrée de tels véhicules devrait être supérieure au litre, pour rendre plus fluide le trafic. De telles lois seraient semble-t-il valides et pourtant parfaitement incompatibles dans la pratique. Cet exemple pourrait d'ailleurs fort bien devenir réel s'il arrivait que le Québec permette par voie réglementaire aux automobilistes d'équiper leurs véhicules de pneus à clous pendant l'hiver alors que l'Ontario vient de promulguer l'interdiction de ce type de pneus sur les routes intérieures à la province<sup>18</sup>.

Retenant l'hypothèse que la prépondérance est un moyen de solution des conflits de lois fédérales et provinciales, ici se pose la question

<sup>17</sup> André TREMBLAY, *Les Compétences législatives au Canada*, Ottawa, Editions de l'Université d'Ottawa, 1967, pp. 96-97 ; voir également les notes 13 et 14.

<sup>18</sup> *Tire standards and specifications*, Ontario Regulations 58/67, *The Ontario Gazette*, Feb. 25/67, amendé par Ontario Regulations 423/70, *The Ontario Gazette*, Oct. 17/70. Ces règlements seraient à première vue valides selon l'arrêt *R. v. Howe*, (1890) 2 B.-C. R. 36 ; ils seraient pourtant incompatibles. Mais ils peuvent à la réflexion apparaître inconstitutionnels comme interférant avec les droits des citoyens des autres provinces.



de savoir ce qu'il advient de l'égalité de statut du Fédéral et des provinces affirmée par Lord Fitzgerald en ces termes :

Dans les limites des bornes prescrites par l'article 92, la législature locale exerce un pouvoir souverain, et possède la même autorité que le parlement impérial ou que le parlement du Dominion aurait...<sup>19</sup>

Il semble que cette égalité n'est pleine et entière qu'au niveau des pouvoirs exclusifs respectifs. Au niveau des pouvoirs concurrents par contre, cette égalité ne peut tenir en cas de conflit car dans toute fédération, les pouvoirs fédéraux priment dans ce cas, de par leur aspect national et plus général, les pouvoirs provinciaux particuliers. Ainsi il y aurait au niveau de la résolution des conflits une certaine idée de la théorie des dimensions nationales qui intervient au niveau de la classification.

L'élément de contrariété apparaît à la base de la notion de prépondérance. Mais à quoi peut correspondre cet élément de contrariété? La détermination d'un conflit ne répond à aucun test objectif et son appréciation étonne parfois. Le professeur Lederman<sup>20</sup> nous offre une systématisation intéressante des conflits et dans une description synthétique de la jurisprudence nous livre une classification tri-partite de la contrariété de lois: le conflit par contradiction, le conflit par supplémentarité et le conflit par identité.

Pour nous, il semble qu'il existe des conflits que l'on pourrait qualifier de parfaits dans le sens où pour les résoudre il faut carrément aller contre l'esprit et la lettre de l'une des deux lois en appliquant l'autre. Les autres espèces de conflits pourraient être qualifiées d'imparfaites.

#### a) Le conflit parfait

Tout au long de la construction jurisprudentielle du droit constitutionnel canadien, on trouvera des juges qui n'accepteront l'existence d'un conflit de lois qu'en cas de contrariété flagrante. Ainsi, dans l'affaire de la *Banque Royale du Canada de 1928*<sup>21</sup> le Conseil privé déclara valide l'article 11 (10) de la loi fédérale de faillite qui donnait priorité à la déclaration de faillite sur l'hypothèque judiciaire. L'ordre de priorité des créanciers s'en trouvait modifié. Il fut décidé que l'article 11 (10) étant valide, l'article 2121 du *Code civil* devait en l'espèce être écarté. Cet exemple illustre en partie la situation de contrariété flagrante où les citoyens obéissant à une loi fédérale se trouvent à désobéir à la loi provinciale et où les citoyens se voient obligés d'accomplir des choses incompatibles.

<sup>19</sup> Voir les affaires *Hodge v. La Reine*, (1883) 9 A.C. 117; *Maritime Bank v. Receveur général du N.-B.*, [1892] A.C. 437; *P.-G. Can. v. P.-G. de l'Ont.*, [1937] A.C. 326.

<sup>20</sup> *Op. cit.*, pp. 207 ss.

<sup>21</sup> Voir le jugement du vicomte Cave dans l'arrêt: *La Banque Royale du Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187, voir aussi *infra*, note 210.

Le juge Martland sera récemment le défenseur extrême de cette appréciation stricte du conflit. Dans un arrêt de 1960, il dira à la Cour suprême du Canada que pour qu'il y ait conflit, il faut que les citoyens en obéissant à l'une, se trouvent à désobéir à l'autre<sup>22</sup>.

Dans cette affaire de 1960, la majorité des juges a refusé de conclure à la présence d'un conflit entre une loi pénale fédérale criminalisant la diffusion de fausses informations en vue de vendre des actions et une loi ontarienne punissant le même fait, sous prétexte que chacune de ces deux lois avait un aspect et répondait à un but particulier.

La jurisprudence dans son ensemble n'est généralement pas favorable à cette appréciation stricte du conflit mais on comprendra que dans les affaires *Larue* ou *Wentworth*<sup>23</sup> il s'agit de situations idéales pour faire jouer la prépondérance. La question est de savoir si on limite la prépondérance à ces seules situations. Le juge Martland est un partisan de la prépondérance par contrariété flagrante. Si on suit ses vues la prépondérance est fort limitée. Aussi, sa décision dans l'affaire *Smith* sera violemment critiquée et nous verrons pourtant qu'elle nous sera d'un grand secours quand il s'agira d'opérer les distinctions fondamentales entre la prépondérance et d'autres concepts voisins.

La minorité reconnaissait qu'il y avait en l'espèce conflit, conflit par identité ou superposition.

## b) Les conflits imparfaits

Lorsque nous qualifions certains conflits d'imparfaits, nous voulons attirer l'attention sur certaines appréciations larges des conflits de lois qui résulteraient de l'identité ou de la complémentarité des lois fédérales et provinciales.

En ce qui regarde le conflit par identité on s'aperçoit que la jurisprudence le retient et semble faire fi des tentatives de définition stricte dressées par le juge Martland en déclarant quelquefois en conflit des lois identiques.

Ainsi dans une affaire de 1934, la Cour suprême du Canada déclara une loi provinciale qui réprimait la conduite en état d'ivresse, inopérante, car une loi pénale fédérale de 1921 sanctionnait une telle conduite<sup>24</sup>.

En ce qui concerne la complémentarité on verra que d'une manière générale la jurisprudence refuse de voir un conflit dans ces cas. Toutefois, si la loi provinciale est à la fois identique et complémentaire, les tribunaux auront tendance à éluder le problème de l'identité en ne retenant surtout que le caractère de complémentarité: nous prendrons l'exemple de l'affaire *La Reine v. Yolles*<sup>25</sup>, très bien analysée et syn-

<sup>22</sup> *Smith v. La Reine*, [1960] R.C.S. 776.

<sup>23</sup> *Supra*, note 21; *infra*, note 210.

<sup>24</sup> *Home Insurance Co. v. Lindsal and Beattie*, [1934] R.C.S. 33.

<sup>25</sup> [1959] O.R. 206, 19 D.L.R. (2<sup>e</sup>) 19.

thétisée par certains auteurs<sup>26</sup>; en l'espèce, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que le code ontarien de la route punissant toute personne conduisant sans précaution ni attention raisonnable était une loi complémentaire et ne venant donc pas en conflit avec le Code criminel qui qualifiait de crime la conduite insouciance et téméraire. On aurait pourtant, semble-t-il, pu conclure à l'identité partielle des deux lois.

L'identité peut donc s'effacer devant la complémentarité. Mais il peut aussi exister des lois complémentaires et contraires: il semble alors que la complémentarité doive laisser le pas à la contrariété et que la loi provinciale soit écartée par le jeu de la prépondérance. Le professeur Lederman<sup>27</sup>, partisan de cette option, ne nous dit cependant pas si le juge pourrait en ce cas opérer la disjonction et reconnaître la prépondérance au profit des seules dispositions de la loi fédérale en conflit avec certaines dispositions de la loi provinciale. Nous aurons l'occasion de revenir plus loin sur ce problème de l'utilisation de la disjonction en matière de prépondérance.

Rendant encore plus complexe la délimitation de la contrariété, fondement du conflit, certains auteurs se sont montrés peut-être trop pressés en voyant dans les notes du juge dissident Cartwright au cours de l'affaire *O'Grady v. Sparling*<sup>28</sup> une catégorie nouvelle de conflits, celle des conflits implicites. Le juge Cartwright écrivait en effet dans cette affaire:

Par implication nécessaire, la loi fédérale établit non seulement quel degré de négligence sera punissable, mais aussi quel degré ne le sera pas.

Certes, cela ne saurait signifier que par le jeu de la prépondérance le fédéral considère tout champ concurrent comme un domaine réservé ou exclusif sur lequel les provinces ne pourraient légiférer qu'avec la permission du Parlement et où elles suivraient au doigt et à l'œil les dictées du fédéral. Le concept de la prépondérance ne semble pas avoir été exhumé par Lord Watson en ce sens et nous aurons l'occasion de renforcer par la suite notre impression.

Outre l'imprécision ou la confusion qui existe au niveau de la terminologie<sup>29</sup>, on constate aussi chez certains une tendance à vouloir en définitive élargir la notion de prépondérance. Il serait dès lors peut-être bon de revenir à certaines paroles sages du juge Martland pour maintenir la clarté et la portée limitée que l'on semblait avoir du principe à son origine<sup>30</sup>.

La détermination de l'élément de contrariété ne peut obéir à aucun test objectif si ce n'est celui de la réalité des faits, de la réalité en face de laquelle se trouve le sujet de droit. L'utilité de la multiplication des

<sup>26</sup> François CHEVRETTE, *Cours de droit constitutionnel*, (2<sup>e</sup> année), Université de Montréal, 1968-1969, p. 159.

<sup>27</sup> *Loc. cit.*, p. 208.

<sup>28</sup> [1960] R.C.S. 804.

<sup>29</sup> En français on trouve les termes de conflit, contrariété, incompatibilité... En anglais les mots repugnancy, collision, conflict, abeyance, supersession...

<sup>30</sup> LASKIN, *op. cit.*, p. 107.

espèces de conflits nous apparaît douteuse et il serait plus simple de réduire l'existence de contrariété à l'hypothèse de deux lois en contradiction réelle et directe qui ont pour effet d'exiger des citoyens des attitudes différentes ou de placer ceux-ci dans une situation telle qu'en obéissant à l'une ils se trouvent dans l'impossibilité de respecter l'autre tant dans sa lettre que dans son esprit<sup>31</sup>. C'est là notre prétention fondamentale car l'approche libérale du conflit ne peut à la longue que modifier le fédéralisme. Nous n'ignorons pas toutefois que la jurisprudence n'est pas entièrement d'accord avec notre prétention.

## 2. La validité

Le conflit de lois révèle l'existence de chevauchements de compétences au sein du fédéralisme canadien; ces chevauchements ne peuvent exister qu'entre deux lois valides puisque le fait de découvrir l'inconstitutionnalité d'une des deux lois conduirait par là-même à l'impossibilité et à l'inutilité de parler du conflit.

Les deux lois en cause doivent être irréprochables quant à leur qualité de lois valides. Leur constitutionnalité ne doit faire aucun doute.

On peut cependant se poser la question de savoir si cette validité doit se fonder sur une compétence exclusive ou peut également se fonder sur une compétence ancillaire. Pour plus de clarté nous examinerons d'abord le cas de la loi fédérale et nous apprécierons ensuite celui de la loi provinciale.

Mais avant il convient de remarquer que la validité peut apparaître davantage comme un élément du conflit plutôt que comme une condition à la prépondérance. Nous avons voulu l'étudier distinctement car elle pose des problèmes particuliers dont celui du caractère non d'ordre public qui découlerait de l'état du droit statutaire canadien qui oblige les plaideurs à aviser au préalable les autorités publiques de leur intention de soulever l'inconstitutionnalité. A notre connaissance les juges ne se prononcent jamais sur l'excès de pouvoir du législateur sans avoir été auparavant dûment saisis de la question. Jamais un juge n'a refusé d'appliquer une loi parce que seul il aurait découvert son illégalité<sup>32</sup>. Il pourrait donc arriver des cas où des magistrats croient que des lois sont inconstitutionnelles mais, tant que les plaideurs n'en n'ont pas demandé leur rejet, selon les formalités prévues, ces lois lient les tribunaux.

<sup>31</sup> Voir en particulier l'ouvrage de A. H. F. LEFROY, *Canada's Federal System*, Toronto, Carswell, 1913, p. 126, et l'article de V.-C. MACDONALD, *Judicial interpretation of the Canadian Constitution*, 1 *U. of T. Law J.* 260.

<sup>32</sup> Le lecteur pourra toutefois lire l'arrêt *Valin v. Langlois*, (1879) 3 R.C.S. 1. Cependant si les juges, en effet, préfèrent disposer des litiges en n'ayant pas à traiter de l'argument d'inconstitutionnalité, ils n'hésiteront pas à en disposer autrement quand ils le jugeront opportun: *Regina v. Board of Cinema Censors of Quebec ex parte Montreal News Dealers Supply Co. Ltd.*, (1968) 69 D.L.R. (2<sup>d</sup>) 512 et, *Le Secrétaire provincial de l'Île-du-Prince-Édouard v. Egan*, [1941] R.C.S. 396. Nous reparlerons de ces deux affaires qui à plusieurs points de vue sont intéressantes pour notre étude.

Dans les plaidoyers de prépondérance la situation est différente et les juges seraient tenus de se prononcer sur la question puisque le plaideur invoque l'inopérabilité d'une loi provinciale qui vient en conflit avec la loi fédérale sans toutefois invoquer l'inconstitutionnalité (quoiqu'il puisse l'avoir fait dans un premier temps mais sans succès). Il ne faut pas oublier qu'il peut être fort utile de ne pas invoquer l'inconstitutionnalité à cause des aléas que présente cette prétention. Aussi, si le but que l'on recherche n'est que de se soustraire à la loi provinciale il suffira de plaider l'inopérabilité de la loi provinciale devant la loi fédérale ou devant l'exclusivité de la compétence fédérale. Dans ce même but on devra se méfier d'invoquer l'inconstitutionnalité de la loi fédérale.

#### a) La validité de la loi fédérale

La loi fédérale doit être valide et devra donc découler des compétences attribuées par la constitution au Parlement canadien. Ce sera là une condition nécessaire et suffisante semble-t-il pour les tribunaux, c'est-à-dire que la loi pourra découler soit de l'article 95 de l'Acte de 1867, soit de l'article 91, des pouvoirs énumérés à cet article comme des compétences non énumérées... Cette validité devra-t-elle être complète? Pourra-t-elle être une validité simplement secondaire?

Il ne semble pas que l'on exige de la loi fédérale qu'elle ait une validité complète. En étudiant le conflit, nous nous posons la question de savoir si on pourrait opérer la disjonction en matière de prépondérance. Ici nous nous demandons si une même loi pourrait être déclarée dans un même jugement partiellement constitutionnelle et prépondérante quant à ses dispositions valides. Si la réponse aux deux questions est positive — et rien ne semble s'opposer à ce qu'elle le soit — on pourrait imaginer une loi fédérale à trois composantes: un premier groupe de dispositions valides et sans contrariété aucune avec quelque loi provinciale; une deuxième partie également constitutionnelle mais prépondérante car en conflit avec une loi locale; et une troisième série de dispositions inconstitutionnelles car représentant un envahissement injustifié d'un domaine réservé aux législatures.

Quand nous formulons la distinction entre validité primaire et validité secondaire, nous pensons ici au problème de l'ancillarité. Le Parlement peut prendre des dispositions nécessaires à la bonne mise en œuvre de ses compétences exclusives, dispositions qui relèvent habituellement des pouvoirs réservés aux provinces<sup>33</sup>. Dans ce cas les dispositions en question sont invalides *per se* en tant que législation tombant dans une catégorie provinciale exclusive, mais dans un contexte particulier sont valides parce que nécessaires à une législation efficace prise en vertu d'une compétence fédérale reconnue. C'est ce que nous appelons une validité secondaire.

Pour l'application de la prépondérance, la jurisprudence ne semble pas faire de distinction entre une loi à dispositions ancillaires et

<sup>33</sup> *P.-G. de l'Ontario v. P.-G. Canada*, [1894] A.C. 189.

une loi entièrement valide car découlant des pouvoirs exclusifs du Parlement canadien. Nous verrons ce qu'il en est quand il s'agira d'opérer les distinctions nécessaires.

La question aura moins d'importance pour les lois provinciales pour lesquelles la possibilité d'être ancillaires fut rarement reconnue.

### b) La validité de la loi provinciale

La validité de la loi provinciale devra également être sans faille. Elle sera complète ou non puisque le juge pourra comme pour une loi fédérale maintenir une loi provinciale dont une partie indépendante des dispositions principales aura été déclarée *ultra vires*<sup>34</sup>.

La question de savoir si cette validité peut être secondaire ou doit être primaire a moins d'intérêt car elle ne servirait de rien pour faire les distinctions ultérieures. Nous savons d'autre part que les cas d'ancillarité provinciale sont plus rares et plus récents que ceux qui profitent au fédéral<sup>35</sup>.

Cette validité de la loi provinciale implique que rien dans cette loi n'empiètera sur une compétence énumérée à l'article 91. Ce principe est, nous le savons, indiscutable et lord Herschell l'a rappelé en 1898<sup>36</sup>.

Cette condition de validité de la loi provinciale nous aidera à comprendre toute la signification que va revêtir la concurrence.

### 3. La concurrence

Tout comme pour la validité, il peut exister une concurrence primaire et une concurrence secondaire. Cette dernière résulterait du jeu de l'ancillarité qui permet au fédéral de rendre concurrent un domaine qui à l'origine était exclusivement provincial; cette règle nous montre qu'un pouvoir exclusif n'est jamais à l'abri de la concurrence.

A l'intérieur même de la concurrence primaire il semble qu'une nouvelle distinction soit possible entre la concurrence primaire législative correspondant à la concurrence expressément prévue par le texte de la constitution à l'article 95 de l'Acte et la concurrence primaire jurisprudentielle, celle du double aspect.

En stricte logique juridique, il faut enfin distinguer la concurrence qui se situe au niveau des pouvoirs et celle que l'on rencontre au niveau des lois. Cette séparation nous apparaît fondamentale. Il semble en effet certain que lorsqu'on parle de concurrence au cours d'une étude subséquente à l'ancillarité il ne peut s'agir que d'une concurrence au niveau des lois. La règle de l'ancillarité n'entraîne pas une concurrence

<sup>34</sup> Pour une application du principe à une loi provinciale, voir les notes du juge NOLAN dans *Switzman v. Elbing*, [1957] R.C.S. 285, pp. 309 ss.

<sup>35</sup> On en trouve de bons exemples dans les arrêts *Ladore v. Bennett*, [1939] A.C. 468, et *P.-G. Ont. v. Barfried Enterprises*, [1963] R.C.S. 570.

<sup>36</sup> *P.-G. Can. v. P.-G. Ont.*, [1898] A.C. 700.

au niveau des pouvoirs; les compétences en cause sont et restent en effet exclusives et seule leur mise en œuvre sera rendue concurrente. Il en va de même du champ inoccupé: le champ inoccupé n'a rien d'un champ de compétences concurrentes: les compétences que la province exerce sur le champ inoccupé sont à notre sens parfaitement exclusives et seule leur mise en œuvre sera rendue concurrente lorsque le Parlement choisira de l'investir par des lois.

Ce développement devrait nous faire comprendre qu'il n'est de concurrence primaire que pour les domaines qualifiés de communs par la loi constitutive et pour ceux auxquels s'applique la règle du double aspect.

Les tribunaux n'ont pas toujours appliqué ces distinctions et certaines d'entre elles furent même ignorées. Nous nous tournerons donc plutôt vers la doctrine qui semble par certains côtés assez proche de la réalité jurisprudentielle. Nous n'étudierons pas encore la concurrence dans ses résonances pratiques pour éviter de remuer la vase du grand débat qui oppose l'exclusivité à la concurrence. Ce sera, nous l'avons dit, l'objet de la seconde partie de notre étude.

Dressant un constat de la pratique des tribunaux, le professeur Lederman nous livre une explication de la concurrence.

Elle apparaît ainsi comme une notion changeante et ainsi que nous le rappellerons en étudiant le conflit, il pourrait être vain ici encore de vouloir s'attacher à des normes juridiques trop précises.

La complexité, la variété et la diversité dans le temps des activités d'un état moderne ont contribué à rendre instable un partage des compétences qui serait apparu faussement satisfaisant. Le vicomte Haldane le disait en 1915 et ajoutait six années plus tard que l'Acte de 1867 n'avait rien qui puisse pallier à ces difficultés de séparation des pouvoirs entre le Parlement et les législatures<sup>37, 38</sup>.

L'exclusivité des pouvoirs n'a donc pu toujours satisfaire les tribunaux dans leur tâche d'interprétation de la constitution. Lorsque cette exclusivité tant provinciale que fédérale ne leur a pas semblé appropriée à la résolution de la cause en litige, les tribunaux en sont arrivés à créer ou « constater » de nombreux domaines concurrents. La doctrine du double aspect devait servir de sceau à la reconnaissance des domaines concurrents.

Le professeur Lederman et l'école anglaise dans sa quasi-totalité semblait faire chorus avec la jurisprudence et mêlant l'ancillarité et le double aspect, voire l'empiètement, dans la même doctrine, celle de l'aspect<sup>39</sup>, l'on n'allait plus se demander si telle compétence était exclusive ou pas; multipliant les champs concurrents on devait désormais poser comme ultime question: est-il meilleur pour le peuple que la

<sup>37</sup> *Supra*, note 9.

<sup>38</sup> *Great West Sadlery Co. v. Le Roi*, (1921) 2 A.C. 91.

<sup>39</sup> Les critiques sévères du professeur Laskin sont célèbres; il dit que l'empiètement ne représente qu'une partie de la « broderie » faite sur la doctrine de l'aspect et ne voit dans l'ancillarité qu'une verbalisation de cette même doctrine. Voir BORA LASKIN, *Peace, Order and Good Government*, (1947) 25 C.B.R. 1954, p. 1060.

question soit réglée au niveau provincial ou au niveau national? Le professeur Lederman voyait dans cette interrogation une synthèse remarquable de la logique et des réalités sociales!<sup>40</sup>

Cette façon de voir correspond grosso modo à celle des juges, mais, regrettant les incertitudes qui peuvent en découler, nous avons jugé bon, avant de lancer les définitions de la prépondérance, de ne pas abandonner des distinctions qui nous apparaissent toujours utiles: le rôle des juges aurait pu consister à les adapter plutôt que de les supprimer pour une plus grande facilité qui pourra d'ailleurs sembler éphémère. La suppression de ces distinctions ne peut à notre avis que provoquer une pollution au milieu des concepts juridiques.

## B – Les distinctions

Notre premier développement nous a permis de dégager les éléments de la prépondérance. Nous avons alors successivement étudié le conflit, la validité et la concurrence. Le défaut de l'un de ces éléments est la cause principale des confusions faites entre le principe de la prépondérance et plusieurs autres qui lui sont proches. Ainsi si on oublie certains éléments on ne pourra séparer la prépondérance des principes très voisins ou plus éloignés. Si on oublie la contrariété, par exemple, on ne distinguera plus entre la prépondérance et le double aspect. Nous partirons des notions qui nous semblent les plus proches pour étudier ensuite celles qui paraissent s'en éloigner le plus.

Double aspect, ancillarité et empiètement sont des règles d'interprétation et de classification qui, en raffinant le partage des compétences tel qu'établi par l'Acte de 1867, ont créé des difficultés (contrariété de lois) que la prépondérance devra résoudre. Aussi, il nous apparaît nécessaire d'analyser ces trois notions fondamentales en les rapprochant constamment du concept de la prépondérance<sup>41</sup>.

Nous ne voudrions pas pousser trop loin ces distinctions qui ne correspondent pas toujours à la réalité jurisprudentielle canadienne. Les hésitations de la doctrine, les contradictions de la jurisprudence rendent fort difficile toute étude en ce sens et notre étude ne saurait traiter longtemps du double aspect, de l'ancillarité et de l'empiètement qui sont par eux-mêmes des sujets énormes.

Dans un domaine aussi confus il faut garder à l'esprit cette pensée de Pascal: « Qui veut faire l'ange, fait la bête ». En la matière, plus qu'en toute autre, toute systématisation a vite fait d'être abusive.

Nous avons déjà noté que la doctrine anglaise étudie sous le nom de « doctrine de l'aspect » les trois volets du double aspect, de l'ancillarité et de l'empiètement<sup>42</sup>. D'autres auteurs regroupent l'ancillarité

<sup>40</sup> W. R. LEDERMAN, *The Balanced Interpretation of the Federal Distribution of Legislative Powers in Canada*, in CRÉPEAU-MACPHERSON, *The Future of Canadian Federalism*, 1965, p. 93.

<sup>41</sup> A. G. TREMBLAY, *loc. cit. supra.*, note 7.

<sup>42</sup> BORA LASKIN, *Peace, Order and Good Government*, (1947), re-examiné, in W. R. LEDERMAN, *The Courts and the Canadian Constitution*, Toronto, 1967, pp. 73-74.



et l'empiètement sous la même appellation d'« empiètement ancillaire »<sup>43</sup>. D'autres encore traitent du double aspect et de l'ancillarité sous la dénomination double de « double aspect exprès-double aspect implicite »<sup>44</sup>. D'autres enfin étudient distinctement les trois notions et reprenant le jugement du juge Duff dans l'affaire *Gold Seal*<sup>45</sup> y ajoute la distinction entre les lois « affectant » et les lois « relatives à ».

### 1. Prépondérance et double aspect

Rappelons rapidement ce qu'est le double aspect. Cette règle fut définie par le Comité judiciaire du Conseil privé<sup>46</sup>:

Subjects which in one aspect and for one purpose fall within sect. 92, may in another aspect and for another purpose fall within sect. 91.

Un bel exemple de matières comportant des aspects provinciaux et des aspects fédéraux est celui des dispositions sanctionnant la conduite dangereuse d'un véhicule-moteur<sup>47</sup>.

Il s'agit là d'un cas de concurrence inévitable reflétant l'interprétation des compétences législatives allouées respectivement au Parlement central et aux législatures provinciales aux articles 91 (27) d'une part et 92 (13 et 16) d'autre part.

Ce double aspect<sup>48</sup>, il faut le répéter, est une invention de la jurisprudence et délimite très imprécisément le champ d'opération de la prépondérance. Celle-ci ne se manifesterait que dans la mesure où les juges retiendraient la dualité d'aspect d'une matière législative donnée. Il faut distinguer ce double aspect de l'ancillarité et pour le faire nous adoptons la formulation de MacDonald à savoir qu'en vertu de la première théorie la disposition en question se trouve légalement à l'intérieur de la périphérie d'un pouvoir énuméré du fédéral, la seule particularité étant que pour quelque aspect et pour quelque autre fin, une législation similaire peut aussi être édictée par une province; en vertu de l'ancillarité la disposition en question est invalide *per se* en tant que législation tombant dans une catégorie provinciale exclusive mais dans un contexte particulier est valide parce que nécessaire à une législation efficace en vertu d'une catégorie fédérale<sup>49</sup>. Nous n'ignorons pas que cette formulation de MacDonald est contestée par l'école anglaise et en particulier par le juge Laskin qui est un partisan de l'aspect (dimensions nationales); mais elle comporte l'avantage de respecter la jurisprudence.

<sup>43</sup> *Op. cit.*, note 26, p. 148: distinction faite entre incidence et ancillarité.

<sup>44</sup> Pierre BLACHE, *La doctrine du champ inoccupé se porte-t-elle mal?*, (1967) 2 R.J.T., pp. 38 ss.

<sup>45</sup> *Gold Seal Ltd. v. Dominion Express Co.*, (1925) 62 R.C.S., p. 424.

<sup>46</sup> *Hodge v. La Reine*, (1883) 9 A.C. 117.

<sup>47</sup> *Mann v. La Reine*, [1966] R.C.S. 238.

*Provincial Secretary of P.-E. I. v. Egan*, [1941] R.C.S. 396.

<sup>48</sup> On trouvera d'autres exemples du double aspect dans *Bédard v. Dawson*, [1923] R.C.S. 681.

*Lord's Day Alliance of Can. v. P.-G. of C.-B.*, [1959] R.C.S. 497.

<sup>49</sup> *Loc. cit.*, note 31, p. 272.

L'absence de l'élément de contrariété dans les lois impliquées peut laisser le champ libre à l'application de la doctrine du double aspect<sup>50</sup>. C'est là, semble-t-il, la seule chose qui sépare la prépondérance du double aspect puisque cette dernière règle laisse aux lois en question une validité parfaite et la concurrence existe tant au niveau des lois qu'au niveau des compétences.

Validité primaire et concurrence totale, ce sont là deux éléments communs à la prépondérance et au double aspect.

La prépondérance est étroitement liée au double aspect et cette dernière règle reste la source première de l'application de la prépondérance<sup>51</sup>. La prépondérance est l'exutoire du double aspect en ce sens que lorsque l'application du double aspect entraînera un conflit entre une loi provinciale et une loi fédérale par définition valides et concurrentes, il sera fait application de la prépondérance<sup>52</sup>.

## 2. Prépondérance et ancillarité (Prépondérance et champ inoccupé)

La théorie de l'ancillarité semble apparaître dans la jurisprudence canadienne dès 1894 dans « Voluntary Assignments Case »<sup>53</sup>. Le Conseil privé décida dans cette affaire qu'une législation sur la faillite pouvait exiger des dispositions accessoires sur les sessions volontaires qui autrement seraient de la compétence provinciale.

Tant que le fédéral n'adopte pas de telles dispositions accessoires, les plaideurs doivent référer aux lois générales de la province et épuiser les solutions que n'offre pas encore le droit fédéral. C'est à peu près ce que le Conseil privé a dit en 1894 :

Leurs Seigneuries ne doutent aucunement qu'il serait loisible au Parlement du Dominion d'envisager ces questions comme faisant partie d'une loi de faillite et l'Assemblée législative provinciale serait sans doute empêchée d'intervenir... Mais il ne s'ensuit pas que les sujets de nature à être considérés à juste titre comme étant accessoire à une telle loi et, par conséquent dans les attributions du Parlement du Dominion, soient exclus de l'autorité législative provinciale, en l'absence d'une législation fédérale sur la banqueroute et la faillite.<sup>54</sup>

On le voit, l'ancillarité c'est l'épée de Damoclès qui pèse sur les compétences provinciales pourtant exclusives mais avant que l'épée ne s'abatte, la province jouit du champ inoccupé, c'est-à-dire du privilège de voir sa législation appliquée aux secteurs que le droit ancillaire fédéral peut couvrir.

<sup>50</sup> STRAYER, *op. cit.*, p. 151.

<sup>51</sup> *Infra*, notes 267, 269, 270, 271.

<sup>52</sup> *Infra*, note 273.

<sup>53</sup> *P.-G. Ont. v. P.-G. Can.*, [1894] A.C. 189.

<sup>54</sup> *Ibid.*

L'ancillarité est un concept dangereux et le juge Duff, dissident, dans une affaire de 1913<sup>55</sup> l'a fort bien compris. Le juge Duff voulait que l'on refuse une loi fédérale donnant le droit à la Commission des chemins de fer d'obliger une compagnie provinciale de chemin de fer à contribuer au coût d'un viaduc enjambant des lignes fédérales. Selon Duff, très prudent, il fallait une grande nécessité pour qu'une disposition auxiliaire soit légale. Il aurait fallu qu'elle fasse corps avec les compétences énumérées.

A première vue il ne serait pas nécessaire de faire la distinction entre d'une part prépondérance et dualité d'aspect fondé sur l'exclusivité et d'autre part prépondérance et ancillarité. Mais à la réflexion c'est la doctrine du champ inoccupé qui justifie cette différenciation. Dans le cas d'une prépondérance fédérale dans un secteur de concurrence législative dans lequel la loi fédérale est fondée sur une compétence exclusive, cette loi fédérale connaît une validité primaire et ne vient pas déloger les provinces d'un secteur donné (pensons ici à l'affaire *Wentworth*<sup>56</sup>); dans le cas de la prépondérance ancillarité, il y a également concurrence législative mais la loi fédérale a une validité secondaire et déloge les provinces d'un secteur donné (et ici nous pouvons penser à l'affaire *Niccolls*<sup>57</sup>).

Il faut noter enfin que cette ancillarité fédérale dont il s'agit peut, comme l'exclusivité, être source de concurrence si elle conduit à l'occupation de champs déjà couverts par la loi provinciale. Cette ancillarité de la législation fédérale conduit comme l'exclusivité à la prépondérance, l'ancillarité jouissant des mêmes vertus que l'exclusivité fédérale, et c'est ainsi qu'on peut comprendre que l'ancillarité même si elle s'attache aux compétences exclusives provinciales ne peut pas conduire à des lois provinciales prépondérantes.

Dans ce contexte de proximité de terminologie où un concept peut conduire très facilement à un autre, les tribunaux joindront ancillarité et prépondérance et parleront souvent d'un pouvoir ancillaire prépondérant<sup>58</sup>.

Les assimilations seront faciles quand on essaiera de différencier l'ancillarité (« ancillary power ») de l'empiètement (« trenching power »), et l'empiètement lui-même de la prépondérance.

### 3. Prépondérance et empiètement

On peut penser que la théorie de l'empiètement fut mise à jour par la jurisprudence en 1894 lorsque Lord Watson reconnut que certai-

<sup>55</sup> *B.-C. Electric Railway Co. v. The Victoria, Vancouver and Eastern Railway*, (1913) 48 R.C.S. 98, (voir les pages 120, 122 et 125 du jugement).

<sup>56</sup> *Infra*, note 210.

<sup>57</sup> *Infra*, note 286.

<sup>58</sup> Proximité rendue plus dangereuse encore par la confusion des termes signalés plus haut: *supra*, note 29.

<sup>59</sup> Lord COLLINS dans *Toronto v. C.P.R.*, [1908] A.C. 54; *Grand Trunk Railway v. P.-G. Can.*, [1907] A.C. 65, lord DUNEDIN.

nes dispositions concernant les récépissés d'entrepôts et incorporées dans la loi des banques, laquelle se fondait manifestement sur l'un des pouvoirs énumérés à l'article 91, se rapportaient à la propriété et aux droits civils et devaient donc être invalides « si l'on pouvait démontrer que l'Acte de 1867 interdit au Parlement du Canada tout empiètement sur les matières attribuées à l'Assemblée législative provinciale par l'article 92 »<sup>60</sup>.

La décision qu'il rendait deux ans plus tard dans *Local Prohibition Case*<sup>61</sup> allait associer intimement l'empiètement à la séparation effectuée entre les compétences découlant du préambule de l'article 91 et les compétences expressément énumérées à ce même article.

Il semble cependant que dès 1880, Sir Montague E. Smith se servait de l'empiètement pour valider certaines dispositions de la loi fédérale concernant la faillite et qui rendaient final l'appel à la Cour suprême, supprimant ainsi le droit d'en appeler au Conseil privé<sup>62</sup>. Certains citeront d'ailleurs cet arrêt comme premier exemple d'ancillarité<sup>63</sup>.

Sans vouloir développer cette question, il nous semble que les différences entre l'empiètement et l'ancillarité, si elles ne comportent guère d'effets pratiques, sont certains. Lorsque l'on parle d'empiètement en droit constitutionnel, il s'agit d'une absorption de certaines compétences provinciales par des compétences fédérales, laquelle s'explique par le fait qu'il y a dans le texte de l'article 91 de l'Acte de 1867 des dérogations ou exceptions à des compétences provinciales. C'est de cet empiètement dont parle Lord Watson en 1894. En ce qui regarde ce que l'on peut appeler l'empiètement secondaire il s'agit d'une addition à la compétence exclusive et qui autorise le Parlement à adopter des dispositions de compétence provinciale pour rendre plus efficace sa législation.

Les fondements textuels n'ont pas toujours été les mêmes pour l'empiètement et l'ancillarité. Pour la première théorie Lord Watson dégagait en 1894 un premier argument de texte tiré de la clause « notwithstanding » de l'article 91. En 1896 le même Lord Watson, afin d'utiliser l'empiètement pour placer les compétences énumérées du Dominion au-dessus des compétences résiduelles, accorda seulement aux premières le droit d'empiéter en fondant l'empiètement sur la clause finale de l'article 91 qui, d'après lui, était destinée à tout 92 et non pas seulement à 92 (16)<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> *Tennant v. Union Bank of Can.*, [1894] A.C. 31.

<sup>61</sup> *P.-G. Ont. v. P.-G. Can. et autres*, [1896] A.C. 348.

<sup>62</sup> *Cushing v. Dupuy*, (1880) 5 A.C. 509.

<sup>63</sup> PIGEON, *Cours de Droit Constitutionnel*, (2<sup>e</sup> année de licence), Université de Montréal, 1963-1964, p. 173.

<sup>64</sup> [1894] A.C. 31: premier argument.

[1896] A.C. 348: second argument.

On connaît le célèbre raisonnement que Lord WATSON fit dans cette dernière affaire: la clause finale de 91, qui ne se réfère qu'aux compétences énumérées à cet article, est le fondement textuel de l'empiètement car cette clause s'applique à toutes les compétences énumérées à 92 et non seulement à 92 (16). Partant de là seules les compétences énumérées à 91 pourront empiéter sur 92 puisque 91 *in fine* ne réfère qu'à ces compétences énumérées.

Si aujourd'hui les fondements de l'empiètement et de l'ancillarité sont restés les mêmes on peut dire néanmoins qu'il aurait été possible à la jurisprudence de dégager le droit de l'ambiguïté dans laquelle Lord Watson l'a placé. Il aurait été possible selon nous d'attribuer l'empiètement fédéral à l'exclusivité des compétences fédérales et à la clause « nonobstant ». Quant à l'ancillarité c'est l'existence même de la compétence qui l'exige et qui participe aux attributs de cette compétence.

Dans l'article 92 il n'est question que de compétences exclusives, lesquelles, par l'ordre des choses elles-mêmes, devaient jouir de l'ancillarité<sup>65</sup> mais ces dispositions ancillaires ne pouvaient certes pas être prépondérantes, comme les compétences provinciales elles-mêmes, lesquelles au surplus ne peuvent empiéter sur les compétences fédérales<sup>66</sup>.

Cet argument tiré de l'ordre des choses ne doit cependant pas prendre une importance trop grande et il ne saurait être définitif. Les juges ont en effet parfois fondé la théorie de l'ancillarité sur la clause « nonobstant » et même sur la clause finale de l'article 91. Il n'aurait pu ainsi être question de réversibilité même pour l'ancillarité, ce qui n'est pas arrivé. Mais dans une affaire dont nous reparlerons abondamment car elle est un exemple du retour effectué par la Cour suprême en faveur de l'exclusivité des compétences, la théorie de l'incidence provinciale peut sembler avoir été complètement rejetée: on refusera à une municipalité d'étendre son pouvoir de réglementation des affichages à la publicité électorale fédérale<sup>67</sup>. Malgré cette décision la théorie de l'incidence provinciale ne se portera encore pas trop mal.

L'ancillarité répondrait au principe d'interprétation anglais qui veut que l'exécution d'un acte confère à l'autorité investie tous les pouvoirs de prendre les mesures nécessaires à son exécution<sup>68</sup>.

Une autre différence pourrait se présenter si l'on considère que le *trenching power* est une technique d'interprétation de la constitution alors que l'ancillarité serait une technique de détermination de la validité des lois. L'ancillarité serait un moyen très général d'interprétation; l'empiètement une technique spécialement reconnue pour l'interprétation des compétences énumérées à 91. En parlant de « *trenching* », on se placerait du côté des pouvoirs énumérés en se demandant comment il faut les interpréter dans leurs relations avec 92. Ce serait un pré-requis à la classification des lois. Avec l'ancillarité, au contraire, on se placerait plutôt du côté des lois à classer et ce serait une technique d'interprétation et de détermination de la validité des lois. Dans le premier cas

<sup>65</sup> Cette exclusivité des compétences n'a en effet de portée que si les pouvoirs qu'elle permet peuvent recevoir une mise en œuvre efficace nécessitant des dispositions ancillaires: *Le Grand Tronc v. Can.*, [1907] A.C. 65.

<sup>66</sup> *P.-G. Can. v. P.-G. Ont. (Cause des Pêcheries)*, [1898] A.C. 700, Lord HERSHELL.

<sup>67</sup> *Mackay v. La Reine*, [1965] R.C.S. 810: notons cependant que le jugement de la Cour suprême fut loin d'être unanime et que certains juges minoritaires reconnurent expressément le caractère de réversibilité de l'ancillarité au profit des provinces.

<sup>68</sup> Sir P. B. MAXWELL, *Interpretation of Statutes*, 10<sup>e</sup> éd., Londres, 1962, p. 357. Voir l'arrêt *Hartley v. Hooker*, (1777) 2 Cowp. 524.

il s'agit de « statutory interpretation », alors que l'ancillarité interviendrait au niveau de la qualification du statut<sup>69</sup>.

Si les distinctions à faire entre ancillarité et empiètement ont été fort difficiles à élaborer afin de connaître celles entre prépondérance d'une part et compétence implicite et empiètement d'autre part, celles qui ont été élaborées n'ont pas le mérite d'être très satisfaisantes. Ainsi selon Clement la compétence implicite doit permettre au Fédéral d'exercer toutes ses compétences prépondérantes. Il semble faire erreur en confondant empiètement et prépondérance<sup>70</sup>.

Chez certains juges on note aussi une confusion incontestable. Ainsi, dès 1878 la Cour suprême du Canada parla de prépondérance dans un sens excessivement vague<sup>71</sup> et en 1894 on constate que Lord Watson lui-même assimile empiètement et prépondérance<sup>72</sup> mais sur le plan de la terminologie seulement puisque quand Lord Watson parle de prépondérance il entendrait selon nous l'empiètement.

Le pouvoir d'empiéter semble correspondre à la première proposition de Lord Tomlin alors que la quatrième proposition exposerait le principe de la prépondérance<sup>73</sup> découlant de l'ancillarité. La différence essentielle qui existe entre l'empiètement et la prépondérance est la suivante: la loi fédérale prépondérante peut découler des compétences énumérées ou non énumérées du Parlement canadien alors que la loi qui empiète ne peut relever que des compétences énumérées à 91.

La prépondérance suppose aussi l'existence d'un champ concurrent créé par la constitution ou par l'utilisation de la règle du double aspect. Elle suppose également, admettant les extensions jurisprudentielles de la prépondérance, l'existence d'un champ concurrent qui peut provenir du jeu de l'ancillarité, champ libre ou domaine inoccupé qui peut être envahi par le Fédéral. Lorsque l'on parle d'empiètement, on ne fait pas appel à la notion de champ inoccupé.

L'empiètement reste donc une notion très casuelle. Le pouvoir qui empiète « tranche » dans les compétences provinciales et ne laisse aucune possibilité aux provinces de traiter de la matière sur laquelle le Fédéral a empiété.

Nous répétons cependant qu'il ne faudrait pas attacher trop d'importance à ces distinctions puisque la doctrine anglaise surtout et les tribunaux parfois ne les font pas. Elles nous ont permis de voir qu'en

<sup>69</sup> Voir STRAYER, *op. cit. supra*, note 15.

<sup>70</sup> W. H. P. CLÉMENT, *The Law of the Canadian Constitution*, Toronto, 1916, pp. 183-186.

<sup>71</sup> *Severn v. La Reine*, (1878) 2 R.C.S. 70; voir à la page 95 du jugement ce que dit le juge en chef Sir William Buell RICHARDS: le passage est cité à la page 44.

<sup>72</sup> *Tennant v. Union Bank*, [1894] A.C. 31.

<sup>73</sup> *P.-G. Can. v. P.-G. C.-B.*, [1929] A.C. 111: l'utilisation par Lord TOMLIN du terme « prépondérant » quand il définit l'empiètement dans sa première proposition peut apparaître bizarre mais ne doit pas faire conclure à une confusion puisqu'il définira une partie de la prépondérance isolément dans la quatrième proposition. On doit avouer que Lord Tomlin ne parle nullement de la législation fédérale prépondérante qui découlerait de l'article 91 introductif de l'Acte de 1867.

bonne logique juridique la véritable source de la prépondérance devrait être le double aspect, mis à part la source constitutionnelle, qui seul met en jeu les trois éléments. Les tribunaux reconnaîtront cependant que la doctrine du champ inoccupé, de l'ancillarité, voire du « trenching », (cela à tort), devra être reconsidérée comme source à part entière de la prépondérance. C'est ce que nous entendrons par la prépondérance au sens large dans notre seconde partie. Toutes ces distinctions nous apparaîtront utiles quand il s'agira de nuancer et de proposer une gamme variée de définitions de la prépondérance.

### C – Définitions de la prépondérance

Depuis que le principe de la prépondérance fut exposé dans l'affaire de la prohibition locale<sup>74</sup> et énoncé à nouveau en termes différents dans celle de la compagnie des chemins de fer du Grand Tronc<sup>75</sup>, il n'y eut aucune étude générale de la question, ni au Comité judiciaire du Conseil privé, ni à la Cour suprême du Canada; on doit se contenter de généralités qui aident peu à la définition précise du principe. Les juges se borneront dès lors à constater que l'autorité fédérale est prépondérante<sup>76</sup>. C'est ainsi que le professeur Laskin annonce sa conclusion dans l'étude qu'il fit de la prépondérance en matière criminelle<sup>77</sup>.

Ce n'est donc que grâce aux synthèses doctrinales et aux extrapolations tirées par les auteurs des notes des juges que nous pourrions avancer les premières définitions de la prépondérance. Dans notre seconde partie nous examinerons à notre tour cette jurisprudence.

La doctrine nous propose diverses définitions de la prépondérance: l'une semble généralement admise; d'autres ne sont mentionnées que par quelques auteurs.

#### 1. La définition commune

La prépondérance signifie d'abord la suprématie attribuée par les tribunaux à une loi fédérale valide sur une loi provinciale valide à cause de l'impossibilité de leur coexistence; ensuite la capacité du fédéral d'adopter des lois qui ont pour effet d'écartier une loi provinciale ou quelques dispositions de celle-ci, laquelle, si ce n'était de son incompatibilité avec la nouvelle législation fédérale serait applicable<sup>78</sup>.

Cette définition, que nous trouvons assez large, correspond très bien, semble-t-il, au *statu quo* actuel de la doctrine et de la jurisprudence

<sup>74</sup> *Supra*, note 10.

<sup>75</sup> *Le Grand Tronc v. P.-G. Can.*, [1907] A.C. 65.

<sup>76</sup> *Reference re Fisheries Act 1914*, [1928] R.C.S. 457, p. 471.

<sup>77</sup> Bora LASKIN, *Occupying the Field: Paramountcy in Penal Legislation*, (1963) 41 C.B.R. 234, p. 257.

<sup>78</sup> Nous empruntons cette définition à A.-G. TREMBLAY, *loc. cit. supra*, note 7, p. 202; nous avons cependant préféré remplacer le dernier mot « valide » par le mot « applicable » afin de ne pas créer de confusion entre la validité opérationnelle et la validité initiale de la loi pour suivre la distinction de Laskin, note 77.

canadienne. Par là la prépondérance apparaît avoir un caractère dualiste intéressant dont l'étude nous retiendra. Nous verrons ensuite quelle est l'origine et quelles sont les conséquences d'une telle conception.

### a) Le caractère dualiste

Ce caractère dualiste reconnu à la prépondérance laisse penser que la définition de ce principe est envisagée d'une façon passablement large. La prépondérance est alors plus qu'un simple moyen de résolution des conflits; elle devient quelque chose d'éminemment positif, une arme pour le Fédéral. Cette conception est logique si l'on admet que la prépondérance peut venir de toutes les théories de l'aspect et en particulier de l'ancillarité jointe au champ inoccupé. Ainsi quand la province profite du champ inoccupé le Fédéral peut sciemment utiliser ses compétences ancillaires dans le but d'écarter la législation provinciale.

La plupart des auteurs ayant décelé dans la jurisprudence une telle utilisation de la prépondérance sont d'accord avec cette définition étant bien compris chez eux que la prépondérance s'applique à une disposition ancillaire fédérale par rapport à une loi provinciale.

Ainsi, le professeur Browne souligne l'étroite relation qui selon lui existe entre la doctrine du champ inoccupé, l'ancillarité et la prépondérance<sup>79</sup> même s'il ne va pas jusqu'à accepter complètement les affirmations de son collègue Laskin selon lequel la doctrine du champ inoccupé serait une simple application de la doctrine de la prépondérance<sup>80</sup>. Les professeurs Jennings et Young semblent relier très étroitement aussi ce qu'ils appellent le pouvoir de « trenching upon » du fédéral aux concepts de champ inoccupé et de primauté de la législation fédérale dans leurs trois dernières propositions<sup>81</sup>. Le professeur Varcoe étudie sous le nom d'« overlapping doctrine » les deux notions de champ inoccupé et de prépondérance, et le fait qu'il place cette étude juste entre la doctrine du double aspect et celle de l'ancillarité est, selon nous, très significatif<sup>82</sup>. Le professeur Tremblay lui-même étudie également la notion dans la foulée de l'empiètement et juste avant les dispositions auxiliaires complémentaires<sup>83</sup>.

Bref, tous ces auteurs semblent placer la prépondérance dans le milieu des règles générales d'interprétation de la constitution et de classification des lois, en symbiose avec ce que l'on peut appeler les théories de l'aspect. Nous pensons pourtant que la prépondérance a son

<sup>79</sup> G. P. BROWNE, *The Judicial Committee and the British North America Act*, Toronto, 1967, pp. 129, 159-160.

<sup>80</sup> BORA LASKIN, *op. cit. infra*, note 14, p. 104; *loc. cit. infra*, note 77: «... the doctrine of the occupied field — the paramountcy to use an equivalent — ...», (pp. 234 et 237 de l'article).

<sup>81</sup> SIR I. JENNINGS et C. M. YOUNG, *Constitutional Laws of the Commonwealth*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, 1952, p. 193. Ils semblent participer à la confusion de Lord Watson en 1894.

<sup>82</sup> *Supra*, note 13.

<sup>83</sup> A. G. TREMBLAY, *Les Compétences législatives au Canada et les Pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droits civils*, Ottawa, 1967, pp. 95 ss.



originalité propre et peut se distinguer de l'ancillarité: la loi fédérale à dispositions ancillaires est par définition prépondérante, que cette prépondérance soit effective ou que cette prépondérance soit potentielle (le champ inoccupé étant resté libre de lois).

Retenant ce caractère dualiste de la prépondérance, le juge Jackett regrette la confusion qu'a provoqué l'utilisation comme synonymes des termes « unoccupied field » et « paramountcy »<sup>84</sup>. Il écrit :

The general rule is that, in the event of a conflict between a Dominion and provincial statute, the Dominion statute must prevail. Not only can the legislature not make a law repugnant to any Act of the Parliament of Canada [Il cite en note l'arrêt *Manitoba Licence Holders*<sup>85</sup>] but the Parliament of Canada can effect the repeal of a provincial Act by repugnancy between its provisions and the enactments of the Dominion [Il cite alors l'affaire de la prohibition locale<sup>86</sup>]. This doctrine has been misconceived by reason of its having been described as the doctrine of the unoccupied field. The test is not whether Parliament has occupied the field of legislation. The doctrine applies only where there is a clash between Dominion legislation and provincial legislation within an area common to both [Il cite enfin en note l'arrêt *Forbes*<sup>87</sup>].<sup>88</sup>

Cette première définition n'est pas excessivement large car elle ne reconnaît que le conflit explicite; cependant elle fait jouer la prépondérance comme moyen général de résolution des conflits nés soit de l'ancillarité, soit du double aspect, soit de la concurrence textuelle (article 95), extension dont nous contestons l'utilité. Elle a cependant l'avantage de tenir compte des origines du principe et de ses rares formulations jurisprudentielles<sup>89</sup>.

## b) Origine et formulation

L'origine de la prépondérance varie évidemment selon la définition que l'on retient du principe; le professeur Laskin, par exemple, remonte très loin pour trouver une soi-disante ouverture vers ce principe<sup>90</sup>, dans l'arrêt *Union Saint-Jacques de 1874*<sup>91</sup>. Quant à nous, nous nous contenterons de remonter à l'affaire *Severn*<sup>92</sup>, soit quatre ans plus tard, arrêt dans lequel le juge en chef Richards parle, assez confusément du reste, de prépondérance. Ainsi ce juge employa les mots « paramount

<sup>84</sup> W. R. JACKETT, *Sections 91 and 92 of the British North America Act and the Privy Council*, in *Legal Essays in Honour of Arthur Moxon*, Toronto, 1953, pp. 156 ss.

<sup>85</sup> *Manitoba v. Licence Holders*, [1902] A.C. 73, p. 78.

<sup>86</sup> *Supra*, note 10.

<sup>87</sup> *Forbes v. P.-G. du Manitoba*, [1937] A.C. 260, pp. 273-274 (Lord MACMILLAN).

<sup>88</sup> *Supra*, note 84, p. 181.

<sup>89</sup> F. E. LABRIE, *Canadian Constitution Interpretation and legislative Review*, (1950) 8 *U. of Tor. Law Jour.* 298, pp. 299-300.

<sup>90</sup> *Supra*, note 77, p. 238: cette extrapolation des propos de Lord Selborne nous semble tout à fait abusive.

<sup>91</sup> *L'Union Saint-Jacques v. Bélisle*, (1874) 6 A.C. 31, Olmsted, vol. I, p. 11 (Lord SELBORNE).

<sup>92</sup> *Supra*, note 71.

authority » pour confirmer simplement l'exclusivité et l'extension qu'il entendait donner au pouvoir fédéral relatif au commerce :

I consider the power now claimed to interfere with paramount authority of the Dominion Parliament in matters of trade and commerce and indirect taxation, so pregnant with evil, and so contrary to what appears to me to be the manifest intention of the framers of the British North America Act . . .<sup>93</sup>

Il est amusant de constater pourtant que quelques pages plus loin, les juges Ritchie et Strong semblaient entrevoir le double aspect sans faire le moindre allusion à la prépondérance<sup>94</sup>.

Le juge Taschereau de son côté parlera dans une opinion dissidente de la suprématie des lois fédérales<sup>95</sup> et verra dans cette suprématie le remède à tous les maux :

On the application of this rule : [la suprématie des lois fédérales] rest entirely for our country the safe-guards against clashing legislation ; against concurrent jurisdiction ; against interfering powers ; against the repugnancy between the right in one government to pull down what there is an acknowledged right in another to build up ; against the incompatibility of the right in one government to destroy what is the right in another to preserve<sup>96</sup>.

Aujourd'hui cette conception est trop étendue d'autant que depuis 1878 la concurrence législative a connu des développements significatifs. Cette suprématie existerait pour lui *ab initio* : non seulement elle n'attendrait pas pour se manifester que des conflits s'élèvent, mais elle empêcherait ces conflits. Comme il cite l'affaire *McCulloch* où la Cour suprême des Etats-Unis développe la « *paramountcy doctrine* »<sup>97</sup>, on peut affirmer qu'il a été influencé par cette décision.

Une autre formulation particulièrement claire du principe semble venir du juge en chef Strong en 1895<sup>98</sup>. Celui-ci faisait découler la prépondérance de l'Acte de 1867 qui, selon lui, la reconnaissait implicitement : c'était pour lui une conclusion logique et nécessaire à tirer de la constitution, admettant qu'aucun terme explicite ne reproduisait l'article 6 de la Constitution américaine.

Mais la plupart des auteurs<sup>99</sup> donnent à Lord Watson la primeur. Il fut le premier semble-t-il à fonder le principe sur une disposition précise de l'Acte de 1867<sup>100</sup>.

De rares auteursendraient plus tard encore pour déceler dans la jurisprudence du Conseil privé la première approche de la prépondérance. Ainsi le professeur Friedland<sup>101</sup> semble faire partir le princi-

<sup>93</sup> *Ibid.*

<sup>94</sup> *Ibid.*, pp. 98 ss.

<sup>95</sup> *Citizens Insurance Co. v. Parsons*, (1880) 4 R.C.S. 215, p. 306.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 312.

<sup>97</sup> *McCulloch v. Maryland*, 4 *Wheat.* 316, 4 L. Ed. 579 (1819).

<sup>98</sup> *Huson v. South Norwich*, (1895) 24 S.C.R. 143, p. 149.

<sup>99</sup> Bora LASKIN, *op. cit.*, p. 104 et *loc. cit.*, p. 76 (*supra*, note 42).

<sup>100</sup> *Supra*, note 10.

<sup>101</sup> M. L. FRIEDLAND, *Double Jeopardy and the division of legislative authority in Canada*, (1967) 17 *U. de Tor. Law Jour.* 66, p. 68.

pe de l'affaire du Grand Tronc<sup>102</sup>. La phrase magique de Lord Dune-  
din<sup>103</sup> fut reprise, nous le savons, dans l'affaire des conserveries de  
poisson par Lord Tomlin<sup>104</sup> et la même formule fut employée dans  
l'affaire de l'Aéronautique<sup>105</sup>, l'arrêt *Silver Bros*<sup>106</sup> et la décision C.P.R.  
de 1950<sup>107</sup>:

Il peut exister un domaine où une loi provinciale et une loi fédérale  
chevaucheront, dans lequel cas ni l'une ni l'autre ne seront in-  
constitutionnelles si la sphère des attributions est nettement tra-  
cée; et deuxièmement, si cette sphère n'est pas nettement tracée,  
et que dans ce domaine les deux lois sont en conflit, c'est la loi  
fédérale qui doit prédominer.<sup>108</sup>

Une formule quelque peu différente avait, entre temps, été propo-  
sée par Lord Atkinson dans l'affaire des *Tramways de Montréal*<sup>109</sup>.

## 2. Des définitions spécifiques qui sont restées particulières

Des définitions particulières furent données au principe de la  
prépondérance tout au long de l'histoire constitutionnelle tant canadien-  
ne qu'américaine; selon l'époque, mais aussi selon le degré de fédéra-  
lisme que l'on voulait préserver, les définitions varièrent.

### a) Définitions historiques

Les Pères de la Confédération n'avaient guère pensé à la prépon-  
dérance comme solution générale aux conflits pour la bonne raison qu'en  
optant pour l'exclusivité des pouvoirs ils avaient foi en une séparation  
qui éviterait tout conflit<sup>110</sup>. Il faut cependant noter qu'en affirmant  
l'improbabilité de difficultés futures dans le partage, l'honorable J. A.  
Macdonald<sup>111</sup> ne niait pas complètement l'existence de chevauchements  
mais pensait que ces chevauchements seraient immédiatement réglés par  
la suprématie de la loi fédérale, empêchant la naissance même des con-  
flits. Il pensait donc à une prépondérance *a priori*. Toutefois Lord  
Carnavon avait déclaré lors de la présentation de l'Acte de l'Amérique  
du Nord britannique à la chambre des Lords:

<sup>102</sup> *Supra*, note 75.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>104</sup> *Supra*, note 58.

<sup>105</sup> *Avis sur la réglementation et le contrôle de l'Aéronautique au Canada*, [1932] A.C. 54 (vicomte DUNEDIN).

<sup>106</sup> *Silver Bros. Ltd. P.-G. Qué. v. P.-G. Can.*, [1932] A.C. 544, (vicomte DUNEDIN).

<sup>107</sup> *La Compagnie de Chemins de Fer du Pacifique Canadien v. P.-G. C.-B.*, [1950] A.C. 122.

<sup>108</sup> *Supra*, note 103.

<sup>109</sup> *Montréal v. Les Tramways de Montréal*, [1912] A.C. 333, p. 343.

<sup>110</sup> Il est intéressant de lire l'ouvrage de G. P. BROWNE, *Documents on the Con-  
federation of British North America*, (Carleton Library n° 40), Toronto, 1969,  
pp. 84, 161-162, 166, 183, 190, 206, 225, 261, 277, 286, 301 et 328.

<sup>111</sup> P. B. WARTE, *The Confederation Debates in the Province of Canada / 1865*,  
Toronto, 1967 (Carleton Library n° 2), p. 44.

En terminant mes remarques sur la répartition des pouvoirs, je dois faire remarquer que, de même que l'autorité du parlement central prévaudra en cas de conflit avec les législatures locales, les attributions non mentionnées dans les catégories de sujets que j'ai expliquées appartiendront au corps central<sup>112</sup>.

Il est difficile de savoir exactement si la prépondérance dont parle Lord Carnarvon devait se rattacher à toutes les compétences fédérales. Le contexte du discours nous laisse penser que cela devait être le cas mais textuellement la prépondérance se limitait à la résolution des contrariétés qui seraient apparues dans les domaines concurrents de l'agriculture et de l'immigration<sup>113</sup>.

Les premiers arrêts de la Cour suprême du Canada nous rapportent certainement les idées qui prévalaient à l'époque de la promulgation de l'Acte car la Cour était alors composée de juges pour lesquels la création de la Confédération avait été une expérience personnelle<sup>114</sup>.

Assez tôt cependant les espérances portées dans la rigidité du partage furent vite déçues (mais l'honorable J. A. Macdonald pensait-il vraiment que le système fédéral ferait long feu au Canada?) et les premières techniques jurisprudentielles apparurent avant que ne s'estompe l'esprit des Pères de la Confédération. Dès les premières décisions de la Cour suprême les difficultés de classification apparurent aux juges; ils entendaient de toute façon résoudre ces difficultés au profit du fédéral afin d'assurer un Parlement central puissant selon l'idéal qu'ils avaient. Nous avons noté que les juges Richards et Ritchie ont fait respectivement allusion à la prépondérance et au double aspect<sup>115</sup>. C'est ainsi qu'en 1878 la prépondérance n'était pas encore définie et pouvait apparaître encore comme une règle de résolution des conflits entre deux lois valides (l'une provinciale, l'autre fédérale) nées de la concurrence textuelle, au profit du fédéral. On peut certes avancer l'idée que la prépondérance n'a pas été inventée par le Comité judiciaire du Conseil privé et qu'elle se trouve prévue dans la clause « nonobstant » du paragraphe introductif de l'Acte de 1867, clause qui partagerait avec l'article 95 du même Acte l'ancien article 45 des Résolutions de Québec. Nous sommes conscients de la difficulté de ce plaidoyer puisque les articles 91 et 92 de l'Acte de 1867 partagent les compétences exclusives et peuvent donc difficilement faire appel à un concept de prépondérance qui n'est opérationnel qu'en cas de concurrence seulement.

Mais l'apparition du double aspect démontrait l'impossibilité d'une séparation rigide des pouvoirs sans chevauchements. La prépondérance devait à son tour prouver que le double aspect, en résolvant un problème en amenait un autre; en créant la concurrence on courait vers un nouveau cul-de-sac: le conflit de lois. La prépondérance fut appelée

<sup>112</sup> Rapport O'Connor, *infra*, note 125, annexe 3, p. 89.

<sup>113</sup> Il faut remarquer que les premiers ouvrages de doctrine portaient la trace de telles conceptions: A. H.-F. LEFROY, *The Law of Legislative Power in Canada*, Toronto, 1897-1898, pp. 353-355.

<sup>114</sup> BORA LASKIN, *The Supreme Court of Canada: A Final Court of and for Canadians*, in LEDERMAN, *op. cit.*, 125, p. 131.

<sup>115</sup> *Supra*, note 71. A l'époque la Cour suprême était partisane d'une interprétation très libérale de la clause de commerce (91 (2)).

à le découdre. C'est là un processus bien connu en droit constitutionnel canadien que ces vagues successives de palliatifs venant résoudre très empiriquement des problèmes et en créant de nouveaux sans que l'ordonnance de remèdes supplémentaires fasse cesser la prescription des anciens remèdes utilisés. C'est pourquoi, dans une vue dynamique de l'histoire, seule façon d'envisager le perfectionnement du droit constitutionnel canadien, il semble primordial de rattacher la prépondérance au double aspect et de ne la rattacher qu'au double aspect, même si ce double aspect découle de l'ancillarité. Celle-ci peut être créatrice de concurrence et écarter en pratique les lois provinciales incompatibles.

C'est de cette façon que se présentait la prépondérance à Lord Watson : en 1896 le double-aspect-prépondérance est apparu comme un moyen de solution aux conséquences créées par l'exclusivité. Ce double aspect jouait soit entre l'article 91 introductif et 92<sup>116</sup>, soit entre les compétences énumérées à l'article 91 et celles de 92. Dans les deux cas la prépondérance résolvait les conflits et ce n'est pas par hasard que la capacité d'empiéter fut retirée à la clause « Paix, Ordre et bon Gouvernement » mais non son autorité prépondérante. Certes cent années d'interprétation ont eu raison de la signification de l'autorité prépondérante de l'article 91 introductif ; en réduisant cette clause aux seuls pouvoirs résiduels son autorité prépondérante ne lui servait de rien car sur quel autre pouvoir une compétence résiduelle peut-elle prévaloir puisque par définition elle n'existe nulle part ailleurs ?

En 1896 la prépondérance devenait alors une règle de résolution des conflits en faveur du Fédéral entre lois valides nées du double aspect et, bien entendu, lois valides découlant de la concurrence textuelle.

La Cour de New York avait magnifiquement cerné la notion dans *Livingston v. Van Ingen*. Voici ce que le juge en chef Kent écrivait :

The powers of the two governments are each supreme within their respective constitutional spheres. They may each operate with full effect upon different subjects, or they may, as in the case of taxation, operate upon different parts of the same object...<sup>117</sup>

C'est donc après avoir brièvement décrit le double aspect que le juge Kent dira ce que doit être la prépondérance. Mais la Cour suprême des États-Unis aura vite raison de cette façon de voir lorsque plus tard elle développera la Supersession, et la Shreveport doctrine. Au Canada il est intéressant de noter un passage particulièrement clairvoyant du professeur Lederman<sup>118</sup> où il semble relier la prépondérance à la doctrine du double aspect et non uniquement à l'ancillarité comme le faisait le juge Jackett<sup>119</sup>.

<sup>116</sup> *Supra*, note 10.

<sup>117</sup> *Livingston v. Van Ingen*, 9 Johns. 507, (N.Y. 1812).

<sup>118</sup> W. R. LEDERMAN, *The Courts and the Canadian Constitution*, Toronto, 1967 (Carleton Library n° 16), pp. 193-194 : lire à partir de « But if the contrast between the relative importance... » jusqu'à la fin du paragraphe.

<sup>119</sup> *Supra*, note 84.

## b) Définitions selon le degré de fédéralisme désiré

La prépondérance peut-elle être une notion fédérale? A-t-elle sa place dans un système constitutionnel que l'on veut fédéral? La réponse est facile au niveau de la définition du principe et beaucoup plus complexe au niveau de son application. Par définition la prépondérance a parfaitement sa place dans une fédération puisqu'elle sert précisément à résoudre les contradictions qui ne manqueront pas d'apparaître dans le fonctionnement du fédéralisme. Comme nous l'avons noté dans notre introduction c'est là un principe qui fut prévu ou dégagé par tous les systèmes fédéraux. Nous avons vu cependant qu'en retenant une définition très large du principe, en restreignant le nombre des éléments nécessaires à son utilisation et en évitant de faire les distinctions élémentaires, le remède peut être disproportionné par rapport au mal qu'il veut guérir.

Autant la prépondérance semble nécessaire à la bonne marche du fédéralisme et donc à sa survie, autant elle peut devenir une cause de son dépérissement. Il nous semble que la prépondérance de l'arrêt *Livingston*<sup>120</sup> correspond parfaitement aux vues fédéralistes mais que les conceptions des juges Marshall aux États-Unis<sup>121</sup>, Cartwright au Canada<sup>122</sup> vont trop loin. Il en va de la prépondérance comme de l'ancillarité: cette dernière règle a certainement servi la cause fédéraliste au Canada dans la mesure où elle évitait une extension dangereuse d'une conception abusive de l'exclusivité au profit du fédéral: mais si nous pensons à l'ancillarité qui fut parfois située dans le cadre plus vaste des théories de l'aspect et que l'on utilise comme seul critère de classification des lois le test des dimensions nationales, alors nous pouvons affirmer que l'ancillarité peut saper un fédéralisme conçu autrement que comme une simple phase historique d'adaptation au centralisme unitaire<sup>123</sup>.

Annonçant les conceptions canadiennes, le juge Kent restreignait la prépondérance dans une optique fédéraliste en refusant violemment le conflit implicite:

We have then nothing to do, in the ordinary course of the legislation, with the possible contingency of a collision, nor are we to embarrass ourselves in the anticipation of theoretical difficulties... But when there is no existing regulation which interferes with the grant, nor any pretence of a constitutional interdict, it would be most extraordinary for us to adjudge it void, on the mere contingency of a collision with some future exercise of congressional power. Such a doctrine is a monstrous heresy<sup>123a</sup>.

<sup>120</sup> *Supra*, note 117.

<sup>121</sup> Le juge MARSHALL était juge en chef dans l'affaire *Gibbons* citée note 117.

<sup>122</sup> *Supra*, note 28.

<sup>123</sup> Compléter avec F. CHEVRETTE, *Etude juridique du partage des compétences dans le fédéralisme canadien, cours de droit constitutionnel canadien*, Montréal, 1971, p. 187.

<sup>123a</sup> Cf. l'ouvrage de P. A. FREUND, A. E. SUTHERLAND, M. DEWOLFE HOWE et E. J. BROWN, *Constitutional Law, Cases and Other Problems*, 3<sup>e</sup> éd., Boston et Toronto, 1967, vol. 1, pp. 144-145.

Ce passage laisse parfaitement entendre ce que doit être le principe de la prépondérance dans une fédération : un remède aux difficultés du fédéralisme, non une arme pour le Fédéral. Pour n'avoir pas suivi cette ligne de conduite, la Cour suprême des Etats-Unis a forcé l'évolution du fédéralisme américain vers un certain centralisme. L'application de la prépondérance semble avoir été plus raisonnable au Canada.

## SECONDE PARTIE

### APPLICATION ET CONSÉQUENCES DE LA PRÉPONDÉRANCE

La difficulté de trouver dans la jurisprudence des formulations nettes et précises du principe de la prépondérance de même que l'absence de systématisation, ne doivent pas laisser penser que les juges utilisèrent rarement ce mode de résolution des conflits. L'application du principe fut faite dans de très nombreux arrêts et continue de se faire (plus d'une dizaine d'arrêts sur le sujet pour la seule année 1970, ce qui montre que c'est toujours une question d'actualité). Les conséquences du principe varient évidemment selon la conception que les juges se font de son application. Que cette application relève d'une définition stricte de la prépondérance et l'on pourra facilement cerner les effets du jeu de la prépondérance; qu'elle découle au contraire d'une définition large du principe et il sera alors difficile d'imaginer toutes les suites profondes d'une utilisation abusive du principe.

Si nous consacrons toute notre seconde partie à l'analyse de la jurisprudence c'est parce que les juges ont façonné la prépondérance et l'ont définie; en matière de prépondérance la jurisprudence est abondante. Le doyen Lederman<sup>124</sup> s'est proposé d'étudier cette jurisprudence en classant les arrêts selon trois catégories correspondant à trois sortes de relations possibles entre les lois en cause: la loi provinciale pourrait selon lui être contraire, identique ou complémentaire par rapport à la loi fédérale. Dans les deux premiers cas les juges concluraient à l'inopérabilité de la loi provinciale face à la loi fédérale.

Nous refusons catégoriquement cette façon de rationaliser l'étude de la prépondérance; la complémentarité n'entraîne en aucun cas la prépondérance, si l'on rejette la théorie du conflit implicite telle que formulée par le juge Cartwright dans l'affaire O'Grady<sup>125</sup>. La complémentarité de deux lois valides, l'une fédérale, l'autre provinciale, n'est que la manifestation de la présence et du jeu de la règle du double aspect. La complémentarité des lois est donc intéressante à étudier dans

<sup>124</sup> *Loc. cit. supra*, note 14.

<sup>125</sup> *O'Grady v. Sparling*, [1960] R.C.S. 804.

une description du double aspect et non de la prépondérance. Quant au soi-disant conflit par identité c'est là une formule qui selon nous rapproche deux termes qui s'opposent. Il est en effet remarquable de constater que les juges ont une vue excessivement rigide de l'identité<sup>126</sup>; cette rigidité rend finalement la notion de conflit de lois identiques très théorique voire impossible car il semble que l'identité qui mène à l'inopérabilité de la loi provinciale ne sera reconnue que si cette loi reprend mot à mot la loi fédérale et vise le même but. Il faut donc une identité de forme et de fond. Or, il est très rare qu'une législature prenne une copie conforme d'une loi fédérale; qu'advienne une légère différence de texte et les juges concluront à la complémentarité<sup>127</sup>. Et même quand une telle situation arrive il faut encore prouver qu'il y a identité de but si l'on veut que la loi provinciale soit déclarée en conflit avec la loi fédérale, la première s'écartant alors devant la seconde<sup>128</sup>. Or, comment peut-il être question de prépondérance entre une loi fédérale et une loi provinciale visant le même but? N'oublions pas que la validité des deux lois est un élément de la prépondérance et que la prépondérance dont nous parlons vient du double aspect. Eh bien! nous savons que dans le double aspect les lois ne doivent leur validité qu'à une différence d'aspect et de but<sup>129</sup>. En cas d'identité de but l'une des deux lois serait invalide<sup>130</sup> et il ne pourrait donc être question de prépondérance. Constater un conflit par identité ce serait donc avouer que l'on a fait une erreur au niveau de la qualification des lois et que la prépondérance vient alors résoudre une situation anormale qui aurait dû être réglée par une déclaration d'inconstitutionnalité. La seule question qu'il faut se poser avant d'appliquer la prépondérance est donc celle de savoir s'il y a contradiction entre les deux lois. Le conflit par identité ne peut pas résister à l'analyse.

Nous n'acceptons pas d'autre part les vues du doyen Lederman car il nous semble impossible de proposer à la lumière de la jurisprudence des règles qui définiraient les conflits. La déclaration d'inopérabilité d'une loi provinciale c'est peut-être en définitive une manière habile de rattraper une erreur de jugement faite au niveau de la qualification; c'est peut-être aussi l'expression de la réserve des juges face à la déclaration d'inconstitutionnalité. Une seule chose est certaine: il y a une prépondérance textuelle, une prépondérance qui nous vient du double aspect et une forme de prépondérance plus large encore qui viendrait de l'ancillarité. Les étudier séparément est intéressant car ceci peut seul nous permettre d'entrevoir l'avenir de ce principe; cet avenir dépendra des tendances qui se manifesteront au niveau des mécanismes qui déclenchent la prépondérance: utilisation de l'article 95,

<sup>126</sup> Voir par exemple *R. v. Mankow*, (1959) 28 W.W.R. 433; *R. v. Persky*, (1969) 1 D.L.R. (3<sup>e</sup>) 36.

<sup>127</sup> *Ibid.*

<sup>128</sup> Sans cette identité de but ou d'effet il n'y a pas conflit. Voir par exemple les notes des juges FAUTEUX, ABBOTT et JUDSON dans *Mann v. R.*, [1966] R.C.S. 238.

<sup>129</sup> Lire la citation, *supra*, page 74.

<sup>130</sup> Voir l'affaire *P.-G. Ont. v. Koynok*, (1941) 1 D.L.R. 548, [à la Cour suprême de l'Ontario].



emploi de la règle du double aspect, usage de l'ancillarité... Ce sera l'avantage d'une telle division de l'étude tout en ayant conscience que la jurisprudence n'a pas distingué de la sorte entre ces différentes espèces de prépondérance. Toutefois, dans chaque décision sur la question il est question soit de l'article 95, soit du double aspect, soit de l'ancillarité, séparément ou non. A l'intérieur de chacun de ces développements nous essaierons de faire ressortir les tendances générales de la jurisprudence avant de donner les exceptions. En ce domaine la discrétion du juge est énorme: dans ces conditions il appartient aux juges seuls de dire pourquoi, quand et comment une loi fédérale doit être prépondérante et écarter une loi provinciale valide.

Nous savons combien cette discrétion judiciaire joue en matière d'ancillarité ou de disjonction; par exemple, les juges ont toujours refusé de suivre aveuglément les conseils du législateur; et les indications intégrées à la loi, telle celle recommandant la disjonction<sup>131</sup> ont plutôt tendance à agacer le juge. Le législateur n'a aucune autorité pour déterminer si une disposition de sa loi qui viendrait à être déclarée *ultra vires* peut ou non être séparée des autres dispositions valides. Ceci demande un jugement sur l'étroitesse des relations qui existe entre les articles d'une même loi. En matière d'ancillarité c'est à peu près le même jugement à faire et le fait de savoir si une disposition est « necessarily incidental »<sup>132</sup> au reste d'une loi valide dépend uniquement du juge<sup>133</sup>. Pour la prépondérance également le juge ne tolérera pas que le fédéral décide de l'autorité prépondérante d'une de ses lois; l'exemple est d'ailleurs venu de haut puisque c'est Lord Watson lui-même qui, en même temps qu'il formulait pour le Comité judiciaire le principe de la prépondérance, rappelait que la mise à l'écart d'une loi provinciale ne pouvait dépendre en cas de contestation que de l'appréciation du juge<sup>134</sup>. Ceci atténue évidemment le caractère dualiste de la prépondérance que nous mentionnions dans la définition commune du principe; en légiférant le Parlement pourra espérer écarter si tel est son désir une loi provinciale mais ne sera jamais certain du résultat de ses tentatives parfois non légitimes. Certes en matière de concurrence textuelle (immigration et agriculture) il pourra aisément viser juste, mais plus il voudra se servir d'une prépondérance large, moins le résultat escompté sera certain. Le cas le plus difficile sera celui de la prépondérance découlant d'un conflit entre une compétence ancillaire fédérale

<sup>131</sup> Voir par exemple l'article 26 de la *Loi sur l'Organisation du Marché des Produits agricoles*, 1934, 24-25 Geo. V, c. 57; le législateur provincial donne aussi de tels conseils inutiles; voir art. 15 du *National Products Marketing Act*, S.R. C.-B. 1960, c. 263...

<sup>132</sup> *Supra*, note 55.

<sup>133</sup> Ce n'est pas au législateur d'apprécier la nécessité de son intervention, ni au législateur fédéral: *Montréal v. Les Tramways de Montréal*, [1912] A.C. 333; ni au législateur provincial; *P.-G. Alb. v. P.-G. Can.*, [1915] A.C. 36.

<sup>134</sup> « The repeal of a provincial Act by the Parliament of Canada can only be effected by repugnancy between its provisions and the enactments of the Dominion; and if the existence of such repugnancy should become matter of dispute, the controversy cannot be settled by the action either of the Dominion or of the provincial legislature, but must be submitted to the judicial tribunals of the country »: *P.-G. Ont. v. P.-G. Can. et autres*, [1896] A.C. 348, 1 Olmsted 343, p. 361.

et une compétence exclusive provinciale. Pour atteindre ses fins le Parlement devra alors présumer de l'appréciation que donnera le juge d'une part du caractère « nécessairement incident » de sa disposition et d'autre part de l'incompatibilité de cette disposition avec la loi provinciale : deux étapes où le juge ne manquera pas d'exercer sa discrétion.

Le Fédéral peut au contraire refuser d'utiliser son autorité prépondérante en s'abstenant de légiférer ou en référant aux lois locales.

Ce sont là des problèmes préliminaires que nous avons cependant jugés intéressants à signaler avant de passer à l'analyse des arrêts où fut appliquée la prépondérance et où l'on tira les conséquences de cette application.

## A – La prépondérance textuelle

Nous entendons d'abord traiter de la prépondérance qui découle de la concurrence organisée par le texte constitutionnel. Elle ne pose guère de problèmes car d'une part le mot « agriculture » reçut une interprétation très restrictive de la jurisprudence, et d'autre part la concurrence en matière d'immigration découragea vite les provinces et fut trop dominée par le Fédéral pour que d'incessants problèmes se posent. Se seraient-ils posés, l'Acte donnait lui-même une solution expéditive de résolution dans la prépondérance fédérale<sup>135</sup>. Bref, chacun s'accorde à ne relever en la matière que de rares arrêts isolés appliquant la prépondérance pour ce qui est de l'immigration<sup>136</sup>, aucun pour l'agriculture<sup>137</sup>.

L'insignifiance de l'interprétation des compétences provinciales et fédérales sur l'agriculture fut particulièrement décevante pour le Fédéral. Une utilisation plus élaborée de cette compétence aurait sans aucun doute pallié aux insuffisances de certaines compétences fédérales énumérées à l'article 91 et aurait permis de tirer de plus amples conclusions sur le fonctionnement et les effets de la prépondérance.

### 1. L'agriculture

Le jeu de l'article 95 en matière d'agriculture n'a donc servi à rien. En l'absence de causes témoignant d'une quelconque incompatibilité entre une loi fédérale et une loi provinciale classées toutes deux dans l'article 95, il ne faudrait pas croire que cet article ne fut pas utilisé. La compétence en matière d'agriculture fut au contraire très employée au début de la Confédération mais pour des raisons qui, importantes à l'époque, nous paraissent aujourd'hui très en marge des problèmes modernes posés par ce secteur de l'activité économique; au début du siècle et à la fin du siècle dernier, les problèmes de l'agriculture se limitaient surtout à la lutte contre les maladies contagieuses des ani-

<sup>135</sup> Jacques BROSSARD, *L'Immigration*, Montréal, 1967.

<sup>136</sup> Bora LASKIN, *op. cit.*, note 77, p. 237.

<sup>137</sup> *Ibid.*

maux; de telles préoccupations étaient loin des débats dépassant aujourd'hui les simples dimensions de l'agriculture pour revêtir une importance politique et économique considérable; ces débats intéressent, nous le savons, les questions de mise-en-marché des produits de la ferme et l'import-export.

Les tribunaux devaient à plusieurs reprises montrer leur volonté de ne pas donner à l'article 95 l'extension qui lui aurait permis de fonder les lois concernant ces nouveaux débats dans lesquels l'aspect agricole est apparu aux juges bien secondaire par rapport à l'aspect commercial; l'article 95 devait donc céder la place aux articles 91 (2) et 92 (13-16).

En réalité, derrière ce raisonnement somme toute logique des juges, se cachaient mal d'une part la crainte que la prépondérance de l'article 95 vienne ruiner les compétences provinciales sur un secteur important de l'économie, d'autre part et surtout la volonté des juges de remettre à demain l'interventionnisme étatique du Parlement ou des législatures sur la mise-en-marché.

Même quand le professeur Clément prétend qu'il fut donné une interprétation large à l'agriculture, il faut voir ce qu'il entend par là<sup>138</sup>. Il cite l'arrêt *Brooks*<sup>139</sup> où la loi fédérale sur les maladies animales contagieuses fut validée et classée dans l'article 95; il note également une décision classant dans ce même article une loi provinciale concernant la fraude dans les races de chevaux<sup>140</sup>. On ne comprend d'ailleurs pas très bien pourquoi il cite l'affaire *Wason*<sup>141</sup> puisque précisément les lois ontariennes en question<sup>142</sup> furent reconnues valides comme tombant dans l'article 92 (13) et non dans 95. Quant à l'affaire *Stone*<sup>143</sup>, elle fut l'un des premiers exemples d'ignorance de l'article 95: les juges attribuèrent alors la loi fédérale de prévention des fraudes dans l'approvisionnement en lait des fromageries à l'article 91 (27) et non à 95.

La Cour suprême du Canada ne se montra guère plus empressée à utiliser l'article 95<sup>144</sup>, suivant par là l'attitude du Conseil privé<sup>145</sup>. Elle avait annoncé sa position dès 1925: dans l'affaire des élevateurs à grains, le juge Anglin, dissident, refusa d'attribuer la loi fédérale des grains<sup>146</sup> à l'article 95 pensant que la clause de commerce serait un meilleur choix<sup>147</sup>. Quant au juge Mignault, il écrivit:

<sup>138</sup> W. H. P. CLÉMENT, *The Law of the Canadian Constitution*, Toronto, 1916, p. 776.

<sup>139</sup> *Brooks v. Moore*, (1907) 13 B.-C. R. 91, pp. 94-95 (Juge MORRISON).

<sup>140</sup> *R. v. Horning*, (1904) 8 O.L.R. 9.

<sup>141</sup> *R. v. Wason*, (1890) 17 O. Appeal 221; aussi: *R. v. Garvin*, (1908) 13 B.-C. R. 331 et 14 B.-C. R. 260.

<sup>142</sup> *Act to provide against frauds in the supplying of milk to cheese or butter manufactories* 51 Vic. S.O. c. 32; *Act respecting appeals on prosecutions to enforce penalties and punish offences under Provincial Acts*, 52 Vic. S.O., c. 15.

<sup>143</sup> *R. v. Stone*, (1892) 23 O.R. 46.

<sup>144</sup> *Lower Mainland Dairy Products Board v. Turner's Dairy Ltd.*, [1941] R.C.S. 573.

<sup>145</sup> *Lower Mainland Dairy Products Sales Adjustment Committee v. Crystal Dairy Ltd.*, [1933] A.C. 168, p. 174 (Lord THANKERTON).

<sup>146</sup> S. Can. 1912, c. 27.

<sup>147</sup> *R. v. Eastern Terminal Elevator Co.*, [1925] R.C.S. 434, p. 439.

I have not overlooked the appellant's contention that the statute can be supported under section 95 of the B.N.A. Act as being legislation concerning agriculture. It suffices to answer that the subject-matter of the Act is not agriculture but a product of agriculture but a product of agriculture considered as an article of trade <sup>148</sup>.

Les juges qui se prononcèrent par la suite en faveur de l'article 95 furent très isolés, généralement dissidents et peu convaincus : ainsi, le juge Taschereau rattacha une loi provinciale d'aide aux fermiers à l'article 95 <sup>149</sup> mais refusa de faire une telle opération deux ans plus tard dans l'affaire de la *Margarine* <sup>150</sup>, alors qu'au contraire le juge Rinfret, majoritaire dans le jugement de 1947, adoptait ici une position dissidente <sup>151</sup> en utilisant le pouvoir mentionné à l'article 95. En tous cas le Conseil privé confirma l'opinion majoritaire de la Cour suprême en refusant l'argument tiré de l'article 95 <sup>152</sup>; le vicomte Simon <sup>153</sup> admit que dans ses « consequential effects », la loi de Saskatchewan de 1944 allégeant les obligations financières des fermiers dans le remboursement de leurs dettes dans certaines circonstances, favorisait l'agriculture mais n'était pas relative à l'agriculture.

Le fait que les tribunaux aient refusé une utilisation large de l'article 95 en dit peut-être long sur les effets éventuels qu'aurait pu avoir la prépondérance sur le fédéralisme. C'est peut-être pour protéger ce fédéralisme et éviter qu'en matière de mise-en-marché l'on ne se dirige vers l'unité économique d'un pays unitaire que les juges ont refusé de se prononcer pour une conception large de ce pouvoir, bouchant ainsi l'une des dernières voies de sortie qu'aurait pu utiliser le fédéral pour contourner l'insignifiance de la clause commerciale rendue quasiment inutilisable en matière de réglementation de mise-en-marché, par une interprétation jurisprudentielle plus que sévère.

Personne dans la doctrine n'a pu relever un seul cas d'application de la règle de la prépondérance en matière d'agriculture et il semble que toute recherche en ce sens doive être abandonnée. Il est très net de voir que les tribunaux ont préféré classer les lois dans des articles de la constitution qui attribuent des compétences exclusives soit au Dominion, soit aux provinces. Cette concurrence organisée de l'article 95 fut donc la plupart du temps refusée par les juges, en matière d'agriculture comme en matière d'immigration.

## 2. L'immigration

C'est par impossibilité d'en arriver à un accord entre les anglophones et les francophones que les Pères de la Confédération décidèrent finalement de créer en matière d'immigration une concurrence à pré-

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 457.

<sup>149</sup> *Avis sur l'article 6 du Saskatchewan Farm Security Act*, [1947] R.C.S. 394, p. 401.

<sup>150</sup> *Avis sur la validité de l'article 5a de la loi de l'Industrie laitière*, [1949] R.C.S. 1.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 19: le juge Rinfret y ajoute cependant la clause de commerce.

<sup>152</sup> LASKIN, *op. cit.*, pp. 357 ss.

<sup>153</sup> *P.-G. Sask. v. P.-G. Can.*, [1949] A.C. 110, 3 Olmsted 582.

pondérance fédérale<sup>154</sup>. Bien vite cependant le fédéral entendit faire savoir qu'à toutes fins pratiques la prépondérance indiscutable dont il bénéficiait équivalait quasiment à une compétence exclusive dans la mesure où il était disposé à occuper tout le champ de l'immigration. Et l'on vit même Sir John Thompson faire cette confusion, « admirable » pour un ministre fédéral de la Justice, entre l'inconstitutionnalité et l'inopérabilité de la loi<sup>155</sup>.

Les tribunaux, bien qu'ils en eurent rarement l'occasion, surent également mettre en relief cette prépondérance fédérale. La Colombie britannique fit les frais de cette attitude à la suite de trois affaires: dans *In re Nakane et Okazake*<sup>156</sup>, le British Columbia Immigration Act<sup>157</sup> dut céder la place sur certains points à un traité passé entre le Canada et le Japon<sup>158</sup>. Le Dominion ayant régleménté à la suite d'un accord avec le Japon les questions d'immigration entre les deux pays, la loi générale de Colombie britannique devait s'écarter pour autant qu'elle concernait ces questions précises. C'était là un magnifique exemple de l'application de la disjonction entre les dispositions opérantes et inopérantes d'une loi provinciale. Les quatre juges de la Cour d'appel de Colombie britannique furent d'accord pour la mise en réserve de la partie de la loi provinciale jugée incompatible avec les dispositions fédérales (juge en chef Hunter, juges Irving, Morrison et Clément).

Dans l'arrêt *Narain Singh*<sup>159</sup>, la même cours jugea cette fois tout le British Columbia Immigration Act de 1908, inopérant quand le fédéral adopta la *Loi sur l'immigration*<sup>160</sup>:

Parliament, by the Immigration having provided a complete code dealing with immigration, the B.-C. Immigration Act, 1908, is inoperative<sup>161</sup>.

L'affaire *Munshi Singh*<sup>162</sup> enfin, montre le premier degré de décrépitude de l'article 95: si le juge Irving l'utilise, il ne manque pas en effet de le renforcer par l'article 91 (25) pour valider des réglementations fédérales<sup>163</sup>.

Ces trois affaires sont intéressantes car elles montrent l'évolution de la pensée des juges à l'égard de la prépondérance de l'article 95. La première laisse voir le souci des juges de reconnaître la prépondé-

<sup>154</sup> *Débats parlementaires sur la question de la Confédération des Provinces de l'Amérique du Nord britannique (1865)*, Québec, 1865, p. 510 pour la tendance anglaise et pp. 852-853 pour la tendance française.

<sup>155</sup> J. MERCIER, *Immigration et droits des provinces*, [1944] *R. du B.* 149, p. 152.

<sup>156</sup> (1908) 13 *B.-C. R.* 370.

<sup>157</sup> *An Act to Regulate Immigration into B.-C.*, S. C.-B. 1908, c. 23.

<sup>158</sup> S. Can. 1907, c. 50.

<sup>159</sup> *In Re Narain Singh*, (1908) 13 *B.-C. R.* 477: la loi de C.-B. interdisait les immigrants ne connaissant pas une langue européenne; c'était en réalité une loi dirigée contre les Indiens et on aurait pu, à notre avis, l'invalidier.

<sup>160</sup> S.R. Can. 1906, c. 93.

<sup>161</sup> (1908) 13 *B.-C. R.* 477 (jugé).

<sup>162</sup> *Re Munshi Singh*, (1914) 20 *B.-C. R.* 243.

<sup>163</sup> *Ibid.*, p. 259.

rance fédérale en matière d'immigration mais à condition que l'incompatibilité de la loi fédérale et provinciale soit nette. Ils ne reconnaîtront cette prépondérance qu'en cas de conflit flagrant et que pour les seules dispositions en conflit. Dans la seconde ils abordent déjà différemment le problème : tout en gardant comme fondement juridique à la compétence fédérale l'article 95, les juges donnent déjà une appréciation plus généreuse du conflit : c'est toute la loi fédérale qui écarte toute la loi provinciale ; des confusions étranges apparaissent même dans les notes du juge Morrison qui déclare : « ... The B.C. Immigration Act 1908, is *ultra vires* of the legislature. I agree with this contention »<sup>164</sup>, alors que le juge en chef Hunter tirait très justement les conséquences de la prépondérance fédérale en écrivant : « The Provincial Act is inoperative as long as Parliament leaves the legislation in the position it is »<sup>165</sup>. Quant à la troisième affaire on voit apparaître l'article 91 (25) comme complément à 95.

Déjà cet article 91 (25) qui devait seconder l'article 95 avait volé la vedette à cette dernière disposition dans plusieurs arrêts. Les juges voulaient probablement s'épargner le travail de détermination des conflits que requérait l'article 95 ; en choisissant une compétence énumérée à l'article 91 ils optaient pour l'exclusivité. Comme en matière d'agriculture les dispositions exclusives trop proches n'avaient pu longtemps rester de brillants seconds. La tendance de la jurisprudence à toujours préférer l'article 91 (25) fut par la suite si constante que des auteurs comme Wheare se permettaient de déclarer péremptoirement :

The general governments of all four federations (Australia, Canada, Switzerland and the U.S.A.) possess powers of executive control, actual or potential, over certain aspects of economic life. Among them may be mentioned immigration and emigration from and to countries outside the federation<sup>166</sup>.

Les questions de citoyenneté furent classées pour leurs réglementations dans 91 (25) et dans 91 (introductif), n'ayant pu être prévues par l'Acte de 1867<sup>167</sup>. L'article 91 (11) (« La quarantaine ; l'établissement et le maintien des hôpitaux de marine ») contribua également à vider l'article 95 de toute signification, jusqu'à l'article 132<sup>168</sup> qui, pour un temps, vint prêter main forte à ce travail de sape de l'article 95, et même ... le pouvoir de désaveu<sup>169</sup>.

Les lois de Colombie britannique, quand elles ne furent déclarées inopérantes, furent jugées *ultra vires* comme relatives à 91 (25) : dans l'affaire *Union Colliery v. Bryden*<sup>170</sup> Lord Watson décida au nom du Conseil privé que l'article 4 de la loi de Colombie britannique, intitulée Coal Mines Regulation Act 1890<sup>171</sup>, était *ultra vires* des pouvoirs de la

<sup>164</sup> *Supra*, note 159, p. 478.

<sup>165</sup> *Ibid.*, p. 480.

<sup>166</sup> K. C. WHEARE, *Federal Government*, (3<sup>e</sup> éd.), Toronto, 1953, pp. 133-134.

<sup>167</sup> *P.-G. O. v. Winner*, [1954] A.C. 541.

<sup>168</sup> *P.-G. C.-B. v. P.-G. Can.*, [1924] A.C. 203.

<sup>169</sup> J. BROSSARD, *op. cit.*, note 135, pp. 50-51.

<sup>170</sup> [1899] A.C. 580.

<sup>171</sup> S. C.-B., 1891, c. 135.

législature; cette loi interdisait aux Chinois majeurs de travailler dans les mines de charbon; on considéra que c'était là un empiétement sur l'article 91 (25). Lord Watson mentionne cependant que si la loi n'avait pas été prohibitive mais simplement limitative et moins directement tournée contre les Chinois, on aurait pu appliquer, comme le firent les cours inférieures, le double aspect <sup>172</sup>.

Cette préférence pour l'exclusivité de la compétence fédérale sur l'immigration ne devait pas écarter pour autant toute concurrence dans ce secteur dans la mesure où cette préférence rendrait tôt ou tard inévitable l'utilisation de la doctrine du double aspect, utilisation qui peut toujours déboucher un jour ou l'autre sur des conflits; et l'on retrouvera alors, par des chemins détournés, la prépondérance fédérale. Ainsi, comme mesure relevant de l'article 92 (1) (« A l'occasion, la modification [...] de la constitution de la province [...] ») et pour cet aspect, le Comité judiciaire reconnut en 1903 la validité d'une loi de la Colombie britannique qui refusait expressément le droit de vote aux personnes de race asiatique <sup>173</sup>. Cette mesure législative affectait évidemment l'immigration qu'elle ne favorisait guère. Le résultat de cette affaire était que la province pouvait régler les droits politiques provinciaux des citoyens nationalisés ou non alors que le fédéral se voyait réserver la réglementation du statut général des immigrés. On voit tout de suite que le double aspect peut être retenu en matière de nationalité.

L'aspect « droits civils dans la province » (92 (13)) permet également à la province d'affecter les droits à l'égalité entre résidents, naturalisés ou non <sup>174</sup>; or le fédéral pourrait sans aucun doute sous l'aspect « droit criminel » interdire une telle discrimination <sup>175</sup>. Enfin, l'aspect inclus dans 92 (5) (« L'administration et la vente des terres publiques appartenant à la province, et des bois et forêts qui s'y trouvent ») permet aux provinces de prendre certaines lois affectant sans aucun doute les matières énumérées à l'article 91 (25) bien que dans ce cas le Comité judiciaire ait apprécié très strictement cet article 91 (25) et soit apparu décidé à ne voir aucun chevauchement possible entre les deux dispositions <sup>176</sup>. Il faut cependant souhaiter que la Cour suprême du Canada montrera plus de fermeté à l'égard de ces lois racistes: elle pourrait le faire selon nous en les déclarant en conflit avec la Déclaration canadienne des Droits de l'Homme <sup>177</sup> ou plutôt, cette loi ne s'appliquant selon son préambule qu'aux domaines relevant du Fédéral, en criminalisant la matière comme elle le fit déjà ou comme le firent les tribunaux <sup>178</sup> dans d'autres domaines fort proches.

<sup>172</sup> A toutes fins pratiques notons que le Fédéral promulgua une loi au même effet pour tout le Canada: *Chinese Immigration Act*, S.R. Can. 1927, c. 95.

<sup>173</sup> *Cunningham et P.-G. C.-B. v. Homma et P. G. Can.*, [1903] A.C. 151.

<sup>174</sup> S.R. Sask. 1953, c. 269, loi validée dans *Quong-Wing v. R.*, (1914) 49 R.C.S. 440.

<sup>175</sup> *Ibid.*, 18 D.L.R. 121, p. 129 (Juge IDINGTON dissident).

<sup>176</sup> *Brooks v. P.-G. C.-B.*, [1923] A.C. 450 (vicomte CAVE).

<sup>177</sup> *Déclaration canadienne des droits de l'Homme*, S. Can. 1960, c. 44.

<sup>178</sup> *Switzmann v. Eibling*, [1957] R.C.S. 285.

Dans la célèbre affaire *Winner*<sup>179</sup> le juge Rand reconnaît que si les provinces ne peuvent interdire, aux étrangers, immigrants ou naturalisés, de circuler librement sur le territoire, elles peuvent pour un certain temps le faire pour des motifs relevant de l'aspect santé publique; la concurrence de l'article 95 fait vieux-jeu; voilà celle qui nous vient du double aspect.

## B – La prépondérance au sens strict

C'est, nous l'avons dit, la prépondérance qui découle d'un conflit entre une loi fédérale et une loi provinciale, conflit survenu après une application de la règle du double aspect et constaté par les juges. La jurisprudence l'a souvent utilisée et tira toutes les conséquences de cette utilisation.

### 1. Utilisation

Il y a semble-t-il deux cas d'application de la prépondérance jointe au double aspect: le premier peut exister entre les compétences énumérées à l'article 92 d'une part et l'article 91 (introductif) d'autre part; le second entre les compétences énumérées à l'article 91 et celles de l'article 92<sup>180</sup>. Toutefois il nous semble que la prépondérance de l'article 91 (27) sur les compétences énumérées à l'article 92 doit être étudiée séparément car elle a des dimensions tout à fait particulières. Le dynamisme de la compétence fédérale en matière criminelle donne en effet un relief extraordinaire au caractère dualiste du principe de la prépondérance fédérale.

#### a) 91 (introductif)-92

L'affaire *Hodge*<sup>181</sup> et l'affaire de la prohibition locale<sup>182</sup> sont trop bien connues pour que nous nous y attardions. Ce sont pour les fins de notre étude deux affaires parfaitement complémentaires, exemples remarquables de ce que peut être le *tandem* double aspect-prépondérance, et rare cas du jeu de ce dernier principe entre l'article 91 (introductif) et les compétences énumérées à l'article 92.

L'affaire *Russell*<sup>183</sup> avait validé la loi fédérale de 1878 sur la prohibition de l'alcool, confirmant sur d'autres fondements constitutionnels la décision de la Cour suprême<sup>184</sup>. Le Conseil privé choisit la compétence résiduelle alors que la Cour suprême avait opté pour la clause

<sup>179</sup> *Winner v. P.-G. Can.*, [1951] R.C.S. 887.

<sup>180</sup> Edward Robert CAMERON, *The Canadian Constitution and the Judicial Committee*, Winnipeg, 1915, pp. 62 ss.

<sup>181</sup> *Hodge v. R.*, (1883) 9 A.C. 117, 1 Olmsted 184.

<sup>182</sup> *P.-G. Ont. v. P.-G. Can.*, [1896] A.C. 348, 1 Olmsted 343.

<sup>183</sup> *Russell v. R.*, (1882) 7 A.C. 829.

<sup>184</sup> *Ville de Frédéricton v. R.*, (1880) 3 R.C.S. 505.



commerciale. Un an avant le Parlement, la législature de l'Ontario avait cependant adopté le *Liquor Licence Act, 1877*<sup>185</sup> qui portait à peu près sur la même matière que la loi fédérale, soit la réglementation de la vente de l'alcool de façon restrictive ou prohibitive. Fallait-il, parce que la loi fédérale avait été classée dans l'article 91, refuser d'attribuer la matière de cette loi à l'article 92 quand une loi provinciale sur le même sujet tomberait dans des sujets d'une nature locale ou privée dans la province? Le Comité judiciaire<sup>186</sup> répondit:

Les sujets qui, sous un certain aspect et pour une certaine fin, relèvent de l'article 92, peuvent, sous un autre aspect et pour une autre fin relever de l'article 91.

Seize ans après l'Acte de 1867 on admettait l'impossibilité d'attribuer exclusivement certaines matières à un seul ordre de gouvernement. La règle du double aspect résolvait les problèmes de chevauchements mais demandait que l'on dégageât aussitôt une règle qui puisse apporter une solution aux problèmes des conflits que pourrait entraîner cette concurrence législative. La loi ontarienne avait été déclarée valide grâce au double aspect; la loi fédérale aussi. Qu'arriverait-il en cas d'incompatibilité entre les deux lois? On allait bientôt le savoir.

Dans l'affaire de la prohibition locale, Lord Watson, après s'être acharné contre les compétences fédérales relevant tant de la clause «paix, ordre et bon gouvernement» que de la clause commerciale, utilisa vers la fin de son jugement la dualité d'aspect et précisa le principe de la prépondérance. Il se servit de la dualité d'aspect comme porte de sortie pour les compétences fédérales déjà enfermées dans une interprétation étroite et cette issue fut plus tard invoquée par la doctrine anglaise qui gardait quelque nostalgie de l'affaire *Russell* et insistait pour voir dans l'*obiter dictum* de Lord Watson une confirmation des vues prêtées à Sir Montague E. Smith, c'est-à-dire une nouvelle formulation de la doctrine de l'aspect. Il était d'ailleurs remarquable de voir comment Lord Watson refusa dans la première partie de sa décision d'appliquer la règle formulée dans l'affaire *Hodge*, ce qui lui eût évité sa construction acrobatique de l'empiètement, et comment au contraire il l'utilisa dans la seconde partie de ses notes.

Quoiqu'il en soit, pour nous limiter à la seule prépondérance, Lord Watson établit que les deux lois relatives à la réglementation de l'alcool, l'une fédérale, l'autre provinciale, ne pourraient recevoir application en même temps et au même endroit du fait de leur incompatibilité. Il écrivit:

They [Their Lordships] are of the opinion that the Ontario Legislature had jurisdiction to enact section 18, subject to this necessary qualification, that its provisions are or will become inoperative in any district of the province which has already adopted, or may subsequently adopt, the second part of the Canada Temperance Act of 1886<sup>187</sup>.

<sup>185</sup> S.R. Ont. 1887, c. 181.

<sup>186</sup> *Supra*, note 181.

<sup>187</sup> 1 Olmsted, p. 365.

Ce faisant, Lord Watson appréciait largement le conflit et donnait l'effet essentiel de la prépondérance fédérale sur la loi provinciale: l'inopérabilité.

En 1902 le Conseil privé donnait un autre exemple de la règle du double aspect entre les deux clauses résiduelles (91 (introductif) et 92 (16) ), en jugeant toutefois qu'il n'y avait pas conflit entre le Manitoba Liquor Act, 1900, et la loi fédérale<sup>188</sup>, parce que les deux lois étaient complémentaires, la législation fédérale venant renforcer la législation provinciale.

La prépondérance aurait aussi pu jouer en matière d'incorporation de compagnies quand le Fédéral a créé de telles compagnies en vertu de la clause « paix, ordre et bon gouvernement » : ainsi, Sir Arthur Wilson déclarait au nom du Comité judiciaire :

Lorsque, comme en l'espèce, un domaine législatif donné est de la compétence et du parlement canadien et de la législature provinciale et que les deux corps ont légiféré, la loi fédérale doit l'emporter sur la loi provinciale, s'il y a conflit entre les deux, comme c'est manifestement le cas dans la présente cause<sup>189</sup>.

De notre analyse il se dégage que quand la prépondérance de l'article 91 (introductif) joua, ce fut généralement à la suite d'une détermination généreuse du conflit par les juges. Ainsi, la Cour d'appel de l'Ontario écarta la loi ontarienne de réglementation de l'alcool au profit de la loi fédérale<sup>190</sup>; malgré certaines différences entre les deux lois, le juge Masten vit un conflit par similarité. Il se contenta de citer l'affaire de la prohibition locale et déclara :

La question qui se pose en l'espèce est réduite au fait de savoir si dans les circonstances présentes la loi de la Tempérance au Canada et la loi ontarienne sont en conflit, *in pari materiae* ; s'il en est ainsi, le conflit rend la loi provinciale ineffective<sup>191</sup>.

La prépondérance de l'article 91 (introductif) n'a guère servi par la suite car cette clause, nous le savons, n'a soutenu que des lois relatives à des matières résiduelles, et surtout parce que l'autorité prépondérante de l'article 91 (introductif) fut elle-même fortement remise en question par la Cour suprême ; ainsi, le juge Idington affirmait :

The notion sometimes prevails that, of course, the legislation of a province must bend before that of Parliament. It must before the

<sup>188</sup> *P.-G. Manitoba v. Manitoba Licence Holders' Association*, [1902] A.C. 73.

<sup>189</sup> *La Compagnie Hydraulique v. Continental Heat Co.*, [1909] A.C. 194, il semble en réalité que la loi provinciale était inapplicable plutôt qu'inopérante. Voir O'CONNOR, annexe 3, pages 72-73. La loi provinciale avait donné à une compagnie privée le monopole de la distribution du gaz et de l'électricité dans une région donnée de la province où une compagnie fédérale fut autorisée par le Parlement à fournir, vendre et écouler du gaz et de l'électricité.

<sup>190</sup> *Regina v. Thorburn*, (1917) 39 D.L.R. 300. En conséquence de ce que nous avons dit dans notre introduction de la seconde partie nous voyons dans cette affaire un mauvais jugement qui témoigne d'un refus de déclarer inconstitutionnelle la loi provinciale, refus injustifié s'il n'y avait la règle du *stare decisis* à respecter.

<sup>191</sup> *Ibid.*, p. 302.

paramount exclusive legislative authority given over specified subjects, but not before what Parliament asserts merely by virtue of this residual power <sup>192</sup>.

Cette opinion qui selon nous va à l'encontre du principe de la prépondérance tel que dégagé par Lord Watson fut malencontreusement reproduite dans certains articles <sup>193</sup>. Il s'agit à notre avis d'une erreur car si le Parlement ne peut par 91 (introductif) empiéter sur les compétences énumérées à 92, son autorité n'en demeure pas moins prépondérante <sup>194</sup>.

En 1915, Cameron écrivait :

The Dominion Parliament could legislate under peace, order, and good government in matters which, although in their origin of local and private nature, have ceased so to be, and have become of national concern. That the provinces may legislate in the same subject-matters, and if there is no repugnancy in the operation of the two laws, both may subsist, but when they conflict the provincial law must give way <sup>195</sup>.

Une telle formulation du double aspect et de la prépondérance a vite fait de ne plus rien signifier pour l'article 91 (introductif) que toute la « jurisprudence-Haldane » a semblé ruiner à jamais. Mais avec le constat d'un certain retour de la Cour suprême à la théorie des dimensions nationales dont l'une des dernières manifestations fut l'affaire des droits miniers sous-marins <sup>196</sup>, les écrits de Cameron pourraient reprendre toute leur signification ; fera-t-on jouer la doctrine du double aspect autant pour l'article 91 (introductif) que pour les compétences énumérées à ce même article ? La réponse est importante.

## b) 91 (énumérées)-92

Le double aspect fut, nous le savons, également employé entre les compétences énumérées à l'article 91 et celles de l'article 92. La règle joua surtout entre 91 (27) et 92 (13), si souvent et d'une façon si brutale que nous avons choisi d'étudier à part la prépondérance de l'article 91 (27) sur l'article 92.

Les autres dispositions de l'article 91 qui jouèrent seules et supportèrent des lois prépondérantes ne sont pas très nombreuses ; par contre, elles servirent souvent avec 91 (27). On peut cependant noter l'application du double aspect entre 91 (25) et 92 (1), 91 (8)-92 (2), 92 (10a)-92 (13), 91 (19)-92 (13), 91 (21)-92 (13) ... Ce sont là des exemples que nous avons pu relever dans la jurisprudence qui nous montrent comment les juges acceptent la prépondérance, déterminent un conflit et se servent du double aspect. On aurait certes pu en trouver

<sup>192</sup> *Re Alberta Railway Act*, (1913) 12 D.L.R. 150, p. 164.

<sup>193</sup> P. F. de RAVEL D'ESCLAPON, *Fondements constitutionnels d'une réglementation des valeurs mobilières au Canada*, 1968, 3 R.J.T. 377, p. 401.

<sup>194</sup> A. G. TREMBLAY, *op. cit.*, p. 96.

<sup>195</sup> E. R. CAMERON, *op. cit.*, p. 71.

<sup>196</sup> *Avis relatif aux droit miniers sous-marins*, [1967] R.C.S. 792.

d'autres dans la jurisprudence car théoriquement on peut imaginer pour chaque énumération de l'article 91 et de l'article 92 une question dont la réglementation pourrait être classée pour certains aspects dans une énumération de l'article 91 et de l'article 92 une question dont la réglementation pourrait être classée pour certains aspects dans une énumération du premier article et pour d'autres aspects dans une énumération du second.

Ainsi nous avons déjà mentionné la fameuse affaire *Homma* qui dégagait le double aspect pour une loi qui aurait pu être classée dans la catégorie « naturalisation et aubains » (91 (25)) mais qui pour d'autres aspects fut rattachée à 91 (1) (L'amendement de temps à autre, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte, de la constitution de la province, sauf les dispositions relatives à la charge de lieutenant-gouverneur), compétence provinciale<sup>197</sup>.

En 1908 la Cour suprême valida une loi provinciale qui, selon le juge Davies, aurait pu relever de la compétence fédérale sur « la fixation et le paiement des salaires et honoraires des officiers civils et autres du gouvernement du Canada » (91 (8)), mais qui pour d'autres fins pouvait parfaitement être classée dans 92 (2) (la taxation directe dans les limites de la province, dans le but de prélever un revenu pour les objets provinciaux). La loi provinciale en question imposait une taxe à un fonctionnaire fédéral de la même manière qu'à tous les autres citoyens; les juges Davies, Idington, MacLennan et Duff refusèrent en l'absence de loi fédérale contraire de reconnaître une incompatibilité entre 91 (8) et 92 (2)<sup>198</sup>. Le juge Davies refusa catégoriquement le conflit implicite, « imaginaire » dit-il<sup>199</sup> (seul le juge Girouard était dissident).

Le Conseil privé examina à son tour le double aspect entre la compétence fédérale sur les chemins de fer résultant de 92 (10a et c) et la compétence provinciale énoncée dans 92 (13)<sup>200</sup>. Le Comité judiciaire refusa cependant d'appliquer la prépondérance car il ne vit aucun conflit entre la loi manitobaine<sup>201</sup> et la loi fédérale<sup>202</sup>. Le juge Duff rendant la décision pour le Conseil privé ne cacha pas qu'il existait une présomption d'opérabilité d'une loi comme il existe une présomption de constitutionnalité; c'est du moins ce que l'on peut conclure lorsqu'il écrit:

It follows [...] that section 13 cannot apply to accidents giving rise to rights of action under section 385, because it must be presumed that the Manitoba Legislature did not intend to enact legislation in conflict with the statutes of the Dominion Parliament within its undoubted jurisdiction<sup>203</sup>.

On préférerait donc limiter l'application de la loi plutôt que de reconnaître un conflit qui l'aurait fait déclarer inopérante.

<sup>197</sup> *Supra*, note 173.

<sup>198</sup> *Abbott v. La cité de Saint-Jean*, (1908) 40 R.C.S. 597.

<sup>199</sup> *Ibid.*, pp. 606-607.

<sup>200</sup> *McCull v. La Compagnie de Chemins de Fer du Pacifique Canadien*, [1923] A.C. 126, II Olmsted 334.

<sup>201</sup> *Workmen's Compensation Act*, 6 Geo. V, S.M., c. 125.

<sup>202</sup> *Loi des Chemins de Fer*, 9 et 10 Geo. V, S. Cdn, c. 68.

<sup>203</sup> *Supra*, note 200, II Olmsted, p. 342.

Plus récemment les relations entre la compétence fédérale sur l'intérêt de l'argent (91 (19)) et la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils dans la province furent examinées par la Cour suprême. Contrairement à la Cour d'appel de l'Ontario, la Cour suprême jugea l'Unconscionable Transactions Relief Act<sup>204</sup> *intra vires* des pouvoirs de la province<sup>205</sup>. Le juge Judson, au nom des juges Fauteux et Taschereau ainsi que pour le juge Hall, décida que la loi ontarienne ne venait pas en conflit avec l'article 2 de la loi canadienne<sup>206</sup> et pouvait être classée dans 92 (13)<sup>207</sup>. Le juge Cartwright retenait la même solution<sup>208</sup>, tandis que le juge Martland auquel se ralliait le juge Ritchie appliquait, dans une opinion dissidente le principe de la prépondérance après avoir relevé un conflit entre les deux lois; la loi provinciale étant inopérante, le juge Martland jugea inutile d'étudier sa constitutionnalité<sup>209</sup>.

Puis ce fut au tour des articles 91 (21) (« La banqueroute et la faillite ») et toujours 92 (13) d'être examinés. Dans un jugement particulièrement intéressant dans ses dissidences, la Cour suprême<sup>210</sup> jugea que les articles 58 et 59 de la *Loi ontarienne sur l'assurance*<sup>211</sup> concernant la répartition des sûretés déposées des assureurs licenciés, étaient invalides *per se* comme représentant un empiètement sur la compétence fédérale en matière de faillite et d'insolvabilité. Et quand bien même ils auraient été valides l'article 165 (1) de la loi fédérale sur les liquidations les aurait rendus inopérants<sup>212</sup> vu leur incompatibilité. C'est ce qu'écrivit en deux pages le juge Judson pour la majorité (juge en chef Cartwright, juges Fauteux, Abbott et Martland). Cette faible majorité de 5 contre 4 fut ébranlée par 25 pages de notes dissidentes écrites par le juge Hall en son nom et pour les juges Ritchie, Spence et Pigeon, notes par lesquelles il démontrait la validité de la loi ontarienne et l'invalidité de la loi fédérale. Ce jugement est très intéressant car il démontre d'abord combien la détermination de la matière d'une loi et de son aspect peut donner lieu à des jugements parfaitement contradictoires; ensuite il nous fait voir que les juges ne se sont pas toujours réfugiés derrière l'inopérabilité d'une loi pour refuser d'en examiner sa constitutionnalité et l'approche du juge Judson est à cet égard bien différente de celle du juge Martland dans l'affaire précédente.

Deux jugements très récents sont intéressants pour le développement qui nous occupe. Le premier, de la Cour de comté d'Ottawa-Carleton (juge Matheson)<sup>213</sup>, décide que la *Loi de faillite*<sup>214</sup> rend ino-

<sup>204</sup> S.R.O. 1960, c. 410.

<sup>205</sup> *P.-G. Ont. v. Barfield Enterprises Ltd.*, [1963] R.C.S. 570.

<sup>206</sup> *Loi sur l'Intérêt*, S.R. Can., 1952, c. 156.

<sup>207</sup> [1963] R.C.S. 570, p. 577.

<sup>208</sup> *Ibid.*, p. 579.

<sup>209</sup> *Ibid.*, p. 582.

<sup>210</sup> *P.-G. Ont. v. Policy-Holders of Wentworth Insurance Co. et autres*, (1969) 6 D.L.R. (3d), 545.

<sup>211</sup> *Insurance Act*, S.R. Ont., 1960, c. 190.

<sup>212</sup> S.R. Can., 1952, c. 296.

<sup>213</sup> *Scottish Canadian Insurance Co. v. Dufour*, (1970) 8 D.L.R. (3d), 420.

<sup>214</sup> *Loi sur la Faillite*, S.R. Can., 1952, c. 14.

pérant l'article 222 (13) de la *Loi d'assurance de l'Ontario*<sup>215</sup> sans déterminer précisément s'il y avait conflit ou non; le second refuse de constater un conflit quelconque entre l'article 48A du Medical Act de Colombie britannique<sup>216</sup> et la *Loi canadienne sur la profession médicale*<sup>217</sup>. Le juge McIntyre de la Cour suprême de Colombie britannique juge les deux lois simplement complémentaires<sup>218</sup>.

Nous voyons donc par ces quelques exemples que le double aspect fut souvent utilisé entre compétences énumérées à l'article 91 et celles énumérées à l'article 92 et que la règle de la prépondérance fut parfois utilisée pour régler les quelques conflits qui en sont résultés. On peut cependant affirmer que près de 90% des cas d'utilisation du duo double aspect-prépondérance concernent l'article 91 (27) soit la compétence fédérale en matière de droit criminel.

### c) 91 (27)-92

La prépondérance des lois fédérales fondées sur l'article 91 (27) fut largement et brillamment étudiée par le professeur Laskin<sup>219</sup> et par certains côtés par le professeur Mewett<sup>220</sup>; d'autres articles et études sont également d'une aide précieuse bien que ne concernant pas directement la seule prépondérance en matière criminelle<sup>221</sup>. Pour éviter d'ailleurs une paraphrase aussi inutile qu'inférieure par rapport à ces excellents originaux, nous éviterons de nous attarder longtemps sur le fameux trio que constituent en la matière les arrêts O'Grady<sup>222</sup>, Stephens<sup>223</sup> et Smith<sup>224</sup>.

Le dynamisme particulier de la compétence fédérale en matière criminelle fut relevé par les auteurs que nous venons de citer et le professeur Laskin l'exprime ainsi :

The expansive scope of the federal criminal law power has forced Canadian courts to refine (or « Constitutionalize ») their conception of penal legislation lest the mere existence of the federal authority choke the enforcement of provincial regulatory schemes. This became particularly true once the Privy Council permitted federal invocation of the criminal law as a means of enforcing desirable economic policies [Il cite alors l'affaire P.A.T.A.<sup>225</sup> au Conseil privé]<sup>226</sup>.

<sup>215</sup> *Supra*, note 211, tel que modifié S.O. 1966, c. 71, art. 11.

<sup>216</sup> S.R. C.-B., 1960, c. 239, tel que modifié S.R. C.-B., 1966, c. 26 art. 24.

<sup>217</sup> S.R. Can., 1952, c. 27.

<sup>218</sup> *Regina v. Council of the College of Physicians and Surgeons of British-Columbia, ex parte Ahmad*, (1970) 15 D.L.R. 105.

<sup>219</sup> *Supra*, note 77.

<sup>220</sup> Alan W. MEWETT, *The Criminal Law*, (1967) 45 C.B.R. 726.

<sup>221</sup> CHEVRETTE, *loc. cit. supra*, note 134.

<sup>222</sup> *O'Grady v. Sparling*, [1960] R.C.S. 804.

<sup>223</sup> *Stephens v. La Reine*, [1960] R.C.S. 823.

<sup>224</sup> *Smith v. La Reine*, [1960] R.C.S. 776.

<sup>225</sup> *P.A.T.A. v. P.-G. Can.*, [1931] A.C. 310.

<sup>226</sup> *Supra*, note 77, p. 247; voir également A.-G. TREMBLAY, *op. cit. supra*, note 17, pp. 310 ss.

Par sa nature même et par l'interprétation généreuse qu'en donnent les tribunaux, la compétence fédérale en matière criminelle a atteint une grande vigueur qui serait fatale pour bon nombre de compétences provinciales si les juges n'appréciaient généralement assez strictement la contrariété et ne refusaient assez souvent d'appliquer la prépondérance.

Ainsi la plupart des arrêts qui doivent étudier les relations entre une loi provinciale valide et une loi fédérale classée dans l'article 91 (27) ne retiennent pas l'incompatibilité et ne concluent donc pas à la prépondérance de la seconde loi. A chaque extrême il faut cependant noter que quelques décisions rejettent même le double aspect soit pour déclarer la prétendue loi criminelle fédérale *ultra vires*, soit pour déclarer la loi provinciale invalide comme empiétant sur la compétence du Parlement énumérée à l'article 91 (27). Du premier extrême on peut citer le fameux exemple de la loi canadienne de la Commission de commerce, 1919, qui, malgré les prétentions du Fédéral de la fonder sur l'article 91 (27) fut déclarée *ultra vires* par le Comité judiciaire du Conseil privé<sup>227</sup>; du second on peut citer l'affaire Johnson<sup>228</sup>: la Cour suprême devait examiner une *Loi albertaine sur les machines à sous*<sup>229</sup> et ses relations avec le Code criminel. Les juges Kellock et Cartwright jugèrent tout simplement la loi *ultra vires* des pouvoirs de la province car l'objet de la loi, disaient-ils, était de tenter de renforcer la loi criminelle fédérale existante contre le jeu par machines à sous, et c'était donc du droit criminel<sup>230</sup>; le juge Locke fut du même avis; les juges Kerwin et Taschereau au contraire appliquaient le double aspect et validaient la loi provinciale en la rattachant à l'article 92 (13) en refusant d'autre part de voir un conflit quelconque entre elle et les dispositions du Code criminel; quant au juge Rand il adoptait une sorte de compromis: validant la loi provinciale il concluait à un conflit et la déclarait inopérante<sup>231</sup>; la pensée du juge Rand est d'ailleurs ici assez confuse et ses conclusions surprennent. On est en effet en droit de penser qu'il songeait à invalider carrément la loi provinciale puisqu'à la page 138 du jugement il reconnaît que la matière de la loi provinciale ayant été criminalisée, le maintien de cette loi « would be an interference with the exclusive power of Parliament ». Il ajoute alors:

The penalty of the Act [la loi albertaine], in duplicating forfeiture, is supplementing punishment. That is not legislating either « in relation to » property or to a local object. Every valid enactment made under the authority conferred by means of that phrase is for an object or purpose which is within the power of the enacting jurisdiction, and legislation « in relation to » property is as much subject to that canon as any other head of ss. 91 or 92.

Visiblement ennuyé par cette inconstitutionnalité de la loi provinciale que l'on découvre en quelque sorte *a posteriori*, le juge Rand trouve

<sup>227</sup> Renvoi au sujet de la loi de la Commission de Commerce, (1922) 1 A.C. 191 (vicomte HALDANE).

<sup>228</sup> Johnson v. P.-G. de l'Alberta, [1954] R.C.S. 127.

<sup>229</sup> The Slot Machine Act, S.R. Alberta, 1935, c. 333.

<sup>230</sup> [1954] R.C.S. 127, p. 165.

<sup>231</sup> *Ibid.*, p. 139.

pratique sans doute de fuir le véritable problème qui se situe au niveau de la qualification de la loi en se réfugiant dans la construction bâtarde du conflit par similarité. A notre avis une démarche semblable peut être trouvée dans chacune des quelques décisions qui concluent au conflit par identité: cette notion apparaît chaque fois comme un faux-fuyant aux véritables problèmes de qualification mal ou non résolus.

Les affaires où les cours appliquèrent le double aspect et refusèrent de conclure au conflit sont nombreuses et généralement célèbres: citons en premier l'avis concernant l'article 92 (4) de la *Loi des véhicules de la Saskatchewan*<sup>232</sup>. Cette loi prévoyait la suspension ou le retrait du permis de conduire à tout conducteur qui refusait de se soumettre à un contrôle d'haleine alors que l'on pouvait présumer qu'il avait conduit avec des réflexes amoindris. Le Code criminel n'allait pas aussi loin. A la majorité des 5/8 la Cour suprême valida la loi provinciale et refusa d'admettre le conflit en retenant la complémentarité des deux lois. Le juge Taschereau, avec lequel les juges Fauteux, Abbott, Judson et Rand étaient d'accord, pensait même qu'en n'allant pas aussi loin que la législature, le Parlement avait par là clairement laissé entendre qu'il laissait le champ libre à la province; les juges Locke et Cartwright au contraire écrivaient dans leurs notes dissidentes qu'il n'y avait plus de place pour une réglementation provinciale, le fédéral ayant occupé tout le champ.

L'opinion majoritaire de l'affaire de 1957 fut reprise par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *Mankow*<sup>233</sup> où le juge en chef Ford ainsi que les juges McBride et Johnson déclarèrent *intra vires* la *Loi albertaine de réglementation des routes et de la circulation* et refusèrent de voir un conflit entre l'article 81 (1) de cette loi<sup>234</sup> et l'article 221 (2) du Code criminel. Les deux dispositions étaient à quelque chose près identiques et concernaient l'assistance à personne en danger; mais se tenant à une conception stricte de l'identité, le juge Johnson trouva la différence suivante:

This section [Criminal Code] is concerned solely with what happens at the scene of the accident. The section of the Vehicles and Highway Traffic Act which I have quoted provides that the person involved in an accident must return to the scene of the accident and what else the section requires that he do must, I think, be related to the time after he has returned to where the accident took place. Considered in this way, it will be seen that the section deals with different time elements<sup>235</sup>.

Cette volonté de marquer la différence entre les deux lois, si petite soit-elle, était chère au juge Johnson qui avait à l'esprit l'affaire *Dodd*<sup>236</sup> où la loi de l'Ontario qui disposait que la personne en charge du véhicule qui contribua à l'accident « shall remain at or return to the scene

<sup>232</sup> *Reference re Section 92 (4) of the Vehicles Act of Saskatchewan 1957*, [1958] R.C.S. 608.

<sup>233</sup> *Regina v. Mankow*, (1959) 28 W.W.R. 433.

<sup>234</sup> *The Vehicles and Highway Traffic Act*, S.R. Alb., 1955, c. 356.

<sup>235</sup> *Supra*, note 233, pp. 442-443.

<sup>236</sup> *Re Dodd*, [1957] O.R. 5.



of accident » avait été déclarée inopérante après que le juge ait conclu au conflit par identité. Pour le juge Johnson donc il fallait trouver une différence pour sauver la loi provinciale et il la trouva.

Dans l'affaire *Yolles*<sup>237</sup> la Cour d'appel de l'Ontario refusa de rendre inopérant l'article 29 (1) de la loi ontarienne sur les autoroutes. Pour appuyer sa décision le juge en chef Porter cita une liste impressionnante d'arrêts que nous ne pourrions tous étudier ici<sup>238</sup>. Il faut cependant noter que les juges Roach et Schroeder, dissidents, semblaient prêts à invalider la loi provinciale ou du moins à la rendre inopérante; en 1959 il y avait donc encore de nombreux juges qui restaient attachés à une conception particulièrement envahissante de l'article 91 (27) ne laissant aucune chance à l'application de la règle du double aspect et à la loi provinciale; cette conception était celle que Sir Charles Fitzpatrick avait exprimée dans l'affaire *Ouimet*<sup>239</sup> dans des notes que les deux juges ne manquèrent pas de solliciter.

L'année 1960 fut alors fertile en décisions d'importance pour le sujet qui nous occupe. Par trois fois la Cour suprême du Canada refusa de reconnaître une incompatibilité entre lois provinciales et fédérales valides et très proches. L'arrêt *O'Grady*<sup>240</sup> concerne encore une loi provinciale réglementant la conduite automobile et le Code criminel. La majorité de la Cour suprême jugea les deux dispositions non contradictoires et valides comme ayant chacune leur aspect et leur but propres. Cette affaire est plus originale dans ses dissidences où le juge Cartwright développe la théorie qu'il avait amorcée avec le juge Locke dans l'affaire de 1958<sup>241</sup>, théorie du conflit implicite<sup>242</sup>. Il aura cependant contre lui l'écrasante majorité de la Cour suprême formée des juges Taschereau, Fauteux, Abbott, Martland, Ritchie et Judson et du juge en chef Kerwin. Le juge Cartwright rejoignait les conceptions américaines de la prépondérance telles qu'elles furent définies par le célèbre juge Marshall à la Cour suprême des Etats-Unis<sup>243</sup>. La théorie du conflit implicite équivaut presque à un refus pur et simple de la règle du double aspect en la rendant insignifiante pour la province.

L'arrêt *Stephens*<sup>244</sup> n'apporte rien de nouveau par rapport à l'affaire précédente. A la Cour d'appel du Manitoba<sup>245</sup> le juge Adamson, dissident, avait jugé la loi manitobaine supplémentaire, non com-

<sup>237</sup> *Yolles v. Regina*, [1959] O.R. 206, 19 D.L.R. 19.

<sup>238</sup> Il cite: l'affaire de la prohibition locale, *supra*, note 128; l'affaire des Trams-ways de Montréal, *supra*, note 127; *Le Banque Royale du Can. v. Larue*, [1928] A.C. 187; *Le Secrétaire provincial de V.I. P.-E. v. Egan*, [1941] R.C.S. 396; les arrêts *Wason et Stone*, *supra*, notes 141 et 143; *Bédard v. Dawson*, (1923) 4 D.L.R. 293; l'avis de 1958 sur la loi de Saskatchewan, *supra*, note 232; *Regina v. Mantle*, (1951) 4 D.L.R. 366; *McLean v. Pettigrew*, [1945] R.C.S. 62...

<sup>239</sup> *Ouimet v. Bazin*, (1911) 46 R.C.S. 502; à la page 505 du jugement Sir FITZPATRICK écrit: « Le droit criminel dans son sens le plus large est réservé à l'autorité législative exclusive du Parlement ».

<sup>240</sup> *Supra*, note 222.

<sup>241</sup> *Supra*, note 232.

<sup>242</sup> *Supra*, note 222, pp. 820-821; *supra*, note 28.

<sup>243</sup> *Gibbons v. Ogden*, 9 Wheat. 1 (1824).

<sup>244</sup> *Supra*, note 223.

<sup>245</sup> *Regina v. Stephens*, (1960) 22 D.L.R., (2<sup>e</sup>), 119.

plémentaire, et il décida que le fédéral ayant occupé tout le champ de la réglementation du comportement et des obligations des conducteurs sur la scène d'un accident, l'article 147 du code de la route du Manitoba devait céder devant l'article 221 (2) du Code criminel.

Pour l'année 1960 l'affaire Smith est la seule des trois développant l'étude des conflits, qui ne concerne pas la réglementation routière<sup>246</sup>. La Cour suprême sera unanime à rejeter le conflit entre la loi provinciale et la loi fédérale sanctionnant chacune la diffusion des fausses informations pour stimuler la vente d'actions des sociétés. Le juge Martland devait alors donner une définition extrêmement étroite du conflit dans des notes parfaitement à l'opposé de celles du juge Cartwright dans l'affaire O'Grady rapportée quelques pages plus loin<sup>247</sup>. Pour le juge Martland, il faut, pour qu'il y ait conflit que les citoyens, en obéissant à l'une, se trouvent à désobéir à l'autre<sup>248</sup>.

L'affaire Fleming<sup>249</sup> répondait également à des faits qui sortaient des sentiers battus; il s'agissait en l'espèce de l'article 8 d'une *Loi d'Alberta sur le ministère de l'Expansion et de l'Industrie*<sup>250</sup> et de la *Loi sur les Permis de commerce*<sup>251</sup> d'une part, de l'article 332 du Code criminel d'autre part. Cette dernière disposition permettait l'octroi de timbres de ristourne dans de nombreux cas alors que la législature d'Alberta avait adopté à l'encontre de ces procédés de stimulation de la vente une législation plus sévère. Le juge Buchanan de la Cour de district d'Alberta décida qu'il n'y avait pas conflit et que la législature pouvait interdire ce que le Fédéral permettait.

Dans un jugement unanime délivré par le juge Cartwright au nom de ses collègues Fauteux, Abbott, Martland, Judson et Ritchie, la Cour suprême du Canada jugea la loi ontarienne sur les asiles<sup>252</sup> complémentaire et non incompatible avec le Code criminel alors qu'il était pour tant difficile de concilier les deux sortes de dispositions<sup>253</sup>.

En 1966 le problème de la réglementation des routes et des véhicules revenait à la Cour suprême<sup>254</sup> qui une fois de plus devait refuser d'admettre le conflit entre l'article 60 du code de la route de l'Ontario<sup>255</sup> et l'article 221 (4) du Code criminel. A la Cour suprême de l'Ontario le juge Haines avait conclu à l'existence d'un conflit mais la Cour d'appel, en renversant la décision avait préparé le jugement qui devait être rendu par la Cour suprême. Cette dernière s'est « une fois de plus donné beaucoup de mal pour établir que la conduite imprudente, que pénalisait la loi d'Ontario, était différente de la conduite dangereuse,

<sup>246</sup> *Supra*, note 224.

<sup>247</sup> *Supra*, note 242.

<sup>248</sup> *Supra*, note 224, p. 800.

<sup>249</sup> *Regina v. Fleming*, (1962) 35 D.L.R. (2d), 483.

<sup>250</sup> *Industry and Development Department Act*, S.A. 1958, c. 30.

<sup>251</sup> *Licensing of Trades and Businesses Act*, S.R.A. 1955, c. 175.

<sup>252</sup> *The Mental Hospitals Act*, S.R.O. 1960, c. 236.

<sup>253</sup> *Fawcett v. P.-G. Can.*, [1964] R.C.S. 625.

<sup>254</sup> *Mann v. La Reine*, [1966] R.C.S. 238.

<sup>255</sup> *Highway Traffic Act*, S.R. Ont., 1960, c. 172.

punie par le Code criminel »<sup>256</sup>. Le juge Spence et curieusement le juge Cartwright lui-même, semblant revenir par là sur son opinion dissidente exprimée dans O'Grady, se contentèrent de faire référence à l'opinion majoritaire dans cette dernière affaire. Quant aux juges Fauteux, Abbott et Judson, ils nièrent tout conflit, trouvant que les deux lois avaient un but législatif et un effet légal et pratique différent.

Un an plus tard c'était au tour de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick (division des appels) d'apporter sa pierre à une construction rigide du conflit<sup>257</sup>. Le juge en chef Bridges et les juges West et Ritchie refusèrent de constater une quelconque contrariété entre les articles 5 (1b) et 225 du Code criminel et l'article 304A du Code de la route du Nouveau-Brunswick<sup>258</sup>. Il y avait ici complémentarité et d'ailleurs la disposition provinciale jouait « except where a person is declared to be guilty of an offence under subsection 3 of section 225 of the Criminal Code » (art. 304A).

La Cour suprême de Colombie britannique apporta également sa contribution<sup>259</sup>. Un ordre en conseil de cette province disposait entre autres que personne ne devait jeter des ordures dans les parages d'un immeuble du gouvernement alors que le Code criminel prohibait également le dépôt d'ordures; le juge Seaton s'attacha cependant à démontrer qu'il n'y avait pas identité entre les deux dispositions car la loi provinciale prohibait le dépôt d'ordures seulement alors que le Code criminel interdisait le dépôt d'ordures causant des obstructions...

Nous voyons donc que la liste des arrêts donnant une appréciation stricte des conflits est impressionnante et la plupart du temps les tribunaux se sont montrés très réticents à reprendre d'une main ce qu'ils avaient donné de l'autre, c'est-à-dire à écarter une loi provinciale en acceptant son incompatibilité avec une loi fédérale qu'ils auraient jugée prépondérante alors qu'ils venaient de sauver cette loi provinciale en appliquant le double aspect. Encore cette longue étude n'est-elle qu'une sélection sévère des décisions pertinentes en la matière et nous aurions certes pu citer d'autres arrêts et même en analyser qui nous viennent de la Cour suprême du Canada, rien de moins<sup>260</sup>. Nous terminerons cet exposé du refus de la prépondérance fédérale par les tribunaux en matière criminelle par une affaire qui toujours fut citée par les arrêts étudiés plus haut et qui de par son importance mais aussi de par ses ambiguïtés mérite d'être traitée en dernier avant de passer à l'étude de quelques décisions ayant effectivement retenu la prépondérance fédérale. Nous voulons parler de la célèbre affaire *Egan*<sup>261</sup>.

Une loi de l'Île-du-Prince-Édouard suspendait automatiquement pour un an le permis de conduire d'une personne ayant été condamnée pour conduite en état d'ivresse. Le Code pénal de son côté laissait une

<sup>256</sup> CHEVRETTE, *infra*, note bibliographique, n° 2, p. 124.

<sup>257</sup> *Regina v. Clements*, (1967) 63 D.L.R., (2<sup>e</sup>), 573.

<sup>258</sup> *Motor Vehicle Act*, S. N.-B., 1955, c. 13, mod. S. N.-B. 1964, c. 43, art. 16.

<sup>259</sup> *Regina v. Persky*, (1969) 1 D.L.R., (3<sup>e</sup>), 36.

<sup>260</sup> Nous pourrions ajouter par exemple l'arrêt *Binus v. La Reine*, [1967] R.C.S. 595.

<sup>261</sup> *Le Secrétaire provincial de l'I. P.-E. v. Egan*, [1941] R.C.S. 396.

discretion plus grande au juge et permettait le retrait du permis pour ce genre de condamnation mais ne l'imposait pas. Les deux dispositions furent jugées valides, la première pour son aspect provincial (réglementation civile des autoroutes), la seconde pour son aspect fédéral (incapacité pénale de conduire à la suite d'une condamnation pénale).

Les notes du juge Duff sont assez surprenantes et montrent s'il en était besoin la complexité du droit constitutionnel due à la superposition des règles d'interprétation et de classification dégagées au fur et à mesure par les tribunaux. Le juge Duff pose la question suivante : l'article 285 (7) du Code pénal écarte-t-il la compétence initiale (*prima facie*) de la province dans l'adoption de l'article 84 (1) de la loi des autoroutes de 1936 ?<sup>262</sup> Le juge Duff reconnaît que l'article 285 (7) du code relève parfaitement de la compétence du Dominion en vertu de l'article 91 (27) de l'Acte de 1867 ; il reconnaît également que la clause criminelle est très large et peut être étendue. « Le sujet est donc délicat »<sup>263</sup>. Le juge en chef semble alors parler d'ancillarité et de champ inoccupé et reprend l'exposé classique de la règle de la prépondérance. Il nous emmène dans une chevauchée étourdissante à travers les grandes règles jurisprudentielles du droit constitutionnel canadien. Puis il passe curieusement à l'exposé de la règle du double aspect en y ajoutant les conseils de prudence à laquelle y joignait le vicomte Haldane en 1916. Il revient ensuite sur l'ancillarité, rejetant l'idée qu'il s'en était faite en 1913. Après avoir tourné autour du pot, le juge Duff abandonne<sup>264</sup> :

It would be most unwise, I think, to attempt to lay down any rules for determining repugnancy in this sense.

Il est en effet tentant, devant la complexité de la détermination de l'élément de contrariété, de se rappeler les conseils souvent répétés au Conseil privé de ne jamais s'écarter des faits de la cause. Mais l'éminent juge poursuit :

I do not find any difficulty in dealing with the present case.

Tant que l'objet de la législation provinciale et son effet immédiat se limitent exclusivement à prescrire les conditions d'octroi ou de suspension du permis de conduire, « je ne pense pas, généralement parlant » que l'on doive l'écarter comme incompatible avec l'article 285 (7) du Code criminel. Le juge Duff termine en soutenant le juge Rinfret et par là même les juges Crocket et Kerwin. Le juge Rinfret reprendra la théorie du double aspect<sup>265</sup>. Le juge Hudson déclare : « In my opinion there is no conflict ». Enfin le juge Taschereau donne la dernière opinion de ce jugement sans toutefois parler ni du double aspect, ni d'ancillarité, ni de champ inoccupé<sup>266</sup>.

Nous avons insisté sur ce jugement car il montre toute la peur qu'ont les juges de s'engager dans la difficile détermination de l'incom-

<sup>262</sup> *Ibid.*, p. 400.

<sup>263</sup> *Ibid.*, p. 401.

<sup>264</sup> *Ibid.*, p. 402.

<sup>265</sup> *Ibid.*, p. 415.

<sup>266</sup> *Ibid.*, p. 418.

patibilité. Cette peur s'explique tout à fait car les effets de la prépondérance sont d'une grande importance pour la loi provinciale.

D'ailleurs peu de décisions peuvent être citées comme exemples de l'application effective de ce principe de la prépondérance fédérale. La plus connue est sans conteste l'affaire *Lindal*<sup>267</sup>, déjà ancienne, où le juge Lamont au nom du juge en chef Duff et pour les juges Rinfret et Smith (le juge Crocket étant dissident) déclara inopérante la *Loi albertaine sur l'assurance*<sup>268</sup> devant l'article 285 du Code criminel. Il semblait pourtant que les deux dispositions étaient plutôt identiques qu'en contrariété directe et qu'une déclaration d'inconstitutionnalité aurait été plus exacte. Cette affaire sera suivie trait pour trait par le juge William de la Cour du banc de la Reine du Manitoba<sup>269</sup>.

La prépondérance fut également reconnue à l'article 285 (6) du Code criminel face à l'article 41 (1) de la loi québécoise des véhicules automobiles; ces deux dispositions concernaient la conduite dangereuse pour la vie et la propriété d'autrui. Le juge Durambeau de la Cour supérieure releva le conflit par similarité en se contentant de citer un seul précédent, de taille il est vrai, celui de la prohibition locale<sup>270</sup>. Le conflit par identité fut également retenu dans l'affaire *Dickie*<sup>271</sup> par le juge Egbert qui décida que l'article 111 (3b) du code de la route de l'Alberta<sup>272</sup> devait s'effacer devant l'article 285 (8) du Code criminel. Citons enfin l'affaire *Dodd*<sup>273</sup> quand la Cour d'appel de l'Ontario décida qu'une loi ontarienne devait en partie céder la place à l'article 285 (2) du Code criminel, les deux législations disposant de l'obligation pour les parties à un accident de porter assistance à toute personne en danger par suite de l'accident. Notons que dans l'affaire *Stephens*<sup>274</sup> le juge Tritschler se dira en désaccord complet avec cet arrêt. Soit la loi provinciale vise un but différent de la disposition fédérale et a un aspect particulier et alors elle reste valide et elle n'est pas identique à la disposition fédérale; dans ce cas on ne voit pas pourquoi elle s'écarterait; on invoque généralement le fait que la loi provinciale doit être inopérante pour éviter la double poursuite pour un même acte. Et pourtant, à partir du moment où les deux dispositions visent un but différent on ne voit pas pourquoi l'individu qui enfreint les dispositions ne serait pas poursuivi deux fois: son acte en effet se dédouble et l'auteur de l'acte commet deux infractions au même titre que celui qui par exemple assassine la personne qu'il a enlevée: il y a alors deux infractions pour un acte qui se dédouble: l'enlèvement et l'assassinat; soit la loi provinciale « is so related to the substance of the federal statute » (affaire *Dodd*) et alors ne conviendrait-il pas de se poser simplement la question de la constitutionnalité de l'acte?

<sup>267</sup> *Home Insurance Co. of N.Y. and U.-S. v. Lindal and Beattie*, [1934] R.C.S. 33.

<sup>268</sup> *Alberta Insurance Act*, S.A. 1926, c. 31.

<sup>269</sup> *Kennedy v. Rowell*, (1954) 4 D.L.R. 44.

<sup>270</sup> *Sabourin v. Bédard*, [1949] C.S. 86.

<sup>271</sup> *Re R. v. Dickie et R. v. Pomerleau*, (1955) 2 D.L.R. 757.

<sup>272</sup> *Vehicles and Highway Traffic Act*, S.R.A. 1942, c. 275.

<sup>273</sup> *Re Dodd*, (1957) 7 D.L.R., (2<sup>e</sup>), 436 et *supra*, note 236.

<sup>274</sup> *Supra*, note 245.

La notion de conflit par identité pourrait alors seulement se comprendre comme une mesure d'opportunité: il se peut que les juges soient conscients de l'inconstitutionnalité d'une loi provinciale qui crée par exemple des infractions au Code criminel mais qu'en l'absence d'une disposition fédérale et que devant la nécessité de réprimer une certaine conduite ils valident la loi provinciale. Quand arrivera la disposition fédérale ils ne pourront qu'écarter la loi provinciale afin d'éviter les conséquences extrêmes de la déclaration d'inconstitutionnalité, déclaration devenue de toute façon impossible par le jeu de la règle du *stare decisis*.

## 2. Effets

La prépondérance produit des effets sensibles sur les lois en question, effets qui ne sont vraiment particuliers que pour la loi provinciale.

### a) Sur la loi provinciale

La loi provinciale reste valide et n'est pas abrogée; elle est cependant écartée. Elle est mise en quelque sorte en réserve car si la loi prépondérante venait à être abrogée ou retirée, la loi provinciale recommencerait immédiatement à s'appliquer. La loi provinciale devient inopérante et non pas inconstitutionnelle. Ces effets furent dégagés dès 1896 par Lord Watson :

Il incombe maintenant d'examiner ensuite la question de savoir si les dispositions de l'article 18 de la loi provinciale viennent en conflit, et le cas échéant dans quelle mesure, avec celles de la loi fédérale de 1886. Dans la mesure d'une telle incompatibilité, la loi provinciale doit céder le pas à la législation du Dominion et doit rester inopérante jusqu'au moment où la loi de 1886 aura été abrogée par le parlement qui l'a adoptée <sup>275</sup>.

De tels effets furent également très bien dégagés par le vicomte Cave dans l'affaire de la *Banque Royale* <sup>276</sup>.

Comme nous l'avons constaté en étudiant les quelques arrêts qui effectivement appliquèrent la prépondérance les juges utilisèrent la plupart du temps les possibilités offertes par la divisibilité des lois. Ils n'écarteront que les dispositions de la loi qui sont en conflit avec celles de la loi fédérale prépondérante, à moins que, comme en matière d'inconstitutionnalité, les dispositions provinciales incompatibles fassent corps avec les autres dispositions de la loi, auquel cas c'est toute la loi provinciale qui peut être écartée <sup>277</sup>.

La prépondérance a donc des effets négatifs sur la loi provinciale mais n'en a aucun sur la compétence de la législature. Ces effets négatifs furent poussés à l'extrême par le juge Cartwright dans *O'Grady*

<sup>275</sup> O'CONNOR, *op. cit.*, annexe 3, p. 47.

<sup>276</sup> *La Banque Royale du Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187.

<sup>277</sup> *Supra*, note 161.

et la théorie du conflit implicite aboutit presque à nier la compétence provinciale elle-même, en pratique<sup>278</sup>. C'est pourquoi selon nous elle doit être immémédiatement écartée car elle revient à nier l'idée même de prépondérance et ne répond pas à l'utilité que l'on attend de ce principe, entre autres choses la préservation intégrale des compétences provinciales pourvu que leur exercice n'empêche pas de rendre efficace l'application des compétences reconnues par ailleurs au Parlement.

L'effet de la prépondérance sur la loi provinciale doit se limiter à la seule suspension de cette loi et nous citerons cette phrase du juge en chef Porter de la Cour d'appel de l'Ontario :

Even if there is some area of conflict, this would merely suspend the operation of section 29 (1) and not invalidate it<sup>279</sup>.

Les effets de la prépondérance sur la loi provinciale furent aussi très bien exprimés par le juge Lamont dans l'affaire *Lindal* :

The effect of this legislation by Parliament was to supersede existing provincial legislation, which was legislation in the same field; and thereafter, as long, at all events, as the Dominion legislation should remain in force, the provincial legislation would necessarily be inoperative<sup>280</sup>.

## b) Sur la loi fédérale

La prépondérance ne produit aucun effet sur la loi fédérale. Elle ne fait que confirmer son autorité.

Les effets de la prépondérance sont sensiblement les mêmes qu'il s'agisse de la prépondérance textuelle, de la prépondérance découlant du double aspect ou de celle venant de l'ancillarité. Ces effets prendront cependant des dimensions différentes en rapport avec l'étendue de chacune des variétés du principe. La prépondérance venant de l'ancillarité semble précisément avoir une portée assez considérable.

## C – La prépondérance au sens large

Cette dernière espèce de prépondérance est de moins en moins utilisée par les juges mais prit dans l'histoire du droit constitutionnel canadien une place considérable. Une autre prépondérance, complètement disparue celle-là, est celle de l'article 132 de l'Acte de 1867. Nous rappelons que techniquement cette distinction entre la prépondérance au sens large et prépondérance au sens strict ne se justifie guère. Mais c'est la dimension politique prise par l'ancillarité et autrefois par l'article 132 qui nous amène à faire cette séparation ainsi que, comme nous l'avons dit plus avant, les possibilités que donne une telle division pour juger de l'avenir du principe.

<sup>278</sup> *Supra*, note 28.

<sup>279</sup> *Supra*, note 237.

<sup>280</sup> *Supra*, note 267, [1934] R.C.S. 33, p. 40.

### 1. La prépondérance des dispositions ancillaires fédérales

La tendance à mêler de plus en plus double-aspect et ancillarité, tendance qui se manifeste parfois dans la jurisprudence (comme nous l'avons vu dans les notes de Duff au cours de notre étude sur l'affaire *Egan*<sup>281</sup>), souvent dans la doctrine anglaise<sup>282</sup>, demandait au contraire que l'on traitât de ce problème en même temps que l'on exposait la prépondérance du double aspect. Nous avons choisi une solution moyenne car il est des domaines qui résistent encore fortement à cette assimilation prônée par la doctrine anglaise; aussi retenons-nous cette espèce de prépondérance en lui réservant un développement à part.

Nous n'avons pas l'intention de reprendre tous les arrêts qui retinrent l'ancillarité car des origines de l'affaire *Tennant*<sup>283</sup> jusqu'à nos jours, le nombre de décisions qui l'utilisèrent est incalculable. Retenons simplement les affaires les plus récentes et surtout celles qui touchent aux questions de divorce et garde des enfants, l'un des réduits dont nous parlions tout à l'heure qui résiste encore à l'assimilation de cette doctrine dans l'ensemble des théories de l'aspect.

L'ancillarité a joué à plein en matière de divorce. Dans une série d'arrêts récents, on a jugé que la réglementation de la garde des enfants était une matière auxiliaire à celle dont la réglementation appartient au Fédéral en vertu de l'article 91 (26)<sup>284</sup>. La première décision en ce sens fut donnée par la Cour suprême de Colombie britannique dans l'arrêt *Niccolls*<sup>285</sup>; puis la Cour d'appel du Manitoba décida que les articles 11 et 12 de la loi fédérale sur le divorce<sup>286</sup> étaient *intra vires* comme ancillaires à l'article 91 (26) de l'Acte de 1867<sup>287</sup>; dans l'arrêt *Papp*<sup>288</sup> le juge Laskin fit prévaloir cette même loi fédérale<sup>289</sup>; le même juge rendit inopérant le Matrimonial Causes Act d'Ontario<sup>290</sup> dans l'affaire *Tapson*; enfin la haute Cour d'Ontario vient juste de juger que l'article 11 (1c) de la loi fédérale<sup>291</sup> permettant au tribunal de décider de la garde des enfants du mariage était *intra vires* comme auxiliaire au divorce mais le juge Wright refusa de déclarer les lois provinciales traitant du même sujet inopérantes en donnant une appréciation stricte de ce que doit être le conflit<sup>292</sup>.

<sup>281</sup> *Supra*, note 261.

<sup>282</sup> *Supra*, note 42.

<sup>283</sup> *Tennant v. Union Bank of Can.*, [1894] A.C. 31.

<sup>284</sup> « Mariage et divorce ».

<sup>285</sup> *Niccolls v. Niccolls*, (1969) 4 D.L.R., (3<sup>e</sup>), 209.

<sup>286</sup> *Infra*, note 291.

<sup>287</sup> *Whyte v. Whyte*, (1970) 7 D.L.R., (3<sup>e</sup>), 7.

<sup>288</sup> *Papp v. Papp*, (1970) 8 D.L.R., (3<sup>e</sup>), 389.

<sup>289</sup> *Ibid.*, p. 394.

<sup>290</sup> *Tapson v. Tapson*, (1970) 8 D.L.R., (3<sup>e</sup>), 727; *Matrimonial Causes Act*, S.R.O. 1960, c. 232.

<sup>291</sup> *Divorce Act*, S. Can. 1967-1968, c. 24.

<sup>292</sup> *Bray v. Bray*, (1970) 15 D.L.R., (3<sup>e</sup>), 40: ce jugement est intéressant mais on peut penser qu'il est dommage qu'il soit émaillé par des considérations très humanitaires certes, mais bien peu juridiques.



Il semble que cette question de la garde des enfants soit le dernier bastion de l'ancillarité; la théorie de l'ancillarité dut en effet affronter deux dangers devant lesquels elle semble avoir succombé; le premier venait de l'intérieur même du principe: en s'élargissant sans cesse grâce à l'élasticité que peut avoir l'élément qui définit ce principe (qu'est-ce qui est nécessairement incident?) l'ancillarité semble avoir rejoint par certains côtés la théorie des dimensions nationales et se confondre dans l'aspect; le second danger est venu de l'extérieur et consiste à repousser l'ancillarité pour préférer l'exclusivité.

Déjà dans les beaux jours de l'ancillarité il y avait quelques nuages; ainsi, avant que le Conseil privé fasse une fois de plus triompher l'ancillarité dans l'affaire du *Grand Tronc*<sup>293</sup>, la Cour suprême avait été témoin des premières fausses notes au profit de l'exclusivité: deux juges, Davies et Taschereau, ont rejeté l'ancillarité<sup>294</sup>; ils laissèrent entendre que l'on parlait souvent à tort de la compétence implicite au lieu de dire tout simplement qu'il s'agissait de sujets non provinciaux. Le renversement était plus sensible dans l'affaire de la *Banque Royale*<sup>295</sup>, un an avant que le juge Duff tranche plus sèchement encore contre l'ancillarité<sup>296</sup>. D'ailleurs le brillant jugement que rendit ce même juge dans l'affaire de la mise-en-marché des produits naturels fut un refus total à l'encontre de l'ancillarité même si en l'espèce<sup>297</sup> la Cour suprême des Etats-Unis aurait sans aucun doute appliqué la doctrine Shreveport<sup>298</sup>. Dans l'affaire des conserveries de poissons, à la Cour suprême<sup>299</sup>, le juge Newcombe fut également sévère à l'encontre de l'ancillarité.

Les douze dernières années furent catastrophiques pour l'autonomie, voire l'existence de la théorie de l'ancillarité. Alors que dans l'affaire *Klassen*<sup>300</sup> elle semblait s'évanouir dans la théorie de l'aspect, elle fut rejetée de plus en plus brusquement par les tribunaux<sup>301</sup>. La prépondérance venant de l'ancillarité semble en voie de disparition. Une autre prépondérance a, elle, complètement disparu: il s'agit de celle de l'article 132.

## 2. La prépondérance de l'article 132

L'article 132 prévoyait que le Parlement canadien aurait le pouvoir de promulguer toute loi nécessaire à l'application au Canada des traités négociés par le gouvernement impérial. De telles lois étaient prépondé-

<sup>293</sup> *Supra*, note 75.

<sup>294</sup> [1906] R.C.S. 232.

<sup>295</sup> *Supra*, note 276.

<sup>296</sup> *Reference re Waters and Waters-Powers*, [1929] R.C.S. 200.

<sup>297</sup> *Avis sur la loi sur l'organisation du marché des produits naturels*, [1936] R.C.S. 398.

<sup>298</sup> *Houston, East and West Texas Ry. v. U.-S.*, 234 U.-S. 342 (1914).

<sup>299</sup> [1928] R.C.S. 457.

<sup>300</sup> *R. v. Klassen*, (1959) 20 D.L.R., (2<sup>e</sup>), 406, 29 W.W.R. 369.

<sup>301</sup> Une majorité des 5/9 se prononça contre dans *McKay et McKay v. La Reine*, [1965] R.C.S. 798; *Commission du salaire minimum du Québec v. Bell Telephone*, [1966] R.C.S. 767.

rantes par rapport aux lois provinciales incompatibles et nous avons eu l'occasion en étudiant la prépondérance en matière d'immigration d'en voir des exemples dans la jurisprudence<sup>302</sup>. Avant que le Canada ait à assumer sa condition de nation indépendante cette prépondérance des lois fédérales prises en vertu de l'article 132 joua à plein. Ainsi la Cour suprême et le Conseil privé avaient repoussé une loi de Colombie britannique qui éloignait Japonais et Chinois de certaines catégories d'emploi, pour la raison que cette loi allait à l'encontre d'une législation passée par le Parlement en application d'un traité de 1913 passé entre la Grande-Bretagne et le Japon<sup>303</sup>. La Cour d'appel du Manitoba écarta également une loi provinciale en conflit avec une loi fédérale d'application d'un traité conclu en 1916 entre la Grande-Bretagne (pour le Canada) et les États-Unis d'Amérique au sujet des oiseaux migrateurs<sup>304</sup>.

Dans les années vingt et trente cependant, alors que le Canada prenait en main ses propres responsabilités, la question de la mise en œuvre des traités se posa dans un contexte entièrement différent. L'affaire de l'*Aéronautique*<sup>305</sup> ne mit pas les tribunaux carrément en face du problème. La plupart des éléments de la loi fédérale en cause venaient de la volonté du Canada de mettre en œuvre les obligations qu'il avait contractées à la suite d'une convention ratifiée au nom de l'Empire britannique en 1922. Aussi, Lord Sankey n'eut aucune difficulté à valider la loi fédérale en invoquant une fois de plus l'article 132. Mais la Cour suprême fut unanime à donner une réponse négative à la première question : le Parlement et le Gouvernement du Canada ont-ils compétence législative et exécutive exclusive ( et donc prépondérante en cas de rencontre avec une loi provinciale valide selon le double aspect) pour exécuter les conventions ?

L'affaire de la Radio ne fut pas une occasion manquée pour répondre au problème. Le vicomte Dunedin rejeta alors l'argument du rapporteur du Québec selon lequel le pouvoir de mettre en œuvre des accords internationaux comme la Convention de la radio devait être soumis à la division des pouvoirs telle que prévue par l'Acte de 1867. L'application des traités passés par le Canada devait à son avis être considérée comme une nouvelle question qui relevait des pouvoirs résiduels du Parlement<sup>306</sup>.

En moins de temps que n'en avait mis le vicomte Haldane pour ruiner l'affaire *Russell*, Lord Atkin affaiblit considérablement la portée de l'affaire de la Radio. Dans l'affaire des *Conventions internationales du travail*<sup>307</sup> Lord Atkin réduisit l'utilisation de la clause des pouvoirs résiduels faite par le vicomte Dunedin à la réglementation des communications radio, sujet effectivement nouveau et dont la réglementation

<sup>302</sup> *Supra*, note 156.

<sup>303</sup> *In re Employment of Aliens*, [1922] R.C.S. 293; *P.-G. C.-B. v. P.-G. Can.*, [1924] A.C. 203.

<sup>304</sup> *Le Roi v. Stuart*, (1925) 1 D.L.R. 12, (juge DENNISTOUN, p. 18).

<sup>305</sup> *La réglementation de l'Aéronautique au Canada*, [1932] A.C. 54; [1930] R.C.S. 663.

<sup>306</sup> *La réglementation des radiocommunications au Canada*, [1932] A.C. 394.

<sup>307</sup> *P.-G. Can. v. P.-G. Ont. et autres*, [1937] A.C. 326.

n'était prévue ni dans l'article 91 ni dans 92. Quant à l'application des traités en général, il reconnut au contraire que l'autorité investie du pouvoir de légiférer pour rendre efficace cette application était celle-là même qui avait compétence pour légiférer ordinairement sur la matière concernée par le traité. Si l'accord traitait d'une matière énumérée à l'article 92, alors la législation y donnant effet ne peut qu'être passée par les législatures provinciales. La prépondérance des lois fédérales d'application des traités internationaux avait disparu dès 1932, celle au moins que l'on rattachait à l'article 132. Elle s'était alors retrouvée dans l'article 91 (introductif) et aurait pu jouer comme celle que nous avons étudiée dans le 1 du B de notre seconde partie; elle est maintenant soumise aux mêmes règles du jeu que la prépondérance des autres lois fédérales et se trouve limitée aux matières qui de toute façon relèvent de la compétence fédérale.

### CONCLUSION

Pour connaître l'avenir de la prépondérance il faut s'interroger sur les perspectives qui semblent être offertes aux processus qui déclenchent le fonctionnement de ce principe; on ne peut en effet dissocier la prépondérance fédérale des autres grands principes d'interprétation et de classification utilisés par les tribunaux pour parfaire le droit constitutionnel canadien. Ainsi la prépondérance semble en recul très net en tant que règle de résolution des conflits provenant de la concurrence textuelle: l'article 95 est de moins en moins retenu par les juges et ne le fut d'ailleurs que rarement. Certes les contradictions qui empêchent d'y voir clair dans la répartition des pouvoirs en matière de mise en marché des produits agricoles pourraient exiger un renouveau de la concurrence en matière d'agriculture par une nouvelle définition du mot « agriculture » inséré dans l'article 95; on peut cependant penser que d'autres solutions plus expéditives et moins révolutionnaires pourront être trouvées ailleurs et l'on semble plus se presser autour des solutions traditionnelles de coopération ou de répartition des compétences « au jour le jour ». Ce recul de la prépondérance est encore plus flagrant pour celle qui découle de l'ancillarité<sup>308</sup>.

L'avenir de la prépondérance apparaît peut-être meilleur si l'on s'accorde à reconnaître au double aspect un succès qui ne s'est jamais terni; de ce côté-ci la multiplication des champs concurrents serait étonnante. D'aucuns s'inquiètent même alors de cette évolution qui voit la multiplication des champs concurrents et il est certain qu'une utilisation systématique du double aspect joint à la prépondérance serait alors lourde de menaces pour l'autonomie provinciale<sup>309</sup>. Le principe de la prépondérance est un remède aux maladies du fédéralisme qui, utilisé

<sup>308</sup> P. GARANT, *Le déclin de la théorie des pouvoirs ancillaires, 1966-1967, Cahiers de Droit*, p. 104.

<sup>309</sup> W. R. LEDERMAN, *supra*, note 40. Cet article semble aujourd'hui largement remis en cause.

abusivement peut avoir raison de ce système; l'exemple américain le prouve et dans une causerie organisée récemment à l'université de Montréal, le professeur Charlier disait en parlant de l'idéal d'un État mondial: « La répartition des compétences peut seule retarder l'évolution vers le centralisme; la meilleure formule pour en arriver à l'État mondial est de laisser communes toutes les compétences »<sup>310</sup>.

---

<sup>310</sup> Séminaire donné par le professeur CHARLIER: *Vers un droit public commun*, 20 octobre 1970, faculté de Droit, Université de Montréal.

## TABLE DES ARRÊTS \*

1. <i>Abbott v. La cité de Saint-Jean</i> , (1908) 40 R.C.S. 597 ....	198, 199
2. Avis sur la réglementation et le contrôle de l'Aéronautique au Canada, [1932] A.C. 54 ; [1930] R.C.S. 663 .....	105, 305
3. Avis sur la <i>Loi de la Commission de Commerce</i> , [1922] A.C. 191 .....	227
4. Avis relatif aux Droits miniers sous-marins, [1967] R.C.S. 792 .....	196
5. Avis sur l'article 6 du Saskatchewan Farm Security Act, [1947] R.C.S. 394 .....	149
6. Avis sur la validité de l'article 5 (a) de la <i>Loi de l'Industrie laitière</i> , [1949] R.C.S. 1 .....	150, 151
7. Avis sur la <i>Loi sur l'Organisation du Marché des Produits naturels</i> , [1936] R.C.S. 398 .....	297
8. Avis sur la <i>Loi des Pêcheries</i> , 1914, [1928] R.C.S. 457 ....	76
9. Avis sur la réglementation des Radiocommunications au Canada, [1932] A.C. 394 .....	306
10. Avis sur l'article 92 (4) du <i>Vehicles Act</i> de Saskatchewan, 1957, [1958] R.C.S. 608 .....	232, 238, 241
11. <i>Banque Royale du Canada (La) v. Larue</i> , [1928] A.C. 187	21, 238, 276, 295
12. <i>B.-C. Electric Railway Co. v. The Victoria, Vancouver and Eastern Railway</i> , [1913] R.C.S. 98 .....	55, 132
13. <i>Bédard v. Dawson</i> , [1923] R.C.S. 681 .....	48, 52, 238
14. <i>Binus v. R.</i> , [1967] R.C.S. 595 .....	260
15. <i>Birks and Sons v. Montréal et P.-G. Q.</i> , [1955] R.C.S. 799	130
16. <i>Bray v. Bray</i> , (1970) 15 D.L.R. (3 <sup>e</sup> éd.) 40 .....	292
17. <i>Brooks v. Moore</i> , (1907) 13 B.-C. R. 91 .....	139
18. <i>Brooks v. P.-G. C.-B.</i> , [1923] A.C. 450 .....	176
19. <i>Citizens Insurance Co. v. Parsons</i> , (1880) 4 R.C.S. 215 ....	95, 96
20. <i>Compagnie de Chemins de Fer du Pacifique Canadien v. P.-G. C.-B.</i> , [1950] A.C. 122 .....	107
21. <i>Compagnie hydraulique (La) v. Continental Heat Co.</i> , [1909] A.C. 194 .....	189
22. <i>Cunningham et P.-G. C.-B. v. Homma et P.-G. Can.</i> , [1903] A.C. 151 .....	173, 197
23. <i>Edwards v. P.-G. Can.</i> , [1930] A.C. 124 .....	69
24. <i>Fawcett v. P.-G. Can.</i> , [1964] R.C.S. 625 .....	253
25. <i>Forbes v. P.-G. M.</i> , [1937] A.C. 260 .....	87
26. <i>Gibbons v. Ogden</i> , 9 Wheat 1 (1824) .....	117, 121, 243
27. <i>Gold Seal Ltd. v. Dominion Express Co.</i> , (1925) 62 R.C.S. 424 .....	45
28. <i>Grand Tronc (Le) v. P.-G. Can.</i> , [1908] A.C. 65 ; [1906] R.C.S. 232 .....	59, 65, 75, 102, 103, 108, 293, 294
29. <i>Great West Sadlery Co. v. R.</i> , (1921) 2 A.C. 91 .....	38

\* Les chiffres à droite de la page renvoient aux notes.

30. <i>Hartley v. Hooker</i> , (1777) .....	68
31. <i>Hodge v. R.</i> , (1883) 9 A.C. 117 .....	19, 46, 181, 186
32. <i>Home Insurance Co. v. Lindal et Beattie</i> , [1934] R.C.S. 33 .....	24, 51, 267, 280
33. <i>Houston, East and West Texas Railway v. U.S.</i> , 234 U.S. 342 (1914) .....	298
34. <i>Huson v. South Norwich</i> , (1895) 24 R.C.S. 143 .....	98
35. <i>John Deere Plow Co. Ltd. v. Wharton</i> , [1915] A.C. 330 .....	9, 37
36. <i>Johnson v. P.-G. A.</i> , [1954] R.C.S. 127 .....	228, 230, 231
37. <i>Kennedy v. Rowell</i> , (1954) 4 D.L.R. 44 .....	51, 269
38. <i>Ladore v. Bennett</i> , [1939] A.C. 468 .....	35
39. <i>Livingston v. Van Ingen</i> , 9 Johns, 507 (N.Y. 1812) .....	117, 120, 124
40. <i>Lord's Day Alliance v. P.-G. M.</i> , [1925] A.C. 384 .....	131
41. <i>Lord's Day Alliance of Can., v. P.-G. C.-B.</i> , [1959] R.C.S. 497 .....	48, 52, 129, 132
42. <i>Lower Mainland Dairy Product Board v. Turner's Dairy Ltd.</i> , [1941] R.C.S. 573 .....	144
43. <i>Mackay v. R.</i> , [1965] R.C.S. 810 .....	67, 301
44. <i>Mann v. R.</i> , [1966] R.C.S. 238 .....	47, 128, 254
45. <i>Maritime Bank v. Receveur général du N.-B.</i> , [1892] A.C. 437 .....	19
46. <i>McColl v. Compagnie des Chemins de Fer du Pacifique Canadien</i> , [1923] A.C. 126 .....	200, 203
47. <i>McCulloch v. Maryland</i> , 4 Wheat 316 (1819) .....	97
48. <i>McLean v. Pettigrew</i> , [1945] R.C.S. 62 .....	238
49. <i>Montréal v. Tremways de Montréal</i> , [1912] A.C. 333 .....	109, 133, 238
50. <i>Niccolls v. Niccolls</i> , (1969) 4 D.L.R. (3 <sup>e</sup> éd.) 209 .....	57, 285
51. <i>O'Grady v. Sparling</i> , [1960] R.C.S. 804 .....	28, 41, 122, 125, 222, 240, 242, 247, 278
52. <i>Ouimet v. Bazin</i> , (1911) 46 R.C.S. 502 .....	239
53. <i>Papp v. Papp</i> , (1970) 8 D.L.R. (3 <sup>e</sup> éd.) 389 .....	288, 289
54. <i>P.A.T.A. v. P.-G. Can.</i> , [1931] A.C. 310 .....	225
55. <i>P.-G. A. v. P.-G. Can.</i> , [1915] A.C. 36 .....	127
56. <i>P.-G. C.-B. v. P.-G. Can.</i> , [1924] A.C. 203 .....	168, 303
57. <i>P.-G. C.-B. v. P.-G. Can.</i> , [1937] A.C. 377 .....	131
58. <i>P.-G. Can. v. P.-G. C.-B.</i> , [1929] A.C. 111 .....	73, 104
59. <i>P.-G. Can. v. P.-G. O.</i> , [1898] A.C. 700 .....	36, 66
60. <i>P.-G. Can. v. P.-G. O.</i> , [1937] A.C. 326 .....	19, 307
61. <i>P.-G. M. v. Manitoba Licence Holders' Association</i> , [1902] A.C. 73 .....	85, 188
62. <i>P.-G. O. v. Barfried Enterprises</i> , [1963] R.C.S. 570 .....	35, 205, 207, 208
63. <i>P.-G. Ont. v. Koynok</i> , (1941) 1 D.L.R. 548 .....	130, 209
64. <i>P.-G. O. v. Policy Holders of Wentworth Insurance Co. et autres</i> , (1969) 6 D.L.R. (3 <sup>e</sup> éd.) 545 .....	56, 210
65. <i>P.-G. O. v. P.-G. Can.</i> , [1894] A.C. 189 .....	33, 53, 54, 64

66. <i>P.-G. O. v. P.-G. Can.</i> , [1896] A.C. 348 .....	10, 61, 64, 74, 86, 100, 116, 182, 187, 238
67. <i>P.-G. O. v. Winner</i> , [1954] A.C. 541 .....	167
68. <i>P.-G. S. v. P.-G. Can.</i> , [1949] A.C. 110 .....	153
69. <i>Quong-Wing v. R.</i> , (1914) 49 R.C.S. 440 .....	174, 175
70. <i>Re Alberta Railway Act</i> , (1913) 12 D.L.R. 150 .....	192
71. <i>Re Dodd</i> , (1957) 7 D.L.R. (2 <sup>e</sup> éd.) 436, O.R. 5 .....	52, 236, 273
72. <i>Re Employment of Aliens</i> (1922) 63 R.C.S. 293 .....	303
73. <i>Re Munshi Singh</i> , (1914) 20 <i>B.-C. R.</i> 243 .....	162, 163
74. <i>Re Nakane et Okazake</i> , (1908) 13 <i>B.-C. R.</i> 370 .....	156, 302
75. <i>Re Narain Singh</i> , (1908) 13 <i>B.-C. R.</i> 477 .....	159, 161, 164, 165, 277
76. <i>Re Waters and Waters-Powers</i> , [1929] R.C.S. 200 .....	296
77. <i>R. v. Board of Cinema Censors of Q. ex parte Montreal News Dealers Supply Co. Ltd.</i> , (1968) 69 D.L.R. (2 <sup>e</sup> éd.) 512 .....	32
78. <i>R. v. Clements</i> , (1967) 63 D.L.R. (2 <sup>e</sup> éd.) 573 .....	257
79. <i>R. v. Council of the College of Physicians and Surgeons of B.-C., ex parte Ahmad</i> , (1970) 15 D.L.R. 105 .....	218
80. <i>R. v. Dickie</i> , (1955) 2 D.L.R. 757 .....	51, 271
81. <i>R. v. Eastern Terminal Elevator Co.</i> , [1925] R.C.S. 434 .....	147, 148
82. <i>R. v. Fleming</i> , (1962) 35 D.L.R. (2 <sup>e</sup> éd.) 483 .....	249
83. <i>R. v. Garvin</i> , (1908) 13 <i>B.-C. R.</i> 331, 14 <i>B.-C. R.</i> 260 .....	141
84. <i>R. v. Horning</i> , (1904) 8 O.L.R. 9 .....	140
85. <i>R. v. Howe</i> , (1890) 2 <i>B.-C. R.</i> 36 .....	
86. <i>R. v. Klassen</i> , (1959) 20 D.L.R. (2 <sup>e</sup> éd.) 406, 29 W.W.R. 369 .....	300
87. <i>R. v. Mankow</i> , (1959) 28 W.W.R. 433 .....	126, 233, 235
88. <i>R. v. Mantle</i> , (1951) 4 D.L.R. 366 .....	238
89. <i>R. v. Persky</i> , (1969) 1 D.L.R. (3 <sup>e</sup> éd.) 36 .....	126, 259
90. <i>R. v. Pomerleau</i> , (1955) 2 D.L.R. 757 .....	51, 271
91. <i>R. v. Stephens</i> , (1960) 22 D.L.R. (2 <sup>e</sup> éd.) 119 .....	245, 274
92. <i>R. v. Stone</i> , (1892) 23 O.R. 46 .....	143, 238
93. <i>R. v. Stuart</i> , (1925) 1 D.L.R. 12 .....	30
94. <i>R. v. Thorburn</i> , (1917) 39 D.L.R. 300 .....	190, 191
95. <i>R. v. Wason</i> , (1890) 17 O.A. 221 .....	141, 238
96. <i>Russell v. R.</i> , (1882) 7 A.C. 329 .....	183
97. <i>Sabourin v. Bédard</i> , [1949] C.S. 86 .....	51, 270
98. <i>Secrétaire provincial de VI. P.-E. (Le) v. Egan</i> , [1941] R.C.S. 396 .....	32, 48, 52, 238 261, 262, 263, 264, 265, 266, 281
99. <i>Severn v. R.</i> , (1878) 2 R.C.S. 70 .....	71, 92, 93, 94, 115
100. <i>Scottish Canadian Insurance Co. v. Dufour</i> , (1970) 8 D.L.R. (3 <sup>e</sup> éd.) 420 .....	213

101. <i>Silver Bros. Ltd. et P.-G. Q. v. P.-G. Can.</i> , [1932] A.C. 544	106
102. <i>Smith v. R.</i> , [1960] R.C.S. 776	22, 224, 246
103. <i>Stephens v. R.</i> , [1960] R.C.S. 823	223, 246, 248
104. <i>Switzman v. Eldling</i> , [1957] R.C.S. 285	34, 178
105. <i>Tapson v. Tapson</i> , (1970) 8 D.L.R. (3 <sup>e</sup> éd.) 727	290
106. <i>Tenant v. Union Bank</i> , [1894] A.C. 31	60, 72, 283
107. <i>Toronto v. Compagnie des Chemins de Fer du Pacifique Canadien (La)</i> , [1908] A.C. 54	59
108. <i>Union Colliery v. Bryden</i> , [1899] A.C. 580	170
109. <i>Union Saint-Jacques v. Bélisle</i> , (1874) 6 P.C. 31	91
110. <i>Ville de Fredericton v. R.</i> , (1880) 3 R.C.S. 887	184
111. <i>Whyte v. Whyte</i> , (1970) 7 D.L.R. (3 <sup>e</sup> éd.) 7	287
112. <i>Winner v. P.-G. Can.</i> , [1951] R.C.S. 887	179
113. <i>Yolles v. R.</i> , [1959] O.R. 206, 19 D.L.R. (2 <sup>e</sup> éd.) 19	25, 237, 279



## INDEX DES AUTEURS \*

1. ATKY, J. ....	11
2. BLACHE, P. ....	44
3. BROSSARD, J. ....	135, 169
4. BROWNE, G. P. ....	79, 110
5. CAMERON, E. R. ....	180, 195
6. CHARLIER ....	310
7. CHEVETTE, F. ....	26, 43, 123, 221, 256
8. CLEMENT, W. H. P. ....	70, 138
9. CRÉPEAU ....	40
10. DURAND, C. ....	6
11. DUVERGER, M. ....	2, 4
12. FRIEDLAND, M. L. ....	101
13. GARANT, P. ....	308
14. JACKETT, W. R. ....	84, 88, 119
15. JENNINGS, I. ....	81
16. LABRIE, F. E. ....	89
17. LASKIN, B. ....	13, 30, 39, 42, 77, 78, 80, 90, 99, 114, 136, 137, 152, 219, 226, 282
18. LEDERMAN, W. R. ....	14, 16, 20, 27, 40, 42, 114, 118, 124, 309
19. LEFBOY, A. H. F. ....	31, 113
20. LYON, N. ....	11
21. MACDONALD, V. C. ....	31, 49
22. MACPHERSON ....	40
23. MAXWELL ....	68
24. MERCIER, J. ....	155
25. MEWETT, A. W. ....	220
26. O'CONNOR, W. F. ....	112, 189
27. PEASLEE, A. J. ....	5
28. PIGEON ....	63
29. PUGET, H. ....	3, 5
30. RAVEL D'ESCLAPON (de) P. F. ....	193
31. STRAYER, B. L. ....	63, 15, 50
32. TREMBLAY, A. G. ....	7, 17, 41, 78, 83, 194, 226
33. VARCOE, F. P. ....	13, 82
34. WAITE, P. B. ....	111, 112
35. WHEARE, K. C. ....	166
36. YOUNG, C. M. ....	81

\* Les chiffres à droite de la page renvoient aux notes.

## BIBLIOGRAPHIE \*

## Ouvrages généraux

1. BROWNE, G. P., *The Judicial Committee and the British North America Act*, Toronto, University of Toronto Press, 1967, 246 p. (FAAD B 822j).
2. CAMERON, E. R., *The Canadian Constitution as interpreted by the Judicial Committee of the Privy Council in its Judgments*, Winnipeg, Butterworth & Co. (Canada) Ltd., 1915, vol. 1, 825 p. (FAAC C 212).
3. CHEVRETTE, F., *Etude juridique du partage des compétences dans le fédéralisme canadien*, Montréal, La Librairie des Presses de l'Université de Montréal, 1968-1969, 161 p. (FACD m 811o).
4. *Ibid.*, 1971, 287 p.
5. CLEMENT, W. H. P., *The Law of the Canadian Constitution*, Toronto, Carswell, 1916, 440 p. (FAAD c 6261).
6. CRÉPEAU, MACPHERSON, *L'avenir du fédéralisme canadien*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1965.
7. DURAND, Charles, *L'Etat fédéral en droit positif*, in *Le Fédéralisme*, Centre de Sciences politiques de l'Institut d'Etudes judiciaires de Nice, Paris, P.U.F., 1956, 409 p. (FYZF A 311f)
8. DUVERGER, Maurice, *Constitutions et documents politiques*, Thémis, 2<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 1960, 591 p. (FAZD D 985c).
9. JENNINGS, I. (sir) et YOUNG, C. M., *Constitutional Laws of the Commonwealth*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Clarendon Press, 1952, 519 p. (FADD J 54c).
10. JOSHI, G. N., *The Constitution of India*, Londres, MacMillan and Co. Ltd., 1961, 473 p. (FADD j 83c).
11. LASKIN, B., *Canadian Constitutional Law*, 3<sup>e</sup> éd. révisée, Toronto, Carswell, 1969, 1104 p. (FAAC L 345c).
12. LEDERMAN, W. R., *The Courts and the Canadian Constitution*, Carleton Library n° 16, Toronto, McClelland and Stewart Ltd., 1967, 248 p.
13. LEFROY, A. H. F., *The Law of Legislative Power in Canada*, Toronto, Carswell, 1897-1898, 820 p. (FBAD L 4951).
14. LEFROY, A. H. F., *Canada's Federal System*, Toronto, Carswell, 1913, 898 p. (FAAD L 495c).
15. LYON, Noël J. et ATKEY, Ronald G., *Canadian Constitutional Law in a modern perspective*, Toronto, University of Toronto Press, 1970, 1351 p.
16. MACPHERSON, note bibliographique, *supra*, n° 6.
17. O'CONNOR, W. F., *Rapport au Sénat*, Ottawa, Imprimeur du Roi, 1939, annexe 3, 255 p. (FAAF c 212r).
18. OLLIVIER, M., *Actes de l'Amérique du Nord britannique, et statuts connexes, 1867-1962*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1962.
19. OLMSTED, R. A., *Decisions of the Judicial Committee of the Privy Council*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1954, 3 volumes.
20. PEASLEE, Annos J., *Constitutions of Nations*, 3<sup>e</sup> éd., La Haye, Martinus Nijhoff, 4 volumes.
21. PIGEON, *Cours de Droit constitutionnel*, (2<sup>e</sup> année de licence), Université de Montréal, 1963-1964.

\* Le code entre parenthèses à la fin de chaque citation d'ouvrage correspond à la cote de rangement de cet ouvrage à la bibliothèque de la faculté de Droit de l'Université de Montréal.

22. PUGET, H., *Les Constitutions d'Asie et d'Australasie*, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, Paris, Les éditions de l'Épargne, 1965, 925 p. (FAZD p978c).
23. RIDDELL, W. R., *The Canadian Constitution in Form and in Fact*, New York, Columbia University Press, 1923.
24. SCOTT, F. R., *Bibliography on Canadian Constitutional Law*, Montréal, McGill University, 1948.
25. STRAYER, B. L., *Judicial Review of Legislation in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 275 p. (FAAD S 913j).
26. TREMBLAY, A. G., *Les compétences législatives au Canada*, Ottawa, Editions de l'Université d'Ottawa, 1967, 350 p. (FBAD T 789c).
27. VARCOE, F. P., *The Distribution of Legislative Power in Canada*, Toronto, Carswell, 1954, 263 p. (FAAD v289d).
28. VARCOE, F. P., *The Constitution of Canada*, Toronto, Carswell, 1965, 314 p. (FAAD v289c).
29. WHEARE, K. C., *Federal Government*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, Oxford University Press, 1953.
30. YOUNG, C. M., note bibliographique, *supra*, n° 9.

#### Ouvrages divers (spéciaux, addenda...)

1. BRIDEL, M., *Précis de droit constitutionnel et public suisse*, cours professé à l'Université de Lausanne, Lausanne, Payot, 1965, tome I, 375 p., tome II, 275 p. (FAHD B 851p).
2. BROWNE, G. P., *Documents on the Confederation of British North America* (Carleton Library n° 40), McClelland and Stewart, 1969, 377 p. (McGill Law Library JT 82 B 81d).
3. KENNEDY, W. P., *The Constitution of Canada*, London, Oxford University Press, 1922, 500 p. (FAAD k36c).
4. LE FUR, Louis, *Etat fédéral et confédération d'Etats*, thèse, Paris, 1896, 839 p. (FYFD L 495é).
5. MCWHINNEY, E., *Judicial Review*, 4<sup>e</sup> éd., Toronto, University of Toronto Press, 1969, 270 p. (FADD M 177j).
6. SMITH, (de) S. A., *The New Commonwealth and its Constitutions*, London, Stevens and Sons, 1964, 300 p. (FADD D 463m).
7. WAITE, P. B., *The Confederation Debates in the Province of Canada / 1865*, Toronto, McClelland and Stewart, 1967.

#### Articles

1. BLACHE, P., *La doctrine du champ inoccupé se porte-t-elle mal ?*, (1967) 2 R.J.T. 39-52.
2. CHEVRETTE, F., *Prolégomènes à l'étude de la notion de droit criminel en droit constitutionnel canadien*, (1969) 3 R.J.T. 17-52.
3. FRIEDLAND, M. L., *Double Jeopardy and the division of legislative authority in Canada*, (1967) 17 U. of T. Law J. 66.
4. GARANT, P., *Le déclin de la théorie des pouvoirs ancillaires*, (1966-1967) *Cahiers de Droit* 104.
5. JACKETT, W. R., *Sections 91 and 92 of the British North America Act and the Privy Council*, in *Legal Essays in Honour of Arthur Moxon*, Toronto, University of Toronto Press, 1953, 262 p., 156-182.

6. LABRIE, F. E., *Canadian Constitutional Interpretation and Legislative Review*, (1950) 8 *U. of T. Law J.* 298-352.
7. LASKIN, B., *Peace, Order and Good Government, re-examined*, (1947) 25 C.B.R. 1054 ; ou, in LEDERMAN, *The Courts and the Canadian Constitution*, note bibliographique « ouvrages généraux », *supra*, n° 12, 66-104.
8. LASKIN, B., *The Supreme Court of Canada : A Final Court of and for Canadians*, (1951) 29 C.B.R. 1038 ; ou, in LEDERMAN, note bibliographique « ouvrages généraux », *supra*, n° 12, 125-151.
9. LASKIN, B., *Occupying the Field : Paramourncy in Penal Legislation*, (1963) 41 C.B.R. 234-264.
10. LEDERMAN, W. R., *Classification of Laws and the British North America Act*, in *Legal Essays in Honour of Arthur Moxon*, Toronto, University of Toronto Press, 1953, 183-207.
11. LEDERMAN, W. R., *The concurrent operation of federal and provincial laws in Canada*, (1963) 9 *McG. L.J.* 184.
12. LEDERMAN, W. R., *The Balanced Interpretation of the Federal Distribution of Legislative Powers in Canada*, in CRÉPEAU-MACPHERSON, note bibliographique « ouvrages généraux », *supra*, n° 6 (FYAD c917f), 1965, 93.
13. MACDONALD, V. C., *Judicial Interpretation of the Canadian Constitution*, 1 *U. of T. Law J.* 260.
14. MERCIER, J., *Immigration et droits des provinces*, [1944] *R. du B.* 149.
15. MEWETT, A. W., *The Criminal Law*, (1967) 45 C.B.R. 726.
16. RAVEL D'ESCLAPON (de) P. F., *Fondements constitutionnels d'une réglementation des valeurs mobilières au Canada*, (1968) 3 R.J.T. 377-410.
17. TREMBLAY, A. G., *L'incertitude du droit constitutionnel canadien*, [1969] *R. du B.* 198-209.
18. TREMBLAY, A. G., *Les techniques d'interprétation des constitutions*, (1968), Travaux du V<sup>e</sup> Colloque international de Droit comparé, Ottawa, Les Editions de l'Université d'Ottawa, 1968.