

SOUVERAINETÉ PARLEMENTAIRE ET ARMES À FEU : LE FÉDÉRALISME COOPÉRATIF DANS LA LIGNE DE MIRE ?

Johanne Poirier

Volume 45, numéro 1-2, 2015

Ateliers de droit constitutionnel en l'honneur de Marie Deschamps

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1105801ar>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/9923>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (imprimé)

2561-7087 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Poirier, J. (2015). SOUVERAINETÉ PARLEMENTAIRE ET ARMES À FEU : LE FÉDÉRALISME COOPÉRATIF DANS LA LIGNE DE MIRE ? *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 45(1-2), 47–131. <https://doi.org/10.17118/11143/9923>

Résumé de l'article

Depuis plusieurs années, le principe du fédéralisme coopératif a rempli deux fonctions dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. D'une part, il a favorisé une reconnaissance, *de facto* ou *de jure*, de chevauchements de compétences. D'autre part, il a permis aux juges d'écarter des obstacles à la normativité en réseau. Cette conception d'un fédéralisme « souple » ou « moderne » tranche avec la structure officiellement « dualiste » du fédéralisme canadien et invite les pouvoirs législatifs et exécutifs de divers ordres de gouvernement à coopérer. L'arrêt de 2015 relatif à l'abolition du registre des armes d'épaule offre un terreau fertile pour analyser une troisième fonction du fédéralisme coopératif, qui émerge lorsque les autorités publiques de divers ordres de gouvernement ne coopèrent pas, ou plus, ou souhaitent agir de manière unilatérale en dépit d'arrangements coordonnés préexistants. Dans cette affaire, la Cour suprême a refusé de revoir sa vision maximaliste du principe la souveraineté parlementaire - l'un des piliers du fédéralisme « dualiste » - à la lumière du fédéralisme coopératif. Elle a ainsi implicitement refusé de reconnaître aux divers législateurs une quelconque obligation d'agir de bonne foi, en raison du contexte fédéral dans lequel ils évoluent. Bien qu'une dissidence robuste réitère son engouement pour le fédéralisme coopératif, elle le fait en procédant à une réévaluation particulièrement contextualisée des compétences législatives en l'instance, plutôt que par la reconnaissance d'une quelconque forme de « loyauté fédérale ». Il en résulte une coexistence malaisée des conceptions « dualiste » et « coopérative » du fédéralisme dans la jurisprudence constitutionnelle canadienne.

SOUVERAINÉTÉ PARLEMENTAIRE ET ARMES À FEU : LE FÉDÉRALISME COOPÉRATIF DANS LA LIGNE DE MIRE?

par Johanne POIRIER*

Depuis plusieurs années, le principe du fédéralisme coopératif a rempli deux fonctions dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. D'une part, il a favorisé une reconnaissance, de facto ou de jure, de chevauchements de compétences. D'autre part, il a permis aux juges d'écartier des obstacles à la normativité en réseau. Cette conception d'un fédéralisme « souple » ou « moderne » tranche avec la structure officiellement « dualiste » du fédéralisme canadien et invite les pouvoirs législatifs et exécutifs de divers ordres de gouvernement à coopérer. L'arrêt de 2015 relatif à l'abolition du registre des armes d'épaule offre un terreau fertile pour analyser une troisième fonction du fédéralisme coopératif, qui émerge lorsque les autorités publiques de divers ordres de gouvernement ne coopèrent pas, ou plus, ou souhaitent agir de manière unilatérale en dépit d'arrangements coordonnés préexistants. Dans cette affaire, la Cour suprême a refusé de revoir sa vision maximaliste du principe la souveraineté parlementaire - l'un des piliers du fédéralisme « dualiste » - à la lumière du fédéralisme coopératif. Elle a ainsi implicitement refusé de reconnaître aux divers législateurs une quelconque obligation d'agir de bonne foi, en raison du contexte fédéral dans lequel ils évoluent. Bien qu'une dissidence robuste réitère son engouement pour le fédéralisme coopératif, elle le fait en procédant à une réévaluation particulièrement contextualisée des compétences législatives en l'instance, plutôt que par la reconnaissance d'une quelconque forme de « loyauté fédérale ». Il en résulte une coexistence malaisée des conceptions « dualiste » et « coopérative » du fédéralisme dans la jurisprudence constitutionnelle canadienne.

Over the years, the Supreme Court of Canada has evoked the principle of cooperative federalism to promote a de facto or de jure legislative overlap. It has also used cooperative federalism as a justification for removing (or ignoring) technical obstacles to the normative networks on which cooperative arrangements rest, and which belie the profound dualist nature of the official Canadian federal architecture. The Court's 2015 ruling on the abolition of the Long-gun registry by federal authorities offers a fertile ground for reflecting on a third dimension of cooperative federalism, which arises when federal partners do not – or no longer – wish to collaborate. In that decision, the Court refused to revisit its maximalist understanding of Parliamentary sovereignty - one of the pillars of the “dualist” conception of federalism - in light of cooperative federalism. It thus implicitly refused to infuse constitutional law with any obligation on the part of federal partners to act in good faith in their dealings with one another. While a robust dissenting opinion reasserts a commitment to cooperative federalism, it does so through a strongly contextualised assessment of the distribution of competences, rather than by any recognition of some form of “federal loyalty”. The end-result is an uneasy co-existence of two distinct – and contradictory – conceptions of federalism in Canadian constitutional law.

*. Professeure, Faculté de droit, Université libre de Bruxelles. A compter du 1^{er} août 2015, occupera la Chaire MacKell sur le fédéralisme à la Faculté de droit de l'Université McGill. Je tiens à remercier le Conseil international d'études canadiennes pour son soutien financier, de même que Paul Daly, Jean Leclair, Jean-François Gaudreault-Desbiens, Hugo Cyr et l'honorable Marie Deschamps pour des échanges percutants sur l'évolution du fédéralisme canadien. Mes remerciements également à Nour Rashid et Frédérique Bourque pour leur efficace assistance de recherche et à Alexis Millette qui m'a gentiment transmis certaines données initiales d'une thèse de doctorat des plus prometteuses sur le fédéralisme coopératif.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	49
I. DÉFENDRE LE PRINCIPE FÉDÉRAL : OUI, MAIS LEQUEL?	52
I.1 Le fédéralisme « dualiste » et le fédéralisme « administratif » : deux logiques distinctes	54
I.2 Les principes de subsidiarité et de loyauté fédérale : parties intégrantes du fédéralisme coopératif?	59
I.3 Les difficultés résultant des transformations <i>ad hoc</i> du fédéralisme dualiste en fédéralisme administratif	62
II. LE FÉDÉRALISME CANADIEN : VALSE-HÉSITATION ENTRE DUALISME ET COOPÉRATION	65
II.1 Le système fédéral canadien : une architecture largement dualiste	66
II.2 Vers une concurrence <i>de jure</i> et <i>de facto</i> des compétences législatives et un appel à la subsidiarité.....	70
II.3 Les tensions entre la normativité en réseau et le droit positif dualiste	74
III. LA SOUVERAINÉTÉ PARLEMENTAIRE ET LE PRINCIPE DU FÉDÉRALISME COOPÉRATIF : DEUX VOIES PARALLÈLES ?	80
III.1 La souveraineté parlementaire : un principe constitutionnel sous-jacent?	80
III.2 La souveraineté parlementaire : garante du fédéralisme dualiste	83
III.3 La souveraineté parlementaire à la lumière du fédéralisme coopératif	87
III.4 L'imposition d'une obligation de bonne foi aux exécutifs : une solution de compromis?	92
III.5 Vers l'émergence d'une obligation d'agir de bonne foi dans les rapports entre partenaires fédéraux?	97
IV. L'ABOLITION DU REGISTRE D'ARMES D'ÉPAULE : LA COEXISTENCE MALAISÉE DES CONCEPTIONS DU FÉDÉRALISME COOPÉRATIF ET DU FÉDÉRALISME DUALISTE	102
IV.1 Un contexte factuel et normatif complexe et contesté	106
IV.2 Le fédéralisme coopératif et la répartition des compétences	114
IV.3 Le fédéralisme coopératif <i>c.</i> la souveraineté parlementaire	119
III.4 Les tribunaux : promoteurs et/ou gardiens du fédéralisme coopératif?	122
CONCLUSIONS	124

« Appuyons-nous sur les principes,
ils finiront toujours par céder »
Edouard Herriot

INTRODUCTION

Le *fédéralisme* est l'un de ces termes à géométrie variable dont le sens varie selon les contextes historiques, idéologiques et institutionnels. Dans sa plus simple expression, le fédéralisme est un concept politique qui se traduit par un équilibre souvent fragile entre l'autonomie d'entités constitutives et l'action conjointe des partenaires de la fédération¹. La combinaison de ces binômes unité/diversité, autonomie/participation, *joint rule/self-rule* peut se concrétiser dans des architectures institutionnelles fort diversifiées, de nature étatique ou non. L'incarnation concrète des grands principes du fédéralisme emprunte des voies variables et génère des systèmes complexes, avec une logique interne qui leur est propre.

Le fédéralisme est au cœur du régime politique et de l'architecture constitutionnelle du Canada. Or, coexistent, tant dans la pensée politique que dans l'interprétation jurisprudentielle canadienne, des conceptions du fédéralisme qui divergent selon

-
1. Ronald L. WATTS, *Comparing Federal Systems*, 3^e éd., McGill-Queen's University Press, 2008, p. 1. Certains auteurs utilisent le terme « solidarité » pour décrire le volet d'action conjointe et de participation : Jean LECLAIR, « Vive le Québec libre! Liberté(s) et fédéralisme », (2010) 3 R.Q.D.C. 1, 9. Pour d'autres, « solidarité » renvoie davantage à un sentiment d'appartenance à un collectif : Hugo CYR, « The Distinctive Federal Imaginary », (décembre 2013), en ligne : <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2355262> (consulté le 20 août 2014). Pour ma part, dans une tradition sans doute plus européenne, je réserve le terme « solidarité » à sa dimension redistributive : voir Johanne POIRIER, « Protection sociale et (dé)construction de la citoyenneté dans les fédérations multinationales », dans Jane JENSON, Béragère MARQUES-PERRERA et Éric REMACLE (dir.), *L'état des citoyennetés en Europe et dans les Amériques*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2007, p.195-214, dans lequel j'aborde l'hypothèse de « cercles concentriques » de solidarité dans les contextes d'identités imbriquées.

les époques, les valeurs dominantes ou la compréhension de la raison d'être du système. Pour certains, il s'agit essentiellement d'un mode d'organisation permettant de gérer un vaste territoire et qui doit reposer sur une vision d'égalité des provinces. Pour d'autres, le Canada est une fédération multinationale, qui par essence se doit d'admettre certaines formes d'asymétrie (au nom, justement, d'une forme d'égalité et de justice). Certains déplorent des tendances centripètes, d'autres alimentent des mouvements centrifuges. D'autres encore font le constat de mouvements entre ces pôles, selon les domaines d'intervention et les périodes.

Ainsi, lorsque la jurisprudence canadienne évoque le principe constitutionnel sous-jacent du fédéralisme², de quel fédéralisme s'agit-il? Quelles valeurs traduit-il? Quelles formes institutionnelles ou règles d'interprétation lui rendent justice? Quel impact doit-il avoir sur l'évolution de la fédération et le comportement des acteurs publics? Autrement dit, quelles conceptions du fédéralisme, parmi la pléthore d'options possibles, informent cette jurisprudence? Évoquer, en soi, le principe du fédéralisme, sans en spécifier davantage les éléments fondamentaux, est peu opérationnel. De toute façon, sa seule évocation cachera inmanquablement des conceptions sous-jacentes, une vision implicite de ce que devrait être un système fédéral particulier.

Certains auteurs ont souligné l'absence d'une conception normative du fédéralisme canadien, notamment dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada³. Dans un état complexe, démocratique et multiple, il est peu probable, voire peu souhaitable, que l'on puisse arrêter une conception faisant

2. *Renvoi relatif à la Sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

3. Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « The Canadian Federal Experiment, or Legalism without Federalism? Toward a Legal Theory of Federalism », dans Manuel CALVO-GARCIA et William L.F. FELSTINER (dir.), *Federalismo/Federalism*, Oñati, Dykinson, Instituto Internacional de sociología jurídica de Oñati, 2004, p. 81-135; Sujit CHOUDRY et Robert HOWSE, « Constitutional Theory and the Quebec Secession Reference », (2000) 13 *Can. J.L. Juris* 143.

l'unanimité, et ce, sur une base immuable. Cela dit, certaines balises, notamment institutionnelles, doivent guider les interprètes de la Constitution fédérale et au premier chef, la Cour suprême du Canada. Or, l'absence de consensus, voire les contradictions et les mutations, semblent imprégner la jurisprudence de cette dernière. En particulier, la coexistence de deux conceptions distinctes du fédéralisme sous la plume des juges correspond largement à la coexistence d'une pratique enchevêtrée qui s'éloigne parfois, sans l'écarter entièrement, d'une architecture institutionnelle largement « pilarisée », ou « en silos cloisonnés ».

Ainsi, le fédéralisme dualiste classique fournit la charpente du régime fédéral canadien qui repose notamment sur des pyramides parallèles, formées de normes unilatérales, adoptées par chacun des ordres de gouvernement⁴. Dans ce contexte, le principe de la souveraineté parlementaire, dont chaque ordre est également doté, est présenté comme garant de l'autonomie de chaque partenaire de la fédération. De plus, les contrôles parlementaire et judiciaire sont également foncièrement cloisonnés, reflétant et renforçant ainsi le caractère dualiste du système fédéral canadien.

Par contre, le fédéralisme coopératif découle d'une pratique riche en interdépendances auxquelles le pouvoir judiciaire ne souhaite pas placer d'entraves. Bien au contraire, depuis une dizaine d'années, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada prône un fédéralisme coopératif, « moderne » et « souple » qui favorise un chevauchement de compétences (sans que les juges ne renoncent pour autant à leur pouvoir de tracer des frontières entre compétences législatives fédérales et provinciales). De plus, les juges font montre d'une retenue judiciaire remarquable face à des aménagements coopératifs complexes qui mettent parfois à mal des règles traditionnelles de droit public, qui sont, elles, élaborées dans un contexte dualiste. En facilitant la pratique de la coopération entre partenaires fédéraux, les juges contribuent à

4. Ce terme est défini et exploré *infra*, partie I.1.

transformer de manière graduelle les fondements de la fédération canadienne.

À ce jour, toutefois, cette réingénierie prétorienne se limite à conforter la coopération, et non pas à sanctionner la non-coopération entre partenaires de la fédération. Autrement dit, lorsque les autres branches du gouvernement ne souhaitent pas coopérer, ou se retirent unilatéralement d'arrangements coopératifs, la portée normative du fédéralisme coopératif semble atteindre ses limites, et les juges font à nouveau appel à une conception plus dualiste de la fédération canadienne.

Divisé en quatre parties, le présent article vise à décoder cette valse-hésitation. La première partie identifie des distinctions structurelles et fondamentales entre le fédéralisme dualiste et le fédéralisme « administratif » et coopératif et soulève certaines difficultés liées au passage parfois improvisé de l'un vers l'autre. La seconde examine l'architecture largement dualiste du fédéralisme canadien et retrace brièvement l'évolution jurisprudentielle récente qui avalise certains aspects du fédéralisme coopératif. La troisième explore le possible impact de ce dernier sur la souveraineté parlementaire, jusqu'ici conçue comme l'un des piliers du système fédéral dualiste. Enfin, la quatrième partie souligne la tension entre ces deux conceptions du principe du fédéralisme dans le litige relatif à l'abolition du registre des armes d'épaule⁵.

I. DÉFENDRE LE PRINCIPE FÉDÉRAL : OUI, MAIS... LEQUEL?

Dans le cadre de mes enseignements sur le fédéralisme comparé, je propose à mes étudiants une grille d'analyse (en constante évolution) composée de plus de vingt-cinq critères permettant de distinguer – et de qualifier – les systèmes fédéraux. Certains sont contextuels, d'autres structurels, d'autres encore

5. *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 14 (ci-après « Décision sur le registre des armes à feu », CSC, 2015).

nécessitent une forme d'évaluation. En dépit des simplifications que ce type de typologie peut entraîner, l'objectif didactique est de générer une réflexion sur la réalité protéiforme du fédéralisme et de développer un « vocabulaire conceptuel » commun afin d'appréhender, dans sa complexité, le phénomène fédéral.

Dans cette typologie, le système fédéral canadien apparaît, entre autres, comme ancien et évolutif, issu d'un processus à la fois d'intégration et de dissociation, ancré dans une tradition parlementaire et largement de *common law* territoriale et multinationale⁶, partiellement asymétrique, à la fois bipolaire et polycentrique, traversé de tendances à la fois centripètes et centrifuges et, contrairement au texte fondateur, largement égalitaires dans le sens où la hiérarchie entre l'autorité fédérale et les entités fédérées est relativement limitée⁷.

Face à l'engouement jurisprudentiel pour le fédéralisme coopératif, certains critères d'une telle typologie apparaissent particulièrement pertinents. Il s'agit essentiellement du caractère dualiste ou administratif du système fédéral, lequel est généralement lié à sa dimension principalement « intragouvernementale » ou « intergouvernementale »⁸.

-
6. Rares étant les étiquettes qui ne peuvent donner lieu à discussion, toutefois. Ainsi, les deux Avis de la Cour suprême au sujet du Rapatriement de la Constitution, et particulièrement le second, rejettent implicitement toute conception multinationale du Canada : *Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793; Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « The 'principle' of Federalism and the Legacy of Patriation and Quebec Veto References », (2011) 54 *S.C. Law Rev.* (2nd) 77, 86.
 7. Cet article ne permet évidemment pas d'approfondir ces affirmations un peu lapidaires. Le but est de situer les critères sur lesquels porte l'analyse qui suit dans un contexte plus global.
 8. Sur ces critères, voir notamment : Johanne POIRIER et Cheryl SAUNDERS, « The Comparative Experience of Intergovernmental Relations in Federal Systems », dans Johanne POIRIER, Cheryl SAUNDERS et John KINCAID (dir.), *Intergovernmental Relations in Federal Systems, Comparative Structures and Dynamics*, New York, Oxford University Press, à paraître en 2015, à la page 48 et Johanne POIRIER, « Une source paradoxale du droit

I.1 Le fédéralisme « dualiste » et le fédéralisme « administratif » : deux logiques distinctes

Dans le contexte du fédéralisme, l'adjectif *dualiste* est, lui aussi, polysémique. Il renvoie parfois à des organisations fédérales « bipolaires », constituées essentiellement de deux unités⁹. Par ailleurs, il peut signaler une répartition des compétences législatives sur une base d'exclusivité, chacun des ordres de gouvernement (ou des « partenaires fédéraux ») jouissant d'une large souveraineté dans sa propre sphère de compétences. Dans cette optique, les chevauchements sont exceptionnels. Ce dualisme s'oppose donc à une conception plus enchevêtrée, partagée ou concurrente des compétences *législatives*.

Enfin, le fédéralisme dualiste se distingue du fédéralisme « administratif », lequel est parfois qualifié de fédéralisme, « exécutif »¹⁰, « coopératif »¹¹, ou « intégré ». Il est important de

constitutionnel canadien : les ententes intergouvernementales », (2009) 32 *Revue québécoise de droit constitutionnel* 19.

9. Le modèle proposé pour Chypre, et en partie celui en place en Belgique, y correspondrait. En anglais, on utilise parfois les expressions « dual » ou « dyadic » pour décrire de tels régimes : R. L. WATTS, préc., note 1, p. 178-188; Tozun BAHCHELI et Sid NOEL, « The Quest for a Political Settlement in Cyprus : Is a Dyadic Federation Viable? », (2013) 44 *Publius* 4, p. 663-658; Johanne POIRIER, « The Belgian Federation: Tools of Appeasement; Instruments of Confrontation », dans Rekha SAXENA (dir.), *Varieties of Federal Governance – Major Contemporary Models*, Cambridge University Press, 2011, p. 344, à la page 350.
10. Cette expression représente une source potentielle de confusion dans la mesure où pour certains auteurs le terme « exécutif » renvoie non pas à cette répartition des compétences fonctionnelles, mais plutôt à la domination de la branche exécutive dans le contexte des relations intergouvernementales, notamment dans les régimes parlementaires.
11. Les fédéralismes allemand, autrichien ou suisse sont régulièrement décrits comme étant « coopératifs » dans ce sens. Voir par exemple : Anwar SHAH, « Introduction : the Practice of Fiscal Federalism », dans Anwar SHAH (dir.), *The Practice of Fiscal Federalism : Comparative Perspectives*, vol. 4, Montréal/Kingston, McGill-Queen's University Press, 2007, p. 1, à la page 5 ou Wolfe LINDER, *Swiss Democracy : Possible Solutions to Conflict in Multicultural Societies*, 3^e ed., New York, Palgrave/MacMillan, 2010, p. 60. Pour sa part, Robert SCHÜTZE (*From Dual to Cooperative Federalism : The Changing Structure of European*

noter que ces adjectifs portent tous potentiellement à confusion. Ainsi, « coopératif » n'est pas tout à fait adéquat puisque des systèmes dualistes peuvent également éliciter des caractéristiques coopératives. « Administratif » n'est pas tout à fait idoine non plus, puisque la conclusion d'ententes intergouvernementales dans un contexte dualiste peut être décrite également comme une forme de fédéralisme « administratif ».

Jusqu'à ce que la décision de la Cour suprême relative à l'abolition du registre des armes à feu soit rendue, j'utilisais personnellement l'adjectif « intégré » pour décrire ce type de fédéralisme¹². Toutefois, dans cette affaire, la Cour suprême l'utilise dans un autre sens, afin de décrire des régimes coopératifs imbriqués (qu'ils découlent d'une structure dualiste ou non). La version anglaise de l'adjectif « intégré » dans cette décision utilise les expressions « *interlocking* »¹³ ou « *integrated* »¹⁴. Dans le reste de cette contribution, j'utiliserai l'adjectif « administratif », bien qu'il ne me convainque pas entièrement.

Bref, il importe d'utiliser ces termes avec précaution, mais surtout, de comprendre le modèle qu'ils désignent. Sur le plan conceptuel, la distinction entre fédéralisme dualiste et cette forme de fédéralisme renvoie largement au mode de répartitions des compétences fonctionnelles, plutôt que matérielles.

Dans un système fédéral dualiste, chaque ordre de gouvernement est doté de compétences législatives et exécutives, et souvent judiciaires. Il existe donc une sorte de « pilarisation », un cloisonnement, qui favorise en principe l'autonomie et

Law, Oxford, Oxford University Press, 2009) considère que le fédéralisme coopératif ne renvoie pas à ces modalités d'exécution par les entités fédérées, mais au pouvoir que l'un ou l'autre des ordres puisse adopter des normes *législatives* complémentaires à celles édictées par un ordre autorisé à adopter des normes générales.

12. V., e.a., POIRIER et SAUNDERS, 2015, préc., note 8.

13. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 4 (jugement rédigé en anglais).

14. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 50, 108, 109 (motifs de la minorité, rédigés en français, et traduits).

l'indépendance des autorités fédérales et fédérées. Dans de tels systèmes, l'interaction entre les partenaires de la fédération est en principe plus limitée, et prend la forme de relations intergouvernementales non pas « structurelles », mais davantage « optionnelles », « délibérées », « choisies », à l'image des relations internationales entre États indépendants. L'architecture formelle des systèmes fédéraux australien, brésilien, espagnol, belge, américain et canadien relève foncièrement de cette logique dualiste¹⁵.

Par opposition, dans un système fédéral « administratif », il incombe aux entités fédérées de mettre en œuvre une large part des compétences et des programmes fédéraux, de même que leurs propres compétences et politiques publiques, par le biais de mesures administratives, mais également dans certains cas, par l'adoption de normes législatives ou réglementaires « complémentaires » aux normes fédérales. Dans un tel régime, incarné par les systèmes fédéraux allemand, suisse, autrichien ou encore par l'Union européenne, il existe une interdépendance *structurelle* entre les ordres de gouvernement¹⁶.

Il importe de relever, toutefois, que les systèmes fédéraux administratifs sont également largement « *intragouvernementaux* » dans le sens où les entités fédérées sont appelées, directement ou indirectement, à approuver les normes fédérales qu'elles devront mettre en œuvre par la suite. Cette « participation » emprunte notamment la voie d'une seconde chambre fédérale. Le *Bundesrat* allemand en serait le prototype. Ainsi, les *Länder* allemands qui mettent en œuvre des politiques fédérales peuvent influencer sur l'adoption des lois fédérales, voire même y opposer un veto¹⁷.

-
15. L'on verra que par le truchement du « pouvoir de dépenser » ou d'ententes intergouvernementales, un système dualiste peut être transformé en système « administratif à la carte ».
 16. Voir, par exemple, art. 83-84 de la *Loi fondamentale allemande*, l'art. 46(1) de la *Constitution suisse* de 1999 ou l'article 291 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, J.O.U.E., 30.3.2010, C83/47.
 17. À noter que le recours à des vetos est remarquablement rare : Roland LHOTTA et Julia VON BLUMENTHAL, « Complex Cooperation and Party

Cette distinction *structurelle* entre les fédéralismes dualiste et administratif est capitale. Dans le premier cas, l'autonomie des entités fédérées est théoriquement protégée par l'exclusivité des compétences et le parallélisme des institutions législatives, exécutives, voire judiciaires. Chaque ordre agit, de manière autonome, dans « sa » sphère de compétences. Dans l'exercice de sa propre « souveraineté », il peut choisir de restreindre sa propre marge de manœuvre, et de collaborer avec d'autres partenaires fédéraux. La même souveraineté lui permet, en principe, de mettre unilatéralement un terme à de tels engagements¹⁸.

La logique est différente dans les systèmes administratifs. Dans ces derniers, la participation des entités fédérées à l'élaboration des normes fédérales vise à éviter que l'autorité fédérale ne les traite comme de « simples » autorités administratives décentralisées similaires à celles des États unitaires. En somme, dans un tel système, les entités fédérées participent « en amont » à l'adoption des normes qu'elles devront exécuter « en aval ». Les entités fédérées peuvent ainsi, en principe, s'assurer que les lois fédérales n'empiètent pas sur leurs propres sphères de compétences ou qu'elles ne subiront pas de conséquences financières démesurées, dans la mesure où elles doivent assumer la mise en œuvre de leurs propres lois, en sus de celles de la majorité des lois fédérales.

Dans un sens, les partenaires d'une fédération « administrative » jouissent d'une moins grande autonomie que

Politics : Intergovernmental Relations in the Federal Republic of Germany », dans J. POIRIER et C. SAUNDERS (2015), préc., note 8, p. 11.

18. Le parallélisme avec le dualisme qui caractérise – schématiquement – le rapport entre droit interne et droit international, et qui s'oppose au monisme, est évident. Sur cette question, voir Johanne POIRIER, « Les ententes intergouvernementales dans les régimes fédéraux : aux confins du droit et du non-droit », dans Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Fabien GELINAS (dir.), *Le fédéralisme dans tous ses états: Gouvernance, identité et méthodologie / The States and Moods of Federalism: Governance, Identity and Methodology*, Montréal/Bruxelles, Carswell/Bruylant, 2005, p. 441, aux pages 468-472.

leurs homologues dans les régimes dualistes : l'autorité fédérale a besoin des entités fédérées pour mettre en œuvre ses lois et programmes, les entités fédérées doivent agir comme « agents » du fédéral, dans bon nombre de fonctions administratives. Par contre, il existe des mesures institutionnelles visant à protéger les entités fédérées contre des agissements unilatéraux de l'autorité centrale. Moins de *self rule* est compensé par davantage de *joint rule*.

Sans que la corrélation soit parfaite, dans les systèmes administratifs, une répartition des compétences législatives sur une base concurrente est plus fréquente que dans les systèmes dualistes. Ce partage de compétences peut emprunter diverses formes. Ainsi, l'autorité centrale peut être dotée du pouvoir de formuler des objectifs généraux ou des lois-cadres devant être complétées par des normes législatives et/ou réglementaires plus détaillées par les entités fédérées. Dans certains cas, les autorités fédérées remplissent des fonctions essentiellement administratives dans le contexte d'une initiative fédérale. Des tels arrangements permettent une certaine asymétrie dans la mise en œuvre de larges programmes, tout en maintenant un cadre unifié au niveau central. Le degré de détails imposé à la mise en œuvre de tels programmes fédéraux varie, et peut restreindre, de manière plus ou moins significative, l'autonomie des entités fédérées.

Enfin, les systèmes fédéraux administratifs comportent, en règle générale, une organisation judiciaire également plus « intégrée », du moins en ce qui a trait au contrôle de l'action gouvernementale¹⁹. Par conséquent, le contrôle de l'action administrative fédérale ou fédérée est assumé par la même structure/hiérarchie judiciaire. Autrement dit, les systèmes fédéraux administratifs ne connaissent généralement pas la

19. Cheryl SAUNDERS, « Administrative Law and Relations Between Governments : Australia and Europe Compared », (2000) 28 *Fed.L.Rev.* 263. Cette intégration « fédérale » du contentieux administratif doit être distinguée de la pilierisation qui distingue le pouvoir judiciaire de la justice administrative et constitutionnelle (avec, par exemple, une Cour de Cassation, qui coexiste avec un Haut tribunal administratif ou Conseil d'État et une Cour constitutionnelle).

pilarisation qui caractérise largement les systèmes dualistes (les actes administratifs émanant de fonctionnaires fédéraux étant contrôlés par un tribunal fédéral et ceux émanant des fonctionnaires des entités fédérées par les tribunaux relevant de celles-ci). Cette intégration du contentieux administratif facilite évidemment le contrôle des décisions et des actes administratifs pris dans un contexte enchevêtré, décloisonné, coopératif.

I.2 Les principes de subsidiarité et de loyauté fédérale : parties intégrantes du fédéralisme coopératif?

Au-delà de ces mécanismes de participation institutionnalisée, les systèmes administratifs connaissent fréquemment deux types de normes de contrôle qui, traditionnellement, ne font pas partie de la grammaire fédérale dualiste : le principe de subsidiarité et la loyauté fédérale.

En premier lieu, le principe de subsidiarité vise à garantir que l'espace réservé aux entités fédérées dans le quotidien du fédéralisme soit protégé. Ce principe pose essentiellement qu'une compétence relève du pouvoir public situé « le plus près du citoyen », sauf démonstration qu'un pouvoir public plus éloigné (et dans certains régimes, plus « élevé ») est mieux outillé pour atteindre l'objectif politique visé. Le principe comporte donc une présomption réfragable de proximité, combinée à une évaluation de l'efficacité et à une obligation de justification d'intervention du pouvoir « plus éloigné » du citoyen²⁰.

Le principe de subsidiarité est, lui aussi, polysémique et prend des colorations distinctes selon les contextes historiques et institutionnels. On pourrait soutenir que le principe guide le pouvoir constituant au moment de la construction initiale d'un régime fédéral, voire soutient les modifications constitutionnelles visant à transférer des compétences législatives d'un ordre de

20. Richard JANDA, « Mapping Constitutional Transition : Gérald Le Dain's Approach to Jurisdiction over the Environment », ébauche 2013, p. 79-80, (manuscrit auprès de l'auteur).

gouvernement à un autre, et ce, peu importe le modèle adopté²¹. Par contre, le statut juridique et les fonctions remplies par le principe divergent par la suite, selon que les architectures fédérales soient essentiellement dualistes ou « administratives ».

Ainsi, dans une fédération dualiste, le rôle de l'arbitre constitutionnel est essentiellement de tracer les frontières, d'identifier le titulaire d'une compétence (qui est alors le plus souvent pleine et entière, tant sur le plan législatif qu'exécutif)²². Son rôle n'est donc pas, en principe, de désigner, entre plusieurs possibilités, l'ordre de gouvernement le plus en mesure de réaliser une politique publique précise. Par contre, dans un système administratif, le principe peut servir d'outil théorique et pratique pour établir qui de l'autorité fédérale ou fédérée devrait – dans un cas précis – exercer une compétence législative concurrente²³. La subsidiarité peut intervenir également dans la détermination du degré d'autonomie dont peuvent disposer les entités fédérées dans la mise en œuvre de lois fédérales²⁴. Enfin, il convient de noter que, du moins dans le contexte de l'Union européenne, le principe peut faire l'objet de contrôles tant par la Cour de justice que par

-
21. Dans le contexte de l'Union européenne, on parle alors du principe d'attribution (et non pas de subsidiarité). Voir art. 5(2), *Traité sur l'Union européenne*, J.O.U.E., 30.3.2010, C83/13.
 22. Robert A. SCHAPIRO, « Towards a Theory of Interactive Federalism », (2006) 91 *Iowa L.R.* 20, en ligne : <<http://papers.ssrn.com/abstract=734644>> (consulté le 15 août 2014).
 23. Art. 4 du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, et 5(3) du *Traité sur l'Union européenne*.
 24. Évidemment, la distinction est un peu caricaturale, puisque des critères d'efficacité ou de proximité peuvent être mobilisés afin de rattacher un projet législatif à une compétence constitutionnelle énoncée en des termes extrêmement larges ou vagues (tels que la paix, l'ordre ou le bon gouvernement) : Eugénie BROUILLET, « Canadian Federalism and the Principle of Subsidiarity: Should We Open Pandora's Box? » (2011) 54 *S.C.Law Rev.* (2nd) 601, 618-22; Jean LECLAIR, « The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism : Efficiency at the Expense of Diversity », (2003) 28 *Queen's L.J.* 411.

les parlements des États membres, voire même par les parlements régionaux au sein des États membres²⁵.

En termes un peu simplistes, on pourrait dire que la subsidiarité est à la fois consubstantielle et antithétique au fédéralisme : tout dépend du modèle fédéral en question et du contexte dans lequel elle est évoquée!

En second lieu, les systèmes administratifs sont plus susceptibles de connaître une forme de « loyauté fédérale » dont les tribunaux peuvent assurer le contrôle²⁶. Ce « devoir de fidélité réciproque » dicte une ligne de conduite aux partenaires fédéraux dans l'exercice de leurs propres compétences exécutives, mais également législatives²⁷. Dans un régime administratif, l'imbrication des autorités fédérales et fédérées est telle que la

25. *Protocole no 1 sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne* et art. 6 et 8 du *Protocole no. 2 sur l'application du principe de subsidiarité et de proportionnalité* J.O.U.E., C 83/208, 30.3.2010.

26. Cette dichotomie est, il faut le reconnaître, excessive. À titre d'exemple, dans la fédération belge, qui est essentiellement dualiste, la « loyauté fédérale » a été constitutionnellement enchâssée (art. 143). « Non justiciable » au départ, la Cour constitutionnelle a graduellement conféré à ce principe une force normative pouvant être mobilisée pour annuler une norme législative autrement constitutionnelle, mais qui remettrait en cause l'équilibre fédéral. Cette évolution prétorienne est explicitée par un amendement constitutionnel en cours d'adoption au moment d'écrire ces lignes : Joëlle SAUTOIS, « Le concept de loyauté fédérale et la sixième réforme de l'État », Journée d'études du 25 novembre 2011 à la Chambre des représentants de Belgique (copie auprès de l'auteure); Anne-Catherine RASSON, « L'histoire épique du 'vivre ensemble' belge. Une réflexion autour de la loyauté fédérale et son intégration dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle », (2012) 1 *Chroniques de droit public - Publiekrechtelijke kronieken* 25.

27. Bien que les exemples de censure du pouvoir législatif semblent être moins fréquents. Pour un examen du principe, notamment en droit allemand, voir Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « The Ethos of Canadian Aboriginal Law and the Potential Relevance of Federal Loyalty in a Reconfigured Relationship between Aboriginal and Non-Aboriginal Governments: A Thought Experiment », dans Ghislain OTIS et Martin PAPILLON (dir.), *Fédéralisme et gouvernance autochtone/Federalism and Aboriginal Governance*, Presses de l'Université Laval, 2013, p. 51, aux pages 63-77.

coopération est jugée essentielle au bon fonctionnement du système et au maintien d'un degré suffisant de confiance. L'obligation d'agir de bonne foi, qui est d'origine constitutionnelle²⁸ ou prétorienne²⁹, restreint en quelque sorte l'autonomie des partenaires de la fédération. Encore une fois, on peut lire dans cette forme de courtoisie constitutionnelle une tendance à limiter le *self-rule* au profit d'une autre forme de *joint rule*.

I.3 Les difficultés résultant des transformations *ad hoc* du fédéralisme dualiste en fédéralisme « administratif »

Dans une étude antérieure, nous avons relevé que plusieurs systèmes officiellement dualistes sont de manière casuistique, pragmatique, partielle, *de facto*, transformés en systèmes administratifs ou hybrides³¹. Ainsi, par le truchement de dévolutions « administratives », des entités fédérées sont implicitement mutées en « agents » des autorités centrales, lesquelles établissent les directions stratégiques et des politiques générales, avec ou sans la participation des entités fédérées. Cette tendance est particulièrement évidente au Brésil ou en Afrique du Sud, mais s'observe également en Australie, en Inde, en Espagne, aux États-Unis et au Canada.

Les entités fédérées peuvent approuver une telle évolution « à la carte » d'une architecture dualiste vers des aménagements s'apparentant au fédéralisme administratif, surtout si elle est accompagnée de transferts financiers : pourquoi s'acharner à défendre des compétences législatives et exécutives que l'on ne peut correctement mettre en œuvre, faute de moyens? Dans ce

28. Voir art. 44 de la *Constitution suisse*, art. 143 de la *Constitution belge*, art. 41 de la *Constitution sud-africaine*.

29. Voir décisions de la Cour constitutionnelle autrichienne : VfSlg 8831/1980, 10.292/1984; 14.403/1996, 15.281/1998, 15.552/1999, 16.452/2002. La Cour constitutionnelle allemande a eu recours au principe de loyauté fédérale dans une trentaine de décisions : Helen KNEALE, « *Legalis ergo Fidelis?* : Pensées sur un devoir de loyauté fonctionnelle en droit constitutionnel canadien », étude remise au professeur Fabien Gélinas, Faculté de droit, Université McGill (manuscrit auprès de l'auteure), p. 25-32.

31. Voir Partie III.5 du chapitre de J. POIRIER et C. SAUNDERS, préc., note 8.

cas, agir « pour le compte du fédéral » peut avoir des avantages, notamment en ce qui a trait à la bonne gestion des politiques publiques (et dès lors, de rendement électoral). Si l'impact en termes de gestion coordonnée des politiques publiques peut être positif, il est indéniable qu'une telle mutation transforme l'assise institutionnelle fédérale de manière parfois improvisée, et peut rompre avec la logique interne du système. De telles transformations « pragmatiques » peuvent être problématiques à plusieurs égards.

Premièrement, on pourrait discourir longuement sur le caractère « libre » du consentement donné à de tels arrangements par des entités fédérées fréquemment avides de ressources. L'exercice de l'autonomie permet à une entité politique de limiter sa marge de manœuvre en adhérant à un arrangement coopératif. Encore faut-il que les alternatives soient envisageables et réalistes. Si ce n'est le cas, les transformations *ad hoc* des régimes dualistes en régimes administratifs peuvent traduire une perte d'autonomie de la part des entités constituantes, et dès lors, contribuer à un déséquilibre du binôme *self-rule/joint rule*.

Deuxièmement, lorsqu'un système dualiste est informellement permuté en système administratif, les délégations de responsabilités administratives ne comportent pas (ou alors de manière très opaque et informelle) de mécanismes de participation formelle et constitutionnellement protégés à la prise de décision de l'autorité fédérale³². Le risque d'action unilatérale par l'autorité centrale est donc beaucoup plus élevé que dans un régime structurellement administratif.

Troisièmement, dans les régimes dualistes, les modalités d'imputabilité politique, de responsabilité civile de l'État et de contrôle judiciaire de l'action administrative ont été pensées et

32. C'est notamment le cas au Canada, où les provinces et territoires participent à une multitude de conférences intergouvernementales, mais sans la protection structurelle qu'apportent, par exemple, une chambre haute réellement fédérale ou des mécanismes de consultation constitutionalisés.

structurées de manière parallèle et cloisonnée. Certaines visent l'autorité fédérale, d'autres, chacune des entités fédérées. Lorsque les partenaires de la fédération élaborent des mécanismes d'action conjointe, ou de délégation administrative, ces règles peuvent être mises à mal et l'effectivité des divers contrôles fortement réduite. Ainsi, lorsque le fonctionnaire d'un ordre de gouvernement agit pour le compte d'un autre dans le cadre d'un arrangement coopératif complexe, quel ministre (fédéral ou fédéré) sera responsable politiquement? Quel juge pourra contrôler la légalité des actes administratifs : celui du « mandataire » ou du « mandant »? Des mécanismes coopératifs peuvent offrir, au cas par cas, des solutions particulières pour répondre à ces difficultés d'arrimage entre responsabilités politique, administrative et civile pensées dans un mode dualiste, d'une part, et des aménagements imbriqués, d'autre part. Mais ce n'est pas toujours le cas. Survient alors un degré d'incertitude et d'opacité dont les tiers – notamment les « administrés » – peuvent faire les frais³⁴.

Quatrièmement, des incertitudes peuvent également surgir quant au maintien de droits garantis aux citoyens par un ordre de gouvernement lorsque l'exercice d'une compétence est « délégué » à un autre ordre, de manière *ad hoc*, au cas par cas. C'est notamment le cas de certains droits linguistiques, qui, au-delà des droits constitutionnalisés liant tous les pouvoirs publics, peuvent différer d'un ordre de gouvernement à l'autre. Encore une fois, des solutions *ad hoc* ou contractuelles peuvent être élaborées, mais ce ne sera pas systématiquement le cas. Par conséquent, il incombe souvent aux minorités d'entamer de longues et coûteuses procédures pour protéger ce que l'on pourrait qualifier de « droits acquis ».

Cinquièmement, les chevauchements « à la carte » peuvent rendre nécessaire le recours à un principe de subsidiarité, pour clarifier qui doit exercer une compétence, lorsque celle-ci est partagée, soit officiellement ou *de facto*. Or, comme nous l'avons vu ci-haut, le recours à un tel principe, inédit dans le contexte

34. Voir J. POIRIER, 2009, préc., note 8 et *infra*, partie II.3.

dualiste, n'est aucunement accompagné de modalités de contrôle parlementaire ou juridictionnel, ni même de processus formels de justification.

Enfin, une sixième conséquence de l'adoption « à la carte » de mécanismes relevant du fédéralisme administratif découle de l'absence d'un principe constitutionnel de « loyauté fédérale » qui permet de limiter l'impact d'actions unilatérales susceptibles de remettre en cause les arrangements institutionnels concertés ou les programmes élaborés conjointement. Cette carence est, théoriquement, moins problématique lorsque chacun agit de manière autonome dans sa propre sphère de compétences³⁵. Elle l'est davantage lorsque les partenaires fédéraux adoptent des normes concertées et élaborent des mécanismes de coopération complexes reposant sur d'importantes interdépendances. La difficulté s'accroît lorsque les juges promeuvent la coopération, mais ne sanctionnent pas les comportements qui lui sont contraires, faute d'outils constitutionnels les autorisant à intervenir.

La prochaine section examine les mutations parcellaires et *ad hoc* du système fédéral canadien essentiellement dualiste en un système partiellement coopératif et administratif à la lumière des difficultés qui viennent d'être exposées.

II. LE FÉDÉRALISME CANADIEN : VALSE-HÉSITATION ENTRE DUALISME ET COOPÉRATION

À quelques exceptions près, l'architecture fédérale canadienne est foncièrement dualiste (II.1). Or, une tendance jurisprudentielle forte tend à favoriser un chevauchement de

35. Certains verront dans *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289 une exception à cette carence de loyauté fédérale dans l'ordre juridique canadien. Mais il convient de noter que la norme de « courtoisie » décrétée par la Cour suprême dans cette affaire i) était de nature uniquement inter-provinciale et ii) n'a été reconnue que dans le domaine de coopération judiciaire. Il s'agit donc, au mieux, d'une forme très limitée d'obligation de coopération dans le système largement dualiste canadien.

compétences au nom du fédéralisme coopératif (II.2). De même, les tribunaux évoquent le fédéralisme coopératif pour éviter de démanteler des arrangements institutionnels complexes et entrecroisés, qui comportent parfois des mutations du régime dualiste en système « administratif à la carte ». Par contre, le fédéralisme dualiste refait surface lorsque les branches exécutives et législatives choisissent non pas de coopérer, mais d'agir unilatéralement, en dépit de l'effet de leurs actions sur les autres membres de la fédération (II.3).

II.1 Le système fédéral canadien : une architecture largement dualiste

Élaborée au 19^e siècle dans un contexte impérial, la Constitution fédérale canadienne³⁶ instaure un système centralisé, voire hiérarchique, qui a fait place, au fil du temps et de la jurisprudence constitutionnelle, à une fédération relativement décentralisée³⁷ au sein de laquelle les mécanismes formels de domination fédérale sont largement tombés en désuétude³⁸. Bien que le terme *dualiste* lui-même soit peu usité³⁹, à quelques exceptions près, l'architecture fédérale canadienne originelle repose essentiellement sur une philosophie et des institutions dualistes. Au moins sept éléments structurels et/ou doctrines constitutionnelles en témoignent.

36. *La Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3.

37. Outre le fait que les critères d'évaluation des degrés de centralisation peuvent varier (compétences exclusives, autonomie fiscale ou budgétaire, etc.), il est évident qu'une telle étiquette peut s'avérer justifiée dans certains domaines de politiques publiques et non dans d'autres, et qu'elle est susceptible d'évolution selon les périodes.

38. Le pouvoir de désaveu des lois provinciales, par exemple. Des déséquilibres peuvent néanmoins découler de la prépondérance fédérale ou, plus insidieusement, par le truchement du pouvoir de dépenser. Andrew PETER, « The Myth of the Spending Power Revisited », (2008) 34 *Queen's L.J.* 163.

39. Exceptionnellement, la juge Deschamps utilise l'expression dans une opinion dissidente, soulignant que la conception du fédéralisme dualiste sous-tend la doctrine de l'immunité inter-juridictionnelle : *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, par. 106 (Deschamps J., dissidente).

En premier lieu, le recours à une double liste de compétences législatives très largement exclusives – captée par la métaphore des « compartiments étanches » introduite par le Conseil privé – traduit bien cette conception dualiste⁴⁰.

En second lieu, à de rares exceptions, les compétences exécutives sont alignées sur les compétences législatives⁴¹. La Cour suprême a admis la constitutionnalité du transfert de compétences administratives d'un ordre de gouvernement vers un autre, dans la mesure où elles sont, théoriquement du moins, révocables⁴². Un tel transfert introduit une option de fédéralisme « administratif à la carte »⁴³ et permet des aménagements asymétriques⁴⁴.

40. Lord Atkin in *Canada (A.G.) v. Ontario (A.G.)*, [1937] A.C. 326, 354.

41. L'administration de la justice criminelle, par exemple, s'apparente au système « administratif » dans la mesure où les normes relèvent de la compétence fédérale, mais qu'elles sont essentiellement appliquées et mises en œuvre par les administrations provinciales et les tribunaux provinciaux : art. 91(27) et 92(14), *Loi constitutionnelle de 1867*.

42. *P.E.I. Potato Marketing Board v. Willis*, [1952] 2 R.C.S. 392; *Loi sur l'organisation du marché des produits naturels*, [1978] 2 R.C.S. 1198; *Fédération des producteurs de volaille c. Pelland*, 2005 CSC 20 (discuté *infra* section II.2). La délégation de compétences législatives d'une assemblée législative à une autre n'est pas permise (*A.G.N.S. c. A.G. Canada*, [1951] R.C.S. 31), mais une délégation similaire vers un autre organe politique *R. v. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89, 104.

43. Contrairement au phénomène du fédéralisme « administratif à l'européenne », les autorités provinciales peuvent également déléguer des responsabilités administratives (et indirectement législatives) à des organes fédéraux (*Gendis Inc c. Canada (Attorney General)*, 2006 MBCA 58 (Man.)). Cela dit, les délégations de responsabilités fédérales vers les provinces sont plus fréquentes, du moins depuis les années 1990, période pendant laquelle la vision de « dévolutions administratives » comme solutions aux blocages constitutionnels a connu son apogée : voir Johanne POIRIER, « Federalism, Social Policy and Competing Visions of the Canadian Social Union », (2002) 13 *Revue nationale de droit constitutionnel* 355.

44. *Droit de la famille – 139*, 2013 CQCA 15, par. 16 et suiv. (dans ce cas, la mise en œuvre prend, e.a., la voie de législation provinciale complémentaire à la loi fédérale). Sur la fonction remplie par le fédéralisme coopératif dans l'adoption de solutions asymétriques non constitutionalisées, voir Johanne POIRIER, « Intergovernmental

Cet emprunt n'est évidemment que partiel puisqu'il n'est aucunement accompagné de mesures de participation structurelle des entités fédérées dans les politiques fédérales. En effet, la troisième caractéristique dualiste du fédéralisme canadien est l'absence de mécanismes constitutionnalisés assurant la participation des entités fédérées dans l'élaboration de lois fédérales, qu'elles peuvent être appelées à mettre en œuvre dans le cadre de délégations administratives. L'inadéquation du Sénat à remplir cette fonction de participation est notoire. Les innombrables mécanismes intergouvernementaux qui jalonnent la pratique du fédéralisme canadien remplissent d'importantes fonctions de coordination⁴⁵, mais aucun ne jouit d'une protection constitutionnelle, et tous peuvent être contournés ou ignorés par les exécutifs et/ou les législateurs fédéraux ou provinciaux.

En quatrième lieu, le contrôle parlementaire s'exerce sur une base cloisonnée, dans une optique résolument dualiste. Si certains comités parlementaires peuvent occasionnellement examiner des arrangements coopératifs (dans le cadre d'évaluation budgétaire, par exemple), le contrôle des relations intergouvernementales n'est aucunement systématisé, voire coordonné entre divers partenaires fédéraux⁴⁶.

Agreements in Canada : at the Cross-roads Between Law and Politics », dans Peter J. MEEKISON, Hamish TELFORD et Harvey LAZAR (dir.), *Reconsidering the Institutions of Canadian Federalism, Canada: the State of the Federation 2002*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 2004, p. 425, aux pages 452 et suiv. Comme nous le verrons, une partie du régime relatif au Registre des armes à feu permettait également des aménagements distincts selon les provinces : voir, *infra*, Partie IV.

45. Marc-Antoine ADAM, Josée BERGERON et Marianne BONNARD, « Intergovernmental Relations in Canada », dans J. POIRIER, C. SAUNDERS et J. KINCAID, préc., note 8.

46. Ainsi, aucun comité permanent à la Chambre des communes n'a vocation à traiter expressément de questions intergouvernementales. Au Sénat, il existe un comité des affaires juridiques et constitutionnelles, mais dont le mandat ne semble pas impliquer un examen systématique des relations intergouvernementales : http://www.parl.gc.ca/SenCommitteeBusiness/CommitteeHome.aspx?parl=41&ses=2&Language=F&comm_id=1011 (dernier accès 18 mai 2015).

En cinquième lieu, la responsabilité ministérielle relative aux actes des administrations suit également un schéma en « piliers » parallèles. Dans le contexte de délégations, le ministre relevant de l'ordre disposant de la compétence formelle demeure responsable devant « son » parlement des actes posés par les fonctionnaires d'un autre ordre et agissant à titre de « mandataires »⁴⁷. La solution est défendable sur le plan juridique, mais n'appert pas optimale en termes de transparence et d'efficacité démocratique et de contrôle de l'administration.

En sixième lieu, le cloisonnement « institutionnel » est renforcé par le principe de souveraineté parlementaire, hérité du droit constitutionnel britannique au 19^e siècle. Ainsi que nous le verrons dans les troisième et quatrième parties de cet article, la Cour suprême du Canada a statué que les législateurs fédéraux et fédérés jouissent, chacun « dans leur sphère », d'une égale souveraineté – d'une égale autonomie – d'adopter ou d'abroger lois et programmes dans la mesure où ils respectent la répartition formelle des compétences et les droits fondamentaux. Cette lecture de souverainetés parallèles et partagées perpétue et consolide une conception du fédéralisme dualiste qui tranche avec l'évolution de la rhétorique en faveur du fédéralisme coopératif.

Enfin, en septième lieu, l'organisation judiciaire, et particulièrement le contrôle de la légalité des décisions et des actes administratifs, sont largement conçus sur un mode dualiste. Au risque d'une simplification excessive, on peut affirmer que les décisions des fonctionnaires provinciaux sont assujetties au contrôle des tribunaux administratifs (ou de la Cour supérieure de la province), alors que les actes des fonctionnaires fédéraux (autres « offices fédéraux ») sont assujettis à la censure de la Cour fédérale. Cette division a généré de réels parcours de combattants pour des administrés en quête d'un juge compétent pour exercer un contrôle judiciaire, pourtant élément phare de l'État de droit⁴⁸.

47. *Ricken Leroux Inc. c. Québec (Ministère du Revenu)*, CAQ 1997, CanLII 10017 (QC CA), p. 18 (par la juge Rousseau-Houle, pour la majorité).

48. À titre d'exemple, dans une épopée judiciaire ayant duré plus de vingt ans, un citoyen qui alléguait la violation par le Manitoba d'une entente

Le contrôle judiciaire des décisions émanant d'organes conjoints ou prises dans le cadre de processus entrecroisés et d'interdélégations est plus complexe et ne fait pas l'objet de solutions harmonisées, transparentes ou prévisibles⁴⁹.

En somme, l'architecture fédérale « initiale » et formelle du Canada est très largement dualiste. Certaines pratiques et certaines évolutions jurisprudentielles ont réduit le cloisonnement pour favoriser – ou simplement reconnaître – les inévitables chevauchements que l'action publique contemporaine nécessite. Toutefois, cette transformation s'effectue de manière fragmentée, peu coordonnée, *ad hoc*, sans égard à une vision cohérente des équilibres au sein de la fédération.

II.2 Vers une concurrence *de jure* et *de facto* des compétences législatives et un appel à la subsidiarité

L'évolution des politiques publiques, à partir des années 1950, a rendu la répartition des compétences établie au 19^e siècle, sur une base essentiellement exclusive, difficilement soutenable. Les interactions entre programmes fédéraux et provinciaux sont devenues chose commune. Cette évolution a été marquée par l'émergence d'un très vaste éventail de mécanismes et d'institutions de coopération élaborés par les exécutifs, parfois, avec l'aval des branches législatives⁵⁰. Des organes conjoints sont institués, des délégations de tâches administratives sont mises en œuvre, d'innombrables ententes intergouvernementales sont

fédérale-provinciale a dû contester les décisions provinciales devant les tribunaux du Manitoba, et les décisions fédérales devant la Cour fédérale. Voir les multiples affaires *Finlay*, discutées dans Johanne POIRIER, « Keeping Promises in Federal Systems: the Legal Status of Intergovernmental Agreements with Special Reference to Belgium and Canada », thèse de doctorat, Cambridge, Université de Cambridge, 2004, ch. 4, section 4.1.3 et ch. 6, section 6.2.4. Voir aussi *Association canadienne des restaurateurs et des services alimentaires c. Canada (Commission du lait)*, 2001 FCT 34, discuté dans J. POIRIER, préc., note 8, p. 26-27.

49. Voir *infra*, section II.4.

50. M.-A. ADAM, J. BERGERON et M. BONNARD, préc., note 45.

conclues. Ces initiatives sont parfois encadrées par des normes législatives (parallèles), mais ce n'est pas systématiquement le cas. Le but est notamment de rationaliser l'exercice des compétences sinon officiellement concurrentes, du moins « partagées »⁵¹, et de clarifier le rôle et les responsabilités des divers partenaires fédéraux dans le cadre d'une politique concertée.

La jurisprudence de la Cour suprême du Canada prend acte de cette évolution « sur le terrain fédéral » en souscrivant au fédéralisme coopératif⁵². Bien qu'elle ne soit pas univoque, une tendance jurisprudentielle réduit l'espace d'exclusivité des compétences législatives au profit d'un décloisonnement, de chevauchements. Cette vision plus souple, moderne, flexible rejetant la conception du fédéralisme par « compartiments étanches » n'est pas nouvelle⁵³. Mais elle a été réaffirmée avec

-
51. Sur la distinction entre compétences concurrentes et partagées, voir Johanne POIRIER, « Le partage des compétences et les relations intergouvernementales : la situation au Canada » dans Bernard FOURNIER et Min REUCHAMPS (dir), *Le fédéralisme en Belgique et au Canada : Un dialogue comparatif*, Bruxelles, de Boeck, 2009, p. 103, aux pages 117-118.
 52. Alexis Millette a répertorié plus d'une soixantaine de décisions judiciaires reprenant l'expression « fédéralisme coopératif » ou « cooperative federalism » dans la jurisprudence canadienne depuis 1976, dont plus de la moitié ont été rendues depuis 2009 : Alexis MILETTE, « Revue de la jurisprudence sur le fédéralisme coopératif », présentation au séminaire de recherche : « L'abolition du registre des armes à feu au Canada : la dimension contractuelle du fédéralisme coopératif », 7 décembre 2012, Faculté de droit, Université de Montréal. Une recherche intégrant des expressions similaires (actions coopératives, coopération fédérale-provinciale, collaboration, relations fédérales-provinciales, etc.) augmenterait indubitablement le répertoire.
 53. Selon la Cour suprême, cette approche présiderait à son interprétation moins « formaliste » que celle du Conseil privé de la répartition des compétences depuis 1949: *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, par. 55-62, et jurisprudence citée. Voir aussi *Husky Oil Operations Ltd c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 162, dans laquelle le juge Gonthier, pour la majorité, affirme que le Canada « a été érigé » sur la « théorie du fédéralisme coopératif », notamment depuis l'après-guerre.

conviction dans une série de décisions rendues depuis 2007⁵⁴. Cette approche de la répartition des compétences admet *de facto* – sinon *de jure* – la concurrence⁵⁵.

D'ailleurs, même lorsque la Cour suprême confirme le caractère exclusif d'une compétence, ainsi qu'elle le fait dans le *Renvoi sur les valeurs mobilières*, elle invite les acteurs publics à se concerter dans l'intérêt public :

[L]'existence d'une tendance de plus en plus marquée à envisager les problèmes complexes de gouvernance susceptibles de se présenter dans une fédération, non pas comme une simple alternative entre deux ordres de gouvernement, mais comme une recherche coopérative de solutions qui satisfont les besoins tant de l'ensemble du pays que de ses composantes.

Une telle approche s'inscrit dans le droit fil des principes constitutionnels canadiens et des pratiques adoptées par le fédéral et les provinces dans d'autres sphères d'activités. Ces régimes ont pour pivot le respect par chacun des champs de compétence de l'autre et la collaboration pour principe directeur. Le fédéralisme qui sous-tend le cadre constitutionnel canadien n'exige pas moins⁵⁶.

Autrement dit, la tendance vers un décloisonnement des compétences rapproche partiellement le modèle fédéral canadien des modèles fédéraux administratifs, au sein desquels les

54. *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, par. 24-42 et 77-78; *Colombie-Britannique (P.G.) c. Lafarge*, 2007 CSC 23; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, par. 61; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, par. 63; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie Britannique*, 2014 CSC 44, par. 148-149.

55. Eugénie BROUILLET, « Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada : quelques réflexions sur le principe d'exclusivité des pouvoirs », (2010) 3 *Revue québécoise de droit constitutionnel* 1, 16; Bruce RYDER, « Equal Autonomy in Canadian Federalism : The Continuing Search for Balance in the Interpretation of the Division of Powers », (2011) 54 *S.C. Law Rev.* (2nd) 565.

56. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, par. 132-133.

compétences concurrentes sont, comme nous l'avons vu, généralement plus fréquentes. Ces chevauchements sont facilités par le phénomène du pouvoir de dépenser qui permet à un ordre de gouvernement (la plupart du temps, l'autorité fédérale) de financer des initiatives relevant de la sphère de compétence exclusive d'un autre ordre de gouvernement⁵⁷. Le refus par la Cour suprême de sanctionner cet exercice du pouvoir de dépenser – voire même son entérinement du phénomène – accorde une sorte d'imprimatur *de jure* à ces immixtions⁵⁸.

En résumé, bien qu'elle ne soit pas univoque, la tendance jurisprudentielle dominante à la Cour suprême du Canada est de favoriser les chevauchements *de jure* et de tolérer les chevauchements *de facto* des compétences législatives. Le fédéralisme coopératif reçoit ainsi une interprétation généreuse qui éloigne le dualisme originel, du moins dans la dimension relative à la répartition des compétences législatives.

C'est possiblement dans le contexte de cette mouvance que le recours au principe de subsidiarité a fait son apparition dans les opinions de certains juges de la Cour suprême⁵⁹. L'accroissement des superpositions et des interdépendances invite à identifier des règles permettant de désigner l'ordre de gouvernement le mieux à même de réaliser l'objectif poursuivi par

57. Il existe également un pouvoir provincial de dépenser, mais qui est exercé de manière relativement marginale et n'a pas, nous semble-t-il, le même effet de transformation implicite d'un régime dualiste en régime « administratif ». Cela dit, l'examen du pouvoir provincial de dépenser au travers du prisme de la présente analyse pourrait s'avérer riche en enseignements également.

58. A. PETER, préc., note 38.

59. *Spraytech (Société d'arrosage) c. Hudson (ville)*, 2001 CSC 40, par. 3 (L'Heureux-Dubé J. pour la majorité); *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, par. 109 et 119 (Deschamps J., dissidente); *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, [2010] CSC 61, par. 273 et suiv. (opinion concordante des juges Lebel, Deschamps, Abella et Rothstein) et par. 69-72 de la juge en chef et des juges Binnie, Fish et Charron; E. BROUILLET, préc., note 24; Dwight NEWMAN, « Changing Division of Powers Doctrine and the Emergent Principle of Subsidiarity », (2011) 74 *Saskatchewan Law Review* 21.

une politique particulière dans l'exercice d'une compétence partagée (*de jure* ou *de facto*).

L'emprunt et l'adaptation du principe de subsidiarité appellent à la prudence toutefois, étant donné les différences historiques, politiques et institutionnelles entre les régimes fédéraux administratifs dans lesquels ce principe s'inscrit plus « naturellement » et les régimes encore largement dualistes. En effet, comme nous l'avons vu, dans le contexte de l'Union européenne, le principe de subsidiarité permet de départager qui, de l'Union ou des États membres est le mieux en mesure de réaliser un objectif précis dans le cadre de compétences « explicitement concurrentes ». De plus, les mécanismes formels de justification et de contrôle parlementaire et juridictionnel de l'application du principe font entièrement défaut en droit – et même dans la pratique – au Canada.

II.3 Les tensions entre la normativité en réseau et le droit positif dualiste

L'engouement judiciaire pour le fédéralisme coopératif sert non seulement à avaliser des chevauchements *de facto* ou *de jure* de compétences législatives, mais également à protéger les aménagements coordonnés et les délégations de responsabilités administratives entre ordres de gouvernement face à des règles de droit public qui pourraient les compromettre.

En droit canadien, les pouvoirs publics ne peuvent « légiférer par contrat »⁶⁰. En d'autres mots, les tiers ne peuvent être liés que par des normes législatives ou réglementaires « classiques ». Or, les lois et règlements sont adoptés par des institutions autonomes les unes des autres, dans un schéma résolument dualiste. Autrement dit, formellement, aucun accord, contrat ou entente entre partenaires de la fédération ne peut générer d'obligations ou de droits pour les tiers. En principe, toute norme concertée doit donc être parallèlement « incorporée » (pas

60. Renvoi relatif à la Loi anti-inflation, [1976] 2 R.C.S. 373, 433.

seulement autorisée, ni même approuvée) dans les ordres juridiques internes de chaque participant à l'action conjointe⁶¹.

La réalité est souvent bien autre. En effet, un nombre extrêmement limité d'ententes intergouvernementales sont ainsi transformées en droit positif. S'ils peuvent générer des obligations juridiques réciproques entre les parties contractantes (les exécutifs), de tels accords ne peuvent – en droit positif – avoir d'effet *erga omnes*. Or, par une sorte d'aveuglement volontaire justifié par le respect de la collaboration, les juges entérinent une forme de normativité en réseau⁶², qui inclut des normes classiques – et donc « unilatérales » –, mais également des ententes au statut juridique plus que nébuleux⁶³. Deux exemples suffiront pour illustrer cette tension entre un droit positif dualiste et la normativité enchevêtrée.

Ainsi, en 2005, la Cour suprême avalisait un arrangement type du fédéralisme « administratif à la carte » : l'autorité fédérale fixe les normes de production de poulets (quotas) et l'autorité provinciale met en œuvre ces mêmes normes (de même que les normes provinciales)⁶⁴. Le système limite les doublages administratifs que des régimes parallèles de contrôle de la production de poulets entraîneraient. Évoquant une jurisprudence bien établie confirmant la constitutionnalité de l'interdélégation administrative, la Cour ne voit

aucun fondement rationnel pour démanteler un système fédéral-provincial intégré qui a fait ses preuves [...] Les deux ordres de gouvernement légifèrent dans leur champ

-
61. Sur l'incertitude quant aux modalités d'incorporation des ententes intergouvernementales dans les ordres juridiques des divers ordres de la fédération, voir J. POIRIER, préc., note 8.
 62. François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires St-Louis, 2002.
 63. J. POIRIER, préc., note 18, p. 425; J. POIRIER, préc., note 44 et J. POIRIER, préc., note 49.
 64. *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, [2005] 2005 CSC 20.

de compétence respectif afin de créer un régime de réglementation unifié et cohérent⁶⁵.

Un tel système « reflète en les concrétisant la créativité constitutionnelle et la souplesse coopérative du fédéralisme canadien [...] »⁶⁶.

Le problème, en termes de droit public, découle du fait que le système de délégation mis en place reposait, entre autres, sur une entente intergouvernementale n'ayant pas été approuvée par les assemblées législatives fédérale et provinciales. Cet accroc au droit positif « classique » n'est même pas relevé par la Cour suprême.

La même année, cette dernière rendait une autre décision unanime ayant pour effet de débouter des travailleurs québécois qui avaient institué une action devant le tribunal de droit commun, au profit du Surintendant des pensions ontarien. Celui-ci avait été désigné par une entente intergouvernementale. Le système mis en place était rationnel : il permettait de simplifier la gestion des pensions pour les entreprises œuvrant dans plusieurs provinces. Par contre, l'entente à laquelle la Cour suprême donne préséance n'avait été ni « incorporée » par voie législative formelle, ni soumise aux parlementaires, ni publiée⁶⁷. Autrement dit, dans *Stelco*, la Cour écarte le droit commun des contrats de travail, qui en droit canadien est inexorablement unilatéral⁶⁸, au profit de « normes négociées » entre exécutifs. L'orthodoxie juridique – et les citoyens affectés – font ainsi les frais de la « souplesse » du fédéralisme coopératif.

65. *Id.*, par. 38 (juge Abella pour la Cour).

66. *Id.*, par. 15.

67. *Boucher c. Stelco*, 2005 CSC 64. La loi (québécoise) autorisait (*a priori*) sa conclusion. Mais aucune loi ne les « transformait » (*a posteriori*) en droit interne.

68. « Unilatéral » dans le sens où il relève soit de la compétence d'une province, soit de l'autorité fédérale (selon les domaines où se déploie le « travail » en question).

La Cour suprême a d'ailleurs reconnu que les processus d'interdélégation peuvent affecter négativement l'imputabilité des pouvoirs publics, mais considère que « toute *perte de responsabilité qui résulte de cette situation est plus que compensée* par les *avantages* et les aspects pratiques de la *délégation* conjointe de pouvoirs »⁶⁹. Autrement dit, l'impératif de transparence administrative est moins impératif lorsque les pouvoirs publics collaborent que lorsqu'ils agissent – classiquement – de manière autonome, chacun dans sa sphère. Il s'agirait, apparemment, du prix à payer pour une plus grande efficacité dans l'arrimage des politiques publiques.

La conclusion de la Cour suprême dans *Stelco* est particulièrement saisissante, lorsqu'on la juxtapose avec la décision de la même Cour, rendue quelques mois auparavant dans *Unilever* (« l'Affaire de la margarine »)⁷⁰. Dans sa décision, la Cour a statué que l'Accord multilatéral sur le commerce extérieur n'avait pas préséance sur un règlement provincial *antérieur*, qui lui était contraire⁷¹. Autrement dit, dans ce contexte, la Cour a considéré que la réglementation unilatérale et antérieure primait sur l'AMCI, en dépit du fait que ce dernier avait été « approuvé » par l'Assemblée nationale du Québec (mais non pas formellement « incorporé » dans l'ordre juridique québécois)⁷².

69. *Colombie-britannique (Milk Board) c. Grisnich*, [1995] 2 R.C.S. 895, par. 26 et 30 (Laforet J., dans une opinion concordante recevant l'appui de deux juges), soulignements ajoutés. Voir aussi *Jim Patteson Entreprises Ltd. c. British Columbia (Worker's Compensation Board)*, 2011 BCCA 35, 57 et 141.

70. *UL Canada Inc. c. Québec (Procureur-général)*, 2005 CSC 10, confirmant de manière sommaire, [2003] R.J.Q. 2729 (C.A.).

71. Cet ancien règlement interdisait la coloration de la margarine, dans un souci, à peine déguisé, de protéger l'industrie laitière québécoise.

72. L'approbation parlementaire ne transforme pas l'entente en droit positif, mais lui accorde clairement une légitimité dont l'entente dans *Stelco* devait en principe être dépourvue, puisqu'elle avait apparemment entièrement échappé au regard des parlementaires. Sur la distinction entre l'approbation et l'intégration parlementaire, voir J. POIRIER, préc., note 8, p. 19-21.

En somme, dans *Pelland* comme dans *Stelco*, la plus haute juridiction a implicitement accordé une valeur normative supra-législative à des ententes intergouvernementales, alors même que, n'ayant pas été incorporées, voire approuvées, dans les ordres juridiques respectifs des parties par voie législative, elles ne devraient même pas avoir force de loi⁷³. La Cour ferme ainsi les yeux sur les conséquences d'une normativité enchevêtrée par « réseaux » qui cadre mal avec la structure normative et judiciaire largement dualiste en place au Canada.

Par contre, dans « l'Affaire de la margarine », la Cour d'appel du Québec, et à sa suite la Cour suprême, privilégient des normes traditionnelles, unilatérales, découlant d'une conception classiquement dualiste du fédéralisme. Il convient de noter que, dans le cadre de cette instance, le Québec soutenait que la réglementation québécoise primait sur l'entente multilatérale. En lui donnant raison, la Cour suprême semble indiquer que la déférence judiciaire accordée aux normes négociées dans *Pelland* et *Stelco* ne se justifie pas lorsque les parties gouvernementales elles-mêmes se retranchent derrière le droit positif, classique, indéniablement unilatéral.

On constate donc la coexistence de deux courants jurisprudentiels contradictoires, qui évoluent sans référence les uns aux autres, et qui émanent largement des mêmes juges! L'un tend à « sublimer » la coopération aux dépens de règles de droit public élaborées dans un contexte dualiste pour protéger les « administrés » de l'action des exécutifs. L'autre s'inscrit dans un cadre classique de hiérarchie des normes et renforce le fédéralisme dualiste, notamment lorsqu'un litige oppose non pas les administrés aux pouvoirs publics, mais les gouvernements entre eux. Dans ce deuxième courant, le « droit négocié » cède quasi toujours la place en cas de conflit aux normes unilatérales,

73. Au même effet, voir *Ricken Leroux Inc.*, préc., note 41, dans laquelle une majorité de la Cour d'appel statue qu'une autorisation législative de conclure une entente – et non pas une incorporation de celle-ci – permet une délégation de pouvoirs d'enquête et de perquisitions par l'autorité fédérale à l'administration provinciale.

même de nature réglementaire. Nous verrons que ces deux courants sont consolidés dans l'affaire relative à l'abolition du registre des armes à feu⁷⁴.

Essentiellement, la jurisprudence de la Cour suprême prend acte des chevauchements d'intervention des pouvoirs publics, les apprécie, voire invite à cette coopération. Elle exerce ainsi un contrôle extrêmement marginal sur les mécanismes coopératifs mis en œuvre par les partenaires fédéraux, tout en se réservant le privilège de placer certaines cloisons au profit d'une interprétation plus classique de la répartition des compétences et de la souveraineté parlementaire, lorsqu'interviennent des litiges *entre* ces partenaires.

Le message pourrait se résumer par : « nous ne mettrons pas – trop – d'entraves constitutionnelles aux efforts louables d'articulation de vos actions publiques ». Ou encore : « dans la mesure où vous vous entendez, nous n'avons pas le pouvoir – ou du moins la légitimité – d'intervenir ». C'est efficace, c'est souple, c'est moderne. Reste à ces autres branches – et particulièrement aux exécutifs – de déterminer entre elles, notamment par une pléthore d'ententes intergouvernementales, qui peut faire quoi, et de quelle manière. Et quitte à fermer les yeux sur certaines entorses à l'orthodoxie du droit public positif.

Mais on a beau sublimer le fédéralisme coopératif, la structure normative reste ancrée dans un dualisme cloisonné qui correspond largement à l'architecture institutionnelle dualiste – et non pas « administrative » – de la fédération canadienne. Comme nous le verrons, cette conception dualiste est renforcée par l'interprétation dominante de la souveraineté parlementaire dans la jurisprudence canadienne, interprétation qui ne semble pas affectée par le renforcement prétorien du fédéralisme coopératif⁷⁵.

74. V. partie IV du présent article.

75. V. *infra*, section IV.3.

III. LA SOUVERAINETÉ PARLEMENTAIRE ET LE PRINCIPE DU FÉDÉRALISME COOPÉRATIF : DEUX VOIES PARALLÈLES ?

Les sections précédentes ont illustré comment la jurisprudence canadienne relative au fédéralisme coopératif favorise les chevauchements de compétences législatives et évite de poser des obstacles techniques à la normativité en réseau.

La présente partie explore une troisième dimension du fédéralisme coopératif. Il s'agit d'examiner dans quelle mesure les tribunaux peuvent – ou doivent – intervenir au nom de celui-ci non pas lorsque les gouvernements s'entendent, mais justement lorsqu'ils ne s'entendent pas (ou plus), et ce, en dehors des litiges relatifs à la répartition formelle des compétences. En d'autres mots, le fédéralisme coopératif peut-il conduire à la reconnaissance d'obligations juridiques de « conduite coopérative » dans le chef des partenaires de la fédération? Le cas échéant, une telle norme de « bonne conduite » peut-elle s'appliquer tant aux pouvoirs législatifs qu'exécutifs?

Pour tenter de répondre à cette question, on abordera le statut de la souveraineté parlementaire (III.1) et l'interaction de celle-ci tant avec le fédéralisme dualiste (III.2) que coopératif (III.3). Finalement, l'hypothèse que le fédéralisme coopératif puisse induire une norme juridique de bonne conduite aux branches exécutives – en complément ou en alternative à une éventuelle application aux branches législatives – sera évoquée (III.4)

III.1 La souveraineté parlementaire : un principe constitutionnel sous-jacent?

La fin des années 1990 a marqué le retour en force des principes constitutionnels non écrits ou « sous-jacents » dans la jurisprudence de la Cour suprême⁷⁶. Dans le *Renvoi sur la*

76. *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3. Pour une critique de la primauté accordée au principe de l'indépendance judiciaire sur un texte législatif,

Sécession, la Cour a mis en exergue l'interconnexion de quatre principes constitutionnels devant structurer toute réflexion sur la constitutionnalité d'une éventuelle déclaration unilatérale de sécession par une province : la démocratie, le constitutionnalisme/l'état de droit, la protection des minorités et le fédéralisme⁷⁷. Jouissant d'une valeur équipollente, ces principes déterminants fonctionnent en symbiose⁷⁸. Il importe donc d'analyser l'influence croisée qu'ils exercent les uns sur les autres.

Élément central du droit constitutionnel britannique dont le Canada a clairement hérité, la souveraineté parlementaire constitue-t-elle également un principe constitutionnel fondamental, structurant, non écrit en droit canadien? Il semble étonnant qu'elle n'ait pas été expressément reprise parmi les principes non écrits examinés par la Cour suprême dans le *Renvoi sur la Sécession*⁷⁹. Pourtant, en 1989, le juge Dickson décrivait la souveraineté parlementaire comme une « règle fondamentale » de la Constitution (« *grundnorm* » dans la version anglaise)⁸⁰. Pour sa part, en 2002, la juge McLachlin, soutenue par sept de ses collègues, notait qu'il « faut appliquer les principes non écrits en tenant compte du principe de la souveraineté du Parlement »⁸¹. Cette affirmation signifie-t-elle que la souveraineté parlementaire ne ferait pas partie de ces principes constitutionnels sous-jacents? Mais quel est donc le statut de ce principe?

Logiquement, il semble difficile de soutenir qu'il puisse s'agir d'une « simple » règle ou doctrine de *common law*, qui

voir Jean LECLAIR, « Canada's Unfathomable Unwritten Constitutional Principles », (2001-2002) 27 *Queen's L.J.* 389.

77. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 49.

78. *Id.*

79. Voir aussi J. LECLAIR, préc., note 76, p. 420.

80. *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, 103.

81. « [M]ust be *balanced* against the principle of Parliamentary sovereignty » : *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 2002 CSC 57, par. 55. La juge L'Heureux-Dubé ayant inscrit une opinion concordante n'a pas démenti cette affirmation.

pourrait alors être écartée par la loi⁸². En effet, le principe lui-même pose l'axiome qu'un parlement ne peut limiter sa propre souveraineté, sauf en ce qui a trait aux questions procédurales⁸³. Par ailleurs, même si certaines dispositions législatives codifient des dimensions de la souveraineté parlementaire⁸⁴, cette reconnaissance législative ne vient que confirmer le principe⁸⁵ et ne le transforme pas, en soi, en norme légiférée. Son statut reste largement non écrit et, par définition, supra-législatif.

Pour certains auteurs, la souveraineté parlementaire représente l'un des éléments fondateurs de l'état de droit⁸⁶. On pourrait également soutenir qu'elle constitue un principe sous-jacent au principe démocratique. Dans un régime parlementaire représentatif, la souveraineté parlementaire vise à donner – sauf exceptions constitutionnalisées – le dernier mot au peuple, par l'entremise de ses représentants démocratiquement élus⁸⁷.

82. *Contra* : Henri BRUN, Guy TREMBLAY, et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, qui affirment à la page 619 que « la souveraineté parlementaire est un principe de common law d'origine britannique ».

83. Par le truchement de limitations de « manière et de forme », voir: Zhou HAN RU, « Revisiting the 'Manner and Form' Theory of Parliamentary Sovereignty », (2013) 129 *L.Q.R.* 610, 610-638; Peter HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 2012, p.12-8.

84. Voir art. 42 de la *Loi d'interprétation* (L.R.C. (1985), ch. I-21), qui permet au Parlement de modifier ou d'abroger toute loi.

85. *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, 548.

86. Warren NEWMAN, « The Principles of the Rule of Law and Parliamentary Sovereignty in Constitutional Theory and Litigation », (2005) 16 *N.J.C.L.* 175, 177-180. Voir aussi Warren NEWMAN, « Understanding the Rule of Law in Canada », dans Stephen TIERNEY (dir.), *Accommodating Cultural Diversity*, Ashgate, Burlington (VT), 2007, p. 199, aux pages 205-211, dans lequel le même auteur soutient que la primauté du droit se doit d'être analysée à la lumière d'autres principes non écrits hérités du droit britannique, y compris la souveraineté parlementaire.

87. Du moins, en principe. Le rôle du Sénat canadien, composé de membres non élus et désignés par l'exécutif fédéral, pose évidemment une entorse à cette conception du principe démocratique.

En somme, il semble logique d'inscrire la souveraineté parlementaire dans le catalogue (non exhaustif) des (sous) principes sous-jacents, structurants et non écrits de la Constitution canadienne, soit en lui-même, soit comme partie intégrante d'un autre principe (*a priori*, le principe démocratique). Se posent alors deux questions : celui de sa portée, eu égard aux autres principes non écrits et, plus particulièrement, du fédéralisme⁸⁸.

III.2 La souveraineté parlementaire et la défense du fédéralisme dualiste

En 1991, quelque sept ans avant le *Renvoi sur la Sécession*, la Cour suprême s'est prononcée sur l'intersection entre une conception classique et maximaliste de la souveraineté parlementaire et une lecture restrictive du principe du fédéralisme.

Schématiquement, le contexte factuel du *Renvoi sur le Régime d'assistance publique* était le suivant. Un programme fédéral-provincial prévoyait le cofinancement de services sociaux et de santé (de compétence provinciale) par l'autorité fédérale, et ce, à concurrence de 50 % des coûts. Les obligations respectives des parties et les modalités étaient détaillées dans une matrice typique du fédéralisme coopératif : un enchevêtrement de lois fédérales et provinciales, d'une série d'ententes fédérales-provinciales bilatérales régulièrement renégociées et de règlements fédéraux ne pouvant être modifiés qu'avec le consentement des provinces. Par contre, l'engagement fédéral de défrayer la moitié des coûts des programmes provinciaux était prévu dans une loi (par définition, unilatérale).

88. Il ne s'agit pas, à ce stade, de traiter de la controverse quant à la force normative (par opposition à interprétative) des principes sous-jacents face à d'autres types de normes. À cet égard, voir J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, préc., note 6, p. 87, qui constate que la jurisprudence de la Cour suprême est « peu concluante dans le meilleur des cas ». Voir aussi J. LECLAIR, préc., note 76, p. 400-426.

Dans un contexte de restrictions budgétaires, le gouvernement fédéral a souhaité réduire et plafonner ses contributions, qui ne cessaient d'augmenter⁸⁹. Le gouvernement fédéral a introduit un projet de loi modifiant sa loi antérieure. Avant même l'adoption de celle-ci, la Colombie-Britannique a institué une procédure de renvoi afin d'obtenir un avis consultatif de sa Cour d'appel sur la constitutionnalité et la légalité de l'initiative fédérale⁹⁰. À l'unanimité, la Cour d'appel statue que l'exécutif fédéral n'avait pas le pouvoir de limiter unilatéralement ses obligations ni en vertu de la loi, de la prérogative ou du droit contractuel. Quatre des cinq juges ont également émis l'avis que l'initiative gouvernementale brimait les attentes légitimes de la province qu'un arrangement coopératif, antérieurement modifié par consentement, ne soit remis en cause de manière unilatérale⁹¹.

Le gouvernement fédéral a alors porté l'affaire devant la Cour suprême. Des provinces également affectées par le nouveau calcul, et d'autres ne l'étant pas, de même que des groupes autochtones sont intervenus devant la Cour à l'appui de la Colombie-Britannique. Tous, apparemment, s'inquiétaient de la remise en cause unilatérale d'un programme complexe, élaboré collectivement.

En termes simples, le litige opposait les tenants de la « parole donnée » à ceux soutenant le pouvoir du législateur de modifier ses propres lois, dans un souci de « liberté démocratique ». Pour transposer le débat dans les termes utilisés dans le présent article, il s'agissait de savoir si le fédéralisme coopératif pouvait limiter la liberté d'action d'un exécutif, de même que la « souveraineté » d'une assemblée législative dont les pouvoirs formels ont été pensés dans une optique dualiste.

89. Le programme était ainsi structuré que les provinces les plus riches pouvaient augmenter leurs services sociaux, sachant que le fédéral assumait la moitié des dépenses.

90. *Reference re Constitutional Question Act*, (1990) 46 B.C.L.R. (2nd) 273.

91. La juge Southin ne partageant pas l'avis de ses collègues sur cette question: voir *infra*, section III.4.

Dans un premier temps, le juge Sopinka, pour une cour unanime, prend acte du fait que l'engagement financier se trouvait dans une loi (fédérale) et non pas dans l'entente intergouvernementale. Il en déduit que les parties à l'arrangement coopératif devaient dès lors comprendre que ce choix normatif n'excluait pas un éventuel amendement ou une abrogation future : cela découle de la logique même de la souveraineté parlementaire. Pour la Cour, une pratique antérieure et avérée de consultation avec les provinces ne constituait pas une convention constitutionnelle, et n'imposait pas, sans reconnaissance législative expresse, de limitation « de manière et de forme » aux pouvoirs du Parlement de modifier unilatéralement sa loi⁹². En somme, le fédéralisme coopératif mis en œuvre de manière concrète, et respecté pendant des années, ne réduisait pas, en droit, l'autonomie du législateur fédéral d'agir unilatéralement.

Pour le juge Sopinka, la souveraineté parlementaire n'est limitée que par les contraintes de la répartition formelle de compétences et des droits fondamentaux⁹³. Outre ces limites, elle est pleine et entière. Dans leurs sphères respectives, les législateurs fédéraux et provinciaux sont également libres de légiférer à leur gré, de modifier leurs lois ou de les abroger. Et ce, même si ces actes d'autonomie remettent en cause des aménagements coopératifs existants, qu'ils avaient préalablement approuvés et mis en place. La Cour rejette ainsi un argument soulevé par le Manitoba⁹⁴ voulant que le principe essentiel du

92. La loi prévoyait l'obtention du consentement des provinces pour modifier les règlements fédéraux relatifs au Régime, mais était silencieuse en ce qui a trait aux modifications législatives.

93. Les assemblées territoriales ne disposent pas, en principe, de la même souveraineté, puisque leurs compétences ne sont pas constitutionnellement garanties et qu'elles ne les exercent que par délégation de l'autorité fédérale.

94. Cette question n'ayant pas été soulevée par le Procureur général du Canada dans le cadre du *Renvoi*, le juge Sopinka offre des « observations » sur la question du fédéralisme (de même que sur l'éventuelle existence de conventions constitutionnelles) : *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, préc., note 85, p. 560. Par analogie, on pourrait soutenir que les « observations » contenues dans un avis sont assimilables à des *obiter dicta*. Dans *Canada (Procureur général)*

fédéralisme (« *overriding principle of federalism* ») doit restreindre la liberté d'un partenaire de la fédération de se désengager unilatéralement d'un arrangement coopératif en place depuis de nombreuses années.

A priori, il importe de ne pas surestimer la portée des conclusions du juge Sopinka en ce qui a trait au principe du fédéralisme dans le *Renvoi sur le RAP*. En effet, ce dernier interprète la question posée par le Manitoba de manière limitative et portant essentiellement sur le pouvoir fédéral de dépenser dans les matières provinciales. Or, la Cour refuse de considérer l'exercice de ce pouvoir comme contrevenant à la répartition des compétences matérielles⁹⁵. Il en résulte que, pour le juge Sopinka, le seul principe constitutionnel pertinent en l'espèce est celui de la souveraineté parlementaire. Le *Renvoi sur le RAP* n'accorde donc pas au principe du fédéralisme la densité que lui reconnaîtra la Cour suprême dans le *Renvoi sur la Sécession* et ne posait pas, à mon avis, d'obstacle à une relecture, vingt ans plus tard, de l'intersection entre les principes de la souveraineté parlementaire et du fédéralisme. Or, comme nous le verrons dans la quatrième partie, la Cour suprême n'a pas souhaité s'engager sur cette voie dans l'affaire relative à l'abolition du registre des armes d'épaule.

Dans la mesure où la souveraineté parlementaire telle qu'interprétée par la Cour suprême dans le *Renvoi sur le RAP* bénéficie tant aux assemblées fédérale que provinciales, elle ne contreviendrait pas – en soi – au fédéralisme. Elle est même garante de l'autonomie – du *self-rule* – des composantes de la fédération. Force est toutefois de constater que cette conception renforce une vision cloisonnée, en piliers, du système fédéral canadien. Elle est entièrement compatible avec le fédéralisme dualiste. Mais elle l'est difficilement avec le fédéralisme coopératif

c. *Bedford.*, 2013 CSC 72, la Cour suprême affirme au par. 40 que : « Bien que les avis consultatifs puissent ne pas être juridiquement contraignants, dans les faits, ils sont suivis, citant (G. RUBIN, « The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian constitutional Law » (1960) 6 *McGill L.J.* 168, 175) ».

95. *Id.*, p. 565.

qui défend, voire même promeut, les aménagements enchevêtrés élaborés conjointement par les divers ordres de gouvernement.

III.3 La souveraineté parlementaire à la lumière du fédéralisme coopératif

La lecture « maximaliste » de la souveraineté parlementaire offerte par la Cour suprême dans le *RAP* est particulièrement traditionnelle, extensive, « diceyenne ». L'adéquation d'une telle interprétation dans un contexte fédéral – et particulièrement un fédéralisme coopératif – pose toutefois question⁹⁶. Même au Royaume-Uni, un débat sévit sur la portée du principe, et surtout sur sa remise en cause dans le contexte de l'intégration européenne⁹⁷.

Comme nous le verrons dans la quatrième partie de ce texte, l'évolution de la jurisprudence depuis 1991 invitait, nous semble-t-il, à une relecture du *Renvoi sur le RAP*, du moins en ce qui a trait à la prépondérance qu'il accorde à la souveraineté parlementaire par rapport à un principe du fédéralisme plutôt frêle. En effet, le regain accordé au principe du fédéralisme dans le *Renvoi sur la Sécession* appelait à reconsidérer l'équilibre entre ces principes⁹⁸.

Un tel examen de leur interdépendance nécessite de préciser les contours du principe du fédéralisme qui pourraient moduler la souveraineté parlementaire. Si le principe du fédéralisme n'inclut pas de sous-principes de fédéralisme

96. Dicey lui-même reconnaissait que le principe était difficilement applicable dans un contexte fédéral, en raison des limites que représentait la répartition des compétences à cette souveraineté (A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1885, Part I, 111).

97. Jeffrey GOLDSWORTHY, *Parliamentary Sovereignty : Contemporary Debates*, Cambridge University Press, 2010.

98. Pour une réflexion analogue relative à l'impact de la primauté du droit sur la souveraineté parlementaire, voir Vincent KAZMIERSKI, « Draconian but not Despotic : the 'Unwritten' Limits of Parliamentary Sovereignty in Canada », (2009-2010) 41 *Ottawa L. Rev.* 245.

coopératif, la réponse apportée par le juge Sopinka dans le *Renvoi sur le RAP* peut simplement être réitérée. Le seul impact du principe du fédéralisme sur la souveraineté parlementaire est alors d'imposer que cette dernière bénéficie tant aux provinces qu'à l'ordre fédéral. Lesquels restent libres de légiférer à leur guise, sans égard pour les intérêts des autres partenaires de la fédération, dans la mesure où ils agissent dans le cadre de leurs compétences législatives (et qu'ils respectent les droits fondamentaux).

Si, au contraire, le fédéralisme coopératif constitue l'une des composantes du principe sous-jacent du fédéralisme⁹⁹, l'analyse du juge Sopinka dans le *Renvoi sur le RAP*, datant de près d'un quart de siècle, se doit d'être fortement nuancée. Il en résulterait que le principe du fédéralisme peut induire, lui aussi, des limites à l'exercice de la souveraineté parlementaire, au-delà de la vérification qu'un ordre de gouvernement agit dans « sa » sphère de compétences, et qu'il ne viole pas les droits fondamentaux des citoyens.

Autrement dit, l'endossement du fédéralisme coopératif pourrait logiquement conduire les tribunaux à lever le voile sur la manière dont chaque ordre de gouvernement exerce des compétences législatives dont il est, par ailleurs, incontestablement titulaire. On pourrait alors parler d'une forme d'abus de compétences¹⁰⁰, qui habiliterait le juge à « sanctionner l'exercice illicite d'une compétence licite »¹⁰¹. Une telle évolution introduirait ainsi dans l'analyse constitutionnelle une forme d'obligation de bonne foi dans les rapports entre partenaires de la fédération, à l'image de la « loyauté fédérale » enchâssée dans les systèmes fédéraux administratifs, voire même par des systèmes

99. Ainsi que le soutenait la juge Deschamps (dissidente) dans *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, par. 119.

100. Par analogie, voir Laurent ECK, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, Paris, L'Harmattan, 2010.

101. Patrick PEETERS, « Le principe de la loyauté fédérale : une métamorphose radicale », (1994) *Administration publique* (Belgique), 239, 241, cité par KNEALE, préc., note 29, p. 30.

dualistes, mais qui accordent une valeur supérieure à l'impératif du respect de la parole donnée qu'à la « liberté démocratique »¹⁰².

Ainsi, en 1991, dans le *Renvoi sur le RAP*, le juge Sopinka affirmait que, dans la mesure où une loi n'est pas « inconstitutionnelle » ou contraire à la Charte, les tribunaux « n'ont nullement compétence pour surveiller l'exercice du pouvoir législatif »¹⁰³. La loyauté fédérale qui découlerait, par hypothèse, du principe (ou sous-principe) constitutionnel du fédéralisme coopératif ajouterait un motif de contrôle de constitutionnalité. Une loi contrevenant à cette loyauté pourrait ainsi être déclarée inconstitutionnelle, à l'instar d'une législation « déguisée », ou résultant d'un « détournement de pouvoir », par exemple¹⁰⁴.

Encore une fois, nous verrons que dans sa décision sur l'abolition du registre des armes d'épaule, la Cour suprême évite de franchement confronter les principes du fédéralisme et de la souveraineté parlementaire, et encore moins de réduire la portée de la souveraineté parlementaire à l'aune d'une quelconque obligation de bonne foi de la part des partenaires fédéraux.

En somme, la Cour suprême contribue à la transformation partielle et graduelle de la fédération structurellement dualiste en un système coopératif, où règnent les chevauchements et les interactions entre membres de la fédération. Toutefois, cette même cour semble toujours se retrancher derrière la séparation des pouvoirs pour éviter de revoir son interprétation de la souveraineté parlementaire qui elle, conforte le fédéralisme dualiste.

Étant donné son endossement enthousiaste du « fédéralisme coopératif » depuis une bonne décennie, il eut été cohérent que le plus haut tribunal envisage de constitutionnaliser

102. *Supra*, partie I.

103. *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B)*, préc., note 85, p. 530.

104. *Husky Oil*, préc., note 47, par. 41. Ces deux termes semblent utilisés de manière interchangeables et correspondent à la doctrine de « colourability » en anglais.

certaines garde-fous, qui permettent de maintenir un équilibre dans les relations fortement entrecroisées que le fédéralisme coopératif favorise. En 2015, la Cour s'est bien gardée de franchir ce pas.

Évidemment, le principe de la séparation des pouvoirs est immanquablement avancé pour faire obstacle à ce type d'intervention des juges : le caractère complexe, polymorphe, fluide, fondamentalement politique des relations entre partenaires de la fédération militerait contre un tel degré d'ingérence judiciaire.

Dans ce contexte, le chapitre 3 de la Constitution sud-africaine de 1994 qui constitutionnalise le concept de « gouvernement coopératif » pourrait inspirer une solution mitoyenne. Tout en imposant des obligations de consultation, de partage d'information, de coopération, le paragraphe 41 (3) précise que le recours aux tribunaux ne doit s'effectuer qu'en dernier ressort. Les juges sont autorisés à renvoyer une affaire aux autres branches de gouvernement en les enjoignant de fournir tous les efforts nécessaires pour résoudre leurs différends. En somme, le constituant a habilité le pouvoir judiciaire à contrôler le respect des normes de bonne conduite des divers acteurs fédéraux, mais en mettant l'accent sur les résolutions non judiciaires. Les juges peuvent ainsi éviter de s'immiscer dans la « substance » des relations intergouvernementales, pour contrôler la bonne foi avec laquelle les parties coordonnent leurs actions et négocient des solutions.

Dans cette optique, la reconnaissance d'une forme de « fidélité réciproque » serait largement de nature procédurale¹⁰⁵. Le principe du fédéralisme viendrait infléchir la souveraineté parlementaire de toutes les composantes de la fédération, sans

105. Si l'obligation de bonne foi devait être considérée comme problématique en *common law*, d'autres doctrines, telles les obligations fiduciaires réciproques (*reciprocal « resulting trust »*), pourraient potentiellement être explorées comme alternatives ou équivalents fonctionnels. La présente étude doit malheureusement faire l'impasse sur cette possibilité.

autoriser les juges à revoir l'opportunité des décisions politiques des pouvoirs exécutifs et législatifs. Il importerait plutôt une forme de limitation de « forme et de manière » dans les modalités de l'exercice des compétences avérées par les partenaires de la fédération. En cas de conflit, les juges pourraient ainsi vérifier si ces derniers ont fait montre de bonne foi, ont consulté leurs partenaires et pris leurs intérêts en considération.

En matière de protection de certains droits fondamentaux, la doctrine a noté que la propension à une interprétation expansive de droits matériels faisait graduellement place à la défense de droits procéduraux (droit d'être consultés, obligation de négociation, etc.). Malgré le potentiel louable d'inclusion qu'elle recèle, la substitution de droits procéduraux à des droits substantiels peut avoir un effet délétère, lorsque les parties en présence sont marquées par des inégalités historiques¹⁰⁶. Dans le contexte qui nous occupe, par contre, la reconnaissance de tels droits procéduraux constituerait une réelle avancée, puisqu'elle ne se substituerait pas à des droits (et obligations) matériels existants. Au contraire, il s'agirait d'inscrire dans le registre juridique des normes de comportement qui, jusque maintenant, échappaient au droit et au contrôle du juge.

En plaçant des balises procédurales à l'action autonome des partenaires de la fédération, sans appeler à l'évaluation directe de la substance des mesures contestées, cette réconciliation entre les principes du fédéralisme et de la souveraineté parlementaire ne heurterait pas le principe de la démocratie (qui constitue soit un troisième principe dont l'interprète constitutionnel doit tenir compte, soit le principe-cadre qui englobe la souveraineté parlementaire). Il ne s'agirait pas, en soi, d'imposer une obligation de coopérer¹⁰⁷, mais bien de permettre à l'arbitre constitutionnel

106. Colleen SHEPPARD, « Inclusion, Voice and Process-Based Constitutionalism », (2013) 50.3 *Osgoode Hall L.J.* 547, 547-574.

107. Discutant l'état actuel de la jurisprudence relative au fédéralisme coopératif, Jean-François Gaudreault-Desbiens affirme : « We are [...] light years away from a formal constitutional duty to cooperate that would be deemed inherent to federalism. This does not mean that

de rappeler aux partenaires de la fédération qu'ils sont tenus de prendre en compte les intérêts des uns et des autres dans l'exercice de leurs propres compétences.

III.4 L'imposition d'une obligation de bonne foi aux exécutifs : une solution de compromis?

Comme nous le verrons dans la quatrième partie, dans sa décision relative à l'abolition du registre des armes d'épaule, la Cour suprême ne semble aucunement encline à réduire la portée de la souveraineté des assemblées législatives à la lumière du fédéralisme coopératif.

Quoiqu'il en soit, il convient de considérer brièvement la possibilité que le fédéralisme coopératif puisse servir d'ancrage pour baliser les rapports non pas entre pouvoirs législatifs, au sein de la fédération, mais entre les pouvoirs *exécutifs*. Deux options seront, dans ce sens, rapidement évoquées : une réhabilitation de la doctrine des attentes légitimes d'une part, et la « responsabilité » de l'exécutif pour les conséquences découlant de certains actes législatifs, de l'autre.

❖ La doctrine des attentes légitimes

Dans le *Renvoi sur le RAP*, consciente de l'obstacle que représentait la souveraineté parlementaire en l'instance, la Colombie-Britannique avait concédé que le Parlement fédéral ne pouvait être empêché de légiférer de manière à modifier la formule de financement. Mais elle avait plaidé que l'exécutif provincial avait une « expectative » ou « attente » légitime que son homologue fédéral ne déposerait pas un projet de loi en ce sens, dans la mesure où ce projet remettait unilatéralement en cause un arrangement coopératif bien établi.

cooperation is not constitutionally *valued*, which is markedly different from being compulsory », J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, préc., note 6, p. 99 (soulignements dans l'original).

La Cour suprême a rejeté l'argument au motif que lorsqu'il introduit un projet de loi, particulièrement un projet de loi ayant des conséquences budgétaires, l'exécutif fait partie intégrante du rouage législatif. L'empêcher de déposer ce type de projet de loi constituerait donc une entrave à la souveraineté parlementaire¹⁰⁸. Or, comme on l'a vu, en 1991, la Cour s'est refusée à reconnaître une quelconque limitation à cette souveraineté au nom du fédéralisme. Dans la décision relative aux armes à feu de 2015, la majorité de la Cour réitère cette position¹⁰⁹.

Toutefois, la Cour n'a pas expressément rejeté l'application de la doctrine des attentes légitimes lorsqu'un exécutif remplit une fonction exécutive ou administrative, et non pas législative. L'on pourrait soutenir, qu'*a contrario*, en l'absence d'intervention législative, les modifications d'orientations politiques qui remettent en cause des arrangements coopératifs pourraient justifier le recours à cette doctrine¹¹⁰.

En d'autres termes, sans revoir leur interprétation maximaliste (et à mon avis, anachronique) de la souveraineté parlementaire, les juges pourraient imposer aux exécutifs des obligations réciproques de bonne foi¹¹¹. La loyauté fédérale serait ainsi limitée à la branche exécutive et n'affecterait pas la souveraineté des assemblées législatives. Au minimum, une reconnaissance de l'applicabilité de la doctrine des attentes

108. *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, préc., note 85, p. 559.

109. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc. note 5, par. 25.

110. Resterait évidemment à déterminer laquelle de la conception « substantielle » ou « procédurale » de la doctrine pourrait trouver à s'appliquer. Si, dans le premier cas, la réparation peut consister en un maintien du *statu quo ante* (et donc de l'interdiction de modifier unilatéralement l'arrangement), dans le second, son application pourrait au minimum incorporer une obligation de consultation – de bonne foi – avant l'introduction de modifications par un partenaire fédéral, de politiques publiques échafaudées de concert avec d'autres partenaires de la fédération.

111. Gus VAN HARTEN, Gerald HECKMAN et David MULLAN, *Administrative Law: Cases, Text and Materials*, Toronto, Edmond Montgomery Publications, 2010, p. 159 et suiv.

légitimes dans ce contexte générerait des obligations de consulter, de bonne foi, avant toute modification unilatérale d'une norme faisant partie d'un écheciveau normatif enchevêtré et négocié. On pourrait soutenir qu'une telle obligation, ancrée dans un principe constitutionnel sous-jacent, aurait un fondement juridiquement plus solide que la Directive sur la réglementation intelligente adoptée par le gouvernement fédéral¹¹².

❖ **La « responsabilité » de l'exécutif pour les conséquences découlant de certains actes législatifs**

Dans *Wells*, la Cour suprême du Canada a statué que, dans un régime parlementaire, le pouvoir exécutif ne peut se réfugier derrière une assemblée législative qu'il maîtrise (du moins lorsque le gouvernement dispose d'une majorité de députés dans l'assemblée), pour justifier une action prise de mauvaise foi. En l'occurrence, le gouvernement de Terre-Neuve avait introduit un projet de loi abolissant une Commission et mettant fin aux contrats de travail des commissaires. M. Wells, ayant perdu son poste, demande réparation. Le gouvernement refuse au motif que la loi l'empêche de respecter les obligations contractuelles¹¹³. *In fine*, la Cour suprême du Canada ne remet pas en cause la loi

112. Laquelle ne s'applique qu'au processus d'adoption de normes réglementaires et non pas législatives : *Directive du Cabinet (fédéral) sur la gestion de la réglementation*, art. 39, en ligne : <<http://www.tbs-sct.gc.ca/rtrap-parfa/cdrm-dcgr/cdrm-dcgrtb-fra.asp>> (consulté le 13 octobre 2013). Cette directive met à jour et remplace la *Directive du Cabinet sur la rationalisation de la réglementation* (2007) et la *Politique de réglementation du gouvernement du Canada* (2009) : art. 7(n) et (p) de la Directive de 2012. Il est intéressant de noter, toutefois, que la nouvelle Directive ne traite plus les entités fédérées comme de simples « *stakeholders* », mais accorde au moins une section spécifique à la consultation avec les provinces et territoires. Sur cette Directive et sur l'impact sur le fédéralisme « en réseau », voir France HOULE, « La réglementation intelligente et la gouvernance publique contemporaine », dans *Conférence des juristes de l'État 2011, XIXe conférence Le juriste de l'État au cœur d'un droit public en mouvement*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011, 173-202.

113. *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, 220.

provinciale (au nom de la souveraineté parlementaire). Par contre, elle statue que l'exécutif devait payer des dédommagements à l'intéressé. Pour une Cour unanime, le juge Major affirme qu :

il existe une distinction fondamentale entre le fait pour la Couronne de se soustraire à l'exécution d'un contrat au moyen d'une loi, et le fait d'échapper entièrement aux conséquences juridiques d'une telle mesure [...]

Dans un pays régi par la primauté du droit, nous présumons que le gouvernement respectera ses obligations, à moins qu'il n'exerce expressément son pouvoir de ne pas le faire [...] Faute d'une intention expresse et claire d'abroger des droits et des obligations — droits de la plus haute importance pour l'individu — ces droits demeurent en vigueur. Prétendre le contraire signifierait que le gouvernement n'est lié que par son caprice, non par sa parole. Au Canada, cela est inacceptable et *ne concorde pas avec la façon dont on envisage la relation entre l'État et ses citoyens*¹¹⁴.

En d'autres mots, même si la souveraineté parlementaire ne peut empêcher un législateur d'adopter des lois et de les révoquer, il ne s'ensuit pas pour autant que le gouvernement qui, de ce fait, parvient à se dégager d'engagements antérieurs ne puisse être tenu à réparations, *sauf indication expresse dans la loi*¹¹⁵.

114. *Id.*, 216 et 218 (soulignements ajoutés).

115. Dans *Bacon c. Saskatchewan Insurance Crop Corporation*, (1999), 180 Sask R. 20, la Cour d'appel de la Saskatchewan rejette l'argument voulant que la primauté du droit puisse être invoquée à l'encontre d'une loi qui modifie unilatéralement un contrat et exclut expressément le versement de dommages et intérêts. La décision a été rendue quelques mois avant que la Cour suprême ne rende son jugement dans *Wells*. Cela dit, le résultat eut probablement été le même (puisque l'exclusion des réparations étaient, dans ce cas, introduite par une norme législative).

Dans quelle mesure une telle conclusion pourrait-elle également s'appliquer aux relations entre ordres de gouvernement et non pas uniquement dans les rapports entre autorités publiques et citoyens? Une telle solution opèrerait un compromis entre, d'une part, une loyauté fédérale limitant la liberté d'action des législateurs et, d'autre part, le principe démocratique qui doit permettre à chaque législature de répondre aux intérêts de ses propres commettants, y compris lorsque ce faire implique de revenir sur des engagements antérieurs¹¹⁶. Cette interprétation insèrerait ainsi une forme de « responsabilité » des gouvernements dans le cadre de leurs relations réciproques, à l'image de la responsabilité civile, contractuelle ou administrative qu'ils doivent assumer dans leurs rapports avec personnes et organes privés.

Autrement dit, un ordre de gouvernement pourrait se retirer unilatéralement d'un arrangement coopératif, par le truchement d'un acte législatif, mais il ne pourrait de ce fait se soustraire à d'éventuelles réclamations de la part de ses anciens collaborateurs. Il ne pourrait se retrancher derrière la souveraineté parlementaire pour éviter les conséquences de son retrait unilatéral. D'ailleurs, il convient de noter que le recours à la loi pour mettre un terme à des engagements intergouvernementaux assure au moins un certain degré de visibilité et de contrôle parlementaire (même si ce contrôle ne peut être exercé que par une seule assemblée, selon un schéma dualiste), ce qui est indubitablement cohérent dans un régime démocratique.

116. Pour un débat sur la réconciliation entre ces deux valeurs, voir : Johanne POIRIER, « Le droit public survivra-t-il à sa contractualisation? Le cas des accords de coopération dans le système fédéral belge », (2006) 33 *Revue de droit de l'ULB*, 261-314, et la réplique d'Hugues DUMONT, « L'État belge survivra-t-il à sa contractualisation? Considérations critiques sur le mode belge des accords de coopération », (2006) 33 *Revue de droit de l'ULB*, 315-344.

III.5 Vers l'émergence d'une obligation d'agir de bonne foi dans les rapports entre partenaires fédéraux?

La remise en cause de l'interprétation maximaliste de la souveraineté parlementaire, par la reconnaissance d'une forme de loyauté fédérale a été, comme nous le verrons, implicitement rejetée par la Cour suprême dans l'affaire de l'abolition du registre des armes à feu. Il est indéniable qu'une telle réinterprétation aurait requis une sérieuse distanciation par rapport à l'interprétation particulièrement formaliste, restrictive et positiviste du fédéralisme (dualiste) privilégiée par la Cour suprême lorsque les partenaires fédéraux eux-mêmes, ne s'entendent pas¹¹⁸. Elle aurait, de ce fait, constitué une forme de révolution judiciaire¹¹⁹.

Cela dit, une telle relecture se serait fort logiquement inscrite dans la droite ligne de la jurisprudence consolidant le fédéralisme coopératif, qui constitue, comme nous l'avons vu, un réaménagement prétorien de l'ordre constitutionnel canadien¹²⁰. De même, les solutions imposant des obligations de bonne foi aux pouvoirs exécutifs dans leurs relations réciproques trancheraient en partie – quoique de façon moins radicale – avec la conception foncièrement dualiste du fédéralisme canadien qui resurgit en cas de litige entre partenaires de la fédération.

Il est vrai que dans le *Renvoi relatif aux valeurs mobilières*, une Cour suprême unanime soulignait que le « courant

118. Sur les différences de stratégie judiciaire selon que les branches exécutives et ou législatives de divers ordres de gouvernement s'entendent, ou non, voir la section , *supra*, section II.3.

119. N.W. BARBER, « The Afterlife of Parliamentary Sovereignty », (2011) 9 *International Journal of Constitutional Law* (I-CON), 144-154, décrivant le sort de la souveraineté parlementaire en Angleterre dans le contexte de la jurisprudence assurant la primauté du droit européen sur le droit britannique.

120. La solution serait dans ce sens conforme avec les conditions épinglées par Jean Leclair pour assurer un recours légitime aux principes constitutionnels sous-jacents par les juges : J. LECLAIR, préc., note 76, p. 427-428.

dominant” du fédéralisme souple, aussi fort soit-il, ne peut autoriser à jeter des pouvoirs spécifiques par-dessus bord, ni à éroder l'équilibre constitutionnel inhérent à l'État fédéral canadien »¹²¹. Toutefois, dans le contexte, le terme « pouvoir » renvoie à la notion de « compétences » législatives explicites (*powers*) et non pas à une conception plus large des pouvoirs législatifs ou exécutifs.

Dans cette optique, certains indices suggèrent qu'une obligation d'agir de bonne foi dans le chef des pouvoirs publics est en voie d'émergence (timide?) dans la jurisprudence de la Cour suprême, dans d'autres contextes. Les « créanciers » d'une telle obligation de bonne foi ne sont pas les autres membres de la fédération, mais des groupes autochtones, des minorités linguistiques, voire de « simples » citoyens privés de leurs droits. La question est évidemment de savoir si une telle « philosophie » de la bonne foi pourrait – devrait – migrer vers les relations entre pouvoirs publics, afin de tenir compte de l'évolution de la normativité en réseau qui caractérise la pratique du fédéralisme coopératif.

Le premier indice est tiré de la jurisprudence relative à « l'honneur de la Couronne » qui limite la marge de manœuvre des pouvoirs publics dans leurs relations avec les peuples autochtones¹²². En raison de son caractère fondamental, cette obligation de bonne foi ne peut être abrogée ou réduite même par la voie de traités constitutionnalisés¹²³. Bien que des doutes persistent, on pourrait en déduire qu'*a fortiori*, elle doit primer sur les normes législatives unilatérales, et donc, restreindre la souveraineté parlementaire. Au minimum, du moins, l'honneur de

121. *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, par. 62.

122. *Beckman c. Première nation de Little Salmon / Carmacks First Nation*, 2010 CSC 53. Dans cette affaire, la juge Deschamps considère que l'honneur de la Couronne constitue un autre principe constitutionnel sous-jacent (par. 97). Au sujet de l'honneur de la Couronne, voir aussi : *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, par. 93 et C. SHEPPARD, préc., note 106, p. 561 et suiv.

123. *Québec (P.G.) c. Moses*, 2010 CSC 17.

la Couronne impose aux exécutifs une obligation de consulter les peuples autochtones dans la mise en œuvre de programmes législatifs¹²⁴.

Le second indice relève du droit des minorités de langues officielles. On voit émerger une jurisprudence selon laquelle les aménagements intergouvernementaux ne peuvent – en principe – avoir pour effet de réduire la portée des droits linguistiques¹²⁵. De façon particulièrement créative, la Cour supérieure du Yukon a statué que les gouvernements ont une obligation fiduciaire à l'endroit des minorités linguistiques lorsqu'ils négocient des aménagements à des ententes intergouvernementales auxquelles ces minorités ne sont pourtant pas directement parties¹²⁶. À l'instar de l'honneur de la Couronne, il découle de cette relation fiduciaire, au minimum, une obligation de consulter les représentants des minorités avant de prendre des décisions affectant leurs intérêts¹²⁷.

Le troisième exemple est inspiré de l'affaire *Wells*, examiné dans la section précédente. Il suggère que les exécutifs ne peuvent utiliser « leur » pouvoir législatif comme bouclier pour échapper à des obligations contractuelles. Sauf – et l'exception est de taille –

124. *Ross River Dena Council v. Yukon*, [2013] 2 C.N.L.R. 355, par. 39.

125. *Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick c. Canada*, 2008 CSC 15.

126. *Commission scolaire francophone du Yukon no. 3 c. P.G. du Territoire du Yukon*, 2010 YKSC 57. Nouveau procès ordonné par la Cour d'appel en raison d'une « crainte raisonnable de partialité » de la part du juge de première instance. La Cour d'appel tranche néanmoins certaines questions de droit, mais non pas celle touchant aux obligations fiduciaires : *Commission scolaire francophone du Yukon no. 23 c. P.G. du Territoire du Yukon*, 2014 YKCA 4.

127. La Cour suprême du Yukon contourne ainsi astucieusement le problème de l'effet relatif du contrat, en invoquant une doctrine de droit public – les obligations fiduciaires – à l'endroit des bénéficiaires d'un arrangement intergouvernemental. En effet, les minorités n'étant pas parties à l'entente intergouvernementale, elles ne peuvent en exiger le respect. La Cour d'appel ne se prononce pas non plus sur cette question, qui devrait être réexaminée dans le cadre du nouveau procès.

si l'interdiction de verser des indemnités est explicitement prévue dans une loi.

Ces trois contextes illustrent l'émergence de normes de bonne conduite imposées, au minimum, aux pouvoirs exécutifs, au bénéfice de groupes minoritaires ou autochtones, voire aux administrés. Dans certaines circonstances, le pouvoir judiciaire n'hésite plus à contrôler la violation d'aménagements gouvernementaux pris en concertation, acte qui, auparavant, aurait été considéré comme relevant soit du droit des contrats bilatéraux, soit de relations de nature politique.

Serait-il illogique ou absurde que les juges exercent une forme de contrôle analogue lorsqu'un partenaire fédéral remet en cause, de manière unilatérale, des engagements élaborés conjointement avec un autre partenaire fédéral? Concrètement, un partenaire de la fédération pourrait-il instituer une requête en jugement déclaratoire invoquant le fait qu'un acte émanant d'un autre partenaire contrevient au principe du fédéralisme, et plus précisément au fédéralisme coopératif? La réponse diffère-t-elle si cette action est de nature législative ou exécutive?

Déjà avant la décision sur l'abolition du registre des armes d'épaule, les exemples précédents ne fournissaient pas d'arguments très solides pour défendre l'existence d'une quelconque obligation d'agir de bonne foi pouvant contrer les initiatives législatives. Néanmoins, ces exemples illustrent un courant favorable au balisage du comportement des pouvoirs publics par le juge constitutionnel. Ils pourraient – et ici, l'usage du conditionnel est de rigueur – paver la voie à une éventuelle reconnaissance prétorienne d'une forme de loyauté fédérale qui viendrait tempérer la puissance « unilatérale » de la souveraineté parlementaire, dans certains contextes où le fédéralisme dualiste fait indéniablement place à des mécanismes coopératifs (très) fortement imbriqués¹²⁸.

128. Voir la remarque préliminaire de la majorité de la Cour dans l'affaire de l'abolition du registre d'épaule selon laquelle son analyse pourrait différer dans le cas d'un régime « réellement intégré » : v. par. 4. Pour rappel, le

En résumé, l'engouement pour le fédéralisme coopératif observé depuis de nombreuses années peuvent théoriquement conduire à deux évolutions jurisprudentielles. D'une part, les tribunaux pourraient imposer aux exécutifs une obligation de bonne foi, de respect des attentes légitimes, dans leurs relations respectives, notamment lorsqu'il s'agit de remettre en cause des arrangements coopératifs complexes. Cette option n'est pas, à ce jour, entièrement exclue.

D'autre part, et de manière clairement plus ambitieuse, mais aussi indéniablement cohérente, les juges auraient pu revoir la conception « maximaliste » de la souveraineté parlementaire, en y introduisant une obligation pour les branches *législatives* de tenir compte des intérêts des autres partenaires de la fédération. Il eut s'agit là de l'introduction d'une forme de « loyauté fédérale », à l'image de celle qui encadre juridiquement les rapports entre composantes de certains autres régimes fédéraux. Dans une forme quelque peu atténuée, cette loyauté fédérale pourrait être conçue comme imposant des limites de « forme et de manière » aux pouvoirs législatifs, en permettant aux juges de vérifier si des actions unilatérales contestées ont été précédées de négociations et de consultations de bonne foi. Mais sans contrôler, *in fine*, la portée des actes législatifs eux-mêmes.

L'on pourrait évidemment craindre que la reconnaissance de telles obligations de « fidélité réciproque » puisse conduire les tribunaux à arbitrer des litiges qui ont longtemps été considérés comme étant foncièrement politiques¹²⁹.

terme « intégré » signifie dans le contexte « imbriqué de façon significative ». Il ne s'agit donc pas d'un synonyme de « fédéralisme administratif » : *supra*, section I.1.

129. En particulier dans les fédérations issues de la tradition de *common law*. Les fédérations ancrées dans une tradition civiliste et « continentale » confèrent plus aisément un caractère juridique aux relations entre partenaires fédéraux : J. POIRIER et C. SAUNDERS, préc., note 8, (section II.7 du manuscrit) ; J. POIRIER, préc., note 18.

L'affaire relative à l'abolition du registre des armes à feu offre justement un terreau fertile pour réfléchir au rôle des tribunaux dans la gestion du fédéralisme canadien. Elle permet également de mettre en lumière diverses conceptions du fédéralisme qui se superposent, et parfois s'entrechoquent, au sein de la magistrature, y compris, à son plus haut sommet.

IV. L'ABOLITION DU REGISTRE D'ARMES D'ÉPAULE : LA COEXISTENCE MALAISÉE DES CONCEPTIONS DU FÉDÉRALISME COOPÉRATIF ET DU FÉDÉRALISME DUALISTE

En 1995, le Parlement fédéral, sous l'impulsion d'un gouvernement Libéral, a adopté la *Loi sur les armes à feu*¹³⁰, par le biais duquel il introduisait une obligation d'enregistrer toute arme d'épaule¹³¹. Quelques années plus tôt, la Cour suprême avait confirmé la compétence fédérale en la matière (fondée sur le droit criminel). Elle ajoutait que même si les compétences provinciales en matière de droit civil avaient pu justifier une législation provinciale au même effet, l'autorité fédérale pouvait néanmoins légiférer en vertu de la doctrine du double aspect¹³². C'est ce que cette dernière a entrepris de faire, mais en proposant aux provinces qui le souhaitaient de collaborer au système mis en place.

Ainsi, la loi de 1995 prévoyait la conclusion d'ententes de financement avec les provinces acceptant de participer à sa mise en œuvre. Cinq provinces sur dix ont conclu de telles ententes¹³³. Si la Loi fédérale constitue le pilier du programme, elle s'inscrit dans un écheveau normatif composé également de règlements

130. *Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, ch. 39 [ci-après « Loi de 1995 »].

131. En sus de l'obligation d'enregistrer certaines armes « à usage restreint » qui existait déjà. Pour un historique de la Loi, voir Paul DALY, « Dismantling Regulatory Structures : Canada's Long-Gun Registry as a Case Study », (2014) 32 (2) *National Journal of Constitutional Law*.

132. *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31.

133. Il s'agit de l'Ontario, du Québec, de la Nouvelle-Écosse, du Nouveau-Brunswick et de l'Île-du-Prince-Édouard.

fédéraux, de lois fédérales et provinciales sur la protection des renseignements personnels, d'ententes bilatérales de financement, de protocoles d'interprétation¹³⁴, etc. Le régime mis en place, complexe et imbriqué, fournit une illustration typique du fédéralisme coopératif.

Il témoigne également de deux difficultés rencontrées par les juges confrontés à la coopération entre les autres branches de divers partenaires de la fédération. Il s'agit, en premier lieu, de la normativité en réseaux échappant à la structure normative « dualiste » qui charpente officiellement le système fédéral canadien. Et, en second lieu, du décalage qui peut exister entre la formulation législative et la mise en œuvre concrète des normes par les acteurs de terrain, surtout lorsque ces derniers émanent d'autorités publiques distinctes.

L'enchevêtrement de normes et de procédures relatives au contrôle des armes à feu donne lieu à des lectures distinctes des responsabilités de chaque ordre, voire même du chef de compétences en vertu duquel les provinces agissent. Ces « doubles lectures » ne sont pas inédites dans le contexte du fédéralisme coopératif « à la carte ». L'absence d'un consensus clair à ce sujet permet même, parfois, l'articulation des actions des uns et des autres : un flou artistique plane sur les compétences, mais on s'entend « sur le terrain »¹³⁵. Les problèmes surgissent, évidemment, lorsque les parties ne s'entendent plus sur ce même terrain et que les divergences d'interprétation sur la titularité des compétences et le fondement de l'action publique font surface. C'est en partie ce qui marque le litige relatif à l'abolition (partielle) du registre des armes à feu.

En effet, en 2012, donnant suite à des promesses électorales, le gouvernement conservateur à Ottawa abolissait

134. Un protocole produit par le ministère de la Justice du Canada en 1998, porte sur les difficultés d'un système aussi complexe d'échange d'informations à caractère personnel.

135. Voir J. POIRIER, préc., note 44, p. 450.

l'obligation d'enregistrer les armes d'épaule¹³⁶. Si ce choix politique fait l'objet de vives critiques au Québec, la constitutionnalité de l'abolition n'est pas, en soi, remise en cause. À cet égard, la vision « traditionnelle » de la souveraineté parlementaire, selon laquelle un législateur peut abroger toute loi préalablement adoptée, n'est pas directement contestée¹³⁷. Par contre, le Québec s'objecte à l'obligation de destruction de toutes les données comprises dans le registre des armes d'épaules décrétée unilatéralement par les autorités fédérales, par le truchement de l'article 29 de la loi abrogative de 2012.

Alors que les autres provinces ayant participé au régime coopératif obtempèrent à l'ordre de destruction, le Québec refuse, alléguant souhaiter instituer son propre registre, en vertu de ses propres compétences constitutionnelles¹³⁸. C'est d'ailleurs suite à ces déclarations que l'article 129 avait été rajouté au projet de loi fédéral. Les versions antérieures ne comportaient aucune référence à la destruction des données¹³⁹.

La province souhaite récupérer les données colligées au cours des quelque quinze ans de l'existence du registre ayant un lien avec le Québec, et ce, pour deux motifs. Premièrement, afin de réduire les coûts de l'élaboration d'un registre entièrement nouveau. Deuxièmement, et surtout, afin de ne pas perdre des données antérieures qui fournissent un historique quant à la

136. *Loi sur l'abolition du registre des armes d'épaule*, L.C., 2012, ch. 6 [ci-après « Loi de 2012 »]. Le gouvernement avait, *de facto*, décriminalisé la possession d'armes d'épaule depuis 2006, en décrétant des amnisties contre les constats d'infraction. Toutefois, les données étaient toujours récoltées par les autorités en vertu de la loi de 1995: *Décret fixant une période d'amnistie (2006)*, DORS/2006-95 [mod. 2007-101, 2008-147, 2009-139, 2010-104, 2011-102, 2013-96, 2014-123], cité par. 64. *Canada (Procureur général) c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 14 (ci-après « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC).

137. *V. infra*, section IV.3.

138. *Barbra Schlifer Commemorative Clinic c. Canada*, 2012 ONSC 5271, par. 3 et 161.

139. V. par. 167, 174 et 187 des motifs minoritaires (non contestés par la majorité) dans « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5).

possession des armes d'épaule sur son territoire¹⁴⁰. La preuve démontre que 90% des armes à feu enregistrées au Québec sont des armes d'épaule et que la destruction des données effacera la trace d'environ 1.5 millions d'armes¹⁴¹.

Le Québec introduit une requête en jugement déclaratoire alléguant l'inconstitutionnalité de l'article 29. Il plaide notamment que la province ayant contribué à l'élaboration du registre (et à la collation des données), l'autorité fédérale ne pouvait unilatéralement en ordonner la destruction. La province exige également le transfert des données ayant un lien avec le Québec. Le juge Blanchard de la Cour supérieure du Québec lui donnera raison¹⁴². Une formation (relativement exceptionnelle) de cinq juges de la Cour d'appel du Québec cassera unanimement le jugement de première instance¹⁴³.

Pour sa part, une courte majorité de cinq juges de la Cour suprême confirme pour l'essentiel l'arrêt de la Cour d'appel¹⁴⁴. Quatre juges – dont les trois juges du Québec qui signent ensemble l'opinion dissidente à laquelle souscrit une autre juge – auraient donné raison au Québec, mais pour des motifs qui

140. Ayant vécu les drames de Polytechnique et du Collège Dawson, le Québec avait été à l'avant-plan de la demande d'un programme d'enregistrement de toutes les armes. On peut présumer que si l'autorité fédérale n'avait pas agi en 1995, la province aurait souhaité le faire. En l'occurrence, province et autorité fédérale s'étaient mises d'accord pour un arrangement concerté, mais dans le cadre d'un programme largement fédéral.

141. V. extraits d'affidavits cités par les juges minoritaires dans « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5. Faits non mentionnés par la majorité.

142. *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2012 QCCS 1614 (ci-après « Décision sur les armes à feu », 2012, CS).

143. *Canada (Procureur général) c. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCA 1138 (ci-après « Décision sur les armes à feu », 2013, CA).

144. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, jugement majoritaire rédigé par les juges Cromwell et Karakatsanis, auxquels la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Moldaver apportent leur appui.

s'éloignent partiellement de ceux retenus par le juge de première instance¹⁴⁵.

IV.1 Un contexte factuel et normatif complexe et contesté

Selon l'adage : « *bad facts make bad law* ». En l'occurrence, une appréciation divergente des faits conduit inmanquablement à des conclusions juridiques divergentes. On pourrait dire « *contested facts, make divergent law* ».

En effet, une épineuse question de faits fonde le dilemme constitutionnel : le registre des armes d'épaule résulte-t-il d'une délégation administrative révocable par l'autorité fédérale à (certaines) provinces? Ou s'agit-il plutôt d'un programme réellement conjoint - un « partenariat » - au sein duquel chaque ordre intervient dans l'exercice de ses propres compétences? Le flou artistique qui a facilité l'élaboration du régime - en évitant de devoir réconcilier des positions potentiellement contradictoires - fait place à une rixe constitutionnelle, lorsque les parties ne s'entendent plus.

La qualification factuelle - qui divise les juges - est tout à fait déterminante en l'espèce. En effet, tout en déboutant le Québec, la majorité de la Cour suprême prend soin de préciser que sa :

conclusion en l'espèce repose en partie sur le fait que le Registre canadien des armes à feu (« RCAF ») découle directement d'une loi fédérale et ne dépend d'aucun texte législatif provincial. *Différentes considérations peuvent être présentes dans le cas d'un régime législatif fédéral-provincial réellement intégré* [*“interlocking ... framework”*]. Le RCAF ne constitue cependant pas, à notre avis, un régime de ce genre. Nous n'avons donc

145. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, motifs dissidents rédigés par les juges Lebel, Wagner et Gascon, avec l'appui de la juge Abella.

pas à nous demander ce qui pourrait arriver si c'était le cas¹⁴⁶.

Or, pour les quatre juges dissidents, au contraire :

« tant la collecte des données concernant les armes d'épaule que les initiatives plus larges visant à réglementer l'usage de ces armes se sont effectuées en *partenariat* avec les provinces, dont le Québec. En présence d'un tel *régime intégré* [« *integrated scheme* »] qui fait appel à l'exercice de compétences législatives fédérale et provinciales, une application particulière du cadre d'analyse en matière de partage des compétences est requise »¹⁴⁷. [...C]e *partenariat a fait appel à la participation administrative, financière et législative du Québec*¹⁴⁸.

L'une des clés du litige réside dans l'appréciation du type et du degré de contribution des autorités provinciales à l'élaboration du registre que l'autorité fédérale veut abolir et dont il veut détruire le contenu. C'est ici qu'intervient ce que j'appellerais l'échelle de pertinence factuelle.

Les juges majoritaires, à l'instar de la Cour d'appel, focalisent leur analyse sur les règles entourant le registre aboli (et dont les données doivent être détruites). Pour leur part, le premier juge et les juges minoritaires de la Cour suprême tiennent compte d'un contexte plus vaste. Ils notent l'interaction constante des autorités provinciales et fédérales dans le cadre du « Programme canadien des armes à feu » en général. De plus, ils analysent en détails l'interdépendance des registres au sein de la banque de données, soulignant notamment que la destruction des données

146. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 4 (soulignements ajoutés).

147. *Id.*, par. 50 (soulignements ajoutés).

148. *Id.*, par. 172. (soulignements ajoutés).

d'enregistrement devrait prendre des mois, en raison de leur imbrication avec les autres données du registre¹⁴⁹.

À ce stade, il importe de clarifier l'une des nombreuses sources de confusion dans le présent dossier. Depuis la mise en place du système, l'expression « Registre canadien des armes à feu » renvoie, en réalité, à une combinaison de trois registres distincts : celui des *enregistrements* à proprement parler (et qui fait l'objet de l'abrogation et de l'ordre de destruction de données); celui relatif aux *permis* de port d'armes (lequel n'est pas affecté par la loi de 2012) et un troisième relatif aux armes détenues par les forces policières et qui n'est pas en cause en l'instance. Tous étaient gérés par la Gendarmerie royale du Canada via une banque de données unique, le « Système canadien d'information relativement aux armes à feu (SCIRAF) ».

Pour leur part, s'appuyant en partie sur divers documents administratifs, ententes, déclarations gouvernementales, affidavits de gestionnaire des registres, etc., les juges minoritaires de la Cour suprême endossent largement la position du Procureur général du Québec, et les conclusions de faits du premier juge, selon lequel *l'ensemble du programme* constitue un « partenariat » fédéral-provincial¹⁵⁰.

Les juges majoritaires de la Cour suprême reprennent largement l'exposé des faits présenté par le Procureur général du Canada. Ils estiment que la preuve au dossier démontre bien l'existence de registres distincts et inter-reliés au sein d'une même banque de données. Mais ils ajoutent que seul l'un de ces registres – celui des *enregistrements* – est visé par l'abrogation

149. *Id.*, par. 115-135, particulièrement, par. 110. V. aussi, par. 55 et 63.

150. Le préambule des trois accords financiers successifs, conclus dans le cadre de ce programme, faisait en effet référence à un « partenariat » entre le Centre canadien des armes à feu (responsable de l'application de la loi) ou la GRC d'une part, et le Québec, de l'autre, pour « assurer l'efficacité de l'administration de la Loi sur les armes à feu » : « Décision sur les armes à feu », 2012, CS, préc., note 142, par. 80.

législative de 2012 et que, par conséquent, l'analyse constitutionnelle ne doit viser que ce registre.

En effet, pour la majorité de la Cour suprême, en vertu de la loi de 1995, le registre des *enregistrements* des armes d'épaule, relève entièrement de la compétence fédérale. Ce registre est géré par un « Directeur », désigné par un ministre fédéral. Ce sont les données contenues dans ce registre que l'article 29 de la nouvelle loi fédérale ordonne de détruire. Quant au second registre qui vise les données relatives aux *permis* de port d'armes d'épaule, il relève d'un « Contrôleur ». Selon une formule asymétrique, dans certaines provinces (et tous les territoires), celui-ci est désigné par un ministre fédéral, alors que dans les cinq provinces ayant conclu une entente avec l'autorité centrale, le « Contrôleur » est désigné par un ministre provincial. Au Québec, la contrôlease était membre de la Sûreté du Québec. Pour rappel, ce second registre n'est pas remis en cause par la loi d'abrogation.

Tous les juges reconnaissent qu'en vertu de la loi de 1995, seul le Directeur (fédéral) pouvait inscrire des données dans le registre des *enregistrements*, ou modifier ces données. De même, seul le Contrôleur (*in casu*, provincial) pouvait ajouter ou modifier des données dans le registre des *permis*. Par ailleurs, directeur et contrôleurs avaient réciproquement accès à toutes les données¹⁵².

Les juges ne tirent cependant pas les mêmes conclusions de cette forme de « partage des tâches » officiel. Ainsi, pour la majorité, le fait que seul le Directeur ou les Contrôleurs pouvaient matériellement modifier les données implique que *légalement*, ils ne contrôlaient que leur propre registre¹⁵³. Au contraire, pour la minorité, les échanges fréquents d'information entre gestionnaires du registre d'enregistrement et celui des permis font en sorte que

152. Art. 87 et 90 de la *Loi de 1995*. V. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 6 et 60-62.

153. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 26.

ces deux registres font, en réalité, partie intégrante d'un même régime¹⁵⁴.

Le texte même de la l'article 29 de la loi de 2012 (qui ordonne la destruction des données) semble en partie démentir l'interprétation stricte de la loi de 1995. En effet, le paragraphe 29(2) dispose que « chaque contrôleur » (provincial) veille à détruire les « registres et fichiers » (« records ») relatifs à l'enregistrement des armes d'épaule qui « relèvent de lui » (« *under their control* »)¹⁵⁵.

A priori, cette formulation suggère que des données relatives à l'enregistrement des armes peuvent être contrôlées à la fois par des fonctionnaires fédéraux et provinciaux. Or, pour les juges majoritaires, ces données n'ont tout simplement jamais été – *légalement* – sous le contrôle des autorités provinciales. Pour la minorité au contraire, le Québec avait contribué à la construction de la base de données, même s'il n'avait pas directement « saisi » certaines données¹⁵⁶. La minorité déplore ainsi la vision « compartimentée » de la Cour d'appel (et implicitement de la majorité de la Cour suprême). Cette vision est contredite, selon eux, par la preuve qui démontre que les composantes du régime des armes à feu ne fonctionnaient pas « en vases clos »¹⁵⁷.

En fait, même la Cour d'appel, qui avait nié l'existence d'un partenariat, avait implicitement reconnu la porosité de la frontière entre les divers registres. Elle soulignait, entre autres que tout fichier relatif à demande de permis d'une personne préparé par le Contrôleur (provincial) « comprend un rapport sur *l'inventaire des*

154. *Id.*, par. 103 (citant le par. 47 du *Renvoi relatif à la loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31.

155. Par. 29(2) de la Loi de 2012.

156. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 110 et 121.

157. “The different aspects of the scheme established by the FA (Firearms Act, 1995), do not operate in isolation”: « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 114.

armes à feu qu'elle possède »¹⁵⁸. Ces informations étaient alors déposées au registre des permis (lequel est entièrement accessible aux autres contrôleurs et au directeur du registre des enregistrements).

Cette divergence d'appréciation et de qualification des faits reflète en partie une compréhension divergente des rôles respectifs des ordres de gouvernement en présence. C'est ici que la distinction entre systèmes fédéraux « dualistes » d'une part, et « administratifs » d'autre part, prend tout son sens¹⁵⁹.

Ainsi, la Cour d'appel avait statué que tout en étant désignée par un ministre provincial, la Contrôleure du Québec exerçait « des fonctions administratives » qui avaient « été déléguées à des fonctionnaires provinciaux moyennant compensation »¹⁶⁰. Similairement, pour les juges majoritaires, la Contrôleure du Québec n'agissait pas comme fonctionnaire provinciale, même en ce qui a trait à la tenue du registre des permis¹⁶¹. Et, *a fortiori*, on imagine, en ce qui a trait à une quelconque participation éventuelle au registre des enregistrements. Autrement dit (et ce sont mes termes, ici), dans ce cas, la province aurait agi comme « agent » du fédéral, dans une forme de fédéralisme « administratif à la carte »¹⁶².

Cette conception fait écho aux propos de Stephen Harper, à la Chambre des communes, avant qu'il ne devienne premier ministre :

Certes, c'est le ministère de la Justice qui assume la responsabilité globale du contrôle des armes à feu, mais l'*administration du programme* est surtout l'affaire des gouvernements provinciaux et

158. « Décision sur les armes à feu », 2013, CA, préc., note 143, par. 21 (soulignements ajoutés).

159. V. *supra*, section I.1.

160. « Décision sur les armes à feu », 2013, CA, préc., note 143, par. 55.

161. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 26.

162. Voir, *supra*, section I.1.

territoriaux, des contrôleurs des armes à feu et des forces de police locales¹⁶³.

Le Québec n'interprète pas le régime instauré de la même façon et ne se conçoit pas comme un « agent » de l'autorité centrale, surtout lorsqu'il agit dans une sphère de compétences partagées (pour rappel, le Québec aurait pu mettre sur pied ce même registre d'enregistrement). La province soutient qu'il a collaboré à la création du registre des enregistrements, et ce, dès le départ.

Cette assertion est rejetée par les juges majoritaires de la Cour suprême qui, à l'instar de la Cour d'appel, contestent que la contribution concrète des fonctionnaires provinciaux puisse constituer une réelle « participation » au registre des enregistrements. Les juges majoritaires ont ainsi recours à une interprétation relativement stricte du droit positif (de la loi) qui crée un système relativement hiérarchique, dans lequel l'autorité fédérale contrôle le processus, et en délègue une partie aux provinces qui le souhaitent, en échange de compensations financières.

Encore une fois, cette vision plus « cloisonnée » est rejetée par les juges dissidents qui constatent une interaction beaucoup plus complexe entre autorités fédérale et provinciales. En cohérence avec leur approche davantage contextualisée, ces derniers passent en revue une série de fonctions provinciales et fédérales exercées par la Contrôleure, pour conclure que le partenariat relatif au contrôle des armes à feu et à la gestion des données reposait sur l'exercice de compétences *législatives* tant

163. (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, n° 216, 1^{re} sess., 35^e lég., 12 juin 1995, p. 13631), cités dans « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 56. V. aussi extraits du résumé législatif de la Loi de 2012, cités au par. 119.

fédérales que provinciales¹⁶⁴. Ils soulignent, par ailleurs, que la preuve démontre que la compensation financière ne couvrirait qu'environ 2/3 des frais réels, ce qui implique nécessairement un engagement financier de la part des provinces participantes¹⁶⁵.

Les conceptions divergentes du contexte factuel retenu par les juges pourraient être schématisées comme suit. Pour la majorité de la Cour suprême (à l'instar de la Cour d'appel), la coopération observée prend davantage la forme d'une délégation administrative révocable, selon un mode partiel de fédéralisme « administratif » ou « fonctionnel »¹⁶⁶, et seulement en ce qui a trait à une partie spécifique du Régime relatif aux armes à feu. L'abrogation unilatérale d'un des registres peut être problématique sur le plan politique, mais il ne s'agit pas d'une question juridique dont les tribunaux doivent (ou peuvent) se saisir.

Pour leur part, les juges dissidents de la Cour suprême conçoivent, à l'instar du juge première instance, que « tout le système » découle d'un arrangement coopératif, en ce compris le registre des enregistrements. Par contre, les conclusions juridiques qu'ils tireront de cette analyse factuelle diffèrent de celles du premier juge.

Pour celui-ci, le législateur fédéral peut souhaiter mettre un terme au « système coopératif », mais il ne peut le faire unilatéralement, sans tenir compte des intérêts des autres partenaires investis dans cette entreprise conjointe. Il endosse ainsi indéniablement – mais implicitement – une forme de « loyauté fédérale » qui viendrait moduler la liberté d'action des divers ordres de gouvernement¹⁶⁷.

164. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 128 (soulignements ajoutés).

165. *Id.*, par. 57 et 131.

166. Dans ce contexte, ces expressions renvoient à un système au sein desquelles les entités constituantes mettent en œuvre (administrent) les lois et politiques fédérales : v. section I.1.

167. *V. infra*, section IV.3.

Les juges minoritaires de la Cour suprême adoptent une solution moins « radicale » sur le plan juridique.¹⁶⁸ Comme nous le verrons, ils ancrent leur opinion dissidente dans une interprétation nuancée de la répartition des compétences, plutôt que dans la reconnaissance d'un principe supra-législatif qui introduirait une obligation de bonne foi ou de « bonne conduite fédérale » dans le chef des pouvoirs législatifs.

IV.2 Le fédéralisme coopératif et la répartition des compétences

Comme nous l'avons vu précédemment, le recours au fédéralisme coopératif dans le discours judiciaire remplit trois fonctions. Il peut servir de guide d'interprétation relatif à la répartition des compétences; de motif de « bienveillance » face à des arrangements parfois en tension avec les règles formelles de droit public; et enfin, de principe pouvant moduler non pas la titularité d'une compétence, mais la manière dont elle peut être exercée.

La prochaine sous-section aborde la troisième de ces fonctions. La deuxième n'est pas en cause en l'espèce. En effet, il n'est pas exclu que des difficultés aient pu surgir quant aux mécanismes de contrôle judiciaire de décisions prises par le contrôleur provincial agissant en vertu d'une loi fédérale¹⁶⁹. Toutefois, ce type de questions n'était pas soulevé en l'instance.

168. Paul DALY, "Cooperative Federalism Divides the Supreme Court of Canada: Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)", *Int'l J. Const. L. Blog*, Mar. 30, 2015, <http://www.iconnectblog.com/2015/03/cooperative-federalism-divides-the-supreme-court-of-canada-quebec-attorney-general-v-canada-attorney-general> (dernière consultation, 27 mai 2015).

169. À cet égard, il est intéressant de noter que les recours contre les décisions et les actes de ce fonctionnaire provincial, agissant dans le cadre de ce « système » devaient être introduits devant la Cour supérieure du Québec (et non pas la Cour fédérale) (art. 74 Loi de 1995 et rubrique 11 du 3^e accord). Des décisions judiciaires avaient confirmé que dans l'exercice de ses fonctions, le contrôleur (provincial) ne constitue pas un « office fédéral » dont les décisions peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire par la Cour fédérale : *Whitmore c. Canada*, 2005 CF 1728 et

La présente sous-section aborde brièvement la première de ces fonctions. Il s'agit en l'occurrence du rôle dévolu au fédéralisme coopératif dans l'interprétation des compétences législatives. On a vu que la jurisprudence récente de la Cour suprême a eu recours au fédéralisme coopératif pour favoriser les chevauchements de compétences, déforçant de ce fait, la notion de « compartiments étanches ». En l'espèce, toutefois, il ne s'agit pas de décroiser les compétences (ce que le *Renvoi relatif à la loi sur les armes à feu* de 2000 avait fait en partie), mais plutôt de déterminer si le principe du fédéralisme coopératif peut jouer un rôle dans la détermination des frontières entre compétences fédérales et provinciales.

Ici également les juges se divisent largement en deux clans. En l'espèce, les juges majoritaires de la Cour suprême sont d'avis que dans la mesure où le Parlement pouvait introduire le registre (en vertu de ses compétences en matière de droit criminel), il doit logiquement pouvoir le détruire. Dans le *Renvoi sur les armes à feu* de 2000, la Cour avait statué que bien qu'empiétant sur les compétences provinciales en la matière, l'obligation d'enregistrer les armes d'épaule relevait constitutionnellement de la compétence accessoire de l'autorité fédérale¹⁷⁰. En l'espèce, la majorité en déduit que la destruction du registre des enregistrements constitue également une compétence fédérale accessoire.

Bien qu'il puisse être évoqué pour assouplir l'interprétation rigide de la répartition des compétences exclusives, le principe du fédéralisme connaît des limites. Il ne peut « restreindre la portée [d'une] compétence législative ou imposer l'obligation positive de faciliter la coopération lorsque le partage constitutionnels des pouvoirs autorise une intervention unilatérale »¹⁷¹. En somme, pour la majorité, le fédéralisme coopératif ne pose pas de limite à l'exercice « par ailleurs valide » d'une compétence législative. Dans

9037-9694 *Quebec Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2002 CFFI 849 (C.F.).

170. *Renvoi relatif à la loi sur les armes à feu* (Can.), 2000 CSC 31, cité dans « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 37.

171. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 20.

la mesure où l'enregistrement relève des compétences (même accessoires) de l'autorité fédérale, il importe peu que le gouvernement fédéral « avait fort possiblement comme but ultime d'empêcher le Québec de créer son propre registre »¹⁷².

Pour leur part, les juges dissidents estiment que la détermination des chefs de compétences requiert que l'on tienne compte de l'objet réel de la disposition contestée, en ce compris l'intention du législateur, de même que de ses effets juridiques et pratiques¹⁷³.

La minorité précise que lorsque, dans le Renvoi de 2000, la Cour avait statué que l'enregistrement des armes constituait une compétence fédérale accessoire à ses compétences en matière de droit criminel, le régime des armes à feu n'était pas encore en place. Les effets concrets du système – et surtout ses répercussions sur les choix politiques et législatifs des provinces – ne s'étaient pas matérialisés¹⁷⁴. De plus, à ce stade, cette compétence ne nuisait aucunement à la création de registres provinciaux. Or, vingt ans plus tard, la destruction des données sans offre préalable aux provinces de les utiliser, a un effet négatif sur les possibilités concrètes (par opposition à la possibilité juridique) de ces dernières de créer un registre efficace¹⁷⁵.

Dans le doute, il faudrait pencher en faveur de la solution la plus conforme avec la coopération. Dans la mesure où l'enregistrement des armes relève d'une compétence accessoire fédérale, la minorité est d'avis que le principe du fédéralisme coopératif doit permettre d'évaluer si l'effectivité de la loi abrogeant le registre nécessite la destruction des données. Plus cette destruction sera nécessaire, « plus grande sera la marge de tolérance du débordement » fédéral sur les compétences

172. *Id.*, par. 38.

173. *Id.*, par. 139, 167, 189.

174. *Id.*, par. 97.

175. *Id.*, par. 101.

provinciales¹⁷⁷. Moins elle le sera, moins grande sera la tolérance de l'empiètement. Ayant soupesé les aspects factuels, les juges dissidents concluent que l'autorité fédérale peut abolir le registre. Par contre, la destruction des données, sans qu'elles n'aient d'abord été offertes aux provinces participantes au régime, constitue un débordement fédéral inconstitutionnel dans la sphère de compétences des provinces, car cette destruction unilatérale n'est pas nécessaire à la réalisation de l'objectif de la loi, qui est d'abolir le registre des enregistrements¹⁷⁸.

Autrement dit, même pour la minorité l'article 29 de la loi de 2012 n'est pas inconstitutionnel parce qu'il contreviendrait directement au principe du fédéralisme coopératif qui aurait une valeur normative « supérieure » à la répartition des compétences dans la hiérarchie de normes constitutionnelles. La primauté de la Constitution écrite est clairement réaffirmée¹⁷⁹.

Le fédéralisme coopératif sert plutôt à guider les juges appelés à tracer la frontière entre compétences législatives. Sans que les juges minoritaires n'y fassent explicitement référence, il s'agit, en quelque sorte, de l'application d'un principe de proportionnalité dans la détermination des compétences. D'ailleurs :

La nécessité de respecter les compétences de chacun s'impose encore davantage lorsque les parties ont choisi d'agir en partenariat. Dans un contexte de coopération, les actions d'un ordre de gouvernement peuvent entraîner des répercussions importantes sur l'autre ordre. Il est donc nécessaire de demeurer vigilant au risque accru d'atteinte à l'équilibre constitutionnel que protège le principe du fédéralisme. Il n'est pas question ici d'altérer la séparation des pouvoirs de notre Constitution par l'utilisation du

177. *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, par. 193.

178. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 51

179. *Id.*, par. 144.

fédéralisme coopératif, mais plutôt d'en assurer le respect¹⁸⁰.

Pour les juges minoritaires, l'article 29 de la loi de 2012 ne fait pas qu'abroger un régime fédéral. Il abolit également la composante provinciale du régime, car la preuve démontre que le Québec a ajusté ses politiques publiques – et légiféré – en fonction de la loi fédérale. L'autorité fédérale aurait pu agir seule. Mais elle ne l'a pas fait. Elle a choisi de collaborer. Pour la minorité, on ne peut faire abstraction de ce fait dans l'analyse des « débordements » fédéraux dans la sphère de compétences provinciales¹⁸¹.

Alors que la majorité fait fort peu de cas des principes non-écrits en l'espèce, pour la majorité, ces principes « imprègnent l'analyse et l'interprétation du partage des compétences ». Le recours à ces principes est particulièrement opportun lorsque surviennent « des problèmes ou des situations qui ne sont pas expressément prévues dans le texte de la Constitution »¹⁸². Or, le démantèlement unilatéral d'un partenariat est une situation inusitée qui justifie le recours à des principes non-écrits¹⁸³. Il serait, selon les juges dissidents :

[...] illogique, d'une part, d'encourager la coopération et de reconnaître la validité de régimes établis en partenariat, mais, d'autre part, de refuser de tenir compte de ce contexte particulier lorsque ces régimes prennent fin¹⁸⁴.

L'approche minoritaire est très cohérente, et pourtant, elle a quelque chose de paradoxal. Elle prend acte des difficultés concrètes générées par les chevauchements avalisés par le

180. *Id.*, par. 154. V. aussi les par. 51-52, 79 et 81.

181. *Id.*, par. 183.

182. *Renvoi sur la sécession du Québec*, 1998, par. 52, cité dans « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 144.

183. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 150.

184. *Id.*, par. 152.

principe du fédéralisme coopératif. Toutefois, la réponse préconisée face à l'impact des actions d'un ordre de gouvernement sur un autre dans un contexte d'intervention imbriquée, est de déplacer (ou de replacer) une frontière entre les compétences fédérales et provinciales, et donc, de restreindre, en quelque sorte, le chevauchement.

IV.3 Le fédéralisme coopératif c. la souveraineté parlementaire

La sous-section précédente explorait l'impact du fédéralisme coopératif dans la détermination de la répartition des compétences législatives. La présente examine le traitement réservé à la troisième acception du fédéralisme coopératif, en vertu de laquelle ce dernier pourrait infléchir non pas la titularité des compétences législatives, mais bien la manière dont elles peuvent être exercées. Réinterprété de la sorte, le fédéralisme coopératif induirait une forme d'obligation de bonne foi, une injonction de tenir compte des intérêts des autres ordres de gouvernement. Pour les tribunaux, il ne s'agit plus uniquement de déterminer « qui peut faire quoi », mais « comment ils peuvent le faire ».

Dans les circonstances, le recours au fédéralisme coopératif pour contrôler les actes du pouvoir exécutif n'est pas pertinent, puisque c'est la constitutionnalité d'une disposition législative qui est en cause. Le volet « atténué » de l'obligation de bonne foi examinée plus haut aurait peut-être pu intervenir avant l'introduction du projet de loi par le gouvernement fédéral¹⁸⁵. Mais cette forme plus modeste n'est plus suffisante une fois la loi approuvée par le Parlement.

Vu sous cet angle, il ne s'agit pas du recours (ou non) au fédéralisme coopératif pour moduler la répartition des compétences, mais plutôt de savoir si une norme législative autrement valide pourrait être déclarée inconstitutionnelle au motif qu'elle contrevient au fédéralisme coopératif. Le litige

185. Voir *supra*, partie III.5.

soulevait donc la question de l'impact potentiel du fédéralisme coopératif sur la souveraineté parlementaire, l'un des pilier du fédéralisme « dualiste » canadien¹⁸⁶.

De manière tacite, le premier juge semblait inférer que la conception du fédéralisme coopératif, qui conduit à accroître les chevauchements de compétences, devrait intégrer une forme de loyauté fédérale. Cette dernière imposerait aux partenaires de la fédération un devoir de réserve dans l'exercice de leurs propres compétences. Elle constituerait également une norme de contrôle juridictionnel de l'impératif de comportement coopératif.

La stricte répartition des compétences ne serait donc pas l'unique élément à l'aune duquel le pouvoir judiciaire serait habilité à évaluer la conformité d'une loi avec le principe du fédéralisme. Selon cette conception, le fédéralisme coopératif pourrait infléchir la souveraineté d'une assemblée législative lorsqu'une politique publique et un régime administratif concertés sont remis en cause de manière unilatérale. De manière implicite, il s'agissait d'une invitation à nuancer – sinon à renverser – les conclusions lapidaires du juge Sopinka dans le *Renvoi sur le RAP*.

La Cour d'appel a rejeté cette incursion judiciaire dans les relations qu'elle considère essentiellement politiques. Sans surprise, les juges majoritaires de la Cour suprême également. Pour ces derniers, le principe du fédéralisme coopératif ne restreint pas la portée d'une compétence législative et n'impose pas d'obligation positive de faciliter la coopération, lorsque l'action unilatérale est, par ailleurs, juridiquement possible. Le principe ne permet même pas au pouvoir judiciaire d'intervenir lorsqu'un ordre de gouvernement a « très possiblement » l'intention de nuire à un autre. Pour la majorité, en

186. Voir *supra*, section III.2, et Johanne POIRIER, « Taking Aim at Cooperative Federalism: The Long-Gun Registry Decision by the Supreme Court of Canada », *International Journal of Constitutional Law Blog (I-Connect)*, 15 avril 2015, disponible à : <http://www.icconnectblog.com/2015/04/taking-aim-at-cooperative-federalism-the-long-gun-registry-decision-by-the-supreme-court-of-canada> (dernière consultation, 28 mai 2015).

[...] décider autrement minerait la souveraineté parlementaire et créerait un flou juridique chaque fois qu'un ordre de gouvernement adopte une loi qui a une certaine incidence sur les objectifs de politique générale de l'autre¹⁸⁸.

Pour la minorité, par contre, l'intention de nuire qu'elle a constatée contribue à faire (re)basculer la disposition dans la sphère de compétences provinciales. Ce faisant la minorité écarte – sans la dénoncer explicitement – la conclusion du premier juge selon lequel le Parlement avait commis un « usage abusif de la compétence en droit criminel pour envahir un domaine de compétence provincial »¹⁸⁹, une sorte d'abus de compétences, analogue à l'abus de droit en droit civil.

Les juges minoritaires n'entérinent pas - même implicitement - une telle norme de bonne foi ou de bonne conduite qui viendrait altérer la souveraineté parlementaire. La souveraineté du Parlement n'est pas réduite. Ce dernier n'avait simplement pas la compétence pour légiférer comme il l'a fait¹⁹⁰. Le fédéralisme coopératif a entraîné une interprétation nuancée de la répartition des compétences, en cohérence avec l'élargissement prétorien des compétences partagées. Mais ce même fédéralisme coopératif n'offre pas d'instrument de contrôle de constitutionnalité hors du mécanisme somme toute fort traditionnel, de l'interprétation des compétences législatives.

La conception diceyenne, maximaliste de la souveraineté parlementaire semble donc sortir indemne de l'analyse tant des juges majoritaires que minoritaires. Bien que la minorité ait partiellement distingué les faits du *Régime d'assistance publique* de 1991 de ceux de la présente affaire, elle n'a pas foncièrement remis en cause les conclusions de la Cour relativement à la souveraineté parlementaire. Quant au jugement majoritaire, il

188. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 20.

189. *Id.*, par. 126.

190. *Id.*, par. 191.

s'inscrit dans la droite ligne de la décision de 1991¹⁹¹. Les contours de ce principe non-écrit ne sont pas redéfinis par ceux du fédéralisme coopératif. Cette forme d'immunité contre l'influence d'un autre principe non-écrit lui confère potentiellement un statut tout à fait particulier en droit constitutionnel canadien.

III.4 Les tribunaux : promoteurs et/ou gardiens du fédéralisme coopératif?

En endossant implicitement une norme juridique de loyauté fédérale, le juge Blanchard de la Cour supérieure contribuait de façon audacieuse et innovante à l'évolution du fédéralisme canadien. À cet égard, il déclarait que :

[...] pour le tribunal, il ne s'agit pas d'apprécier la légitimité politique d'une loi, mais bien plutôt d'en constater et d'en analyser les origines et les conséquences qui en découlent, puisque la légitimité parlementaire n'entraîne pas nécessairement la conformité constitutionnelle¹⁹².

Et d'ajouter : « il ne s'agit pas là d'un jugement de nature politique puisque [le Tribunal] ne possède aucune autorité pour ce faire, mais bien plutôt un constat juridique qui découle des règles et des principes du droit constitutionnel canadien »¹⁹³.

La Cour d'appel considérait, au contraire, que l'approche préconisée par le premier juge conduisait le pouvoir judiciaire à se prononcer sur l'opportunité d'une disposition législative. Or,

191. Tant les juges majoritaires que minoritaires citent la décision de la Cour dans le *Régime d'assistance publique* de 1991, discuté *supra*, section III.2. Nuance significative toutefois, alors que la majorité semble entériner la décision, la minorité l'aurait distinguée au motif que cette dernière portait sur le pouvoir de dépenser et non pas sur les contours des compétences législatives : v. par. 173 et 191.

192. « Décision sur les armes à feu », 2012, CS, préc., note 142, par. 70 et 71.

193. *Id.*, par. 145.

[i]l n'appartient pas aux tribunaux de substituer leur appréciation du caractère approprié d'un projet de loi à celle des législateurs/es. Il s'agit là d'une question essentiellement politique et non justiciable. La question de l'efficacité et de l'utilité de tenir un registre sur les armes d'épaule en circulation est foncièrement politique¹⁹⁴.

La majorité de la Cour suprême souligne les divergences d'opinion sur les avantages et les risques associés à l'abolition du registre des armes d'épaule à la destruction unilatérale des données. Mais elle estime qu'il s'agit d'un choix de « politique générale » (« *policy* »), sur lequel les juges « ne doivent pas » se prononcer (en raison, on présume, du principe de la séparation des pouvoirs):

Pour certains, la décision du Parlement de détruire ces données affaiblira la sécurité publique et entraînera le gaspillage de sommes considérables de fonds publics. D'autres y verront le démantèlement d'un régime malavisé et le rétablissement trop tardif du droit à la vie privée des propriétaires d'armes à feu qui respectent les lois. Or, ces opinions divergentes sur le bien-fondé du choix de politique générale du Parlement ne sont pas en litige dans la présente affaire¹⁹⁵.

Et les juges majoritaires d'ajouter :

Comme on l'a dit à maintes reprises, les tribunaux ne doivent pas s'interroger sur la sagesse d'une loi : ils doivent uniquement se prononcer sur sa légalité. À notre avis, la décision de démanteler le registre des armes d'épaule et de détruire les données qu'il contient est un choix de politique générale que le Parlement avait le droit de faire en vertu de la Constitution¹⁹⁶.

En somme, les juges ont eu recours au fédéralisme coopératif pour modifier l'interprétation de la répartition des

194. « Décision sur les armes à feu », 2013, CA, préc., note 143, par. 34.

195. « Décision sur les armes à feu », 2015, CSC, préc., note 5, par. 3.

196. *Id.*

compétences et pour avaliser des aménagements administratifs complexes. En ce, ils ont outillé les pouvoirs législatifs et exécutifs pour élaborer des solutions coopératives. Par contre, lorsque survient une mésentente au sujet de ces arrangements coordonnés, l'approche majoritaire fait preuve d'une étonnante retenue judiciaire.

Les juges minoritaires se situent quelque part entre les deux pôles. Ils prennent acte du rôle que les juges ont joué dans la consolidation du fédéralisme coopératif et des chevauchements que celui-ci a entraîné tant en droit qu'en pratique. Il convient donc, selon eux, de continuer de tenir compte de l'impératif de la coopération, même lorsque les partenaires fédéraux ne s'entendent plus, et souhaitent mettre fin à un programme conjoint.

Toutefois, la solution préconisée par la minorité ne tient pas dans la consolidation d'un principe non-écrit qui aurait une valeur supra-législative, mais plutôt dans l'intégration du principe dans les mécanismes de détermination des compétences législatives. Elle exige un examen minutieux du contexte et de la pratique des aménagements coopératifs (ce qui n'est pas une mince affaire), et non seulement du cadre législatif – foncièrement dualiste – sur lequel il repose. La solution est créative, mais elle s'inscrit dans le cadre du rôle traditionnel du juge constitutionnel comme « gardien des frontières » qui séparent les sphères de compétences.

CONCLUSIONS

L'objectif fondamental du fédéralisme est de concilier – selon une multitude de formules – les binômes autonomie/participation, *self-rule/joint rule*, diversité/unité. Mais évoquer, en soi, le principe du fédéralisme dans un litige particulier est peu opérationnel. Il convient d'identifier le cadre institutionnel et normatif dans lequel ce principe est appelé à se déployer, voire que le principe est appelé à modifier. Parmi la pléthore de caractéristiques qui distinguent les incarnations concrètes du « principe fédéral », cet article a exploré les

différences structurelles et normatives entre le fédéralisme dualiste d'une part, et le fédéralisme « administratif »¹⁹⁷ ou coopératif de l'autre.

L'architecture institutionnelle « originelle » du Canada est foncièrement dualiste, en piliers. Chaque ordre de gouvernement est doté d'un pouvoir législatif et exécutif autonome et d'une hiérarchie judiciaire partiellement distincte. La répartition « originelle » des compétences a très largement reposé sur un principe d'exclusivité. Dans ce contexte, le rôle du juge constitutionnel se limite essentiellement à tracer les frontières entre titulaires de compétences. Pour sa part, le contrôle de l'action administrative s'exerce sur une base largement parallèle, devant des juridictions distinctes, ce qui complique sérieusement le regard judiciaire sur les actions conjointes et imbriquées. Enfin, les normes de droit public – notamment celles qui imposent des obligations aux tiers – reposent également sur un schéma dualiste. Formellement, les ordres de gouvernement ne peuvent « légiférer par contrat » et seules des normes législatives ou réglementaires unilatérales, adoptées de manière parallèle, sont susceptibles d'introduire des règles *erga omnes* dans les divers ordres juridiques au sein de la fédération.

Au fil du temps, ce caractère dualiste s'est atténué, sans que l'architecture formelle ne soit transformée. Une riche pratique de relations intergouvernementales plus ou moins formalisées, d'organes conjoints, de processus complexes d'inter-délégations s'est développée, particulièrement dans la période d'après-guerre, dans le contexte de l'expansion de l'État-providence¹⁹⁸. Peu de domaines de politiques publiques ont échappé à ce phénomène de coopération entre ordres de gouvernement. Les aménagements nécessitent des trésors de créativité institutionnelle. Ils reposent sur des écheveaux complexes composés de normes législatives et réglementaires, de directives, tant fédérales que provinciales, et d'une abondance d'ententes intergouvernementales au statut

197. Sur le sens de ce terme (et de ses synonymes tels que « fonctionnel » ou « intégré », v. *supra*, section I.1).

198. ADAM *et al.*, préc., note 45.

juridique souvent nébuleux. Le système dualiste fait place, de façon parcellaire, graduelle, progressive, non linéaire et non transparente, à un système hybride qui combine de manière parfois opaque à la fois des conceptions dualistes et des conceptions coopératives et « administratives » du fédéralisme.

Le phénomène n'est pas unique : un constat similaire s'impose dans d'autres fédérations structurellement dualistes telles l'Australie, les États-Unis, le Brésil ou l'Espagne¹⁹⁹. Ces transformations informelles, *ad hoc*, de systèmes fédéraux dualistes en systèmes partiellement « administratifs », soulèvent d'importantes questions en termes d'équilibre fédéral et de démocratie. Une telle mutation devrait-elle être accompagnée de modes plus structurels et constitutionnellement garantis de participation dans les prises de décisions fédérales, à l'instar des systèmes fédéraux officiellement « administratifs » tels la Suisse, l'Allemagne ou encore, par analogie, l'Union européenne?

Au risque d'une simplification à l'extrême, on pourrait affirmer que les règles de « bon voisinage » diffèrent dans les systèmes fédéraux dualistes et « administratifs »²⁰⁰. Les premiers cas favorisent le « chacun pour soi ». Dans la mesure où il n'empiète pas sur les compétences matérielles des autres ordres de gouvernement et qu'il respecte les droits fondamentaux, chaque acteur fédéral peut agir dans la plus grande autonomie, sans contraintes « juridiques »²⁰¹. Par contre, dans un système « administratif », l'imbrication institutionnelle – structurelle – exige que les partenaires tiennent compte de l'intérêt des autres membres de la fédération, qu'ils agissent avec bonne foi, dans une forme de confiance réciproque. Dans ce contexte, la notion

199. J. POIRIER et C. SAUNDERS, 2015, préc., note 8.

200. Pour rappel, la dichotomie n'est pas parfaite, des systèmes dualistes pouvant constitutionnaliser un principe de loyauté fédérale (la Belgique, par exemple), *supra*, section I.2.

201. Des sanctions politiques, qu'elles soient de nature électorale ou en termes de ruptures de relations de confiance avec les autres partenaires de la fédération, sont évidemment concevables.

« d’abus de compétences », similaire à l’abus de droit en droit civil, n’est pas impensable.

Dans l’affaire de l’abolition du registre des armes à feu, la Cour suprême avait l’occasion de reconnaître une norme de bonne conduite dans les relations entre partenaires fédéraux afin de mieux protéger les arrangements coopératifs contre les actions unilatérales que le modèle fédéral « dualiste » permet et cautionne. La Cour suprême, majorité et minorité confondues, a refusé d’emprunter cette voie, en ayant recours, pour des motifs distincts, et avec des résultats différents, il est vrai, à la voie plus classique de l’interprétation des compétences législatives.

Pourtant une mutation « à la carte » d’un système vers un autre soulève la question de l’opportunité, voire de la nécessité, d’intégrer de telles normes de conduite dans l’arsenal juridique des arbitres de l’équilibre fédéral. Si les entités fédérées deviennent des « agents » de l’autorité fédérale, ne serait-il pas crucial que des mécanismes de protection viennent contrebalancer la perte d’autonomie que leur garantissait la structure dualiste? Des processus de contrôle parlementaire et judiciaire adaptés aux actions concertées doivent-ils être élaborés? Des refontes des institutions visant à optimiser la participation doivent-elles être envisagées?

Peu importe l’issue d’éventuelles réformes de ce type (peu probables dans le contexte actuel), il convient de réfléchir au rôle de la jurisprudence dans cette transformation du modèle fédéral dominant.

En effet, et sans que le mouvement ne soit univoque ou stabilisé, on ne peut nier que l’engouement des juges pour le fédéralisme coopératif a eu pour effet de concourir à la transformation graduelle – souvent implicite – de la conception dominante du fédéralisme. Un régime fédéral structurellement dualiste devient, de manière progressive et *ad hoc*, un régime partiellement administratif. Les juges n’imposent pas le rythme : ils suivent en cela les acteurs exécutifs et législatifs. Mais ils ne

sont pas neutres non plus : en avalisant des solutions « pragmatiques » plutôt que « formalistes » ou dogmatiques, ils contribuent indéniablement à redéfinir le paysage constitutionnel canadien.

Dans la décision relative à l'abolition des armes d'épaule, la Cour supérieure embrasse à bras le corps la logique du fédéralisme coopératif encensé par la Cour suprême dans sa jurisprudence des années 2007-2014. Le juge Blanchard porte cette logique vers des lieux inexploités en proposant (implicitement) que des normes de « bon voisinage » devraient baliser le comportement des pouvoirs publics dans leurs relations jusqu'alors largement protégées du contrôle du juge.

Pour la Cour suprême et la Cour d'appel du Québec, par contre, les principes constitutionnels – y compris le principe du fédéralisme – ne peuvent limiter la souveraineté des législateurs des divers ordres de gouvernement, au-delà de la répartition des compétences et des droits fondamentaux.

Le jugement majoritaire entérine simultanément deux conceptions distinctes du fédéralisme. D'une part, il renforce la vision d'un fédéralisme dualiste portant en lui le germe de l'unilatéralisme « en parallèle ». Chacun, dans sa sphère, peut adopter et abroger des programmes législatifs et des politiques publiques de manière unilatérale, sans consultation ou négociation avec les autres ordres de gouvernement affectés par la décision.

D'autre part, cette même majorité fait sienne une conception type du fédéralisme administratif dans lequel des autorités provinciales agissent pour le compte de l'autorité fédérale, en vertu d'une loi fédérale, et en étant – du moins partiellement – rétribuées financièrement pour les tâches administratives ainsi prises en charge.

Il s'agit évidemment d'une version quelque peu tronquée du fédéralisme administratif puisqu'elle n'est pas accompagnée de

mesures structurelles et obligatoires de participation provinciale dans l'élaboration des normes fédérales²⁰². Pour le dire autrement, dans un régime structurellement « administratif » comme celui de l'Allemagne, l'adoption d'une loi fédérale abolissant le registre et anéantissant les données qu'il contenait aurait été assujettie au contrôle des entités fédérées (*Länder*) via la seconde chambre parlementaire (le *Bundesrat*) qui regroupe des représentants des exécutifs de ces *Länder*.

En d'autres mots, la compréhension des juges majoritaires du système mis en place par l'autorité fédérale et la province consolident une conception du fédéralisme coopératif « administratif ». Par contre, lorsque vient le temps de sceller le litige qui oppose ces mêmes acteurs, ils endossent une conception dualiste, qui reconnaît un maximum d'autonomie aux législateurs.

Concrètement, la décision sur le registre des armes à feu constituait l'occasion pour la Cour suprême de nuancer l'interprétation maximaliste et dualiste de la souveraineté parlementaire, énoncée dans le *Renvoi sur le régime d'assistance publique* selon laquelle seuls la répartition des compétences et les droits fondamentaux peuvent restreindre l'autonomie des parlements. Non seulement elle n'a pas saisi cette occasion, mais elle semble avoir conforté l'interprétation rigide – et à notre avis surannée – de la souveraineté parlementaire.

Or, depuis une dizaine d'années, la plus haute Cour a entériné de manière enthousiaste les deux premiers volets du fédéralisme coopératif : celui favorisant le chevauchement des compétences et celui minimisant les obstacles juridiques issus

202. Il n'est pas exclu qu'en l'espèce, certaines autorités provinciales aient pu être informellement consultées lors de l'élaboration de la Loi de 1995 et du régime qu'il mettait en place. Mais il ne s'agit aucunement d'une forme structurelle, permanente, encadrée et « contrôlable » de consultation telle qu'elle existe dans les systèmes réellement « administratifs ». De plus, si elles ont eu lieu, les consultations avec les provinces lors de l'abolition du registre n'ont assurément pas été fort structurées...

d'une conception dualiste à des aménagements collaboratifs empruntant au fédéralisme administratif.

Dans l'affaire relative à l'abolition du registre des armes d'épaule, la Cour a ainsi refusé d'endosser la troisième voie du fédéralisme coopératif, qui aurait introduit une norme de « bonne foi », une forme de « loyauté fédérale » dans les rapports entre pouvoirs exécutifs et législatifs des partenaires de la fédération, notamment lorsqu'ils ont préalablement déployé des efforts de concertation et de gestion coordonnées de politiques publiques²⁰³.

Reconnaître expressément la légitimité d'une telle intervention judiciaire aurait indéniablement entraîné un changement de paradigme important. Essentiellement politiques et diplomatiques, certaines actions intergouvernementales auraient ainsi acquis un caractère juridique, validant de ce fait un certain droit de regard du pouvoir judiciaire sur les relations qu'entretiennent les branches exécutives – voire même les branches législatives – des composantes de la fédération. De plus, cette solution aurait conforté l'idée que les principes constitutionnels sous-jacents constituent des normes de contrôle de constitutionnalité des lois, une proposition qui reste – le mot est faible – controversée²⁰⁴. Les juges ont résisté à l'invitation de s'accorder un tel pouvoir...

Dans la version anglaise d'une décision de 2010, la Cour suprême affirmait que « [t]oday's constitutional landscape is painted with the brush of co-operative federalism »²⁰⁵. Force est de

203. Cette question en appelle une autre : même si la Cour avait conclu à l'existence d'une telle obligation de bonne foi, souhaiterait-elle que les tribunaux s'érigent en gendarme de son respect? Le sens commun du droit positif – et d'un état de droit – semblerait mener à cette conclusion. Par contre, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, préc., note 68, par. 89 et par. 100 et suiv., la Cour suprême n'avait pas hésité à introduire une obligation de négocier de bonne foi, tout en refusant de contrôler le respect de cette obligation.

204. V. *supra*, section III.1.

205. La version française est moins évocatrice : « Le paysage constitutionnel actuel a pris une teinte de fédéralisme coopératif », *NIL/TU, O Child and*

reconnaître que toutes les branches de tous les ordres de gouvernement ont contribué à peindre cette œuvre collective, y compris le pouvoir judiciaire.

À ce stade, les juges semblent réticents à continuer de manier le pinceau du fédéralisme coopératif, alors que depuis plusieurs années, ils l'ont utilisé de façon éclatante et décomplexée, pour redessiner le paysage constitutionnel canadien.