

# **Le fédéralisme, le pouvoir de dépenser et l'article 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>1</sup>**

**Marc-Antoine Adam<sup>2</sup>**

---

## **Introduction**

Au Canada, les rapports fédératifs semblent être de plus en plus détachés du droit constitutionnel, du moins tel que défini par les sources classiques que sont les lois constitutionnelles et la jurisprudence. L'étudiant en droit qui regarde les titres des ministères fédéraux, qui parcourt les discours du trône prononcés à Ottawa au cours des dernières décennies ou encore qui prend connaissance des communiqués issus au terme des innombrables rencontres intergouvernementales qui se tiennent annuellement au Canada aura beaucoup de peine à y reconnaître le partage des compétences qu'on lui enseigne à la Faculté. Et ce n'est pas parce que les professeurs sont mauvais! Il y a un décalage certain entre le fédéralisme légal et le fédéralisme réel. Ce décalage est devenu tellement important que de moins en moins de personnes s'intéressent au fédéralisme légal et beaucoup en questionnent même aujourd'hui la pertinence. C'est dans ce contexte que nous assistons aujourd'hui à l'émergence d'un nouveau paradigme, qui pour certains peut apparaître comme une panacée, soit le concept de la contractualisation du droit constitutionnel.

Le présent article se divise en trois parties. Premièrement, nous examinerons brièvement ce concept de la contractualisation du droit constitutionnel par le biais des ententes intergouvernementales et quelques-uns des problèmes qui en découlent. En deuxième lieu, comme l'idée de contractualisation du droit constitutionnel ne nous dispense pas de trouver une explication juridique au phénomène, nous reviendrons sur la thèse du pouvoir fédéral de dépenser, qui jusqu'ici demeure à peu près la seule ayant été offerte à cet égard, en insistant sur ses nombreuses faiblesses. Enfin, dans la troisième partie, nous présenterons les éléments de ce qui pourrait être une alternative à cette thèse pour servir de fondement juridique aux interventions fédérales dans les domaines de compétence provinciale.

## **1. La contractualisation du droit constitutionnel**

Parmi les instruments associés au divorce entre fédéralisme légal et fédéralisme réel – nulle part aussi manifeste qu'à l'égard de la gouverne de ce qu'on appelle l'union sociale canadienne – on retrouve au premier rang les ententes intergouvernementales et les

---

<sup>1</sup> Le présent article est tiré d'une conférence prononcée en mai 2007, lors du 3<sup>e</sup> Congrès de l'Association québécoise de droit constitutionnel à l'Université Laval.

<sup>2</sup> L'auteur est directeur de la réflexion stratégique du Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, gouvernement du Québec. Au moment d'écrire cet article, il était chercheur invité à l'Institut des relations intergouvernementales de l'Université Queen's. Il s'exprime ici à titre personnel.

ententes de contribution. Longtemps boudées par les juristes, les premières commencent à recevoir l'attention qui leur est due, notamment grâce aux travaux de la professeure Johanne Poirier<sup>3</sup>. Quant aux secondes, elles sont habituellement utilisées dans les cas où l'une des parties n'est pas un gouvernement, mais plutôt un individu, une entreprise ou, le plus souvent, un organisme public ou sans but lucratif. Les ententes avec les municipalités tombent généralement dans cette dernière catégorie. Ce type d'ententes, traditionnellement associé aux transferts directs aux particuliers, constitue depuis plusieurs années le véhicule privilégié du gouvernement fédéral pour ses nouvelles initiatives dans les domaines de compétence provinciale<sup>4</sup>. On peut facilement deviner pourquoi : l'influence est plus directe, la visibilité accrue et les implications financières à long terme plus faciles à gérer. C'est d'ailleurs, notamment, en raison de ce dernier point que celles-ci sont devenues si attrayantes dans le domaine social, et ce, pour tous les gouvernements, lesquels ont tendance à utiliser cette mécanique pour sous contracter une partie de leurs ressources et de leurs responsabilités au secteur communautaire.

Aux fins de la présente discussion, les ententes de contribution qui nous intéressent sont celles passées par un gouvernement relativement à un objet qui relève normalement de la compétence de l'autre ordre de gouvernement. De même, les ententes intergouvernementales qui nous concernent ici sont celles dont l'effet, voire l'objet même, est d'établir entre les parties un partage des rôles et des responsabilités à l'égard d'une matière donnée qui diffère du partage des compétences inscrit dans la Constitution.

Dans le cas des ententes intergouvernementales comme des ententes de contribution, l'approche utilisée consiste à recourir à la logique contractuelle<sup>5</sup>. Peut-on dans ces cas parler de contractualisation du droit constitutionnel? Dans un certain sens, le concept est rassurant. D'une part, pour le juriste, parce qu'à l'aide d'une institution juridique, celle du contrat, on semble pouvoir redonner au droit sa place dans le fonctionnement du fédéralisme. D'autre part, pour nous tous, la notion de contractualisation rassure également en ce qu'elle renferme l'idée du consentement, de l'autonomie de la volonté, avec toute la connotation positive qu'elle comporte. On n'a qu'à penser à toutes les théories politiques qui ont eu recours à l'image du contrat social, pour s'en convaincre<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Voir, par exemple, Johanne Poirier, « Intergovernmental Agreements in Canada : At the Crossroads Between Law and Politics » dans J. Peter Meekison, Hamish Telford et Harvey Lazar, *The State of the Federation 2002 : Reconsidering the Institutions of Canadian Federalism*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2004, p. 77 et suiv.

<sup>4</sup> Les ententes intergouvernementales classiques, quant à elles, servent aujourd'hui davantage à maintenir la présence fédérale dans les secteurs traditionnels, par exemple la santé, investis de longue date. Il est clair qu'en termes de dollars, elles continuent de représenter la part du lion, mais si on étudie les nouveaux créneaux d'action du gouvernement fédéral, où son influence est grandissante, c'est davantage du côté des ententes de contribution qu'il faut se tourner. C'est pourquoi on aurait tort de ne se préoccuper que des premières. D'ailleurs le gouvernement fédéral a maintenant parfois tendance à ne plus faire de distinction entre particuliers et gouvernements et à chercher à recourir au modèle des ententes de contribution même lorsqu'il transige avec des provinces.

<sup>5</sup> Quoique la forme et les effets juridiques, lorsqu'il y en a, varient énormément d'un exemple à l'autre.

<sup>6</sup> Voir à ce sujet Michelle Cumyn, « La contractualisation de l'action publique : contrat juridique ou contrat social? », (2006) 47 C. de D. 677.

Mais, pour peu qu'on l'examine attentivement, le concept de contractualisation du droit constitutionnel soulève plusieurs questions, notamment sur le plan de l'identité et de la légitimité des parties et au niveau de l'égalité entre celles-ci et de la qualité du consentement donné.

Premièrement, l'identité et la légitimité des parties. On l'a souvent dit, les ententes intergouvernementales sont conclues entre les exécutifs. Certains y voient un déficit démocratique et suggèrent que les parlements devraient être impliqués<sup>7</sup>. Il faut cependant admettre que la prééminence des exécutifs en matière de relations interjuridictionnelles, que ce soit au niveau fédéral-provincial ou international, est un phénomène généralisé. Mais il est vrai qu'avec l'intensité des échanges amenée par la mondialisation, les mentalités changent, comme en témoignent d'ailleurs chez nous les nouvelles dispositions de la *Loi sur le ministère des Relations internationales*, adoptées il y a quelques années, qui exigent le consentement direct de l'Assemblée nationale pour l'approbation des engagements internationaux jugés importants<sup>8</sup>. Quoi qu'il en soit, la critique du déficit démocratique acquiert un poids certain lorsqu'on conçoit certaines ententes intergouvernementales comme « modifiant » le droit constitutionnel. Il est très rare en effet que le pouvoir de modifier une Constitution soit investi dans les seules mains de l'exécutif.

Dans le cas d'ententes de contribution, le problème de l'identité et de la légitimité des parties se pose avec encore plus d'acuité, car la partie non gouvernementale ne peut prétendre représenter l'ensemble des intérêts que la Constitution est censée protéger par l'entremise du partage des compétences. L'organisme sans but lucratif québécois qui, pour toucher une subvention fédérale, s'engage à offrir des services éducatifs à des jeunes en difficulté en suivant les paramètres fixés par le gouvernement fédéral est bien mal placé pour jouer le rôle de constituant. Ici, le concept de contractualisation du droit constitutionnel n'est vraiment pas évident.

Si on regarde maintenant la question de l'égalité entre les parties et de la qualité du consentement donné. Pour ce qui est des ententes de contribution, le déséquilibre entre les parties est, évidemment, abyssal. On pourrait dire qu'il s'agit de contrats d'adhésion, sans négociation, avec toutes les clauses exorbitantes qui y sont généralement associées. Qui plus est, ces ententes sont conclues avec une partie gouvernementale pratiquement en situation de monopole! Difficile dans ces conditions de parler d'un consentement véritablement libre. Encore ici, on peut voir que le concept de contractualisation du droit constitutionnel est particulièrement problématique s'agissant des ententes de contribution<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Voir, par exemple, David Cameron et Richard Simeon, « Intergovernmental Relations and Democratic Citizenship » dans B. Guy Peters et Donald Savoie, *Governance in the Twenty-First Century*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2000, p. 30 et suiv.

<sup>8</sup> L.R.Q. c. M-25.1.1, art. 22.2 à 22.6.

<sup>9</sup> Pour tenter de pallier en partie aux problèmes particulièrement épineux posés par les ententes de contribution, le Québec a adopté une série de dispositions dans la *Loi sur le ministère du Conseil exécutif* (L.R.Q. c. M-30, art. 3.6.2 à 3.13) exigeant l'approbation du gouvernement ou du ministre responsable des Affaires intergouvernementales canadiennes pour la conclusion de certaines ententes de contribution avec

A priori, on pourrait croire que l'équilibre entre les parties est meilleur en ce qui a trait aux ententes intergouvernementales et c'est certainement vrai en partie. Cependant, soyons francs, au Canada, le rapport de force demeure très inégal entre le gouvernement fédéral et les provinces. Le moteur des relations intergouvernementales, c'est l'argent. Il y a plusieurs raisons qui expliquent cela. Tout d'abord, il y a le déséquilibre fiscal entre les deux ordres de gouvernement, et nous entendons ici le déséquilibre structurel qui favorise systématiquement le gouvernement fédéral depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale. Ensuite, il y a cette capacité technique que seul possède le niveau fédéral de pouvoir taxer les contribuables d'une province pour avantager ceux d'une autre. Dans ces conditions, on comprendra l'obligation pour un gouvernement provincial d'aller chercher sa « juste part » des fonds fédéraux destinés aux provinces afin de ne pas pénaliser sa population. Ainsi, la résistance de l'ensemble des provinces aux volontés fédérales devient ultimement tributaire du maillon le plus faible : la plus petite province, celle qui a le plus besoin d'argent, celle qui a le plus d'affinités avec le gouvernement fédéral du jour, celle dont la population est la moins autonomiste, etc.<sup>10</sup>

Il y a, enfin, un autre facteur important qui affecte le rapport de force entre les provinces et le gouvernement fédéral, il s'agit du flou juridique qui entoure la constitutionnalité des interventions fédérales dans les domaines de compétence provinciale. Nous venons de voir que le consentement provincial donné aux ententes intergouvernementales n'était pas toujours entièrement libre; il n'est peut-être pas toujours entièrement éclairé non plus.

Au-delà des difficultés que nous venons d'évoquer, plus fondamentalement, le concept de contractualisation du droit constitutionnel laisse entière la question de la conformité de ce phénomène avec les principes du constitutionnalisme et de la primauté du droit. Il convient ici de référer aux propos de la professeure Poirier, lorsqu'elle conclut qu'en droit positif les ententes intergouvernementales ne pourraient jamais être source de droit constitutionnel en l'absence d'une norme juridique unilatérale classique qui est – elle – génératrice de la réelle normativité<sup>11</sup>. Du point de vue du praticien, il ne s'agit pas simplement d'une question théorique. Loin de les laisser indifférents, cette question préoccupe beaucoup les gouvernements, particulièrement le gouvernement du Québec et

---

le gouvernement fédéral lorsque l'organisme du côté québécois a des liens avec le gouvernement du Québec. Il s'agit en quelque sorte d'intergouvernementaliser les ententes de contribution pour assurer la prise en compte d'intérêts plus larges et pour améliorer le rapport de négociation, un peu à la manière des négociations collectives dans le monde du travail. Il faut toutefois préciser que cette protection ne couvre qu'une partie des ententes de contribution. Y échappent notamment celles que le gouvernement fédéral conclut avec le secteur privé ou avec des individus. Cette mécanique couvre encore moins l'ensemble des transferts fédéraux directs dans les domaines de compétence provinciale qui très souvent ne supposent tout simplement aucune entente.

<sup>10</sup> Le Conseil de la fédération a d'ailleurs largement été créé, à l'instigation du Québec, pour tenter de contrer cet effet de domino néfaste pour les provinces en favorisant, sinon la solidarité, à tout le moins la concertation entre celles-ci. Et on peut dire qu'il a eu certaines retombées positives à cet égard. Mais le principe qui gouverne le Conseil est celui du consensus, si bien qu'on reste en bout de ligne prisonnier du principe du plus petit dénominateur commun.

<sup>11</sup> Conférence prononcée à l'occasion du 3<sup>e</sup> Congrès de l'Association québécoise de droit constitutionnel en mai 2007 à l'Université Laval.

le gouvernement fédéral<sup>12</sup>. Et pour cause! La question du fondement juridique des interventions fédérales dans les domaines de compétence provinciale, que ce soit directement ou par le biais d'ententes intergouvernementales, ne peut être ignorée. En effet, comme le droit a horreur du vide, tout écart entre celui-ci et la pratique du fédéralisme sera fatalement comblé. C'est, pour ainsi dire, seulement une question de temps. Soit que cette pratique cessera, ce qui est peu probable dans l'état actuel des choses, soit que le droit s'y adaptera, le plus vraisemblablement par l'œuvre de la doctrine et des tribunaux. La vraie question devient alors : comment? Or, comme la réponse à cette question est susceptible non seulement d'expliquer et de légitimer le présent, mais également de conditionner l'avenir, en venant préciser les droits et obligations de chacun, elle est de première importance pour les acteurs gouvernementaux et pour nous tous.

## 2. La thèse du pouvoir illimité de dépenser

Jusqu'ici, la principale, voire la seule, thèse juridique proposée pour combler l'écart entre la pratique du fédéralisme et ce que prévoit la Constitution a été celle postulant l'existence d'un pouvoir fédéral de dépenser non limité par le partage des compétences. Or, même si elle a été reprise par bon nombre d'auteurs – on peut presque parler d'un phénomène d'écho – cette thèse est, en réalité, plutôt faible. Tout d'abord, bien qu'on évoque généralement quelques dispositions éparpillées de la Constitution pour tenter de l'étayer, même ses partisans, notamment le professeur Peter Hogg<sup>13</sup>, reconnaissent que ce pouvoir ne figure pas dans la Constitution.

Par ailleurs, cette thèse n'a jamais été véritablement entérinée par les tribunaux, non plus. Du moins, elle n'a jamais été invoquée par un tribunal de dernière instance pour valider une mesure fédérale dont la constitutionnalité était contestée et qui ne pouvait se rattacher à l'un ou l'autre des chefs de compétence fédérale prévus dans la Constitution. Les travaux de la professeure Andrée Lajoie, notamment à l'occasion de son passage à la commission Séguin sur le déséquilibre fiscal<sup>14</sup>, sont venus nous rappeler que chaque fois que le concept de pouvoir de dépenser avait été évoqué par la Cour suprême, c'était à

---

<sup>12</sup> Sur la question de la reconnaissance du pouvoir de dépenser, voir par exemple, du côté québécois, Secrétariat aux affaires intergouvernementales canadiennes, *Position historique du Québec sur le pouvoir fédéral de dépenser*, Québec, gouvernement du Québec, 1998. La décision du gouvernement du Québec de ne pas signer l'Entente-cadre sur l'union sociale en 1999 était largement attribuable à la reconnaissance expresse qu'on y faisait du pouvoir de dépenser, notamment dans le préambule de la partie 5 inséré suite aux pressions du gouvernement fédéral : voir à ce sujet André Tremblay, « Pouvoir fédéral de dépenser » dans Alain-G Gagnon, *L'union sociale canadienne sans le Québec : Huit études sur l'entente-cadre*, Montréal, Éditions Saint-Martin, 2000, p. 185 et suiv.

<sup>13</sup> Il est aujourd'hui sans doute celui qui articule le plus clairement et de la façon la plus complète la thèse du pouvoir illimité de dépenser : voir Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, éditions feuilles mobiles, Toronto, Carswell, 1997, chapitre 6.

<sup>14</sup> Québec, *Rapport de la Commission sur le déséquilibre fiscal – Annexe 2 : Le « pouvoir fédéral de dépenser »*, Québec, 2002; voir également André Lajoie, « The Federal Spending Power and Fiscal Imbalance in Canada » dans Sujit Choudhry, Jean-François Gaudreault-Desbiens et Lorne Sossin, *Dilemmas of Solidarity: Rethinking Redistribution in the Canadian Federation*, Toronto, University of Toronto Press, 2006, p. 145.

l'occasion d'*obiter dicta*<sup>15</sup>. Les décisions rendues depuis dans les affaires *Auton* et *Chaouli*, ne font pas exception à la règle.

En fait, la seule affaire faisant autorité qui a directement porté sur la question du pouvoir de dépenser est le *Renvoi sur l'assurance-chômage* de 1937<sup>16</sup>. Dans cette cause, comme l'avaient souligné plusieurs auteurs à l'époque et telle que l'avait comprise la commission Tremblay, le Conseil privé a clairement rejeté ce concept<sup>17</sup>. Rappelons, pour mémoire, que le gouvernement fédéral cherchait à y défendre la validité de sa première loi sur l'assurance-chômage (avant l'amendement constitutionnel de 1940 qui finalement a transféré cette compétence au Parlement fédéral), notamment en la présentant comme une double opération, à savoir une taxe, d'une part, et la disposition de biens fédéraux, d'autre part, puis en argumentant que le Parlement fédéral n'était pas limité aux objets de compétence fédérale lorsqu'il disposait de biens fédéraux. Le Conseil privé n'était pas convaincu par cette caractérisation de la loi, mais il a jugé que même en admettant celle-ci, il fallait rejeter la prétention fédérale voulant que son pouvoir de disposer des biens fédéraux n'était pas limité par le partage des compétences.

Si au départ la signification de la décision du Conseil privé faisait peu de doute chez les auteurs, à la longue des distinctions intéressantes, pour ne pas dire originales, sont apparues avec pour conséquence que la thèse du pouvoir illimité de dépenser a fini par revenir par la porte d'en arrière. Le processus par lequel la majorité de la doctrine canadienne en est venue à complètement ignorer la *ratio* de la décision du Conseil privé est fascinant. La première étape a consisté à décréter que cette décision n'était pas limpide et à se référer aux motifs de la Cour suprême pour y voir plus clair, tout en donnant beaucoup d'importance à l'opinion des deux juges dissidents de cette cour qui avaient, contrairement à leurs collègues et au Conseil privé, conclu à la validité de la loi fédérale. Par la suite, certains auteurs ont commencé à considérer que les propos du

---

<sup>15</sup> *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. c. Brown*, [1989] 1 R.C.S. 1532; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1993] 1 R.C.S. 1080; *Eldridge c. C.-B. (P.-G.)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Auton c. C.-B. (P.-G.)*, [2004] 3 R.C.S. 657; *Chaouli c. Québec (P.G.)*, [2005] 1 R.C.S. 791.

<sup>16</sup> *P.-G. Can. c. P. -G. Ont.*, [1937] A.C. 355 [*Renvoi sur l'assurance-chômage*].

<sup>17</sup> Dans les premières décennies qui ont suivi le *Renvoi sur l'assurance-chômage*, cette interprétation de la décision rendue par le Conseil privé dominait largement chez les auteurs même si le résultat déplaisait à certains : A. Berriedale Keith, « A comment from Great Britain », (1937) R. du B. can. 428; Léon Mercier, Mercier Gouin et Brooke Claxton, « Expédients constitutionnels adoptés par le Dominion et les provinces », Étude pour la Commission royale sur les relations fédérales-provinciales (Rowell-Sirois), Ottawa, 1939; Vincent MacDonald, « Taxation Powers in Canada », (1941) R. du B. can. 75; Louis Philippe Pigeon, « Le problème des amendements à la constitution », (1943) 3 R. du B. 427; W. P. M. Kennedy, « The Interpretation of the British North America Act », (1944) 8 Cambridge L. J. 146; A. H. Birch, *Federalism, Finance and Social Legislation in Canada, Australia and the United States*, Oxford, Clarendon Press, 1955, p. 162; Québec, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels (Commission Tremblay)*, Québec, 1956, p. 222-223; Edward F. Ryan et Barry V. Slutsky, « Canada Student Loan Act – Ultra Vires? », (1964-1966) 2 U.B.C. Law Rev. 299; Jean Beetz, « Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867 » dans P.-A. Crépeau et C. B. Macpherson, *L'avenir du fédéralisme canadien*, Montréal et Toronto, Presses de l'Université de Montréal et Toronto, 1965; Jacques Dupont, 1967 « Le pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral : 'A Dead Issue?' », (1967) C. de D. et U.B.C.L.R. 69.

Conseil privé sur le pouvoir de dépenser, plutôt que de former la *ratio* de la décision, devaient être un *obiter dictum*. Éventuellement, on a fini par soutenir que même si le pouvoir fédéral de dépenser « dans les champs de compétence provinciale » (un concept que n'entérine pourtant nulle part le Conseil privé dans sa décision) avait été quelque peu restreint dans le *Renvoi sur l'assurance-chômage*, l'essentiel était demeuré intact. Le premier critère avancé pour limiter la portée du Renvoi a consisté à différencier les dépenses fédérales financées à partir d'un fonds spécial, comme les prestations d'assurance-chômage, de celles financées à même le Fonds consolidé du revenu. Dans ce dernier cas, l'interdiction dégagée par le Conseil privé ne s'appliquerait pas. Un autre critère, qui est en quelque sorte une variante du précédent, est ensuite apparu. Il a consisté à différencier les dépenses fédérales « pures » (même si elles peuvent être conditionnelles!) de celles qui sont imbriquées avec des dispositions contraignantes, comme la perception de primes d'assurance-chômage. Avec le passage du temps, ces distinctions ont fini par s'imposer. Cette relecture du *Renvoi sur l'assurance-chômage* a eu tellement de succès que certains auteurs en sont même venus à voir cette décision comme l'arrêt de principe ayant formellement reconnu la thèse du pouvoir fédéral de dépenser non limité par le partage des compétences<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Sur cette évolution voir : Frank R. Scott, « The Constitutional Background of Taxation Agreements », (1955) 2 R. D. McGill 1 [*Taxation*]; David V. Smiley, « The Rowell-Sirois Report, Autonomy, and Post-War Canadian Federalism », (1962) 28 Can. J. Econ. P. Sc. 54; Ken Hanssen, « The Constitutionality of Conditional Grant Legislation », (1966-1967) 2 Man. L. J. 191; Gerard V. La Forest, *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1981, p. 48 [*Taxing Power*]; Stanley M. Beck et Ivan Bernier, *Canada and the New Constitution : The Unfinished Agenda*, vol. 1, Montréal, IRPP, p. 339; François Chevrette et Hebert Marx, *Droit constitutionnel, notes et jurisprudence*, Montréal, Presse de l'Université Laval, 1982, p. 1040-1041; Gil Rémillard, *Le fédéralisme canadien*, tome 1, Montréal, Québec/Amérique, 1983, p. 355-356; Bryan Schawrtz, « Fathoming Meech Lake », (1987) 17 Man. L. J. 1; Sujit Choudhry, « Recasting Social Canada: A Reconsideration of Federal Jurisdiction Over Social Policy », (2002) 52 U. of T. L. J. 163; Henri Brun et Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon-Blais, 2002, p. 432; Gérald A. Beaudoin, « Un pouvoir limité », *La Presse*, 15 septembre 2004. En tout respect pour l'opinion contraire, nous croyons que ces distinctions et l'interprétation qu'elles sous-tendent se méprennent sur un élément fondamental de la décision du Conseil privé : à savoir qu'aux fins de trancher le litige devant lui, Lord Atkin avait accepté la demande du Procureur général du Canada de scinder les dispositions relatives à la perception des primes de celles relatives à la prestation des bénéficiaires et de regarder chaque opération indépendamment de l'autre. L'argumentation fédérale était que la première opération était assimilable à la perception d'une taxe et était donc valide en vertu du paragraphe 91(3) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. 1985, app. II, no. 5 [L.C. 1867], au motif qu'il ne fallait pas faire de distinction entre une taxe générale et une taxe spécifique imposée pour la constitution d'un fonds spécial. Quant à la seconde opération – la prestation des bénéficiaires – le gouvernement fédéral soutenait qu'elle était valide en raison de son pouvoir illimité de dépenser qu'il présentait en ces termes : « Parliament is not confined in the appropriation of the funds to objects which are within the enumerated heads of s. 91 of the British North America Act » (p. 358). Au terme de son jugement, Lord Atkin n'a finalement pas estimé nécessaire de décider la question de savoir si les primes pouvaient être assimilées à de la taxation, car il rejetait catégoriquement la thèse du pouvoir fédéral de dépenser non limité par le partage des compétences : « Whether in such an Act as the present compulsion applied to an employed person to make a contribution to an insurance fund out of which he will receive benefit for a period proportionate to the number of his contributions is in fact taxation it is not necessary to decide. [...] But assuming that the Dominion has collected by means of taxation a fund, it by no means follows that any legislation which disposes of it is necessarily within Dominion competence. It may still be legislation affecting the classes of subjects enumerated in s. 92, and, if so, would be ultra vires. [...] If on the true view of the legislation it is found

Clairement, ce qui a permis à cette thèse de renaître est la croissance continue des interventions fédérales dans les domaines de compétence provinciale au cours des années 50 et 60. Dans la littérature juridique, ce phénomène a donné lieu à toute sorte de contorsions intellectuelles, d'abord pour contourner l'avis du Conseil privé et ensuite pour contourner les prescriptions du partage des compétences<sup>19</sup>. C'est ainsi qu'on en est venu à faire une distinction entre, d'une part, les programmes de dépense de l'État et la législation les autorisant et, d'autre part, la « réglementation contraignante », en prétendant que la première catégorie était assimilable à des cadeaux et devait pouvoir se faire sans égard au partage des compétences prévu dans la Constitution<sup>20</sup>.

Pour arriver à ce résultat, on a d'abord lu des mots dans les articles 91 et 92 qui n'y sont pas. Ainsi, nous a-t-on appris, ces articles ne couvrent pas l'ensemble de la législation « relative » aux matières énumérées, comme il est écrit, mais seulement la législation qui les « régleme »<sup>21</sup>. Ensuite, on a argumenté que les conditions attachées aux dépenses fédérales, peu importe la contrainte qu'elles exercent dans les faits, ne pouvaient être considérées comme de la réglementation, même si on reconnaît volontiers qu'indirectement le résultat est le même. Enfin, on nous a intimé d'ignorer l'objet véritablement poursuivi par ces mesures de dépenses, même si l'objet véritable d'une loi a depuis toujours été central pour déterminer la validité de celle-ci en vertu du partage des compétences<sup>22</sup>.

---

that in reality in pith and substance the legislation invades civil rights within the Province, or in respect of other classes of subjects otherwise encroaches upon the provincial field, the legislation will be invalid. To hold otherwise would afford the Dominion an easy passage into the Provincial domain » (p. 366-367). Il est intéressant de remarquer que cette décision n'est pratiquement plus discutée par les auteurs contemporains qui adhèrent à la thèse du pouvoir illimité de dépenser. En outre, elle n'a jamais été citée et encore moins renversée dans les décisions que l'on présente comme ayant formellement avalisé cette thèse.

<sup>19</sup> Pour une des premières articulations de la thèse du pouvoir illimité de dépenser voir Scott, *Taxation*, *supra* note 18. Pour les fins du présent article, à moins d'indication contraire, c'est à l'articulation de cette thèse fournie par le professeur Hogg que nous nous référerons. Voir *supra* note 13, chapitre 6.

<sup>20</sup> Voir Hogg, *supra* note 13, chapitre 6.

<sup>21</sup> Cette interprétation restrictive de la portée du partage des compétences établi aux articles 91 et 92 L.C. 1867 suivant laquelle ces articles ne viseraient que la législation réglementant de manière contraignante les matières énumérées, à l'exclusion de toute législation de la nature d'une dépense, qu'elle soit directe ou déléguée, semble heurter le principe de l'exhaustivité du partage des compétences établi de longue date par le Conseil privé : « Whatever belongs to self-government in Canada belongs either to the Dominion or to the provinces, within the limits of the British North America Act ». *P.-G. Ont. c. P.G. Can.*, [1912] A. C. 355, p. 581 [*Renvoi sur les renvois*]. Le professeur Hogg lui-même formule le principe de l'exhaustivité de la manière suivante : « the totality of legislative power is distributed between the federal Parliament and the provincial legislatures », *supra* note 12, s. 15.9(e).

<sup>22</sup> Une des premières choses que les tribunaux ont dû établir dans le cadre des litiges portant sur le partage des compétences a été de savoir comment ils allaient analyser les lois attaquées dans le but de déterminer si elles sont conformes aux articles 91 et 92 L.C. 1867. C'est ainsi que la première étape du test développé à cette fin consiste à identifier l'objet véritable (« pith and substance ») de la mesure attaquée et ce faisant, il fut décidé que l'analyse devait aller au-delà des simples effets juridiques de celle-ci et se pencher sur le but qu'elle poursuit. La logique à cet égard est de ne pas seulement prévenir les empiètements directs, mais également les tentatives de contrôler indirectement une matière qui relèverait de l'autre ordre de gouvernement. C'est également pourquoi même l'analyse des effets de la mesure porte autant sur ses effets juridiques que ses effets pratiques. Le professeur Hogg offre d'ailleurs un traitement intéressant de cette

La justification théorique proposée par les tenants de la thèse du pouvoir illimité de dépenser veut que nous devrions distinguer les situations où l'État agit comme puissance publique, c'est-à-dire de manière contraignante, des situations où il agirait tel un « acteur privé », comme lorsqu'il dépense, prête ou contracte. Dans ce dernier cas, nous dit-on, l'État ne devrait pas être plus limité par la Constitution que ne le serait un simple individu<sup>23</sup>. Curieusement, personne, à notre connaissance, n'a encore sérieusement cherché à invoquer une telle distinction public/privé pour soutenir que la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>24</sup> ne devait pas s'appliquer à un programme de dépense gouvernemental. De toute évidence, il y a ici une flagrante incohérence<sup>25</sup>.

Prise au mot, la thèse du pouvoir illimité de dépenser impliquerait que la fourniture de services publics, de quelque sorte que ce soit, c'est-à-dire l'essentiel de ce que les gouvernements font, serait, pour la majeure partie, exclue de l'emprise du partage des compétences! Le fait que c'est par le biais d'une mesure éminemment contraignante, la fiscalité, que l'État peut assurer ces services semble peu émouvoir les tenants de cette thèse. De même, aucune raison n'est fournie par ces derniers pour expliquer la présence de plusieurs dispositions dans les articles 91 et 92 L.C. 1867 qui prennent le soin de répartir expressément entre le fédéral et les provinces bon nombre de responsabilités exclusives en matière de services publics, à commencer par les pensions de vieillesse (al. 94A L.C. 1867) et l'assurance-chômage (al. 91(2A) L.C. 1867) pour lesquelles on est allé jusqu'à modifier la Constitution. Dans ces circonstances, on comprend pourquoi de nombreux auteurs persistent à remettre en question les fondements juridiques de la thèse du pouvoir illimité de dépenser<sup>26</sup>.

En bout ligne, c'est la nécessité de donner une explication juridique aux interventions fédérales dans les domaines de compétence provinciale qui constitue la principale force de la thèse du pouvoir illimité de dépenser. Même le professeur Hogg semble l'admettre. Mais à bien y regarder, on découvrira que cette thèse ne rend pas non plus véritablement compte des pratiques sur le terrain, bien plus marquées par les négociations

---

question : *supra* note 13, s. 15.5 (d) et (e). Pour un énoncé jurisprudentiel relativement récent du test voir : *Kitkatla Band c. C.-B.* [2002] 2 R.C.S. 146.

<sup>23</sup> Hogg, *supra* note 13, chapitre 6.

<sup>24</sup> Partie 1 de l'annexe B de la *Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C. 1985, app. II, no. 44 [la Charte].

<sup>25</sup> Cette différenciation implicite dans l'appréciation du champ d'application de la Charte par opposition à celui du partage des compétences est d'autant plus illogique lorsqu'on considère que l'article 32 de la Charte, qui établit son domaine d'application, nous renvoie tout bonnement au partage des compétences de la L.C. 1867.

<sup>26</sup> Parmi les auteurs plus récents qui critiquent la thèse du pouvoir illimité de dépenser, outre la professeure Lajoie, *supra* note 14, il convient de signaler : Andrew Petter, « Federalism and the Myth of the Federal Spending Power », (1989) 68 Can. Bar Rev. 448; David W. S. Yudin, « The Federal Spending Power in Canada, Australia and the United States », (2002) 13 N.J.C.L. 437; Hamish Telford, « The Federal Spending Power in Canada: Nation-Building or nation-Destroying? » dans *Publius The Journal of Federalism* 33:1 (Hiver 2003); Jean-François Gaudreault-Desbiens, « The Irreducible Federal Necessity of Jurisdictional Autonomy, and the Irreducibility of Federalism to Jurisdictional Autonomy » dans Choudhry, Gaudreault-Desbiens et Sossin, *supra* note 14, p. 185; Sylvia Leroy et Burton H. Kellock, « Questioning the Legality of the Federal Spending Power » dans *Public Policy Sources* 89 (Octobre 2007), <[http://www.fraserinstitute.org/commerce.web/publication\\_details.aspx?pubID=4943](http://www.fraserinstitute.org/commerce.web/publication_details.aspx?pubID=4943)> .

intergouvernementales que par l'unilatéralisme. En effet, suivant la thèse du pouvoir illimité de dépenser, lorsqu'on est en matière de dépense, le partage des compétences deviendrait sans objet, sans rapport, le gouvernement fédéral pouvant agir unilatéralement, comme bon lui semble. C'est certainement ce qui se produit lorsque le gouvernement fédéral veut dépenser dans ce qu'il juge être ses propres domaines de compétence. Cependant, il faut admettre que même s'il a toujours conservé le dessus, historiquement, ses interventions dans les domaines de compétence provinciale ont généralement fait l'objet de discussions, sinon de négociations fédérales-provinciales. Cela a été, par définition, le cas pour les programmes à frais partagés et continue de l'être pour les transferts gouvernementaux conditionnels. Même les programmes fédéraux prenant la forme de transferts directs aux individus sont souvent discutés (par exemple : les bourses du millénaire, la prestation nationale pour enfants ou, plus récemment, la création par le gouvernement fédéral d'une commission canadienne de la santé mentale). C'est donc dire que, contrairement à ce que laisse entendre la thèse du pouvoir illimité de dépenser, le partage des compétences conserve, encore, une certaine pertinence.

Même s'il règne une incertitude quant aux droits constitutionnels des uns et des autres, la nécessité de telles discussions semble s'imposer à tous. En fait, le gouvernement fédéral lui-même a, à plusieurs occasions, fait de l'existence d'un consensus provincial une condition préalable à ses interventions. Dans une large mesure, l'Entente-cadre sur l'union sociale se voulait être une tentative – clairement trop timide – de codifier certaines de ces « règles »<sup>27</sup>. La promesse du gouvernement Harper, contenue dans le discours du trône de 2007, d'encadrer le pouvoir fédéral de dépenser dans une éventuelle loi s'inscrit dans la même veine.

L'Entente-cadre sur l'union sociale était par ailleurs la dernière d'une longue série de tentatives infructueuses pour convenir formellement des règles devant entourer les dépenses fédérales dans les domaines de compétence provinciale. En effet, cette épineuse question a surgi, sous une forme ou sous une autre, presque à chacune des rondes constitutionnelles que le Canada a connues depuis 1960<sup>28</sup>. Force est de conclure que l'idée d'un pouvoir fédéral unilatéral et illimité d'intervenir dans les domaines de compétence provinciale n'a jamais vraiment été acceptée comme règle normale devant gouverner le fédéralisme canadien. En réalité, une telle idée est à peine compatible avec le principe fédéral lui-même. On peut se demander pourquoi ces efforts de balisage n'ont jusqu'ici pas porté fruits. Il y a sans doute beaucoup de raisons. Mais la prémisse de

---

<sup>27</sup> Sur ce sujet voir par exemple : Peter Leslie, Ronald H. Neuman et Russ Robinson, « Managing Canadian Fiscal Federalism » dans J. Peter Meekison, Hamish Telford et Harvey Lazar, *Canada: The State of the Federation 2002: Reconsidering the Institutions of Canadian Federalism*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2004, p. 213.

<sup>28</sup> Cela a été le cas de la Charte de Victoria en 1971, dont les dispositions avaient pour effet d'octroyer au Parlement fédéral une compétence concurrente en matière sociale sujette à la primauté des lois provinciales dans le domaine. Même si la terminologie associée au pouvoir fédéral de dépenser n'était pas utilisée, l'intention était de permettre au gouvernement fédéral d'intervenir dans le domaine social sous réserve de certaines règles destinées à préserver l'autonomie des provinces. L'Accord du lac Meech, en 1987, et l'Entente de Charlottetown, en 1992, tentaient d'accomplir la même chose, mais cette fois, en procédant à partir de la présomption qu'Ottawa avait déjà un tel pouvoir par le biais de ses programmes de dépenses et en cherchant à en baliser l'exercice.

l'existence juridique d'un tel pouvoir absolu n'a certainement pas dû aider. Comment renoncer à la tentation de l'unilatéralisme? À cet égard, avec le recul, on peut penser que les provinces ont peut-être commis une erreur stratégique en privilégiant la voie de la négociation de l'encadrement du pouvoir fédéral de dépenser plutôt que celle des tribunaux pour en tester la validité.

Avant de passer au prochain sujet, il convient d'ajouter un dernier argument contre la thèse du pouvoir illimité de dépenser. Comme nous l'avons vu plus haut, poussée jusqu'au bout, cette thèse voudrait dire, par exemple, que rien n'empêcherait le gouvernement fédéral, du jour au lendemain, de couper entièrement ses transferts aux provinces en matière de santé et d'éducation et d'ouvrir ses propres écoles et hôpitaux en lieu et place. Ainsi, le gouvernement fédéral pourrait unilatéralement créer son propre réseau public de santé et d'éducation, et éventuellement, grâce à ses leviers fiscaux, chasser à peu près complètement les provinces de ces domaines. D'un autre côté, par analogie, rien n'empêcherait les provinces d'avoir leurs propres armées, leur propre service postal, leur propre monnaie, etc. De toute évidence, nous n'en sommes pas là, du moins pas encore. On peut croire que cela n'est que le résultat du hasard ou du manque d'imagination de nos gouvernements, ou encore, on peut croire que le partage des compétences conserve toujours, malgré tout, une certaine normativité.

Ceci étant dit, si le partage des compétences a encore du sens, il est clair qu'une bonne partie des Canadiens souhaitent voir le gouvernement fédéral jouer un rôle important en de nombreux domaines de compétence provinciale, où ils perçoivent des enjeux pancanadiens. Et, ils veulent que leurs gouvernements collaborent à cette fin. En gros, on pourrait dire que c'est un peu ce qui se passe sur le terrain, quoique de manière extrêmement imparfaite et avec énormément de tension politique. C'est que le problème avec cet objectif est double. D'une part, ce sentiment n'est pas également partagé par les Québécois, pour qui le fédéralisme et le partage des compétences ont toujours revêtu une signification particulière, liée à la protection et l'épanouissement de la nation québécoise. Des aménagements administratifs autour de la notion d'un droit de retrait québécois des initiatives fédérales ont parfois pu être trouvés pour pallier ce problème, mais jamais sans bataille politique épique. Et ceci constitue l'autre aspect problématique de cet objectif et de notre pratique du fédéralisme : le flou juridique qui l'entoure ou, autrement dit, le manque de précision quant aux règles qui doivent s'appliquer. À cet égard, comme nous venons de le voir, la thèse du pouvoir de dépenser, davantage de la nature d'un vacuum juridique, est complètement insatisfaisante.

### **3. L'article 94 de la *Loi constitutionnelle de 1867***

Paradoxalement, même si la thèse du pouvoir illimité de dépenser a été éminemment controversée dès le départ, elle n'a pas beaucoup subi la concurrence de thèses alternatives. Le débat s'est surtout limité au « pour » et au « contre », laissant au camp du « pour » l'énorme avantage de l'exclusivité lorsqu'il s'agit de proposer un fondement juridique à la pratique des interventions fédérales dans les domaines de compétence provinciale.

Pourtant, alors que le concept d'un pouvoir illimité de dépenser ne figure nulle part dans la Constitution canadienne, il y a une disposition dans le chapitre traitant du partage des compétences qui prévoit clairement la possibilité d'interventions fédérales dans des domaines de compétence provinciale : l'article 94 L.C. 1867. En fait, il s'agit, à toutes fins utiles, de la seule disposition à cet effet<sup>29</sup>. L'article 94 se lit comme suit :

94. Nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, le parlement du Canada pourra adopter des mesures à l'effet de pourvoir à l'uniformité de toutes les lois ou de parties des lois relatives à la propriété et aux droits civils dans l'Ontario, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick, et de la procédure dans tous les tribunaux ou aucun des tribunaux de ces trois provinces; et depuis et après la passation de toute loi à cet effet, le pouvoir du parlement du Canada de décréter des lois relatives aux sujets énoncés dans telles lois, sera illimité, nonobstant toute chose au contraire dans la présente loi; mais toute loi du parlement du Canada pourvoyant à cette uniformité n'aura d'effet dans une province qu'après avoir été adoptée et décrétée par la législature de cette province.

La catégorie « propriété et droits civils » à laquelle réfère cet article, de même que l'alinéa 92(13) L. C. 1867, remonte à l'*Acte de Québec* de 1774<sup>30</sup>. C'est cette formule qui a servi de concept englobant pour restaurer dans la province de Québec le droit français dans son ensemble à l'exception d'un nombre limité de domaines expressément exclus, dont le droit criminel et le commerce international<sup>31</sup>. On ne s'étonnera donc pas

---

<sup>29</sup> Certains pourraient vouloir classer dans la même catégorie le pouvoir déclaratoire prévu au par. 92(10)c) et le pouvoir fédéral d'intervention prévu à l'article 93 L.C. 1867, toutefois, ces derniers sont beaucoup plus limités que l'article 94 autant quant à leur objet qu'à leur portée.

<sup>30</sup> (R.-U.), 14 Geo. III, c. 83, art. 3, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, no 2.

<sup>31</sup> Le caractère général de cette formule est mis en évidence par la façon dont l'*Acte de Québec* est structuré : on établit à l'article VIII en des termes les plus larges possibles le principe général de la restauration du droit français dans toutes les matières relatives à « property and civil rights » et, par la suite, on introduit des limites à ce principe et on soustrait expressément certaines matières spécifiques, comme le droit criminel. C'est ainsi que l'expression « property and civil rights » aurait englobé le droit criminel n'eût été de son exclusion subséquente à l'article XI (voir à ce sujet Hogg, *supra* note 13, s. 2.3(a)). Fait important à noter, en 1774, on avait traduit officieusement l'expression « civil rights » par « droits de citoyen » (voir André Tremblay, *Les compétences législatives au Canada et les pouvoirs provinciaux en matière de propriété et de droits civils*, 2<sup>e</sup> éd., Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1967, p. 20). Par conséquent, la convention par laquelle on assimile la catégorie propriété et droits civils au domaine du droit privé par opposition au droit public pourrait apparaître discutable sur le plan historique. Outre le droit criminel, il y avait certainement d'autres principes de droit public anglais qui ont continué à régir les habitants du Québec après 1774, non pas tant parce qu'on considérait qu'ils n'étaient pas inclus dans la notion de propriété et droits civils, mais plutôt parce l'article VIII de l'*Acte de Québec* précisait que le droit des Québécois « to hold and enjoy their Property and Possessions, together with all Customs and Usages relative thereto, and all their other Civil Rights [...] [as] determined [by] the Laws of Canada [i.e. le droit français] » devait être exercé d'une manière compatible avec leur « Allegiance to his Majesty, and Subjection to the Crown and Parliament of Great Britain ». Autrement dit, c'est seulement dans le cas d'un conflit avec leur devoir de loyauté envers leur nouveau souverain ou face à une menace pour l'autorité britannique que les Québécois devaient être gouvernés par le droit anglais plutôt que par le droit français. Le caractère limité de cette exception a été mis en lumière par une décision rendue par le Conseil privé, en 1835, relativement à un litige qui émanait du Québec où il fut décidé qu'en vertu de l'*Acte de Québec*, « the

qu'insérée dans l'article 92 L.C. 1867, elle en est venue à jouer le rôle de clause provinciale résiduaire, un peu à la manière de la clause « paix, ordre et bon gouvernement » de l'article 91, et ce, en plus de servir d'assise pour l'essentiel de la compétence des provinces, notamment en matière d'assurance sociale<sup>32</sup>. En ce qui concerne l'article 94, cela pourrait vouloir dire que le champ d'application de cette disposition s'étend en fait à plusieurs des matières énumérées à l'article 92<sup>33</sup>.

Essentiellement, l'article 94 permet au gouvernement fédéral de légiférer en matière de propriété et droits civils dans la mesure où les provinces où la législation fédérale doit s'appliquer y consentent. En pratique cela voudrait dire que le Parlement fédéral adopterait une loi, vraisemblablement après discussions entre le gouvernement fédéral et les gouvernements des provinces concernées, et celle-ci serait ensuite entérinée par les législatures des provinces qui le souhaitent et deviendrait alors valide sur leur territoire<sup>34</sup>. En fait, sur le plan politique, le processus pourrait même être initié par les provinces. Ainsi, comme plusieurs auteurs l'ont fait remarquer récemment, l'article 94 est une formule dite « opt in » permettant l'existence d'un fédéralisme asymétrique<sup>35</sup>. Bien entendu, le gouvernement fédéral pourrait exiger la participation d'un nombre minimal de

---

Prerogative of the Crown with regard to aliens [en l'espèce, le *droit d'aubaine*], must be determined by the laws of [Canada, i.e. le droit français] and not by the law of England, which is only to be looked at in order to determine who are, and who are not, aliens »: *Donegani c. Donegani*, (1835) 12 E.R. 571 (C.P.).

<sup>32</sup> En fait, la notion de propriété et droits civils est similaire à celle de paix, ordre et bon gouvernement, et ce, tant en ce qui a trait à sa portée potentiellement très large qu'en ce qui a trait à la relation qu'elle entretient avec les autres rubriques contenues aux articles 91 et 92 L.C. 1867. On comprend donc pourquoi le par. 92(13) en est venu à concurrencer le paragraphe introductif de l'article 91 comme source de pouvoir résiduaire au Canada. Voir Hogg, *supra* note 13, ss. 17.1 et 21(2).

<sup>33</sup> Il y a de toute évidence plusieurs rubriques autres que le par. 92(13) L.C. 1867 qui portent sur la propriété et les droits civils, par exemple : les entreprises locales (par. 92(10)), le droit corporatif (par. 92(11)), la célébration du mariage (par. 92(12)), etc. Voir Brun et Tremblay, *supra* note 19, p. 476-477. Il n'y a pas de raison qui justifierait d'exclure de telles matières de l'application de l'article 94. Au contraire, on pourrait les considérer comme des candidates idéales, car c'est souvent leur proximité avec des matières attribuées au Parlement fédéral qui a conduit le constituant à prendre la précaution de les mentionner expressément dans l'article 92 plutôt que de s'en remettre au langage général du par. 92(13).

<sup>34</sup> Voir Frank R. Scott, « Section 94 of the British North America Act » (1942) 20 R. du B. can. 525 [Section 94].

<sup>35</sup> Voir notamment Guy Laforest, « The Historical and Legal Origins of Asymmetrical Federalism in Canada's Founding Debates: A Brief Interpretive Note » dans Harvey Lazar, 2005 *Special Series on Asymmetric Federalism*, Institute of Intergovernmental Relations < <http://www.queensu.ca/iigr/working/archive/Asymmetric/papers.html> >; Benoît Pelletier, « Asymmetrical Federalism: A Win-Win Formula! » dans Harvey Lazar, 2005 *Special Series on Asymmetric Federalism*, Institute of Intergovernmental Relations < <http://www.queensu.ca/iigr/working/archive/Asymmetric/papers.html> >; David Milne, « Asymmetry in Canada, Past and Present » dans Harvey Lazar, 2005 *Special Series on Asymmetric Federalism*, Institute of Intergovernmental Relations, < <http://www.queensu.ca/iigr/working/archive/Asymmetric/papers.html> >; Thomas Courchene, « Variation on the federalism theme », *Policy Options*, (September 2006), 46, < <http://irpp.org/indexe.htm> >; Douglas Brown, « Who's Afraid of Asymmetric Federalism? - A Summary Discussion » dans Harvey Lazar, 2005 *Special Series on Asymmetric Federalism*, Institute of Intergovernmental Relations < <http://www.queensu.ca/iigr/working/archive/Asymmetric/papers.html> >; Jennifer Smith, « The Case of Asymmetry in Canada » dans Harvey Lazar, 2005 *Special Series on Asymmetric Federalism*, Institute of Intergovernmental Relations, < <http://www.queensu.ca/iigr/working/archive/Asymmetric/papers.html> >.

provinces avant de recourir à l'article 94. Mais la Constitution ne pose aucune condition à cet égard.

L'article 94 réfère spécifiquement à trois provinces : l'Ontario, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick. Il est clair que l'intention du constituant était d'exclure le Québec de son champ d'application en raison de sa spécificité civiliste. En fait, les provinces mentionnées sont les trois provinces de common law de 1867. Les indices historiques de même que la majorité des auteurs incitent à conclure que l'article 94 s'étend aujourd'hui à l'ensemble des provinces de common law<sup>36</sup>.

L'objectif à l'origine de l'article 94 apparaît assez clair : les Pères de la Confédération anticipaient, dès 1867, qu'en dépit de la répartition des compétences convenue entre eux, il y aurait chez les provinces de common law une volonté pour poursuivre l'intégration. Ils étaient cependant conscients que cette volonté ne serait pas partagée par le Québec en raison de son caractère distinct. Près de 140 ans plus tard, on ne peut que constater à quel point leur prédiction s'est avérée juste.

Ce qu'il y a de fascinant avec l'article 94, c'est de voir à quel point, même s'il n'a jamais été expressément invoqué, son objet et ses principes caractérisent une bonne partie de la dynamique sous-jacente à la gouverne de l'union sociale canadienne : un désir pour une plus grande uniformité, la nécessité de négociations fédérales-provinciales, la possibilité pour le Québec de conserver son propre système. Comme certains l'ont fait remarquer, des épisodes récents tels que la proposition du Conseil de la fédération en faveur d'un programme fédéral d'assurance médicaments excluant le Québec ou encore l'accord asymétrique sur la santé en 2004, en fournissent une bonne illustration<sup>37</sup>.

Dans la littérature juridique, il y a peu d'écrits sur l'article 94, même si cette disposition a suscité, au cours des dernières années, un certain intérêt chez les politologues<sup>38</sup>. En 1942, F. R. Scott y avait consacré un important article alors qu'il était à la recherche de mécanismes juridiques permettant au gouvernement fédéral de jouer un rôle de leadership

---

<sup>36</sup> Scott, *Section 94*, *supra* note 34; Gerard V. La Forest, « Delegation of Legislative Power in Canada », (1975) 21 R. D. McGill 131 [*Delegation*]; Benoît Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, Scarborough, Carswell, 1996, p. 270; *contra* Canada, *Rapport de la commission royale des relations entre le Dominion et les provinces (Commission Rowell-Sirois)*, Ottawa, 1940, vol. 2, p. 74. Une des meilleures preuves tendant à établir que l'intention des Pères de la Confédération derrière l'article 94 était que celui-ci s'appliquerait à l'ensemble des provinces de *common law* nous provient des Résolutions de Québec adoptées en 1865. À l'époque, Terre-Neuve et l'Île-du-Prince-Édouard étaient encore parties aux négociations originelles pour devenir provinces de la nouvelle fédération et elles étaient mentionnées au côté de l'Ontario, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick dans la disposition qui allait devenir l'article 94 L.C. 1867.

<sup>37</sup> Milne, *supra* note 35; Courchene, *supra* note 35.

<sup>38</sup> Voir *supra* note 35. Pour une discussion originale à ce sujet, notamment quant aux implications possibles de cette disposition à l'égard du rapatriement de 1982, voir Samuel V. La Selva, *The Moral Foundations of Canadian Federalism: Paradoxes, Achievements and Tragedies of Nationhood*, Kingston, McGill-Queen's University Press, 1996, p. 49-63; voir aussi Kathy Brock, « Open Federalism, Section 94, and Principled Federalism : Contradiction in Vision », texte présenté à la Conférence annuelle de l'Association canadienne de science politique, Saskatoon, 29 mai-1<sup>er</sup> juin 2007, < [www.cpsa-acsp.ca/papers-2007/Brock-Kathy.pdf](http://www.cpsa-acsp.ca/papers-2007/Brock-Kathy.pdf) >.

dans l'édification de l'État providence<sup>39</sup>. En 1975, Gerard La Forest a aussi écrit sur l'article 94<sup>40</sup>. Dans l'introduction de son étude, il faisait remarquer comment l'intérêt pour ce sujet avait fondu, en suggérant comme explication possible l'attrait du pouvoir fédéral de dépenser. Évidemment, Scott et La Forest étaient des centralisateurs et sont tous les deux devenus d'ardents supporteurs de la thèse du pouvoir illimité de dépenser<sup>41</sup>. Mais peut-être que l'article 94 était, des deux, l'idée la plus constructive.

Sur les plans théorique et juridique, les avantages d'une union sociale fondée sur l'article 94 plutôt que sur l'idée d'un pouvoir illimité de dépenser seraient nombreux. Tout d'abord, on mettrait fin à cette fiction selon laquelle les programmes de dépenses du gouvernement fédéral ne constituent pas de la législation. Les modalités et les conditions de ces derniers pourraient enfin prendre une forme clairement législative, qui pourrait même comprendre un volet réglementaire. Ce faisant, les parlements, au niveau fédéral comme au niveau provincial, pourraient reprendre leur place, avec les avantages susceptibles d'en découler en ce qui a trait à la problématique du déficit démocratique. En outre, tout litige concernant ces modalités et ces conditions serait clairement justiciable. Enfin, plus fondamentalement, par le biais de l'article 94, on réconcilierait la gouverne de l'union sociale avec les principes du constitutionnalisme et de la primauté du droit.

Sur le plan politique, les avantages seraient tout aussi importants. La reconnaissance d'une juridiction provinciale préalable, implicite dans le recours à l'article 94, de même que l'exigence constitutionnelle du consentement provincial viendraient mettre fin aux menaces d'unilatéralisme fédéral et ramèneraient les termes du débat sur les mérites de la politique proposée plutôt que sur des « chicanes de juridictions » comme c'est souvent le cas. Ce faisant, on peut espérer qu'émergerait une relation plus équilibrée, marquée par le respect et une véritable collaboration entre Ottawa et les provinces. Enfin, la consécration de l'article 94 comme fondement de l'union sociale canadienne viendrait officialiser un état de fait qui en a bien besoin, soit la nature asymétrique du fédéralisme canadien et la place particulière du Québec à cet égard.

#### **4. Quelques questions juridiques concernant l'article 94**

L'article 94 soulève évidemment un certain nombre de questions qui nécessiteraient qu'on s'y attarde. Son libellé date d'une autre époque. Contrairement à presque toutes les autres dispositions constitutionnelles au chapitre du partage des compétences, il n'a pas profité d'éclairages jurisprudentiels qui auraient pu en transmettre le sens à un lecteur du 21<sup>e</sup> siècle.

Parmi ces questions, il y a celle de la compensation financière que devrait recevoir une province non participante. Ayant été rédigé au 19<sup>e</sup> siècle avec le modèle du libéralisme classique en tête, l'article 94 est silencieux à ce sujet. Dans le contexte d'aujourd'hui,

---

<sup>39</sup> Scott, *Section 94*, *supra* note 34.

<sup>40</sup> La Forest, *Delegation*, *supra* note 36.

<sup>41</sup> Scott, *Taxation*, *supra* note 18; La Forest, *Taxing Power*, *supra* note 18.

l'absence d'un droit à la compensation en faveur d'une province qui ne souscrirait pas à une intervention fédérale en vertu de l'article 94 nous ramènerait tout droit au même type de coercition financière qui est présentement associé au pouvoir fédéral de dépenser et qui mine le fédéralisme canadien. Or, un tel résultat serait difficilement fidèle à l'esprit de l'article 94 qui protège le droit de choisir des provinces en exigeant le consentement individuel de chacune d'entre elles pour qu'une loi fédérale ait effet sur son territoire. C'est pourquoi nous sommes d'avis qu'un tel droit à une compensation pourrait aujourd'hui être déduit de cette disposition, particulièrement si on la lit en conjonction avec les principes d'équité codifiés à l'article 36 L.C. 1982.

En effet, suivant la conception libérale du rôle de l'État qui prévalait en 1867, où la prestation des services sociaux relevait des institutions religieuses et du secteur privé, les compétences constitutionnelles attribuées aux provinces ne comportaient pas alors les mêmes implications financières qu'aujourd'hui. Par conséquent, on ne pouvait imaginer le préjudice financier susceptible d'être subi par une province qui ne participerait pas à une mesure adoptée en vertu de l'article 94. La meilleure preuve de cet oubli est fournie par le cas du Québec qui, comme on l'a vu, est exclu d'emblée. Si les auteurs de l'article 94 avaient pu entrevoir les implications fiscales de l'article 94, ils auraient certainement prévu quelque chose pour remédier à ce qui autrement constituerait une grave injustice à l'égard du Québec.

Alors que les implications fiscales associées à l'État-providence étaient, de toute évidence, absentes de l'esprit des rédacteurs de l'article 94 en 1867, elles étaient au cœur des préoccupations de ceux de l'article 36 L.C. 1982. En fait, on peut retracer les origines de ce dernier article dans les travaux de la Commission Rowell-Sirois créée dans les années 30 et dont le mandat consistait justement à analyser les défis posés au fédéralisme canadien par l'avènement de l'État-providence<sup>42</sup>. L'un de ces défis était de trouver une façon de concilier le principe de l'équité, sous-jacent à cette nouvelle mission de l'État, avec le principe de la diversité, inhérent au modèle fédéral<sup>43</sup>. C'est ainsi que le

---

<sup>42</sup> Thomas Courchene, *Equalization Payments: Past, Present and Future*, Special research report, Ontario Economic Council, 1984, p. 21-26.

<sup>43</sup> Ces deux principes, la recherche de l'équité et le besoin de préserver le fédéralisme, se retrouvent dans l'énoncé du mandat de la Commission établi par le gouvernement fédéral (Commission Rowell-Sirois, *supra* note 36, vol. 1, p. 9-10). Malgré l'aspect centralisateur de certaines des recommandations de la Commission, comme le transfert au Parlement fédéral de la compétence sur l'assurance-chômage, sa proposition concernant la mise sur pied d'un programme de « subventions d'après la norme nationale » (qui allait devenir la péréquation) était clairement motivée par les « différences marquées qui existent dans la philosophie sociale des diverses régions du Canada » et le « principe de la non-altération des arrangements constitutionnels existants, sauf pour des raisons impérieuses » (*Ibid*, vol. 2, p. 13). Ainsi, ces subventions en faveur des provinces « reflètent la conviction de la Commission qu'en ces domaines [services sociaux et éducation] il y a lieu de raffermir l'autonomie provinciale et que seule la sécurité financière peut assurer l'indépendance. [...] Elles ont pour but de permettre à chaque province d'assurer à sa population des services d'après la norme canadienne et, de la sorte, remédier à la misère et aux conditions regrettables qui menacent l'unité nationale et sont un handicap pour nombre de Canadiens » (*Ibid*, p. 130). Dans l'optique de la Commission, il était clair que « même si la subvention d'après la norme nationale maintenant proposée a pour objet de mettre une province en état d'assurer des services suffisants (conformément à une norme canadienne) sans recourir à une fiscalité excessive (l'impôt restant conforme à une norme canadienne), la liberté d'action de cette province ne subit aucune atteinte. Une province reste libre, si elle le

paragraphe 36(1) L.C. 1982 engage aujourd'hui le fédéral et les provinces à «promouvoir l'égalité des chances de tous les Canadiens dans la recherche de leur bien-être » mais « sous réserve des compétences législatives du Parlement et des législatures et de leur droit de les exercer ». Illustrant cet engagement, le paragraphe 36(2) prévoit, pour sa part, que le Parlement et le gouvernement fédéral verseront aux provinces des paiements inconditionnels de péréquation. Si, en vertu de l'article 36 L.C. 1982, Ottawa a l'obligation constitutionnelle d'égaliser la capacité fiscale des provinces afin de compenser les différences de richesse fortuites qui existent entre elles, il serait pour le moins surprenant qu'il ait le droit, par le biais de l'article 94, de créer des inégalités interprovinciales de son propre chef.

Une autre question importante concernant l'article 94 est celle de la réversibilité d'un arrangement qui serait institué en vertu de cette disposition. Si le Parlement fédéral avait recours à ce mécanisme et que certaines provinces y consentaient en adoptant la législation fédérale en cause, serait-il subséquemment possible pour celles-ci de revenir sur leur décision? Ici, on rencontre deux opinions : l'une, pour qui le recours à cette disposition équivaut à une modification constitutionnelle et qui, par conséquent, conclut à son caractère permanent<sup>44</sup> et l'autre, pour qui il s'agit plutôt d'un mécanisme de délégation législative et qui envisage sa réversibilité<sup>45</sup>. La controverse découle du terme « illimité » employé dans le libellé de l'article 94 pour désigner l'étendue du pouvoir législatif conféré au Parlement fédéral à la suite d'un recours à cet article. Veut-on dire par là qu'une loi fédérale adoptée en application de l'article 94 ne pourrait être affectée par l'abrogation des lois provinciales qui l'ont entérinée ou veut-on dire plutôt qu'après son adoption initiale, le Parlement fédéral aura le pouvoir de modifier et même d'abroger sa loi seul, sans avoir à obtenir un nouveau consentement provincial à chaque fois, mais dans la mesure où la législation provinciale habilitante à l'origine de cette loi demeure en vigueur? La possibilité que le terme « illimité » veuille à la fois signifier que le transfert de pouvoir effectué au profit du Parlement fédéral est irréversible et qu'une fois celui-ci conféré, Ottawa dispose d'une capacité sans limites de modifier sa loi comme bon lui semble apparaît en effet improbable, car cela reviendrait à octroyer au Parlement fédéral un outil lui permettant indirectement de modifier unilatéralement le partage des compétences en matière de propriété et droits civils. Or, une telle proposition est difficilement conciliable avec le principe fédéral, en général, et l'économie de l'article 94, en particulier, lequel prévoit des utilisations ciblées de ce mécanisme et exige le consentement provincial à chaque fois. Il y a manifestement une opposition entre la notion d'irréversibilité et l'idée d'un pouvoir d'amendement illimité. Il convient de choisir entre les deux significations possibles du terme illimité.

Les versions de travail de l'article 94, qui ont précédé celle qui s'est finalement retrouvée dans le texte final de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* de même qu'une analyse textuelle de ce dernier nous incite à favoriser la seconde école et conclure à la possibilité

---

juge bon, d'abaisser le niveau de ses services afin de diminuer ses impôts. Elle peut, d'un autre côté, établir des services supérieurs à la moyenne, à condition que ses habitants consentent à subir une fiscalité correspondante » (*Ibid.*, p. 84).

<sup>44</sup> Commission Rowell-Sirois, *supra* note 36, vol. 2, p. 74; Scott, *Section 94*, *supra* note 34.

<sup>45</sup> La Forest, *Delegation*, *supra* note 36.

de la réversibilité. Le terme illimité n'apparaissait pas à l'article 29(33) des Résolutions de Québec de 1865 dont le texte se terminait ainsi : « Mais nul statut à cet effet n'aura ni force ni autorité dans aucune de ces provinces avant d'avoir reçu la sanction de sa législature locale ». Dans une version subséquente préparée pour la Conférence de Londres, on ajouta à la suite du texte le membre de phrase suivant : « et, après cette sanction, le Parlement aura seul la faculté d'abroger, d'amender ou de modifier ces lois »<sup>46</sup> qui, dans la version finale, fût remplacé par le concept actuel d'un pouvoir « illimité »<sup>47</sup>.

En outre, dans la version anglaise, la seule qui est d'ailleurs pour le moment officielle, le mot « unless » dans l'expression « unless and until it is adopted and enacted as Law by the Legislature thereof » pourrait vouloir indiquer la nécessité du maintien du consentement provincial pour qu'une loi fédérale adoptée en vertu de l'article 94 continue d'avoir effet dans une province. À cet égard, il est intéressant de remarquer que le mot « unless » ne figurait pas au côté du mot « until » dans la version de l'article 94 contenue dans les Résolutions de Québec. Il a été ajouté à la suite de la Conférence de Londres. De toute évidence, l'emploi du mot « until » seul posait problème.

À ce sujet, il est intéressant de prendre connaissance de la traduction de l'article 94 contenue dans le rapport définitif du comité de rédaction constitutionnelle française qui, à la suite du rapatriement en 1982, avait été chargé d'établir un projet de version française officielle de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>48</sup>. La fin du texte proposé pour l'article 94 se lit comme suit :

94. [...] En outre, nonobstant toute autre disposition de la présente loi, le Parlement, à compter de l'adoption d'une loi d'uniformisation, acquiert le pouvoir entier de légiférer en toute matière dont il est traité dans cette loi d'uniformisation, laquelle n'a toutefois effet dans une province que si sa législature lui donne elle-même force de loi.

Mais, au-delà de ces indices textuels et historiques, il y a de puissants arguments pratiques qui devraient nous faire préférer la thèse de la réversibilité. La crainte qu'en recourant à l'article 94, les provinces ne se trouvent à abdiquer pour toujours leurs pouvoirs a souvent été évoquée comme raison expliquant pourquoi cet article n'a jamais été utilisé<sup>49</sup>. On peut se demander qui cela a servi. Depuis 1982, le Canada possède en propre un ensemble complet de formules d'amendement qui permet de revoir le partage

---

<sup>46</sup> Ottawa, Sénat du Canada, *Rapport au sujet de la mise en vigueur de l'Acte de l'Amérique britannique du Nord de 1867, de l'incompatibilité entre ses dispositions et leur interprétation judiciaire, et de matière connexes* (Rapport O'Connor), 1939, p. 138.

<sup>47</sup> Un autre argument fondé sur les textes qui milite contre la thèse assimilant l'article 94 à une formule d'amendement constitutionnel est le fait que l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* comportait justement une disposition permettant expressément aux provinces « [l']amendement de temps à autre [...] de la constitution de la province, sauf les dispositions relatives à la charge du lieutenant-gouverneur » (par. 92(1)). Dès lors, on peut se demander pourquoi on aurait inséré une autre disposition, l'article 94, rédigée très différemment et évitant soigneusement le terme « amendement », pour traiter du même sujet.

<sup>48</sup> Voir l'art. 55 L.C. 1982.

<sup>49</sup> Commission Rowell-Sirois, *supra* note 36, vol 2, p. 74.

des compétences et qui ouvre même la voie à des aménagements asymétriques en cette matière. Par contre, ce qui lui manque toujours cruellement est un mécanisme permettant tout simplement à un ordre de gouvernement de déléguer, lorsque cela est approprié, l'exercice de certaines de ses compétences législatives exclusives à l'autre ordre de gouvernement, à moins, évidemment, de considérer l'article 94 sous cet angle<sup>50</sup>.

Enfin, il est intéressant de remarquer, comme l'avait fait la Commission Rowell-Sirois lorsqu'elle s'était penchée sur l'article 94 dans le cadre de ses travaux, que la Constitution australienne contient une disposition analogue : l'article 51(xxxvii). À l'époque, constatant qu'en Australie aussi ce mécanisme n'avait jamais été utilisé par crainte de ses conséquences irréversibles, la Commission avait jugé l'article 94 de peu d'intérêt<sup>51</sup>. Or, s'il est vrai qu'il y a longtemps eu un débat chez les Australiens concernant le caractère réversible ou non de l'alinéa 51(xxxvii), la thèse de la réversibilité semble s'être finalement imposée, avec pour résultat qu'on a commencé à utiliser ce mécanisme de plus en plus fréquemment, par exemple en matière de réglementation du marché des valeurs mobilières. Incidemment, afin de s'assurer de la durée limitée des délégations de pouvoir faites au titre de l'article 51(xxxvii), les États australiens ont pris l'habitude d'insérer dans leur législation habilitante des clauses crépusculaires dont la validité a été reconnue par les tribunaux australiens<sup>52</sup>.

Les deux questions dont nous venons de traiter, le droit à une compensation financière et la réversibilité sont autant d'exemples de sujets qui mériteraient d'être creusés en lien avec l'article 94. La portée exacte de la notion de propriété et droits civils dans le contexte de cet article devrait également être étudiée davantage. La situation particulière du Québec créée par cet article pose une autre question intéressante. Si cette disposition devait servir de base juridique aux programmes fédéraux dans les domaines de compétence provinciale, est-ce que cela veut dire que de tels programmes ne pourraient plus valablement s'appliquer au Québec? S'il y a beaucoup de cas où le Québec s'est retiré de tels programmes fédéraux, il y a encore davantage de cas contraires et on peut penser

---

<sup>50</sup> La délégation de pouvoirs législatifs provinciaux en faveur du Parlement fédéral, ou vice versa, a été jugée contraire à la Constitution dans *P.-G. N. S. v. P.-G. Can.*, [1951] R.C.S. 31 [*Renvoi de la Nouvelle-Écosse sur la délégation*]. Malgré un certain nombre de décisions subséquentes qui ont eu pour effet de permettre aux provinces et au fédéral d'atteindre un résultat très semblable par le biais des techniques de l'incorporation par renvoi, de la législation conditionnelle et de la délégation administrative, encore aujourd'hui « one legislative body cannot enlarge the powers of another by authorizing the latter to enact laws which would have no significance and validity independent of the delegation » (Hogg, *supra* note 13, s. 14.7). Le projet de réforme constitutionnelle Fulton-Favreau avait cherché à corriger cette lacune par le biais d'une disposition inspirée de l'article 94: l'article 94A. Le texte de ce nouvel article précisait que le mécanisme était réversible. En outre, son domaine d'application était étendu à l'ensemble des pouvoirs législatifs, les délégations pouvaient se faire dans les deux sens et le Québec pouvait y participer (James R. Hurley, *La modification de la Constitution du Canada : historique, processus, problèmes et perspectives d'avenir*, Canada, 1996, p. 201-202).

<sup>51</sup> Commission Rowell-Sirois, *supra* note 36, vol 2, p. 74.

<sup>52</sup> Voir par exemple : Pamela Tate, « New Directions in Co-operative Federalism : Referrals of Legislative Power and Their Consequences », texte présenté le 18 février 2005 à la Constitutional Law Conference de Sydney, <[www.gtcentre.unsw.edu.au/publications/papers/docs/2005/5\\_PamelaTate.pdf](http://www.gtcentre.unsw.edu.au/publications/papers/docs/2005/5_PamelaTate.pdf)>; R. S. French, « The Referral of State Powers – Cooperative Federalism Lives » texte à paraître dans la University of Western Australia Law Review, <[www.fedcourt.gov.au/aboutct/judges\\_papers/speeches\\_frenchj6.rtf](http://www.fedcourt.gov.au/aboutct/judges_papers/speeches_frenchj6.rtf)>.

qu'il serait souhaitable pour le Québec de continuer à pouvoir profiter de certains de ces programmes. Il y a, de toute évidence, certains programmes fédéraux auxquels il participe et qui lui conviennent. Comment alors pourrait-on réconcilier cela avec l'article 94? Nous croyons qu'il serait constitutionnellement possible de le faire par le biais des techniques de l'incorporation par renvoi et la délégation administrative. Ainsi, si, par exemple, le Parlement fédéral avait validement légiféré en vertu de l'article 94 afin de mettre sur pied un régime d'assurance sociale et que sa loi avait été entérinée par un certain nombre de provinces, le Québec pourrait incorporer la législation fédérale dans son propre corpus législatif au moyen de la technique du renvoi et en déléguer l'administration au gouvernement fédéral<sup>53</sup>. Ce faisant, le Québec se trouverait en quelque sorte à adhérer indirectement au mécanisme de l'article 94 avec des effets juridiques différents, mais des effets pratiques presque identiques aux autres provinces.

## Conclusion

Nous avons commencé cette étude en soulignant l'écart grandissant entre le fédéralisme légal et le fédéralisme réel. Nous avons poursuivi en faisant ressortir certaines lacunes du paradigme contractuel en matière constitutionnelle, notamment en ce qui a trait à l'identité et à l'équilibre entre les parties, pour finalement souligner l'inévitable nécessité de lui trouver un fondement juridique. La seconde partie a consisté à revoir la principale, voire la seule, thèse proposée à cet égard, celle du pouvoir illimité de dépenser. À notre avis, telle qu'articulée, cette thèse est incompatible avec un grand nombre de dispositions et de principes de la Constitution et, franchement, elle n'est pas acceptable, à tout le moins pour le Québec, qui n'a jamais reconnu l'existence d'un tel pouvoir. En réalité l'adoption de cette thèse reviendrait à consacrer la loi de la jungle, c'est-à-dire l'absence de règle, en ce qui touche potentiellement la majeure partie de l'action gouvernementale dans la fédération canadienne. Dans la troisième partie, nous avons donc proposé que l'on examine une autre avenue qui apparaît non seulement plus respectueuse de l'intention originelle du constituant, mais également un meilleur reflet des grandes tendances de la pratique sur le terrain.

Évidemment, les gouvernements auraient un rôle central à jouer dans la remise en valeur de l'article 94. Mais nous pensons que les tribunaux pourraient également être interpellés, car on pourrait avancer l'argument qu'implicitement, cette disposition a déjà été utilisée dans un certain nombre de cas, sinon dans sa lettre, du moins dans son esprit. Quand il s'est penché sur le sujet en 1942, Scott avait émis lui-même cette hypothèse, jugeant que le recours à l'article 94 ne comportait aucune exigence de forme particulière. Toutefois, comme il considérait que les effets d'un usage de cet article étaient semblables à ceux d'un amendement constitutionnel, il pensait que les chances qu'un tribunal conclut à une application de l'article 94 sans indication manifeste de l'intention des parties à cet égard,

---

<sup>53</sup> Voir la note précédente. Le Québec n'enfreindrait pas la règle interdisant la délégation législative établie dans le *Renvoi de la Nouvelle-Écosse sur la délégation*, *supra* note 50, puisque nous ne serions pas dans une situation où la loi fédérales « would have no significance and validity independent of the delegation ».

étaient, somme toute, faibles<sup>54</sup>. Bien sûr, si l'article 94 était vu comme un mécanisme de délégation interjuridictionnelle, une attitude différente pourrait s'ensuivre.

En 1998-99, deux syndicats québécois, la CSN et le Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida, ont entrepris contre le gouvernement fédéral des procédures judiciaires relativement aux surplus de la caisse d'assurance-emploi. Dans le cadre de ces procédures, ces syndicats contestent, entre autres, la validité constitutionnelle de certaines dispositions de la *Loi sur l'assurance-emploi*<sup>55</sup> en vertu du partage des compétences. Le Procureur général du Canada y a répondu en plaidant notamment que même si l'on devait juger ces dispositions exorbitantes de la compétence fédérale sur l'assurance-chômage, elles devaient néanmoins être déclarées valides en raison du pouvoir fédéral de dépenser qui est « nullement limité par le partage des compétences ». Le Procureur général du Québec, avisé des questions constitutionnelles soulevées, est intervenu aux procédures pour s'objecter à cet argument. En première instance, la Cour supérieure a conclu à la validité des dispositions contestées en s'appuyant sur la compétence fédérale relative à l'assurance-chômage et en évitant soigneusement de se prononcer sur la question du pouvoir de dépenser. La cause fut portée en Cour d'appel par les syndicats et, le 15 novembre dernier, celle-ci rendait son jugement<sup>56</sup>.

Essentiellement, la Cour d'appel, sous la plume du juge en chef, a validé l'ensemble des dispositions contestées sur la base de la compétence fédérale en matière d'assurance-chômage, à l'exception de quatre d'entre elles. Ces dernières étaient reliées à la formation de la main-d'œuvre, donc ressortissant de la compétence provinciale relativement à l'éducation et la propriété et les droits civils. La Cour a néanmoins jugé que ces dispositions avaient également été validement adoptées, et ce, en vertu du pouvoir fédéral de dépenser. Au soutien de cette conclusion, la Cour s'est référée à la thèse du pouvoir illimité de dépenser en citant deux auteurs, quoique non sans une certaine ambiguïté. Mais, de manière beaucoup plus révélatrice, dans ses motifs, la Cour a insisté notamment sur le fait que « toutes ces mesures de nature financière qui ne peuvent être justifiées en vertu de la compétence fédérale en matière d'assurance-chômage sont expressément soumises à l'accord des provinces ». De ces « limitations », la Cour a conclu que « le législateur n'entend pas s'arroger le pouvoir de légiférer en matière de formation visant le retour à l'emploi non plus qu'en matière de recherche, d'innovation et de soutien au maintien de l'emploi ou au retour sur le marché du travail » et que, par conséquent, il lui était « impossible de conclure que les mesures sont inconstitutionnelles ». Paradoxalement, immédiatement après, la Cour ajoutait : « Cela étant, la Cour n'a pas compétence pour contrôler l'utilisation que fait le gouvernement fédéral de son pouvoir de dépenser »<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> Scott, *Section 94*, supra note 34.

<sup>55</sup> L.C. 1996, ch. 23.

<sup>56</sup> *Syndicat national des employés de l'aluminium d'Arvida inc. c. Canada (Procureur général)* 200-09-004695-042 et *C.S.N. c. Canada (Procureur général)* 500-09-014014-039. La décision de la Cour d'appel commune aux deux dossiers est rapportée dans [2006] R.J.Q. 2672. Les numéros de dossier en Cour supérieure étaient 150-05-001538-984 et 500-05-048333-999. La citation est tirée de la défense du Procureur général du Canada produite en première instance.

<sup>57</sup> [2006] R.J.Q. 2672, par. 140-141.

Nous partageons l'avis de la Cour d'appel sur un point fondamental : le consentement des provinces (nous préciserions, le consentement libre des provinces) est et doit être le principe clé en matière d'intervention fédérale dans les domaines de compétence provinciale. Toutefois, dans une fédération gouvernée par le constitutionnalisme et la primauté du droit, il est difficile d'accepter la proposition voulant que les tribunaux n'aient pas de responsabilité quant au respect de ce principe clé. En fait, dans cette affaire, il y a une certaine opposition entre ce que la Cour dit et ce qu'elle fait. La raison de cette opposition réside, à notre avis, dans les lacunes de la théorie juridique invoquée par la Cour au soutien de son jugement : la thèse du pouvoir illimité de dépenser. Dans ce cas, l'article 94 pourrait potentiellement fournir une alternative intéressante, plus conforme à la logique de la loi, du jugement de la Cour, de la Constitution et du principe fédéral.

Le 24 mai 2007, la Cour suprême a accepté les demandes d'autorisation de pourvoi logées contre ce jugement<sup>58</sup>. L'une des cinq questions en litige identifiées par la Cour dans cette cause – qui a été entendue le 13 mai 2008 et qui était en délibéré au moment d'écrire ces lignes – se lit comme suit :

5. En cas de réponse affirmative à la question 4 [c.-à-d. que les dispositions contestées outrepassent la compétence fédérale en matière d'assurance-chômage], les articles 24, 25, 56 à 65.2, 73, 75, 77, 109 c) et 135 (2) de la Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, sont-ils valablement fondés sur le pouvoir fédéral de dépenser?

Si la Cour suprême devait répondre à cette question, il s'agirait de la première fois qu'elle se prononcerait sur la question du pouvoir fédéral de dépenser dans le cadre de la *ratio* d'une cause portée devant elle. À suivre.

---

<sup>58</sup> Les numéros de dossier en Cour suprême sont : 31809 et 31810.