



HAL
open science

La Constitution des Etats-Unis et l'Acte d'Amérique du Nord britannique : naissance et évolution de deux fédéralismes nord-américains

Laurence Cros

► **To cite this version:**

Laurence Cros. La Constitution des Etats-Unis et l'Acte d'Amérique du Nord britannique : naissance et évolution de deux fédéralismes nord-américains. *Études canadiennes / Canadian Studies: Revue interdisciplinaire des études canadiennes en France*, 2005, 59, pp.7-38. hal-02909649

HAL Id: hal-02909649

<https://hal.science/hal-02909649>

Submitted on 19 Dec 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA CONSTITUTION DES ETATS-UNIS ET L'ACTE DE L'AMERIQUE DU NORD BRITANNIQUE : NAISSANCE ET EVOLUTION DE DEUX FEDERALISMES NORD-AMERICAINS

Laurence CROS

Université Denis Diderot Paris 7

Ce travail se veut une comparaison des fédéralismes canadien et américain. Un point commun des deux systèmes est le fait qu'ils aient évolué dans une direction contraire à celle voulue par la constitution qui avait à l'origine fixé la mesure du pouvoir fédéral. Dans les deux cas, cette évolution est largement due à l'interprétation du pacte constitutionnel par les tribunaux. La grande ironie est que chacun des systèmes a évolué pour devenir ce que l'autre devait être au départ. La Constitution américaine, et le conflit entre fédéralistes et anti-fédéralistes qui l'accompagne, témoigne d'une méfiance entre un pouvoir fédéral fort et centralisé : ainsi le dixième amendement, ratifié en 1791, précise que tous les pouvoirs qui ne sont pas spécifiquement délégués aux États-Unis reviennent aux États. Les décisions de la Cour Suprême dans les décennies qui ont suivi ont pourtant entamé un processus de renforcement de l'entité fédérale, confirmé de façon définitive par la guerre de Sécession. Aujourd'hui, certains politologues parlent pour les États-Unis de "quasi-fédéralisme". La Confédération canadienne s'est faite en 1867, deux ans après la fin de la Guerre de Sécession. Les débats témoignent de la méfiance des Pères de la Confédération envers le principe fédéral et de leur volonté de renforcer le gouvernement central pour éviter de reproduire l'erreur des États-Unis. Ainsi les articles 91-92 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, précisent que les pouvoirs "résiduels" reviennent au parlement fédéral. Néanmoins, dans les décennies qui suivirent, les décisions du Judicial Committee of the Privy Council affaiblirent considérablement l'entité fédérale, au point qu'aujourd'hui les provinces canadiennes sont bien plus puissantes que les États américains. Il sera intéressant d'étudier pourquoi le JCPC, entité étrangère puisque britannique, a choisi de renforcer le pouvoir des provinces plutôt que celui de l'entité fédérale. On étudiera donc les facteurs politiques et surtout institutionnels (Constitution et décisions judiciaires) qui ont déterminé l'évolution des deux systèmes. Bien qu'utilisant une approche comparative justifiée par la considérable influence américaine sur le système canadien, cette communication privilégiera l'étude du fédéralisme canadien et examinera plus en détail les sources canadiennes entre 1867 et 1949, date à laquelle la Cour Suprême du Canada remplace le JCPC comme interprète du fédéralisme canadien.

This study intends to compare the American and Canadian federal systems. One common point is that each system evolved away from the direction originally set by the constitution that distributed powers between the central and the state/provincial governments. The ironic twist is that each system evolved into what the other was originally meant to be. The American Constitution, and the conflict which opposed the federalists and anti-federalists when it was written, testifies to an uneasiness with a strong federal government. Hence the 10th amendment of 1791 establishes that "the powers not delegated to the United States, nor prohibited by it to the States are reserved to the States". Yet the political evolution of the next decades, including rulings by the Supreme Court, strengthened the federal government, an evolution ultimately sealed by the Civil War. The Canadian Confederation was finalized in 1867, two years after the Civil War ended. The Confederation debates show how distrustful the Fathers of Confederation were of the principle of states' rights and how determined they were to reinforce the federal government. Hence article 91 of the BNA Act clearly states that all residual powers belong to the central legislature. Yet in the years that followed, the political evolution and the decisions of the Judicial Committee of the Privy

Council enormously reinforced the Canadian provinces, to the extent that today they are far more powerful than American states. This study will emphasize the political and particularly the institutional factors that influenced the evolution of the two systems. Although a comparative approach will be used to highlight the considerable influence of the American system on Canadian federalism, this study intends to concentrate on Canadian sources between 1867 and 1949, when the Canadian Supreme Court replaced the JCPC as supreme court of appeal and interpreter of Canadian federalism.

Le but de ce travail est une comparaison entre les fédéralismes étatsunien et canadien. Il est parti de quelques réflexions sur le nœud chronologique qui se noue vers le milieu des années 1860, au moment où triomphe l'Union, où meurt la Confédération des États du Sud, et où naît la Confédération Canadienne. La réflexion se nourrit aussi de la confusion de la terminologie. Pourquoi ce terme, Confédération, traditionnellement utilisé pour le Canada ? Correspond-il au sens étatsunien d'une association plus lâche et décentralisée qu'une fédération (on parle ainsi des *Articles of Confederation* et de la Confédération des États du Sud) ? Ironiquement, c'est tout le contraire qui se révèle : la Confédération canadienne se veut, au départ, une association plus compacte et centralisée que la fédération étatsunienne. Pour pousser encore l'ironie, on se rend compte que l'évolution ultérieure des deux systèmes a conduit chacun à devenir ce que l'autre devait être au départ : les États-Unis, d'abord influencés par la position anti-fédéraliste qui souhaitait une association décentralisée, ont par la suite évolué vers une fédération centralisée ; au contraire, le Canada, conçu par les Pères de la Confédération pour être un État fédéral fort, voit peu à peu ses pouvoirs rognés par les provinces.

Le Canada étant souvent le parent pauvre dans les comparaisons avec les États-Unis, on souhaite ici se concentrer sur les mécanismes qui ont créé puis transformé le fédéralisme canadien. Cette approche montre à quel point le Canada est un fruit hybride, issu de l'influence étatsunienne et de la tradition britannique. Ce travail sur le fédéralisme canadien ne pourrait se faire sans prendre en compte d'une part l'évolution du fédéralisme étatsunien, et d'autre part l'impact des institutions britanniques, particulièrement celle de la Commission Judiciaire du Conseil privé, qui pendant plus de quatre-vingt ans a interprété le fédéralisme canadien.

États-Unis et Canada : les constitutions fédérales

Naissance de la Constitution des États-Unis, 1787-1791

La rédaction de la Constitution des États-Unis est marquée par une tension entre deux visions du fédéralisme : la vision hamiltonnienne, caractérisée par une centralisation et un État fédéral fort ; la vision jeffersonienne décentralisatrice, avec un État fédéral faible qui laisse la primauté aux États.

D'une certaine manière, on peut dire que la Constitution est à la fois fédérale et nationale. C'est la conclusion à laquelle arrive James Madison dans le *Federalist Paper* n° 39 après un test sur 5 points : système de ratification ; origine, fonctionnement et étendue des pouvoirs législatif et exécutif du gouvernement central, procédure d'amendement de la Constitution¹.

Cette double nature de la Constitution se reflète dans la contradiction suivante : d'une part, la partie centrale de la Constitution met en place un système cohérent, bien structuré, potentiellement fort ; et surtout l'article 6 affirme la suprématie de la loi fédérale :

This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in pursuance thereof, [...] shall be the supreme law of the Land [...] anything in the Constitution or Laws of any state to the contrary notwithstanding

D'autre part, le 10^e amendement indique que les pouvoirs qui ne sont pas spécifiquement accordés au gouvernement fédéral (pouvoirs résiduels) reviennent aux États, ou au peuple :

The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.

On sait que cette apparente contradiction est le fruit du compromis entre fédéralistes et anti-fédéralistes ; on sait aussi que ces derniers entendaient défendre les droits et privilèges des citoyens des États-Unis contre la tyrannie potentielle du gouvernement fédéral ; ils estimaient que les États, structures

¹ Jennifer Smith, « Canadian Confederation and the Influence of American Federalism », *Dalhousie Review*, 1988, vol. 21, p. 446-448.

gouvernementales plus proches du peuple, étaient moins susceptibles de se révéler tyranniques. Garantir la primauté des États sur le gouvernement fédéral revenait donc à protéger la liberté des citoyens ; le 10^e amendement répond ainsi à la même logique que le reste du *Bill of Rights*.

Pouvoir fédéral et droits des États : vers la Guerre de Sécession

Cette logique reste dominante pendant longtemps, puisque qu'en 1830, dans le cas *Barron V. Baltimore*, le président de la Cour Suprême, John Marshall, estime que le *Bill of Rights* n'a pas vocation à restreindre les pouvoirs des pouvoirs des États ou des municipalités, mais seulement ceux du gouvernement fédéral.

Des années auparavant pourtant, le même juge Marshall a considérablement renforcé les pouvoirs du gouvernement fédéral en introduisant l'idée que la Cour Suprême a le privilège de décider de la constitutionnalité d'une loi ou d'un décret, et donc de les déclarer invalides (*Marbury v. Madison*, 1803), et en établissant que ce privilège s'applique aussi aux décisions des États (*Fletcher v. Peck*, 1810). La décision de la Cour et le renforcement des pouvoirs fédéraux seront remis en cause par les États du Sud, dans le contexte du conflit autour de l'esclavage et des priorités économiques. En 1831, John C. Calhoun, vice-président démissionnaire et sénateur de Caroline du Sud, énonce la position des États du Sud. Il s'exprime à l'occasion du conflit né de l'adoption d'un système ultra-protectionniste favorisant les industries du Nord, rejeté par la Caroline du Sud libre-échangiste. Il argue que le gouvernement fédéral émane non du peuple directement, mais des États considérés comme des communautés politiques distinctes ; ainsi la Constitution est un contrat entre les États, chaque partenaire disposant du pouvoir de décider si les lois sont conformes à l'esprit du contrat d'origine, et éventuellement de les annuler :

The great and leading principle is, that the General Government emanated from the people of the several States, forming distinct political communities, and acting in their separate and sovereign capacity, and not from all of the people forming one aggregate political community; that the Constitution of the United States is, in fact, a compact, of which each state is a party; and that the several States or parties, have a right to judge of its infractions, and in case of a deliberate, palpable, and dangerous exercise of power not delegated, they have the right [...] to interpose [...]. (Calhoun, Fort Hill Address, July 26, 1831)

DEUX FEDERALISMES NORD-AMERICAINS

Ainsi le pouvoir de *judicial review* accordé à la Cour Suprême lui paraît être une façon de rassembler tous les pouvoirs dans les mains du gouvernement fédéral, détruisant ainsi le contrat d'origine et mettant fin à l'organisation fédérale elle-même. Il est clair que la théorie du contrat autorise la sécession d'un État, si son droit d'examen de la loi, et éventuellement son droit de nullification, n'est pas reconnu. Cela est exprimé par l'ordonnance de nullification de la Caroline du Sud, en 1832. Le Président Jackson, dans sa réponse, refusera d'accepter la théorie du contrat :

The Constitution of the United States, then forms a *government*, not a league [...] each State, having expressly parted with so many powers as to constitute, jointly with the other States, a single nation, cannot, from that period, possess the right to secede, because such secession does not break a league, but destroys the unity of a nation. (Jackson, Proclamation to the People of South Carolina, December 10, 1823)

Ce dialogue de sourds se poursuit longtemps, puisque la Caroline du Sud réaffirme son idée de contrat dans son ordonnance de Sécession en 1860, tandis que Lincoln réfute à nouveau ce principe dans son discours inaugural du 4 mars 1861. Cette querelle sur la primauté du pouvoir fédéral sur les droits des États, sera réglée par la victoire du Nord. Bien évidemment, dans les décennies qui suivent, l'équilibre entre fédéral et États va fluctuer, mais l'épisode de la guerre établit que le pouvoir fédéral prime sur les droits des États, établissant ainsi aux États-Unis un fédéralisme centralisé. De plus, entre 1830 et 1860, le pouvoir fédéral est de plus en plus perçu comme le défenseur naturel des libertés individuelles, renversant ainsi la perception exprimée par le *Bill of Rights*. En effet, même si Lincoln se défend, dans son discours inaugural, de remettre en cause l'esclavage, il y a évidemment convergence entre le mouvement abolitionniste et les opposants aux droits des États. Ainsi les trois amendements de la Reconstruction, particulièrement le 14^e, sont adoptés pour protéger les droits des nouveaux citoyens noirs. Immédiatement après la guerre donc, le pouvoir fédéral a été fortifié et se pose comme le garant des libertés individuelles.

Canada : naissance de la Confédération, 1867

Les Pères de la Confédération entendaient bien s'inspirer de l'expérience étatsunienne pour construire le Canada :

We had the experience of the United States. It is the fashion now to enlarge on the defects of the Constitution of the United States, but I am not one of those who look upon it as a failure. I think and believe that it is one of the most skillful works which human intelligence ever created. (John A. Macdonald, February 6, 1865²)

Les pouvoirs accordés au gouvernement fédéral sont à peu près les mêmes dans les deux pays. On sait que les Pères de la Confédération ont été guidés par les débats étatsuniens de 1787. Les archives canadiennes conservent l'exemplaire des *Debates on the Federal Constitution* de Madison annoté par Macdonald³. Néanmoins, dans le milieu des années 1860, la catastrophe de la guerre de Sécession inspire aux Canadiens une grande méfiance vis-à-vis du principe fédéral, comme en témoignent les journaux et les brochures de l'époque :

It is not a little singular [...] how the federation idea should be taken up in British America at the very time that war, ruin, and demoralization are its effects in the American republic [...]. *The Ottawa Union*, 8 septembre 1864⁴.

L'erreur fatale des Américains, selon John A. Macdonald, futur Premier Ministre du Dominion, a été de ne pas renforcer suffisamment le pouvoir du gouvernement fédéral. Macdonald avait particulièrement travaillé sur la proposition de constitution faite par Hamilton. Il réussit à intégrer dans la Constitution canadienne quatre points qu'Hamilton avait proposés pour renforcer le pouvoir fédéral : nomination à vie des sénateurs ; nomination des gouverneurs par le gouvernement fédéral ; pouvoir pour le gouvernement

² *The Confederation Debates in the Provinces of Canada*, Peter Waite dir., Toronto, McClelland and Stewart, 1964, p. 43-44.

³ William B. Munro, *American Influences on Canadian Government*, Toronto, Macmillan, 1929, p. 18-21.

⁴ Peter Waite, *The Life and Times of Confederation, 1864-1867: Politics, Newspapers, and the Union of British North America*, Toronto, University of Toronto Press, 1962, p.115.

DEUX FEDERALISMES NORD-AMERICAINS

fédéral d'annuler les lois provinciales ; octroi des pouvoirs résiduels au gouvernement fédéral⁵.

Selon Macdonald, dans le système américain, la souveraineté initiale appartient aux États ; ceux-ci ont confié une partie de leurs pouvoirs à l'entité fédérale mais en ont gardé le reliquat. La Constitution canadienne devra donc se garder de reproduire l'erreur du 10^e amendement (John A. Macdonald, 6 février 1865)⁶, ce qui sera affirmé au début de l'article 91 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique :

It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make laws for the Peace, Order, and good Government, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces.

Ce passage est le pendant du 10^e amendement de la Constitution étatsunienne et institue le principe contraire : tous les pouvoirs « résiduels » appartiennent à l'entité fédérale. Ainsi Macdonald se félicite d'avoir limité au maximum le pouvoir des provinces (John A. Macdonald, 13 mars 1865)⁷. Le système fédéral adopté par le Canada en 1867 ne correspond donc nullement à la vision moderne du fédéralisme, qui impliquerait une reconnaissance de l'égalité de deux types d'institutions, chacune étant parfaitement souveraine et protégée dans sa sphère de gouvernement. C'est en fait une forme déguisée d'union législative, solution que Macdonald préfère infiniment (John A. Macdonald, 6 février 1865)⁸.

Au vu de cette hostilité envers le fédéralisme, on peut se demander pourquoi les Canadiens ont construit une fédération. C'est tout simplement

⁵ William B. Munro, *American Influences on Canadian Government*, Toronto, Macmillan, 1929, p. 18-21 ; Edgar McInnis, « Two North American Federations: A Comparison », *Essays in Canadian History*, R. Flenley dir., Toronto, Macmillan, 1939, p. 105 ; Garth Stevenson, *Ex Uno Plures: Federal-Provincial Relations in Canada, 1867-1896*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 1993, p. 14-15.

⁶ *The Confederation Debates in the Provinces of Canada*, Peter Waite dir., Toronto, McClelland and Stewart, 1964, p. 43-44.

⁷ *The Confederation Debates in the Provinces of Canada*, Peter Waite dir., Toronto, McClelland and Stewart, 1964, p. 156.

⁸ *The Confederation Debates in the Provinces of Canada*, Peter Waite dir., Toronto, McClelland and Stewart, 1964, p. 40.

qu'ils n'avaient pas d'autre choix, surtout en raison des exigences des Canadiens français, mais aussi des réticences des provinces maritimes :

[...] we found that such a system was impracticable. In the first place it would not meet the assent of the people of Lower Canada, because they felt that in their peculiar position - being a minority, with a different language, nationality and religion from the majority, - in case of a junction with the other provinces, their institutions and their laws might be assailed, and their ancestral associations, on which they prided themselves, attacked and prejudiced [...]. We found too [...] there was as great a disinclination on the part of the various Maritime provinces to lose their individuality, as separate political organization, as we observed in the case of Lower Canada herself. (John A. Macdonald, February 6, 1865)⁹

Ce jugement est confirmé par George-Étienne Cartier, allié politique de Macdonald et leader des *Bleus*, le principal parti canadien français (George-Étienne Cartier, 7 février 1865)¹⁰. Cette dimension canadienne française implique que la fédération canadienne fonctionne selon des principes différents de ceux de la fédération des États-Unis. Le fédéralisme aux États-Unis contient un débat autour du thème de la liberté : des États ou du pouvoir fédéral, lequel est le plus susceptible de garantir les libertés ? Au Canada, le fédéralisme contient une tension identitaire : quelle relation est possible entre les deux peuples fondateurs ? La survie du groupe minoritaire est-elle possible ? Des régions aux identités aussi fortement distinctes que le Québec, l'Ontario, et les Maritimes, peuvent-elles se fondre en une nation commune ? Aux États-Unis, la question est de savoir comment la nation doit être gouvernée ; au Canada, la question se pose de savoir s'il existe une nation¹¹. Un des objectifs essentiels du fédéralisme canadien est de permettre à deux groupes, les Canadiens anglais et les Canadiens français, de vivre dans une entité politique commune. La répartition des pouvoirs entre niveau fédéral et niveau provincial répond aux exigences des Canadiens français puisque le niveau provincial contrôle les

⁹ *The Confederation Debates in the Provinces of Canada*, Peter Waite dir., Toronto, McClelland and Stewart, 1964, p. 40-41.

¹⁰ *The Confederation Debates in the Provinces of Canada*, Peter Waite dir., Toronto, McClelland and Stewart, 1964, p. 48-49.

¹¹ Samuel V. Laselva, *The Moral Foundations of Canadian Federalism: Paradoxes, Achievements, and Tragedies of Nationhood*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 1996, p. 38.

DEUX FEDERALISMES NORD-AMERICAINS

sujets de nature privée, la justice civile, les services sociaux, l'éducation. Cela permet à la majorité catholique et francophone du Québec de maintenir dans cette province les institutions culturelles héritées du régime français (coutume de Paris pour le droit civil, services de santé et d'éducation contrôlés par l'Église catholique, enseignement en français...) Il s'agit donc d'un système fédéraliste inter-étatique où les intérêts de chaque région ou chaque groupe de population sont garantis par un gouvernement local séparé, plutôt qu'un système fédéraliste intra-étatique, où les intérêts de chaque région sont représentés au sein d'une structure gouvernementale commune, comme le Sénat des États-Unis¹². Grâce aux pouvoirs réservés à l'Assemblée du Québec, les Canadiens français peuvent défendre les institutions qui leur sont chères. Ainsi, lorsque la théorie du contrat émergera au Canada, elle prendra une double forme : la Confédération sera décrite à la fois comme un contrat entre les provinces, et comme un contrat culturel entre les deux peuples fondateurs.

Malgré la concession faite aux Canadiens français, il est clair que Macdonald et les Pères de la Confédération ont multiplié les efforts pour limiter la légitimité et les pouvoirs des provinces. Tout d'abord, le concept de souveraineté est très différent au Canada. Si on admet que l'entité fédérale étatsunienne naît de la souveraineté dont se dessaisissent les États, au Canada la souveraineté n'appartient ni à l'entité fédérale ni aux provinces, mais au monarque, par l'intermédiaire du parlement britannique. La question de la ratification de la Constitution par les assemblées des provinces ne se pose pas, contrairement à ce qui s'était passé aux États-Unis en 1787 ; le Dominion du Canada demeure soumis à la souveraineté de la Couronne britannique et la Constitution canadienne est en fait une loi votée par le Parlement britannique sous l'autorité de la Reine. Dans le système canadien, le pouvoir émane de la couronne et est délégué de façon strictement codifiée à deux groupes d'institutions, les unes fédérales, les autres provinciales, la suprématie du niveau fédéral étant clairement affirmée par la Constitution telle qu'elle est rédigée en 1867¹³.

D'autres garde-fous sont utilisés pour protéger la suprématie du gouvernement fédéral. En effet, les débats de la Confédération ont davantage

¹² Garth Stevenson, *Ex Uno Plures: Federal-Provincial Relations in Canada, 1867-1896*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 1993, p. 15.

¹³ Herbert A. Smith, *Federalism in North America: A Comparative Study of Institutions in the US and Canada*, Boston, Chipman, 1923, p. 9-14 ; Edgar McInnis, « Two North American Federations: A Comparison », *Essays in Canadian History*, R. Flenley dir., Toronto, Macmillan, 1939, p. 100.

porté sur la composition du Sénat que sur la répartition des pouvoirs entre le niveau fédéral et le niveau provincial. Il semble que les représentants des provinces maritimes, en particulier, se soient plus préoccupés de cette forme de fédéralisme intra-étatique (*intrastate federalism*)¹⁴. Les Canadiens semblent ainsi adopter le modèle étatsunien : le Parlement représente un compromis entre le principe de représentation populaire (Chambres des Représentants / Chambre des Communes) et celui de représentation régionale (Sénats étatsunien et canadien). Cependant le Sénat des États-Unis dispose d'une puissance et d'un prestige dont le Sénat canadien n'aura jamais l'équivalent. Tout d'abord, le Sénat des États-Unis est élu et représente tous les États à égalité, alors que le Sénat canadien est nommé et représente des régions (au départ, l'Ontario, le Québec, et les Maritimes disposent chacun de vingt-quatre sénateurs nommés à vie). Il n'y a donc pas une représentation égale et démocratique de chaque province dans le Sénat canadien. De plus, le système canadien de gouvernement responsable émascule le Sénat : le premier ministre et le cabinet canadien sont responsables devant la Chambre des Communes. Dès le départ, le Sénat canadien, modelé sur la Chambre des Lords britannique, mais censé incarner, comme le Sénat américain, le principe fédéral, sera une institution fantoche¹⁵. La faiblesse du Sénat canadien, et donc son incapacité à être un porte-parole efficace des intérêts provinciaux, explique que ce rôle sera joué directement par les gouvernements provinciaux. On glisse donc d'un fédéralisme intra-étatique à un système inter-étatique, annonçant le renforcement des gouvernements provinciaux dans les années qui suivirent la Confédération¹⁶.

¹⁴ Garth Stevenson, *Ex Uno Plures: Federal-Provincial Relations in Canada, 1867-1896*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 1993, p. 16.

¹⁵ Peter Waite, *The Life and Times of Confederation, 1864-1867: Politics, Newspapers, and the Union of British North America*, Toronto, University of Toronto Press, 1962, p. 111 et 115-116.

¹⁶ François Rocher, « Dividing the Spoils: American and Canadian Federalism », *Canada and the United States: Differences that Count*, D. Thomas dir., Peterborough (Ontario), Broadview Press, 1993, p. 128 ; Jennifer Smith, « Canadian Confederation and the Influence of American Federalism », *Dalhousie Review*, vol. 21, septembre 1988, p. 462.

Évolution du fédéralisme étatsunien depuis la guerre de Sécession : vers la centralisation

On peut s'appuyer sur deux domaines pour montrer la centralisation progressive du fédéralisme étatsunien, celui des droits civiques, et celui de la réglementation économique. Dans les deux cas, les décisions de la Cour Suprême servent de baromètre utile. Grosso modo, on discerne deux périodes assez contrastées : de l'après-guerre de Sécession au New Deal, c'est une vision décentralisatrice, dualiste, qui l'emporte, alors que du New Deal à l'élection de Reagan, le gouvernement fédéral se fait de plus en plus interventionniste¹⁷. Pendant les vingt dernières années, l'évolution est moins claire, d'abord avec une tendance à réduire le gouvernement central, mais ensuite, après le 11 septembre, un renforcement brutal de ses pouvoirs.

De la Reconstruction au New Deal

Si la période de la Reconstruction elle-même est marquée par l'utilisation du pouvoir fédéral pour sauvegarder les droits des minorités, le gouvernement fédéral et la Cour Suprême en particulier reviennent progressivement sur ce choix, évolution qui culmine avec *Plessy v. Ferguson* en 1896. De même la déréglementation et la politique laissez-faire qui accompagnent les années de l'industrialisation sont justifiées par une interprétation restrictive du 14^e amendement et de la clause du commerce. L'invalidation par la Cour du premier New Deal en 1935 marque la culmination de cette tendance.

Le New Deal

Elle se renverse brusquement en 1936-1937 après le conflit entre la Cour et Roosevelt. Le New Deal transforme la structure fédérale étatsunienne, établissant une régulation fédérale non seulement du commerce entre les États, mais aussi de la production industrielle et agricole¹⁸. On passe donc d'un fédéralisme dualiste, de forme coopérative, à un fédéralisme régulateur, où l'État fédéral réglemente de nombreux secteurs d'activités : transport, environnement, droit du travail, santé, éducation, énergie¹⁹. Une arme importante du gouvernement fédéral est son droit d'imposer ses conditions aux

¹⁷ François Rocher, « Dividing the Spoils: American and Canadian Federalism », *Canada and the United States: Differences that Count*, D. Thomas dir., Peterborough (Ontario), Broadview Press, 1993, p. 134-135.

¹⁸ J. C. Vile / Commission on the Constitution, *Federalism in the United States, Canada, and Australia*, London, Her Majesty's Stationary Office, 1973, p. 9.

¹⁹ François Rocher, « Dividing the Spoils: American and Canadian Federalism », *Canada and the United States: Differences that Count*, D. Thomas dir., Peterborough (Ontario), Broadview Press, 1993, p. 135.

États qui acceptent ses subventions. Cette pratique est introduite par le *Social Security Act* de 1935 et est confirmée par l'arrêt *Oklahoma v. US Civil Service Commission* en 1947²⁰.

Les années 1960 : la Grande Société

Dans les années 1960, la centralisation du fédéralisme se manifeste par l'activisme du gouvernement fédéral et de la Cour Suprême en matière de droits civiques (*Brown v. Topeka Board of Education*, 1954 ; *Civil Rights Acts*, 1964 et 1965), mais aussi par l'extension du *welfare state*. Les différents programmes fédéraux de la Grande Société (*entitlement programs, welfare programs, community action*) intensifient le contrôle financier du gouvernement fédéral. L'État fédéral est le banquier des États et des municipalités ; ses subventions soumises à conditions permettent le contrôle indirect des politiques locales (par exemple, le *Civil Rights Act* établit que personne ne peut être exclu des programmes financés par le gouvernement fédéral en raison de son origine ethnique). Les programmes établissent souvent des relations directes entre gouvernement central et municipalités, court-circuitant les États (*cross-cutting technique*)²¹. Le pouvoir du gouvernement s'accroît de telle façon que certains politologues décrivent les États-Unis de cette période comme un système « quasi-fédéral »²².

La période contemporaine

Qu'en est-il de la période qui commence, grosso modo, avec l'élection de Ronald Reagan à la Présidence ? Pendant des années, le gouvernement national avait été considéré comme seul capable de remédier à la pauvreté et les crises économiques. Au cours des années 1970, Washington commence à apparaître comme générateur de déficits publics énormes, et incapable de remédier à la stagnation de l'économie américaine depuis le choc pétrolier. Les théories keynésiennes ne parviennent pas à expliquer le problème de la stagflation. Reagan, acquis aux théories monétaristes, arrive au pouvoir avec une volonté de réduire les dépenses publiques, et donc, logiquement, la taille et le pouvoir du gouvernement fédéral. Ce message sera repris par le Speaker de

²⁰ J. C. Vile / Commission on the Constitution, *Federalism in the United States, Canada, and Australia*, London, Her Majesty's Stationary Office, 1973, p. 10.

²¹ François Rocher, « Dividing the Spoils: American and Canadian Federalism », *Canada and the United States: Differences that Count*, D. Thomas dir., Peterborough (Ontario), Broadview Press, 1993, p. 136-138 ; J. C. Vile / Commission on the Constitution, *Federalism in the United States, Canada, and Australia*, London, Her Majesty's Stationary Office, 1973, p. 10.

²² Martha A. Field, « The Differing Federalisms of Canada and the United States », *Law and Contemporary Problems*, vol. 55, hiver 1992, p. 109-110.

DEUX FEDERALISMES NORD-AMERICAINS

la Chambre, Newt Gingrich, et même par Bill Clinton, qui déclare la fin de la période du « big government » et décentralise de nombreux programmes d'aide sociale hérités des années 1960.

Dans les années 1990, la Cour Suprême prend une série de décisions qui semblent suggérer l'émergence d'un « nouveau fédéralisme » protecteur des droits des États. Ce point de vue est défendu par le président de la Cour, William Rehnquist, nommé par Nixon, et des juges plus récemment nommés par Reagan et Bush : Sandra Day O'Connor, Antonin Scalia, Clarence Thomas et Anthony Kennedy. Le nouveau fédéralisme postule que les États ont gardé une part de souveraineté, que donc il existe des limites à la juridiction fédérale, et que les Pères fondateurs estimaient que cette séparation de la sphère fédérale et de la sphère des États était une protection pour la liberté individuelle²³. Il s'agit donc d'un retour à la vision dualiste du fédéralisme qui dominait au XIXe siècle, et selon laquelle il existe deux sphères spécifiques et séparées où les États et le gouvernement fédéral sont chacun souverains. Dans la pratique, le nouveau fédéralisme s'est déclaré dans une série de décisions qui ont rogné les pouvoirs du gouvernement fédéral pour défendre ceux des États. Le cas le plus célèbre est celui de *United States v. Lopez* en 1995, jugement qui avance l'idée que la Cour se doit d'intervenir pour rétablir l'équilibre fédéral si l'un ou l'autre des niveaux de gouvernement s'est trop renforcé²⁴.

Avec le cas *United States v. Lopez* en 1995, c'est la première fois en soixante ans que la majorité de la Cour décidait que le Congrès fédéral dépassait les pouvoirs que lui donne la clause du commerce. Dans les années qui suivirent le New Deal s'était développée la théorie suivante : le Congrès avait le droit de réguler toute activité commerciale à l'intérieur d'un État si elle pouvait avoir un effet « substantiel » sur le commerce entre les États. En 1990, le Congrès avait adopté le *Gun-Free School Zones Act* qui réglementait la possession d'armes à feu près des écoles en s'appuyant sur cette théorie : la possession d'armes encourage la criminalité, qui a des effets négatifs sur l'activité commerciale au niveau national. Dans son jugement, la Cour rejeta le lien établi par le Congrès entre la possession d'armes près des écoles et le

²³ Daniel A. Farber, « The Constitution's Forgotten Cover Letter: An Essay on the New Federalism and the Original Understanding », *Michigan Law Review*, vol. 94:3, 1995, p. 615-651 ; Richard A. Brisbin, « The reconstitution of American federalism? The Rehnquist Court and Federal-State Relations, 1991-1997 », *Publius*, vol. 28, hiver 1998, p. 189-217.

²⁴ Vicki C. Jackson, « Narratives of Federalism: of Continuities and Comparative Constitutional Experience », *Duke Law Journal*, vol. 51:1, 2001, p. 223-288.

commerce entre les États²⁵. Les juges Kennedy et O'Connor précisèrent que permettre à la clause du commerce de s'appliquer dans ce cas reviendrait à une intervention du gouvernement fédéral dans la sphère réservée aux États, et donc à un déséquilibre du système fédéral²⁶. Ainsi, dans le cas *United States v. Lopez*, la Cour revient à l'idée fort ancienne qu'il doit y avoir des domaines où le Congrès ne peut intervenir en évoquant la clause du commerce. Cette position avait été particulièrement bien énoncée par le juge Holmes en 1904 dans le cas *Northern Securities*, lorsqu'il refusait l'idée que la clause du commerce donnait au Congrès le pouvoir de réglementer le mariage et le divorce, simplement parce que ces institutions influent sur la population et celle-ci influe sur le commerce. Holmes écrivit qu'avec une telle logique, aucun aspect de la vie sociale n'échapperait à la réglementation du Congrès²⁷.

La convergence de points de vue entre le cas *United States v. Lopez* de 1995 et le cas *Northern Securities* de 1904 peut être comprise comme un retour à une vision dualiste, pré-New Deal, du fédéralisme étatsunien. La décision de la Cour découle de sa volonté de limiter l'extension excessive du pouvoir du gouvernement central, afin de rétablir un fédéralisme équilibré où chaque niveau de gouvernement agit dans sa sphère réservée.

L'évolution vers le nouveau fédéralisme qui s'amorce dans les années 1990 n'a toutefois pas été confirmée. Dès 1996, dans un article pour *States Legislatures*, William T. Waren tentait de prendre la mesure de cette évolution en examinant plusieurs critères qui indiqueraient une véritable décentralisation du pouvoir vers les États, comme le fait de réduire, voir éliminer, les conditions attachées aux dons fédéraux. Or il conclut que le pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral continue à s'accompagner de conditions qui s'immiscent dans les domaines réservés des États. La Cour Suprême n'est pas revenue sur sa décision de 1987 dans le cas *South Dakota vs. Dole*, qui ne limitait pas le droit

²⁵ Richard A. Brisbin, « The Reconstitution of American Federalism? The Rehnquist Court and federal-state relations, 1991-1997 », *Publius*, vol. 28, hiver 1998, p. 189-217.

²⁶ Daniel A. Farber, « The Constitution's Forgotten Cover Letter: an Essay on the New Federalism and the Original Understanding », *Michigan Law Review*, vol. 94:3, 1995, p. 615-651.

²⁷ Vicki C. Jackson, « Narratives of federalism: of continuities and comparative constitutional experience », *Duke Law Journal*, vol. 51:1, 2001, p. 223-288 ; Daniel A. Farber, « The Constitution's Forgotten Cover Letter: an Essay on the New Federalism and the Original Understanding », *Michigan Law Review*, vol. 94:3, 1995, p. 615-651.

DEUX FEDERALISMES NORD-AMERICAINS

du gouvernement fédéral d'imposer des conditions lorsqu'il exerce son pouvoir de dépenser²⁸.

Dans un article de 2001, Joseph Zimmerman, loin de voir à partir des années 1980 un retour à un fédéralisme dualiste, voit au contraire une évolution vers un fédéralisme coercitif. Depuis les années 1970 le gouvernement fédéral a de plus en plus recours aux dons conditionnels ou à la préemption : chaque année, les lois ou statuts fédéraux préemptent, et donc annulent, des lois des États, ce qui réduit considérablement leur domaine juridique. Le recours à de telles pratiques montre que le gouvernement central ne se contente pas d'encourager les États à adopter telle ou telle politique relevant de leur sphère spécifique, mais le leur impose. Zimmerman note une augmentation importante des statuts fédéraux préemptifs depuis 1965. Il conclut que le fédéralisme étatsunien est actuellement de nature essentiellement coercitive, ce qui à l'opposé du nouveau fédéralisme que la Cour Suprême semble avoir défendu vers le milieu des années 1990²⁹.

Il semble que les décisions de la Cour de cette période n'ont pas été suivies d'effets, essentiellement à cause de la politique de George Bush Junior. Paradoxalement, l'arrivée au pouvoir du leader d'un parti qui défendait depuis plusieurs décennies une réduction du gouvernement central et une revitalisation des prérogatives des États, a été accompagnée par un renforcement du pouvoir fédéral. Le président Bush a mis en œuvre des programmes fédéraux coûteux comme le *No Child Left Behind Act* et le remboursement des médicaments dans le cadre de Medicare. Il a permis des subventions massives de l'agriculture. Suite au 11 septembre, les pouvoirs de police du gouvernement fédéral ont été massivement étendus. Dans ces conditions, l'évolution vers un fédéralisme coercitif, après avoir été brièvement remise en question dans les années 1990, s'est en fait confirmée dans les années 2000. Même la Cour Suprême semble être revenue sur sa position des années 1990. Ainsi dans le cas *Tennessee v. Lane* en 2003, la Cour a confirmé le pouvoir du Congrès à protéger les droits civiques (droits des handicapés en l'occurrence) en établissant que les États qui n'offraient pas aux handicapés les services prévus par la loi fédérale pouvaient être cités en justice par des individus privés, ce qui remet en question l'immunité judiciaire des États garantie par le 11^e amendement (*state immunity*

²⁸ William T. Waren, « State authority: a rising or setting sun? », *State Legislatures*, vol. 22:7, juillet/août 1996, p. 48-53.

²⁹ Christopher Zimmerman, « Federalism times four », *State Legislatures*, vol. 19, décembre 1993, p. 38.

from suit). Il semble donc que l'émergence du nouveau fédéralisme des années 1990 ait été de très courte durée³⁰.

On voit que dans les trente dernières années, le fédéralisme étatsunien a poursuivi son évolution vers la centralisation. Certes, dans les années 1980-1990, il y a eu une remise en question du rôle grandissant du gouvernement central par les présidents, le Congrès, et la Cour Suprême. Néanmoins il est clair que dans les années 2000, les pouvoirs du gouvernement fédéral vis-à-vis des États demeurent extrêmement forts. Le terme fédéralisme coercitif qui apparaît sous la plume de plusieurs politologues dans les années 2000 semble bien plus convaincant que l'idée d'un retour vers un fédéralisme dualiste à la mode du XIXe siècle.

Évolution du fédéralisme canadien depuis la Confédération : vers la décentralisation

Une décentralisation imposée par le JCPC ?

Dans la période qui suit la Confédération, des années 1870 aux années 1930, l'évolution du fédéralisme canadien est proche de celle du fédéralisme étatsunien. Le triomphe d'une idéologie laissez-faire, qui accompagne la phase d'industrialisation, est hostile à une réglementation centralisée. Cependant, ce qui est unique au Canada, c'est que la tendance à la décentralisation semble imposée de l'extérieur par une entité étrangère : la Commission judiciaire du Conseil Privé (*Judicial Committee of the Privy Council, JCPC*).

Le JCPC est la cour de dernier appel du Canada jusqu'en 1949. Une Cour Suprême est établie en 1875, mais elle n'est pas instance de dernier appel. L'existence du JCPC depuis 1833 répond au droit des sujets britanniques d'outre-mer de faire appel directement auprès de la Couronne (*appeal to the foot of the throne*). Lorsque la Cour Suprême canadienne fut créée en 1875, il y eut débat pour savoir si l'appel auprès du JCPC devait être abandonné. Le Parlement canadien tenta d'incorporer cette clause dans le *Supreme Court Act*, mais le Parlement impérial menaça d'invalider la loi ; il fut donc décidé que les appels auprès du JCPC pourraient se poursuivre. Le JCPC est différent de la Cour Suprême étatsunienne en cela qu'il rend une décision consensuelle et que

³⁰ Dale Krane, « The State of American Federalism, 2003-2004: Polarized Politics and Federalist Principle », *Publius*, vol. 34, été 2004, p. 1-53.

DEUX FEDERALISMES NORD-AMERICAINS

sa composition est hétérogène et changeante ; les cas sont jugés par un panel de juges sélectionnés au hasard parmi les juges éligibles³¹.

Il est incontestable que cette instance extérieure a choisi d'interpréter la Constitution canadienne dans le sens contraire à celui voulu par les Pères de la Confédération. Le JCPC renversa la moitié des jugements de la Cour Suprême du Canada, contre seulement un tiers pour les Cours Suprêmes des autres dominions et un quart pour les autres tribunaux canadiens. Alors que 71% des décisions de la Cour Suprême du Canada concernant la répartition des pouvoirs favorisait le niveau fédéral, 75% des décisions du JCPC favorisaient le niveau provincial³². Grosso modo, les décisions du JCPC expriment la conviction que les deux niveaux de gouvernements sont égaux, et le fédéralisme canadien passe donc d'un modèle de fédéralisme subordonné à un fédéralisme coopératif³³.

Les principaux juges étant intervenus sur les cas canadiens sont Lord Watson et Lord Haldane. Le premier, entre 1889 et 1899, participa aux 17 cas canadiens et rédigea les décisions pour 10 d'entre eux. Le second, Lord Chancellor de 1911 jusqu'à sa mort en 1927, rédigea les décisions dans la moitié des 50 cas canadiens de cette période³⁴. Watson et Haldane étaient tout à fait conscients de la volonté des Pères de créer une structure centralisée et assumaient leur choix de renforcer les provinces :

Lord Watson put clothing upon the bones of the Constitution, and so covered them over with living flesh that the Constitution of Canada took a new form. The provinces were recognized as of equal authority co-ordinate with the Dominion. (Viscount Haldane, « The Work for the Empire of the Judicial Committee of the Privy Council », *Cambridge Law Review*, 1923³⁵)

³¹ Garth Stevenson, *Ex Uno Plures: Federal-Provincial Relations in Canada, 1867-1896*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 1993, p. 281-282.

³² John Saywell et George Vegh dirs., *Making the Law: the Courts and the Constitution*, Toronto, Copp Clark Pitman, 1991, p. 82-84.

³³ Garth Stevenson, *Ex Uno Plures: Federal-Provincial Relations in Canada, 1867-1896*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 1993, p. 284.

³⁴ John Saywell et George Vegh dirs., *Making the Law: the Courts and the Constitution*, Toronto, Copp Clark Pitman, 1991, p. 95 et 103.

³⁵ John Saywell et George Vegh dirs., *Making the Law: the Courts and the Constitution*, Toronto, Copp Clark Pitman, 1991, p. 140 et 178.

Citizens Insurance v. Parsons (1881) est le premier cas important qui limita les pouvoirs de l'entité fédérale et renforça ceux des provinces. Le JCPC proposa une définition restrictive du pouvoir du Dominion à réguler le commerce, estimant que la réglementation des échanges n'incluait pas des activités telles que les assurances. Celles-ci tombaient dans la catégorie des lois sur la propriété et les droits civiques, et étaient donc du ressort des provinces³⁶.

Dans *Hodge v. the Queen* (1883), le JCPC confirma le droit des provinces à délivrer des licences de vente d'alcool et affirma que les provinces étaient « suprêmes » dans leur sphère de juridiction. Les deux niveaux de gouvernement étaient donc présentés comme égaux³⁷.

Dans *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver General of New Brunswick* (1892), Lord Watson affirma que le lieutenant-gouverneur était un représentant de la Couronne au même titre que le Gouverneur Général, confirmant l'égalité des deux niveaux de gouvernement. Lord Watson parla de la Confédération comme d'un pacte entre les provinces, établissant que la souveraineté initiale leur revenait³⁸.

Local Prohibition (1896), portant sur une loi de l'Ontario sur la consommation d'alcool, est le jugement le plus célèbre rédigé par Lord Watson, dans lequel il argue que le pouvoir général du Parlement à légiférer pour « la paix, l'ordre, et le bon gouvernement », contrairement à ses pouvoirs énumérés, ne l'emporte pas sur les pouvoirs énumérés des provinces. Il introduit ainsi une vision de la distribution des pouvoirs en trois compartiments (*three-compartment view*) : pouvoir général fédéral, pouvoirs énumérés fédéraux, pouvoirs énumérés provinciaux. Auparavant, les pouvoirs énumérés fédéraux étaient vus comme de simples exemples du pouvoir général fédéral. Cette interprétation sera reprise par son disciple Lord Haldane. De plus, la clause attribuant aux provinces le pouvoir de légiférer dans le domaine de la propriété et des droits civiques était interprétée comme s'appliquant non seulement aux

³⁶ Garth Stevenson, *Ex Uno Plures: Federal-Provincial Relations in Canada, 1867-1896*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 1993, p. 286-288.

³⁷ Garth Stevenson, *Ex Uno Plures: Federal-Provincial Relations in Canada, 1867-1896*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 1993, p. 289-290.

³⁸ John Saywell et George Vegh dirs., *Making the Law: the Courts and the Constitution*, Toronto, Copp Clark Pitman, 1991, p. 58-59 ; Garth Stevenson, *Ex Uno Plures: Federal-Provincial Relations in Canada, 1867-1896*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 1993, p. 296-297.

droits individuels, mais à tout ce qui concernait la régulation du temps de travail, des conditions de travail, les contrats³⁹.

Quatre cas importants, *Insurance Reference* (1914), *In Re The Board of Commerce Act, 1919*, (1922), *Fort Francis Pulp and Paper Co. v. Manitoba Free Press* (1924) et surtout *Toronto Electric Commissioners v. Snider* (1925), rédigés par Lord Halbane, établirent la « doctrine d'urgence » : l'idée que le pouvoir général du Parlement à légiférer pour « la paix, l'ordre, et le bon gouvernement » ne peut l'emporter sur les pouvoirs énumérés des provinces qu'en cas d'urgence nationale :

Their Lordships think that the decision in *Russell v. The Queen* can only be supported today (...) on the assumption of the Board, apparently made at the time of deciding the case of *Russell v. The Queen*, that the evil of intemperance at the time amounted in Canada to one so great and general that at least for a period it was a menace to the national life of Canada so serious and pressing that the National Parliament was called upon to intervene to protect the nation from disaster. (*Toronto Electric Commissioners v. Snider*, 1925)⁴⁰

L'évolution interne du Canada vers la décentralisation

La majorité des penseurs canadiens ont été très critiques envers le JCPC, accusé d'avoir transformé l'Acte d'Amérique du Nord britannique et trahi les intentions des Pères fondateurs. Néanmoins, plus récemment, certains politologues l'ont défendu. L'article fondateur qui vient renverser la tendance est celui d'Alan Cairns en 1971. Il argue que les décisions du JCPC ont brisé le moule centralisateur, totalement irréaliste, voulu par les Pères et ont ainsi sauvé le fédéralisme canadien. L'argument le plus important en faveur du JCPC est que ses décisions correspondaient à l'évolution interne du Canada. En effet, à

³⁹ Garth Stevenson, *Ex Uno Plures: Federal-Provincial Relations in Canada, 1867-1896*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 1993, p. 292 ; Martha Fletcher, « Judicial Review and the Division of Powers in Canada », *Canadian Federalism: Myth or Reality*, J. Peter Meekison dir., Toronto, Methuen, 1977, p. 103 ; J. C. Vile / Commission on the Constitution, *Federalism in the United States, Canada, and Australia*, London, Her Majesty's Stationary Office, 1973, p. 12.

⁴⁰ Martha Fletcher, « Judicial Review and the Division of Powers in Canada », *Canadian Federalism: Myth or Reality*, J. Peter Meekison dir., Toronto, Methuen, 1977, p. 104-106.

peine la Confédération était-elle scellée que les provinces canadiennes ont commencé leur évolution vers plus de pouvoir⁴¹.

Cairns et d'autres politologues évoquent la montée du nationalisme québécois après la pendaison de Louis Riel en 1885 et la lutte du premier ministre du Québec, Honoré Mercier, pour obtenir plus d'autonomie pour la province. De même, ils insistent sur l'influence de Sir Oliver Mowat, l'un des Pères de la Confédération et premier ministre d'Ontario de 1872 à 1896, qui lutta sans cesse contre la vision centraliste et engagea de nombreux procès contre le pouvoir fédéral. Lord Haldane a plusieurs fois plaidé comme défenseur de l'Ontario auprès du JCPC et Mowat ne manquait jamais de se rendre à Londres pour présenter la vision de l'Ontario. La conférence interprovinciale de 1887 scella l'alliance de l'Ontario et du Québec contre le gouvernement fédéral.

Ainsi s'opposait la vision centraliste des Conservateurs autour de Macdonald, à la vision provincialiste des Libéraux fédéraux et ontariens, qui lisaient l'Acte d'Amérique du Nord britannique comme un pacte (*compact*) ratifiant un accord entre les différentes colonies britanniques d'Amérique du Nord, réincarnées sous forme de provinces⁴².

Dans *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver General of New Brunswick* (1892), Lord Watson valide cette interprétation de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. La mort de Macdonald en 1892, la défaite des Conservateurs et l'arrivée au pouvoir de Laurier en 1896 (l'année de *Local Prohibition*), marque le moment où le gouvernement fédéral reconnaît l'égalité des provinces et utilise ses prérogatives avec plus de subtilité⁴³.

A ces facteurs institutionnels et politiques s'en ajoutent d'autres. Tout d'abord, le renforcement des provinces s'explique par l'absence de transfert de

⁴¹ Alan C. Cairns, « The Judicial Committee of the Privy Council and Its Critics », *Canadian Journal of Political Science*, vol. 4, 1971, p. 320-326.

⁴² John Saywell et George Vegh dirs., *Making the Law: the Courts and the Constitution*, Toronto, Copp Clark Pitman, 1991, p. 71.

⁴³ Alan C. Cairns, « The Judicial Committee of the Privy Council and Its Critics », *Canadian Journal of Political Science*, vol. 4, 1971, p. 322-323 ; John Saywell et George Vegh dirs., *Making the Law: the Courts and the Constitution*, Toronto, Copp Clark Pitman, 1991, p. 71 ; Samuel V. Laselva, *The Moral Foundations of Canadian Federalism: Paradoxes, Achievements, and Tragedies of Nationhood*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 1996, p. 43.

loyauté vers l'entité fédérale. La Confédération s'était faite pour des raisons qui se sont révélées peu convaincantes : espoir de prospérité économique qui est déçu jusqu'au milieu des années 1890, et menace militaire étatsunienne qui disparaît très vite⁴⁴. De plus l'Acte de l'Amérique du Nord britannique attribue aux provinces des pouvoirs dans le domaine économique et social qui paraissaient négligeables en 1867 et vont par la suite se révéler cruciaux dans le développement du pays. Les provinces contrôlent les secteurs de la santé, des services sociaux, de l'éducation, considérés comme du ressort du privé en 1867, mais qui vont jouer un rôle de plus en plus important dans la société moderne. Enfin, alors que l'économie étatsunienne est une économie industrielle où le capital, les travailleurs et les marchandises circulent partout dans le pays, nécessitant une réglementation fédérale, au Canada ce sont les matières premières et l'énergie qui deviennent le moteur du développement économique. Or les ressources naturelles sont sous le contrôle des provinces, et la production est souvent basée dans une seule province : pétrole en Alberta, hydroélectricité au Québec, bois en Colombie britannique, poisson en Terre-Neuve. Ainsi la réglementation économique reste majoritairement du ressort des provinces⁴⁵.

La cause célèbre : la destruction du New Deal canadien

Les critiques ont reproché au JCPC sa destruction du New Deal de Bennett tout autant que sa trahison du centralisme de Macdonald. Alors que dans les années 1930, le New Deal installe aux États-Unis une forte tendance à la centralisation et à l'interventionnisme fédéral, le New Deal canadien est « tué » par le JCPC. Celui-ci estime en 1937, dans son arrêt *In Re The Dominion's Natural Products Marketing Act*, d'une part que le pouvoir du Parlement fédéral de réguler le commerce ne peut s'appliquer aux activités économiques centrées sur une seule province, et d'autre part que la Grande Dépression ne constitue pas une situation d'urgence suffisante pour permettre au pouvoir général du Parlement fédéral de légiférer pour « la paix, l'ordre et le bon gouvernement » et de s'immiscer dans le domaine réservé des provinces. En conséquence, les lois principales du New Deal de Bennett (*Weekly Rest and Industrial Undertakings Act, Minimum Wages Act, Limitation of Hours of Work Act, Employment and Social Insurance Act*), calquées sur le New Deal de Roosevelt, sont invalidées. Cette décision est tout à fait dans la lignée des

⁴⁴ Alan C. Cairns, « The Judicial Committee of the Privy Council and Its Critics », *Canadian Journal of Political Science*, vol. 4, 1971, p. 320-326.

⁴⁵ Ronald L. Watts, « The American Constitution in Comparative Perspective: A Comparison of Federalism in the United States and Canada », *Journal of American History*, vol. 74, décembre 1987, p. 774-775 ; Milton J. Esman, « Federalism and Modernization: Canada and the United States », *Publius*, vol. 14, hiver 1984, p. 23.

décisions précédentes du JCPC, qui avait toujours interprété de façon restrictive la clause sur le commerce⁴⁶. Elles correspondent d'ailleurs aussi à l'esprit des décisions de la Cour Suprême des États-Unis avant 1935. Néanmoins, aux États-Unis, Roosevelt passa en force, brisant la résistance de la Cour, alors qu'au Canada la décision du JCPC resta souveraine. Des critiques plus récents comme Cairns ont défendu la décision du JCPC, arguant du fait que contrairement à Roosevelt, Bennet n'avait pas de soutien populaire, puisqu'au moment où le JCPC a déclaré son New Deal inconstitutionnel, il n'était déjà plus premier ministre, ayant été battu par William Lyon Mackenzie, qui s'était prononcé contre le New Deal⁴⁷. Là où à partir de 1935, la Cour Suprême étatsunienne allait interpréter la clause de commerce de façon de plus en plus large pour justifier l'intervention régulatrice du gouvernement fédéral dans l'économie, le Canada conserva donc dans les années 1930 une politique économique et sociale décentralisée.

L'après-deuxième guerre mondiale : renforcement et limites du pouvoir fédéral

Ce n'est que pendant la deuxième guerre mondiale et la décennie qui a suivi que le Canada a adopté un système de *welfare state* interventionniste et centralisé sur le modèle keynésien. Notons d'ailleurs que c'est précisément durant cette période que le JCPC a perdu son rôle de tribunal de dernier appel, et qu'auparavant il était revenu sur la « doctrine d'urgence », estimant en 1946 qu'un état d'urgence n'est pas nécessaire pour que le pouvoir général du Parlement à légiférer pour assurer « la paix, l'ordre, et le bon gouvernement » l'emporte sur le domaine réservé des provinces (*Attorney-General for Ontario v. Canadian Temperance Federation*, 1946)⁴⁸. Il semblerait que le processus de centralisation d'après-guerre ait été favorisé par le nouveau rôle de la Cour Suprême canadienne, qui sert de frein au développement des provinces.

Cette évolution avait été annoncée par le rapport de la commission Rowell-Sirois en 1940. Si au Canada les activités sociales sont clairement du ressort des provinces, la Constitution donne au fédéral plus de pouvoir en ce qui concerne la levée d'impôts. Le rapport recommandait donc que le

⁴⁶ Martha Fletcher, « Judicial Review and the Division of Powers in Canada », *Canadian Federalism: Myth or Reality*, J. Peter Meekison dir., Toronto, Methuen, 1977, p. 107-114.

⁴⁷ Alan C. Cairns, « The Judicial Committee of the Privy Council and Its Critics », *Canadian Journal of Political Science*, vol. 4, 1971, p. 326.

⁴⁸ Martha Fletcher, « Judicial Review and the Division of Powers in Canada », *Canadian Federalism: Myth or Reality*, J. Peter Meekison dir., Toronto, Methuen, 1977, p. 108.

DEUX FEDERALISMES NORD-AMERICAINS

gouvernement fédéral centralise la collecte des impôts, et pilote des programmes sociaux nationaux qui assureraient un niveau égal dans toutes les provinces. Ces programmes seraient gérés par les provinces via des transferts financiers, et en appliquant les recommandations d'Ottawa. Le début de la deuxième guerre mondiale accéléra le processus de centralisation recommandé par le rapport. Les provinces acceptèrent que le gouvernement fédéral collecte l'impôt sur le revenu et sur les entreprises, avec des reversements aux provinces selon un taux fixé par les parlements provinciaux, et des transferts conditionnels pour la mise en place de grands programmes sociaux nationaux comme Medicare, l'assurance chômage, les retraites...⁴⁹

Comme aux États-Unis, le gouvernement central exerce ainsi un pouvoir de dépenser qui ne lui est pas clairement accordé par la Constitution, mais est extrêmement important dans la pratique. Dans les années 1940-1960, le Canada suivit l'exemple américain en adoptant un système de transferts, le plus souvent conditionnels, grâce auxquels Ottawa pouvait contrôler les activités des provinces. Ces années marquèrent une sorte d'âge d'or pour le gouvernement fédéral. La centralisation manifeste de la période n'excluait pas une forme de fédéralisme coopératif : les provinces étaient régulièrement consultées, via des conférences fédéral/provinces, qui réunissaient les dix premiers ministres provinciaux et le premier ministre fédéral. Cette forme originale de coopération permit aux politologues de parler pour le Canada de fédéralisme exécutif, rendu possible par le système parlementaire qui concentre le pouvoir dans les mains des premiers ministres⁵⁰.

Cependant, alors qu'aux États-Unis cette tendance centralisatrice se renforçait dans les années 1960 avec les Démocrates et la *Great Society*, au Canada elle s'essouffla vite. La remise en cause émana d'abord du Québec en pleine révolution tranquille, mais aussi du régionalisme qui se développait, dans l'Ouest en particulier. L'État québécois entendait reprendre en mains les leviers économiques et sociaux de la province et entra donc en conflit avec le gouvernement central. Le Québec s'opposait particulièrement à l'usage du pouvoir de dépenser d'Ottawa qui lui permet de s'immiscer dans les domaines réservés aux provinces. Pour le Québec, le pouvoir de dépenser d'Ottawa était inconstitutionnel, car il n'apparaît nulle part dans la Constitution et il n'a été confirmé par aucune décision de la Cour Suprême (contrairement aux États-

⁴⁹ Hamish Telford, « The Federal Spending Power in Canada: Nation-Building or Nation-Destroying? », *Publius*, vol. 33, hiver 2003, p. 23-44.

⁵⁰ David Cameron et Richard Simeon, « Intergovernmental Relations in Canada: The Emergence of Collaborative Federalism », *Publius*, vol. 32, printemps 2002, p. 49-74.

Unis, où la Cour Suprême a confirmé le pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral en 1982 dans le cas *South Dakota v. Dole*). Au contraire, le JCPC avait en 1937 rejeté l'opinion défendue par le gouvernement fédéral, selon laquelle le pouvoir de dépenser hors de sa sphère réservée découlait implicitement de son pouvoir de lever des impôts. D'autre part, le Québec rejetait l'argument selon lequel seul le gouvernement fédéral peut financer les grands programmes sociaux car il en a seul des moyens. En fait, la Constitution donne également aux provinces l'accès aux impôts directs, comme l'impôt sur le revenu. C'est seulement à partir de la seconde guerre que les provinces ont délégué ce pouvoir au gouvernement fédéral. Pour sa part, dès la fin de la guerre, le Québec a repris son autonomie en matière fiscale et jusqu'en 1997 était la seule province canadienne à collecter elle-même son impôt sur le revenu. Pour le Québec, cette autonomie fiscale est nécessaire pour que les provinces exercent les pouvoirs qui lui sont donnés par la Constitution dans le domaine social : c'est le véritable garant du principe fédéral⁵¹.

Cette opposition du Québec à l'ingérence d'Ottawa dans les affaires sociales a été résolue de façon plus ou moins satisfaisante en 1965 par la formule du « opting out » : la province peut se retirer des programmes sociaux fédéraux et recevoir une compensation financière équivalente pour financer son propre programme, du moment qu'il respecte les mêmes exigences que le programme fédéral⁵². Pour le Québec, cette solution n'en est pas vraiment une, puisqu'elle impose à la province la création d'un programme équivalent au programme fédéral. Selon le Québec, le pouvoir de dépenser d'Ottawa constitue toujours une ingérence dans la sphère réservée de la province, et donc une violation du principe fédéral.

Ce point de vue du Québec ne fait pas l'unanimité au Canada. Depuis les années 1970, la réémergence du régionalisme explique que les autres provinces ont critiqué la trop grande ingérence d'Ottawa dans des domaines qui relèvent de leur juridiction. Néanmoins la critique régionale n'a jamais atteint le niveau de celle du Québec, et cela pour deux raisons. Tout d'abord, il semble que les Canadiens hors du Québec sont très attachés aux programmes sociaux

⁵¹ Hamish Telford, « The Federal Spending Power in Canada: Nation-Building or Nation-Destroying? », *Publius*, vol. 33, hiver 2003, p. 23-44 ; *Le pouvoir fédéral de dépenser*, rapport de la Commission sur le déséquilibre fiscal, annexe 2, 2002, 46 p.

⁵² François Rocher, « Dividing the Spoils: American and Canadian Federalism », *Canada and the United States: Differences that Count*, D. Thomas dir., Peterborough (Ontario), Broadview Press, 1993, p. 140 ; Milton J. Esman, « Federalism and Modernization: Canada and the United States », *Publius*, vol. 14, hiver 1984, p. 36-37.

DEUX FEDERALISMES NORD-AMERICAINS

fédéraux financés par les transferts conditionnels. Le *welfare state* construit par Ottawa fait aujourd'hui partie d'une identité nationale canadienne. L'idée que le rôle d'Ottawa est de garantir un niveau minimal égal pour l'ensemble de la nation canadienne semble acquise en dehors du Québec et justifie le pouvoir de dépenser d'Ottawa. Cet attachement des Canadiens et des provinces autres que le Québec aux programmes sociaux pilotés par Ottawa s'est exprimé dans le projet de réforme constitutionnelle de Charlottetown, qui introduisait la clause suivante :

The government of Canada and the governments of the provinces are committed to establishing a framework to govern expenditures of money in the provinces by the government of Canada in areas of exclusive provincial jurisdiction that would ensure, in particular, that such expenditures contribute to the pursuit of national objectives » (9 octobre 1992, section 37.1).

Bien que le projet n'ait finalement pas été adopté, on voit que les provinces semblaient approuver le fait qu'Ottawa finance des programmes nationaux dans des domaines relevant de leur juridiction⁵³.

La deuxième raison est que l'usage par Ottawa de son pouvoir de dépenser a fortement diminué depuis le début des années 1990, du fait de la pression fiscale subie par le gouvernement fédéral après des décennies de dépenses massives. La priorité était aux économies budgétaires sous forme de coupes dans les transferts vers les provinces : en 1995, ceux-ci ont été réduits de 18 à 11 milliards de dollars. Puisque les financements étaient en baisse, Ottawa a dû relâcher sa surveillance dans le domaine social et rendre ainsi la main aux provinces. Même dans le domaine fiscal, l'heure était à la décentralisation, puisqu'en décembre 1997 le gouvernement fédéral a accepté que les neuf autres provinces mettent en place leur propre système pour collecter l'impôt sur le revenu. La conséquence a été l'émergence d'un nouveau type de collaboration au sein de la fédération, qui s'exerce non plus simplement entre le gouvernement central et les provinces mais entre les provinces elles-mêmes. Cameron et Simeon appellent cette nouvelle façon de faire le fédéralisme « collaboratif », système dans lequel les provinces et les territoires peuvent se mettre d'accord entre eux, sans la participation d'Ottawa, pour élaborer des critères communs pour les programmes sociaux. Ils estiment que cette forme de fédéralisme s'élabore essentiellement au sein des conférences

⁵³ Hamish Telford, « The federal spending power in Canada: nation-building or nation-destroying? », *Publius*, vol. 33, hiver 2003, p. 23-44.

annuelles des premiers ministres (Annual Premiers Conference, APC). Ces conférences sont organisées par les provinces et non par le gouvernement fédéral, à la différence des conférences fédéral/provinces (First Ministers' Conferences, FMC). Elles se réunissent tour à tour dans une des provinces et non à Ottawa. Alors que les FMC s'étaient tenues régulièrement des années 1960 aux années 1980, il y en a eu peu depuis la victoire libérale en 1993. En revanche, l'importance de l'APC annuelle du mois d'août a augmenté. Pour Cameron et Simeon, le passage du premier type de manifestation au second correspond au passage d'un fédéralisme exécutif piloté par Ottawa à un fédéralisme collaboratif où les provinces prennent l'initiative. Un exemple important de l'activisme des provinces est l'Entente-Cadre sur l'union sociale, élaboré lors d'une APC à l'initiative des provinces et signée en février 1999 par Ottawa et toutes les provinces sauf le Québec. Elle avalise le pouvoir d'Ottawa de dépenser dans des domaines réservés aux provinces, mais uniquement avec un accord d'une majorité des provinces. La responsabilité des provinces en ce qui concerne la conception et la gestion des programmes est réaffirmée⁵⁴.

Cette entente semble donc montrer que les provinces canadiennes ne sentent pas soumises à une pression centralisatrice excessive de la part d'Ottawa. Il semble clair que dans les dernières années, les provinces sont à l'initiative de projets importants et leur pouvoir de décision s'est accru avec le désengagement financier d'Ottawa. Les APC sont un bon exemple d'une collaboration poussée entre des provinces puissantes qui mènent des politiques de leur propre chef, sans contrôle direct du gouvernement central. De plus, les accords généraux entre provinces sont souvent suivis d'accords bilatéraux qui aménagent l'accord en fonction de spécificités de telle ou telle province. Cette méthode introduit une part non négligeable de flexibilité dans un système fédéral qui apparaît donc largement décentralisé. On comprend néanmoins que la méthode ne convienne pas au Québec, qui veut une autonomie totale dans son domaine réservé. Ainsi un consensus national canadien issu d'une collaboration inter-provinciale, qui nécessite donc des compromis de chaque entité, n'est pas plus acceptable qu'une politique uniforme imposée par Ottawa. Cela explique que le Québec ait refusé de signer l'Entente-Cadre sur l'union sociale.

La perspective comparative permet de confirmer cette impression que la fédération canadienne fonctionne de façon décentralisée. Le pouvoir de

⁵⁴ David Cameron et Richard Simeon, « Intergovernmental Relations in Canada: The Emergence of Collaborative Federalism », *Publius*, vol. 32, printemps 2002, p. 49-74.

DEUX FEDERALISMES NORD-AMERICAINS

dépenser est utilisé dans toutes les fédérations, et dans le même but qu'au Canada : égaliser les services au sein de la fédération. L'autonomie stricte de chaque province en matière de fiscalité et de services sociaux que veut le Québec, si elle s'appliquait, mènerait inmanquablement à des différences majeures entre provinces riches et provinces moins favorisées. Il paraît légitime que le gouvernement central ait un rôle à jouer dans une répartition des ressources qui assure une égalité au sein de la fédération, comme l'affirme la Loi constitutionnelle de 1982⁵⁵ :

Le Parlement et le gouvernement du Canada prennent l'engagement de principe de faire des paiements de péréquation propres à donner aux gouvernements provinciaux des revenus suffisants pour les mettre en mesure d'assurer les services publics à un niveau de qualité et de fiscalité sensiblement comparables (section 36.2).

De plus le système fédéral canadien est le seul au monde où une compensation financière est accordée aux provinces qui ne souhaitent pas participer à un programme financé par le gouvernement fédéral⁵⁶. De façon générale, les provinces canadiennes sont beaucoup moins dépendantes des transferts fédéraux conditionnels que les États des États-Unis : au Canada, à la fin des années 1980, les transferts sans conditions représentaient 73% des subventions fédérales, contre seulement 20% aux États-Unis⁵⁷. Ces données confirment donc l'impression que, comparativement aux États-Unis, le Canada est une fédération décentralisée où les provinces disposent d'une autonomie et d'un pouvoir de décision importants.

Il convient néanmoins d'examiner un autre élément qui a changé la nature du fédéralisme canadien dans les vingt dernières années : la modification de la Constitution et l'adoption de la Charte des droits et des libertés en 1982. De nombreux politologues estiment que l'adoption de la Charte a considérablement renforcé l'État fédéral. La nouvelle Constitution et la Charte sont en effet au cœur du projet pan-canadien de Pierre Elliot Trudeau, dont le

⁵⁵ Christopher Zimmerman, « Federalism Times Four », *State Legislatures*, vol. 19, décembre 1993, p. 42.

⁵⁶ Ronald L. Watts, *The Spending Power in Federal Systems: a Comparative Study*, Institution of Intergovernmental Relations, Kingston, Queen's University, 1999, 89 p.

⁵⁷ Ronald L. Watts, « The American Constitution in Comparative Perspective: A Comparison of Federalism in the United States and Canada », *Journal of American History*, vol. 74, décembre 1987, p. 777.

but était de contenir les nationalistes québécois et de modérer l'influence centrifuge des provinces. La méthode choisie était de développer l'allégeance des citoyens envers l'État canadien en créant des droits communs à tous les Canadiens, et de renforcer les institutions fédérales comme la Cour Suprême⁵⁸. Il semble d'ailleurs que Trudeau ait en partie gagné son pari : comme l'a montré Will Kymlicka, les Canadiens en dehors du Québec ont développé dans les trente dernières années, un sentiment d'identité nationale pan-canadienne qui s'appuie d'une part sur les grands programmes sociaux créés par le gouvernement fédéral, comme Medicare, et d'autre part sur les droits communs qui leur sont garantis par la Charte⁵⁹.

Malheureusement, la nouvelle Constitution a aussi contribué à fragiliser le système fédéral canadien. Le Québec en effet n'a jamais accepté cette nouvelle constitution, pas plus que la Charte. C'est la méthode d'abord qui a dressé la Québec contre la nouvelle Constitution : traditionnellement au Canada, les modifications constitutionnelles requéraient l'accord unanime des provinces. Or, la nouvelle Constitution a été adoptée sans l'accord du Québec, grâce à la décision de la Cour Suprême de 1981, *The Patriation Reference*, qui a établi qu'une modification constitutionnelle ne requérait que l'accord d'une majorité des provinces⁶⁰.

D'autre part, aux yeux du Québec, la nouvelle Constitution détruit les règles du fédéralisme telles qu'elles s'appliquaient au Canada. La Charte, qui garantit des droits similaires à tous les citoyens canadiens, est perçue comme un veto donné à la Cour Suprême (donc au gouvernement fédéral) qui minera l'autonomie des provinces. Les provinces doivent adapter leurs politiques à des normes nationales garanties par la Charte, ce qui marque la fin de leur suprématie dans leur sphère réservée. Pour le Québec, la Charte met fin à la possibilité d'un fédéralisme dualiste, avec chaque gouvernement souverain et indépendant dans sa sphère spécifique. Elle rend également impossible la mise en place d'un fédéralisme asymétrique que le Québec appelle de ses vœux,

⁵⁸ F.L. Morton, « The Effects of the Charter of Rights on Canadian federalism », *Publius*, vol. 25, été 1995, p. 354-382 ; Shannon Ishiyama Smithey, « The effects of the Canadian Supreme Court's Charter Interpretation on Regional and Intergovernmental Tensions in Canada », *Publius*, vol. 26, printemps 1996, p. 215-246.

⁵⁹ Will Kymlicka, *Finding Our Way: Rethinking Ethnocultural Relations in Canada*, Toronto, Oxford University Press, p. 166.

⁶⁰ Shannon Ishiyama Smithey, « The Effects of the Canadian Supreme Court's Charter Interpretation on Regional And Intergovernmental Tensions in Canada », *Publius*, vol. 26, printemps 1996, p. 215-246.

puisque la Charte garantit des droits similaires à tous les citoyens canadiens. La tendance est donc à l'uniformisation, avec moins en moins de tolérance envers l'idée d'un statut distinct pour le Québec⁶¹.

Enfin, le Québec voit la nouvelle Constitution comme une menace à la survie de son identité culturelle distincte car la section 23 de la Charte garantit le bilinguisme et les droits des minorités linguistiques, c'est-à-dire, au Québec, des Anglophones. En 1977, le Québec avait adopté la Charte de la langue française (loi 101), qui faisait du français la langue de travail et d'enseignement au Québec. Pour la société laïque qu'est aujourd'hui le Québec, la langue française est le fondement de l'identité culturelle. Les Québécois francophones sont un îlot fragile dans une mer d'anglophones, et l'usage du français est inévitablement soumis à l'érosion exercée par la langue plus forte qu'est l'anglais, sauf s'il existe une politique volontariste qui limite son utilisation. Cela est évident si l'on compare la situation au Québec au sort du français en Ontario ou dans le Manitoba, où il disparaît sous la pression de l'anglais. Le problème est que la Charte de la langue française n'est pas compatible avec la nouvelle constitution canadienne qui a institué le bilinguisme, alors qu'elle était compatible avec l'ancienne Constitution de 1867, qui réservait aux provinces le domaine culturel et social. Désormais, avec la Charte, les droits des minorités linguistiques sont garantis : l'Assemblée du Québec ne peut donc limiter l'usage de l'anglais, ni l'accès à un enseignement en anglais, sous peine de se voir citée en justice devant la Cour Suprême. Les opposants québécois à la Charte, comme le politologue Guy Laforest, estiment que la Charte a fondamentalement changé le système fédéral, en retirant aux provinces la responsabilité ultime de leur politique culturelle, pour la confier à la Cour Suprême⁶².

L'opposition du Québec à la Charte a été confirmée par les premières décisions prises par la Cour Suprême concernant les droits des minorités linguistiques du Québec. Dans *Ford v. Quebec* en 1988 et *Attorney General (Quebec) v. Protestant School Boards* en 1989, la Cour a frappé d'invalidité certains aspects de la Charte de la langue française. On peut donc voir dans la Charte canadienne un instrument élaboré par Trudeau pour vaincre les lois

⁶¹ F.L Morton, « The Effects of the Charter of Rights on Canadian federalism », *Publius*, vol. 25, été 1995, p. 354-382 ; Shannon Ishiyama Smithey, « The Effects of the Canadian Supreme Court's charter Interpretation on Regional and Intergovernmental Tensions in Canada », *Publius*, vol. 26, printemps 1996, p. 215-246.

⁶² John Richards, « If Canada Breaks Up, Thank the Official Language Minorities », *Inroads: A Journal of Opinion*, vol. 6, 1997, p. 41-49.

linguistiques restrictives du Québec grâce aux tribunaux. Il s'agit d'une stratégie d'autant plus efficace qu'elle est indirecte et permet au fédéral de se cacher derrière des groupes privés pour attaquer les lois linguistiques du Québec : en effet, c'est la minorité linguistique anglophone du Québec, regroupée en une association subventionnée par le fédéral, qui a obtenu de la Cour des jugements déclarants les lois linguistiques du Québec inconstitutionnelles⁶³.

Doit-on donc considérer, comme de nombreux Québécois, que la nouvelle Constitution, et la Charte en particulier, institue un renforcement du fédéral et un affaiblissement des provinces ? La question est complexe et politiquement marquée. S'il est certain que la Charte a renforcé le rôle de la Cour Suprême canadienne, plusieurs politologues font remarquer que pour l'instant, l'impact de la Cour a été modeste. Ainsi, pendant les dix années qui suivirent l'adoption de la Charte, la Cour n'a annulé que 40 lois⁶⁴. De plus, les statistiques montrent que la Cour ne favorise pas le niveau fédéral, puisque les lois fédérales sont plus souvent invalidées par la Cour (28% des cas) que les lois provinciales (18% des cas)⁶⁵. D'autre part, certains politologues ont remis en question l'idée que depuis l'adoption de la Charte, la Cour est devenue l'autorité dominante en ce qui concerne la répartition constitutionnelle des prérogatives des différents niveaux de gouvernements. Ils développent la théorie d'un rôle méta-politique de la Cour, sa jurisprudence s'ajoutant au pouvoir des gouvernements plutôt que s'y substituant. Par sa jurisprudence, la Cour amènerait les acteurs politiques à un dialogue sur le sens des droits des citoyens et à une correction de la législation qui va dans le sens de la Charte tout en accomplissant l'objectif initial. Ainsi, dans les cas concernant le Québec, Murphy et Kelly notent que la Cour travaille en collaboration étroite avec diverses institutions : l'Assemblée du Québec, le ministère de la Justice, la Commission du Québec sur les droits de la personne. Ce travail de collaboration explique, selon eux, la faible proportion des lois du Québec invalidées par la Cour. De plus, ils soulignent que même dans le cas crucial des lois linguistiques invalidées par la Cour, l'Assemblée nationale du Québec a gardé suffisamment d'autonomie pour adapter les lois afin qu'elles deviennent

⁶³ F.L Morton, « The Effects of the Charter of Rights on Canadian federalism », *Publius*, vol. 25, été 1995, p. 354-382.

⁶⁴ F.L Morton, « The Effects of the Charter of Rights on Canadian Federalism », *Publius*, vol. 25, été 1995, p. 354-382.

⁶⁵ Shannon Ishiyama Smitley, « The Effects of the Canadian Supreme Court's Charter Interpretation on Regional and Intergovernmental Tensions in Canada », *Publius*, vol. 26, printemps 1996, p. 215-246.

DEUX FEDERALISMES NORD-AMERICAINS

conformes aux attentes de la Charte, tout en continuant à protéger le français : par exemple, dans le cas *Ford v. Quebec*, quand la Cour a jugé que la loi québécoise allait trop loin en interdisant les affichages commerciaux dans une langue autre que le français, l'Assemblée a évoqué la clause 33 de la Charte (*notwithstanding clause*) pour suspendre la déclaration d'invalidité de la Cour pendant cinq ans. Elle a utilisé cette période pour modifier la loi dans un sens qui satisfait aux exigences de la Charte tout en protégeant le français : si celui-ci est la langue dominante sur un affichage public, alors l'usage d'une autre langue est permis. Pour Murphy et Kelly, la marge de manœuvre laissée à l'Assemblée du Québec, et la possibilité pour elle de poursuivre son objectif politique de défense du français, montre bien que les provinces conservent l'autonomie que leur accorde la Constitution. Cela prouve aussi que la Cour n'est qu'un acteur parmi d'autres acteurs politiques en ce qui concerne l'ordre constitutionnel⁶⁶.

Comme on le voit, les points de vue sur le degré de centralisation du Canada sont extrêmement divergents et très marqués politiquement. Le mouvement souverainiste québécois considère que le gouvernement fédéral, via le pouvoir de dépenser et la Charte défendue par la Cour Suprême, est excessivement centralisateur et coercitif. Les autres provinces semblent, quant à elles, relativement satisfaites de l'autonomie dont elles disposent. Les pratiques actuelles de collaboration au sein de la fédération semblent montrer le large pouvoir de décision des provinces. Enfin, si l'on compare avec la pratique de la fédération étatsunienne, il semble que les provinces canadiennes disposent d'un degré d'autonomie bien supérieur aux États. On peut donc en conclure qu'après une période de centralisation pendant la deuxième guerre mondiale et les deux décennies qui ont suivi, la fédération canadienne fonctionne aujourd'hui de façon décentralisée, et certainement de façon beaucoup plus décentralisée que ne l'avaient imaginé les Pères de la Confédération en 1867.

* * *

Malgré les intentions des Pères de la Confédération, il est peu étonnant que le Canada ait évolué vers une forme décentralisée. La composition physique du pays est le premier facteur qui rendait cette évolution inévitable : le Canada est formé de 10 provinces, les États-Unis de 50 États. Les unités constitutives du Canada pèsent donc d'un poids proportionnellement beaucoup

⁶⁶ James B. Kelly et Michael Murphy, « Shaping the Constitutional Dialogue on Federalism: Canada's Supreme Court as Meta-Political Actor », *Publius*, vol. 35, printemps 2005, p. 217-243.

plus important vis-à-vis de l'entité fédérale. Par exemple, le budget de l'Ontario est égal à un quart du budget fédéral. Quel État américain pourrait-il se targuer d'un tel pouvoir ? La composition humaine du pays est un autre facteur qui rend une centralisation difficile. Au Canada, le groupe minoritaire principal, les Canadiens francophones, vivent majoritairement au Québec, donnant ainsi à la province un caractère quasi-national. Quel État américain pourrait-il se targuer de rassembler un groupe minoritaire aussi important ?

Aux États-Unis, aucun État n'est assez fort pour défier le gouvernement central, et on imagine mal qu'aujourd'hui, même une coalition d'États puisse déstabiliser la structure fédérale. Mais au Canada, la menace de séparation du Québec est réelle.

On pourrait donc en conclure que l'évolution du Canada pour devenir la véritable « Confédération » qu'il aurait due être dès le départ, était non seulement inévitable, mais indispensable à sa survie. Comme l'a dit Pierre Elliot Trudeau en parlant du coup de pouce donné par le JCPC à la décentralisation du Canada : « Had the Privy Council not leaned in that direction, Quebec seperatism might not be a threat today, it might be an accomplished fact » (Trudeau, *Federalism and the French Canadians*, 1968)⁶⁷.

⁶⁷ Alan C. Cairns, « The Judicial Committee of the Privy Council and Its Critics », *Canadian Journal of Political Science*, vol. 4, 1971, p. 324.